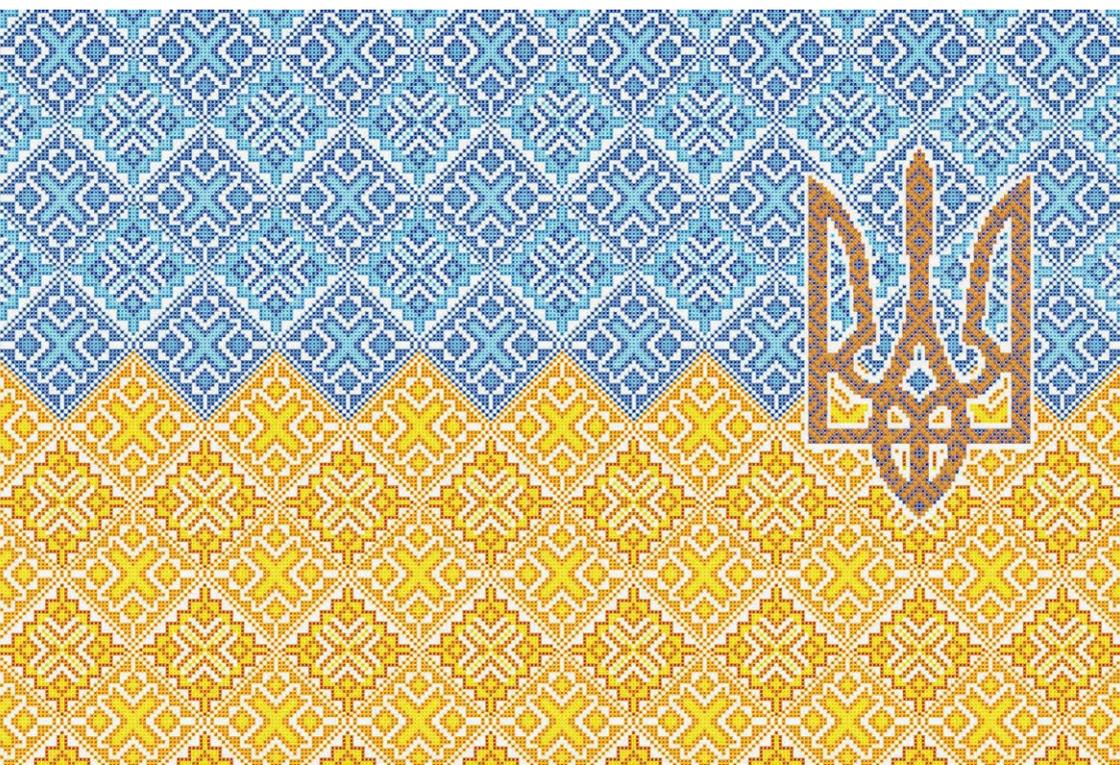


КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПОЛІЛОГ

20 РОКІВ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ:
СУСПІЛЬСТВО І ВЛАДА
В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ

ЗБІРКА ТЕЗ



**КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПОЛІЛОГ
20 РОКІВ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ:
СУСПІЛЬСТВО І ВЛАДА В
КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ**
ЗБІРКА ТЕЗ МІЖНАРОДНОЇ
НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ

Київ, 23 червня 2016 року

УДК
ББК

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПОЛІЛОГ. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі. Збірка тез міжнародної науково-практичної конференції – Київ.: ВАІТЕ, 2016. – 400 с.

Рекомендовано до друку Вченою радою Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України (протокол №10 від 27 жовтня 2016 року).

ISBN ISBN 978-966-2310-41-2

- © Колектив авторів
- © Координатор проектів ОБСЕ в Україні
- © Видавництво «Ваіте»

Видання цієї роботи здійснено в межах реалізації Проекту Координатора проектів ОБСЕ в Україні «Підтримка інклюзивного законотворчого процесу у сфері реформи судівництва»



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

Видано за підтримки Координатора проектів ОБСЕ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково відображають офіційну позицію Координатора проектів ОБСЕ в Україні.

ЗМІСТ

Ю. С. Шемшученко КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС У НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ (ДО 20-РІЧЧЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ) (ДІАЛОГ – ПОЛІЛОГ)	7
О. Ю. Водянніков КОНСТИТУЦІЯ І РЕВОЛЮЦІЯ: АНАТОМІЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ	15
О. В. Скрипнюк ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ В УКРАЇНІ: ЗАВДАННЯ, РИЗИКИ І ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ.	70
András Jakab ON THE LEGITIMACY OF A NEW CONSTITUTION.	78
В. Л. Федоренко ГЕНЕЗИС КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА РЕФОРМА КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 2016 РОКУ	90
Марцін Скубішевські СУЧАСНА КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА В ПОЛЬЩІ.	100
К. І. Чижмарь ЕЛЕМЕНТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІАТУ	109
Н. М. Пархоменко ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ	118
Н. М. Оніщенко КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА ЯК ВИМІР СОЦІАЛЬНОЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ В УМОВАХ РОЗВИНЕНОГО І ВПЛИВОВОГО ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА	121
О. В. Батанов ІНСТИТУТ АВТОНОМІЇ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО УНІТАРИЗМУ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ	128
О. О. Кваша ПРАВО ГРОМАДЯН НА САМОЗАХИСТ У НОРМАХ КОНСТИТУЦІЇ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ	137
І. О. Кресіна ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ	145
В. Б. Ковальчук УСТАНОВЧА ВЛАДА ТА КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ.	153

П. Ф. Кулинич КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС І РОЗВИТОК ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ	162
В. В. Сухонос КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ЯК СИСТЕМОУТВОРЮЮЧИЙ ОБ'ЄКТ ОСВІТЯНСЬКОГО ПРОЦЕСУ	170
А. А. Коваленко ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК МІЖ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЄЮ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ ТА ДЕМОКРАТИЧНОЮ КОНСОЛІДАЦІЄЮ	177
А. І. Павко МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИХ ІДЕЙ Б. КІСТЯКІВСЬКОГО ДЛЯ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ	183
В. О. Антонов КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ	191
Р. Ш. Бабанли НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАКТИКИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ В УКРАЇНІ ІЗ ЗАЛУЧЕННЯМ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА	197
Т. А. Богданевич ІНСТИТУТ ТЛУМАЧЕННЯ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЯК ЗАПОРУКА ЕФЕКТИВНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ	204
Н. П. Гаєва ЩОДО ФОРМ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ З ПОЛІТИЧНИМИ ПАРТІЯМИ ТА ГРОМАДСЬКИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ	212
В. О. Гацелюк ПРО КРИМІНАЛІЗАЦІЮ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЮ ОКРЕМИХ ФОРМ НАЙМАНСТВА В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	221
А. О. Григоренко ЩОДО ПЕРСПЕКТИВИ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ НА ШЛЯХУ ДО ЧЛЕНСТВА УКРАЇНИ В НАТО	236
В. А. Дерезь ВЗАЄМОДІЯ ДЕРЖАВИ ТА ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	241

Д. Ф. Жиган РОЗВИТОК ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ЯК ЧИННИК ДЕРЕГУЛЯЦІЇ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРОТИДІЇ ЗАСТОСУВАННЮ «БРУДНИХ» ПОЛІТИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ.	247
Б. В. Калиновський ТЕРИТОРІАЛЬНА ОСНОВА ОРГАНІЗАЦІЇ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ	256
Л. Є. Кисіль ДЕЯКІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ НАРОДОВЛАДДЯ В УКРАЇНІ.	264
О. В. Кресін CIVIL SOCIETATE: ВИНИКНЕННЯ ІДЕЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА У «ЛЕГКОМУ МЕТОДІ ПІЗНАННЯ ІСТОРІЇ» ЖАНА БОДЕНА.	271
О. В. Кукуруз ПРАВОВІ ФОРМИ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ У ВЕРХОВНІЙ РАДІ УКРАЇНИ.	281
В. В. Лесюк СУЧАСНИЙ СУВЕРЕНІТЕТ ДЕРЖАВИ І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО	290
С. М. Морозюк РОЗВИНЕНЕ ЗАКОНОДАВСТВО – ГАРАНТІЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ	299
Б. В. Островська РЕЛІГІЯ ЯК СКЛАДОВА МІЖНАРОДНОГО ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА.	306
Т. С. Подорожна ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕФОРМ ЯК ІНСТРУМЕНТ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ.	312
М. О. Пухтинський ЗАКОНОТВОРЧА ДІЯЛЬНІСТЬ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА У СФЕРІ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ	319
О. В. Сінькевич ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ І ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА: СПІЛЬНЕ ТА ВІДМІННЕ.	331
М. В. Співак РЕЙТИНГ КРАЇН СВІТУ ЗА ФІНАНСУВАННЯМ СИСТЕМИ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я.	336

О. М. Стойко ПОЛІТИЧНІ ПАРТІЇ ЯК ПОСЕРЕДНИК У ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ	341
М. І. Суржинський ГРОМАДЯНСТВО В КОНТЕКСТІ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА	348
Я. К. Товпеко РОЗРОБКА ПРОЕКТУ НОВОЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ДОЦІЛЬНІСТЬ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРЯМОЇ ЗАБОРОНИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКОЮ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ	353
М. М. Товт ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ: СТАТУС, ВЗАЄМОДІЯ З ОРГАНАМИ ВЛАДИ У СВІТЛІ ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО ГРОМАДСЬКІ ОБ'ЄДНАННЯ» 2012 р.	358
О. О. Томкіна ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВОЇ ОПТИМІЗАЦІЇ ЗАСАД ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ В КОНТЕКСТІ НОВІТНЬОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ.	368
І. В. Хорт СТРАТЕГІЯ COMMUNITY POLICING В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ УЧАСТІ ГРОМАДЯН В УПРАВЛІННІ ДЕРЖАВОЮ	378
С. Б. Чехович ПРАВО НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.	385
В. А. Явір НАЦІОНАЛІСТИЧНІ ПАРТІЇ В УКРАЇНІ: ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ	393

Ю. С. Шемшученко

директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
академік НАН України

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС У НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ (ДО 20-РІЧЧЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ) (ДІАЛОГ – ПОЛІЛОГ)

*Промова, виголошена під час відкриття
Конференції «Конституційний полілог:
20 років Конституції України: суспільство
і влада в конституційному процесі»
(м. Київ, 23 червня 2016 року)*

Прийнята у червні 1996 р. Конституція України стала **важливим політико-правовим актом**, який стабілізував незалежний розвиток України як у внутрішніх, так і зовнішніх справах. Конституція відіграла свою позитивну роль як Основний Закон держави і суспільства.

Разом з тим невдовзі після прийняття Конституції почали виявлятися її вади. Вони, зокрема, стосуються **організації** державної влади, **гармонізації** відносин між державою і громадянським суспільством, **гарантій** у забезпеченні прав і свобод людини і громадянина тощо.

Закономірно, отже, постало питання про **удосконалення** Основного Закону. Модернізувати Конституцію намагалися **усі президенти** України. Але вона вистояла, хоч і продовжує перебувати у стані перманентного реформування.

Нинішній етап конституційного процесу пов'язаний з діяльністю утвореної у березні 2015 р. Президентом України **Конституційної комісії**. За напрацюваннями цієї Комісії Верховною Радою України, як відомо, нещодавно прийнято **Закон про внесення змін** до Конституції України **з питань правосуддя**, а у першому читанні – проект Закону про внесення змін до Конституції з питань децентралізації влади і місцевого самоврядування. Але вже на початковому етапі комісія зіткнулася з рядом проблематичних питань, насамперед методологічного характеру, що стримує процес реформування Конституції України. Не все гаразд

і при проходженні підготовлених Комісією законопроектів через Парламент. Як наслідок цього, ми не вклалися у передбачені Мінськими угодами строки оновлення Конституції (цитую) «зі вступом у силу до кінця 2015 року нової Конституції» (п. 11). Є відставання у реформуванні конституційних засад організації державної влади і забезпечення прав і свобод людини. У цьому зв'язку важливо звернути увагу до наступних **загальнометодологічних** засад реформування чинної Конституції.

По-перше, це принцип **системності і комплексності** у модернізації Основного Закону. За 20 років відбулися кардинальні зміни у суспільно-політичному житті і суспільства, і держави. А тому оновленню підлягають фактично **усі розділи Конституції та її преамбула**, які знаходяться у відповідній системі. Імовірно, що у процесі реформування може збільшитися кількість статей Конституції. Але слід мати на увазі, що і на сьогодні наша Конституція, за винятком, Португалії, є найбільшою у Європі (161 стаття). У світі, правда, є і більші Конституції, які нагадують кодекси – **Індія – 325, Таїланд – 309, Бразилія – 250 статей**. Але мені здається, що це не для нас. Наша Конституція має бути **лаконічною і зрозумілою для широкого загалу**, національною за формою і цивілізаційною за змістом.

А це знову ж таки пов'язано з системним підходом до оновлення Основного Закону, посиленням наукового обґрунтування. Адже держава без науки не має майбутнього. У нас наука постійно недофінансовується – 03% ВВП, у ЄС – **не менше 3%**.

Нагадаймо також про Китай. Він досяг великих економічних успіхів завдяки тому, що за **20** останніх років збільшив у **20** разів свій науковий потенціал.

Точкові зміни до Конституції України – це паліатив. Оптимальним же варіантом у даному випадку могла б стати науково обґрунтована **Концепція змін до Конституції України**. В основу конституційної моделі організації державної влади в Україні слід покласти парламентсько-президентську форму правління, властиву майже для всіх європейських країн. Державна влада має будуватися на засадах децентралізації, не тільки її поділу, а й забезпечення єдності.

По-друге, – це **принцип людиноцентризму** (народовладдя). Цей принцип передбачає побудову системи соціальних цінностей таким чином, щоб на її вершині була **людина**. У загальній формі цей принцип зафіксований у ст. 5 Конституції України, у якій говориться, що носієм суверенітету і єдиним джерелом державної влади є народ України. Ця формула, проте, не наповнена реальним змістом і є недостатньо

конкретизованою у чинній Конституції. За цих обставин ми живемо в умовах пустопорожньої свободи. У цьому зв'язку було б за доцільне:

а) **конституювати інститут громадянського суспільства і посилити** його вплив на стан і характер функціонування публічної влади. Йдеться, зокрема, про конституційне закріплення прав громадян на законодавчу ініціативу, здійснення громадського контролю за діяльністю органів державної влади і місцевого самоврядування, прийняття Виборчого кодексу, оновлення законодавства про всеукраїнський і місцевий референдуми тощо;

б) передбачити додаткові конституційні гарантії для забезпечення прав і свобод громадян, зокрема, конституційного положення про недопущення звуження **змісту цих прав при прийнятті нових законів** (ст. 22 Конституції). Порушення цього положення набули масового характеру, зокрема, у вигляді систематичного підвищення різноманітних податків, тарифів і зборів на громадян;

в) у контексті принципу людиноцентризму варто було б у преамбулі оновленої Конституції вказати, що суб'єктом її прийняття є український народ. Саме народ визначений відповідальним суб'єктом у переважній більшості держав світу – як у тих, де конституції юридично приймалися через парламент, так і шляхом референдуму. Порядок прийняття нашої Конституції теж підлягає зміні.

По-третє, – принцип конституційної законності. Як відомо, він означає точне і неухильне виконання законів та підзаконних актів на основі відповідних конституційних вимог. Але у чинній Конституції термін «**законність**» взагалі відсутній. Не випадково, правовий нігілізм взяв гору над верховенством права. Конституція і закон втратили своє високе соціальне призначення. У нас немає правової ідеології майбутнього. Законність і правопорядок у державі витіснені політичною і клановою доцільністю. Процвітають корупція і безвідповідальність у сфері виконання законів.

Вжиті останнім часом заходи по створенню численних антикорупційних структур можна пояснити. Але слід мати на увазі, що чим більше чиновників, тим більша загроза у поширенні корупції. А у нас і так чиновницький апарат є найбільшим у Європі.

З другого боку, виникає проблема дублювання відповідних функцій і різного роду неузгодженостей, що позначається на ефективності роботи антикорупційних органів.

Мова, звичайно, не йде про відмову від силових методів боротьби з корупцією та іншими видами злочинності. Але у всьому потрібна розумна міра. За даними наукових досліджень існує приблизно 100 причин злочинності. На їх запобіганні і має бути сконцентрована увага правоохоронних органів. Поки ж ми у відповідній сфері боремося так-сяк з наслідками злочинів, тобто стрижемо траву, яка швидко знову відростає.

Важливо також на конституційному рівні закріпити принцип **конституційної законності**, як і принцип **невідворотності** юридичної відповідальності за скоєні злочини. Це сприятиме реальному посиленню боротьби зі злочинністю, зміцненню суверенітету і територіальної цілісності держави, що вкрай важливо в умовах агресії нашого північного сусіда.

По-четверте, вказані вище методологічні принципи стосуються політико-правових проблем, що знаходяться у стадії їх постійної трансформації. Трансформаційний період, в якому перебуває Україна, характеризується нестабільністю, пов'язаною із необхідністю ліквідації старих інститутів і створення на їх місці нових, ефективніших і здатних відповідати вимогам сучасного глобалізованого світу.

Особливістю цього періоду в перехідних суспільствах є поєднання в рамках одного інституту функцій не лише однієї гілки влади. Така ситуація зумовлена двома обставинами. Насамперед тим, що відповідні органи, мета і спосіб діяльності яких чітко визначена законодавством, все ще не створені. Іншим вагомим чинником є традиції попереднього режиму, коли в руках однієї особи, органу, інституту, зосереджувалася вся повнота влади. Без врахування цих причин неможливо пояснити механізми формування політичного порядку, хід законотворчого процесу, рушійні чинники його суб'єктів, труднощі із реалізацією нормативно-правових актів на практиці та наявний розклад політичних сил у перехідних суспільствах. Без з'ясування таких особливостей політико-правових відносин у трансформаційний період неможливо надати правове забезпечення соціально-економічним реформам.

Крім трансформаційного контексту, слід зважати і на сучасну тенденцію до збільшення взаємозалежності між різними сферами суспільного життя, зміну ролі держави у глобалізованому світі, еволюції розуміння права та нових підходах до співвідношення політики і права.

Особливістю нинішньої ситуації в багатьох перехідних суспільствах, зокрема й в Україні, є **загострення проблеми співвідношення у суспільному житті політики та права, що має наслідком „політизацію правових норм»**. Часто виникають ситуації, коли закони неоднаково тлумачаться як політичними силами, так і судовими органами та іншими

юридичними інстанціями, що стає приводом для звинувачення останніх не лише у некоректній правозастосовчій діяльності, а й у політичній заангажованості. З іншого боку, закріплені в тих чи інших країнах законодавчі норми дедалі більше не спроможні сприяти розв'язанню проблем, які породжуються відносинами між громадянами, соціальними групами та державами. Цей феномен свідчить про те, що проблема характеру взаємозв'язку політики та права виходить за межі теми виключно конституційних засад суспільного і державного життя, а також за межі адміністративного права і є перспективним напрямом для подальших теоретичних і практичних розробок.

Важливість встановлення співвідношення державної і правової політики зумовлена тим, що процес реформування в сучасній Україні передбачає обов'язкові зміни як у політичній, так і у правовій системах. А це, в свою чергу, означає необхідність розв'язання проблем щодо умов і можливостей реформування в цих двох сферах: чи можуть ці зміни відбуватися ізольовано; яким чином можна узгодити зміни в цих двох сферах; чи може державна політика супроводжуватися непродуманою і необґрунтованою правовою політикою; як краще запобігати таким негативним явищам.

В свою чергу, сама по собі правова система може виступати в ролі інтегрального показника суспільних перетворень, що і аналізується у відповідній частині монографії. Адже завдяки системним і державно-владним характеристикам правова система забезпечує організованість і стабільність внутрішньосистемних громадських зв'язків, зберігає цілісність соціального організму, нейтралізує, витісняє негативні явища із суспільного життя. Причому, якщо за адміністративно-командних, авторитарних режимів держава, використовуючи право як знаряддя примусу та ідеологічне прикриття, намагається втручатися у всі клітини суспільного життя і підкорити його своєму впливу, то розвинута демократична правова система здатна зв'язати саму державу, встановити межі державної влади і створити правові умови для єдності суспільного організму на добровільних, гуманістичних засадах.

Правова система виступає і засобом зміцнення й охорони політичної системи, адже зв'язки між ними є основою діяльності держави, органів місцевого самоврядування, політичних партій і громадських організацій. Вона має розглядатися як ефективний інструмент, за допомогою якого держава та інші соціальні інституції виконують завдання, що перед ними стоять, здійснюють свою політику. Водночас для того, щоб політика, що використовує правову систему як інструмент соціальних перетворень,

була ефективною і успішною, необхідно відповідну частину політичних зусиль спрямувати на саму правову систему.

Якщо політична система опосередковує інтереси людей, які стають правовими тільки тією мірою, якою вони закріплені в системі загальнообов'язкових норм, що охороняються державою, то права – через законодавство – забезпечує зв'язок між суспільством і його політичною системою, акумулює волю суспільства, всіх його політичних сил, інтегрує суспільство, сприяє закріпленню інститутів політичної системи в конституції та інших законодавчих актах, встановлює правові форми організації, функціонування і зміни державної влади, способи і методи реалізації політичних відносин. У свою чергу, політичні інститути і процеси у своїй сукупності створюють необхідні умови для функціонування правової системи, правотворчої і правореалізаційної діяльності.

По-новому оцінити роль і завдання державної влади дозволяє аналіз її крізь призму людини, її прав і потреб. Всі основні цілі, які висуваються сьогодні до владних інститутів (створення, підтримання і забезпечення добробуту громадян, їх прав і свобод, задоволення соціальних потреб та інтересів, забезпечення суспільного порядку і безпеки, державне регулювання економічного, соціального, культурного і національного життя тощо) можуть бути представлені як способи забезпечення універсальної мети, якою є забезпечення прав людини. Тому, оцінюючи державне управління з позицій забезпечення прав людини, можна не лише визначити його гуманістичну спрямованість та ефективність, а й представити його як складну, впорядковану, ціннісно орієнтовану діяльність чисельних органів державної влади, яких поєднує спільна мета.

Складність та неоднозначність взаємозв'язку між політичними та правовими інститутами в повній мірі проявляється у переломних моментах політичної історії країни. Одним з таких моментів для України стало реформування політичної системи. В умовах перехідних систем політичні реформи, як правило, не обмежуються трансформацією форми державного правління, а й впливають на більшість інших підсистем політичної системи. Зважаючи на важливість змін до Конституції України для розвитку суспільства загалом слід аналізувати не лише їх вплив на політичну систему, державне управління в найближчому майбутньому, а й процес їх прийняття. Така історична перспектива дає змогу виявити особливості перехідного періоду в Україні та спрогнозувати можливі сценарії подальшого розвитку подій.

Одним з найважливіших критеріїв демократичності політичного режиму, механізмом перетворення інтересів основних політичних сил у

відповідну структуру парламенту є виборчий процес загалом, і виборча система зокрема. Модель виборчої системи є відображенням існуючого в країні балансу політичних сил, ступені структуризації політичної системи, особливостей регіонального та національного розвитку. Прочутливість законодавства у цій сфері до зміни політичної кон'юнктури свідчить той факт, що в незалежній Україні кожні вибори до Верховної Ради проходили за новою виборчою системою.

Виділення особливостей еволюції виборчого законодавства дає підстави стверджувати, що вони віддзеркалюють зростання у суспільному житті ролі фінансово-політичних угруповань (так званих кланів), які постали внаслідок розподілу державної власності, а також повноважень органів державної влади. Ці угруповання зацікавлені у використанні виборного механізму впорядкування відносин між собою. Партії є одним з елементів фінансово-політичних угруповань, функції яких полягають у завоюванні для цих угруповань мандатів депутатів Верховної Ради України та у сприянні отриманню посад в центральних та місцевих органах державної влади.

Пропорційна система, за якою проводилися вибори 2006 і 2007 років, найкраще відповідає сучасному етапу розвитку політичної системи, оскільки цей варіант збільшує увагу громадян до партій, стимулює їх до більш ретельного вивчення та використання партійної системи. В перспективі це може призвести до демократизації самих партій, а також „вкорінення партій у регіонах», створить передумови для подальшої демократизації виборчої системи.

Хоча у майбутньому не виключений варіант повернення до мажоритарної або ускладнення пропорційної виборчої системи та скасування правила імперативного мандату. Однак передумовою таких сценаріїв є демократизація самих політичних партій, демократизація соціально-економічного життя суспільства та відповідно більш активна діяльність різноманітних структур громадянського суспільства.

Спробою дати відповідь на запитання хто кому повинен підпорядковуватися: політик чиновнику, чи чиновник політику, що визначає специфіку взаємодії політики і права в рамках державного управління, є концепція урядування, яка достатньо поширена в західних дослідженнях та практичній політичній діяльності відповідних країн, проте важко пробиває собі шлях до української політики. Ця концепція народилася кілька десятиліть тому в західній науці і стосується співвідношення, зокрема, між сферами вироблення державного курсу та його реалізацією. Хоча питання відносин політики й державного управління є однією з

найстаріших проблем політичної та правової наук, суспільні дискусії з цього приводу засвідчують, що воно є далеким від свого остаточного розв'язання. У вітчизняній науці, а також політичній риторичі ще й сьогодні панує теорія дихотомії політики та адміністрації, центральною ідеєю якої є наявність чіткої межі між цими сферами. Прибічники цієї сфери вважають, що вона ґрунтується на ідеї демократичного контролю і принципі верховенства права, хоча спроби її реалізації зазнають постійних поразок, і не лише в Україні. Водночас концепція урядування робить наголос на здатності держави не насаджувати свою волю суспільству через державні інститути, а налагоджувати співпрацю із усіма зацікавленими сторонами, переконувати їх у необхідності тих чи інших кроків, залучати представників недержавних організацій до процесу прийняття і реалізації рішень.

На завершення маю наголосити, що оптимальна практична реалізація вказаних вище методологічних принципів та інших пропозицій і рекомендацій, що стосуються реформування Конституції України істотно залежить від розвитку науки конституційного права. Тут ми маємо за останні 20 років певні позитивні зрушення. Збільшилася кількість вчених-конституціоналістів і кількість наукових праць з даної тематики. Тільки нашим Інститутом підготовлено і видано близько 40 монографічних досліджень з теорії конституційного права і процесу.

Ми налагодили творчі контакти з багатьма зарубіжними науковими юридичними центрами, про що, зокрема, свідчить і участь у нашому форумі правознавців з Польщі, Білорусії і Угорщини. У процесі реформування нашої Конституції беруть активну участь Рада Європи, Венеціанська комісія, ОБСЄ та інші міжнародні організації.

Усе це дає підстави сподіватися на більш плідні результати конституційної реформи на «новий і праведний Закон».

Ю. С. Шемшученко 

КОНСТИТУЦІЯ І РЕВОЛЮЦІЯ: АНАТОМІЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

Разом із занепадом концепції парламентського суверенітету, протягом останніх 50 років спостерігалось також звуження сфери застосування *pouvoir constituant* (що замислювалася як необмежена за визначенням «воля народу»), навіть у випадках зміни режиму або встановлення суттєво та формально нового конституційного ладу. ... Ідея *pouvoir constituant* ймовірно не зникла, але її реалізація має тенденцію відбуватися в рамках встановлених процедур для офіційного прийняття конституційних змін. Тобто ніби *pouvoir constituant* намагається сховатися за встановленими правилами задля набуття вигляду легальності: так би мовити субстантивна *pouvoir constituant* у формі *pouvoir constitué* означена і розтлумачена як корисний засіб забезпечення плавної та мирної зміни режиму, як вираження більш консенсуального шляху впровадження найрадикальніших змін.

Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Towards a Theory of Constitutional Change" // How Constitutions Change: A Comparative Study / edited by Dawn Oliver, Carlo Fusaro. – Oxford and Portland: Hart Publ., 2011. - p. 418

Конституція України, прийнята рівно двадцять років тому, стала тим політичним компромісом між різнобарвними політичними силами в українському Парламенті, що визначив хід своєї політичної історії нашої держави, дві суспільно-політичні революції та чимало політичних криз та протистоянь, якими позначені останні два десятиліття новітньої української історії.

Народження Конституції України як основного закону відбулося в умовах політичного протистояння між Президентом і Парламентом, але історія конституційних змін в Україні – за незначним винятком технічних по суті правок 2011 та 2013 років – позначена дійсно революційними ситуаціями 2004 та 2014 років. Навіть реверс Конституції 2010 року неможливо розглядати у відриві від політичних подій Помаранчевої революції 2004 року. Лише зміни до Конституції в частині правосуддя 2016 року були проведені у повній відповідності до вимог Розділу XIII Конституції.

Тому звернення до питання про конституцієтворення має особливу нагальність для українського конституціоналізму. І справа не тільки в тому, що зараз певні групи громадянського суспільства і навіть політичні сили виступають з ідеями нового суспільного договору, що має бути втілений у повністю новій конституції держави. «Реверс Конституції» 2010 року та конституційні зміни лютого 2014 року обумовлюють необхідність повернутися до питання установчої влади і конституційних змін.

Установча влада: генеалогія поняття

Розгляд питання про виникнення і становлення ідеї установчої влади слід, мабуть, почати з моменту, коли законодавча функція зазнала поділу на дві складові: власне законодавчу та конституцієдавчу, адже ще у XVII столітті такий поділ був невідомий, а сама влада встановлювати закони з часів Ж. Бодена чітко асоціювалася з суверенітетом¹, який за влучним виразом Кардена Ле Бре «є таким же неподільним як точка в геометрії»². Можливість поділу влади встановлювати закони на дві складові, при чому одна з яких є визначальною чи вищою за іншу, тому, вбачалася парадоксальною до часів Французької революції. Адже визнання існування різних рівнів нормотворчості (а це саме поняття є навіть ще молодшим за конституцію³) в очах сучасників Гоббса та Локка логічно вело до поділу суверенітету, що вважалося нищівним для самої цієї ідеї. З цього, власне, і походить поняття парламентського суверенітету, що постало в ході Англійської революції як необмежена влада встановлювати і змінювати закони⁴, а також історичне несприйняття ідеї писаної конституції. Навіть термінологічно цей підхід залишив відчуженні наслідки: поняття конституції майже усюди визначається через кваліфікацію поняття «закон» (укр. – «Основний закон»; нім. – *Grundgesetz*; англ. – *Basic Law*; фр. – *loi fondamentale*; ісп. – *Ley básica*), хоча звичайно зміст цього кваліфікованого поняття вже не ототожнюється з актом законодавця.

Концепція суверенітету у Франції часів Просвітництва, виходячи з цих міркувань, розглядалася як заперечення існування ієрархії норм, зокрема

- 1 Див.: Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // *Jus Politicum*. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 1.
- 2 Cardin Le Bret, De la souveraineté du Roy, IV, 3, цит. За: Lemaire A. Les lois fondamentales de la monarchie française. – Paris: Albert Fontemoing, 1907. - p. 159.
- 3 Докл. див.: Водяніников О.Ю. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну // *Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи*. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ: ВАІТЕ, 2015. – с. 7-24.
- 4 Див. напр.: Blackstone W. Commentaries on the laws of England. - Vol. I, Of the rights of persons. - Chicago and London: University of Chicago Press, 1979. - p. 156

заперечення існування самих фундаментальних законів (*loi fondamentale*) Старого Режиму⁵. Як підсумував Вольтер в своєму Філософському словнику, «фундаментальний закон, народжений плінною волею людей, але у той же час незмінний, становить сам по собі суперечність, примару, абсурдність: той, хто встановлює закони, може їх і змінювати»⁶. Таким же чином Ж.-Ж. Руссо, хоча і поділяє закони на «політичні» (*lois politiques*) та «цивільні» (*lois civiles*), розглядає їх як закони одного порядку, встановлені владою суверена⁷. Квінтесенцію такого ставлення, мабуть, найвдаліше визначив американський юрист часів Американської революції Вільям Пейлі: «... конституція є нічим іншим, ніж частиною, главою, секцією чи титулом у зібранні публічних законів; вона не відрізняється від інших [законів], окрім як за особливим характером чи вищою важливістю тих питань, які вона врегульовує. Тому терміни «конституційний» та «неконституційний» означають «законний» та «незаконний»⁸.

Ці ідеї найбільш наочно проявилися в перші роки Американської революції, коли Північно-Американські колонії після проголошення незалежності вдалися до запровадження писаних конституцій: законодавчі збори, наслідуючи британській моделі, не вагаючись, змінювали конституційні тексти в рамках звичайної законодавчої процедури, адже суверенна влада встановлювати закони розглядалася єдиною і неподільною⁹.

З іншого боку неподільність законодавчої функції суверена імпліцитно заперечувалася концепцією фундаментальних законів (фр. - *loi fondamentale*; англ. - *Fundamental Laws*)¹⁰, яку критикували Вольтер та Ж.-Ж. Руссо¹¹, але послідовно обстоювали французькі парламенти часів Старого режиму та англійські судді часів ранніх Стюартів.

5 Див.: Thompson M. The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution // The American Historical Review. – 1986. - Vol. 91, No. 5. - p. 1103-1128.

6 «Loi salique» / Voltaire, Dictionnaire philosophique // Œuvres complètes de Voltaire. - vol. 53, t. 7. - Paris, Société littéraire typographique, 1785. - pp 258-259.

7 Див.: Rousseau J.-J. Du Contrat social. - Paris, Gallimard, 1995. - p 215-216.

8 Paley, William, The principles of moral and political philosophy, цит. за: Wood G. The Creation of the American Republic. - New York, Norton, 1993.- p. 261.

9 Див.: Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // Jus Politicum. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 5-6.

10 Щодо виникнення цього терміну та концепції в Англії див: McIlwain C. The High Court of Parliament and Its Supremacy. - New Haven: Yale University Press, 1910. - p 63-65, 72-75; щодо становлення цієї концепції у Франції див: Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // Jus Politicum. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 6-8.

11 Щодо поглядів Руссо див: Rousseau J.-J. Du Contrat social. - Paris, Gallimard, 1995. - p. 184.

Вперше поняття фундаментального закону використовує Теодор Беза у своєму творі 1573 року «*Du droit des magistrats*»¹². Термін, народжений у кривавій бійні Варфоломіївської ночі 1572 року, став квінтесенцією заперечення концепції Ж. Бодена щодо неподільного і абсолютного суверенітету. Однак досить важко знайти у цій концепції витoki ідеї установчої влади, хоча сама ця концепція і може розглядатися як предтеча сучасної конституції, адже нею був закладений фундамент ієрархії в праві: «За змістом фундаментальний закон дійсно може вважатися конституцією, але не має нічного спільного з установчою владою. Ми можемо аналізувати фундаментальний закон як еквівалент норми вищої сили тією мірою, якою він обмежував законодавчу владу [монарха]; але навіть у такому випадку така конституція є нормою без автора»¹³. Це поняття охоплює власне звичаєві правоположення, виникнення яких сягає століть у минулому, але зміст яких є досить обмеженим (питання престолонаслідування, католицизм монарха, невідчужуваність королівського домену тощо), тобто лише побіжно вони обмежували королівську владу у певних казуальних аспектах. І хоча парламенти Старого режиму у Франції, починаючи з 1750-х років поступово за їх допомогою перетворили своє звичаєве право реєстрації актів королівської влади на інструмент, подібний до конституційного контролю¹⁴, такий інструмент, по-перше, не був політично нейтральним, а по-друге, становив гарантію станових привілеїв, засобом консервації залишків феодальних порядків. Так, коли Тюрго спробував зламати корпоративізм Старого режиму, ліквідувавши гільдії і трудові повинності, Парламент Парижу у 1776 році виступив проти реформи, стверджуючи, що станові привілеї ґрунтуються на божественному праві: «стани за своїм джерелом походять від божественних установлень; безкінечна і незмінна мудрість, закладена у світобудові, полягає у нерівному розподілі сили та розумності, і її результат відображений у суспільному порядку та нерівності людських умов»¹⁵. Цей випадок суттєво підірвав легітимність самої концепції фундаментального закону і авторитет Парламенту.

12 Див.: Thompson M. The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution // The American Historical Review. – 1986. - Vol. 91, No. 5. – p. 1103-1128.

13 Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // Jus Politicum. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 6-7.

14 Докл. див.: Saint Bonnet F. Le Parlement juge constitutionnel (XVIe-XVIIe siècles) // Droits. – 2002. - n°34. – p. 177-197; Renoux-Zagamé M.-F. Du droit de Dieu au droit de l'homme. – Paris: PUF, 2003. - p 212-243.

15 Remontrances des 2-4 mars 1776 / Flammermont J. Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle // Documents inédits de l'histoire de France. - Paris, Imprimerie nationale, 1888-1898. - t. 3. - p 278-279 et 288.

Фундаментальний закон в парламентському дискурсі Старого режиму у Франції чи у суперечці між Зірковою палатою і королем Яковом I в Англії досить важко досягнути з позицій сучасного розуміння права ще й тому, що питання влади у домодерній державі не підпорядковувались якимось визначеним правовим приписам – вони були об’єктом містерії, сакральним явищем, що не підлягало людському осяганню:

«В основі політичної влади не було жодної норми, засадничого рішення, поділу ролей між королем та народом, якогось уповноваження на управління: було лише те, що класична доктрина називала «містерії держави» (*les mystères de l’Etat*), непізнана безодня, така ж незбагненна, як і таємниці теології. Будь-яке юридичне дослідження зупиняється і поступово зникає у цій незбагненій таємниці, в якій втрачаються логіка та обґрунтування, на кшталт того, як раціональне розуміння Бога зупиняється перед неосяжною таємницею Трійці або Втілення. Раціональне розуміння (і тому юридичне дослідження) невідворотно поступається місцем вірі»¹⁶.

Гене́за цієї теології влади, детально досліджена Ернстом Канторовичем¹⁷, сягає Темних віків з їх ордаліями та містеріями справедливості, апогеєм якої стає концепція королівської влади, за якої король одночасно стоїть над законом і підкоряється йому, одночасно користується абсолютною владою і є обмеженим у її здійсненні. З точки зору розглядуваного нами питання, особливо важливим є власне цей перехід від містерій справедливості до містерії держави, адже саме тут слід шукати витоки сучасного поняття установчої влади. Найкращим виразом квінтесенції містерії держави є полеміка Якова I з суддями Зіркової палати у 1616 році щодо меж королівської влади: «Якщо виникає питання, яке стосується моєї прерогативи або містерії держави, будьте обачні не вирішувати його без поради з королем або його радою або обома: адже це трансцендентні речі (*Transcendent matters*) ... Те, що стосується таємниці королівської влади, юридично не може ставитися під сумнів», адже це, на думку короля, «означатиме втручання у слабкість князів (*to wade into the weakness of princes*) і знищення містичної шани тих, хто си-

16 Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l’invention du pouvoir constituant // Jus Politicum. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 9.

17 Див.: Канторович Э. Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии / пер. с англ. А.Ю. Серegiной; под ред. М.А. Бойцова. – Москва: Издательство Института Гайдара, 2013. – 336 с.

дить на божественнім престолі»¹⁸. Ця ж містерія влади і парадоксальна «слабкість князів» є лейтмотивом одного цікавого пасажу в мемуарах Кардинала де Реца, для якого небезпека Фронди і повстання полягає не в тому, що народ пішов війною на свого короля, а власне в тому, що наважився поставити найфундаментальніше питання меж королівської влади і прав підданих: «Люди зайшли у святиню і скинули покривало, яке завжди повинно скривати все, що можна сказати, все, у що можна вірити, щодо права народу та права королів, які завжди є несумісними, а тим більше співіснуючими, окрім як під покривалом мовчання. Зала Палацу осквернила ці таємниці»¹⁹. Власне цим Кардинал де Рец розкиває цю містерію королівської влади, таємницю «слабкості князів», про яку казав Яків I: влада короля є фікцією, яка не існує поза вірою народу у свого короля, адже «в політичному плані, Бог є ніким іншим, ніж людиною; ось весь страшний секрет, який ніколи не можна обнажати»²⁰.

«Містерія держави», що постала з ранньосередньовічних «містерій справедливості», не дозволяла розвинутися тому, що у модерній державі відносять до конституціоналізму – самі ці питання влади і її обмеження становили табу, заборону «скидати покривало», а саме намагання це зробити розглядалося як спроба революції чи повстання.

Найнаочнішим втілення містерії держави було тіло короля²¹, а її повсякденною формою було публічне покарання²². Містерії держави

18 James I, A Speech in the Starre-Chamber, the XX of June. Anno 1616 // *The Political Works of James I* / ed. By McIlwain. - Cambridge: Harvard University Press, 1918. - p 332-333.

19 Cardinal de Retz. Mémoires. - Paris: Livre de poche, 1998. - p. 310. Слід пояснити, що Зала Палацу – зала Парламенту Парижа, де збиралися городяни з важливих нагод, на противагу до Великої палати, де приймалися рішення.

20 Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // *Jus Politicum*. - 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. - p. 11.

21 Як зазначає М. Фуко, «У суспільстві на кшталт суспільства XVI століття тіло короля було не метафорою, політичною річчю: його тілесна присутність була необхідна для життєдіяльності монархії». *Власть и тело* // Фуко М. *Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью* / Пер. с франц. С. Ч. Офертаса под общей ред. В. П. Визгина и Б. М. Скуратова. - М.: Практикс, 2002. - с. 161.

22 Як справедливо вказує Дж. Ленгбейн, «Приблизно п'ять століть з середини тринадцятого століття по середину вісімнадцятого система судових тортур лежала в основі континентальної кримінальної процедури». Langbein J. *Torture and Plea Bargaining* // *The University of Chicago Law Review*. - 1978. - Vol. 46, No. 1. - p. 3. Тортури для середньовічного та ранньомодерного юриста чи судді не були чимось надзвичайним чи огидним: це був рутинний і офіційно санкціонований процес. У цьому не було відмінностей між Західною Європою і, скажімо Московським царством, де слуги государеві були настільки переконані у ефективності тортур, що починаючи з 1639 року государевим указом було дозволено застосовувати тортури у дні релігійних свят. Див.: Kollmann N. *Crime and Punishment in Early Modern Russia*. - Cambridge: Cambridge University Press, 2012. - p. 133

не тільки визначили траєкторії розвитку модерного і постмодерного права, але й повністю не зникли і зараз. Зі стратою Людовика XVI, яка сама по собі символічно завершила домодерний період і стала символом народження модерної держави, тіло короля не зникло. Вслід за Мішелем Фуко можна досить цинічно підсумувати, що «ідея певного суспільного тіла, що нібито утворюється сукупністю воль» є «найбільшим фантазмом» модерної та сучасної постмодерної демократії²³. Цей фантазм єдиного політичного тіла простежується крізь багато сучасних демократичних інститутів, починаючи від концепції народного суверенітету, закінчуючи принципом перервності законодавчої функції парламенту, ритуалу приведення до присяги, принципу парламентських імунітетів, інститутів амністії і помилування тощо²⁴.

Однак повертаючись до генеалогії установчої влади, слід визнати, що містерія держави, під покривалом якої виникла ідея суверенітету, робила абсолютно неможливим навіть концептуально народження ідеї установчої влади: «або суверенітет є тотальним, як в Англії, і у такому разі

Самі тортури були чітко регламентовані і вважалися обов'язковою частиною кримінального провадження в залежності від характеру злочину і особистості жертви. Це була форма містерії держави, візуалізована для пересічних підданих у видовищних сценах публічного покарання, включаючи особливо жорстокі з погляду сучасності методи страт. Як підсумував М. Мербек, «Покарання мало, переважно, характер театру стримування, ритуалу відплати, організованому владою, подекуди за активної участі громади, для якої головним був інтерес у забезпеченні доброї християнської смерті (*bene moriendi*) для злочинця, що розкається». Merback M. Torture and Teaching: The Reception of Lucas Cranach the Elder's Martyrdom of the Twelve Apostles in the Protestant Era // *Art Journal*. – 1998. – Vol. 57, No. 1. – p. 20.

Мішель Фуко у своєму творі «Наглядати та карати: Народження в'язниці» звертає увагу на те, що публічні страти, окрім своєї юридичної функції, виконували й роль політичного ритуалу, метою якого було візуалізація, підсилення і підживлення влади суверена через публічний показ надмірної сили і жорстокості. Така жорстокість не була випадковою чи непродуманною. Чітко розраховане страждання засудженого, вишукані, вимірні практикою і дозовані тортури і тілесні покарання – все це було «мистецтвом утримання життя в болі, поділу його на «тисячі смертей» шляхом завдання вишуканих страждань до припинення життя засудженого. Тортури ґрунтувались на скрупульозно розрахованому мистецтві болю». Foucault M. *Discipline and Punish. The Birth of the Prison* / transl. by Alan Sheridan. – New York: Random House, 1991. – p. 33-34. Ці дискурси, закладені у часи Середньовіччя, залишили свої сліди і в сучасному кримінальному праві, хоча і закамфльовані, заховані у надрах сучасної кримінальної юстиції. Див.: Valier C. *Crime and Punishment in Contemporary Culture*. – London and New York: Routledge, 2004. – p. 133

23 *Власть и тело // Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью / Пер. с франц. С. Ч. Офертаса под общей ред. В. П. Визгина и Б. М. Скуратова. - М.: Практикс, 2002. - с. 161*

24 Див.: Манов Ф. *В тени королей. Политическая анатомия демократического представительства / пер. с англ. А. Яковлева. – Москва: Изд-во Института Гайдара, 2014. – 176 с.*

не може бути жодною ієрархією норм; або все ж таки існують певні точкові фундаментальні закони, але головне питання губиться в містеріях держави»²⁵. Тому виникнення концепції установчої влади слід шукати не в ранньомодерному праві, а позаправових сферах, зокрема у філософських та політичних ідеях, пов'язаних з концепцією суспільного договору, які згодом в ході революцій XVIII століття увірвуться до юридичної сфери.

Власне хрещеним батьком модерного конституціоналізму, який заклав теоретичну основу для виникнення і становлення концепції установчої влади, можна назвати Генрі Болінброка, віконт Сент-Джон, який доклав великих зусиль для розвитку своєї доктрини «збалансованої конституції» на протипагу підходам свого політичного опонента сира Роберта Уолпола з його «міністерською системою» урядування²⁶. Саме на протипагу законодавчому суверенітету англійського Парламенту Болінброк висуває ідею про існування певної вищої норми, яка не є законом, але яка обмежує Парламент у його всевладді, про існування певної угоди (*bargain*), умовного договору між князем і народом, між представниками і виборцями²⁷. При цьому така конституція ще не розглядається як текст: «Під «конституцією» ми розуміємо, коли говоримо з належністю і точністю, той набір законів, інституцій та звичаїв, що походять з певних встановлених принципів розумності (*principles of reason*), спрямованих на певні визначені об'єкти суспільного блага, які укладають загальну систему урядування, на яку суспільство погодилося»²⁸.

Логіка такого підходу полягала в тому, що ані король, ані парламент не мають права змінювати такі конституції: «Якщо дві палати Парламенту здійснять екстравагантний вчинок і відмовляться від своїх прав на користь монарха, очевидним є те, що спільнота нації отримує право не скоритися такій верховній законодавчій владі... [Я]кщо конституція по суті скасована... народ отримує своє первинне право, своє природне право відновити конституцію або встановити нову»²⁹.

Якщо в Англії ці засадничі міркування Болінброка були спрямовані проти партійного всевладдя у Парламенті, проти парламентського суверенітету, то у Франції завдяки Монтеск'є вони були взяті на озброєння

25 Pimentel C.-M. Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant // Jus Politicum. – 2009. - n° 3: Autour de la notion de Constitution. – p. 12.

26 До речі барон де Монтеск'є був добре знайомий з ним і, як вбачається, свою концепцію поділу влад розвинув, базуючись на ідеях Болінброка. Див.: Shackleton R. Montesquieu: A Critical Biography. – Oxford: Oxford University Press, 1961. - p 298-300.

27 Bolingbroke, Henry St John, A Dissertation upon Parties // The Works of Lord Bolingbroke. - Vol. 2. - London: Henry Bohn, 1844. - p. 117.

28 Ibid., p. 88.

29 Ibid., p. 150-151.

проти абсолютизму Старого режиму. І першим, що зазнало впливу нового дискурсу, стали фундаментальні закони: якщо зміст цих законів, які так палко і велеречиво обстоювали парламенти у своїх ремонтраціях на королівські укази, є продуктом суспільного договору, вони також можуть бути змінені. Як підсумував у 1751 році Ж.-Ж. Бурламакі, чия думка слово в слово перекочувала до Енциклопедії Жокура середини XVIII століття³⁰, «Ці постанови мають назву фундаментальних законів, адже вони лежить в основі і у заснуванні держави ... Однак це лише усталений вираз, можна навіть сказати просторіччя, що ми називаємо їх законами, адже якщо бути точним, вони є в дійсності угодами (conventions); але ці угоди є обов'язковими між їхніми сторонами, вони мають таку ж силу, як і закони»³¹.

В 1758 році Еммеріх де Ваттель в своїй фундаментальній праці про право народів сформулював по суті нову доктрину конституції: «основоположний акт (le règlement fondamental), яким визначається спосіб реалізації публічної влади і який становить конституцію держави ... Така конституція в своїй основі встановлює порядок, за яким нація визначає співпрацю для отримання благ, задля яких утворюється політична спільнота»³².

Цей, вже юридичний, дискурс суспільного договору містив важливі обмеження для установленної влади: конституція як договір не могла бути змінена владою, нею установленною, а право такої зміни визнавалося за народом, допоки неосязною фікцією, що наділялася суверенними повноваженнями. Як наслідок такого інтелектуального конструкту, законодавча влада перестає розглядатися монолітною: «... виникає питання, чи поширюється [така законодавча влада] на фундаментальні закони, чи може законодавець змінити конституцію держави? ... Влада такого законодавця не йде настільки далеко ... фундаментальні закони повинні бути священними для нього, якщо нація не наділила його безпосередньо владою їх змінювати»³³. При цьому «... нація має безпосереднє право самою встановлювати конституцію, забезпечувати її дотримання, її покращувати та врегульовувати за власною волею всі питання, що стосуються урядування»³⁴. Так народ зі сторони суспільного договору перетворився на суверена.

30 Див.: Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers..., 17 vol. - Paris, 1751-1765. - vol. 9. - p. 660.

31 Burlamaqui, J.-J. Principes du droit politique, 2 vol. - Caen: Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1984. - T. I. - p. 76, §§ 37-38..

32 de Vattel E. Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains / rééd. - Paris, 1820. - T. I, 3. - p 68-69.

33 Ibid., p. 73-74, § 34.

34 Ibid., p. 71.

Однак побічно цей інтелектуальний розвиток призвів до парадигматичного зсуву у питанні права на повстання: XVIII століття стало епохою, коли право на спротив, що обговорювалося у працях монархомахів минулих двох століть, з суто політичного питання, яке розглядалося виключно як таке, що знаходиться поза установленого правопорядку, перетворилося на юридичне, а його деструктивний аспект (руйнування встановленого порядку) був доповнений засадничим чи творчим (встановлення нової конституції у болінгброківському сенсі).

Саме з цього періоду цей другий аспект закладає основи поняття установчої влади, що постало наприкінці XVIII століття. Але за цим сьйвом кон-структивного аспекту установчої влади завжди залишається його первинна деструктивна сила. Адже акту творіння завжди має передувати акт знищення.

Цей інтелектуальний розвиток, результатом якого стало поняття конституції як писаного основного закону, певний час не позначався протиставленням демократії і конституціоналізму. Сакралізація конституційного тексту – явище, характерне для постмодерної держави, постало після Другої світової війни і, як наслідок, витіснило питання установчої влади на периферію конституційно-правової доктрини, адже сутнісний зміст конституції, права людини і конституційна юрисдикція, які стали природною реакцією на феномен «суїцидальної демократії» в якості наслідку призвели до виникнення парадоксу «вічної конституції», парадоксу, що артикулює фундаментальне протиріччя між класичним розумінням демократії як інституціоналізованої волі більшості і конституціоналізмом, що обмежує, упорядковує і розподіляє владу в державі.

Цей парадокс набув інституціональних форм з розвитком концепції антимажоритарного запобіжника в конституційній демократії – органу конституційної юрисдикції. Ці два процеси – сакралізація конституційного тексту через виведення трансцендентних конституційних принципів і цінностей, включаючи права і свободи людини, та запровадження конституційних судів як квазі-законодавців, чия місія полягає у захисту конституції і її принципів і цінностей – власне зробили конституційний парадокс установчої влади самопідсилювальним, що не могло не звести установчу владу до категорії соціально-політичного міфу.

Установча влада і парадокс «вічної конституції»

Поняття установчої влади, концепція якої завдячує своїм виникненням одному з теоретиків Французької революції абату Сійєсу³⁵, наприкінці

35 Див.: Сійєс Э. Ж. Что такое третье сословие? // Аббат Сийес: от Бурбонов к Бонапарту / состав., пер., вступ. ст. М. Певзнер. – Санкт-Петербург: Ателия, 2003. – с. 149-150.

XX століття повернуло собі актуальність із падінням радянських режимів у Східній Європі. Повернення держав Східної Європи на демократичний шлях розвитку обумовило необхідність нового конституцієтворення, а відтак і нового звернення до ідеї установчої влади, її повернення до конституційної доктрини Східної Європи³⁶. Питання установчої влади в такому дискурсі певною мірою реабілітувало себе після доволі «творчого» підходу до нього у часи більшовистського перевороту в Російській імперії, встановлення нацистських і фашистських режимів у Європі у міжвоєнний період та насадження «народних демократій» у Східній Європі в часи після II світової війни.

Цей дискурс не міг не торкнутися доволі делікатного питання співвідношення установчої влади і конституційної форми, над яким розмірковував ще абат Сійєс та батьки-засновники американської демократії³⁷. З часів Французької та Американської революції, коли була сформульована ідея установчої влади і народного суверенітету, ідея конституціоналізму, як власне і ідея конституційної демократії, знаходяться у тенетах конституційного парадоксу: конституція як основний закон, що приймається в результаті реалізації суверенної або установчої влади народу, з моменту свого прийняття встановлює обмеження, що поширюються на самого суб'єкта її прийняття. Іншими словами парадокс виникає у співвідношенні між народом, як носієм суверенної влади, в ідеалі необмеженої і первинної (тобто установчої), і конституцією як законом найвищої юридичної сили, що за визначенням має обмежувати таку владу. Влада в державі ґрунтується на згоді народу і в той же час має бути «поділена, обмежена і реалізована у відмінних інституційних формах»³⁸. Таке перетворення народного суверенітету на «згоду народу» артикулює вказаний парадокс: народ, який є носієм суверенітету, не може реалізовувати свій суверенітет, оскільки його влада має бути реалізована у встановлених конституційних формах³⁹.

36 Див. напр.: Preuss U. Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relation between Constituent Power and the Constitution // *Cardozo Law Review*. - 1992-1993. - Vol. 14. - p. 639-660; Arato A. Forms of Constitution Making and Theories of Democracy // *Cardozo Law Review*. - 1995-1996. - Vol. 17. - p. 191-231.

37 Щодо питання глибинних розбіжностей між розумінням установчої влади, що сформувалось під час Американської та Французької революцій, див.: Arendt H. *On Revolution*. - London: Penguin Books, 1990. - p. 141-178.

38 Loughlin M., Walker N. Introduction // *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* / Martin Loughlin and Neil Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007. - p. 1.

39 Див.: *ibid.*; Galligan D. J. The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory? // *Oxford Journal of Legal Studies*. - 2008.- Vol. 28, No. 2. - p. 346.

«Парадокс [установчої влади і конституційної форми] є наслідком того факту, що в основі сучасного конституціоналізму покладено два фундаментальних, але антагоністичних, імперативи: перший - державна влада в своїй основі базується на «згоді народу» та другий - для того, аби бути сталою і ефективною, така влада має бути поділена, обмежена і реалізуватися у відмінних інституційних формах. Хоча кожен з імперативів знайшов своє вираження у ранньомодерних формулюваннях легітимної державної влади, лише з появою сучасного поняття конституції це протиріччя між установчою владою (владою «народу» утворювати і скасовувати установлену владу в державі) та конституційною формою (формальними юридичними рамками, встановленими в ході компромісу або домовленості, або які розвинулися за їх відсутності) стає гострішим»⁴⁰.

У ХХ столітті з розвитком ідей конституційної демократії і, пізніше, сучасного конституціоналізму, питання установчої влади певною мірою стало незручним для ліберальної конституційно-правової теорії. Загальний погляд на це питання ґрунтувався на тому, що установча влада вичерпує свою функцію і каналізується у новій конституційній формі після акту конституцієтворіння⁴¹. Іншими словами, установча влада, реалізована у формі прийняття конституції, наділяє легітимністю новий постійний політико-правовий порядок, після чого вона вичерпується і на її місце приходить установленна влада, здійснювана призначеними/обраними посадовцями та представницькими органами. З такої точки зору саме поняття установчої влади є зайвим за умов конституційного урядування, адже містить «зародки його власного руйнування»⁴².

Європейський консенсус з цього питання наочно проявляється у підходах Венеціанської Комісії (Європейської комісії за демократію через право) - дорадчого органу Ради Європи з питань конституційного права - до питань прийняття нової конституції чи конституційних змін. Так у Попередньому висновку з правових питань, що виникли в наслі-

40 Loughlin M., Walker N. Introduction // *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* / Martin Loughlin and Neil Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007. - p. 1; див. також: Tully J. *Modern Constitutional Democracy and Imperialism* // *Osgoode Hall Law Journal*. - 2008. - Vol. 46, No.3. - p. 465.

41 Colon Rios J. *De-constitutionalizing Democracy* // *California Western Law Review*. - 2010. - Vol. 47, No.1. - p. 41-90.

42 Dyzenhaus D. *The Politics of the Question of the Pouvoir Constituant* // *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form.* / M. Loughlin, N. Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007 - p. 129.

док Декрету Президента Венесуели № 2878 від 23 травня 2017 року про призначення виборів до Національних установчих зборів, Комісія зазначила: «... конституційна процедура перегляду основоположного пакту має передбачати механізми, які гарантують, що такий перегляд відбувається в межах демократії та верховенства права. Якщо існує конституційна процедура часткової чи повної зміни конституційного ладу, вона має бути реалізована, враховуючи цей базовий принцип конституційної техніки»⁴³. Цей «базовий принцип конституційної техніки» по суті заперечує саму сутність первинної установчої влади, руйнівна та одночасно творча потужність якої не може бути обмежена навіть принципом верховенства права. Така упередженість на користь «вічної конституції» прямо визнається далі у тексті Попереднього висновку: «Венеціанська комісія раніше неодноразово вказувала, що процедура прийняття конституційних змін або, наскільки можливо, навіть нових конституцій, повинна відповідати положенням чинної Конституції. Комісія насправді цілком підтримує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції – таким чином забезпечуючи стабільність, законність та легітимність нової системи»⁴⁴.

Такий підхід є наслідком сакралізації конституційного тексту⁴⁵ та праяв порядку, притаманній сучасному конституціоналізму, що ґрунтується на засадничій ідеї сталості і стабільності конституції. Це концептуально унеможлиблює в подальшому реалізацію установчої влади, хоча сама ідея демократії виходить з того, що навіть основоположні принципи можуть бути переглянуті в рамках демократичних процедур. Таким чином установча влада в сучасній конституційно-правовій доктрині

43 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). CDL-PI(2017)004-e. Venezuela – Preliminary Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly, para. 15.

44 Ibid., para. 17. У своїй Доповіді про конституційні зміни Венеціанська комісія також вказувала: «Загалом, Комісія цілком підтримує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції – таким чином забезпечуючи стабільність, законність та легітимність нової системи. Референдуми, не передбачені Конституцією, не повинні використовуватись для обходу процедури внесення змін до Конституції, визначеної самою Конституцією». European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, para. 68.

45 Докл. див. щодо цього феномену: Водянніков О.Ю. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ: ВАІТЕ, 2015. – с. 7-24

зводиться до фікції, «простої алегорії чи корисної метафори у казці про заснування»⁴⁶ конституційного правопорядку держави.

Цей парадокс «вічної конституції»⁴⁷ або протиріччя між конституціоналізмом і демократією, що вперше в конституційно-правовому дискурсі постав під час дебатів в Національній асамблеї часів Французької революції⁴⁸, доктринально був розроблений у суперечці між Джефферсоном і Медісоном щодо конституційних змін⁴⁹. Наразі ліберальна конституційно-правова доктрина виходить з аксіоматичного сприйняття сталості конституції і, як наслідок, досить обережного і, подекуди, негативного ставлення до легітимності конституційних змін⁵⁰. При цьому протиріччя між конституціоналізмом і демократією розглядається, серед іншого, крізь призму антимажоритарної концепції конституційної демократії – сталість конституційного тексту і жорсткі моделі внесення змін до конституції розглядаються як практичний запобіжник проти ситуативної диктатури більшості, а в більш широкому плані – як антидот проти феномену «суїцидальної демократії». З цієї точки зору маргіналізація, витіснення установчої влади на периферію або навіть поза рамки конституціоналізму не суперечить демократичним принципам: «Захищаючи основоположні політичні права і встановлюючи інститути, що

46 Akkanat S. The Apories of constitutionalism: The question of constituent power and democracy // *European Journal of Research on Education*. - Special Issue: Contemporary Studies in Social Science, 2014. - p. 42

47 Див. докл.: Muñiz-Fraticelli V. The Problem of a Perpetual Constitution // *Intergenerational Justice* / Axel Gosseries & Lukas Meyer eds.. - Oxford: Oxford University Press, 2009. - p. 379-412

48 Див.: Jaume L. Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences // *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* / Martin Loughlin and Neil Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007. - p., 71.

49 Див. щодо поглядів Т. Джефферсона: Letter from Thomas Jefferson to Samuel Kercheval (July 12, 1816) // *The Portable Thomas Jefferson*. / Merrill D. Peterson ed. - New York: Penguin, 1977. - p. 558-559. Позиція Дж. Медісона викладена: *The Federalist No. 49* // *The Federalist: a collection/by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison*; ed. with an intr., reader's guide, constitutional cross reference and glossary by George W. Carey, James McClellan.- Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2001. - p. 260-264.

50 Див., напр.: Sullivan K. What's Wrong with Constitutional Amendments // *Great and Extraordinary Occasions: Developing Guidelines for Constitutional Change* / Louis Michael Seidman & Virginia Sloan eds.- New York: The Century Foundation Press, 1999. - p. 40-44; Ackerman B. Higher Lawmaking // *Responding to Imperfection: Theory and Practice of Constitutional Amendment* / Sanford Levinson ed. - Chicago: Princeton University Press, 1995. - p. 86; Amar A. Popular Sovereignty and Constitutional Amendment // *Responding to Imperfection: Theory and Practice of Constitutional Amendment* / Sanford Levinson ed. - Chicago: Princeton University Press, 1995. - p. 90-92; Griffin S. The Nominee is...Article V // *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies* / William Eskridge & Sanford Levinson eds. - New York: New York University Press, 1998. - p. 51-53; Lutz D. Toward a Theory of Constitutional Amendment // *The American Political Science Review*. - 1994. - Vol. 88, No. 2. - p. 355-358.

уможливлюють участь громадян у обговоренні важливих питань, конституції стали інструментами самоврядування, технікою, що дозволяє громадянам управляти собою. Як правила будь-якої гри або правила граматики, конституції виконують в першу чергу функцію уможливлення: вони уможливають реалізацію демократичної форми публічного життя. Так само як було б безглуздом змінювати правила граматики під час писання чи правила гри в ході такої гри, немає сенсу турбуватися про переформулювання цих уможливлюючих норм»⁵¹.

З іншого боку серед європейських інтелектуалів не менш поширеним є протилежне уявлення, що надає перевагу установчій владі над конституційною формою. Як вказував Жорж Бурдо, «Дослідження установчої влади з перспективи права становить особливу складність, з огляду на гібридний характер цієї влади... Сила, прихована в установчій владі протриває бути повністю інтегрованою у ієрархічну систему норм і компетенцій, установча влада завжди залишається чужою по відношенню до права»⁵². Таким же чином Антоніо Негрі розглядає установчу владу як революційну за характером, що не може бути «вмонтована» в конституційну форму⁵³. Адже як зазначала Ганна Арентд, «право може дійсно стабілізувати і легалізувати зміни після того, як вони відбулися, але самі такі зміни завжди є результатом позаправової дії»⁵⁴.

На думку представників цієї інтелектуальної течії, установча влада, що є вихідною і вищою за визначенням, знаходиться у перманентному протиріччі з установленою владою. Історія демократичних революцій, як вказував Герман Геллер, власне просякнута такою боротьбою: на початку установча влада насичує своєю динамікою конституційну систему і потім сама вже стає предметом реформування конституції⁵⁵. Тобто відбувається те, що Антоніо Негрі назвав «нейтралізацією установчої влади»⁵⁶. Але «установча влада є суб'єктом. Цей суб'єкт, ця колективна суб'єктність викручується з будь-яких умов та суперечностей, якими час від часу їхня установча сила обмежується за специфічних кон'юктур політичної та конституційної історії»⁵⁷.

51 Colon Rios J. De-constitutionalizing Democracy // California Western Law Review. – 2010. – Vol. 47, No.1. – p. 51-52.

52 Burdeau G. Traite de sciences politiques. - Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1983. - vol. 4. – p. 171.

53 Див.: Negri A. Insurgencies. Constituent Power and the Modern State / Transl. by M. Boscaqli. – Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1999.

54 Arendt H. Crises of the Republic. - New York: Harcourt, 1969. - p. 65

55 Negri A. Insurgencies. Constituent Power and the Modern State / Transl. by M. Boscaqli. – Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1999. – p.7.

56 Ibid.

57 Ibid., p. 323.

У французькій конституційно-правовій доктрині, де власне і було сформоване поняття *pouvoir constituant*, Рожер Боннар в 1942 році вперше провів розрізнення між *pouvoir constituant originaire* (первинна установча влада) та *pouvoir constituant dérivé* (похідна установча влада): «...інституціо-налізована установча влада (*le pouvoir constituant institué*) – це влада, що існує згідно конституції і встановлена на майбутнє у разі потреби змінити таку конституцію. Таким чином ця влада передбачає наявність чинної конституції, на відміну від первинної установчої влади (*pouvoir constituant originaire*), яка існує поза будь-якими конституційними рамками»⁵⁸. Таким же чином Олів'є Бо звертаючись до парадоксу установчої влади вказував: «первинна установча влада не підкорюється жодній конституції, в той час як похідна установча влада підпорядкована чинній конституції. Перша, є владою безумовною і абсолютною, а друга – владою конституційною, іншими словами санкціонованою і тому обмеженою»⁵⁹.

Це концептуальне розрізнення первинної і похідної установчої влади має важливе значення, адже дозволяє концептуально відокремити «вищу правотворчість», яка відбувається згідно заздалегідь встановлених процедур внесення змін до конституції, тобто заздалегідь легітимовану, врегульовану і обмежену, і «первинну правотворчість» як форму реалізації первинної установчої влади, одночасно руйнівної і творчої.

Загалом можна виділити п'ять основних доктринальних підходів, що склалися в сучасній політико-правовій доктрині щодо співвідношення установчої влади і конституційної форми. М. Лафлін та Н. Уолкер виділяють чотири такі підходи⁶⁰:

1) підхід юридичного поглинання (*the juridical containment thesis*), згідно якого установча влада вичерпується і поглинається встановленою конституційною формою, якою визначається подальше існування і реалізація первинної установчої влади⁶¹;

2) підхід одночасного виникнення та взаємної артикуляції (*the co-originality and mutual articulation thesis*), згідно якого легітимно встановлена влада у політичній спільноті діє у плідному протиставленні і основоположній прив'язці до народного суверенітету;

58 Bonnard R. Les Actes constitutionnels de 1940. – Paris: LGDJ, 1942. – p. 17.

59 Beaud O. La puissance de l'État. – Paris: PUF, "Léviathan", 1994. – p. 314.

60 Loughlin M., Walker N. Introduction // *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* / Martin Loughlin and Neil Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007. – p. 6-7.

61 Див. нап.: Akkanat S. The Apories of constitutionalism: The question of constituent power and democracy // *European Journal of Research on Education*. - Special Issue: Contemporary Studies in Social Science, 2014. – p. 41-44.

3) підхід радикального потенціалу (the radical potential thesis), згідно якого установча влада не є ані такою, що охоплена, ані такою, що знаходиться у симбіозі з правом, а залишається латентною можливістю революційної зміни, тобто лежить поза межами легітимно встановленої влади у політичній спільноті;

4) підхід невіршеності (the irresolution thesis), який відкидає повністю перші два підходи щодо узгодження, але й заперечує можливість ізоляції радикального потенціалу установчої влади від установлених форм суверенної влади; натомість цей підхід розглядає установчу владу як незмінний додаток, який скоріш подразнює і оспорує, аніж виходить за рамки особливих форм установленої влади;

До цих чотирьох підходів слід ще додати п'ятий, сповідуваний Ганною Арент: підхід одночасної присутності чи співіснування (the co-presence thesis), згідно якого установча влада політичної участі інституціоналізована у формі установчих органів.

Власне ці п'ять підходів є спробою артикуляції, пояснення і розв'язання протиріччя між установчою владою і демократією, з одного боку, і конституціоналізмом, з іншого. Разом з тим є не менш потужна інтелектуальна течія в правовій теорії, яка взагалі витісняє питання установчої влади поза предмет юридичного дослідження. Так з точки зору кельзенівської чистої теорії права, немає жодного значення як і ким була встановлена конституційна демократія. Р. Дворкін також вважає, що «демократичні креденції фундаментальних законів країни залежать не від того, коли чи ким ці закони були встановлені, а від їхнього змісту»⁶². Ю. Габермас, намагаючись узгодити концепцію народного суверенітету і прав людини, також підходить до питання з точки зору каталогу прав людини - визнаючи можливість встановлення певного порядку в суспільстві певною групою осіб, або навіть всім суспільством, він обумовлює визнання за таким порядком характеру конституційного чи правового лише закріпленням в ньому основних прав і свобод, тобто обумовлюючи визнання акту встановлення конституційного правопорядку його змістом⁶³. Іншими словами, конституція розглядається як даність, що встановлює обмеження як для політичної влади, так і для народовладдя, задля гарантування індивідуальних прав та свобод. Ці підходи невідворотно ведуть до підміни поняття народного суверенітету поняттям суверенітету конституції, а акт конституцієтворення, тобто акт реалізації

62 Dworkin R. Equality, Democracy, and the Constitution: We the People in Court // Alberta Law Review. – 1990. - Vol. 28, Issue 2. - p. 327.

63 Див.: Habermas J. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? // Political Theory. – 2001. - Vol. 29, No. 6. – p. 766-781.

первинної установчої влади, як власне і сама установча влада, позбавляється юридичного змісту. Так виникає парадокс «вічної конституції».

Вирішення парадоксу «вічної конституції» спонукає більш уважно розглянути природу установчої влади. Нова конституція завжди розглядається як документ з невизначеним терміном дії. Мабуть єдиний виняток з цього правила – Основний закон ФРН, що початково мав тимчасовий характер до моменту відновлення єдності повоєнної Німеччини⁶⁴. Пристосування конституції до нових умов, тому, має відбуватися через механізм конституційних змін, а не прийняття нового тексту⁶⁵.

64 Другим винятком є, так би мовити, «боліварський» тип конституції, поширений в Південній Америці. Так Конституція Венесуели 1999 року містить положення щодо «зміни» Конституції, якою додається чи змінюється одна чи більше стаття Конституції (ст. 340), щодо «конституційної реформи», яка визначається у ст. 342 як «частковий перегляд Конституції і заміна одного чи більше її положень без зміни основоположних принципів та структури тексту Конституції», та щодо реалізації первинної установчої влади з метою «перетворення держави, встановлення нового правопорядку і прийняття нової конституції» (ст. 347). Текст Конституції див.: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3981>. Конституцією Аргентини також передбачена можливість «повної або часткової зміни»: див. ст. 30 Конституції Аргентини. При цьому саме внесення змін чи нової редакції здійснюється спеціальними зборами. Текст Конституції англ. мовою див.: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7070>. Однак це положення, що було включене до оригінального тексту 1853 року, на практиці розглядається як таке, що встановлює особливу процедуру реалізації власне похідної установчої влади, адже повноваження спеціальних зборів походять не від народу, а від аргентинського конгресу. Докл. див.: Gomez I. Declaring Unconstitutional a Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead // *University of Miami Inter-American Law Review*. – 2000. - Vol. 31, Issue 1. - p. 93-120.

Як зазначив Верховний Суд Аргентини у справі *Ríos*,

... необхідно звернути увагу та те, що повноваження, надані установчій конвенції є обмеженими повноваженнями. Конвенція може виводити свої повноваження на підставі закону, яким вона скликана, і визначених сфер, які вона має реформувати. Однак слід також зазначити, що такі повноваження установчої концепції обмежені виключно тими питаннями, які передані їй для вирішення, і принципами Конституції.

Цит. за: *ibid.*, p. 108.

Ці міркування Верховного Суду Аргентини, як вбачається, є релевантними і для тих небагатьох країн (Болгарія, Чорногорія, Словаччина, Іспанія та РФ), де конституції містять положення щодо підстав і процедури прийняття нової конституції.

65 Випадок радянських конституцій дещо не вписується в цю парадигму, адже такі конституції розглядалися як програмні документи, спрямовані на досягнення всезагальної мети – побудови комунізму. Писана конституція не мала такого ж значення для радянського режиму як для нерадянських держав (як авторитарних, так і демократичних). Ідея акту найвищої юридичної сили, як власне і ідея права, йшли всупереч принципам єдиновладдя і повновладдя рад, що знайшли своє перше позитивне визначення у відомій постанові ВЦБК від 16(3) січня 1918 року «Про визнання контрреволюційним діянням всіх спроб присвоїти собі функції державної влади» (див.: Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства. 18 (5) января 1918 г.)

Однак конституційна історія світу вказує на те, що концепція «вічної конституції» є химерною. Так за 200 років у Франції змінилося близько десяти конституцій (дослідники розходяться у питанні кількості французьких конституцій, адже не всі вони були введені у дію), у Венесуелі – 26 конституцій з моменту незалежності тощо⁶⁶.

Разом з тим, від самого початку у часи Великих революцій XVIII століття ідея «вічної конституції» була чужою як для батьків-засновників США, так і для французьких революціонерів. Томас Джефферсон в одному зі своїх листів наполягав на тому, що конституція має переписуватись кожного покоління, адже «мертві не повинні керувати живими»⁶⁷. Але Конституція США стала однією з небагатьох, що може похвалитися довголіттям.

Парадокс «вічної конституції» впливає з природного прагнення конституціодавця забезпечити стабільність і сталість конституційних компромісів, адже конституційні цінності і інститути мають перспективно визначати систему урядування і розвиток держави. Тут ми знову стикаємося з конституційним парадоксом установчої влади: конституцієтворення є реалізацією первинної установчої влади, а її результатом є «вічна» конституція. Іншими словами має місце певний вид парадоксу всемогутності⁶⁸. Якщо установча влада є первинною до конституційної форми і реалізована шляхом встановлення конституції, конституція не може бути вічною і носій установчої влади може у будь-який момент встановити нову конституцію; і навпаки, якщо прийнята конституція є актом найвищої сили, то установча влада не може бути реалізована поза рамками, встановленими конституційною формою, а з цього слідує, що установча влада не є первинною чи абсолютною.

та Декреті про суд №1 від 5 грудня (22 листопада) 1917 року, яким скасовувалась дія всіх дореволюційних законів. Див.:Ронин С.Л. Возникновение и развитие конституционных основ советского многонационального государства // Вопросы советского государства и права 1917-1957. – Москва: Изд-во АН СССР, 1957. – с. 174. Принцип єдиновладдя і повновладдя рад, таким чином, з юридичної точки зору робив систему рад постійно діючою установчою владою. Тому, при прийнятті нових радянських конституцій навіть не виникало необхідності формально припиняти дію попередніх конституцій.

66 Докл. див.: Elkins, Z., Ginsburg, T., Melton, J. *The Endurance of National Constitutions*. - Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

67 Цит. за: *ibid.*, p. 1.

68 Savage C. W. *The Paradox of the Stone* // *Philosophical Review*. – 1967. - Vol. 76, No. 1. - p. 74-79. Мабуть найбільш адекватною аналогією цього парадоксу є версія парадокса всемогутності, згадана Діонісієм Ареопажітом (VI ст.), що виникла у спорі між апостолом Павлом і Елімою-магом: «чи може Бог заперечити себе»: чи може установча влада бути реалізована у спосіб, що ліквідує саму себе? Dionysius the Areopagite. *Divine Names, Mystic Theology, Letter* // *The Works of Dionysius the Areopagite* / trans. John Parker. — London : J. Parker, 1897. – p. 98.

Для розгляду парадоксу установчої влади і «вічної» конституції слід взяти до уваги, що конституція встановлюється, так би мовити, доконституційною або позаконституційною владою, а сам процес конституцієтворення розпочинається з «самовстановлення» чи самоутворення влади, що розробляє конституційний текст. Чисте конституцієтворення відбувається *ex nihilo* саме в наслідок концепції «вічної конституції»: конституція не є суїцидальним актом і не може як правило передбачати умови, випадки і порядок свого скасування. Тому прийняття нової конституції має супроводжуватися скасуванням попередньої конституції - акту творення має передувати акт знищення - а саме конституцієтворення відбувається поза конституційно-правовими рамками.

Для модерного конституціоналізму XIX – першої половини XX ст. цей парадокс «вічної конституції» і установчої влади не існував в силу відсутності ідеї вічної конституції і безумовного примату установчої влади. Адже як зазначав К. Шмітт⁶⁹,

«Всі конституційно встановлені повноваження і компетенції базуються на конституцієдавчій владі. Вона, однак, не може установити саму себе у вимірі конституційного права. Народ, нація залишаються первинною основою всіх політичних дій, джерелом всієї влади, що постійно виражає себе у нових формах і організаціях, але ніколи не підкоряє своє політичне існування якійсь остаточній формі.

У деяких працях Сійєса, «*pouvoir constituant*» постає у своєму відношенні до всіх «*pouvoirs constitués*» як метафізична аналогія «*natura naturans*» у її співвідношенні до «*natura naturata*» в сенсі філософії Спінози. Вона є невичерпним первинним джерелом всіх форм, але сама по собі не може прийняти будь-яку форму; вона породжує все нові форми; безформна, вона створює всі форми».

Такий погляд на установчу владу – наслідок сакралізації *volonté general* (загальна воля) руссіанівського загального волевиявлення, примату мажоритарного дискурсу демократії, що відкрив шлях диктатурі більшості і, як наслідок, дав зброю противникам демократії знищити її за допомогою демократичних процедур. Саме за такою логікою, встановлення націонал-соціалістичного режиму Гітлера відбулося у відповідності до процедур, передбачених Веймарською Конституцією, а власне конституційним підґрунтям, на підставі якого 24 березня 1933 року були запущені

69 Schmitt C. *Constitutional Theory* / transl. and ed. by Jeffrey Seitzer. – Durham and London: Duke University Press, 2008. – p. 128.

парламентські механізми встановлення цього режиму, став народний плебісцит 5 березня 1933 року⁷⁰.

До становлення повоєнного ліберального конституціоналізму з цього наголосом на цінностях конституційної демократії і правах людини, що власне визначили дискурс «вічної конституції», панівною була концепція мета-конституції або «абсолютної конституції», якщо послуговуватися термінологією Карла Шмітта. Ця мета-конституція по суті становила форму установчої влади, вічно присутньої і готової вивільнити свої руйнівні сили для докорінної зміни або встановлення нового конституційного порядку. Теоретичні рамки такого підходу, закладені у працях Р. Карре де Мальберга у Франції, Р. Шменда Г. Геллера, П. Лабанда в Німеччині, були розвинуті К. Шміттом. Згідно його теорії існує «абсолютна конституція», яка по суті є установчою владою, адже виражає екзистенціальну волю народу. Це «конкретний спосіб існування, наданий кожній політичній спільноті», «конкретна колективна умова політичної єдності і соціального порядку конкретної держави»⁷¹:

«Немає жодної закритої конституційної системи норм і буде свавільним вважати серію окремих положень, які розуміються як конституційні закони, як систематичну єдність і порядок, якщо така єдність не ґрунтується на первинній, спільній волі. Так же свавільним було б говорити про правопорядок без додаткового пояснення. Концепція правового порядку містить два повністю окремі елементи: нормативний елемент справедливості і фактично існуючий елемент конкретного порядку. Єдність і порядок лежить в основі політичного існування держави, а не в законах, нормах чи будь-яких документах, де містяться норми. Ідеї і визначення, що говорять про конституцію як про «основний закон» чи «основну норму» в своїй більшості нечіткі і неточні. Вони надають системну, нормативну і логічну єдність низці досить різноманітних категорій норм, як наприклад 181 стаття Веймарської Конституції. В силу інтелектуальної і сутнісної відмінності між окремими положеннями, що містяться в більшості конституційних законів, це є ніщо інше як чиста фікція. Єдність Німецького Райху не базується на цих ста восьмидесяти одній статті і їх валідності, а на

70 Див.: van der Walt J. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. – Berlin, Boston: Walter de Gruyter, 2014. – p. 307.

71 Schmitt C. *Constitutional Theory* / transl. and ed. by Jeffrey Seitzer. – Durham and London: Duke University Press, 2008. – p. 59.

політичному існуванні німецького народу. Воля німецького народу, яка, тому, є чимось екзистенціальним, встановлює єдність в політичному і публічно-правовому плані попри всі системні неузгодженості, відсутність взаємозв'язків чи чіткості в окремих конституційних законах. Веймарська Конституція є чинною, тому що німецький народ «дав собі цю конституцію»⁷²

Абсолютна конституція набуває позитивного виразу через колективне установче рішення щодо організації державної влади, форми правління, принципів урядування тощо, тобто через конституційний закон або конституцію як текст. Однак конституція як текст є «релятивною конституцією»⁷³:

«... так зване формальне концептуальне визначення, за яким конституція у формальному сенсі є писаною конституцією, значить не більше, ніж твердження, що конституція складається з серії писаних конституційних законів. Концепція власне конституції розчиняється у концепції окремого конституційного закону. ... Ця так звана формальна концепція робить лише концепцію власне конституції релятивною, іншими словами, низводить конституцію в сенсі закритої єдності до набору явно різнорідних законодавчих положень, які позначені як «конституційні закони»⁷⁴.

На думку К. Шмітта низводити конституцію до «конституційного закону», суттєва юридична характеристика якого, як вказував Г. Еллінек, полягає виключно у посиленій формальній законності, є ані логічним, ані юридично обґрунтованим, адже концептуальне визначення не може залежати виключно від того, які процедури мають бути дотримані для внесення змін до конституційного закону⁷⁵. Первинне значення конституції було втрачене, коли конституція в цілому стала розглядатися як набір окремих конституційних законів, адже «за своїм змістом і сферою дії конституція завжди є щось вищим і більш всеохоплюючим, ніж певний окремий закон»⁷⁶.

Тому розглядати конституцію як текст означає говорити про релятивну конституцію. В той же час в позитивному сенсі конституція є результатом реалізації конституцієдавчої влади: «Акт прийняття конституції як такий стосується не окремого набору норм. Навпаки, він визначає всю повноту

72 Schmitt C. *Constitutional Theory* / transl. and ed. by Jeffrey Seitzer. – Durham and London: Duke University Press, 2008. – p. 65.

73 Див. *ibid.*, p. 67-71.

74 *Ibid.*, p. 70-71.

75 *Ibid.*, p. 74.

76 *Ibid.*, p. 73.

політичного об'єднання, його особливу форму існування, через єдине рішення. Цей акт становить форму і тип політичної єдності, існування якої передбачається»⁷⁷. Іншими словами, така політична єдність має існувати до акту конституцієтворення, а власне конституція в позитивному сенсі означає свідомий вибір конкретної остаточної форми урядування.

Таким чином, згідно концепції К. Шмітта, абсолютна конституція означає екзистенціальну волю народу, яка завжди залишається поза позитивним правом, поза правопорядком, як потенційна можливість докорінної зміни такого правопорядку. Абсолютна конституція породжує позитивну конституцію – рішення про форму урядування. Ця позитивна конституція є основою для побудови релятивної конституції – власне конституції як тексту і практики. Питання внесення змін до конституції, тому, є частиною релятивної конституції. З огляду на такий взаємозв'язок, конституція як текст може бути змінена, але не позитивна чи абсолютна конституції. Тільки зміна абсолютної конституції може змінити позитивну конституцію політичної спільноти і то тільки через певні революційні зрушення. Другим наслідком такої логічної конструкції є те, що внесення змін до конституційного тексту не впливає на абсолютну конституцію, але зміна абсолютної конституції може стерти як позитивну, так і релятивну конституції: «Нікого не цікавить процедура внесення змін до конституції у часи реальної революції і було б безглуздом покладатися на ці процедури для придушення, обґрунтування чи внесення плутанини у дійсні революції»⁷⁸.

З точки зору такого підходу воля більшості, навіть ситуативна, завжди стоїть над позитивною конституцією. Руссіанівська *volonté general* переосмислена і розвинута у XIX – першій половині XX століть стала таким чином засобом легітимного знищення демократичних режимів у міжвоєнний період у багатьох європейських державах і призвела до ефекту «суїцидальної демократії», коли демократичні процедури були використані противниками демократії для набуття влади у конституційний спосіб з подальшою ліквідацією демократичного режиму.

На відміну від французької егалітарної концепції, батьки-засновники американської республіки усвідомлювали небезпеку влади більшості. Як вказував Джеймс Медісон, «За республіканського ладу дуже важливо не лише захищати все суспільство від пригнічення з боку правителів, а й захищати одну його частину від несправедливості іншої... Якщо біль-

77 Ibid., p. 75.

78 van der Walt J. The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty. – Berlin, Boston: Walter de Gruyter, 2014. – p. 307.

шість буде об'єднана якимось спільним інтересом, то це може створити загрозу правам меншості»⁷⁹.

Трагічний досвід фашистських, нацистських і авторитарних режимів у Європі призвів до переосмислення ідеї конституції і конституціоналізму у повоєнний період. На місце суїцидальної конституції, тобто конституції як тексту, приходять ідеї конституційних цінностей, принципів і прав людини, з якої логічним чином розвивається ідея спеціального органу захисту таких цінностей і принципів конституції, який має стояти на заваді мажоритарному фатуму демократії. Так виникає ідея органу конституційної юрисдикції, що має не тільки вирішувати конфлікти між гілками влади, але й слугувати запобіжником проти феномену суїцидальної демократії, виконувати функцію захисту конституції і конституційного ладу.

Ідея «конституційного суду» для демократії: антидот проти мажоритарного фатуму та установчої влади?

Як зазначає Алан Стоун Світ, більша частина з останніх двохсот років в історії Європи були позначені «глибокою політичною ворожістю» до судів та концепціями примату закону в правових системах в наслідок визнання і дії доктрини законодавчого суверенітету⁸⁰. Ця упередженість проти судової гілки влади була закладена в часи Старого Режиму, зокрема в останні десятиліття перед революцією⁸¹, і набрала сили під час Французької революції з абсолютизацією ідеї Ш. Монтеск'є, згідно якої судді мають бути нічим іншим, ніж «вустами закону» (*la bouche de la loi*)⁸².

Виникнення ідеї органу конституційної юрисдикції відбувалося в ході широкого дискурсу становлення демократичних інститутів і федералізму в Австро-Угорській імперії другої половини XIX століття⁸³. Так в 1854 році

79 Федераліст № 51 // Антологія лібералізму : політико-правничі вчення та верховенство права / Упор.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко. – К.: «Книги для бізнесу», 2008. – с. 462.

80 Див.: Stone Sweet A. Constitutional Courts and Parliamentary Democracy // West European Politics. – 2002. – Vol.25, No.1. – p. 78-79.

81 Див.: Van Caenegem R. Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History. – Cambridge: Cambridge University Press, 1992. – p. 138-139, 151-153.

82 «... національні судді ... є лише вустами, що промовляють слова закону (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), знеособлені істоти (*des êtres inanimés*), які не можуть вплинути ані на його силу, ані на його суворість». Baron de Montesquieu C. *Esprit des lois*. – Paris: Librairie de Firmin Didot frères, 1849. – p. 134-135.

83 Певною мірою традиція конституційного контролю може бути простежена до судових інститутів Священної Римської імперії німецької нації, а саме до утворених імператором Максиміліаном I Суду імперської палати (*Reichskammergericht*) в 1495 році та Імперської надвірної ради (*Reichshofrat*) для вирішення спорів про порушення законів Імперії та володінь, що входили до її складу. Див.: Kommers D. *The Constitutional*

угорський юрист барон Йозеф Етвьош фон Вашарошнамень запропонував утворити Верховний суд для вирішення конституційних, територіальних і навіть національних конфліктів у децентралізованій імперії⁸⁴.

Сам термін «конституційний суд» належить німецькому юристу Георгу Еллінеку, який у 1885 році опублікував невеличке есе з промовистою назвою «*Verfassungsgerichtshof für Österreich*» («Конституційний суд для Австрії»), яке стосувалося проблематики розмежування компетенцій між центральним імперським урядом і Цислейтанією (західними провінціями Австро-Угорської імперії). Відсутність чіткості у такому розмежуванні, на думку Еллінека, вимагало певних інституційних гарантій проти можливих зловживань з боку парламенту і політичних партій, чим мав би слугувати конституційний суд⁸⁵. На відміну від барона Етвьоша, який розглядав ідею верховного суду як нейтрального і незалежного арбітра для вирішення конституційних спорів між центральною владою та місцевою владою на кшталт американського Верховного Суду⁸⁶, позиція Г. Еллінека була скоріш мотивована недовірою до парламентських інститутів і політичного процесу.

На відміну від ідеї судового/конституційного контролю (*judicial review*), яка походить з англійського загального права (*common law*) і його парадигми про те, що загальне право втілює «досконалість права і розуму» (*perfection of right and reason*)⁸⁷, власне виникнення і еволюція ідеї конституційного суду як окремого арбітра для вирішення конституційних питань завдячує процесам федералізації австрійської монархії XIX століт-

Jurisprudence of the Federal Republic of Germany / 2nd edn. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – p.4-5. Докл. щодо цих судових установ імперії див.: Osiander A. Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth // International Organization. – 2001. - Vol. 55, No. 2. – p. 273-277.

84 Див.: Bödy P. Joseph Eötvös and the Modernization of Hungary, 1840-1870. A Study of Ideas of Individuality and Social Pluralism in Modern Politics // Transactions of the American Philosophical Society, New Series. – 1972. - Vol. 62, No. 2. – p. 72.

85 Lagi S. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929) // Revista Coherencia. – 2012. - Vol. 9, No 16. – p. 276.

86 Bödy P. Joseph Eötvös and the Modernization of Hungary, 1840-1870. A Study of Ideas of Individuality and Social Pluralism in Modern Politics // Transactions of the American Philosophical Society, New Series. – 1972. - Vol. 62, No. 2. – p. 72.

87 McGovney D. O. The British Origin of Judicial Review of Legislation // University of Pennsylvania Law Review. – 1944. - Vol. 93, No. 1. – p. 2. Див. також: Prakash S., Yoo J. The Origins of Judicial Review // The University of Chicago Law Review. - 2003. - Vol. 70, No. 3. – p. 887-982; Treanor W. Judicial Review Before Marbury // Stanford Law Review. – 2005. - Vol. 58, No. 2. – p. 455-562; Saylor J. R. Judicial Review Prior to Marbury v. Madison // Southwestern Law Journal. – 1953. - Vol. 7, No. 1. – p. 88-96; Marcus M. The Rise of Judicial Power before Marbury v. Madison // Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. – 2011. – Rg. 19. – p. 204 – 214.

тя. Прототипом сучасного конституційного суду став австро-угорський *Reichsgericht* (Імперський суд)⁸⁸, утворений у 1867 році, до юрисдикції якого були віднесені справи про порушення конституційно гарантованих політичних прав⁸⁹. Імперський суд, що виник в ході *Ausgleich* (австро-угорського компромісу 1867 року), який перетворив Австрійську імперію на двоєдину Австро-Угорську монархію був наділений трьома головними компетенціями: (1) *Spezialverwaltungsgerichtshof* – захист «політичних прав» підданих; (2) *Kausalgerichtshof* – вирішення можливих конфліктів між центральною владою і землями, які не підпадали під юрисдикцію загальних судів; (3) *Kompetenzgerichtshof* – забезпечення дотримання меж повноважень між адміністративними і судовими органами, а також між місцевими та центральними адміністративними органами⁹⁰. Разом з тим, конституційний контроль за законодавством Імперський суд не здійснював.

Після повалення габсбурзької монархії в 1918 році традиції, закладені Імперським судом не були перервані. Карл Реннер, засновник Австрійської республіки, у своїй відомій промові перед Тимчасовою національною асамблеєю 30 жовтня 1918 року проголосив:

«Зараз ми не маємо можливості створити Державний трибунал зі всіма гарантіями безсторонності та судової об'єктивності. Ми тимчасово наділили цими функціями комісію цієї Асамблеї у складі 20 членів ... Згодом, у досить близькому майбутньому, ми повернемося до цього питання і замість Державного трибуналу утворимо Конституційний Суд (*Verfassungsgerichtshof*), який опікуватиметься не тільки захистом громадян, але й державними положеннями, संबодою вибору та нашим публічним правом»⁹¹.

88 Ідея утворення Імперського суду була закладена ще в Березневій Конституції 1849 року (або Конституції Штадіона, за іменем міністра внутрішніх справ Австрійської імперії часів революції 1848-1849 року): частина XIII Конституції передбачала утворення Імперського суду, який би вирішував конфлікт між імперським урядом і коронними провінціями або між такими провінціями, виступав би апеляційним судом у справах про порушення «політичних прав» та розглядав би звинувачення проти міністрів та віце-королів, справи про змову проти монарха чи регента та справи про державну зраду. Однак цей суд так і не був створений в силу скасування Березневої конституції в грудні 1849 року. Текст конституції англ. мовою див.: Austrian Constitution of 4 March 1849. – [electronic resource] – <http://www.hoelseth.com/royalty/austria/austrianconst18490304.html>.

89 Див.: Gamper A., Palermo F. The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review // *Journal of Comparative Law*. – 2008. – Vol. 3, No. 2. – p. 65.

90 Lagi S. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929) // *Revista Co-herencia*. – 2012. – Vol. 9, No 16. – p. 275.

91 Цит. за: *ibid*.

Цей посил засновника Австрійської республіки виник не на порожньому місці: досвід функціонування Імперського суду Австро-Угорщини, ідеї Єллінека та ідеї австрійського федералізму стали тим середовищем, де сформувалася концепція «конституційного суду». Для К. Реннера ідея утворення конституційного суду була обумовлена двома головними міркуваннями. По-перше, на його думку, уникнення, а тим більше вирішення конфлікту у федерації можливе виключно через судову процедуру. А по-друге, федеративні держави в силу самої своєї природи потребують окремого і незалежного інституційного механізму для вирішення потенційних спорів між центром та суб'єктами федерації⁹².

Головним протагоністом ідеї конституційного суду під час розробки австрійської республіканської конституції став Ганс Кельзен. Вже у грудні 1918 року він публікує меморандум «Нарис до проекту закону про створення Конституційного Суду» («*Entwurf eines Gesetzes ueber die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*»), де вперше формулює головне завдання органу конституційної юрисдикції – захист конституції⁹³. Новостворений Конституційний Суд, офіційно запроваджений 25 січня 1919 року був побудований за зразком Імперського суду, але ідеї, висловлені Г. Кельзеном, стали визначальними для визначення його дизайну та компетенції, яка включала вирішення конфліктів у сфері повноважень, вирішення спорів між центральним урядом і суб'єктами федерації та розгляд справ про порушення політичних прав⁹⁴.

В основу філософії нового органу, який мав захистити конституцію від зазіхань як більшості у федеральному парламенті, так і від відцентрових тенденцій суб'єктів федерації, була покладена концепція негативного законодавця. Згодом Г. Кельзен так описав цю концепцію⁹⁵:

«Повноваження досліджувати закони на предмет їх конституційності і скасовувати неконституційні закони може бути надане в якості більш-менш виключної функції спеціальному конституційному суду, в той час як всі інші суди матимуть тільки право звернення до конституційного суду щодо оцінки і скасування законів, які вони мають застосовувати, але вважають неконституційними. Це рішення питання означає централізацію судового контролю за законодавством.

92 Див.: *ibid.*, p. 277.

93 Див.: *ibid.*

94 Див.: Schmitz G. The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1929 // *Ratio Juris*, - 2003. – Vol.16, Issue 2. – p. 245-246.

95 Kelsen H. *General Theory of Law and State* / transl. by Anders Wedberg. – Cambridge: Harvard University Press, 1949. – p.268-269.

Можливість того, що закон, прийнятий законодавчим органом, скасовується іншим органом, становить примітне обмеження влади законодавчого органу. Така можливість означає, що поряд з позитивним законодавцем виникає негативний законодавець, який утворюється відповідно до зовсім відмінних принципів у порівнянні з тими, що застосовуються до парламенту, який обирається народом. Тоді виникнення антагонізму між двома законодавцями – позитивним і негативним – стає невідворотним».

Таким чином на відміну від американської системи децентралізованого конституційного контролю на європейському континенті виникає ідея централізованого конституційного контролю за законодавством, який здійснюється окремим органом конституційної юрисдикції *in abstracto*.

Ця кельзенівська модель конституційного контролю відрізнялася від англо-саксонської моделі не тільки централізацією. Найфундаментальніша відмінність полягала у філософії, закладеної в обидві моделі.

Якщо поглянути на еволюцію ідеї судового контролю за законодавством в англосаксонській правовій системі, вона постала в силу історичної прихильності загального права до ідеї свободи як *liberty*. Цей без перебільшення національний міф ґрунтувався на уявленні про англо-саксонський «золотий вік», що перебував у Норманському завоюванні, коли були встановлені індивідуальні свободи, обмежена королівська влада і запровадженні зводи законів. Норманська династія в особі Вільгельма Завойовника зобов'язалася поважати англосаксонські свободи, а Велика Хартія 1215 року, тому становила лише підтвердження цих свобод⁹⁶. Як зазначає Бен Уїлсон, «Сама ідея свободи (*liberty*) була огорнута магією, що уникала будь-якого чіткого визначення, але надихала будь-якого англійця»⁹⁷. Під час дебатів в Парламенті навколо Петиції про права у 1628 році, коли парламентарі спробували сформулювати основи такої свободи, сер Дадлі Діггс застеріг колег: «... закони Англії ґрунтуються на рації (*reason*), що є древнішою за книги, і хоча складаються переважно зі неписаних звичаїв, сповнені справедливістю і дійсною безсторонністю»⁹⁸. Тобто знову ж таки виникнення ідеї судового контролю на Британських островах зникає у тумані «містерії держави» (*les mystères de l'Etat*). Сер Едвард Коук, розвиваючи цю ідею свободи, що закладена у *common law*, у рішенні в справі 1610 року *Dr. Bonham's Case*, серед іншого вказав: «Якщо акт Парламенту спрямований проти

96 Див.: Wilson B. What Price Liberty? – London: Faber and Faber Ltd., 2009. – p. 17-18.

97 *Ibid.*, p. 18.

98 Цит. за: *ibid.*

права та рацію, або є нависним, або таким, що не може бути виконаним, загальне право (*the Common Law*) його стримуватиме і присудитиме такий акт нікчемним»⁹⁹. Тобто ще задовго до рішення у справі *Marbury* англійські суди сформулювали ідею про можливість обмеження волі законодавця певним вищим правом¹⁰⁰, але тільки у випадку посягання на *liberty* як особисту автономію особи, квінтесенцією якої є «*being left alone*» («бути залишеним у спокої»)¹⁰¹. Сер Коук висловив цю ідею у рішенні у справі 1612 року *Calvin's Case*, «Парламент не в змозі відібрати захист, який надає [особі] природне право»¹⁰². Цей англійський родовід американської версії судового контролю за конституційністю, визначив децентралізовану модель, адже кожен суд мав забезпечити дотримання і застосування загального права з його ухилом в бік особистої автономії як стародавньої *liberty*.

Натомість континентальна або кельзенівська модель виходила з інших філософських підвалин, а саме з концепції ієрархічної побудови правової системи, найвищим актом в якій є конституція. Так, «розсуд законодавця, що не підпорядкований нічому, крім Конституції, обмежений відносно нечіткими рамками, а його творча сила залишається відносно великою. Але коли ми опускаємося на кожен рівень нижче, співвідношення між розсудом і обмеженням схиляється на користь останнього»¹⁰³. Тому виникає питання, як захистити правопорядок, що ґрунтується на Конституції від неконституційних актів, що його порушують, тобто захистити Конституцію від зловживань парламентської більшості? На думку Г. Кельзена, «було б політично наївним» покладатися в цьому плані на законодавця: «Тому не на сам Парламент ми маємо розраховувати щодо дотримання ним Конституції. Це має бути орган, окремий від нього, незалежний від нього і, відповідно, від всіх інших органів державної влади, який повинен опікуватися скасуванням неконституційних актів – іншими словами, має існувати окрема юрисдикція чи конституційний трибунал»¹⁰⁴. Функція такого трибуналу не є судовою, адже «скасування закону – це встановлення загальної норми: оскільки скасування закону

99 Dr. Bonham's Case // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke / ed. Steve Sheppard; in 3 vols. – Vol. 1. - Indianapolis: Liberty Fund, 2003. - p. 264.

100 McGovney D. O. The British Origin of Judicial Review of Legislation // University of Pennsylvania Law Review. – 1944. - Vol. 93, No. 1. – p. 2.

101 Wilson B. What Price Liberty? – London: Faber and Faber Ltd., 2009. – p. 77.

102 Calvin's Case, or the Case of the Postnati // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke / ed. Steve Sheppard; in 3 vols. – Vol. 1. - Indianapolis: Liberty Fund, 2003. - p. 198.

103 Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution // Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. – 1928. – Tome 45, No. 2. – p. 200.

104 *Ibid.*, p. 223

має той самий характер загальності, як і його прийняття, будучи таким чином нічим іншим, ніж законотворенням з негативною позначкою, таке скасування тому становить законодавчу функцію. І трибунал, який має повноваження скасовувати закони, є відповідно органом законодавчої влади»¹⁰⁵.

В 1949 році в Німеччині винила третя модель конституційного контролю. З огляду на жахливі наслідки процедурної демократії часів Веймарської республіки та сумний досвід реалізації кельзенівської моделі конституційного контролю, новостворений Федеральний Конституційний Суд ФРН був побудований на певній синергії континентальної та англосаксонської моделей, поєднавши ідею захисту конституційних прав і свобод, але без децентралізації, з кельзенівською функцією «негативного законодавця» та абстрактного конституційного контролю. Нова модель зберегла принцип централізації, але орган конституційної юрисдикції був виведений поза рамки як судової влади, так і законодавчої, і поставлений над трьома гілками влади.

Анатомія первинної установчої влади: теорія конституційного моменту

За своєю природою первинна установча влада, на відміну від похідної установчої влади, що може бути реалізована виключно в порядку конституційно визначеної процедури внесення змін до конституції, тобто в рамках, вже визначених первинною установчою владою, не підкоряється будь-яким юридичним рамкам, включаючи конституційні, і є, певною мірою, новою назвою для модерних *les mystères de l'Etat*. Як писав ще абат Сійєс, «... нація не зв'язана будь-якою процедурою; немає значення яким чином вона реалізує свою волю, єдиний акт такої реалізації покладає край позитивному праву, адже вона і є джерелом і господарем позитивного права»¹⁰⁶.

Реалізація установчої влади в її первинному значенні – це завжди непрогнозована подія (серія подій), яка ретроспективно легітимізується через визнання факту реалізації первинної установчої влади. Якщо послуговуватись термінологією Нассіма Талеба, будь-яка реалізація первинної установчої влади є подією категорії «чорного лебедя», адже (1) вона є аномальною, оскільки ніщо раніше не вказувало на ймовірність її реалізації; (2) має величезну силу впливу, продукуючи значні наслідки;

105 *Ibid.*, p. 224-225.

106 Sieyès E. Qu'est-ce que le tiers état? / éd. critique avec une intr. par Edme Champion. – Paris : Au siège de la société, 1888. – p. 70

та (3) після настання, в ретроспективі, ця подія отримує раціоналістичне пояснення, як нібито очікувана¹⁰⁷.

Якщо поглянути на конституційну історію будь-якої країни, найважливішим її епізодом є встановлення нового конституційного порядку. Незалежно від конкретних політичних і соціальних подій (революція, військовий переворот, іноземна окупація чи звільнення від іноземної окупації, деколонізація чи війна за незалежність, громадянська війна чи військовий заколот, мирна чи насильницька передача влади), умовою реалізації первинної установчої влади завжди є переривання правового континуїтету, розпад попереднього правопорядку і виникнення, так би мовити, конституційної пустоти¹⁰⁸. Це, так би мовити акт знищення.

Сакральність акту знищення полягає в тому, що ним утворюється або вивільняється та конститується політична спільнота, яка реалізує первинну установчу владу. Цю спільноту не можна ототожнювати з групою конкретних осіб, якою б численно вона не була. В жодному випадку така група не співпадає і не може фізично співпадати ані з народом, ані з нацією, від імені яких в подальшому буде освячений акт творіння нового конституційного порядку.

Ця сакральність акту знищення одночасно і обумовлює, і залежить від сакральності акту творіння, що легітимізує новий конституційний правопорядок, найвищу юридичну силу документу, що покладений в його основу. Якщо акту знищення не наслідуює акт творіння, якщо вивільняється лише темна сторона установчої влади, політична спільнота не утворюється і засадничий момент не настає. Як зауважив У. Прьойс, «Саме сакральність акту заснування, яким утворена політична спільнота, надає конституції владу найвищого закону. Примат її дії над всіма іншими законами є наслідком притаманній важливості і унікальності акту утворення нації»¹⁰⁹. Тому, як підсумовує Л. Баршак, «Сила нових конституцій, як писаних і формальних, так і ні, частково залежить від ритуальної щільності їх інаугурації, «сакральності акту заснування». Якщо засадничий момент надто тихий і звичайний, справжній момент засування може бути відтермінований до настання конституційної кри-

107 Див.: Талєб Н. Чёрный лебедь. Под знаком непредсказуемости / пер. с англ. – М.: Издательство Колибри, 2009. – с. 10.

108 Див.: Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology // The University of Toronto Law Journal. – 2006. – Vol.56, No. 3. – p. 198.

109 Preuss U. The Political Meaning of Constitutionalism // Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives / Richard Bellamy ed. – Aldershot: Avebury Press, 1996. – p. 21.

зи. Якщо конституція успішно пережила таку кризу, вона наділяється відповідною міфічною владою»¹¹⁰.

Американський професор Брюс Акерман запропонував теорію конституційного моменту для означення тих трансформаційних явищ в конституційній історії, коли «політичний рух, що набирає силу, успішно визначає нову проблематику як головну в порядку денному політичного життя»¹¹¹. Така зміна в порядку денному політичного життя відрізняється від звичайного ходу речей, коли наявний соціальний консенсус щодо поточних конституційних, ідеологічних і операційних рамок і структур. Конституційний момент означає відмінний стан речей, коли відбувається злам чинної системи урядування, фундаментальні зміни політичної системи:

«Ці конституційні моменти невідворотно гарячі, потужні сплески енергії, що поглинають всю політичну систему в цілому. Сили, що вимагають змін за належних обставин переходять за нормальні межі прийнятого і набувають контролю за інституціями, застосовуючи свої владні ресурси у цих інституціях для досягнення мети. Громадськість, зазвичай реакційна, стає проактивною і часто йде попереду своїх лідерів. Так зрушується процес широкого обговорення, у яких сили, що вимагають змін, вигравши більше ніж одні вибори поспіль зі своєю програмою змін, отримують вирішальну перевагу. На цьому етапі конфлікт раміфікується інституційно, у якому інституція, що пручається змінам, перебуває у інтенсивному протистоянні з інституцією чи інституціями, що намагаються їх втілити у життя. Згодом, «зміна часу» вчиняється особою чи особами інституції, що пручається змінам, і у цей період конституційний момент переходить точку свого апогею. За цим слідує серія трансформацій у практичному і ідеологічному значенні самої Конституції, не кажучи вже про міради (і часто дуже важливі) імплементаційних змін у політиці»¹¹².

110 Barshack L. *Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology* // *The University of Toronto Law Journal*. – 2006. – Vol.56, No. 3. – p. 198.

111 Ackerman B. *A Generation of Betrayal?* // *Fordham Law Review*. – 1996-97. – Vol. 65, Issue 4. – p. 1519

112 Burnham W. *Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's "We the People"* // *The Yale Law Journal*. – 1999. - Vol. 108, No. 8: Symposium: Moments of Change:Transformation in American Constitutionalism. – p. 2239-2240

Іншими словами, послуговуючись лексикою проф. Акермана, у конституційні моменти відбувається «вища» правотворчість на відміну від «звичайної» правотворчості¹¹³. Ця вища правотворчість не обов'язково втілюється у формальних змінах до конституції чи прийнятті нової конституції. Конституційний момент з точки зору теорії Акермана має місце, коли соціальна енергія поглинає політичну систему, яка або зазнає руйнування і нового відтворення, або витримує цей тиск. В останньому випадку має місце невдалий конституційний момент¹¹⁴. Драматичні зміни можуть відбуватися і формі прийняття звичайного закону, рішення органу конституційної юрисдикції або навіть законодавчого упуцнення, як це мало місце у випадку виникнення права на свободу преси в Англії 1695 року¹¹⁵. Фундаментальні конституційні принципи можуть бути закладені в звичайному законодавстві, як це мало місце в конституційній історії Франції, де були визнані Конституцією 1946 року і підтверджені Конституцією 1958 року «основоположні принципи, визнані законами Французької республіки» («*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*»)¹¹⁶

У будь-якому випадку конституційний момент – це каналізування соціальної енергії первинної установчої влади у прийнятні конституційні чи законодавчі форми. Теорія проф. Акермана, виведена для конституційної історії США і яка спирається на американську конституційну історію, тому має бути розвинута далі для того, аби слугувати аналітичним інструментом дослідження установчої влади як явища політичної і конституційної історії і практики поза американським контекстом.

Демонтаж минулого конституційного ладу і утворення нового – найбільш наочні випадки реалізації первинної установчої влади. Однак не єдині. Революція чи акт заснування нового конституційного ладу також становлять конституційні моменти, як власне і конституційні зміни, навіть якщо відбуваються відповідно до встановлених конституцією процедур і формально виглядають як реалізація похідної установчої влади, якщо відбувається «вища» правотворчість. Точкою відліку тут слугують контекст та зміст змін, а не їх формальна реалізація.

113 Див.: Ackerman B. *The Lost Opportunity* // *Tel Aviv University Studies in Law*. – 1990. – Vol. 10. – p. 54.

114 Див.: Ackerman B. *A Generation of Betrayal?* // *Fordham Law Review*. – 1996-97. – Vol. 65, Issue 4. – p. 1520.

115 Див.: Wilson B. *What Price Liberty?* – London: Faber and Faber Ltd., 2009. – p. 70-71.

116 Див.: Genevois B. *Le Conseil constitutionnel et les principes* // *Les principes en droit / sous la direction de Sylvie Caudal*. – Paris : Economica, 2008. – p. 354-361.

Конституційний момент, коли відбувається формування і проявлення первинної установчої влади, може мати місце за будь-якого політичного режиму, який не обов'язково може носити характер демократичного. Можна нагадати про оксамитові революції в Східній Європі наприкінці 80-х – початку 90-х років, події серпня 1991 року в СРСР та союзних республіках тощо.

Каналізування установчої влади у певні старі чи нові інституції (парламент, установчі збори, референдум тощо) зовсім не означає, що установча влада може бути врегульованою правом, хоча ніщо в процесі формування та реалізації такої влади не заперечує можливості її реалізації через заздалегідь встановлені процедури. Як підсумовує Л. Баршак, «Присвоєння установчої влади певною групою може дати можливість для широких маніпуляцій і приручення внутрішніми інституціями, але вона все одно залишається по суті анархічною і свавільною»¹¹⁷.

Ретроспективно конституційний момент, коли структурується установча влада, набирає силу соціальна енергія, є в історичному плані секулярною аналогією «міфічного/героїчного часу». Акт руйнування старого конституційного правопорядку і акт творіння нового легітимуються постфактум, а така легітимація відбувається за архетипом *les mystères de l'Etat*. Самі ж акти руйнації та відтворення завжди можуть відбуватися всупереч будь-яким процедурам, всупереч принципам верховенства права та поділу влад. В цьому полягає важливий аспект установчої влади – всі конституційні принципи, норми та процедури не владні над цією всеохоплюючою силою. В цьому ж полягає важливе протиріччя між установчою владою і конституціоналізмом. Як досить патетично зазначає Антоніо Негрі¹¹⁸,

... демократія означає всестороннє вираження множинності, радикальну імманентність сили та унеможливлення будь-яких спроб зовнішнього визначення, як трансцендентного, так і трансцендентального, і у будь-якому випадку ззовні цієї радикальної, абсолютної сфери імманентності. Така демократія протилежна конституціоналізму. Або, краще сказати, вона є запереченням конституціоналізму, адже установча влада – влада, нечуттєва до будь-яких окремих модальностей простору та часу, механізм, налаштований не стільки на прояв сили, скільки на контроль її динаміки,

117 Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology // The University of Toronto Law Journal. – 2006. – Vol.56, No. 3. – p. 218.

118 Negri A. Insurgencies : constituent power and the modern state / transl. by Maurizia Boscagli.- Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999. – p. 321.

її незмінної конфігурації насилля. Конституціоналізм – це трансцендентність, але насамперед конституціоналізм – це охорона, встановлена трансцендентністю над всією сукупністю соціальних структур задля їхнього підпорядкування порядку та ієрархії. Конституціоналізм – це апарат, що заперечує установчу владу і демократію.

Тому, як аргументує А. Негрі, установча влада не вичерпує себе з постановленням нового конституційного ладу: «Це уявне вичерпання є наслідком містифікації, яку вчиняє практика конституціоналізму, аби заблокувати інвестування соціального та політичного у буття [установчої влади]»¹¹⁹.

Підсумовуючи, установча влада реалізується у періоди, які характеризуються конституційним моментом, коли відбувається фундаментальна зміна політичного ладу держави, коли втрачається легітимність усталених соціальних і політичних структур, і як наслідок – послаблюється дія конституційних принципів, що охороняли стабільність таких структур, включаючи, де були наявні, принципи поділу влад, верховенства права, верховенства конституції.

Після акту руйнування відбувається акт творіння, яким встановлюється новий конституційний лад в державі, відбувається формування чи підтвердження політичної спільноти, посилення соціального етосу єдності та сприйняття спільноти і спільноти. Однак, хто ж виступає безпосередньо конституцієдавцем у випадку первинної установчої влади, коли вторинної установчої влади не існує? Очевидна відповідь – будь-хто, хто може спертися на легітимаційні дискурси у суспільстві. Парламент, Верховний Суд, Конституційний Суд, установчі збори, комітет національного порядунку, революційна рада тощо – груп і установ в історії конституційних моментів різних країн було безліч. Адже головним критерієм того, чи виступає певна група осіб чи установа в якості носія установчої влади, є якісний критерій, який визначає колективні властивості групи осіб, безвідносно їх формальної афіліації. Як підсумував Л. Баршак¹²⁰,

«У конституційні моменти авторами рішення не завжди є офіційні юридичні установи, що їх санкціонують, будь-то звичайні урядові органи, будь-то парламент у своїй установчій чи напівустановчій якості. Під час таких моментів, саме колективна спільнота групи робить рішення. Її установча

119 Ibid., p. 326.

120 Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology // The University of Toronto Law Journal. – 2006. – Vol.56, No. 3. – p. 201.

влада невідчужувана. Представницький орган може прийняти чи змінити конституцію, тільки якщо є уповноваженим на момент прийняття чи зміни залученою громадськістю і тільки якщо діє як продовження колективної спільноти. Під час прийняття чи зміни конституції, парламент діє як установчі збори, а його члени виступають як «екстраординарні», а не «звичайні» представники у сійсєвському сенсі».

Майже всі сучасні конституції проголошують народ/націю носієм суверенітету і установчої влади, що була реалізована при прийнятті відповідної конституції. Як підсумував Ю. Барабаш, «Саме народ розглядається як вихідний суб'єкт конституційного права, носій суверенних прав та всієї влади у державі»¹²¹. Але ж саме на цьому етапі аналізу постає питання: якщо носієм всієї влади в державі, включаючи установчу, є народ, як він може реалізувати таку владу або хто може її реалізувати від його імені? Іншими словами, хто і яким чином перетворює матеріальну силу на політичну владу, натопн на «народ», а політичні гасла та основи конституційного ладу¹²².

Поняття народ/нація – поняття колективне, тобто таке, що означає соціальну спільноту, в якій антропологи та історики виділяють дві ключові ознаки: безсмертя і суверенітет¹²³. Безсмертя означає, що така спільнота

121 Барабаш Ю. Установча влада українського народу як конституційний феномен // Право України. – 2009. - № 11. – с. 73.

122 В 1804 році Наполеон досить своєрідно інтерпретував поняття установчої влади – «Я є установчою владою». Napoleon I. The Corsican: A Diary of Napoleon's Life in His Own Words / R.M. Johnston ed. - Boston: Houghton Mifflin Co, 1910. – p. 182. Наполеон в цьому пасажі своїх мемуарів залишається вірним сійсєвському дискурсу: «Я урядую не як генерал, а тому, що нація вірить у те, що в мене є всі громадянські якості для управління. Моя система досить проста. Мені вбачалося, що за даних обставин було важливим централізувати владу Уряду з тим, аби утворити Націю. Я є установчою владою. Найкращім для мене порівнянням конституції є порівняння з кораблем: якщо ви дозволяєте вітру наповнювати вітрила, ви рушите невідомо куди за вітром, що нестиме вас; але якщо скористаєтесь кермом, то ви зможете допливти до Мартиніки за вітром, що дме у бік Сан-Домінго. Жодна конституція не залишається сталою. Зміни вносять люди та обставини» (ibid.).

Не можна сказати, що цей дискурс втратив актуальність і зараз, але замість Наполеона і цю сентенцію радо повторюють авторитарні правителі та парламентські популісти.

123 Див.: Attie K. Re-Membering the Body Politic: Hobbes and the Construction of Civic Immortality // ELH. – 2008. - Vol. 75, No. 3. - p. 497-530; Linditch F, La riception de la theorie allemande de la personnalite morale de l'Etat dans la doctrine francaise // La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 á1918 / Olivier Beaud, Patrick Wachsmann, eds. - Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997. – p. 179.

не зникає і не змінюється зі смертю окремого її члена. Певною мірою, витоки такого корпоративізму слід шукати ще в римському праві, його понятті *pater familias*¹²⁴. Суверенітет, як сформулював це Жан Боден, - «абсолютна і вічна влада» політичної громади (фр. – *république*; англ. – *commonwealth*)¹²⁵ Ідея народного суверенітету, що народилася в часи Просвітництва, виходила з абстрактного розуміння, фікції політичної гомогенності групи осіб, що мислителі того часу називали народом/ нацією. Ця фікція укорінена в сучасному конституційному дискурсі, адже конституції пишуться і приймаються від імені «народу». Але ця фікція породжує певні значні складнощі, на які звернув увагу ще граф Жозеф де Местр:

«Народ є сувереном, нам кажуть, але над ким? Явно над собою. Тому народ є підданим. В цьому є явна двозначність, якщо не помилка, адже народ, який керує не є народом, який підкорюється. Тому достатньо проголосити загальний постулат, що народ є сувереном, аби зрозуміти, що він потребує пояснення»¹²⁶.

Тому, як влучно зазначив далі де Местр, «Народ є сувереном, який не може здійснювати суверенну владу»¹²⁷. Абат Сійєс також розумів цю складність, коли стверджував, що народ може реалізувати суверенну владу через представників, тобто, якщо розвинути тезу абата Сійєса, через інститут представництва або установлену владу, яка і формує *une volonté représentative spéciale* (спеціальну представницьку волю)¹²⁸: «Що таке нація? - спільнота людей, що живуть за спільним законом і представлені спільним законодавцем»¹²⁹; «як вже вказувалося, саме спільний закон і спільне представництво – це утворює націю»¹³⁰. Однак цей парадокс – установча влада народу здійснюється через установлену владу представницького органу – не знайшов свого вирішення у Сійєса.

124 Див.: Maine H. Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas. – London: John Murray, 1878. – p. 183-185

125 Bodin: On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth / ed. and trans. by Julian H. Franklin. – Cambridge: Cambridge University Press, 1992. – p. 1

126 de Maistre J. Against Rousseau; "On the State of Nature" and "On the Sovereignty of the People" / Transl. and ed. by Richard A. Lebrun. – Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1996. – p. 45.

127 *Ibid.*

128 Sieyès E. Qu'est-ce que le tiers état? / éd. critique avec une intr. par Edme Champion. – Paris : Au siège de la société, 1888. – p. 68.

129 *Ibid.*, p. 31.

130 *Ibid.*, p. 33.

Реалізація установчої влади відбувається у момент, який можна означити як момент самоутворення політичної спільноти. Однак і цей підхід містить певні неоднозначності. Як вказав Ганс Ліндаль, «хоча Шмітт правий у своєму твердженні, що акт заснування проявляє присутність [політичної нації], якою перериваються практики представництва, таке переривання не проявляє – і не може проявити – народ, який би сам для себе виступав колективним суб'єктом»¹³¹. Адже установча влада може бути реалізована тільки як влада народу, і тому така реалізація одночасно утворює народ як суб'єкт, вказує на формування єдності між різними індивідами, групами у суспільстві. Іншими словами, установча влада у періоди між конституційними моментами існує як вірогідність чи можливість, але власне виникає як характеристика виникнення чи відновлення політичної єдності поза конституційними формами представницької демократії.

Хоча установча влада належить такій політичній єдності чи спільноті, що проявляється у спільних діях чи рішеннях, а не існує абстрактно, самі такі дії та рішення ведуть до ієрархічності і структурування такої спільноти, яка у момент свого заснування керується віртуальною рівністю всіх громадян. Адже реалізація спільної волі вимагає наявності акторів, які б діяли з цією метою. Тобто суверенітет вимагає визначення суверена.

Таким чином установча влада виникає з символічного акту перетворення окремих індивідів, натовпу чи груп людей у єдність, спільноту – народ, тобто коли ця сукупність осіб стає символічним представництвом не просто більшості, а єдності всіх. Оскільки таке перетворення не може відбуватися виключно в уяві, воно проявляється в реальності і може включати використання сили. Адже якщо для одних утворення такої спільноти сприймається як позитив (визволення чи утвердження прав), то для інших це може стати проявом поразки. Установча влада генерує політичну владу через символічний акт утворення уявної спільноти і установлення нового конституційного ладу. Ця політична влада далі каналізується через конституційні форми. Тому носієм первинної влади є не «народ», як і ним не є органи установленної влади, - вона виникає і існує у співвідношенні між конституційною уявою (конституційним міфом про застосування) та діяльністю органів установленної влади. Установча влада, тому не може бути дорівняна до влади певної спільноти, навіть численної, – такий підхід низводить установчу владу до питання факту. Поняття установчої влади зв'язує символічне і реальне у конституційному дискурсі.

131 Lindahl H. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood // The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form / Martin Loughlin and Neil Walker eds. - Oxford: Oxford University Press, 2007. - p. 9.

Конституційні зміни 2014 року

Революція 2013-2014 року, що спалахнула проти свавілля режиму, нехтування державою основними правами і свободами, корупції і авторитарних явищ, мала наслідком повалення недемократичного політичного ладу і формування нового конституційного правопорядку. Формалізацією встановлення такого зміненого правопорядку стали зміни до Конституції, проголосовані Верховною Радою України у момент, коли Президент України залишив столицю, а протягом наступної доби – і територію України, голова Верховної Ради України та його перший заступник, також перебуваючи поза межами столиці, подали у відставку, коли Кабінет Міністрів вже перебуваючи у відставці, був неспроможний виконувати свої функції. У цей момент Верховна Рада України конституційною більшістю приймає за спеціальною процедурою проект Закону України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» (реєстр. № 4163 від 21.02.2014).

Важко заперечити, що прийняття цих конституційних змін відбулося без дотримання процедури, передбаченої Розділом XIII Конституції України. Ця думка поділяється багатьма провідними вченими. Так В. Колісник зазначає: «... неможливо з упевненістю стверджувати, яка ж саме редакція Основного Закону України є на сьогодні чинною, адже так зване відновлення дії Конституції України зі змінами 2004, 2011 та 2013 років відбулося в лютому 2014 року у дуже сумнівний спосіб (оскільки при цьому не було дотримано порядку внесення конституційних змін, передбаченого розділом XIII Конституції України)¹³². А. Шуліма також акцентує увагу, що «на сьогодні Конституція України формально відновлена Законом, прийнятим конституційною більшістю голосів, проте не за встановленою Розділом XIII Конституції України процедурою»¹³³. На думку П. Любченка, «Парламент, поновивши дію окремих положень Конституції України, всупереч Рішенню Конституційного Суду України №20-рп/2010 від 30.09.2010 р., фактично зробив висновок про конституційність Закону України «Про внесення змін до Конституції України» №2222-IV від 08.12.2004 р., чим втрутився у сферу компетенції Конституційного Суду України»¹³⁴.

132 Колісник В. Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу // Вісник Конституційного Суду України. – 2015. - №4. – с. 104.

133 Шуліма А. О. Зміни до Конституції України: актуальні темпоральні аспекти // Наукові записки НаУКМА. - 2016. - Том 181: Юридичні науки. – с. 50.

134 Любченко П. М. Проблемні питання рішень Верховної Ради України та Конституційного Суду України в аспекті внесення змін до Конституції України // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2016. - № 31. – с.19-20

Звичайно, в доктрині висувається і інша думка. Так Р. Мартиноук стверджує: «Парламент був уповноважений поновити чинність редакції Конституції України від 8 грудня 2004 р. Майданом – представницьким за своєю природою інститутом, волевиявлення якого носило установчий характер. Як суб'єкт, що втілював суверенітет повсталого українського народу і безперечно володів його установчою владою, Майдан визнав легітимність і самої Верховної Ради України, і здійснювану нею «екстраординарну» конституційну нормотворчість»¹³⁵. А. Заєць та М. Буроменський вважають, що «Рішення парламенту про відновлення дії положень Конституції України 2004 року не є таким, яке стосується процедури внесення змін і доповнень Конституції України і тому не повинно було здійснюватись з дотриманням процедур внесення змін до Конституції, передбачених розділом XIII Конституції України»¹³⁶.

Якщо кваліфікувати процедуру прийняття Закону України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» з точки зору похідної установчої влади, якою наділений у відповідних випадках український Парламент, Конституційний Суд України може визнати ці зміни такими, що були прийняті з порушенням встановленої Конституцією України процедури їх розгляду та ухвалення. Адже ідея «вічної конституції» також імпліцитно закладена у практиці Конституційного Суду України. Так у Рішенні від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 Конституційний Суд України зазначив, що «влада народу здійснюється в межах території держави у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України»¹³⁷, а в Рішенні від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 вказав, що «... прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути здійснене установчою владою у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України»¹³⁸.

135 Мартинюк Р. С. Поновлення чинності положень редакції Конституції України від 8 грудня 2004 року: питання конституційності та легітимності // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2015. – №2(12). – с. 11

136 Заєць А. П., Буроменський М. В. Щодо легітимності діючої сьогодні влади в Україні // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 5. – с. 6.

137 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 5. – с. 29.

138 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. – № 3. – с. 19.

Разом з тим з точки зору теорії установчої влади зміни 2014 року відбулися в драматичний період конституційного моменту. І Верховна Рада, приймаючи ці зміни, діяла як інструмент реалізації первинної установчої влади. Відповідно рамки і процедури, передбачені Розділом XIII Конституції України, не можуть бути мірилом конституційності запроваджених змін. Слід нагадати, що у цей період широкого і потужного протестного руху наявні всі ознаки зламу попереднього політичного ладу: чинний Президент України самоусунувся і залишив країну, Голова Верховної Ради України подав у відставку і також залишив Київ, Конституційний Суд України не міг зібратися за відсутності багатьох суддів і, відповідно, кворуму.

Ця ситуація лютого 2014 року кардинально відрізняється від ситуації часів Помаранчевої революції – не менш масових протестів, викликаних бажанням людей захистити своє виборче право. У той час Президент України, Голова Верховної Ради України, Конституційний Суд України виконували свої функції, політична система зазнала стресу, але вистояла.

Тому рішення 2014 року про зміну Конституції України слід розглядати як таке, що стало реалізацією установчої влади народу, яка відбулася за обставин, що мають характеризуватися в якості конституційного моменту. Адже Майдан став символічним уособленням не просто більшості, а єдності всіх громадян України.

Верховна Рада, з такої точки зору, виступила лише інструментом реалізації первинної установчої влади. Оскільки вимоги Розділу XIII Конституції врегульовують порядок і процедуру реалізації похідної установчої влади, первинна установча влада, залишаючись явищем позаправовим, яке консолідується і, так би мовити, матеріалізується за виняткових обставин конституційного моменту, не може за своєю природою бути вмонтована у жорсткі процедурні положення щодо порядку внесення змін до Конституції України.

Зробивши цей висновок, все ж таки слід відповісти на питання, чи може Конституційний Суд здійснювати конституційний контроль за змінами, що відбулися в рамках реалізації установчої влади народу. Це не просте питання не тільки тому, що функція захисту конституції – фундаментальна функція для існування органу конституційної юрисдикції – є в багатьох випадках несумісною з самою концепцією установчої влади, але й ще тому, що сам конституційний суд, наділений такою функцією, може розглядатися не просто як негативний законодавець або арбітр, але як голос носія установчої влади¹³⁹, як депозитарій і монопольний інтерпретатор волі суверена, втіленої в конституційному тексті.

139 Див.: Kahn P. Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty. - New York: Columbia University Press, 2011. – p. 13-17.

Юстиціабільність змін до Конституції: неконституційні конституційні зміни

Питання співвідношення установчої влади і конституційної форми має досить важливий аспект, що стосується реалізації похідної установчої влади у формі внесення змін до конституції. Йдеться про можливість визнання внесених змін до конституції неконституційними і, як наслідок, юстиціабільність таких змін.

Юстиціабільність (англ. – *justiciability*; фр. – *justiciabilité*), тобто можливість/правомірність розгляду в порядку конституційного судочинства, внесених змін до Конституції – питання, що заторкає багато сфер конституційної юстиції, конституційності і, загалом, конституційного права. Функція захисту Конституції, яку реалізує орган конституційного правосуддя в демократичній державі, в світлі формальної логіки не може поширюватися на контроль за текстом самої Конституції, адже інше тлумачення ставитиме орган конституційного контролю над Конституцією. З іншого боку захист Конституції також включає необхідність інституційних запобіжників проти внесення змін, що підривають конституційні принципи і цінності або демократичні основи конституційного ладу. Іншими словами, сумний досвід Веймарської конституції вимагає існування інструментів «войовничої демократії», тобто конституційного ладу, що здатен захистити сам себе проти тиранії одномоментної політичної більшості і схильності до авторитарних тенденцій парламентської демократії.

Однозначної конституційно-правової відповіді на поставлене питання не існує, адже по суті мова йде про контроль за реалізацією установчої влади. Для аналізу цієї проблематики слід виокремити декілька ключових питань. По-перше, слід від початку визнати, що мова не може йти про конституційний контроль за реалізацією первинної установчої влади, адже сам цей контроль походить від неї. Навіть якщо припустити, як роблять деякі дослідники, що орган конституційної юрисдикції є голосом суб'єкта первинної установчої влади. Як вказував ще К. Шмітт¹⁴⁰,

«Межі повноважень вносити зміни до конституції випливають з належного розуміння концепції конституційної зміни. Повноваження «змінювати конституцію», встановлені конституційним законодавством, означають можливість заміни одних конституційних положень одним чи декількома іншими. Це може бути зроблене, однак, за передумови, що

140 Schmitt C. *Constitutional Theory* / transl. and ed. by Jeffrey Seitzer. – Durham and London: Duke University Press, 2008. – p. 150/

ідентичність і континуїтет конституції в цілому зберігаються. Це означає, що повноваження приймати конституційні зміни включає повноваження змінювати, додавати, розширювати, вилучати тощо у конституційному тексті, що зберігає саму конституцію. Воно не є ані повноваженням приймати нову конституцію, ані змінювати підстави здійснення конституційних переглядів».

Тому поставлена проблема стосується реалізації похідної установчої влади. Зважаючи на основоположну функцію органів конституційної юрисдикції в демократичній державі щодо захисту Конституції, постає питання визначення безпосередніх чи похідних повноважень щодо конституційного контролю, як процедурного так і сутнісного, за змінами до Конституції. Останнє питання має бути розглянуто також у двох аспектах: по-перше, повноваження Конституційного Суду оцінити конституційність процедури внесення змін до Конституції, що набули чинності, та по-друге, повноваження Конституційного Суду оцінити зміст таких змін. Іншими словами, питання полягає в тому, чи може і за яких умов Конституційний Суд визнати зміни до Конституції неконституційними.

З точки зору текстуального тлумачення конституційних положень щодо повноважень органу конституційної юрисдикції, особливо якщо конституція закріплює континентальну модель конституційного контролю, яка інституційно зосереджена на єдиному органі конституційної юрисдикції, виведеному поза рамки гілок влади, відсутність безпосередньо визначеного повноваження щодо конституційного контролю за змістом конституційних змін, що набули чинності, може розглядатися крізь призму *expressio unius est exclusio alterius*¹⁴¹. Цей шлях був обраний, наприклад Конституційною радою Французької Республіки, яка у рішенні № 62-20 DC від 6 листопада 1962 року відмовилася від розгляду конституційності закону, схваленого на національному референдумі¹⁴². За цією ж логікою Конституційна рада у своєму рішенні № 2003-469 DC від 26 березня 2003 року визнала відсутність повноважень розглядати конституційність змін, внесених до Конституції¹⁴³:

141 Див.: Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. - Bursa, Ekin Press, 2008. - p. 13.

142 Le Conseil constitutionnel. *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*. Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 // Journal officiel. - 7 novembre 1962. - p. 10778.

143 Le Conseil constitutionnel. *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*. Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 // Journal officiel - 29 mars 2003. - p. 5570.

1. ... компетенція Конституційної ради чітко визначена Конституцією; [і така компетенція] може бути уточнена та доповнена шляхом прийняття органічного закону виключно у відповідності з принципами, встановленими в конституційному тексті; ... Конституційна рада не може вирішувати будь-які питання, крім тих, що прямо передбачені в [тексті Конституції];

2. ... стаття 61 Конституції визначає завдання Конституційної ради визначати відповідність Конституції органічних законів та звичайних законів, якщо відповідні питання порушені згідно умов, встановлених цією статтею; ... [однак] ані стаття 61, ані будь-яке інше положення Конституції не наділяють раду повноваженнями розглядати зміни до Конституції...

Подібним чином Конституційний Суд Словенії в ухвалі U-I-332/94 від 11 квітня 1996 року визнав відсутність компетенції Суду щодо розгляду конституційних актів¹⁴⁴. Угорський Конституційний Суд у рішенні 1260/B/1997, розглядаючи питання конституційності перехідних положень Акту про внесення змін до Конституції не тільки визнав неможливість розгляду Конституційним Судом самих змін, але й перехідних положень Акту¹⁴⁵:

У випадку змін до Конституції, положення, що врегульовує набрання чинності відповідним Актом, не стає частиною Конституції. Однак, саме це положення є особливо важливим для конституційних змін. Без нього зміни не можуть бути імplementовані і тому це положення є невід'ємним від нормативної частини Акту. В силу такого сильного зв'язку між положенням, що визначає набуття чинності Актом і правовими нормами, що стають частиною Конституції в наслідок внесення змін, у суду немає юрисдикції досліджувати конституційність таких правоположень. Якщо Суд скасує такі положення, нормативна частина Акту про внесення змін до Конституції також стане нікчемною, а Суд при цьому діятиме як законодавець. Теоретично, у деяких випадках може існувати можливість розглянути положення, що визначають набуття чинності актом про внесення змін до Конституції, але тільки якщо скасування таких положень не матиме наслідком зміну Конституції.

Верховний Суд США, починаючи з рішення у справі *Coleman v. Miller*, розглядає питання внесення змін до Конституції як політичне питання,

144 Constitutional Court of the Republic of Slovenia. Resolution U-I-332/94. Apr. 11, 1996 // <http://odlocitve.us-rs.si/documents/f4/3a/u-i-332-94-english.pdf>.

145 Decision 1260/B/1997 d) 09-02-1998 / e) 1260/B/1997 / f) / g) Alkotmánybírósági Közlöny (Official Digest), 2/1998

що не може бути предметом судового контролю: «Стаття V ... визначає повноваження щодо внесення змін до Конституції виключно за Конгресом ... Цей процес є повністю політичним з моменту внесення проекту до моменту, коли зміни стають частиною Конституції, і тому він не може бути предметом судового скерування, контролю чи втручання на будь-якій стадії»¹⁴⁶. Тому всі такі справи підпадають під дію доктрини політичного питання.

Цей підхід органів конституційної юрисдикції виключає конституційний контроль за змістом конституційних змін, що імпліцитно визнає верховенство установчої влади по відношенню до конституційної форми. Однак він не заперечує конституційний контроль за дотриманням процедури внесення змін до конституції. Так наприклад, Конституційний Суд Австрії в своїй практиці визнав відсутність повноважень визначати конституційність змін до федеральної конституції, але визначив, що питання вибору і дотримання процедури внесення змін є в його компетенції¹⁴⁷.

З іншого боку деякі конституційні суди пішли дещо іншим шляхом, не заперечуючи можливості конституційного контролю за змістом конституційних змін. Це особливо характерно для держав, конституції яких містять так звані «вічні положення», що не можуть бути змінені в рамках внесення змін до конституції, як наприклад перелік, що міститься в статті 79 Основного закону ФРН. Сенс таких вічних положень досить влучно висловив Конституційний Суд Баварії у справі 1950 року¹⁴⁸:

«Нікчемність положення Конституції не заперечується тільки на підставі того факту, що таке положення є частиною Конституції. Адже існують настільки фундаментальні конституційні норми, що становлять прояв надконституційного права і вони зобов'язують безпосередньо конституцієдавця; інші конституційні положення, що не мають такого високого статусу, і суперечать таким нормам, можуть бути скасовані.»

Цей підхід був опосередковано схвалений і федеральним Конституційним Судом. Так у справі 1953 року за статтею 117 Конституційний Суд зазначив, що «... навіть конституцієдавцю може лише певною мірою бути дозволено відійти від принципу правової безпеки. Якщо норма заперечує, спотворює чи зневажає надмірним чином функцію збереження миру, що походить від права, вона може бути недійсною, навіть якщо

146 Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939) at 459.

147 Див.: Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments // Israel Law Review. – 2011. - Vol. 44: - p. 327-328.

148 Цит. за: *ibid.*, p. 329.

є частиною первинного тексту конституції»¹⁴⁹. Далі, федеральний Суд, визначивши необхідність узгодженого, наскільки можливо, тлумачення положень Основного закону, вказав¹⁵⁰:

Основний Закон може розглядатися виключно у цілісності. З цього слідує, що на конституційному рівні не може існувати у принципі вищих і нижчих норм, що мають бути оцінені у співвідношенні між собою... але не позбавляє важливості і притаманної ваги окремих норм. Особливо це не стосується питання тих окремих норм, що в силу прямої відсилки до законодавця певною мірою залежать від його волі або, навпаки, тих норм, що не можуть бути змінені, тобто проголошені незмінними, як це передбачено частиною третьою статті 79 Основного закону. Тому чинність статті 117 Основного Закону не може бути оскаржена на підставі суперечності з частиною третьою статті 1, яка наділена імунітетом від змін. В силу самої природи, *pouvoir constituant* може передбачити винятки з фундаментальних положень, які нею встановлюються. Ці винятки мають розглядатися крізь призму правила, що спеціальна норма є вищою за загальну норму.

Однак, вказавши це Конституційний Суд продовжив: «Той факт, що засновники Основного Закону включили і, тому, перетворили на частину позитивного права, норми, які часто характеризуються як надправові (наприклад, у статті 1, а також у статті 20), не позбавляє такі норми цієї спеціальної якості. Їх детальне формулювання, особливо що стосується ступеню допустимості відступу від них, лежить у дискреції конституцієдавця тільки тією мірою, якою не порушуються останні межі справедливості. Однак ймовірність того, що свободолюбний конституцієдавець може перейти ці межі є настільки мізерною, що теоретична можливість «неконституційних конституційних норм» зводиться до практичної неможливості»¹⁵¹.

Конституційний Суд Чеської республіки також прямо вказав на прямі обмеження установчої влади: «Що стосується суттєвих атрибутів демократичної держави, що керується верховенством права, згідно частини 2 статті 9 Конституції Чеської республіки, вони залишаються недоторка-

149 Цит. за: Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms--Constitutional Development in Postwar Germany // Virginia Law Review. – 1956. – Vol.42, No. 1. – p. 18.

150 Цит. за: *ibid.*

151 Цит. за: *ibid.*, p. 19.

ними навіть для Установчих зборів»¹⁵². В одному зі своїх перших рішень Конституційний Суд проголосив¹⁵³:

«З огляду на концепцію конституційної держави, на якій заснована чеська Конституція, право і справедливість не є предметом необмеженої дискреції законодавця, не є предметом навіть закону, адже законодавець обмежений певними основними цінностями, які Конституція проголошує непорушними. Наприклад, чеська Конституція передбачає у частині 2 статті 9, що «зміни до суттєвих вимог демократичної правової держави неприпустимі». Таким чином, установчі принципи демократичного суспільства в рамках Конституції стоять вище за законодавчу владу і Парламент не має повноважень у їх відношенні. Конституційна держава витримає або впаде разом з цими принципами. Позбутися будь-якого з цих принципів у будь-який спосіб – будь-то рішенням більшості чи навіть однотайним рішенням Парламенту – означає ніщо інше як скасування конституційної держави як такої».

Цей підхід ґрунтується на концепції незмінних положень конституції (так званих «вічних положень» - *«eternity clauses»* - або «незмінного ядра конституції» - *«unamendable core»*)¹⁵⁴. Однак не менш цікавим є підхід Верховного Суду Індії, адже в індійській Конституції немає «вічних положень», а процедура внесення конституційних змін є доволі простою. Розвиток юриспруденції Верховного Суду Індії у цьому питанні є досить ілюстративним. Так у 1967 році у справі *Golaknath v. State of Punjab*, яка стосувалася сімнадцятої поправки до Конституції Індії, виходячи з того, що зміни до конституції приймалися у формі закону про внесення змін, Суд з перевагою в один голос встановив, що оскільки стаття 13 конституції забороняє державі приймати закони, які скасовують чи обмежують права, встановлені Розділом III Конституції, ця заборона поширюється і на закони про внесення змін до Конституції¹⁵⁵. Зокрема логіка Суду

152 2006/03/08-Pl. ÚS 50/04: Sugar Quotas III / <http://www.usoud.cz/en/decisions/20060308-pl-us-5004-sugar-quotas-iii-1/>

153 1993/12/21 - Pl. ÚS 19/93: Lawlessness / <https://www.usoud.cz/en/decisions/19931221-pl-us-1993-lawlessness-1/>

154 Див. Kommers D. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* / 2nd end. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – p. 48.

155 В цьому Верховний Суд Індії відійшов від попередньої практики, зокрема своїх рішень у справах *Shankari Prasad Singh v. Union of India* 1951 року та *Sajan Singh v. State of Rajasthan*, в яких Суд витлумачив слово «закон» у положення статті 13 Конституції Індії, яка забороняє державі приймати закони, що скасовують чи порушують

полягала в тому, що основоположні права і свободи, закріплені Конституцією, мають особливий характер¹⁵⁶:

«Конституція в силу самої своєї структури визначила стале місце основоположних свобод. Приймаючи для себе Конституцію, народ закріпив за собою основоположні свободи. Стаття 13 Конституції лише формулює таке закріплення. Ця стаття, однак, не є джерелом захисту основоположних прав, а виразом такого закріплення. Та важливість, якою наділені основоположні свободи є настільки трансцендентальною, що навіть законопроект, схвалений одноставно всіма членами обох палат Парламенту, не здатен порушити їх гарантованого здійснення. Власне, не те, що Парламент у певний момент вважатиме необхідним для загального блага, а те, що Розділ III Конституції проголошує захищеним, визначає зміст свободи. Відсутність повноважень Парламенту, тому, при внесенні конституційних змін, змінювати, обмежувати чи порушувати свободи, закріплені у Розділі III, є наслідком структури Конституції та природи цих свобод».

Далі Суд, вказавши, що «Будь-то у сфері конституційного закону чи законодавчого акту, зміни можуть бути внесені тільки законом»¹⁵⁷, зазначив¹⁵⁸:

Що таке «закон» для цілей Конституції? Не можна заперечити, що у широкому сенсі цей термін включає конституційний закон, а закон, що вносить зміни до Конституції є конституційним законом. Але ст. 13(2) для цілей цього положення містить інклюзивне визначення. Воно не виключає конституційний закон.... Коротко кажучи, конституційні зміни не можуть бути схвалені у інший спосіб, аніж в рамках законодавчого процесу. Той факт, що встановлені додаткові умови, такі як конституційна більшість, а у визначених випадках – ратифікація з боку законодавців штатів, не перетворює зміни у щось інше, аніж закон. Встановлення додаткових умов є лише гарантією проти поспішних дій

конституційні права, як таке, що «повинно означати норми чи постанови, прийняті в рамках здійснення звичайної законодавчої чи виконавчої влади, а не зміни до Конституції, вчинені в рамках реалізації установчої влади». *Sri Sankari Prasad Singh Deo v. Union of India and State of Bihar* // 1952 SCR 89.

156 I.C. Golaknath and Ors. vs State of Punjab and Anrs. // 1967 SCR (2) 762, at p. 792

157 Ibid.

158 Ibid.

або захисту прав штатів, але не змінює законодавчого характеру конституційних змін.

В 1973 році Верховний Суд переглянув свою позицію і скасував прецедент справи *Golaknath* у своєму рішенні у справі *Kesavananda Bharti v. State of Kerala*. У цьому рішенні, яке залишається досьогодні керівним прецедентом, Верховний Суд Індії сформулював доктрину «основної структури» Конституції («*the basic structure of the Constitution*» – англ.). Голова Суду суддя С.М. Сікрі, викладаючи думку більшості Суду зазначив¹⁵⁹:

«Мені вбачається, що концепція зміни в контурах Преамбули та Конституції не може вважатися настільки нечіткою і незадовільною, щоб парламентарі та громадськість не могли її зрозуміти.

Поважний Генеральний Адвокат сказав, що кожне положення Конституції є суттєвим, інакше воно би не опинилося в конституційному тексті. Це правда. Але це не ставить кожне положення Конституції у однакове становище. Насправді кожне положення Конституції може бути змінене за умови, що основні засади і структура Конституції залишаються незмінними. Ця основна структура, як можна визначити, складається з наступних елементів:

- 1) верховенство Конституції;
- 2) республіканська і демократична форма правління;
- 3) світський характер Конституції;
- 4) поділ влад між законодавчою, виконавчою і судовою гілками;
- 5) федеративний характер Конституції.

Вказана структура будується на базових засадах, тобто гідності і свободі особи. Вони мають найвищу цінність. Це не може бути знищене будь-якою формою конституційних змін».

Підсумовуючи далі у рішенні, більшість Суду вказала¹⁶⁰:

«Якщо взяти до уваги історичний контекст, Преамбулу, всю схему Конституції і її відповідні положення... немає складності визначити, що наступні елементи можуть вважатися

159 His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr. // (1973) 4 SCC 225 - para. 315-317.

160 Ibid., para. 620.

основними елементами конституційної структури (це не є каталогом, а тільки ілюстрацією):

- 1) верховенство Конституції;
- 2) республіканські і демократична форма правління та суверенітет держави;
- 3) світський і федеративний характер Конституції;
- 4) поділ влади між законодавчою, виконавчою і судовою гілками;
- 5) гідність особи (забезпечена різними свободами і основними правами Розділу III та зобов'язанням щодо розбудови соціальної держави, що міститься у Розділі IV Конституції);
- 6) єдність і неподільність нації».

При цьому Верховний Суд скасував прецедент справи *Golaknath*, вказавши, що термін «закон» у статті 13 конституції Індії стосується акту законодавчої, а не установчої влади: «... коли ми говоримо «закон», ми зазвичай маємо на увазі здійснення законодавчої влади. Тому «закон» в статті 13(2) має тлумачитися як такий, що стосується акту реалізації звичайних законодавчих повноважень»¹⁶¹

Таким чином, згідно доктрини «основної структури Конституції» похідна установча влада є обмеженою не тільки процедурою прийняття, але й з огляду на сутнісний зміст окремих конституційних положень, які не можуть бути змінені за будь-яких обставин в рамках реалізації похідної установчої влади.

В практиці Конституційного Суду України також була сформульована доктрина постеріорного конституційного контролю за внесеними до Конституції України змінами. Так у справі 2008 року про повноваження Конституційного Суду України, Суд, імпліцитно заперечивши *expressio unius est exclusio alterius*, вказав на відсутність текстуальних обмежень чи застережень стосовно можливості здійснення Конституційним Судом України наступного конституційного контролю щодо закону про внесення змін до Конституції України:

«Конституція України (стаття 150) не містить застережень (як це встановлено пунктом 30 частини першої статті 106 Конституції України щодо обмеження права Президента України накладати вето на такі закони) щодо можливості здійснення Конституційним Судом України наступного

¹⁶¹ Ibid., para. 662.

конституційного контролю закону про внесення змін до Конституції України після його прийняття Верховною Радою України. Відповідно до частини другої статті 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Тому Конституційний Суд України вважає, що саме він повинен здійснювати наступний конституційний контроль і щодо закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності, оскільки відсутність судового контролю за процедурою його розгляду та ухвалення, визначеною у розділі XIII цієї Конституції, може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності України або зміну конституційного ладу у спосіб, що не передбачений Основним Законом України»¹⁶².

Цим рішенням Конституційний Суд України визнав неконституційним положення підпункту 1 пункту 3 розділу IV Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року № 422/96–ВР (в редакції Закону України від 4 серпня 2006 року № 79–V), згідно з яким юрисдикція Конституційного Суду України не поширюється на вирішення питання щодо конституційності законів про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності. Як слідує з цього рішення Конституційний Суд визнав компетенцію щодо конституційного контролю за «за процедурою розгляду та ухвалення» закону про внесення змін до Конституції України, який набрав чинності¹⁶³. Однак це не означає, що такий контроль обмежується тільки питання дотримання процедури

162 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення підпункту 1 пункту 3 розділу IV Закону України «Про Конституційний Суд України» (в редакції Закону України від 4 серпня 2006 року № 79V) (справа про повноваження Конституційного Суду України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. - № 5. – с. 25.

163 Рішенням у цій справі Конституційний Суд України по суті скасував свою попередню позицію, висловлену кількома місяцями раніше в Ухвалі №6-у/2008, згідно якої «Положення закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності стають невід'ємною складовою Конституції України - окремими її положеннями, а сам закон вичерпує свою функцію». Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 102 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України», Закону України «Про внесення зміни до розділу IV «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Конституційний Суд України» // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. - №2ю –с. 55.

Розділу XIII Конституції України. Власне у саму цю процедуру вмонтований аспект сутнісного контролю за змінами до Конституції України. Адже як вказав Конституційний Суд України у Рішенні від 9 червня 1998 року № 8-рп/98 у справі щодо внесення змін до Конституції України, «...у разі внесення в процесі розгляду у Верховній Раді України поправок до законопроекту він приймається Верховною Радою України за умови наявності висновку Конституційного Суду України про те, що законопроект з внесеними до нього поправками відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України»¹⁶⁴. Тобто конституційному контролю на відповідність статтям 157 і 158 Конституції України підлягає не тільки законопроект, поданий до Верховної Ради України в порядку статей 154, 155 і 156 Конституції України, але й усі можливі поправки, внесені до нього у процесі його розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України після отримання висновку Конституційного Суду¹⁶⁵. Як підсумував суддя П. Мартиненко у своїй окремій думці у справі щодо внесення змін до Конституції України¹⁶⁶,

Положення, закріплені статтями 157 і 158 Конституції України, на думку конституцієдавця, є найвищими цінностями для народу та держави, і тому в нормативно-правовому контексті Конституції України вони функціонально пов'язані із статтею 159 Конституції України, що гарантує унеможливлення небажаних змін щодо цих цінностей в процесі внесення змін до тексту Конституції України. Отже, дії Верховної Ради України всупереч висновку Конституційного Суду України призвели б до того, що закріплення статей 157 і 158 у Розділі XIII «Внесення змін до Конституції України» втратило б свій сенс, що суперечило б волі конституцієдавця.

Таким чином, відповідно до нормативно-правового змісту статті 159 Конституції України є юридично неприйнятними обидві можливості: і розгляд Верховною Радою України законопроекту про внесення змін до Конституції України за відсутності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності

164 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 158 та статті 159 Конституції України (справа щодо внесення змін до Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. – 1998.- № 3. – с. 30.

165 Див.: там само. – с. 29.

166 Окрема думка судді Конституційного Суду України Мартиненка П.Ф. у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 158 та статті 159 Конституції України (справа щодо внесення змін до Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. – 1998.- № 3. – с. 34.

законопроекту вимогам статей 157 і 158 Конституції України, і розгляд Верховною Радою України цього законопроекту за наявності цього висновку, але всупереч йому.

Таким чином доктрина і практика Конституційного Суду України визнають юстиціабільність актів похідної установчої влади в рамках наступного (постеріорного) конституційного контролю. Але чи стосується це первинної установчої влади? В практиці Конституційного Суду прямої відповіді на це питання немає. Суддя Конституційного Суду України у відставці М. Савенко вважає, що ні:¹⁶⁷

Закони про внесення змін до Конституції України за своєю правовою природою, предметом регулювання, юридичною силою, особливим порядком прийняття відрізняються від звичайних законів. Вони приймаються за конституційною парламентською процедурою в ускладненому порядку, вносять зміни до Основного Закону держави і з моменту набрання ними чинності стають органічною складовою Конституції України. Отже, такі закони є конституційними. Наступний конституційний контроль не може здійснюватися стосовно законів про внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції України. Закон про внесення змін до цих розділів затверджується на референдумі, рішення якого є актом установчої влади і не є об'єктом контролю. Стосовно таких законів здійснюється лише попередній конституційний контроль до затвердження їх на референдумі. Він також має бути обов'язковим. Об'єктом конституційного контролю може бути й указ Президента України про призначення всеукраїнського референдуму щодо затвердження закону про внесення змін до Конституції України.

Власне, внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції України також є особливим порядком реалізації похідної установчої влади. Але логіка цього твердження може бути розширена на первинну установчу владу: акти первинної установчої влади не можуть бути предметом конституційного контролю. І оскільки зміни 2014 року відбулися у особливий конституційний момент, що має всі ознаки матеріалізації трансцендентного носія первинної установчої влади, Конституційний Суд України не може і не вправі здійснювати конституційний контроль за актами такої первинної установчої влади.

167 Савенко М. Конституційний контроль змін до Конституції України // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. - № 4–5. – с. 182.

Чи є вирішення парадоксу?

На думку Д. Дж. Галлігана, власне питання співвідношення установчої влади і конституційної форми не є парадоксом¹⁶⁸:

«Для початку, важко відокремити суверенітет народу, що є абстрактним концептом, від певних правил, що визначають його практичне втілення і реалізацію. Оскільки поняття народного суверенітету повинно мати практичне значення для конституцій, можна навести такий аргумент, що без таких правил такої реалізації не забезпечити. Більше того, необов'язково виникає несумісність між наявністю суверенітету і дотриманням певних правил, що визначають його реалізацію. Правила спрямовують реалізацію суверенітету без його обмеження у той же спосіб, що і граматика і синтаксис не зменшують потужність і сенс мови. Правила вибору представників, правила парламентської процедури, правила, що походять з верховенства права – ось приклади інституційних правил, за допомогою яких реалізується народний суверенітет без будь-яких ознак парадоксу. Багато залежить від характеру цих правил, які можуть бути сформульовані у спосіб, що порушує та обмежує суверенітет, але не сама їх наявність, та якщо вони належним чином сформульовані, вони посилюють, а не обмежують. Без правил важко визначити, яким чином народний суверенітет може бути реалізований».

Такий висновок, безумовно, є валідним як для похідної установчої влади, так і у певних випадках для первинної установчої влади. Кваліфікація цього висновку певними випадками є не випадковою. Адже якщо мова йде про прийняття нової конституції в наслідок тривалого суспільного консенсусу і згоди політичних акторів, як це мало місце наприклад при прийнятті у 1999 році нових Конституцій Фінляндії¹⁶⁹ та Швейцарії¹⁷⁰, інституціолізовані правила, за допомогою яких реалізується

168 Galligan D. J. The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory? // Oxford Journal of Legal Studies. – 2008. - Vol. 28, No. 2. – p. 348.

169 Докл. див.: Tiitinen S. Constitutional Reform in Finland. Communication by Mr Seppo Tiitinen, Secretary General off the Parliament, Finland. Brussels Session (April 1999) // Constitutional and Parliamentary Information. – 1999. - No. 178/ 2nd Half-year – 1999. – p. 104-116.

170 Докл. див.: Clerc J. The New Swiss Constitution. Communication from Mr John Clerc, Deputy Secretary General of the Federal Assembly of Switzerland, Berlin Session (October 1999) // Constitutional and Parliamentary Information. – 2000. - No. 179/ 1st Half-year – 2000. – p. 3-16.

народний суверенітет у процесі прийнятті нової конституції, не входить у протиріччя з ідеєю первинної установчої влади. Але чи вірним є цей висновок у конституційні моменти, коли вивільняється руйнівна сила первинної установчої влади?

У конституційні моменти, коли втрачається відмінність між буденною земною владою, носієм якої є установлені органи держави (парламент, органи виконавчої влади, суди), та сакральною владою (первинною установчою владою народу) і на незначний час матеріалізується трансцендентна спільнота «народ», включаються інші чинники, що закладені в колективному несвідомому, в суспільних архетипах. Знову виникає найбільший фантом політичної спільноти – безсмертне тіло народу, що трансформується з гоббсенівських Бегемота на Левіафана. І така трансформація не може бути обмежена будь-якими конституційними текстами, правилами чи процедурами. Як зазначає л. Баршак, «Дійсна законодавча влада може належати виключно відсутній корпоративній спільноті, установчій інстанції, що є провіденційним джерелом і наріжним каменем правової системи. У демократії, найвищий законодавець – суверен, «народ» - залишається трансцендентною спільнотою, що матеріалізується тільки під час певних конституційних епізодів...»¹⁷¹.

Поняття первинної установчої влади сьогодні, як і багато століть тому, все ще покрито вуаллю *les mystères de l'Etat*, непізнаних і незбагнених, як і таємниці теології. А саме дослідження такої влади невідворотно веде у глибини соціальної психології і антропології. Ані політичні науки, ані юридичні, безсилі дати пояснення цьому явищу через свій науковий інструментарій чи понятійний апарат.

171 Barshack L. Notes on the Clerical Body of the Law // *Cardozo Law Review*. – 2003. - Vol. 24. No.3. – p. 1164.

О. В. Скрипнюк

академік НАПрН України, заступник директора з наукової роботи
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ В УКРАЇНІ: ЗАВДАННЯ, РИЗИКИ І ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Проблема децентралізації влади в теорії конституційного права та практиці державотворення завжди була і залишається актуальною для України протягом всього періоду її незалежності. З проголошенням державного суверенітету України були зроблені перші кроки для інституціонування процесу децентралізації та розвитку місцевої демократії. Протягом 90-х років минулого століття була закладена правова основа для початку здійснення децентралізації. Були прийняті закони «Про місцеві Ради народних депутатів і місцеве самоврядування» (1990), «Про Представника Президента України» (1992), «Про місцеві Ради народних депутатів, місцеве і регіональне самоврядування» (1992). Вони започаткували процес децентралізації із визначення державними органами місцевого самоврядування і представницькими органами державної влади Рад, які раніше виключно були органами державної влади. Відповідно органи місцевого самоврядування у формі Рад були сформовані на рівні сіл, селищ, міст, районів, областей.

Наступним кроком процесу децентралізації стало визначення меж функціонування органів місцевого самоврядування і органів державної влади. Вибудувана відповідно до чинного законодавства України система організації влади на місцевому рівні набула фактичного закріплення в Конституції України 1996 року. В Україні була ратифікована Європейська хартія місцевого самоврядування, ухвалено низку базових нормативно-правових актів, як створили правові та фінансові основи його діяльності. Проте від часу ухвалення Конституції України розвиток місцевого самоврядування фактично зупинився на рівні територіальних громад через їх надмірну подрібненість та надзвичайно слабку фінансову базу.

Подальші кроки до децентралізації визначили норми про місцеве самоврядування та децентралізацію влади Закону України «Про місцеве самоврядування» (1997) та Закону України «Про місцеві державні адміністрації» (1999). Створений правовий фундамент децентралізації мав сприяти розкріпаченню ініціативи основних суб'єктів місцевого

самоврядування у вирішенні функцій переданих їм державою та подоланню суперечностей між Радами та державними адміністраціями на обласному і районному рівнях. Однак поступального і успішного розвитку місцевої демократії не відбулося. Включно до останнього часу існувала проблема забезпечення державою здійснення покладених на органи місцевого самоврядування функцій держави. Прийняті законодавчі акти та відповідні постанови про передачу повноважень місцевому самоврядуванню радше шкодили, ніж допомагали процесу децентралізації влади: реальному наповненню владою органів місцевого самоврядування, не відбулося посильних змін через відсутність фінансового забезпечення управління територіальним розвитком.

Наростання авторитарних тенденцій в Україні в кінці 90-х – початку 2000-х роках спричинили стагнацію процесу децентралізації управління. Всі спроби її реанімації виявилися неефективними. Встановлена в 2010 році всупереч Конституції фактична суперпрезидентська республіка, за якої централізація повноважень і ресурсів досягла небаченого рівня для сучасної європейської держави. Вся влада (прийняття рішень) концентрувалася в руках глави держави та його адміністрації. Роль уряду, який фактично озвучував і здійснював рішення, що приймалися на Банковій була зневільована. Стан законодавчого органу в той час дав підстави стверджувати про занепад парламентаризму в Україні. Політика надмірної централізації знищувала місцеве самоврядування, унеможлиблювала фінансову самостійність територіальних громад, сприяла небаченому розквіту корупції в Україні.

Надмірно централізована влада стала причиною гальмування розвитку суспільства загалом, і кожного з політичних, економічних, соціальних, культурно-освітніх та інших аспектів громадського життя. А надмірна централізація коштів, яка була присутня на державному рівні зумовлювала цілковиту залежність органів місцевого самоврядування від державного бюджету. Реалізація місцевими органами влади покладених на них функцій при зростаючій централізації спричинила перебирання їх знову на себе органами державної влади. Централізм в Україні за конституційними нормами і сьогодні ґрунтується на конституційних засадах, які не передбачають самостійності у розпорядчій і виконавчій діяльності місцевих органів, всі ресурси перебувають у віданні центральних органів, а проведення кадрової політики відбувається виключно по вертикалі узгодження і призначення.¹

¹ Селіванов А. Децентралізація державного управління має за мету інтереси народу // Голос України. – 2014. – 17 червня. – С.6.

З погляду ретроспективи реформи та процеси децентралізації в 90-х ХХ – першому 10 –літті ХХ ст. ст. можна оцінити як неефективні. Всі попередні стратегії децентралізації в Україні стикалися з комплексом схожих, а часто і ідентичних проблем. А це значить, що досягнення успіху в здійсненні децентралізації в майбутньому буде неможливим без подолання всіх негараздів і перешкод в процесі реалізації цього стратегічного завдання. В зв'язку з цим є важливим аналіз та визначення всього комплексу причин попередніх невдач ініціатив з децентралізації. Мова йде насамперед про методологію та глибинне усвідомлення і розуміння децентралізації, її сутті, результатів та наслідків.

Зарубіжні вчені визначають децентралізацію як відчуження повноважень однієї організації владарювання у середині держави на користь іншої юридичної особи. Французькі вчені здебільшого характеризують децентралізацію як організаційну техніку, завдяки якій відбувається передача владних повноважень від центру представниками місцевої влади, які очолюють адміністративні округи, або державні служби. Під децентралізацією розуміють процес розширення і зміцнення прав та повноважень адміністративно-територіальних одиниць або нижчих органів та організацій при одночасному звуженні прав і повноважень відповідного центру з метою досягнення ефективності управління важливими справами, якнайповнішої реалізації регіональних і місцевих інтересів.

Децентралізація влади – є специфічним методом управління, важливим для розвитку місцевої демократії. Це спосіб передачі прав на прийняття рішень з визначених питань, або визначеним структурам місцевого і регіонального рівня, що не входять до системи виконавчої влади і є відносно незалежними від неї.² Закріплення повноважень за органами місцевого самоврядування здійснюється за принципом, що завдання які можна успішно виконувати на найвищому рівні управління повинні здійснюватись саме там, тоді як завдання вищого рівня, які знаходяться поза межами місцевої компетенції мають виконувати регіональні органи управління.³ За таких обставин громада вирішує згідно з гарантією її самоврядування всі справи місцевого характеру під власну відповідальність.

Децентралізація є характерним явищем для сфери демократичного державного управління, яке обумовлене об'єктивними та суб'єктивними факторами, і насамперед через розподіл функцій між центральними

2 Гурне Б. Державне управління. – К.: Основи, 1994. – С.88.

3 Плахотнюк Н.Г. Децентралізація як шлях розвитку демократії в Україні // Розвиток демократії та демократична освіта в Україні. – Львів, 2005. – С.135.

інстанціями і місцевим самоврядуванням. На думку переважної більшості вчених, що досліджують проблеми децентралізації в Україні, вона постає, насамперед, як перерозподіл повноважень між центром і регіонами на користь останніх, делегування і субделегування функцій і повноважень регіонам тощо. Характерною її рисою є надання повноважень на прийняття важливих рішень і здійснення їх на місцях. В цьому втілюється демократизм децентралізації, оскільки вона передбачає передачу управління справ в руки безпосередньо зацікавлених осіб, або їх представників. Потреба децентралізації зумовлюється наближенням механізмів задоволення потреб та інтересів людей до тих умов, в яких вони формуються. Децентралізація передбачає становлення більш адекватної у розвинутому суспільстві системи влади, для якої права і свободи людини в усіх їх різновидах, включаючи права людини як індивіда, права соціальних спільнот, в тому числі народу, нації, місцевих співтовариств, їх закріплення і здійснення визначають внутрішню організацію, зміст та суть її діяльності.

Ідея децентралізації влади полягає в поверненні влади народу, в тому числі і місцевим співтовариствам. Децентралізація влади – це реальний виклик сьогодні для України. Революція гідності кардинально поставила проблему про всеосяжну демократизацію держави, суспільства та їх управління. Постмайданівський розвиток держави, прояви сепаратизму, анексія Криму, окупація південно-східних земель Росією, її спроби нав'язати Україні федералізацію і за її допомогою забезпечити контроль над нашою державою, об'єктивно зумовлюють процес демократичної децентралізації, як запобіжного механізму розвитку регіонального сепаратизму, створення автономії на Донбасі, існування яких загрожувало б єдності Української держави. Саме через федералізацію України Росія прагне досягнути своєї стратегічної мети: максимально ослабити Україну, поставити її під свій контроль і не допустити її інтеграції в Європу.

За цих умов наша держава як ніколи потребує свого зміцнення через децентралізацію, як засіб збереження унітарності та одна із форм розвитку демократії. Діюча нині система організації влади на місцевому рівні потребує модернізації відповідно до загальноприйнятних європейських принципів, зокрема принципу субсидіарності, який полягає у наділенні найближчих до людини ланок влади максимальними повноваженнями. Як наголошував Президент України, державна влада повинна йти на зустріч інтересам суспільства, потрібний соціальний компроміс. Але при цьому необхідні реальні кроки центральної влади щодо розширення компетенції територіальних громад та можливості їх врядувати своїм життям. Не випадково стратегічним завданням нинішньої влади, і однією із

трьох основних складових сучасного конституційного процесу визначено децентралізацію. В зв'язку з цим дуже важливо визначити нові підходи у вирішенні децентралізації державного управління шляхом внесення змін до розділів I, Ш, УІ, ІХ, ХІ та додаткових положень до Прикінцевих та перехідних положень Конституції України.

Одним із головних завдань сучасного конституційного процесу та Конституційної комісії є напрацювання положень щодо проведення конституційної реформи, включаючи положення про децентралізацію управління і влади. Прогнозується, що пропонувані зміни до Основного Закону передбачать здійснення децентралізації державної влади, розвиток повсюдності та спроможності місцевого самоврядування, забезпечення сталого розвитку адміністративно-територіальних одиниць; вдосконалення системи адміністративно-територіального устрою з широким самоврядуванням; розподіл повноважень між органами місцевого самоврядування за принципом субсидіарності і наділення громад максимально широким колом повноважень; забезпечення фінансовими ресурсами повноважень органів місцевого самоврядування, включаючи їх участь у загальнодержавних податках та вирішення багатьох інших питань, пов'язаних із всеосяжним розвитком місцевого та регіонального рівня та ін.

Децентралізація як одна із форм розвитку демократії при збереженні держави та її інститутів покликана активізувати населення на вирішення власних (колективних) потреб та інститутів; зменшити сферу впливу держави на суспільство, замінюючи цей вплив саморегулюючими механізмами, виробленими самим суспільством; зменшити витрати держави та платників податків на утримання державного апарату і його матеріальних додатків. Однак, та низка проблем, яка існує в цій сфері не носить секторальний характер, а виступає системною перешкодою з причинами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Найважливішими з них можна вважати наступні:

- тривала відсутність послідовно державної політики щодо розвитку системи місцевого самоврядування, неврахування вищими органами державної влади України пропозиції громадськості, що репрезентує органи місцевого самоврядування з її вдосконалення, а часто і небажання центру реального змінювати існуючу модель державного управління і місцевого самоврядування;

- недостатня спроможність органів влади забезпечити адекватну участь народу в управлінні суспільно-політичними і суспільно-економічними процесами в державі;

- відсутність повноцінного місцевого самоврядування на рівні громади, брак ефективності в їх діяльності та неспроможність їх повноцінно здійснювати самоврядні функції на рівні району та регіону;

- наявність суперечливих положення Конституції України, що визначають територіальну основу, організаційну систему, компетенцію органів місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій;

- відсутність чіткого розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади на місцях, між рівнями, органами і посадовими особами місцевого самоврядування;

- відсутність належної фінансової основи місцевого самоврядування, надмірна централізація фінансових ресурсів, недосконалість механізму трансфертів фінансових ресурсів держави на рівень територіальної громади;

- відсутність ефективної податкової бази, зокрема місцевих податків та зборів для самостійного формування органами місцевого самоврядування власних бюджетів;

- відставання економічної основи здійснення децентралізації від її правового забезпечення;

- наявність великих диспропорцій в економічній та інших галузях розвитку територій, між промисловими півднем і сходом та аграрним заходом України;

- відсутність правового механізму вирішення питань адміністративно-територіального устрою держави;

- надмірна залежність органів місцевого самоврядування від рішень місцевих органів виконавчої влади;

- неефективна система державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, недосконалість системи та низький рівень оплати праці в органах місцевого самоврядування, криза кадрової політики, системи підготовки і перепідготовки, підвищення кваліфікації посадових осіб, депутатів місцевих рад, низький загальний рівень компетентності службовців місцевого самоврядування (частка службовців місцевого самоврядування, що мають вищу освіту традиційно становить близько двох третин, аграрних областях менше половини);

- відчуженість органів місцевого самоврядування від населення та їх корпоратизація, закритість і непрозорість діяльності, неефективне використання комунальної власності, земельних ресурсів, корупція, патерналізм у відносинах з населенням;

- нерозвиненість форм прямої демократії, відсутність у жителів навичок безпосередньої участі у вирішенні питань місцевого значення;

- соціальна дезінтегрованність територіальних громад та неспроможність жителів до солідарних дій із захисту своїх прав і відстоювання інтересів у співпраці з органами місцевої влади та досягнення спільних цілей розвитку спільнот.

На зазначених та інших причинах, що обмежують можливості місцевого самоврядування у здійсненні своїх функцій та проведення децентралізації неодноразово наголошувалось в аналітиці громадських центрів, парламентських слуханнях та дослідженнях вчених. В умовах сучасної політичної нестабільності, економічної та соціальної кризи, зовнішньої агресії трансформація державного устрою може створити нові виклики для українського суспільства, спричинити поглиблення існуючих та виникнення нових негативних тенденцій в розвитку держави. Існують певні ризики, які слід передбачити і врахувати при здійсненні децентралізації. Основними очікуваними ризикам у процесі здійснення децентралізації влади можна назвати ризики, пов'язані з необхідністю перегляду меж адміністративно-територіальних одиниць з метою забезпечення їх фінансової спроможності; зниженням якості місцевого управління та легітимності прийняття рішень; зростанням партикуляристських тенденцій регіонів – тобто, легітимація у суспільній свідомості претензій областей на правосуб'єктність щодо політичних інтересів, які суперечать загальнонаціональним; сприяти посиленню серед населення регіональних ідентичностей, зокрема, в регіонах із найбільш специфічними соціокультурними рисами; поглибленням соціальної дистанції між територіальними спільнотами через отримання регіональними елітами розширеної ресурсної бази для здійснення політичних заходів у бік уніфікації всередині соціумів відповідних областей; поглибленням диспропорцій показників економічного і соціального розвитку областей; активізацію боротьби між політичними елітами різних рівнів навколо бажаного і максимального обсягу повноважень та матеріальної основи врядування; посиленням свавілля чиновників та місцевих еліт і зростанням незадоволення населення різних регіонів владою, включаючи центральну, яка не в змозі буде захищати права регіональних громад; сприяти розвитку відцентрових тенденцій через вкрай низький рівень відповідальності держави перед адміністративно-територіальними суб'єктами; збереженням інерції щодо покладання суспільством відповідальності за негативні явища в економічному та політичному розвитку країни, на головний центр в особі центральних органів державної влади, при реальному обмеженні впливу останніх на політичний процес та ін.

Потенційні ризики політики децентралізації також пов'язані з процесами регіоналізації системи влади та переданням повноважень органам місцевого самоврядування субрегіонального та локального рівня.⁴ Зарубіжний досвід здійснення децентралізації підтверджує, що навіть в потенційно успішних і розвинених країнах при її здійсненні виникали проблеми. Запровадження регіонального самоврядування в європейських державах хоч і стимулювало регіональний розвиток, але не зупинило розвитку автономіських тенденцій регіонів, що мали етнокультурні та соціально-економічні відмінності від решти територій своїх країн.⁵

Існуючі погляди на загрози децентралізації в Україні часто зумовлені надмірною політизацією цього питання. Все це доводить необхідність професійного та незаангажованого діалогу в суспільстві щодо всіх сильних та слабких аспектів децентралізації. Крім того, проводячи реформи слід пам'ятати, що їх ефективність залежить від їх підготовки. Сьогодні до цього не зовсім готове суспільство. Будь-які реформи, відірвані від людей та реальних обставин, приречені на поразку.

В сучасних умовах альтернативи децентралізації не існує. Тому слід забезпечити послідовність у здійсненні цього процесу, зокрема, органи влади зобов'язані забезпечити спроможність участі народу в управлінні суспільно - політичними та суспільно-економічними процесами в державі. Держава має посприяти зміцненню інститутів місцевого самоврядування, ефективності їх діяльності.

4 Данилишин Б. Регионализм в Украине: реальность и перспективы. / Б.Данилишин // Зеркало недели. - 2012. - 16 июня. - №22 (70). - с.4.

5 Матей Б. Пропозиції щодо нової адміністративно-територіальної організації / Б.Матей, Х.Штірбець // Всесвітня служба Радіо Румунія. Українська редакція / Електронний ресурс. Режим доступу: www/rri.ro/art.Shtml?lanq=128zsec=998zart=142752

András Jakab

Director, Institute for Legal Studies, Centre of Social Sciences of the Hungarian Academy of Sciences; Professor of European and Constitutional Law at the Catholic University Pázmány Péter in Budapest

ON THE LEGITIMACY OF A NEW CONSTITUTION

*'First she bade us avoid the voice of the wondrous Sirens, and their flowery meadow. Me alone she bade to listen to their voice; but do ye bind me with grievous bonds, that I may abide fast where I am, upright in the step of the mast, and let the ropes be made fast at the ends to the mast itself; and if I implore and bid you to loose me, then do ye tie me fast with yet more bonds.'*¹

Modern alkotmányoktól három dolgot szoktunk elvárni: (1) legyenek a politikai hatalomgyakorlás korlátai (avagy tabulisták, amelyeket a hatalommegosztás és az alapjogvédelem eszméi fejeznek ki), (2) alapítsák meg (konstituálják) a hatalomgyakorlás legfontosabb intézményeit demokratikus módon, és (3) legyenek az összetartozás szimbólumai. A jelen tanulmány ezt a három követelményt vizsgálja meg egyenként, amellet érvelve hogy ezek teljesítése esetén egy alkotmány legitim (méltó a követésre). A záró pontban azt igyekszünk cáfolni, hogy az elfogadási eljárásnak jelentős befolyása lenne egy alkotmány legitimitására.

Зазвичай від конституцій очікуємо три речі: (1) щоб вони утворювали межі здійснення влади (тобто містили перелік табу, які виражають ідеї поділу влади та захисту фундаментальних прав); (2) щоб вини демократичним чином встановили (конституювали) найважливіші інститути здійснення влади; та (3) щоб стали символами єдності. В цій статті досліджуємо по окремоті ці три вимоги, аргументуючи, що при відповідності ним конституція є легітимною (гідною наслідуванню). У заключні частині намагаємося спростувати твердження, відповідно до якої процедура прийняття має істотне значення для легітимності конституції.

Modern constitutions are generally expected to do three things: (1) to be a means of legal self-restraint for the political power (as expressed by the protection of fundamental rights and the idea of the separation of

¹ Homer: *Odyssey* [tr. A. T. Murray] (Cambridge, MA: Harvard University Press & London: Heinemann 1919) 12. 158–164.

powers), (2) to establish (constitute) the most important institutions of the state in a democratic way, and (3) to be symbols that bind the community together. This essay examines these three requirements, arguing that any constitution that fulfils these may be regarded as legitimate (i.e. worthy of being obeyed). The closing part of the essay, in turn, contends that the procedure of constitution-making is *not* important in terms of legitimacy.

1. The Main Idea: Legal Self-Restraint or a List of Taboos

The modern idea of constitutionalism appeared as a response to absolutism.² Its most important element was, and still is, that even political power has got its limits, i.e. it cannot be exerted in an arbitrary manner. Thus, it is not power that makes law, but on the contrary: power has to be based upon law (*lex facit regem*).³ This idea was shaped by historical predecessors, such as medieval and ancient theories of natural law. According to these latter ones, there exists a higher law (that originates from God or nature),⁴ which sets limits on the power of the monarch (and on that of the estates). Nevertheless, the idea of constitutionalism is actually rather a modern invention: the idea of a 'human-made constitution' emerged in response to absolutism and as a result of secularisation (i.e. the decline of religious power in the social and political domain). This kind of constitution is a human-made legal norm which sets limits on those currently in power.

This idea was formulated during the French Revolution, in Article 16 of the *Declaration of the Rights of Man and the Citizen* (1789): 'A society in which rights are not guaranteed, nor the separation of powers defined, has no constitution at all.' The blood-stained events of the revolution soon demonstrated that it is not enough to formulate the limits of power in such a lofty declaration, for they are easily circumvented (with reference to popular sovereignty, justice, or other concurring noble ideas).

A more promising legal technique was developed (not long before the French Revolution) in the United States. This technique is comprised of two elements: (a) A special procedure is prescribed for amending the constitution. Not only must both houses of the federal legislation (Congress) pass the amendments (with a majority of two thirds), but they also have to be accepted in at least three quarters of the federal states, either by special

2 For more details on this question see András Jakab, Breaching Constitutional Law on Moral Grounds in the Fight against Terrorism. Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the Discourse on 'the Rule of Law vs. Terrorism', *International Journal of Constitutional Law* 2011. 58-78, esp. 59-60 with further references.

3 Martin Kriele: *Einführung in die Staatslehre* (Stuttgart et al.: Kohlhammer 62003) 81.

4 One may mention e.g. Augustine, Thomas Aquinas or Hugo Grotius.

constitution-making assemblies or by the ordinary legislative organs.⁵ This way, a legal norm is created which has greater legal power than ordinary acts of the legislature, as it is more difficult to amend.⁶ (b) The second important legal technique comes not from those drafting the constitution, but from its interpreters. In 1803, in what may be the most celebrated legal case of all time, Chief Justice John Marshall declared that laws contrary to the constitution cannot be applied,⁷ for otherwise the constitution would be a mere declaration without legal power. In the American model, it is still the regular courts that perform constitutional adjudication, i.e. the constitutional review of laws. Constitutions that are not applied by the judiciary are mere political declarations:⁸ what makes them real legal documents is that the courts base their decisions on them.

In the legal culture of Continental Europe, the idea of constitutional adjudication has faced strong opposition for a long time. The reason for this was that Europeans regarded the executive power (the monarch and his government) as the primary threat to freedom; the legislature, in turn, was taken to be the defender of freedom against the executive. After the First World War, constitutional courts with the power to annul laws were established in Austria (along the ideas of Georg Jellinek and Hans Kelsen) and Czechoslovakia (following, again, Georg Jellinek and Jiří Hoetzel), but these were soon abolished and for a while had no influence on other European countries.⁹ The first attempt to introduce constitutional courts in Europe basically failed. The interwar period and the Second World War, however, proved that the legislature may also pose a threat to freedom. In other words, even a democratically elected legislature may establish a dictatorship.

After the Second World War, all democracies that replaced national socialist or fascist regimes established their constitutional courts (immediately after the war in Italy and Germany, and later also in Spain and Portugal). By far the most influential of these was the Federal Constitutional Court of the German Federal Republic: in most ex-socialist countries (including Hungary), the new institution admittedly followed German patterns. By today, even the French Constitutional Council, originally conceived as a body resolving

5 Constitution of the United States of America (1787), Art. 5.

6 On the formal constitution as a law that has 'a higher degree of formal legal power' (erhöhte formelle Gesetzeskraft); see Georg Jellinek: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlin: Häring 1906) 8.

7 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

8 *Alibi constitutions, or as Karl Löwenstein put it, semantische Verfassungen*. Karl Löwenstein: *Verfassungslehre* (Tübingen: Mohr 21969) 137.

9 Jana Osterkamp: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939)* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2009).

disputes between the legislature and the executive, has become a real constitutional court as it has the power to annul laws already passed that violate constitutionally protected fundamental rights.¹⁰ European countries in which there are no separate constitutional courts have either adopted the American model of decentralised constitutional review (Scandinavian countries, Ireland), or the same function is fulfilled by international treaties on human rights that are directly applicable by regular courts (the Netherlands).¹¹ There are only two notable, but partial, exceptions in Europe from the general rule of constitutional adjudication: (a) the United Kingdom and (b) Switzerland.

Ad (a). In the United Kingdom, there is no constitution in the formal sense, i.e. no legal document (or set of legal documents) that had to be passed in a procedure different from that of ordinary statutes. The system is similar to what was known in Hungary before the Second World War as 'the historical constitution': all laws were passed with a simple majority, but some of these were regarded as particularly important ('cardinal laws') and therefore as part of the constitution.

The lack of a formal constitution represents a primitive stage in terms of legal technique.¹² It suggests that the given political community cannot distinguish certain issues as being of particular importance, legal or otherwise, and therefore cannot structure its legal system (above the acts of parliament), so its legal provisions make a homogeneous mass. This also means that a future government can abolish all the measures of its predecessor.

It should be noted, however, that even the legal system of the UK is somewhat different from how it is often described in continental debates

10 Federico Fabbrini: 'Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a posteriori Constitutional Review of Legislation' *German Law Journal* 2008. 1297–1312.

11 Bernd Wieser: *Vergleichendes Verfassungsrecht* (Wien et al.: Springer 2005) 121–123. For more details on the topic see CDL-AD(2010)039rev Study on individual access to constitutional justice - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010).

12 British authors call this, with some euphemism, an expression of flexibility. See e.g. Hilaire Barnett: *Constitutional & Administrative Law* (London et al.: Cavendish 52004) 8–10. For the lack of constitutional rules and their unstructured character, legal 'constitutional conventions' are no real substitute, these latter being rather like rules of morality or constitutional politeness, at least according to continental terminology. Yet these conventions are strongly culture-bound, and cannot therefore be transplanted as such into a continental legal system. Consequently, it is not without hypocrisy to refer to a 'British model' of lacking constitutional guarantees (i.e. to justify the erosion of constitutional review in Hungary with these examples), since in the UK there are other limits instead which cannot be established (at least within a reasonable time) in post-dictatorial societies.

on these issues. Since the adoption of the Human Rights Act 1998, the highest judicial body (until October 2009 it was the Appeals Committee of the House of Lords, since then it is a separate institution: the Supreme Court of the United Kingdom) can declare any law to be contrary to the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights (*declaration of incompatibility*). To make it clear, this does not mean annulment, but the tendency is clearly of a judicial overview of statutes.

Two further countries are generally mentioned as not having formal constitutions: Israel and New Zealand. In fact, this is not quite true in the case of Israel anymore, as in 1992 the Knesset passed two 'basic laws' on human rights, and following this, Aharon Barak, then Chief Justice of the Supreme Court of Israel, declared a 'constitutional revolution'. He repeated his earlier ideas, according to which the Supreme Court had the power to annul laws that violated fundamental rights (even in the absence of an explicit authorisation by any law), after his entry into office in 1995, and there were also annulments.¹³ This means that the last (democratic) state where there is a clearly historical constitution today is New Zealand.

Ad (b). In Switzerland, there is no constitutional review of federal laws. This function, however, is fulfilled by referenda, which are very easy to initiate in the Swiss system. This is to say, where there is no constitutional adjudication, there is the possibility of referendum as a limit to federal legislation. This corresponds to the logic of constitutional democracy, according to which if a state organ is not controlled by one of the possible supervisory organs (in this case that would be the *Bundesgericht* of Switzerland), there should be some other kind of control (this substitute is the referendum in Switzerland). One of the key elements of modern democracies based on the separation of powers is that no legally unlimited power should be accepted. The reason for this is that an unlimited power would have to be based on a high degree of confidence towards politicians, and historical experience shows that such confidence is just too risky (towards any human being in general, not just towards politicians).¹⁴ Therefore, no matter how strong the electoral authorisation the legislation receives, its power cannot be unlimited in a constitutional democracy.¹⁵ We have to protect politicians

13 Yoseph M. Edrey: 'The Israeli constitutional revolution/evolution' *American Journal of Comparative Law* 2005. 77–123.

14 Political freedom is based on distrust towards politicians. Since the end of the 18th century, a number of (promising) revolutionaries who became dictators demonstrates that such suspicions are, regrettably, well-founded.

15 The British solution placed the balances within a tripartite Parliament: the monarch, the upper house and the lower house counterbalanced one another in the late 17th-century scenario. For a more detailed analysis of related conceptual manipulation, see

from the inebriating or hypnotising effects of power. Wiser ones recognise this and have themselves bound to the mast, like Odysseus in the quote at the beginning of this chapter who knew he would not be able to resist the Sirens.¹⁶ Less wise politicians will have to be bound by the passengers of the boat.

2. Constituting Power in a Democratic Way

Besides their self-restraining function, the other task constitutions should perform is to organise, i.e. *to constitute* political power.¹⁷ Hence the etymology of the expressions *constitution*, *constitución*, *alkotmány*, *Verfassung* etc.¹⁸ Constituting the power in itself is not, however, a legitimating factor. What is needed here is a justification of the political power through its constitution, i.e. a sufficient clarification of the source of power.

In medieval Europe, God was thought to be that source. There were several forms of sacral legitimacy: (1) those that allowed for unlimited absolutism ('despotism', as the Enlightenment would call it, thus alluding to Oriental autocrats) on the part of the monarch (which was sometimes supported by natural-law theories, such as the one by Robert Filmer,¹⁹ or that of Karl Anton von Martini, the latter one so much preferred by the Habsburg kings of Hungary),²⁰ and (2) those that used sacral concepts to set limits on absolutism, as did a peculiarity of Hungarian constitutional history, the so-called Doctrine of the Holy Crown.²¹

my 'Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before European Integration and since' *European Constitutional Law Review* 2006/3. pp. 375-397. By today, the roles of the monarch and the upper house have lost their importance: it is for this reason that the system has moved towards judicial review through the passing of the Human Rights Act 1998 mentioned above.

- 16 Jon Elster: *Ulysses and the Syrens. Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge–Melbourne: Cambridge University Press, Paris: Maison des Sciences de l'Homme 1984) 36-37, 87-96.
- 17 Constitutions both enable and disable political decision making, see Stephen Holmes: *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press 1995).
- 18 On the ancient Roman etymology (*rem publicam constituere*) see Georg Jellinek: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Häring 31914) 652.
- 19 Sir Robert Filmer: *Patriarcha and other writings* [orig. 1680, ed. Johann P. Sommerville] (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1991).
- 20 Karl Anton von Martini was a Viennese follower of Pufendorf and Wolff, a supporter of enlightened absolutism. His main works (*De lege naturali propositiones*, 1767; *Propositiones de jure civitatis*, 1768) have been used in Hungary as official textbooks for decades.
- 21 For a more detailed discussion, see András Jakab: 'Wissenschaft und Lehre des Verfassungsrechts in Ungarn' in: Armin von Bogdandy – Pedro Cruz Villalón – Peter M. Huber (eds.): *Ius Publicum Europaeum* (Heidelberg: C.F. Müller 2007) vol. II. pp. 773–801.

According to the latter, the monarch and the estates were members of the Crown, the King not having power in his own right, but only in the name of the Crown, through a mandate. Resented by Habsburg monarchs, such a mandate implied the right of resistance as well. In case the monarch did not act in the interest of the Crown but abused his power to violate the estates' rights, the latter had the right to resist by force. This theory has made the concept of the Crown a twofold one: on the one hand, it referred to the Crown as the physical object (displayed today in the Parliament) while on the other hand, it meant the state as a legal person. At the same time, the state as a legal person (i.e. the Crown) was regarded as an organic body — following the pattern of Christian theology, which regards the Church as the body of Christ, with the believers as its members — having the King as its head and the estates as its members. The sacred source of power was further highlighted by the fact that the coronation of the King was a religious ceremony, to be performed with the crown of *Saint Stephen*.

After the end of the 18th century, another (secular) theory concerning the source of power gained popularity: the doctrine of popular sovereignty.²² In the interwar period, when Hungary continued to be a kingdom (partly because of the monarchic traditions, partly in order to maintain its claims to a revision of the peace treaties), also the Doctrine of the Holy Crown received a new, democratic, shape: every citizen who had a vote became a member of the Holy Crown.²³

In European constitutions, the power exerted by the state is, directly or indirectly, traced back to the people, i.e. the sum of the voting citizens. Even the courts, which are otherwise independent from the legislature, work according to the acts of parliament and trace their power back to these. The MPs elected by the citizens can amend the constitution and elect the judges of the Constitutional Court. Thus, even the limits of democratic power have, in a final analysis, a democratic source.

3. A Symbol of the Community

A constitution is not just a legal document, but a symbol as well. It expresses that the political community, the country and the nation belong together. Debates surrounding preambles can be understood mainly in light of this, and it is for the same reason that the preamble has to be formulated

22 A detailed analysis is András Jakab: 'Parliamentarisation of the EU without Changing the Treaties' MTA PTI Working Papers 2010/1.; http://www.mtapti.hu/pdf/wp_jakab_andras.pdf 5–12.

23 On the history and transformations of the doctrine see Eckhart Ferenc: A Szentkoronaszme története [1941] (Máriabesnyő et al.: Attraktor 2003).

in a way that allows for an emotional identification on the part of as many citizens as possible. Certainly, the legal content itself can partially fulfil such a role of community binding (as e.g. 'we do not violate human rights, so we are the good boys; those who are against us do violate human rights, so they are the bad boys').²⁴ Yet it is still the rhetoric of the preamble where this function comes mostly to the fore.

Preambles have a peculiar legal character. In most European legal cultures, they only have a diminished legal power, as they do not assign obligations to anybody by themselves, but they may be used only as an aid to the interpretation of the document to which they serve as preambles (here: of the constitution). Their actual legal importance is therefore a rather limited one. However, their pride of place (right at the beginning of the document) increases their symbolic political importance. As a consequence of these two factors, producing draft versions of the preamble will be a favourite pastime of politicians, and constitutional lawyers swallow this without much concern (unlike other sorts of brain-storming on how to reshape the content of a constitution, which can easily cause sleepless nights for many of the experts).

This does not mean, however, that there are no expectations placed on preambles in terms of constitutional law. For if the primary function of the preamble is to express the togetherness of the political community, then it has to be formulated in a way that allows for an emotional identification for as many citizens as possible. If we ignore this, then a proportion of the citizens will view the constitution as one that has been forced upon them, regardless of its actual content, and as a symbol of resentment rather than of identification. And if this is true for a large number of the citizens, then it cannot fulfil its role as a common ground for politics, i.e. it cannot serve as a constitution.

One of the most successful periods in Hungarian history was the one based on the constitutional solutions of the Austrian–Hungarian Compromise of 1867. Its actual legal content is certainly questionable on several points (and we have experienced some of its unfortunate historical consequences), yet its spirit and symbolic role, which were the basis of a constitutional establishment that lasted for many decades, is well expressed by the English translation of the term: *Compromise* (*Kiegyezés, Ausgleich*).

If a constitution-making majority is unable to allow for compromises, then it is likely that the main issue in political debates will be the political parties' relationship to the new constitution, which precludes having the

²⁴ On related dilemmas concerning the prohibition of torture in the fight against terrorism, Jakab (n. 2) 77-78.

common ground (where the governing parties and their opposition, who replace one another in power, can co-operate to achieve certain fundamental aims) necessary for a suitable democratic development. In the absence of a compromise, the main (and perhaps successful) buzz-word of any opposition will be the fight against a forced or imposed constitution. And even if it is not going to be successful, the problem would continue to jeopardise the legitimacy of the constitutional establishment for quite a while. This is not to say that certain values cannot or should not receive more emphasis in the preamble than others. Yet this has to be done in a way which makes these values orientating rather than compulsory, i.e. to make no one feel that they are threatened in any way.

In light of all this, if a preamble of a constitution (written in the 21st century) contains any reference to God, it also has to contain an *additional* phrase which makes the document acceptable for non-believers as well. One cannot nowadays use a formulation similar to that of the German *Grundgesetz* of 1949, which says 'being aware of our responsibility to God and man', for it would suggest that we all believe in God. The Polish way ('we who believe that God is the Lord of history, and we who seek to understand the course of history from other sources...'), however, seems to be a suitable solution.

4. Postscript – Something that is Only of Secondary Importance: The Procedure of Ratification

One may suggest that there is a further factor, namely the procedure of ratification, as an important legitimising element. This further factor, however, even if not completely unimportant, is at any rate a question of secondary importance. Besides, there are no general rules for such procedures, not even trends. Some countries follow one procedure of constitution-making, others another (see the table at the end of this chapter). The reason for this is that a constitution is not made illegitimate by the circumstances of its making, neither are these circumstances a hindrance for an *ex post* legitimisation. For such an *ex post* legitimisation, however, a long(er) period of time is needed, it cannot happen suddenly.

Should there be any immediate link of causality between the formal procedure and legitimacy, then every rational constitution-maker would choose the procedure that is the most rewarding in terms of legitimisation. Yet there is no such procedure (and consequently the procedures are manifold), since there is just no such causal link.

This may be well illustrated by picking two of the contemporary constitutions that seem to have exemplary legitimacy (the constitution of

the USA and the German *Grundgesetz*). In 1787, the new constitution of the USA was made through a conspicuous and grave violation of the democratic procedure prescribed in exact legal terms by the former constitution, the so-called Articles of Confederation:

‘We the People of the United States...’ Begin with the remarkable act involved in writing these opening words. Only six years before, all thirteen states had unanimously agreed on the Articles of Confederation, which they solemnly proclaimed the basis of ‘perpetual Union.’ Now, after a short summer of top secret meetings, thirty-nine ‘patriots’ at the Convention were not only proposing to destroy this initial hard-won effort. They were also claiming authority, in the name of the People, to ignore the rules that the Articles themselves laid out to govern their own revision. The Articles explicitly required the agreement of all thirteen states before any constitutional change was enacted; yet the Founders declared that their new Constitution spoke for ‘We the People’ if only nine states give their assent. This revolutionary redefinition of the rules of the game extended further — to the manner in which the nine states were to signify their approval. As the Convention looked ahead to the struggle over ratification, if refused to permit existing state governments to veto its authority to speak for the People. Only special ‘constitutional conventions’ would be allowed to determine the fate of the new Constitution. What [in the world] justified the Federalists in asserting that this end run around legal forms gave them a *better* claim to represent the People than the standing government of the day?²⁵

The German *Grundgesetz* of 1949, which may well be the most influential and (at least in Europe) the most often copied constitution,²⁶ has a similarly dubious pedigree. Here, even the military pressure of foreign countries (viz. the occupying Western allied forces) can be proven.²⁷ The frames of constitution-making (also in terms of substance) were determined by the

25 Quoted from Bruce Ackerman: *We the People. 1: Foundations* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1991) 167–168. On the problem of the lacking mandate to draft a constitution, see James Madison: *The Federalist Papers* No. 40.

26 For more details on this question see David S. Law and Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, *New York University Law Review* 87/3 (2012). Available at: http://works.bepress.com/david_law/28.

27 Carlo Schmid: *Erinnerungen* (Bern–München: Scherz 1979) 370. The Japanese constitution of 1947 was not merely influenced by the occupying (American) forces, but virtually drafted by American lawyers in its entirety, and forced on the country by military threat [see Frederick Schauer: ‘On the migration of constitutional ideas’ *Connecticut Law Review* 2004–2005. 308, with further references]. Still, no one today would doubt its legitimacy, as it meets the expectations in terms of rule of law, democracy and symbolic community. Symbolic suitability means that those drafting the constitution tried not to offend the traditions and national sentiments of the defeated country (e.g. the institution of the Emperor was not abolished). This way, the constitution did not become the constitution of humiliation, and could not be used as a negative symbol, because despite its total victory, the occupying American power aimed at a compromise. Another factor that strengthened the legitimacy of the constitution was that Japan became one of the most successful powers of the world economy under this constitution.

occupying forces, and even the final draft had to be approved by them. Once the final version had been drafted, US generals 'persuaded' the *Länder* (notably Bavaria which seemed to have had enough of 'Northern protestant rule' and planned to opt for a more Catholic vision) that were unwilling to accept the *Grundgesetz*.

Initially, the *Grundgesetz* was not held in high esteem by the (West) German citizens, either. Yet it soon became the symbol of post-war economic prosperity and of the new regime in general. The current respect for democratic values and the rule of law in Germany is due to the fact that the *Grundgesetz*, which works as a positive symbol because it seemed to make Germany successful, is based upon these. Thus, strengthening the symbolic function has at the same time contributed to the acceptance of its content. No doubt, one might also argue that the democratic establishment and the rule of law partly contributed to Germany's economic prosperity, but at the end of the day, the general respect of these values amongst Germans was still just a consequence, rather than the cause, of this success.

Table. Procedures of Constitution-Making²⁸

	special conventional assembly		ordinary parliament		highest executive organ (prime minister, president)
	direct democratic legitimacy	indirect democratic legitimacy	democratic legitimacy (newly elected)	no democratic legitimacy (old Parliament)	
without referendum	Austria, Portugal, Norway, Bulgaria		Slovenia, Croatia, Macedonia, Montenegro, Ukraine, Czech Republic, Slovakia Latvia [the old constitution of 1922 revived]	Serbia 1990; Hungary 1989	
with referendum	Romania, Estonia		Lithuania, Albania 1998		France 1958; Russia 1993
further participants in the procedure		USA (separate conventions in the member states); German <i>Grundgesetz</i> (drafted by a convention the members of which were delegated by the parliaments of the <i>Länder</i> + ratification by the parliaments of the <i>Länder</i> + approved by the occupying forces)			

28 Following Wieser op. cit. 58–66. Years are given only where it was necessary for identifying the constitution that was meant.

В. Л. Федоренко

д.ю.н., професор, Директор Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України

ГЕНЕЗИС КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА РЕФОРМА КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 2016 РОКУ

Цінність конституцій у сучасному світі є беззаперечною, але їх ефективність забезпечується насамперед досконалістю механізмів реалізації та правового захисту цих конституцій. Слід погодитись із М. Козюброю, що «верховенство права в реальному житті означає передусім реалізацію верховенства (пріоритетності) Конституції».¹ Відповідно, захист Конституції України забезпечує захищеність усієї національної правової системи і конституційного правопорядку в суспільстві та державі.

Ідея конституційного контролю уперше виникла в Англії в XVII-XVIII ст.ст. і була пов'язана з діяльністю Таємної ради корони, який мав прерогативу визнавати закони легіслатур британських колоній нечинними у випадку їх невідповідності королівській хартії, правовим актам англійського парламенту чи норм загального права. У XVIII ст. така перевірка здійснювалася Судовим комітетом Таємної ради корони. До прикладу, прийнятий у 1727 р. легіслатурою Коннектикуту законодавчий акт був оголошений Таємною радою корони незаконним. І подібних випадків у тогочасній правотворчій практиці Англії та її колоній було достатньо.

Утім, більшість учених традиційно пов'язує утвердження конституційного судочинства саме з виникненням конституцій, які й стали головним об'єктом захисту загальних і спеціалізованих (конституційних) судів. Так, депутати Конституційного конвенту США в 1787 році дійшли висновку, що судова перевірка актів законодавства на їх відповідність Конституції США має забезпечити: а) захист повноважень Федерації від сепаратистських тенденцій окремих штатів; б) функціонування конституційних відносин між складниками федеральної влади; в) захист

¹ Загальна теорія права: підручник; за заг. ред. М.І. Козюбри. - К.: Ваіте, 2015. – 363.

основоположних прав і свобод людини, а також громадських асоціацій від зловживань з боку законодавчої та виконавчої влад.²

Окрім Конституції США, право Верховного суду здійснювати конституційний контроль було також унормоване у Законі США про судоустрій 1789 р. Зокрема, Верховний Суд США за цим Законом отримав право на касаційний перегляд рішень судів штатів, якщо ті керувалися при розгляді відповідних справ законодавством штатів, положення якого суперечать Конституції США.

Натомість, достовірно відомим є судовий прецедент у справі Холмса В. Уолтона, що мав місце у 1780 р. в північноамериканському штаті Нью-Джерсі, коли закон штату було визнано таким, що не відповідає конституції штату, а в 1803 р. Верховний суд США вперше прийняв рішення у справі Мербері щодо неконституційності загальнофедерального закону (справа «*Marbury vs Madison*»).

У середині – другій пол. XIX ст. у низці європейських країн (Баварії, Данії, Норвегії, Франції, Швейцарії, Швеції та ін.) утверджується практика судового та парламентського контролю за дотриманням конституції. Так, для прикладу, у Норвегії Верховний суд уперше розглянув справу про відповідність закону конституції в 1844 році, у Данії – в 1849 році. Натомість, у Баварії вже у 1850 р. було створено Державний трибунал для розгляду справ проти міністрів і інших високопосадовців у справах про порушення ними норм конституції.

На початку XX ст., зокрема, після I світової війни, з'являються перші спеціалізовані органи правової охорони конституції – конституційні суди. Їх статус на конституційному рівні уперше був закріплений у Веймарській конституції 1919 р. Вона засновувала Державний трибунал Німецької імперії, обмежуючи його прерогативи спорами між рейхом і землями, звинуваченнями проти високопосадовців за порушення норм Веймарської конституції тощо.

На сьогодні у світі сформувалося кілька основних моделей спеціального правового захисту конституцій: 1) американська модель поширена в англосаксонських (Великій Британії, США, Австралії, Канаді, Індії, Малайзії та ін.) та латиноамериканських державах (Аргентині, Бразилії, Мексиці й ін.) і передбачає здійснення конституційної юрисдикції судами загальної юрисдикції, як правило, верховними судами держави; 2) романо-германська модель, яку ще часто називають «австрійською», заснованою на працях Г. Кельзена, що стали доктринальними для

2 Конституционный контроль в зарубежных странах: кол. монограф. / Ю.П. Лейбо и др.; под ред. Е.Я. Павлова, Е.А. Кремянской. – М.: МГИМО-Университет, 2015. - С. 93, 117-118.

заснування в 1919 р. в Австрії Вищого конституційного суду, поширена в багатьох європейських державах (Австрії, Іспанії, Німеччині, Польщі, Португалії, Франції, Чехії та ін.) і ґрунтується на формуванні спеціальних органів конституційної юстиції – конституційних судів, конституційних рад тощо; 3) мусульманська та традиційна моделі (Іран, Лесото, Мавританія та ін.) передбачає здійснення конституційної юстиції вищими релігійними або традиційними органами (ради духовенства, ради вождів тощо).

Спробу формування постійно діючого державного органу правового захисту конституції в колишньому СРСР прийнято пов'язувати з прийняттям 1 грудня 1988 р. Закону СРСР «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) СРСР», який передбачав створення Комітету конституційного нагляду СРСР. Наглядові та контрольні повноваження цього спеціалізованого органу правового захисту радянської конституції закріплювалося в Законі СРСР «Про конституційний нагляд в СРСР». Але цей Комітет вряд чи можна вважати органом конституційної юстиції, оскільки він існував як своєрідний «додаток» до з'їзду народних депутатів СРСР, який і вирішував основні питання конституційного нагляду і контролю в СРСР. До того ж розпад колишнього СРСР не дав можливості еволюціонувати Комітету конституційного нагляду СРСР у повноцінний самостійний постійно діючий орган конституційної юстиції.

В Україні ж за радянської доби Комітет конституційного нагляду УРСР, передбачений статтею ст. 112 Конституції УРСР 1978 р., після внесення до неї змін 21 жовтня 1989 р., взагалі не був сформований. Натомість після внесення змін до ст. 112 Конституції УРСР в 1990 р. передбачалося формування більш прогресивного органу правового захисту Конституції – Конституційного Суду УРСР, склад якого мав обиратися Верховною Радою УРСР. Проте цей орган так і не було сформовано.

Лише після здобуття Україною незалежності в 1991 р. вдалося розпочати формування спеціалізованого органу правового захисту Конституції України – Конституційного Суду України. 3 липня 1992 р. Верховна Рада України ухвалила Закон «Про Конституційний Суд України», який визначив порядок формування та основні функції цього органу конституційної юстиції незалежної України. Утім, діяльність Конституційного Суду України в 1992–1996 рр. була малоефективною через те, що Верховна Рада обмежилася лише призначенням першого Голови Конституційного Суду України Л. Юзькова.

Після прийняття нині чинної Конституції України від 28 червня 1996 р., що чітко визначила систему правового захисту Основного Закону, було ухвалено новий Закон «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня

1996 р.³, який і поклав початок реальної діяльності цього єдиного органу конституційної юстиції в Україні. Тобто відлік історії спеціалізованого правового захисту Конституції України слід вести з 1996 р., коли було сформовано реально діючий Конституційний Суд України.

За двадцять років своєї діяльності (1996–2016 рр.) Конституційний Суд України прийняв понад 320 рішень і висновків та став одним із найважливіших інститутів правової держави в Україні. Його рішення і висновки в цілому сприяли ефективному правовому захисту Основного Закону, вдосконаленню правових механізмів реалізації та гарантування основних конституційних прав і свобод людини і громадянина, упередженню та вирішенню конституційних конфліктів у державі, формуванню позитивного політичного іміджу України як правової держави.

Поряд з цим, низка висновків і рішень Конституційного Суду України неоднозначно вплинула на процес українського державотворення та правотворення в 2010-2013 рр., призвели до часткової втрати авторитету (від лат. *auctoritas* — влада, вплив) конституційного судочинства в Україні.⁴ А окремі із них, як до прикладу, Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України),⁵ стали ключовими чинниками, що пізніше призвели до Революції Гідності 2014 року та наступних за цим військово-політичних процесів.

Ключ до розуміння генезису конституційної юстиції та правового статусу Конституційного Суду в Україні і його місії та авторитету в суспільстві та державі лежить у площині становлення та розвитку практичної діяльності Конституційного Суду України, з моменту його заснування до сьогодні. Зупинимось на характеристиці окремих періодів цього генезису.

Перший період період становлення конституційної юстиції в незалежній Україні (1996 – 1999 рр.) характеризувався поступальним напрацюванням авторитету Конституційного Суду України у суспільстві та державі, становленням його як єдиного високопрофесійного органу конституційної юрисдикції, арбітра між т. зв. гілками влади, основного суб'єкта захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина та Основного Закону.

3 Про Конституційний Суду України: Закон України від 16 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

4 Див.: Федоренко В. Поновлення авторитету Конституційного Суду України як запорука ефективного функціонування держави / В. Федоренко, С. Різник // Право України. – 2015. – № 5. - С. 97-110.

5 Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Ст. 2597.

У цей період Конституційним Судом України було винесено низку важливих для конституційного розвитку нашої держави рішень. Зокрема, йдеться про рішення Конституційного Суду України від 23 червня 1997 р. № 2-зп/1997 у справі про акти органів Верховної Ради України, від 25 грудня 1997 р. № 9-зп/1997 у справі за зверненнями жителів міста Жовті Води щодо конституційного права на судовий захист, де підтверджено право кожного на захист його прав і свобод у судовому порядку, від 25 листопада 1998 р. № 15-рп/1998 у справі про платні медичні послуги, в якому дано принципову правову оцінку механізму забезпечення права кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування та ін. Ці рішення Конституційного Суду України не лише усунули прогалини в Основному Законі, а й надали конституційному процесі в Україні яскравий гуманоцентричний і правозахисний характер.

Серед множини чинників, що сприяли успішному старту конституційної юстиції, став і потужний персональний склад Конституційного Суду України. Більшість суддів, які ввійшли до першого складу Конституційного Суду України стали засновниками потужних наукових шкіл у сфері конституційного права (В. Шаповал, М. Козюбра, А. Селіванов, П. Мартиненко, Є. Євгафов і ін.).

Другий період, або ж період утвердження конституційної юстиції в Україні (1999 – 2003 рр.), характеризується високим рівнем авторитету Конституційного Суду України не лише у державі, а й серед пересічних громадян, усталенням його процедур, формування базової практики, вираженої в правових позиціях Конституційного Суду України та активними посиланням на останні в політико-правових відносинах. До того ж, Конституційний Суд України утверджується в якості незалежного та високофахового арбітра у вирішенні державно-правових конфліктів. Останньому сприяли як належний авторитет Конституційного Суду України, так і забезпечення з боку держави у особі вищих органів державної влади реальної, а не удаваної незалежності Конституційного Суду України в цілому і його суддів зокрема.

До найбільш значущих в даному періоді слід віднести Рішення у справі про смертну кару від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/ 1999, яким фактично скасовано смертну кару як вид кримінального покарання, Рішення від 27 березня 2000 р. № 3-рп/ 2000 у справі про всеукраїнський референдум за народною ініціативою, Рішення КСУ від 17 жовтня 2002 р. № 17-рп/ 2002 у справі щодо повноважності Верховної Ради України та ін. Багато із рішень Конституційного Суду України цього періоду стають взірцем професійності та політичної неупередженості, формують вітчизняну доктрину конституціоналізму.

Третій період генезису конституційної юстиції в Україні (кінець 2003 р. - 2010 р.) можна охарактеризувати як період послаблення авторитету Конституційного Суду України у суспільстві та державі, втрату незалежності та, відповідно, незаангажованості суддів. Першою правовою «тріщиною» для авторитету Конституційного Суду України стало Рішення Конституційного Суду України від 25 грудня 2003 р. № 22-рп/ 2003 у відомій справі щодо строків перебування на посту Президента України.⁶ І хоча другий Президент України Л. Кучма свідомо відмовився від подібної «преференції», наданої Конституційним Судом України, рішення останнього щодо обрання на «повторний» третій строк глави держави виявилось досить симптоматичним для генезису конституційної юстиції в Україні.

Під час революційних подій 2004 року, перманентних виборчих процесів, конституційної реформи 2004-2006 та 2007-2009 років, безперервної боротьби за повноваження між органами державної влади і різними політичними силами, діяльність Конституційного Суду України в сфері конституційного контролю виявилася малопомітною. Причиною цього стало бажання Президента України, Верховної Ради України і Кабінету Міністрів України, інших впливових політичних сил рекрутувати Конституційний Суд України, чи окремих суддів на свій бік. Чого лише варті лише прагнення третього Президента України В. Ющенка в 2007 році запровадити інститут відкликання суддів Конституційного Суду України.

Проте, навіть за цих умов Конституційний Суд України зумів прийняти низку важливих для суспільства та держави рішень. У першу чергу, слід згадати Рішення від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/ 2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, де, зокрема, дано визначення принципу верховенства права, Рішення у справі про прийняття Конституції та законів України на референдумі від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/ 2008 щодо засад народовладдя в Україні та ін.

Четвертий період розвитку конституційної юстиції в Україні (2010-2014 рр.) характеризується утвердженням політичної залежності Конституційного Суду України та частковою депрофесіоналізацією його складу.⁷ Цей період був найскладнішим і найбільш неоднозначним за час

6 Рішення Конституційного Суду України від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003 (справа щодо строків перебування на посту Президента України) // Офіційний вісник України. – 2003. - № 52. – Том. 1. – Ст. 2830.

7 Більшість суддів Конституційного Суду України у цей період стали вихідцями із судів загальної юрисдикції та спеціалізувались у адміністративному, кримінальному чи цивільному судочинстві. Водночас, рекрутація вчених-конституціоналістів до Конституційного Суду України фактично припинилась.

усього існування Конституційного Суду України в силу втрати останнім самостійності, незалежності та самодостатності.

Початок четвертого періоду ознаменувало сумнозвісне Рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р.у № 11-рп/ 2010 щодо можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України,⁸ що стало діаметрально протилежним Рішенню Конституційного Суду України від 25 червня 2008 р. № 12-рп/ 2008 (справа про перебування народного депутата України у депутатській фракції).⁹

Драматизм Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/ 2010 полягає не лише в його змістовному формалізмі, а в фатальних для суспільства та держави наслідках. Без вказаного Рішення тодішній Президент України, що не мав більшості у Верховній Раді України VI скликання (2007-2012 рр.) та за умови збереження, започаткованої в 2004-2006 рр. парламентсько-президентської форми державного правління, не зміг би узурпувати владу в Україні. Натомість, згадане Рішення дозволило не лише «переформувати» парламентську більшість, а й спричинило подальшу відставку Уряду та зміну усїєї вертикалі виконавчої влади.

Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/ 2010 мало своє не менш фатальне продовження. Йдеться про Рішення від 30 вересня 2010 р. № 20-рп у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України яким визнано неконституційним Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р.¹⁰ Це Рішення на наступні роки стало визначальним для національної правової системи, по-суті, в сумнівний спосіб змінивши конституційний лад в Україні та, в значній мірі, призвело до демонтажу здобутих переваг системи стримувань і балансів між гілками влади, механізмів обмеження державної влади тощо.

Останній на сьогодні, *п'ятий період* – це період відновлення потенціалу конституційної юрисдикції та авторитету Конституційного Суду України (з лютого 2014 р. - донині). Він розпочався безпосередньо після Революції гідності в 2014 році та ознаменувався політичним засу-

8 Рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010 щодо можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України // Офіційний вісник України. – 2010. - № 27. – Ст. 1070.

9 Рішенню Конституційного Суду України від 25 червня 2008 р. № 12-рп/ 2008 (справа про перебування народного депутата України у депутатській фракції) // Офіційний вісник України. – 2008. - № 52. – Ст. 1741.

10 Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Ст. 2597.

дженням рішень Конституційного Суду України, що сприяли узурпації влади главою держави в 2010-2013 рр., посиленням незалежності суддів Конституційного Суду України та частковим оновленням персонального складу Конституційного Суду України із залученням визнаних правознавців-конституціоналістів.

Кульмінацією цього процесу стало прийняття парламентом 24 лютого 2014 р. Постанови Верховної Ради України «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді»¹¹ та, безпрецедентне до того часу, фактичне скасування Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. шляхом прийняття парламентом 21 лютого 2014 року Закону України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України». Як відомо, саме за ухвалення цього рішення Конституційний Суд України був оголошений парламентом таким, що порушив засадничий конституційний принцип народовладдя, змінив конституційний лад України, порушив конституційний принцип розподілу влад.

Оновлення в 2014 році складу Конституційного Суду України такими правниками як М. Мельник, С. Сас, І. Сліденко, С.В. Шевчук дозволяє сподіватися на відродження професійного авторитету Конституційного Суду України у найближчий час. У липні 2016 р. Верховна Рада України звільнила суддів Конституційного Суду України О. Пасенюка (через досягнення граничного віку перебування на посаді) і П. Стецюка (у зв'язку з закінченням терміну повноважень). Це дозволяє сподіватись на подальше якісне оновлення персонального складу Конституційного Суду України і посилення функціональності конституційною юстиції в нашій державі.

Разом із тим, аналіз рішень Конституційний Суд України у 2014-2015 рр. засвідчує послаблення активності конституційного судочинства. У 2014 році Конституційний Суд України прийняв 7 рішень, у 2015 р. – 5 рішень, станом на червень 2016 р. – 4 рішення.¹² Подібна динаміка діяльності Конституційного Суду України в період масштабної політико-правової кризи вбачається неоднозначною.

Зволікання з реформами організації та діяльності Конституційного Суду України в умовах сьогодення неприпустиме. Тому, ухвалення Верховною Радою України 2 червня 2016 року президентського проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»

11 Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді: Постанова Верховної Ради України від 24 лютого 2014 року № 775-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. - № 12. – Ст. 201.

12 Акти Конституційного Суду України // [Електронний ресурс]. - Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України: Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/akty-ksu> - назва з екрану.

(№ 3524), значна частина новаторських положень якого присвячена удосконаленню конституційно-правового статусу Конституційного Суду України, вбачається важливим для реформування конституційної юстиції в Україні. Знаково, що Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» був підписаний Президентом України 28 червня 2016 року на урочистому засіданні у парламенті з нагоди 20-річчя Конституції України.

Серед основних положень Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року, які стосуються вдосконалення конституційно-правового статусу Конституційного Суду України слід виокремити наступні:

- запровадження конкурсного відбору кандидатів на вакантні посади суддів Конституційного Суду України (ч. 3 ст. 148 Конституції);
- посилення вимог до кандидатів на вакантні посади суддів Конституційного Суду України, зокрема збільшення вимог до стажу професійної діяльності у сфері права з 10 до 15 років, запровадження такого критерію, як «високі моральні якості та є правником із визнаним рівнем компетентності» (ч. 4 ст. 148 Конституції);
- пряма заборона для суддів належати до політичних партій, профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу (ч. 5 ст. 148 Конституції);
- запровадження конституційного імунітету та індемнітету судді Конституційного Суду України і гарантії особистої безпеки судді та членів його сім'ї (ст. 149 Конституції);
- віднесення до компетенції Конституційного Суду України надання висновків, за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України, про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою (ч. 2 ст. 151 Конституції);
- забезпечення фінансування та належних умов для діяльності Конституційного Суду України шляхом визначення в Державному бюджеті України видатків на діяльність Суду з урахуванням пропозицій його Голови (ч. 1 ст. 148-1 Конституції);
- визначення вичерпних підстав для припинення повноважень і для звільнення судді Конституційного Суду України (ст. 149-1 Конституції);

- запровадження інституту конституційної скарги (ст. 151-1 Конституції) тощо.¹³

Набрання чинності Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року відбудеться 30 вересня 2016 року. Можна передбачити, що це започаткує новий, *шостий період* розвитку Конституційного Суду України.

¹³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. // Голос України. – 2016. - № 118 (від 29.06.2016).

Марцін Скубішевські

заступник голови Фонду імені Кшиштофа Скубішевського, кандидат наук з інформатики

СУЧАСНА КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА В ПОЛЬЩІ

4 листопада 2006 р. Президент Республіки Польща Лех Качиньський промовив такі слова¹:

Конституційний Суд (пол. Trybunał Konstytucyjny) як інституція, що контролює конституційність законів, [...] є інституцією, які закріпилися в європейській культурі.

Суд [...] безперечно, має дуже вагомий доробок. Цього ніхто не ставить під сумнів. [...] Конституційний Суд був, є і буде органом влади цілковито незалежним і, як відзначили всі у Польщі, ревним захисником цієї незалежності. Не думаю, аби що-небудь могло стати цьому на перешкоді.

Лех Качиньський загинув 10 квітня 2010 р. У листопаді 2016 його брат-близнюк Ярослав зазначив²:

[Конституційний] Суд є специфічною інституцією, має величезну владу, цілковито неконтрольовану, і водночас дуже слабку легітимність. По суті, він є політичним органом, а у сьогоднішніх реаліях також партійним органом, це потрібно змінити.

Ці слова мали величезне значення з огляду на політичну позицію їх автора. Ярослав Качиньський є очільником партії ПіС (Право і Справедливість, пол. PiS, Prawo i Sprawiedliwość), яка на парламентських виборах 25 жовтня 2015 року отримала абсолютну більшість як у Сеймі, так і в Сенаті. Окрім того, 24 травня 2015 року Президентом Республіки Польща обрано Анджея Дуду, кандидата від ПіС.

Услід за процитованими вище словами Ярослава Качинського проступували дії, про які Голова Європарламенту Мартін Шульц сказав: "Те, що відбувається у Польщі, має характер перевороту і є драматичним"³.

1 Офіційна сторінка Адміністрації Президента Республіки Польща <http://www.prezydent.pl/archiwalne-aktualnosci/rok-2006/art,1002,zaszczyt-i-obowiazek.html>

2 TVN24, 26.11.2015 <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/tk-mial-powstrzymywac-reformatorskie-dzialania-pis-kaczynski,597746.html>

3 Deutschlandfunk, 14.12.2015 http://www.deutschlandfunk.de/regionalwahlen-in-frankreich-frau-le-pen-ist-wahlpolitisch.694.de.html?dram:article_id=339718 (доступ 6 червня 2016).

Колишній голова Конституційного Суду Єжи Стемпень пішов іще далі: „маємо тут справу з революцією у повному значенні цього слова”⁴.

Ця стаття змальовує дії правлячої партії по відношенню до Конституційного Суду та їх контекст. Ми починаємо від опису деяких аспектів правового статусу перед тим, як ПіС здобув владу (розділ 1). Потім описуємо спроби позбавити Суд незалежності або заблокувати його функціонування (розділ 2)⁵. До цього додаємо короткий аналіз політичних механізмів, що призвели до змалюваної тут ситуації (розділ 3).

1. Правовий статус перед приходом до влади ПіС

Конституційний Суд охороняє ієрархію норм права, зокрема він уповноважений відхиляти юридичні положення, чинні у всій Польщі, котрі не відповідають нормам, які мають вищу юридичну силу. На практиці найважливішим повноваженням Суду є скасування законів, що суперечать Конституції⁶.

Суд складається з 15 суддів, кожен суддя обирається Сеймом індивідуально, абсолютною більшістю голосів, з поміж висококваліфікованих юристів. Каденція судді триває 9 років. Суддя Суду не може бути обраним вдруге.

У 2015 році закінчилися каденції п'яти суддів Суду: 6 листопада – трьох суддів; 2 грудня – 1 судді; 8 грудня – 1 судді. Оскільки ці дати близькі до дати виборів до Сейму (25 жовтня), виникло питання, чи повноваження обирати нових суддів на звільнені посади мав Сейм VII каденції (яка завершувалася у той час), в якому ПіС був у опозиції, чи Сейм VIII каденції, в якому ПіС мав більшість. Це питання стало предметом дуже гострої політичної боротьби.

Положення, що діяли, перш ніж розгорілася ця боротьба, дозволяли заявляти кандидатури на посаду судді не пізніше, ніж за 30 днів до звільнення цієї посади.⁷ Сейм міг обрати нового суддю після завершення цього терміну, тобто найраніше за 29 днів до звільнення посади. Застосування цього правила дозволило б Сеймові VII каденції (що завершувалася) ви-

4 „Rewolucja – świadoma czy nieświadoma”, *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, 1/2016, с. 31.

5 Див. також: Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) CDL-AD(2016)001-e <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282016%29001-e>

6 Ст. 188-193, 79 і 122 Конституції Республіці Польща містять повний опис компетенції Суду.

7 Ст. 30 зак. 3 пункт 1 Регламенту Сейму в редакції, що була чинною 25 червня 2015.

брати трьох суддів на позиції, що звільнялися 6 листопада. Цей вибір міг би бути зроблений не раніше 8 жовтня. Ситуація є набагато складнішою, якщо йдеться про вибір суддів на місця, що звільнялися у грудні: Сейм VIII каденції не міг би цього зробити, бо був скликаний надто пізно, лише 12 листопада. Натомість Сейм VII каденції міг би здійснити цей вибір, але на засідання, яке мало би вже після виборів (у період між днем, коли було обрано новий Сейм, і днем, на котрий було скликано новий Сейм). Засідання Сейму VII каденції в цьому періоді було би прийнятним з точки зору Конституції, але було б також порушенням усталених політичних звичаїв і джерелом гострих протиріч.

Закон про Конституційний Суд від 25 червня 2015 року⁸ визначив замість старих положень строк подання кандидатури на посаду судді, що минає за три місяці до звільнення цієї посади. Настільки довгий термін на практиці означав те, що Сейм VII каденції був уповноважений обирати суддів на усі п'ять позицій, що звільнялися у 2015 році. Закон додатково доповнено статтею 137, яка підтверджувала це повноваження у спосіб, що не викликав сумніву в інтерпретації. Ст. 137 від початку викликала суперечки.

Після набрання чинності цього закону Сейм VII каденції обрав п'ятьох суддів Конституційного Суду. 23 жовтня 2015 року, депутати Сейму з партії ПіС подали до Конституційного Суду клопотання про визнання неконституційними деяких положень цього закону, зокрема статті 137 (справа К 29/15⁹).

2. Заходи нової сеймової більшості, спрямовані на Конституційний Суд

2.1 Обрання суддів на вже зайняті посади

10 листопада 2015 року депутати Сейму від партії ПіС відкликали клопотання у справі К 29/15. Можна припускати, що клопотання було відкликано, аби сумніви щодо закону від 25 червня 2015 року не були вирішені Конституційним Судом і могли бути приводом для безкінечних суперечок, а також для порушення закону.

17 листопада депутати Сейму від партії Громадянська платформа (пол. PO, Platforma Obywatelska) звернулися до Конституційного Суду з клопотанням, ідентичним до клопотання, відкликаного депутатами ПіС. За новим клопотанням відкрито провадження за номером К 34/15¹⁰.

8 <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20150001064>

9 <http://trybunal.gov.pl/s/k-2915/>

10 <http://trybunal.gov.pl/s/k-3415/>

Президент Анджей Дуда не прийняв присяги жодного з п'яти суддів, обраних Сеймом VII каденції в 2015 році. Така присяга передбачається ст. 21 закону про Конституційний Суд (у Конституції про присягу не згадується).

25 листопада цього ж року, Сейм VIII каденції ухвалив рішення, в яких констатував, що обрання п'яти суддів, здійснене Сеймом VII каденції, «не має юридичної сили» і «закликав Президента утриматися від прийняття присяги» обраних суддів.¹¹

30 листопада Конституційний Суд ухвалив постанову про забезпечення клопотання у справі К 34/15 на „заклик Сейму РП утриматися від дій щодо обрання суддів Конституційного Суду до остаточного рішення Конституційного Суду“. Зі змісту постанови випливає, що її виконання парламентом не було обов'язковим.

Сейм проігнорував цю постанову і 2 грудня обрав п'ятьох суддів на посади, вже заповнені Сеймом VII каденції.¹² Президент Республіки Польща прийняв присягу від чотирьох новообраних суддів близько першої ночі 3 грудня (п'ятий суддя склав присягу дещо пізніше, оскільки 3 грудня його каденція ще не розпочалася). Також 3 грудня, але у звичайні робочі години, Конституційний Суд виніс рішення у справі К 34/15. Це рішення, зокрема, стверджує, що вищезгадана ст. 137

у тій мірі, в якій вона стосується суддів Суду, чия каденція закінчується 6 листопада 2015 р., відповідає ст. 194 зак. 1 Конституції,

у тій мірі, в якій вона стосується суддів Суду, чия каденція закінчується відповідно 2 і 8 грудня 2015 р., не відповідає ст. 194 зак. 1 Конституції.

Ключовим для цього рішення є таке твердження, що міститься в обґрунтуванні: „зі ст. 194 зак. 1 Конституції випливає обов'язок обрання судді Суду Сеймом тієї каденції, протягом якої звільнилося посада судді Суду“¹³

Обґрунтування рішення містить також такі твердження:

Складання присяги дозволяє судді розпочати виконання службових обов'язків, тобто виконання довіреного йому мандату¹⁴

обов'язком Президента є прийняття присяги новообраного судді Суду [...] цей обов'язок повинен бути реалізований негайно¹⁵

11 Monitor Polski, 2015, поз. 1131-1135 <http://monitorpolski.gov.pl/>

12 Monitor Polski, 2015, поз. 1182-1186.

13 Пункт 6.17 рішення, с. 60.

14 Пункт 8.5 рішення, с. 71.

15 Пункт 8.5.2 рішення, с. 73.

З цього рішення випливає, що Сейм VII каденції мав повноваження на обрання трьох суддів у 2015 році, натомість обрання решти двох мало бути залишене Сеймові VIII каденції.

Незважаючи на це рішення, Президент досі не приймає присягу від жодного із суддів, обраних 2015 року Сеймом VII каденції, внаслідок чого ці судді не беруть участі у роботі Конституційного Суду. Серед суддів, обраних на ті самі посади у VIII каденції, двоє беруть участь у роботі Суду, оскільки вони є обраними відповідно до Конституції, натомість решта троє не допускаються до виконання обов'язків головою Конституційного Суду, оскільки їх було обрано неправильно, на вже зайняті посади. Тож наразі Конституційний Суд функціонує у складі дванадцяти суддів замість передбачених у Конституції п'ятнадцяти.

2.2 Значення суперечки про вибір суддів

Значення описаної тут суперечки про обіймання суддівських посад пов'язане передовсім із тим, що судді, обрані Сеймом VIII каденції, виступають проти незалежності Суду, у роботі котрого вони беруть участь. На це виразно вказують окремі думки, висловлені ними. Наприклад, суддя Юлія Пшилембська в окремій думці до рішення Суду від 25 травня 2016 пише:¹⁶

Склад суду, що приймав рішення у цій справі, не відповідає положенням закону від 25 червня 2015 року [...], зміненого законом 22 грудня 2015 року [...]

Однак, зазначений закон від 22 грудня 2015 року раніше був визнаний повністю неконституційним рішенням Суду від 9 березня 2016 року¹⁷. Згідно з Конституцією, судді Конституційного Суду „підпорядковуються тільки Конституції”, отже, мають особливу позицію в системі державного устрою, внаслідок чого Суд в жодному випадку не повинен керуватися нормами закону, який не відповідає Конституції – тим паче закон, неконституційність якого було визнано.

Суддя Пшилембська обґрунтовує необхідність застосування закону 22 грудня 2015 року тією обставиною, що рішення про його неконституційність не було оголошено. Таке обґрунтування суперечить принципу незалежності Суду, якщо ми зважимо на те, що оголошення рішень Суду є діяльністю, яку виконують служби підлеглі Прем'єр-міністрові, а відсутність оголошеного рішення у цій справі є очевидним порушенням права зі сторони цих служб. Тож позиція судді означає, що застосування (або не застосування) неконституційного закону Судом повинно залежати від дій, які виконала (або від виконання яких незаконно відмовилася) урядова інституція.

16 Кр 2/15, окрема думка, параграф 1 <http://trybunal.gov.pl/s/kp-215/>

17 К 47/15, <http://trybunal.gov.pl/s/k-4715/>

Вражає майже цілковита відсутність дискусії з приводу обрання суддів у Сеймі VIII каденції. Серйозні застереження викликає також моральний рівень деяких суддів, обраних у VIII каденції, а також їхні тісні зв'язки з правлячою партією та її шефом Ярославом Качиньським. Наприклад, суддя Пьотр Пшчолковський був адвокатом Ярослава Качиньського у справі розслідування смерті його брата (Смоленська катастрофа). Двоє інших, Лех Моравський і Маріуш Мушинський, були членами наукових комітетів так званих «смоленських конференцій», тобто конференцій псевдо наукового характеру, на котрих надавався хибні наукові характеристики висловлюванням, які фальшиво доводили, що Смоленська катастрофа була результатом терористичного акту. Маріуш Мушинський неодноразово публічно ображав осіб, неприхильних до ПіС.¹⁸

2.3 Спроби блокувати Конституційний Суд або обмежити його незалежність

Першою несміливою спробою уряду заблокувати Суд був офіційно висловлений сумнів щодо того, чи рішення К 34/15 від 3 грудня 2015 року повинно бути опубліковане у Щоденнику Законів (пол. Dziennik Ustaw), бюлетені, що видається Прем'єр-міністром.

Відповідно до Конституції, рішення Суду є остаточними, про значну їх частину, зокрема і рішення К 34/15, необхідно невідкладно сповістити у Щоденнику Законів – що дуже важливо, оскільки відповідно до Конституції, „рішення Конституційного Суду вступає в силу у день його оголошення”¹⁹.

В листі Канцелярії Ради Міністрів, що стосується рішення К 34/15 стверджувалося, що „склад суду, який виносив рішення, суперечив нормам закону”, що мало би викликати „серйозні сумніви щодо можливості публікації у Щоденнику Законів РП вищезгаданого рішення”. Однак рішення було оголошено 16 грудня 2015 року.

Спробою обмежити незалежність Суду стало прийняття 19 листопада 2015 закону²⁰, який, серед іншого, передбачав скорочення терміну повноважень чинного Голови Суду і призначення нового Голови на інших, ніж досі, засадах. Конституційний Суд скасував частину положень цього

18 Gazeta Wyborcza, 2 грудня 2015 <http://wyborcza.pl/1,75398,19282903,trybunal-konstytucyjny-sylwetka-mariusza-muszynskiego-kandydata.html>, а також <http://wyborcza.pl/1,75398,19279844,kandydaci-pis-do-trybunalu-konstytucyjnego.html>

19 Не цілком зрозуміло, як слід інтерпретувати це формулювання, оскільки досі не було відмов публікувати рішення, тож у цій справі немає жодної практики ані прецедентного права.

20 Закон від 19 листопада 2015 р. Про зміну закону про Конституційни Суд <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20150001928>

закону, зокрема положення, що передбачало скорочення каденції нинішнього Голови²¹; рішення у цій справі було опубліковано без перешкод.

Чергова спроба заблокувати Конституційний Суд і послабити його незалежність є дуже серйозною і триває досі. Вона розпочалася прийняттям 22 грудня 2015 року²² закону, що запроваджував нові правила функціонування Суду, зокрема: не такий, як досі, спосіб призначення Голови; закріплення за Сеймом повноваження щодо відкликання судді Суду з дисциплінарних підстав (до цього часу усі дисциплінарні провадження, що стосуються суддів Конституційного Суду, відносились до компетенції Суду); продовження процесуальних термінів; вимога розглядати справи у порядку, в якому вони надійшли до Суду; прийняття рішень щодо більшості справ повним складом Суду, при чому для прийняття рішення повним складом вимагалася присутність щонайменше 13 суддів і підтримка рішення 2/3 від присутніх.

Серед цих правил особливу роль відіграла вимога розгляду більшості справ складом у щонайменше 13 суддів. По суті, зараз Суд нараховує лише 12 суддів, які можуть приймати рішення – отже ухвалення рішення відповідно до положень, що містяться у законі 22 грудня 2015 року, наразі є неможливим. Зокрема, неможливо – відповідно до визначеної у цьому законі процедури – прийняти рішення, яке б визначало відповідність цього закону Конституції.

Вирішальну роль у прориві цієї блокади має вищезгаданий принцип, відповідно якого судді Конституційного Суду „підпорядковуються тільки Конституції“. Цей принцип дозволяє уникнути процедури, передбаченої законом 22 грудня 2015 року під час прийняття рішення щодо конституційності цього закону, що було підтримано Венеціанською комісією. Згодом Суд прийняв рішення К 47/15, яким визнав закон 22 грудня 2015 року в цілому таким, що не відповідає Конституції.

Ані рішення К 47/15, ані жодне інше рішення, прийняте Конституційним Судом після нього, не були опубліковані у Щоденнику Законів. Приводом відмови Уряду у публікації цих рішень, стало заперечення ним легітимності рішення К 47/15 у зв'язку із його прийняттям Судом, кількісний склад якого не відповідає закону. Міністр закордонних справ Вітольд Ващиківський пояснив відсутність публікації словами: „бо це не рішення“²³.

21 K 35/15 <http://trybunal.gov.pl/s/k-3515/>; відповідність Конституції нових засад вибору Голови Суду буде оцінюватися в окремому присуді, К 28/16 <http://trybunal.gov.pl/s/k-2816/>

22 <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20150002217>

23 Gazeta Wyborcza, 6.04.2016 <http://wyborcza.pl/politykaekstra/1,151975,19872580,waszcykowski-naprawilem-stosunki-z-ameryka.html>

26 квітня 2016 Загальні збори суддів Верховного Суду прийняли ухвалу, згідно з якою

[...] рішення Конституційного Суду мають бути невідкладно опубліковані. Неопубліковане рішення Конституційного Суду, яке констатує невідповідність визначеного положення Конституції, анулює презумпцію його відповідності Конституції з моменту прийняття рішення Конституційним Судом під час розгляду справи²⁴.

Прес-секретар ПіС Беата Мазурек відреагувала на цю ухвалу – винесену органом, існування і повноваження якого визначаються законом – такими словами: „це подальше поширення анархії в нашій країні, насправді зібралася команда друзяк, котрі відстоюють status quo попередньої влади”²⁵.

Міські ради багатьох великих міст прийняли рішення, в яких задекларували свій намір дотримуватися рішень Конституційного Суду і закликають до цього органи виконавчої влади своїх міст. Очільники обласних адміністрацій своїми розпорядженнями скасовують рішення міських рад²⁶.

3. Політичні механізми, які спричинили сьогоденню ситуацію

Згідно соціопитування, проведеного у травні цього року, 58% поляків вважають, що в своїй діяльності щодо Конституційного Суду Уряд порушує стандарти демократії²⁷. Атаки на Конституційний Суд призвели до створення Комітету із захисту демократії (пол. KOD, Komitet Obrony Demokracji), сильної організації, ворожої до правлячої партії. На підтримку Конституційного Суду KOD організував серію вуличних протестів, чисельність учасників котрих часом перевищувала 100 000. Європейська комісія розпочала процедуру моніторингу дотримання законності у Польщі.

Як можливо, що у демократичній країні влада проводить настільки непопулярну діяльність, яку так гостро критикують всередині країни і за кордоном? Ми могли би сподіватися, що політики правлячої партії хотіли б припинити таку діяльність, аби не втрачати шанси на виграш у чергових виборах. Але реальність є іншою. Діяльність правлячої партії

24 http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/EditForm/Uchwala_Zgr_Og_SSN_26_04_2016.pdf

25 TVN24, 10.06.2016 <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/beata-mazurek-z-pis-o-zespole-kolesi-nie-bedzie-sledztwa,651382.html>

26 Наприклад лодзький воєвода, rozstrzygnięcie nadzorcze, 19.05.2016 <http://www.uml.lodz.pl/get.php?id=18202>

27 Sondaż Ariadna, 6.05.2016 <http://tajnikipolityki.pl/sondaz-duze-poparcie-dla-dzialan-kod/>

визначає особисто її лідер, а його рішення реалізуються з абсолютним послухом. ПіС ніколи не проводив внутрішніх дебатів з питань статусу Конституційного Суду.

Така ситуація цілковито відрізняється від того, що зазвичай відбувається у політичних партіях, які функціонують на захід від Польщі. Вона є можлива лише в політичній партії, що є ієрархічною, а не демократичною організацією, діячі якої добираються передовсім за критерієм вірності лідерові. Я стверджую, що саме таким є ПіС (проблема стосується також інших польських політичних партій) і що це є наслідком передовсім виборчої системи, яка використовується на виборах до Сейму, а також до багатьох рад місцевого самоврядування²⁸. У цій системі не має можливості самовисування. Депутатом Сейму або органу місцевого самоврядування може стати лише кандидат, котрий висувається політичною партією або комітетом, яке отримує щонайменше 5% голосів в масштабах країни (у випадку виборів до органу місцевого самоврядування: у масштабах всієї території діяльності конкретної ради). У цій ситуації шанси політика стати депутатом лише незначною мірою залежать від рішення виборців, а головним чином – від рішення керівництва його партії. Власне, така система сприяє діяльності у Польщі політиків з ієрархічним, а не демократичним менталітетом.

В Україні вже сьогодні функціонують виборчі системи, частково подібні до тієї, про яку я пишу. Часто дискутують про популярну ідею, аби на виборах до Верховної Ради запровадити систему, майже ідентичну з тією, що діє у Польщі. Раджу поміркувати про наслідки, до яких це може призвести.

²⁸ Ежи Стемпень описав цю систему як „найгіршу виборчу систему в Європі” <https://www.youtube.com/watch?v=w48iqu-WTpc>

К. І. Чижмарь

д.ю.н., директор Інституту права та післядипломної освіти
Міністерства юстиції України

ЕЛЕМЕНТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІАТУ

Елемент правового статусу нотаріату – його конституційно-правовий статус, який є багатоелементною категорією, включаючи конституційний статус, тобто статус, визначений нормами Основного Закону. Слід зауважити, що елементи правового статусу інституту нотаріату, визначені й нормами інших джерел конституційного права.

Правовий статус нотаріату слід характеризувати як правовий статус недержавного інституту, якому відповідно до законодавства України делеговані окремі повноваження держави щодо здійснення захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб. Іншими словами, нотаріат наділений повноваженнями державно-владного органу у сфері публічного права, що є похідним від повноважень держави в цілому та має комплексний характер, тобто встановлений нормами кількох галузей права.

Категорія «конституційно-правовий статус нотаріату», за твердженням А. Сироти, слугує способом узагальнення та систематизації правових норм про нього і дозволяє сформулювати конструкцію (модель), що включає правові норми, практику їх реалізації та положення доктрини стосовно зазначеного суб'єкта.

У сучасній вітчизняній теорії права стверджується, що «під правосуб'єктністю фізичних і юридичних осіб розуміється наявність у них властивостей правоздатності та дієздатності». При цьому С. Архіпов підкреслює, що дієздатність як більш висока ступінь розвитку правосуб'єктності вміщує у собі правоздатність в якості однієї із своїх сторін, аспектів.

У той же час, існує точка зору про те, що застосовувати інститути правоздатності та дієздатності можливо лише до фізичних осіб при дослідженні їх правосуб'єктності. Стосовно ж юридичних осіб, то у них правосуб'єктність знаходить свій вираз у компетенції їх органів, тобто в сукупності прав та обов'язків, що надаються їм для виконання відповідних функцій.

Що ж стосується деліктоздатності, то у теорії права вона найчастіше тлумачиться як здатність особи нести відповідальність за вчинене нею правопорушення, а категорія деліктоздатності в юридичній літературі розуміється у трьох ракурсах: як елемент правоздатності, як елемент дієздатності і як самостійний елемент правосуб'єктності. С. Алексєєв визначав деліктоздатність як «властивість особи нести самостійну юридичну відповідальність за вчинені нею правопорушення (делікти)». Щодо можливості виокремлення вказаної властивості як елемента загальної структури правосуб'єктності вчений займав доволі прагматичну позицію: з одного боку, він вважав, що для більшості суб'єктів права потреби у цьому немає, а з іншого підкреслював, що у деяких випадках виникає необхідність відокремлення деліктоздатності.

Таким чином, у рамках тематики нашого дослідження, узагальнюючи викладене вище, вважаємо, що керуючись підходами сучасних теоретиків права, елементами правосуб'єктності нотаріату як недержавного інституту, наділеного повноваженнями державно-владного характеру, визнаються правоздатність, дієздатність та деліктоздатність (остання часто включається до складу дієздатності).

Оскільки метою нотаріальної діяльності є, в першу чергу, реалізація безспірних матеріальних прав за допомогою нотаріальної процедури через реальні дії суб'єктів нотаріальних процесуальних відносин (нотаріальний процес), вважаємо за доцільне зупинитися на аналізі концепцій вчених-правників з цивільної процесуальної правосуб'єктності.

Так, зокрема, М. Штефан вказував на те, що категорії правоздатності та дієздатності необхідні в цивільному праві, де можливість мати права не завжди є можливістю реалізувати їх особистими діями. У цивільному процесі надзвичайно важлива наявність правосуб'єктності.

Аналізуючи різні точки зору вчених-процесуалістів, М. Штефан робить висновок, що цивільна процесуальна правосуб'єктність передбачає право і обов'язок бути конкретним суб'єктом процесуальних відносин і здійснювати закріплену за таким суб'єктом дозволена і обов'язкову поведінку. Вона визначається сукупністю процесуальних прав і обов'язків на участь у цивільному процесі різних категорій суб'єктів.

Щодо нотаріального процесу, то під нотаріальною процесуальною правосуб'єктністю слід розуміти узаконену та гарантовану державою можливість фізичних, юридичних осіб бути конкретним суб'єктом нотаріальних процесуальних відносин і здійснювати закріплену за ними законом дозволена та обов'язкову поведінку. Така поведінка повинна

обов'язково має певні межі, тобто визначається комплексом процесуальних прав та обов'язків таких суб'єктів.

Аналізуючи нотаріальний процес, можна зробити висновок, що нотаріальна процесуальна правосуб'єктність поширюється на:

1) осіб, які беруть участь у нотаріальному провадженні як з метою захисту своїх власних прав та інтересів, так і прав та інтересів інших осіб, якими можуть бути як юридичні, так і фізичні особи. Винятком з цього правила можуть бути також установи, підприємства та організації, які не є юридичними особами, але в силу своєї компетенції можуть бути суб'єктами нотаріального процесу і брати участь у нотаріальному провадженні. Зокрема, до таких суб'єктів належать органи опіки та піклування, дипломатичні представництва, філії та представництва, які можуть діяти через своїх представників;

2) особи, які сприяють нотаріусу у вчиненні нотаріального провадження: експерт, перекладач, свідки.

Безспірним щодо структури конституційно-правового статусу будь-якого суб'єкта є твердження про те, що в основу покладено права та обов'язки. Причому значна частина авторів у процесі дослідження питання структури правового статусу обмежується аналізом тільки основних прав та обов'язків суб'єкта права, зазначаючи одночасно про другорядний характер інших елементів правового статусу. Тим не менш, будь-яка теоретична конструкція у правовій науці повинна бути фундаментом для розробки відповідного законодавства. З огляду хоча б на це, складно уявити, щоб відповідний закон, який регулює статус певного суб'єкта, визначав би лише його права та обов'язки. Отже, права та обов'язки суб'єкта владних відносин, тобто його повноваження, будучи базисом його правового статусу, є, як відомо, складовою його компетенції.

Даний елемент конституційно-правового статусу, за твердженням Богданової, займає центральне місце в узагальненій юридичній характеристиці будь-якого суб'єкта конституційного права і є свого роду правовою метою встановлення даного статусу». На думку Ю. Петрова, «...існує єдиний і рівний для всіх правовий статус. Якщо ж включити до його змісту права й обов'язки, що впливають із конкретних правовідносин, то правовий статус буде постійно змінюватися, оскільки права й обов'язки у конкретних правовідносинах неоднакові. До змісту правового статусу входять лише ті права й обов'язки, якими наділений суб'єкт, а не ті, якими він володіє в конкретних правовідносинах. Інакше було б стільки правових статусів, скільки правових відносин».

Існуючі точки зору на співвідношення прав та обов'язків органу державної влади можна об'єднати у три групи. Перша – відповідно до якої ці поняття є тотожними (така позиція відображена у роботах Н. Волкова, Л. Коваля, С. Серьогіної, Ю. Тихомирова, Ц. Ямпольської). Згідно з позицією другої групи, орган наділений правом розсуду: коли і як використовувати те чи інше право. Аналіз ситуації, її оцінка, вибір способів реалізації права віднесені до відання органу (хоча у низці випадків законодавство точно визначає, коли і які дії органу належить виконати). Такої думки дотримуються О. Марцеляк, В. Рижов. А представники третьої групи в законодавстві спеціально роблять акцент на правах органу, оскільки їх обсяг рухомий, а обов'язки, що витікають із разових завдань, не є елементом компетенції (крім делегування).

Хоча висловлюється й альтернативна до наведених трьох точка зору на зазначене питання. Так, С. Чикурлій відзначає, що в результаті аналізу даного співвідношення права і обов'язки органу виконавчої влади необхідно визнати доктринальним елементом його компетенції, а повноваження – нормативним.

Нотаріуси можуть об'єднуватись у регіональні, загальнодержавні, міжнародні спілки та асоціації, які представлятимуть їх інтереси у державних та інших органах, захищатимуть їх соціальні та професійні права, здійснюватимуть методичну та видавничу роботу. В Україні з 2013 створена та здійснює свою діяльність незалежна професійна самоврядна організація нотаріусів — Нотаріальна палата України.

De lege ferenda за призначенням у механізмі правового регулювання суспільних відносин слід розрізнити права і обов'язки нотаріуса матеріальні та процесуальні. Правові норми, що закріплюють нотаріальні дії, мають матеріально-правову природу, тому фіксують права і обов'язки нотаріуса матеріального змісту. Це, зокрема, стосується таких нотаріальних дій, як посвідчення угод; видача свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя; накладення і зняття заборони відчуження майна; засвідчення вірності копій документів і виписок з них; засвідчення справжності підпису на документах; засвідчення вірності перекладу документів з однієї мови на іншу; посвідчення факту знаходження громадянина в живих; посвідчення факту перебування громадянина в певному місці; посвідчення тотожності громадянина з особою, зображеною на фотографії; посвідчення часу пред'явлення документів; передача заяви фізичних та юридичних осіб іншим фізичним і юридичним особам; прийняття у депозит грошових сум і цінних паперів;

вчинення виконавчих написів; прийняття на зберігання документів; вчинення морських протестів; забезпечення доказів та ін.

Що стосується прав і обов'язків нотаріуса, спрямованих на реалізацію вищевказаних обов'язків, то вони мають процесуально-правову природу. Суттєвою особливістю як судової, так і нотаріальної діяльності, безпосередньо пов'язаної з перетворенням у життя принципу законності, є наявність в її основі суворої процесуальної форми, яка чітко регламентується законодавством.

Наприклад, встановлення нотаріусом особи має здійснюватися на підставі паспорта або інших документів, що виключають будь-які сумніви щодо особи громадянина, який звернувся за вчиненням нотаріальної дії. Цей обов'язок має процесуальну сутність. Аналогічними прикладами можуть служити права та обов'язки нотаріуса, пов'язані з порядком підпису нотаріально засвідчуваної угоди, заяви та інших документів (документи, що оформляються в нотаріальному порядку, підписуються в присутності нотаріуса; якщо громадянин внаслідок фізичних вад, хвороби або з якихось інших причин не може особисто розписатися, за його дорученням, в його присутності та в присутності нотаріуса угоду, заяву чи інший документ може підписати інший громадянин із зазначенням причин, в силу яких документ не міг бути підписаний власноручно громадянином, що звернувся за вчиненням нотаріальної дії).

За критерієм змісту прав і обов'язків можна виділити організаційні та професійні права і обов'язки нотаріуса. Організаційні права і обов'язки пов'язані з порядком та процедурою заміщення посади нотаріуса, його взаємодією з Нотаріальною палатою України, органами юстиції, іншими суб'єктами конституційних правовідносин. Як приклади можна привести право інформувати громадськість про свою діяльність, проводити індивідуальну іміджеву політику. У свою чергу, професійні права і обов'язки стосуються права витребувати відомості та документи, обов'язків складати проекти документів, давати консультації та роз'яснення, надавати посередницькі послуги.

У свою чергу, організаційні права та обов'язки нотаріуса піддаються подальшій класифікації за такими ознаками:

- 1) порядок призначення на посаду державного нотаріуса, реєстрації приватної нотаріальної діяльності та припинення повноважень нотаріуса (право на рівний доступ до заміщення посади нотаріуса; неприпустимість довільного припинення повноважень нотаріуса інакше як у випадках і порядку, встановлених законом);

2) зовнішні атрибути нотаріуса (право на особисту печатку, штампи та бланки);

3) дотримання правил територіальної підвідомчості в межах нотаріального округу (обов'язок, за загальним правилом, здійснювати нотаріальні дії в межах нотаріального округу; встановлені законом винятки з цього загального правила);

4) ритуальні дії (обов'язок нотаріуса приносити присягу з урочистим обіцянкою виконувати повноваження відповідно до закону, зберігати професійну таємницю, в своїй поведінці керуватися принципами гуманності та поваги до людини);

5) державний контроль за діяльністю нотаріату (обов'язок подавати посадовим особам, уповноваженим на проведення перевірок, відомості та документи). Безсумнівно, що нотаріальна діяльність – це публічна діяльність. Нотаріат забезпечує захист прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб, виконує функції з реалізації конституційного права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги та здійснює правоохоронну діяльність за допомогою закріплених законодавством нотаріальних дій, що входять до правоохоронної системи держави. Побудова та функціонування системи контролю у сфері організації нотаріату та здійснення нотаріальної діяльності визначаються унікальністю самого інституту нотаріату. Необхідність дослідження проблеми державного контролю за організацією нотаріальної діяльності та здійсненням нотаріальних дій визначається важливістю функції нотаріату щодо захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб.

Необхідність контролю пояснюється, принаймні, двома причинами: 1) поява в реальній юридичній практиці нових проблем, які за допомогою контролю повинні виявлятися та ефективно вирішуватися; 2) попередження та вирішення конфліктних ситуацій. Контролю приділяється значне місце як в юридичній практиці так і в науці. Загальна теорія розуміє його як «... процес забезпечення того, щоб організація дійсно досягала своїх цілей».

Нотаріат організується та функціонує за правилами, встановленими державою, оскільки здійснює публічну функцію держави. Передаючи нотаріату повноваження з виконання цієї функції, держава зберігає за собою право контролю над відповідністю діяльності нотаріату з виконання покладених на нього повноважень встановленим ним правилам. Таким чином, держава обґрунтовано і закономірно має право контролювати організацію та діяльність нотаріату.

Державний контроль за здійсненням нотаріальної діяльності – це не самоціль, це не безликий і вже, тим більше, не сліпий прояв влади. Це спосіб переконатися в тому, що діяльність кожного нотаріуса найкращим чином відповідає потребам громадян, які зацікавлені в захисті своїх прав. У цьому зв'язку слід погодитися з думкою, що державний контроль не повинен стосуватися власне нотаріальних дій. Питання діловодства, організації діяльності нотаріуса, дисципліни, режиму роботи – все це підвідомче державним органам юстиції. Що ж до оцінки того, чи відповідно до закону здійснив нотаріус нотаріальну дію – то дати подібну оцінку має право лише суд на основі принципу змагальності та рівноправності сторін з відстоювання прав та законних інтересів.

Права та обов'язки нотаріусів можуть бути не тільки індивідуальними, а й колективними. Зокрема, нотаріальне співтовариство має право брати участь в політичному житті країни, пропонувати свої концепції розвитку законодавства про нотаріат, давати експертні висновки на законопроекти про нотаріат, на паритетних засадах взаємодіяти з органами державного контролю, уповноваженими у сфері нотаріату. Однак авторитет нотаріального об'єднання в Україні поки не настільки високий, щоб з ним рахуватися на законодавчому рівні. Ця негативна тенденція, на наш погляд, потребує докорінного переосмислення.

Слід відзначити, у вітчизняному законодавстві досить невизначеним чином сформульовані права та обов'язки нотаріуса у сфері інформування громадськості про нотаріальну діяльність. В той же час, наприклад, Французьке законодавство про нотаріат та правозастосовна практика Франції припускають наступні критерії для оцінки законності інформування громадськості про нотаріуса: сказане повинно обмежуватися лише інформацією, необхідною та корисною для громадськості; не повинно мати місце вихваляння особистих заслуг нотаріуса і приниження його колег; нотаріус не повинен мати заздалегідь обдуманий умисел зробити особисту рекламу. Відповідні критерії доцільно вказати й у вітчизняному законодавстві. Слід погодитися з пропозицією про наділення нотаріуса правом на самостійний збір та особисту перевірку документів, необхідних для вчинення нотаріальної дії.

Таким чином, наведені вище теоретико-методологічні підходи до правового регулювання конституційно-правового статусу інституту нотаріату, як показує аналіз чинного законодавства, ще не знайшли свого адекватного вираження у відповідних нормативних правових актах. Багато прав та обов'язків нотаріуса чітко не зафіксовані в законі, що дає підстави для довільної правозастосовчої практики, порушення прав і

законних інтересів учасників нотаріальних правовідносин, надмірною дискреційним повноваженням органів юстиції. При цьому в законодавстві слід передбачати не тільки перелік прав і обов'язків нотаріуса, а й вказувати умови їх реалізації. Значну допомогу в цьому процесі може надати метод порівняльного правознавства.

Як справедливо зазначив О. Марцеляк, конституційно-правове закріплення прав і обов'язків суб'єктів правовідносин не гарантує їх автоматичного виконання, дотримання, повинні мати місце також гарантії забезпечення цих прав і обов'язків. Саме вони сприяють належній та повній реалізації органами влади, місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян та іншими соціальними інституціями своїх прав та обов'язків, поєднують воєдино правове і фактичне становище суб'єкта в державі і суспільстві. Роль гарантій у забезпеченні прав та обов'язків суб'єктів правовідносин неоціненна, тому вважаємо, що вони є основним елементом конституційно-правового статусу нотаріату.

В той же час, в юридичній науковій літературі з цього приводу існують дві взаємопротилежні точки зору. Одні науковці, зокрема, О. Миронов, Н. Богданова, Н. Хаманєва, Ю. Дмитрієв та деякі інші вважають, що правові гарантії слід розглядати як елемент статусу суб'єкта правовідносин. Інші, як наприклад, О. Лукашева, відстоюють позицію, що гарантії виступають категоріями, які виходять далеко за межі правового статусу. Підтримуючи точку зору О. Марцеляка, вважаємо, що така позиція є дискусійною, оскільки реалізація будь-яким суб'єктом своїх прав і обов'язків можлива повною мірою при наявності ефективних гарантій. Більше того, права та гарантії дуже взаємопов'язані і нерідко певне право суб'єкта може водночас виступати гарантією реалізації іншого.

Головна особливість нотаріальної діяльності полягає в тому, що через неї держава опосередковано реалізує своє волевиявлення. Саме тому нотаріальна діяльність має бути законною та ефективною, не обтяженою можливими зловживаннями з боку нотаріуса.

Гарантії нотаріальної діяльності – це сукупність вимог до здійснення нотаріальної діяльності, які забезпечують виконання її завдань і відбивають її сутність. Отже, гарантії нотаріальної діяльності представляють собою закріплені нормами нотаріального права комплекс заходів та засобів, що покликані забезпечити усім суб'єкта – носія публічної влади і одночасно як незалежного арбітра, юридичного радника сторін. Отже, гарантії нотаріальної діяльності однаково важливі для всіх учасників нотаріальних правовідносин, оскільки покликані забезпечити дотримання та виключити можливість порушення їх прав.

Завершальним елементом у системі конституційно-правового статусу нотаріату є механізм відповідальності нотаріуса. Відповідальність є соціальною властивістю будь-якого суспільного організму та виступає як ознака його соціальної організації. Відповідальність нотаріуса є суттєвою ознакою нотаріальної діяльності при загальній тенденції зростання корпоративної та соціальної відповідальності нотаріусів.

Юридична відповідальність як різновид державного примусу займає особливе (спеціалізоване) місце в системі таких заходів, причому основні відмінності юридичної відповідальності від інших різновидів державного примусу виділяються за такими критеріями, як: мета застосування, характер виникнення, функції застосування, характер наслідків, зв'язок з санкцією правової норми, порядок і час застосування, наявність вини суб'єкта. Одна з підстав, що найбільш часто зустрічаються для винесення окремих ухвал судами і рішень правоохоронних органів щодо нотаріусів – формальне неухажне ставлення до встановлення особи громадян і визначення їх дієздатності, порушення прав неповнолітніх при посвідченні угод з нерухомістю, посвідчення угод за відсутність сторін, порушення прав третіх осіб.

При цьому нотаріус несе не тільки юридичну відповідальність перед державою за виконання покладених на нього публічних повноважень, а й моральну відповідальність за свої дії перед суспільством і громадянами. Однак за такої логічної конструкції виникає небезпека розмежування юридичної та моральної відповідальності нотаріуса не за критерієм характеру вчиненого делікту, а виходячи з суб'єктного складу відносин. Насправді, юридична та моральна відповідальність нотаріуса не перебувають у прямій залежності від того, перед якими особами така відповідальність настає, на що зверталася увага в юридичній літературі. Так, за справедливим твердженням В. Нерсесянца, відмінна особливість моралі полягає в тому, що вона виражає автономну позицію індивідів, їх вільне та самосвідоме вирішення того, що є добро і зло, обов'язок і совість в людських вчинках, взаєминах і справах. Отже, ключове значення тут має, на наш погляд, юридичний і, відповідно, позаправовий характер вчиненого діяння.

Н. М. Пархоменко

д.ю.н, професор, вчений секретар Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ

Згідно Указу Президента України від 03.03.2015 № 119/2015 Про Конституційну Комісію з метою напрацювання узгоджених пропозицій щодо змін до Конституції України було утворено Конституційну Комісію як спеціальний допоміжний орган при Президентові України. Серед основних завдань Комісії: 1) узагальнення практики виконання норм Конституції України, пропозицій щодо її вдосконалення з урахуванням сучасних викликів та потреб суспільства; 2) напрацювання узгоджених пропозицій щодо проведення конституційної реформи в Україні.

Діяльність Комісії була публічною і прозорою, в результаті якої було запропоновано зміни до чинної Конституції України у сфері правосуддя, децентралізації влади та прав, свобод і обов'язків людини і громадянина. Таким чином, Комісія пішла по шляху фрагментарного внесення змін до Конституції України. Відповідно наразі відсутнє цілісне уявлення про підсумковий результат і вигляд Конституції України як у відділеній, так і найближчій перспективі, крім того, що Конституція має бути досконалою, ефективною, базуватися на європейських стандартах та загально-визнаних світових цінностях. Запропонований точковий підхід має як позитивні риси – можливість швидкого внесення змін до Конституції України, так і певні ризики, пов'язані з можливістю розбалансування системи організації державної влади.

Зокрема, наразі Верховна Рада України проголосувала лише зміни щодо правосуддя, але із зазначенням, що механізми реалізації передбачених змін будуть міститися у відповідних законах. Таким чином спрощується можливість зміни сутності конституційних положень, шляхом прийняття законів, які не потребують ускладненої процедури прийняття. Відповідно зростає ризик виникнення правових положень, які відповідатимуть політичній доцільності, а не об'єктивній необхідності.

Внесення ж змін до Конституції України, які стосуються децентралізації влади та прав і свобод людини і громадянина, ймовірність їх прийняття у найближчий час видається низькою.

З огляду на зазначене, необхідно виважено підійти і до аналізу запропонованих Президентом України змін до Конституції України в частині удосконалення діяльності Конституційного Суду України, а саме щодо запровадження інституту конституційної скарги як міжнародного стандарту демократії.

Насамперед, виходячи з об'єктивних реалій – це вимога інтеграції України до ЄС. Тому її запровадження є безумовним. Але, як свідчить світовий досвід, не існує єдиної моделі організації та функціонування цього інституту. Як правило, в кожній країні є особливості. Аналіз світового досвіду в цій сфері свідчить, що існування інституту конституційної скарги, як одного із засобів захисту прав і свобод громадян, має свої позитивні та негативні наслідки. Зокрема, серед можливих позитивних змін: посилення громадянського суспільства; відновлення довіри громадянського суспільства до владних інститутів, в т.ч. і з огляду на невинуваті досі очікування народу як суб'єкта законодавчої ініціативи, в результаті чого кожен громадянин може себе відчати причетним до удосконалення законодавства, встановлення режиму законності і правопорядку; урівноваження відносин: держава – громадянин, з огляду на можливість громадян бути ініціатором не лише перегляду рішення суду, але й оскарження чинності нормативно-правового акту та його скасування; посилення контролю за діяльністю влади як прояв народовладдя шляхом використання такої форми, як конституційна скарга; можливість звернення до Конституційного Суду України об'єднаних громадян та інших юридичних осіб та ін.

Крім того, наразі за чинною Конституцією України розгляд звернення до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції України в підсумку призводить до прийняття рішення про конституційність чи неконституційність нормативно-правових актів чи їх частини, але воно не зумовлює перегляд чи скасування рішення суду по конкретній справі, яка стосується суб'єкта звернення (згідно роз'яснень Вищого господарського суду) і не є підставою для перегляду цієї справи. В такому випадку рішення Конституційного Суду України має лише перспективну дію. Таким чином із скасуванням неконституційного акту зникає можливість порушення конституційних прав громадян у майбутньому. Запровадження ж конституційної скарги і визнання неконституційними нормативно-правових актів має наслідком і скасування таких актів і перегляд конкретного рішення.

Відповідно, збільшуються можливості Конституційного Суду України щодо підтримання режиму конституційної законності. В тому числі

виникає своєрідний запобіжник для правотворчих органів уникати прийняття неконституційних актів.

Щодо можливих негативних наслідків, то слід наголосити, що механізм реалізації запропонованих Президентом України змін до Конституції України передбачає внесення своєчасних системних змін і доповнень до законодавства, в т.ч. і Закону України Про Конституційний Суд України. В протилежному випадку прийняті зміни залишаться недіючими. Серед проблемних аспектів механізму реалізації запропонованих конституційних змін можна назвати такі: протягом якого періоду після прийняття остаточного судового рішення може бути подана скарга (до прикладу, в Іспанії це термін - 20 днів, у Латвії – 6 міс.); уточнення щодо того, чи підлягають захисту лише права визначені в лише Конституції України, чи також і у міжнародних договорах; чи розгляду підлягає лише конституційність закону, чи також і інших нормативно-правових актів; у разі визнання закону неконституційним, рішення по конкретній справі скасовується чи направляється на повторний розгляд і т. ін.?

Крім того, запровадження інституту конституційної скарги при існуванні можливості звернення громадян України до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України (таке звернення Венеційською комісією розглядається як різновид індивідуальної конституційної скарги) може бути надмірним.

Слабкість громадянського суспільства, низький рівень правової культури і правової свідомості окремих громадян може спричинити збільшення кількості звернень до Конституційного Суду України при низькій якості змісту конституційних скарг, недостатній обґрунтованості і т. ін. Відповідне перевантаження роботи Конституційного Суду України зумовить перегляд організаційних засад його діяльності, в т.ч. збільшення співробітників, розроблення спеціального порядку і процедури (в т.ч. попереднього розгляду скарг на предмет відповідності або прийнятності).

В країнах, де існує інститут конституційної скарги цей напрям діяльності Конституційного Суду є найбільш навантаженим. Але ситуація дещо спрощується існуванням конституційних судів окремих земель. До прикладу, у Німеччині розглядається 5 тис скарг щорічно, а у Латвії – 500-600.

Крім того, виникає загроза перетворення Конституційного Суду України на найвищу судову інстанцію в системі судів, яка здійснює контроль і за судовою владою.

Отже, наразі запитань більше ніж відповідей.

Н. М. Оніщенко

завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Заслужений юрист України, академік НАПрН України

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА ЯК ВИМІР СОЦІАЛЬНОЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ В УМОВАХ РОЗВИНЕНОГО І ВПЛИВОВОГО ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Усвідомлення важливості забезпечення ефективного діалогу держави і громадянського суспільства, посилення ролі інститутів останнього в процесі забезпечення і захисту прав людини пройшло тривалий і суперечливий шлях свого розвитку. Незважаючи на те, що станом на 2016 рік в Україні розроблена та прийнята відповідна нормативно-правова база, в основу якої закладена європейська демократична модель розвитку взаємодії владних інститутів з інститутами громадянського суспільства, все ж ще не можна ствердно відповісти на питання, що така взаємодія на сьогодні є ефективною, тобто навіть на сьогодні ще не можна вести мову про досягнення соціально корисного практичного результату такої взаємодії. З огляду на це слід послатися сьогодні на Указ Президента України П. Порошенка щодо необхідності розробки Стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні.

На жаль, але доводиться констатувати, що за 25 років незалежності нашої держави так і не вдалося подолати прірву між офіційно задекларованими цілями розвитку країни – побудова сильної, демократичної, правової держави, з потужною, соціально орієнтованою ринковою економікою, здатною забезпечити гідне життя її громадян – і майже протилежними реаліями перманентно кризового, а на думку окремих науковців, деградованого життя¹ значної частини населення. Так, замість соціально орієнтованої ринкової економіки в Україні утвердився бюрократично-олігархічний капіталізм, в якому визначальну роль, як правильно відзначають українські дослідники, відіграють неекономічні чинники і передусім монопольно корумповані суб'єкти, які реалізують

1 Дем'яненко Б. Криза чи деградація: про сутність українського буття періоду незалежності / Б. Дем'яненко // Гілея: наук. вісник: зб. наук. праць / гол. ред. В. М. Вашеквич. – К.: ВІР УАН, 2013. – Вип. 75 (№ 8). – С. 485-488.

свої приватні інтереси на шкоду загальнонаціональним інтересам та правам громадян². Суспільство гостро відчуває такий стан, про що свідчать численні соціологічні дослідження та опитування громадян³.

З огляду на те, що взаємодія інститутів держави, права і громадянського суспільства має безпосередній вплив на розвиток правової, політичної, економічної систем, механізму держави, з'ясування сутності, змісту та форм такої взаємодії з метою підвищення її ефективності, є актуальним і необхідним. За роки незалежності в Україні склалась мережа інститутів громадянського суспільства: громадські організації, рухи, фонди, благодійні фонди, профспілки, політичні партії, адвокатура, нотаріат, релігійні організації та ін., завдяки яким суспільне життя набуло певних рис громадянського суспільства.

Основними завданнями інститутів громадянського суспільства є представлення інтересів громадян в органах державної влади, здійснення контролю за їх діяльністю, організація участі громадян у вирішенні державних справ та забезпеченні прозорості цих процесів, сприяння встановленню суспільної злагоди шляхом конструктивного діалогу з органами влади, представниками різних політичних сил, національних груп; документування порушень; пошуку засобів захисту прав і свобод людини шляхом надання правової (в тому числі вторинної безоплатної)⁴, психологічної, медичної або іншої підтримки; боротьба з безкарністю, яка сприяє систематичним і постійним порушенням прав та основоположних свобод людини; участь у санкціонованих та несанкціонованих протестних акціях; популяризація прав людини та поширення інформації про захисників прав людини на національному, регіональному й міжнародному рівнях.

У сучасній науці виокремлюють декілька моделей взаємодії між інститутами держави і громадянського суспільства, а саме: соціал-демократичну, в якій громадянське суспільство розглядається як сфера приватних інтересів або сфера об'єднань громадян нижчого від держави ієрархічного рівня; корпоративну модель взаємодії держави й грома-

2 Ещенко П. С. Куда движется глобальная экономика в XXI веке ? / П. С. Ещенко, А. Г. Арсеенко. – К.: Знання України, 2012. – С. 325; Петрушина Т. Соціальний потенціал економічного розвитку Українського суспільства / Т. Петрушина // Вектори змін українського суспільства / За ред. В. Ворони, М. Шульги. – К.: Ін-т соціології НАН України, 2014. – С. 24-46.

3 З результатами цих досліджень можна ознайомитися, зокрема, у книзі: Вектори змін українського суспільства / За ред. В. Ворони, М. Шульги. – К.: Ін-т соціології НАН України, 2014. – 466 с.

4 П. Петренко. Розвиток правової системи та реформи у сфері юстиції. – Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 5. – 2016. – с. 13-15

дянського суспільства, яка передбачає сильну, централізовану державу, що служить інтересам суспільства, бере активну участь в організації суспільних процесів; ліберальну модель, що полягає у розмежуванні громадянського суспільства і держави, а їхня взаємодія має договірний характер, метою якої є збереження і захист природних прав людини. Крім того, виокремлюють такі моделі: партнерська взаємодія, яка заснована на домінуванні влади; модель відсутності взаємодії (ігнорування); конфронтаційна модель взаємодії органів влади та громадянського суспільства; конфронтаційна, патерналістська і консенсусна. За умов тоталітарного режиму формується «модель повного «поглинання» громадянського суспільства державою; авторитарного – модель часткового «поглинання» державою громадянського суспільства; і лише за демократичного режиму взаємодія держави і громадянського суспільства виступає як модель рівноправного партнерства⁵.

Сьогодні найбільше громадська активність проявляється у мережі Інтернет. Переважно громадяни обирають непротестну активність (наприклад переконання друзів у своїх політичних поглядах, контакти з офіційними представниками влади, участь у роботі громадських організацій тощо) порівняно з протестною (наприклад участь у мітингах, голодуванні, пікетуваннях тощо)⁶.

На відміну від цього, з кінця 2013 – початку 2014 років простежується тенденція до підвищення активності громадян і появи нових її форм активності. Відмінністю Революції Гідності є те, що громадянська активність після неї не спадає, а переходить в інші форми. Це й волонтерський рух, й зростання довіри до громадських організацій, формування нових форм громадської активності, зокрема, добровольчих батальйонів.

До того ж, історичне минуле свідчить про значний потенціал українського суспільства, який проявляється у критичних обставинах та підтверджує здатність суспільства до опору, пошуку шляхів покращення свого становища не еволюційним, а революційним чином. Зазначені події є наслідком невиконання державою своїх обов'язків щодо захисту прав, свобод та законних інтересів своїх громадян; про відсутність

5 Гурицька М. С. Основні моделі взаємодії громадянського суспільства і держави: автореф. дис. ... канд. політ. наук: спеціальність 23.00.02 – «політичні інститути та процеси» / М. С. Гурицька. – Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – Київ, 2009. – С. 7, 8, 9, 10.

6 Дембіцький С. Соціологічна діагностика стану громадської активності в Україні / С. Дембіцький // Українське суспільство 1992-2013. Стан та динаміка змін. Соціологічний моніторинг / За ред. В. Ворони, М. Шульги. – К.: Інститут соціології НАН України, 2013. – С. 114.

взаєморозуміння і діалогу між інститутами громадянського суспільства та органами державної влади. Причинами цього є: протиріччя між універсальними цінностями, що панують у суспільстві, суспільними, загальнонародними та загальнодержавними інтересами та егоїстичними клановими, олігархічними інтересами владної верхівки; протиріччя між проголошеними принципами демократії, конституційної природи держави та соціально-політичною практикою; практична безправність та незахищеність особи, відсутність в державній системі механізмів захисту населення; розквітом бюрократизації та корумпованості, свавілля силових, податкових, судових структур; сепаратизм у багатонаціональній державі; виникнення всередині правлячої еліти гострих соціально-політичних протиріч, зіткнення різних гілок влади тощо⁷.

Відповідно в Україні, яка перебуває в постійному трансформаційному процесі, формування моделі (або форми) взаємодії громадянського суспільства і держави відбувається в умовах неефективної системи соціального партнерства; відчуженості від держави; відсутності ефективних економічних реформ, які б сприяли утвердженню економічно сильного, стабільного і незалежного від держави громадянина; відсутності спільних цінностей; відсутності фінансової підтримки та сприяння з боку держави для формування середнього класу, який є запорукою існування громадянського суспільства; низьким рівнем політичної культури тощо⁸.

Така ситуація виникла всупереч існуванню нормативно-правового забезпечення у галузі налагодження діалогу влади і громадянського суспільства, яке спрямоване на врегулювання їх взаємодії, а саме: одним із здобутків чинної Конституції України є закріплення основних засад існування громадянського суспільства та взаємодії його інститутів із органами державної влади. Насамперед необхідно зазначити, що цим питанням безпосередньо присвячено розділ перший Конституції України. Зокрема, у статті 5 зазначено: носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу.

7 Сіренко В. Ф. Про легальність та легітимність державної влади / В. Ф. Сіренко. – К.: Оріяни, 2006. – С.18-19.

8 Гурицька М. С. Основні моделі взаємодії громадянського суспільства і держави: автореф. дис. ... канд. політ. наук: спеціальність 23.00.02 – «політичні інститути та процеси» / М. С. Гурицька. – Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – Київ, 2009. – С. 7, 8, 9, 10.

Зрозуміти сутність взаємодії держави та громадянського суспільства можна за допомогою законодавчо визначеного поняття соціального діалогу, яке закріплене у статті 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні»: «соціальний діалог – процес визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної соціальної та економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин»⁹.

Налагодження соціального діалогу можливе шляхом створення спеціальних механізмів, без яких законодавчі положення часто залишаються декларативними та відбуваються у формі монологу кожної із сторін цього процесу. Суспільно-політична та економічна криза сьогодення є наслідком такого розвитку подій. Адже реальний рівень життя населення в Україні, його добробут і благополуччя дозволяють стверджувати про необхідність пошуку дієвих засобів активізації роботи та посилення впливу інститутів громадянського суспільства на розвиток державотворення і правотворення в Україні.

В цьому контексті вкрай актуальною стає проблема реформування в сфері конституційної юстиції. Слід зазначити, що на сьогодні певного доктринального усвідомлення вимагає проблема розуміння: яким саме повинен бути сектор реформ в сфері конституційної юстиції, а також певна увага повинна приділятися консолідації реформ, які відбуваються в державі.

Слід зазначити, що способи захисту прав і свобод людини в сфері конституційної юстиції до останнього часу були «досить обережними», тому зрозуміло, що потенціал конституційної юстиції використовується сьогодні недостатньо саме в означеному контексті.

Так, додаткового вивчення потребують моделі конституційної юстиції (англосаксонська, де функції виконують всі або частина загальних судів, основна роль належить верховним судам; континентальна – функції реалізуються спеціальними конституційними судами).

Не меншу увагу слід звернути, про що неодноразово зазначали українські вчені, на правозахисну функцію держави, додаткових опрацювань і зусиль наукової спільноти потребує проблема обґрунтування

9 Закон України «Про соціальний діалог в Україні» від 23 грудня 2010 року // Офіційний сайт Верховної Ради України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2862-17/print1444934181041594>.

необхідності прийняття Державної стратегії по реформі конституційної юстиції, зокрема, доктринальний напрям та практичний. Втім, мабуть, сьогодні найбільша увага вчених пов'язана саме з необхідністю урівняти права громадян і органів влади щодо звернення до Конституційного суду з питань тлумачення Конституції.

Особлива увага з урахуванням вищевикладеного повинна, на наш погляд, приділятися інституту конституційної скарги в Україні. Спершу зазначимо, що, на жаль, в Конституції України не приділялася спеціальна увага цьому інституту. Деякі вчені пов'язують це, зокрема, із фрагментарністю вивчення та опрацювання цього інституту. В той же час, саме цю фрагментарність пов'язують з тим, що є наявною відсутність інституту конституційної скарги у Конституції України. Так, М. Гультай зазначає, що наука в даному випадку часто розвивається за принципом слідування за законодавцем. Інакше кажучи у науковому дискурсі присутні переважно ті питання, які вже є давністю конституційного законодавства в Україні. Спроби ж обґрунтування якісно нових законодавчих конструкцій (у тому числі і конституційної скарги) зустрічаються набагато рідше. Натомість, на думку вченого, наукове пізнання має відбуватися за іншою логікою – наука має саме вести законодавця, пропонуючи останньому шляхи вдосконалення правового регулювання конституційного ладу в державі, основоположних прав і свобод, діяльності державного апарату тощо¹⁰.

Крім того, слід зазначити, що деяка група вчених ототожнює «звернення» та «скаргу». Саме з цього приводу хочемо зазначити, що навіть невелика наукова розвідка дає всі підстави вважати такі терміни неідентичними і не тотожними. Зокрема, «звернення» визначають як дію, або заклик, або привітання, адресовані народові, колективу, організації, спеціалістам якої небудь галузі¹¹. Скарга ж визначається як висловлення невдоволення, нарікання, суму (емоційний елемент) або офіційна письмова, або усна заява про незаконні дії особи чи установи¹².

В такий спосіб, аналізуючи інші довідкові словникові видання можемо констатувати, що навіть термінологічно «звернення» і «скарга» є досить різними за своєю природою поняттями та категоріями.

Визначивши наше ставлення до цих явищ правової дійсності, хочемо певну увагу приділити суб'єктам конституційної скарги, що також є досить спірним питанням, яке безумовно потребує свого вивчення. Зокрема,

10 Гультай М.М. Ідея конституційної скарги у сучасній конституційно-правовій доктрині України. – Часопис Київського університету права. – 2012. - № 2. - с. 85-89.

11 Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доп.), Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К., Ірпінь ВТФ «Перун», 2005 - с. 445, 1326 [1728 с.]

12 Те саме, ст. 1326

деякі вчені (П.Б. Євграфов) вважають, що серед суб'єктів слід виділити громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства і об'єднання громадян. В той же час, вчений заперечує проти надання права звернення зі скаргою до органу конституційної юрисдикції суб'єктам господарювання. Крім того, деякі вчені вказують, що правом звернення з конституційною скаргою мають користуватися як фізичні, так і юридичні особи. Проте, щодо останніх, то це право повинно поширюватися лише на юридичних осіб приватного права. Втім, вчені не дійшли згоди як бути в цьому разі з європейською практикою, використанням цього права професійними асоціаціями, наприклад, спілками медичних працівників, науковців тощо.

Наступним етапом характеристики конституційної скарги є суперечка навколо того, чи вважати необхідним трансформувати конституційне звернення у конституційну скаргу або ж вважати конституційну скаргу певним доповненням до конституційного звернення, дозволяти їх «одночасне існування в просторово-часових вимірах» або вважати певний проміжок часу дещо проміжним, тимчасовим щодо співвідношення скарги і звернення.

Крім того, певне побоювання викликають не тільки сутнісні, але й організаційні, інструментальні аспекти вивчення конституційної скарги, зокрема, чи потребуватиме дане питання внесення відповідних змін у структуру Конституційного Суду України, викликане необхідністю опрацювання досить великою кількістю скарг, чи потребуватиме це додаткової палати, розширення штату, яким буде фахове оформлення скарги тощо.

Ще одним суттєвим аспектом, на якому нам хотілося б зупинитися, є певна прогалина у вивченні світових моделей конституційної скарги, зокрема, світового і європейського досвіду як дієвого засобу забезпечення прав, свобод і законних інтересів людини.

Підсумовуючи хочемо зазначити, що в наш час, коли, на жаль, «максимізовані» проблеми обговорення прав і свобод людини але, на жаль, «мінімізовані» дієві механізми їх забезпечення і захисту, конституційну скаргу слід, на наш погляд, розглядати як інститут демократичної правової держави, а головне – забезпечення права народу на належне урядування.

О. В. Батанов

д.ю.н., професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ІНСТИТУТ АВТОНОМІЇ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО УНІТАРИЗМУ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Однією з найбільш складних проблем теорії та практики становлення, розвитку, організації та функціонування державної території, територіального устрою та територіальної організації публічної влади була й залишається проблема автономій. Адже у сучасному світі доволі багато держав, які мають у своєму складі різні автономні утворення. Особливо актуальною ця проблема є для унітарних держав. Іноді такі країни називають унітарними державами з автономними включеннями.

Враховуючи, що до групи складних за своєю територіальною організацією унітарних держав відноситься і Україна, у складі якої є Автономна Республіка Крим, яка, попри її анексію та окупацію з боку Російської Федерації, згідно ст. 134 Конституції України залишається невід'ємною складовою частиною України, досвід зарубіжних країн в аспекті організації та функціонування автономій є дуже важливим та пізнавальним.

Найдавнішими своєрідними автономіями в Європі, що існували задовго до нової ери, були грецькі міста-поліси. Автономні утворення у Стародавньому Римі мали дещо інші форми: до них належали окремі колонії, муніципії – громади провінційних міст, які з давніх часів перебували у складі Римської держави. За муніципіями зберігалось право внутрішнього самоврядування – свої міські магістрати, автономні суди. Поряд із цими видами громад, що мали різні ступені автономності, в Римі існували також так звані вільні міста, які мали *jus exitu* (право виходу), тобто широку автономію. Історичне значення запровадження автономії у республіканському Римі полягає в тому, що таким чином багатьом народам було забезпечено виживання, певний розвиток продуктивних сил, і прилучення до більш високих форм цивілізації.

Період феодалізму в Західній Європі характеризується тим, що на її території сформувалося кілька великих державних об'єднань з автономіями різних форм. Найпотужнішим серед них було ранньофеодальне

королівство Німеччина, яке упродовж тривалого часу залишалося децентралізованим державним утворенням, до складу якого входили десятки, а в окремі періоди і сотні феодальних володінь. Такого роду автономні утворення відігравали важливу роль у державотворчому процесі та задоволенні інтересів окремих груп населення. Так, в Німеччині та деяких інших європейських країнах, крім автономії середньовічних міст та провінцій, тривалий час зберігалися також вільні сільські громади (марки), які цілком можна вважати своєрідними автономіями.

Автономією як специфічною формою територіальної організації публічного управління є територія, якій держава для врахування національних, історичних, економічних, географічних, релігійних та інших особливостей населення в окремих адміністративно-територіальних одиницях надає розширені права з питань місцевого значення або забезпечує політичні та духовно-культурні запити різних форм цих груп населення шляхом їх екстериторіальної самоорганізації.

Автономія відіграє значну роль в удосконаленні державного устрою у сучасних багатонаціональних унітарних і федеративних державах, зокрема у комплексному розв'язанні трьох головних проблем: децентралізації влади, регулюванні міжнаціональних відносин та захисті культурних цінностей народів, що проживають на території даної країни.

Наявність автономних утворень, безумовно, ускладнює політико-територіальну організацію цих держав, вносить у неї певну асиметрію. Але сама по собі наявність на території даної країни однієї, двох або навіть більше автономій ще не виводить її за рамки унітарності та не перетворює її у федерацію. Адже, автономність і суверенність – це якісно різні виміри самостійності політико-територіальних одиниць, суб'єктів. Загальна тенденція демократизації устрою держав у сучасному світі визначає загальну тенденцію зростання децентралізації територіального устрою різних країн, розширення автономії та місцевого самоврядування. Найбільш яскравою демонстрацією цих тенденцій децентралізованого та регіоналізованого унітаризму, або так званого «квазіфедералізму», є перетворення у сучасний період ряду унітарних держав у «держави автономій», уся або переважна частина території яких складається автономних одиниць. Їх нерідко взагалі називають регіоналістськими державами, які у певному сенсі займають проміжне місце між унітарними та федеративними державами, не виходячи у загальному та цілому за рамки унітаризму.

Слід зазначити, що автономія – це особливий статус території у державі (або сама територіальна одиниця із відповідним статусом), яка передбачає більш або менш широкі можливості самостійно вирішувати

свої внутрішні проблеми поза меж прав та повноважень держави у цілому, до складу якої входить дана самоврядна одиниця. У даному випадку йдеться про територіальну автономію, хоча поняття «автономія» використовується й у більш широкому плані, яке включає, зокрема, організаційну автономію (автономність у партійному, профспілковому та іншому будівництві) та культурному (культурна та національно-культурна автономії тощо).

Оскільки останні мають здебільше екстериторіальний характер та безпосередньо не пов'язані з політико-територіальною організацією держави, зосередимо увагу на аналізі територіальних автономій. Втім, запровадження автономії є одним із ефективних шляхів часткового розв'язання етнонаціональних суперечностей. Про це, зокрема, свідчать певні успіхи у державному будівництві таких європейських країн, як Австрія, Данія, Нідерланди, Португалія, Фінляндія, Франція, Швейцарія. Їх позитивний досвід створення ефективних правових та організаційних гарантій захисту прав як національних меншин, так і корінних народів є доволі пізнавальним та повчальним.

Як зазначається у Резолюції ПАРЕ 1334 (2003) «Про позитивний досвід автономних регіонів як джерело натхнення для врегулювання конфліктів в Європі», автономія в тому вигляді, в якому вона існує в державі, яка поважає верховенство закону і гарантує своїм громадянам основоположні права і свободи, повинна, швидше, розглядатися як «внутрішньодержавне утворення», що дозволяє меншості користуватися своїми правами і зберігати свою культурну самобутність і при цьому забезпечує певні гарантії єдності, суверенітету і територіальної цілісності держави (п. 10). Під «територіальною автономією» у цій Резолюції розуміється механізм, який зазвичай застосовується в суверенній державі, згідно з яким жителям певного регіону надаються розширені повноваження, що відображають їх особливе географічне положення і захищають їхні культурні та релігійні традиції і заохочують їх розвиток (п. 11). При цьому, згідно Резолюції, «автономія не панацея, а пропонувані нею рішення не скрізь є прийнятними і застосовними. Однак вину за невдачі слід покладати не скільки на автономію як таку, а на умови, в яких вона здійснюється. При визначенні автономного статусу слід завжди враховувати географічні, історичні та культурні умови відповідної місцевості, а також дуже різняться характеристики конкретних випадків і зон конфліктів» (п. 15).

Традиційно виділяють дві форми територіальної автономії: політичну (законодавчу) і адміністративну (місцеву). Зокрема, політична форма

територіальної автономії характеризується тим, що носій її має зовнішні ознаки держави – парламент, уряд, іноді конституцію, громадянство тощо, причому в загальнодержавній конституції звичайно визначається сфера законодавчої компетенції автономного парламенту. Статус політичної автономії, як правило, встановлюється у конституції або у спеціальному законі. Так, у Конституції Португалії 1976 р., якою передбачається автономія Азорських островів та Мадейри, вказується, що їх особливий політико-адміністративний режим базується на «географічних, економічних та соціальних характеристиках та на історичному прагненні острівного населення до автономії». Метою автономії визначається «демократична участь громадян в управлінні економіко-соціальним розвитком, стимулювання та захист обласних інтересів, а також зміцнення національної єдності та солідарності між усіма португальцями» (ст. 227).

Адміністративна форма автономії таких ознак не має, а коло автономних прав територіальних одиниць визначається, як правило, звичайним законом. Конституції і закони в більшості випадків передбачають, що автономні одиниці виробляють (іноді також самі приймають) основні нормативні акти, що визначають їхній внутрішній устрій (конституції, статuti, положення, хартії самоврядування тощо). У даних автономних утвореннях функціонують ті саме органи, що й у звичайних адміністративно-територіальних одиницях: збори народних представників та місцеві народні представництва, які, однак, мають деякі додаткові права (наприклад, права на зовнішньоекономічну діяльність, переваги у використанні місцевих природних ресурсів).

Територіальним одиницям зі значною часткою інонаціонального населення чи населення, що відрізняється іншими особливостями свого побуту, обумовленими, зокрема, острівним положенням території, надається іноді особливий автономний статус, що характеризується у деяких випадках як національно-територіальна автономія. Таку автономію мають населені шведами Аландські острови у Фінляндії, острівні і прикордонні області Італії, населені ескімосами – острів Гренландія в Данії тощо.

Цікавим є конституційний досвід врегулювання статусу автономій у Республіці Сербія. Так, згідно Конституції Сербії 2006 р. автономні провінції, відповідно до Конституції та Статутом, а також суб'єкти місцевого самоврядування, відповідно до Конституції та Закону, повинні автономно регулювати організацію і повноваження своїх органів і державних служб (ст. 179). Передбачено, що автономні провінції і суб'єкти місцевого самоврядування повинні співпрацювати з відповідними територіальними громадами та суб'єктами місцевого самоврядування з інших країн, в ме-

жах політики Республіки Сербія, дотримуючись територіальної цілісності і правової системи Республіки Сербія (ст. 181). Статтею 182 Конституції Сербії встановлено, що автономна провінція – це автономні територіальні общини, в яких громадяни реалізують своє право на провінційну автономію. У Республіці Сербія є Автономна Провінція Воєводина та Автономна Провінція Косово і Метохія. Значна автономія Автономної Провінції Косово і Метохія повинна регулюватися спеціальним законом, прийнятим відповідно до порядку, передбаченого для зміни Конституції. Можуть встановлюватися нові автономні провінції, а вже існуючі – можуть скасовуватися чи об'єднуватися згідно з порядком, передбаченим для зміни Конституції. Пропозиція встановити нову автономну провінцію, скасувати або об'єднати існуючі автономні провінції має підтверджуватися громадянами на референдумі відповідно до Закону. Територія автономних провінцій і умови, за яких можуть бути змінені межі між автономними провінціями, повинні регулюватися Законом. Територія автономних провінцій не може бути змінена без згоди її громадян, вираженої шляхом референдуму, відповідно до Закону.

Унікальним є досвід таких унітарних держав як Італія та Іспанія, який свідчить, що у них всебічно та повно визнається та гарантується право народів на автономію. Так, ст. 2 Конституції Іспанії проголошує непорушну єдність іспанської нації, єдину і неподільну вітчизну всіх іспанців: вона визнає і гарантує право на автономію для національностей і регіонів, її складових, і солідарність між ними; згідно ст. 5 Конституції Італії Республіка, єдина і неподільна, визнає місцеві автономії і сприяє їх розвитку.

Територіальній устрій держави, проголошує Конституція Іспанії, включає муніципії, провінції і автономні співтовариства, що засновуються. Всі ці утворення користуються автономією при веденні своїх справ. Конституція гарантує автономію муніципій. Вони володіють всією повнотою прав юридичної особи. Провінція є місцевим утворенням, що користується правами юридичної особи. Вона являє собою об'єднання певної кількості муніципій на основі територіального принципу для здійснення державної діяльності (ст. 137, 140, п. 1 ст. 141 Конституції Іспанії). Аналогічні норми містить і Основний Закон Італійської Республіки. Її територія розподіляється на області, провінції і комуни. Області створюються як автономні утворення з власними повноваженнями і функціями згідно з принципами, встановленими в Конституції (ст. ст. 114–115 Конституції Італії).

Італію, рівно як Іспанію, іноді характеризують як «держави автономій», враховуючи, що найбільш суттєвою характеристикою таких держав є

наявність рис, специфічних для федерації. По суті це вже не унітарні, але ще не федеративні держави. Конституції цих держав, гарантуючи право на автономію, як правило, передбачають територіальний принцип утворення автономії. Також у них визначається мета створення автономії – в Конституції Іспанії автономії «володіють всією повнотою прав юридичної особи... для здійснення державної діяльності», а згідно Конституції Італії автономії володіють «власними повноваженнями і функціями».

Крім права на автономію адміністративно-територіальних одиниць, що входять в їх склад, конституції гарантують право автономії на статути, конституції. Так, за Конституцією Іспанії, «у здійсненні права на автономію, що визнається в ст. 2 Конституції, що межують один з одним провінції, що мають загальні історичні, культурні і економічні особливості... можуть отримати самоврядування і утворити автономні співтовариства відповідно до положень цього розділу і відповідних статутів» (п. 1 ст. 143); «Статути автономних співтовариств закріплюють: назву автономного співтовариства; кордони його території; повноваження автономного співтовариства в рамках Конституції...» (ст. 147 Конституції Іспанії). «Кожна область має свій статут» (ст. 123 Конституції Італійської Республіки); «Сицилія, Сардинія, Трентіно-Альто-Адідже, Фріулі-Венеція-Джудія і Валле д'Аоста мають особливі форми і умови автономії згідно з спеціальними статутами, встановленими конституційними законами» (ст. 116 Конституції Італійської Республіки).

Автономії в складі більшості унітарних держав, зокрема, Іспанії та Італії в межах, встановлених конституціями, мають право видавати нормативно-правові акти, які не повинні суперечити діючій конституції і законам держави. У разі невідповідності нормативно-правових актів автономії конституції і законам держави питання про конституційності цих актів розглядає або конституційний суд, або інші, передбачені конституцією держави державні структури. Ідея створення такого арбітражу для контролю за діяльністю парламенту, президента і інших вищих органів держави була реалізована в післявоєнній Європі через створення органу конституційної юрисдикції – конституційний суд.

Так, в Іспанії контроль за діяльністю органів автономних співтовариств здійснюється Конституційним Судом відносно конституційності прийнятих ними нормативних актів, що мають силу закону; урядом по представленню державної ради відносно здійснення повноважень, делегованих співтовариствам; органами адміністративної юстиції відносно управління і регламентації норм, а також Рахунковою палатою в тому, що стосується економічних і бюджетних питань (ст. 153 Конституції

Іспанії). Про аналогічний підхід свідчить і конституційна регламентація Італійської Республіки: область видає законодавчі норми, якщо вони не суперечать національним інтересам і інтересам інших областей (п. 1 ст. 117); урядовий комісар керує діяльністю державної адміністрації (ст. 124 Конституції Італійської Республіки).

Отже, автономії різного порядку, рівня та характеру існують сьогодні у багатьох зарубіжних країнах. Вони можуть утворюватися з урахуванням історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій регіонів. Цей досвід свідчить, що автономії можуть мати хартії, статuti і конституції, які приймаються автономіями і затверджуються законодавчими органами держав. У цих документах закріплюється правовий статус автономії, назва автономії, межі території автономії, повноваження автономії.

Практика конституційного будівництва складних за своєю територіальною організацією унітарних держав демонструє, що якими б повноваженнями не володіли автономні утворення, вони залишаються складовими частинами держави не руйнуючи цілісної матерії унітаризму та суверенітету цих держав, що закріплено в конституціях більшості унітарних держав, які мають у своєму складі такі утворення. На практиці це звичайно не виключає проявів сепаратизму, протистоянь і конфліктів між центром і автономізованими регіонами (наприклад, досвід Іспанії у її перманентних конфліктах з Країною Басків). Подекуди, на конституційному рівні взагалі встановлюють заборону утворення автономних територіальних утворень. Так, Конституція Народної Республіки Болгарія (ст. 2) не допускає виникання в унітарній країні автономних територіальних утворень.

Попри ці тенденції, європейській та в цілому світовий досвід підтверджує те, що унітаризм є перевіреним часом та історично й політично обумовленим феноменом, найбільш стабільною та ефективною з точки зору організації публічної влади та управління формою державного устрою, а наявність у складі унітарних держав автономних включень не руйнує засад унітаризму.

Автономний статус територій у складі унітарної держави, за своєю природою, визначенням, завданнями та функціями, насамперед, залежить від співпраці і координації між центральними органами влади і автономними утвореннями. Його слід надавати виключно на основі угоди, досягнутої в результаті переговорів між зацікавленими сторонами.

Світовий досвід свідчить, що центральні та автономні органи влади повинні визнати, що автономний статус є частиною динамічного процесу

і завжди може бути змінений шляхом переговорів. При цьому стабільність унітарних держав з автономними утвореннями значною мірою залежить від реальності конституційних гарантій статусу автономій, зокрема, закріплення статутів і основоположних принципів, що визначають автономний статус, в конституції, а не тільки в законодавстві, з тим щоб поправки в них могли вноситися тільки відповідно до конституції.

Уникнення суперечок в угодах про автономний статус має забезпечуватися чітко обумовленим розподілом функцій та повноважень між центральними і автономними органами влади. Зарубіжний досвід свідчить, що для запобігання зловживання повноваженнями автономій повинні створюватися спеціальні механізми вирішення спорів між центральними органами влади і керівництвом автономії, при цьому, якщо напруженість у таких відносинах буде зберігатися, міжнародне співтовариство може виступити з ініціативою проведення переговорів.

Також зарубіжний досвід вказує, що як конституційні положення, так і, особливо, прийняті на їх основі акти про автономний статус, повинні усебічно та детально гарантувати належне представництво і ефективну участь автономних влад в процесах прийняття рішень і в управлінні громадськими справами, передбачати виділення фінансових коштів та / або субсидій, що дозволяють владі автономії здійснювати додаткові повноваження, покладені на них центральними органами влади, забезпечувати обов'язковий захист прав меншин, що проживають на їх території, якщо ці права ігноруються або порушуються тощо.

Врахування цих та інших вироблених світовою конституційною практикою принципів дозволить у перспективі, після відновлення повноцінного контролю України над територією Кримського півострову та її деокупації, встановити оптимальний конституційний порядок взаємовідносин між центральною владою та Автономною Республікою Крим, в основі якого принцип непорушності унітарного устрою української держави. Аналіз відомих світовій практиці різновидів державного устрою, а також вікових традиції вітчизняного державотворення, вказує на те, що Україна, – об'єктивно і суб'єктивно, – ближча до унітарної децентралізованої держави. Незважаючи на перманентні дискусії та твердження про те, що історично Україна тяжіє до федералізму, пропозиції щодо федеративного устрою України слід вважати штучними та невідповідними історичним та, передусім, існуючим політико-правовим реаліям.

Федералізація державного устрою України (у будь-яких формах: класичного або кооперативного федералізму, федеративного дуалізму, федерально-матричної моделі тощо) у сучасних умовах жодною мірою

не перевірена досвідом сучасних федерацій у зарубіжних країнах, політичною ситуацією у країні, прогнозами на її історично видиме майбутнє, її соціально-демографічною мапою тощо, особливо в умовах, коли настає якісно новий етап розвитку української нації, йде практичний процес та теоретичне обґрунтування власної державності, по суті формування нової державної нації у широкому (загальногромадянському) розумінні цього слова.

Якщо централізована федерація є для державності України небезпечною і небажаною, то реалізація ідеї децентралізованої федерації в Україні, на якій наполягають деякі сепаратистські кола, стала б політичною і соціальною катастрофою. За таких умов, за висновками більшості вітчизняних експертів, оптимальна конституційна модель державного устрою України – унітарна конституційно децентралізована держава з адміністративно-територіальною автономією – Автономною Республікою Крим.

О. О. Кваша

д.ю.н, професор провідний науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПРАВО ГРОМАДЯН НА САМОЗАХИСТ У НОРМАХ КОНСТИТУЦІЇ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ

Забезпечення прав людини в нашій державі було започатковано з прийняттям у 1996 році Конституції України. Право на життя та здоров'я як природне право людини визнано та гарантовано Основним законом. Те чи інше право, навіть якщо воно є природним і абсолютним, повинно бути забезпечено Конституцією та реалізовано у галузевому законодавстві. У багатьох статтях Конституції України закріплено за людиною право на життя, а на державу в особі уповноважених органів покладено обов'язок захисту цього права. У статті 27 зазначено: «ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини». Однак стан протидії злочинності у нашій державі останні десятиліття є вкрай незадовільним, а трагічні події, що розпочалися 2014 року, та продовжуються і сьогодні, засвідчили, що держава не спроможна виконувати свій обов'язок у повній мірі.

Положення Конституції України визначають спрямованість і зміст норм кримінального права. Вищезгадана статті 27 є підтвердженням цієї тези у частині того, що гарантує кожній особі «право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Відповідно до цієї норми Основного Закону в ст. 36 КК України докладно регулюються права громадянина на необхідну оборону, зокрема, чітко окреслюються її межі, вказується, що дії особи, яка захищається, є правомірними і належать до обставин, що виключають злочинність діяння, на підставі чого вчені розглядають норми Конституції України як джерело кримінального права¹.

Україна вже кілька років здійснює необхідні кроки до повноцінного членства в Євросоюзі. Фахівці в галузі конституційного права відзнача-

1 Бурда С.Я. Норми Конституції України як джерела кримінального права / С.Я. Бурда, М.Б. Боднар // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ, ВАІТЕ 2015. – С. 238-239.

ють: для європейського способу розуміння феномену обґрунтування прав людини характерне специфічне поєднання *ідеї природного права* та певної природи самої державної влади. Причому, результатом цього поєднання є поява не просто якогось конкретного права, а саме системи прав і свобод людини...². Право на необхідну оборону, передбачене у статті 36 КК України, якраз і відноситься до таких природних прав. Історично так склалося, що право оборони від небезпеки, яка загрожує людині, було віднесено *до природних*, природжених прав, які надано людині самою природою, суть яких полягає в тому, що разом з писаним правом, яке складалося з сукупності законів, над ним або поза ним існує таке неписане право, яке «вдихнула» у людину *мати-природа*, яке виходить з самої сутності людини, з розуму, який відокремлює його від усього іншого світу³.

Зважаючи на вищенаведене, не можна не визнавати ключову, визначальну роль Конституції у забезпеченні цього права у нормах кримінального та іншого галузевого законодавства. Так, у передмові до колективної монографії, підготовленої фахівцями Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, задекларовано, що Конституція є системоутворюючим фактором ... національної правової системи в цілому, а у післямові до цього видання обґрунтовано висновок, що конституція насамперед закріплює нормативну модель та юридичну конструкцію найважливіших суспільних відносин, тим самим визначає системні, структурні, функціональні та ін. зв'язки між різними суспільними інститутами, завдяки яким забезпечується гармонійний розвиток усього суспільства⁴.

П.Л. Фріс щодо конституційного положення про право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань наголошує: «Ми постійно співвідносимо останнє з правом на необхідну оборону (ст. 36 КК). Але, і це, напевно, найважливіше – не передбачаємо у законодавстві реальних можливостей для громадянина реалізувати це право. Мова йде про право громадян на зброю *само-*

2 Прокопов Д.Є. Права людини як предмет обґрунтування і дослідження конституційно-правової теорії // Проблеми теорії конституційного права України / За заг. редакцією Ю.С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – С. 251.

3 Гориславський К. О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Гориславський Кирило Олександрович. – Донецьк, 2003. – С. 15.

4 Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: монографія [наук. ред. Ю. С. Шемшученко, відп. ред. Н. М. Пархоменко]. — К.: Вид-во «Юридична думка», 2013. — С. 3, 291.

захисту (курсив наш. – О.К., Г.А.)».⁵ Звертає на себе увагу використання вченим терміну «самозахист» відносно необхідної оборони. Вітчизняний конституціоналіст К.О. Гориславський у багатьох своїх наукових працях визначає саме необхідну оборону як одну з форм самозахисту (складову самозахисту), при цьому зазначаючи, що в Конституції поняття «самозахист» не розкривається, як і немає такого поняття в жодній галузі національного права⁶. У тлумачному словнику української мови також не знаходимо термін «самозахист», натомість через нього роз'яснюється поняття «самооборона». Саме цим терміном іменують окремі вчені універсальну (або загальну) обставину, що виключає злочинність діяння⁷. Самооборона – це оборона самого себе від небезпеки, нападу, ворожих дій і т. ін.; оборона самого себе власними силами; самозахист / оборона країни силами і засобами населення поряд з обороною силами держави⁸. З наведеного випливає два висновки щодо сутності поняття «самозахист»: по-перше, його слід тлумачити не стільки як «захист самого себе», а як «самостійний захист, власними силами»; по-друге, йому іманентно властиве право людини на захист від протиправних посягань власними силами не лише свого чи інших осіб життя, здоров'я, прав і свобод, але й *інтересів суспільства чи держави*. «Іманентний» означає властивий природі самого предмета або явища, внутрішньо притаманний їм⁹. Таким чином, конституційне право на самозахист іманентно включає і право громадян власними силами захищати інтереси суспільства і держави, якщо їм загрожує безпека. Власне саме цим правом скористалися тисячі громадян України, зорганізувавшись у добровільчі батальйони

-
- 5 Фріс П.Л. Ідеологічні основи політики у сфері боротьби зі злочинністю / П.Л. Фріс // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ, ВАІТЕ 2015. – С. 216.
 - 6 Гориславський К. Гарантії права людини на самозахист життя та здоров'я / К. Гориславський // Право України. – 2001. – № 12. – С. 35; Гориславський К. Самозахист чи необхідна оборона? / К. Гориславський // Захист прав, свобод і законних інтересів громадян України в процесі правоохоронної діяльності: матеріали Міжвузов. наук.-практ. конф., 27 квітня 2001 р., Донецьк / гол. ред. І. Г. Кириченко. – Донецьк: ДІВС, 2001. – С. 345; Гориславський К. О. Право людини на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: [монографія] / К. О. Гориславський, В. В. Конопльов. – Сімферополь: ВАТ «Сімферопольська міська друкарня (СГТ)», 2007. – 160 с.
 - 7 Шевченко А. Є. Обставини, що виключають юридичну відповідальність / Шевченко А. Є., Соловійова В. В., Стрельник О. Л. ; за заг. ред. А. Є. Шевченко. – Донецьк : Юго-Восток, 2011. – С. 158.
 - 8 Новий тлумачний словник української мови : в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – [2-е вид., виправ.]. – К. : Вид-во «АКОНІТ», 2008. – Т. 3: П–Я. – 2008. – С. 237.
 - 9 Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – [2-е вид., виправ.]. – К.: Вид-во «АКОНІТ», 2008. – Т. 1: А–К. – 2008. – С. 787.

для захисту територіальної цілісності України, коли восени 2014 року на початку воєнних дій на сході держави збройні сили та правоохоронні органи не були здатні ефективно протидіяти ворогу. Так звана «гібридна війна» на сході України ставить під сумнів позицію окремих вчених про те, що «надання особі права захищати інтереси суспільства і держави є гаслами минулого, оскільки для відбиття посягань на інтереси суспільства і держави діє система озброєних органів»¹⁰. Доречно пригадати, що у радянську добу існувала тенденція визнання обов'язком громадян захищати насамперед, державні інтереси: «Захист державних, суспільних інтересів, особистості та її права є моральним обов'язком»¹¹. Чинна ж Конституція України у статті 65 закріплює: «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України». В умовах поширення в Україні терористичної та сепаратистської діяльності, зовнішньої агресії, що загрожують територіальній цілісності, суверенітету та самому існуванню України як незалежної держави, право на оборону цих найважливіших державних цінностей, їх самостійний захист виникає у кожного громадянина України.

Стосовно права самозахисту слід наголосити, що прямо чи опосередковано воно закріплено в багатьох положеннях Конституції України, зокрема, ст.ст. 21, 22, 27, 41, 55, 57, 63, 64, 68 тощо. Вчені в галузі конституційного права констатують, що право на самозахист вперше закріплено саме в чинній Конституції України (ст.55), а радянська правова система його не визнавала. Право на самозахист особи необхідно розуміти як форму соціальної активності громадянина у випадку порушення його основних прав. В якості колективного права формами самозахисту можна розглядати право народу України визначати та змінювати конституційний лад, право на звернення (петицію) до органів публічної влади та їх посадових осіб, свободу зібрань, мітингів, демонстрацій, походів, маніфестацій тощо¹². Як відомо, у 2010–2013 роках в Україні відбувались масові порушення свободи мирних зібрань громадян. Вчені в галузі кримінального права відзначають, що влада сама провокувала громадян на «порушення громадського порядку» і наводять дані Центру політико-правових реформ: кількість судових справ про заборону

10 Мочкош Я.В. Необходимая оборона в уголовном праве: генезис, проблемы и предложения / Я.В. Мочкош // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 3. – С. 308; Мочкош Я. Необходима оборона в кримінальному праві України: від ідеї до реальності / Я. Мочкош // Право України. – 2006. – № 10. – С. 98.

11 Советское уголовное право. Общая часть / [под ред. В. Д. Меньшагина, Н. Д. Дурманова, Г. А. Кригера]. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1969. – С. 191.

12 Савчин М.В. Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Савчин Михайло Васильович. – К, 2004. – С. 63-64.

мирних зібрань, розглянутих у 2012 р. окружними адміністративними судами, зросла більш як на третину порівняно з попереднім роком – 355 постанов у 2012 р. проти 227 постанов у 2011 р. (з них 313 заборон проти 203). Відсоток заборон залишився майже без змін – у 88% справ суди ухвалювали рішення на користь органів влади (попереднього року – 89%). Порівняно з 2009 р. кількість таких справ у 2012 р. зросла понад утричі, а кількість заборон – у 4,5 рази¹³. Такі порушення конституційних прав громадян стали однією з причин «Революції гідності», що відбулась в Україні у 2013-2014 роках. Ці події слід розглядати в контексті реалізації громадянами конституційного права на самозахист.

Право на самозахист вітчизняні конституціоналісти в контексті вичезганої статті 55 («Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань») трактують як *право на опір недемократичному правлінню*. В умовах самоорганізації українських громадян для захисту суверенітету і територіальної цілісності України від проявів сепаратизму та зовнішньої агресії, підтримуємо висловлену задовго до цих подій позицію М.В. Кампо, В.М Савчина про те, що право народу України впливає із конституційного положення, відповідно до якого «захист, забезпечення її інформаційної та економічної безпеки є... справою всього Українського народу». Право народу на самозахист здійснюється в індивідуальній та колективній формах (ч. 1 ст. 17)¹⁴. На підставі цього події 2013-2014 років можна визначати як реалізацію *права на опір недемократичному правлінню* (в контексті реалізації конституційного права на самозахист).

У статті 5 Основного Закону зазначено: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу». У сучасній юридичній науці «повстання» розглядається як масовий відкритий насильницький (часто озброєний) виступ деякого класу або соціальної групи проти існуючої влади, панівних класів і груп, національного та релігійного гноблення. Повстання характеризується тим, що панівні класи не віддають владу без опору, вдаються до насильства,

13 Дудоров О.О. Кримінальне право: Навчальний посібник / О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – С.705.

14 Кампо В.М., Савчин М.В. Конституційна держава і конституційна реформа в Україні // Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації. Збірник наукових праць / За заг. ред. Кампа М.В., Савчина М.В. – К., 2008. – С. 189.

а повстанці організують і чинять опір владним силовим структурам»¹⁵. Отже, аналізовані події також можна розглядати як *реалізацію права народу на повстання* для недопущення узурпації влади. Вітчизняні вчені в галузі кримінального права за критерієм правової природи визначають різні підстави виокремлення видів обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, зокрема, до них відносять і *опір владі як реалізація права на громадянську непокору*¹⁶.

Водночас слід відзначити, що Кримінальний кодекс в Україні часто використовується як інструмент зловживань чи з міркувань політичної доцільності. Можливо, найбільшої мірою це стосується застосування як норми про необхідну оборону, так і загалом інституту обставин, що виключають злочинність діяння, оскільки він містить норми, що розмежовують правомірну поведінку, за певними ознаками подібну до злочинної, від справді злочинної. В умовах надскладної суспільно-політичної ситуації, військових дій на окремих територіях Донецької та Луганської областей (так званого АТО), при вирішенні питання про притягнення/непритягнення до кримінальної відповідальності осіб все більшого значення набуває політична складова. Як зазначав майже 20 років тому назад М. Козюбра, в масовій суспільній свідомості України продовжують домінувати уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю якщо й не якогось окремо пануючого класу, то принаймні панівної частини суспільства¹⁷. У результаті перемоги Революції гідності учасники Євромайдану визнані героями, а щодо тих осіб, які їм протидіяли, зокрема окремих учасників «Антимайдану», принаймні відкриті кримінальні провадження. Якщо припустити інший розвиток подій і уявити, що утримався б попередній політичний режим, то, очевидно, що все було б «із точністю до навпаки», і учасники революції мали б усі шанси бути притягнутими до кримінальної відповідальності, зокрема за статтею «Масові заворушення» КК України. На кшталт Жовтневого перевороту 1917 року (термін з Вікіпедії), який за радянських часів відзначався як державне свято «Велика Жовтнева соціалістична революція», а сьогодні тлумачиться вітчизняними вченими як «озброєне повстання – форма прояву внутрішньополітичного конфлікту та найгостріша форма пов-

15 Кузьменко А.М. Теоретико-методологічні та міжнародно-правові аспекти масових конфліктів // Сучасні інститути держави та права: актуальні питання теорії та практики / КУП НАНУ; за заг. ред. Ю.Л. Бошицького. – Львів: СПОЛОМ, 2015. – С. 379.

16 Дудоров О.О. Кримінальне право: Навчальний посібник / О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк / За заг. ред.. М.І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – С. 255.

17 Пархоменко Н.М. Розвиток законодавства України в контексті конституціоналізації, євроінтеграції та забезпечення прав людини: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2016. – С. 9.

стання (*жовтневий переворот* у Петрограді)» (авторська орфографія збережена)¹⁸. Отже, очевидно, що кримінально-правова оцінка тих чи інших діянь не заснована лише на кримінально-правових нормах, а залежить від поглядів і цінностей, які сповідують ті політичні сили, які прийшли до влади та впливають на прийняття рішень суддями. Засноване на принципах законності, об'єктивності та справедливості притягнення/непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, без міркувань політичної доцільності, стане можливим лише за умов функціонування незалежного та неупередженого правосуддя.

Дослідники відзначають, що сьогодні все частіше постає питання щодо можливостей вільного розпорядження особою своїми правами. Йдеться про такі суб'єктивні права, як право на життя, здоров'я, особисту недоторканність тощо¹⁹. Ще 20 років назад П. П. Андрушко здійснення свого права визначав як «своєрідну загальну обставину щодо конкретних обставин, які виключають суспільну небезпечність чи протиправність діяння: необхідна оборона, затримання злочинця, тощо»²⁰. Актуальним сьогодні є розуміння права особи на вчинення ризикованого діяння, до якого вчені відносять і загрозу захоплення території супротивником при воєнному ризику²¹. На підставі вищенаведеного, очевидно, можна розглядати поняття «здійснення (реалізація) конституційного права на самозахист», яке реалізується безпосередньо у нормах Розділу VIII Загальної частини КК України: право на необхідну оборону як спосіб захисту від суспільно небезпечних посягань (ст. 36), право заподіяти шкоду суспільним інтересам у стані крайньої необхідності як єдиний спосіб захисту від небезпеки правоохоронюваним інтересам держави, суспільства чи особи (ст. 37); право на затримання особи, яка вчинила злочин (ст. 38); право на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам під впливом фізичного чи психічного примусу (ст. 40); право

18 Кузьменко А.М. Теоретико-методологічні та міжнародно-правові аспекти масових конфліктів // Сучасні інститути держави та права: актуальні питання теорії та практики / КУП НАНУ; за заг. ред. Ю.Л. Бошицького. – Львів: СПОЛОМ, 2015. – С. 379.

19 Зенова М. В. Поняття, види і значення згоди (або прохання) особи на заподіяння шкоди її правоохоронюваним інтересам (порівняльне кримінально-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / М.В. Зенова. – К, 2015. – С. 1.

20 Кримінальне право України. Загальна частина / [Андрусів Г. В., Андрушко П. П., Бенківський В. В. та ін.]; за ред. П. С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 238-239.

21 Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., переобл. і допов. – Х.: Право, 2015. – С. 320.

відмовитися від виконання злочинних наказів (розпоряджень) (ст. 41); право на вчинення ризикованого діяння (ст. 42).

Встановлення в діянні особи наявності обставини, що виключає злочинність діяння, є гарантією дотримання в державі законності та прав особистості, а також забезпечує захист людини від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, здійснені під час реалізації особою права на самозахист. Право на самозахист є поняттям, якому іманентно властиве право людини на захист від протиправних посягань власними силами не лише свого чи інших осіб життя, здоров'я, прав і свобод, але й інтересів суспільства чи держави. Поняття «право на самозахист» як природне право людини визнано та закріплено у міжнародно-правових актах, впливає із змісту норм Конституції України, а також кримінального законодавства.

I. О. Кресіна

завідувач відділу правових проблем політології Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, член-кореспондент НАПрН України

ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Правовий статус організацій громадянського суспільства був врегульований протягом року з моменту проголошення незалежності України: в 1992 році було Прийнято закон «Про об'єднання громадян». Він до 2001 року регулював діяльність не лише рухів, конгресів, асоціацій, фондів, спілок тощо, а й політичних партій. Поза його рамками залишалися релігійні, кооперативні організації, об'єднання громадян, що мають основною метою одержання прибутків, комерційні фонди, органи місцевого та регіонального самоврядування (в тому числі ради і комітети мікрорайонів, будинкові, вуличні, квартальні, сільські, селищні комітети), органи громадської самодіяльності (народні дружини, товариські суди тощо), інші об'єднання громадян, порядок створення і діяльності яких визначається відповідним законодавством.

Після прийняття закону «Про громадські об'єднання» у 2012 році, поза межами його регулювання опинилися релігійні організації, невідприємницькі товариства, що утворюються актами органів державної влади, інших державних органів, органів Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування; асоціації органів місцевого самоврядування та їх добровільних об'єднань, саморегулювні організацій, організації, які здійснюють професійне самоврядування, невідприємницьких товариств (які не є громадськими об'єднаннями), утворених на підставі інших законів.

Не погоджуємося з думкою М.С. Кармазіної, що вилучення із закону «Про громадські об'єднання» будь-яких згадок про політичну активність громадян свідчить про мінімізацію, спрощення форм і рівнів політичного життя суспільства, намагання законодавця унеможливити зв'язок громадського з будь-чим політичним¹. Оскільки йдеться насамперед про спеціалізацію та удосконалення нормативно-правової бази.

1 Кармазіна М.С. Оцінка вітчизняного законодавства, яке стосується громадських організацій / М.С. Кармазіна / Держава і громадянське суспільство в Україні: по-

Однак історично першим законом, що регулював діяльність громадських організацій, був прийнятий у 1991 році Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації». Дещо пізніше з'явилися закони, що визначали правовий статус успадкованих з часів соціалізму громадських організацій: професійних творчих працівників та творчі спілки (1997), молодіжні та дитячі громадські організації (1998), професійні спілки, їх права та гарантії діяльності (1999).

Починаючи з 2000-х років почало удосконалюватися законодавство, що регулювало взаємодію між громадянами та організаціями громадянського суспільства з органами публічної влади. Знаковим, на нашу думку, стало прийняття в 2003 році Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», який передбачив право громадян, суб'єктів господарювання, їх об'єднань та наукових установ, а також консультативно-дорадчих органів, створених при органах державної влади та органах місцевого самоврядування: подавати до регуляторних органів пропозиції про необхідність підготовки проектів регуляторних актів та їх перегляд; брати участь у розробці проектів регуляторних актів; подавати зауваження та пропозиції щодо оприлюднених проектів регуляторних актів, брати участь у відкритих обговореннях питань, пов'язаних з регуляторною діяльністю; бути залученими регуляторними органами до підготовки аналізів регуляторного впливу, експертних висновків; самостійно готувати аналіз регуляторного впливу проектів регуляторних актів та подавати зауваження та пропозиції регуляторним органам; одержувати від регуляторних органів у відповідь на звернення, подані у встановленому законом порядку, інформацію щодо їх регуляторної діяльності.

Якісний розвиток інститутів громадянського суспільства України зумовив прийняття починаючи з 2010-х років спеціальних законів щодо окремих видів їх діяльності: «Про волонтерську діяльність» (2011), «Про благодійництво та благодійні організації» (2012).

Залом усю сукупність нормативно-правових актів, що стосуються діяльності організацій громадянського суспільства можна поділити на чотири типи:

1) ті, що регулюють діяльність конкретних видів організацій громадянського суспільства: «Про свободу совісті та релігійні організації», «Про професійних творчих працівників та творчі спілки», «Про молодіжні та дитячі громадські організації», «Про професійні спілки, їх права та гарантії

шук концепції співпраці: аналітична доповідь / за ред. О.М.Майбороди. – К.: ІПІЕНД ім.І.Ф.Кураса НАН України, 2013. – С. 156-176.

діяльності», «Про органи самоорганізації населення», «Про організації роботодавців», «Про благодійництво та благодійні організації» тощо;

2) секторальні, які унормовують активність організацій громадянського суспільства у різних сферах суспільного життя: «Про соціальні послуги», «Про соціальний діалог в Україні», «Про волонтерську діяльність»;

3) концептуальні: Концепція сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства (2007), Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки (2007), Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства (2012), Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016-2020 роки (2016).

4) ті, що закладають основи взаємодії організацій громадянського суспільства з органами публічної влади.

Найбільше нормативно-правових актів регулюють взаємодію організацій громадянського суспільства та органів публічної влади. Насамперед це стосується законодавства, що забезпечує доступ громадян до інформації та впроваджує механізми відкритості діяльності органів публічної влади, що представлене законами «Про інформацію», «Про звернення громадян» «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики», «Про доступ до публічної інформації». Сюди також входить низка указів Президента України та постановами Кабінету Міністрів України (КМУ). Найбільш значимими є укази Президента «Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади» (2002), «Про забезпечення умов для більш широкої участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» (2004). Серед постанов КМУ найбільш значимими є: «Про додаткові заходи щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» (2002), «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» (2010), що передбачала створення громадських рад при органах виконавчої влади та порядок проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики

Також слід згадати про ініціативу «Партнерство «Відкритий Уряд», започатковану у 2011 році, яка слугує платформою для національних реформаторів, мета яких – зробити свої уряди спроможними більш активно реагувати на потреби громадян. Основними напрямками її реалізації в Україні у 2014-2015 роках було визначено: сприяння діяльності інститутів громадянського суспільства, їх участі у формуванні

та реалізації державної політики; забезпечення доступу до публічної інформації; запобігання і протидія корупції; підвищення якості надання адміністративних та соціальних послуг; впровадження технологій електронного урядування та розвиток електронної демократії.

Політику держави щодо концептуального розвитку громадянського суспільства слід визнати непослідовною й спорадичною. Так президентським Указом 2012 року «Питання сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні»² було утворено Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства як допоміжний орган при Президентові України³, яка була ліквідована у квітні 2015 року у зв'язку з оптимізацією системи консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб, утворених Президентом України⁴.

Однак через рік, у зв'язку з прийняттям Національної стратегії розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки⁵, аналогічна рада як консультативно-дорадчий орган знову була створена при Президентові України, на яку покладено завдання методичного забезпечення, моніторингу та оцінки реалізації Стратегії.

Що стосується змістовного наповнення, то, як видно з таблиці, якісних відмінностей між концептуальним документами 2012 та 2016 не існує.

2 Про Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації; Указ Президента України від 24.03.2012 № 212/2012 // Урядовий кур'єр. – 2012. – 10 квітня.

3 Питання сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні Президент України; Указ Президента України від 25.01.2012 № 32/2012 // Урядовий кур'єр. – 2012. – 1 лютого.

4 Про ліквідацію деяких консультативно-дорадчих органів, утворених Президентом України Президент України; Указ від 28.04.2015 № 246/2015 // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/246/2015>.

5 Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні; Указ Президента України від 26.02.2016 № 68/2016 // Урядовий кур'єр. – 2016. – 2 березня.

	Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні (2012)	Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки
Завдання	Реалізація принципів, пріоритетів, завдань державної політики у сфері розвитку громадянського суспільства.	Створення державою сприятливих умов для розвитку громадянського суспільства, різноманітних форм демократії участі, налагодження ефективної взаємодії громадськості з органами державної влади та органами місцевого самоврядування.
Визначення громадянського суспільства	Гарантія демократичного розвитку держави, запровадження громадського контролю за діяльністю влади, забезпечення незалежної діяльності інститутів громадянського суспільства, посилення їх впливу на прийняття суспільно важливих рішень, створення умов для забезпечення широкого представництва інтересів громадян в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, проведення регулярних консультацій із громадськістю з важливих питань життя суспільства і держави.	Важливий елемент будь-якої демократичної держави, який відіграє одну з ключових ролей у впровадженні нагальних суспільних змін і належного врядування, в управлінні державними справами і вирішенні питань місцевого значення, розробці і реалізації ефективної державної політики у різних сферах, утвердженні відповідальної перед людиною правової держави, розв'язанні політичних, соціально-економічних та гуманітарних проблем.
Мета	Створення більш сприятливих умов, спрямованих на задоволення інтересів, захист прав і свобод людини і громадянина, дальше становлення громадянського суспільства на засадах безпосередньої, представницької демократії, широкого впровадження форм демократії участі, самореалізації та самоорганізації громадян.	Створення сприятливих умов для розвитку громадянського суспільства, налагодження ефективної взаємодії громадськості з органами державної влади, органами місцевого самоврядування на засадах партнерства, забезпечення додаткових можливостей для реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина, задоволення суспільних інтересів з використанням різноманітних форм демократії участі, громадської ініціативи та самоорганізації.

Стратегічні пріоритети/напрями	<ul style="list-style-type: none"> - сприяння встановленню максимальної відкритості, прозорості та підзвітності суспільству органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування; - зростання соціального капіталу для підвищення рівня взаємодовіри та взаємодії у суспільстві; - створення сприятливих умов для утворення та функціонування інститутів громадянського суспільства; - забезпечення участі інститутів громадянського суспільства у формуванні та реалізації державної, регіональної політики; - запровадження громадського контролю за діяльністю органів публічної влади, посилення впливу інститутів громадянського суспільства на прийняття управлінських рішень та їх реалізацію; - сприяння благодійній, волонтерській діяльності, іншим формам громадської активності та громадянської культури. 	<ul style="list-style-type: none"> - створення сприятливих умов для формування та інституційного розвитку організацій громадянського суспільства; - забезпечення ефективних процедур участі громадськості під час формування та реалізації державної, регіональної політики, вирішення питань місцевого значення; - стимулювання участі організацій громадянського суспільства в соціально-економічному розвитку України; - створення сприятливих умов для міжсекторальної співпраці.
--------------------------------	--	---

Слід зазначити, що короткострокові очікувані результати виконання стратегії 2012 року значною мірою не були досягнуті, зокрема: створення сприятливих законодавчих, фінансових, податкових та організаційних умов для утворення та функціонування інститутів громадянського суспільства; забезпечення інституційної спроможності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування до ефективної взаємодії з інститутами громадянського суспільства. Так, якщо у 2012 році Україна посідала 68 позицію зі 190 країн за індексом розвитку електронного урядування, розробленого ООН (United Nations E-Government Survey)⁶, то у 2014 – 87 місце серед 193 країн-членів Об'єднаних Націй.

6 United Nations E-Government Survey / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2014>.

Планувалося, що до 2020 року вдасться забезпечити відкритість, прозорість та підзвітність органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування; підвищити рівень взаємодовіри та взаємодії між органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та інститутами громадянського суспільства; забезпечити участь інститутів громадянського суспільства у формуванні та реалізації державної, регіональної політики, створити умови для забезпечення широкого ефективного представництва інтересів громадян в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, проведення регулярних консультацій (діалогу) із громадськістю з найважливіших питань життя суспільства і держави; впровадити громадський контроль за діяльністю органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, посилити впливу інститутів громадянського суспільства на прийняття управлінських рішень та їх реалізацію; забезпечити сприятливі правові, фінансові, податкові та організаційні умови для здійснення благодійної, волонтерської діяльності, інших форм громадської активності, підвищення рівня громадянської культури; підвищити якість та адресність соціальних послуг шляхом залучення до їх надання інститутів громадянського суспільства.

В свою чергу Національна стратегія не містить чітких часових орієнтирів і розписує завдання у чотирьох стратегічних напрямках (створення сприятливих умов для формування та інституційного розвитку організацій громадянського суспільства; забезпечення ефективних процедур участі громадськості під час формування та реалізації державної, регіональної політики, вирішення питань місцевого значення; стимулювання участі організацій громадянського суспільства в соціально-економічному розвитку України; створення сприятливих умов для міжсекторальної співпраці) без зазначення конкретних механізмів, за допомогою яких будуть досягнуті цілі.

Авторами концепції 2016 року не було проведено аналізу причин невдач стратегії 2012 року, що дає підстави спрогнозувати їх повторення у майбутньому.

У Національній концепції реанімовано ідея соціального підприємництва, що висувалася у якості принципу в 2007 році: «налагодження конструктивної взаємодії органів виконавчої влади, зазначених інститутів і суб'єктів господарювання для вирішення питань державного управління і суспільного життя»⁷. Загалом у документі зафіксовано прагнення зробити

⁷ Про схвалення Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства; Розпорядження Кабінету Міністрів України від 21.11.2007 № 1035-р // Офіційний вісник України. – 2007. – № 89. – Стр. 89. – Ст. 3284. – Код акту 41584/2007.

державу основним рушієм розвитку громадянського суспільства не лише шляхом удосконалення нормативно-правової бази (у сфері оподаткування, впливу громадян на діяльність органів публічної влади та спрощення взаємодії з ними), а й розширення доступу громадських організацій до послуг, що фінансуються з державного бюджету, та виділення коштів для цільової підтримки проектів та заходів організацій громадянського суспільства у рамках даної стратегії, що може передбачати створення фонду розвитку громадянського суспільства.

Перспективи удосконалення політико-правового регулювання діяльності громадянського суспільства пов'язуємо насамперед з удосконаленням секторального законодавства (в тому числі щодо оподаткування діяльності організацій громадянського суспільства) та розвитку механізмів взаємодії між державою та громадянським суспільством. Так, тривають роботи над проектом закону про консультації з громадськістю, що визначатиме порядок проведення публічних консультацій під час розробки та прийняття рішень органами публічної влади з метою врахування та узгодження позицій усіх заінтересованих осіб.

В. Б. Ковальчук

д.ю.н., професор, завідувач кафедри конституційного та міжнародного права Навчально-наукового інституту права та психології Національного університету "Львівська політехніка"

УСТАНОВЧА ВЛАДА ТА КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ

*«Конституція не є документом уряду,
а документом людей. Які входять до уряду.
А уряд без конституції – це влада без права на неї»*
Томас Пейн.

Історія європейського конституціоналізму є яскравим свідченням того, що конституція в правовій демократичній державі — це насамперед акт установчої влади народу, яка є первинною щодо так званих установлених влад, до яких з-поміж інших належить і законодавча влада. Виходячи з усталених європейських правових традицій верховенство конституції розглядають з урахуванням її природи, зокрема при вирішенні конституційно-правових спорів, які виникають на практиці. З точки зору такого підходу важливо з'ясувати не тільки формальні ознаки верховенства конституції, порядок її зміни, що, без сумніву, має надзвичайно важливе значення, а й природу первинності цього акта. Адже конституція має верховенство не апіорі, а у зв'язку з її установчою природою.

В цьому контексті залишається актуальною та зберігає значний теоретичний та практичний потенціал теорія установчої влади, основи якої були закладені Е.-Ж. Сійєсом в часи Великої Французької революції. Свої погляди французький мислитель виклав у праці «Що таке третій стан?» (1789р.), у якій вперше запровадив поняття «установча влада». Основні принципи розробленої Е.-Ж. Сійєсом теорії були наступні: 1) Народ володіє установчою владою (*rouvoir constituant*), яка відмінна від установлених конституцією законодавчої, виконавчої і судової влади (*rouvoirs cohstitués*); 2) Установча влада народу не обмежена будь – якими конституційними рамками. Вона є природним правом народу, яке включає право на революцію; 3) Установча влада може бути здійснена як народом, так і надзвичайними представниками від народу; 4) Надзвичайні представники так само, як і народ, практично не обмежені в своїх діях тягарем зобов'язань; 5) Особи, які здійснюють установчу владу, не повинні займатися тією діяльністю, яка делегована звичайним органам державної влади. Вони повинні лише створити конституцію.

Розроблені та обґрунтовані принципи установчої влади Е.-Ж. Сійєса знайшли своє практичне застосування спочатку в США, а згодом у Франції та Швейцарії. Так у Франції з 1789 року розпочалася підготовка конституції нового типу, якою стала Конституція 1791 року. З того часу не зважаючи на ряд революцій, Франція йшла шляхом розробки конституцій, базуючись на положеннях теорії установчої влади. У ХІХ столітті заснована на ідеях теорії установчої влади практика прийняття писаних конституцій стала звичайною практикою існування європейських держав.

З часом зміст теорії установчої влади частково трансформувався в її вузьке формально-юридичне розуміння, як необхідності прийняття кодифікованого акту, який має вищу юридичну силу. Поступово більшість принципів теорії Е.-Ж. Сійєса, як зазначає Р. Максакова «були загублені та забуті, а зміст теорії установчої влади стали зводити до процесу прийняття або зміни від імені народу конституції держави»¹.

Однак, основні положення класичної теорії установчої влади залишаються актуальними і сьогодні. Так представники французької та німецької науки конституційного права традиційно під установчою владою розуміють владу, яка створює конституцію держави. При цьому, представники французької школи конституційного права вважають, що влада, яка наділена правом створювати конституцію (установча влада) та вносити до неї зміни (влада, яка переглядає конституцію) суттєво різняться. Перша наділена первинною легітимністю, а друга – вторинною (делегованими повноваженнями). Французькі конституціоналісти диференціюють процедури «перегляду конституції» та «припинення дії чинної конституції шляхом прийняття нової конституції». Перша процедура здійснюється шляхом реалізації влади, утвореної установчою владою, при цьому суб'єкт влади не може змінювати деякі конституційні положення. Наприклад у Франції не може бути змінена республіканська форма правління, а у Німеччині є незмінними принципи, які закладають основи конституційного ладу (демократії, соціальної держави, поділу влади, федерального устрою, правової держави). Більше того, згідно Конституції ФРН (ч. 4, ст. 20) «Всі німці мають право чинити опір кожному, хто спробує ліквідувати цей лад, якщо інші засоби не можуть бути використані».

Близьким до класичного розуміння установчої влади є її визначення французьким конституціоналістом Ж.-П. Жакке. Автор праці «Конституційне право та політичні інститути» визначає установчу владу як

¹ Максакова Р. М. Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні: монографія / Р. М. Максакова. – Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2012. – С. 40.

сукупність органів, які наділені обов'язком розробляти і переглядати конституцію. Вчений поділяє установчу владу на два види – первинну та інституційну. Первинна установча влада реалізується в період створення нової держави, у тому числі на залишках старого режиму, зруйнованого революцією. Вона, як зазначає дослідник, має безумовний характер, оскільки в період революції попередня писана конституція втрачає свою чинність, натомість нова конституція ще не прийнята. Інституційна установча влада на думку Ж.-П. Жакке набуває свої повноваження на основі писаної конституції. При цьому така влада обмежена в своїх повноваженнях щодо можливості внесення змін до конституційного тексту. Принципово важливими обмеженнями інституційної влади вважаються норми, що містять заборону на перегляд окремих положень конституції².

В силу того, що межі розуміння природи установчої влади в останні декілька десятиліть значно розширилися, серед вітчизняних науковців, зокрема юристів, не має єдиного підходу до розуміння сутності цього суспільного феномена. А тому у спеціальній літературі із зазначеного питання зустрічається достатньо багато визначень установчої влади, які часто не мають нічого спільного із класичною теорією Е.-Ж. Сійєса. Під поняттям «установча влада» сьогодні розуміють політичну владу, яка може бути реалізована не лише безпосередньо народом, але й за допомогою представницької демократії³, її розглядають як (один із видів суспільно – політичної влади, поряд з такими її видами, як законодавча, контрольна, судова влада тощо, які належать народові та здійснюються ним як єдина влада народу (народовладдя) безпосередньо та через органи державної влади та органи місцевого самоврядування⁴. Окремі дослідники акцентують увагу на тому, що установчу владу не потрібно пов'язувати лише із самим тільки прийняттям конституції, вказуючи на те, що в процесі здійснення такої влади можуть бути запроваджені (установлені) на території держави чи її частині «певні публічно-владні інститути та основні норми»⁵.

Не вдаючись в детальний аналіз різноманітних підходів до визначення установчої влади, які мають право на існування, зазначу, що в більшості

-
- 2 Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Ж.-П. Жакке. – М.: Юристъ, 2002. – С. 108.
 - 3 Савчин М. В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М. В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – С. 304
 - 4 Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні / О. Ющик // Віче. – 2009. – № 24. – С. 2 – 4.
 - 5 Максакова Р. М. Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні: монографія / Р. М. Максакова. – Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2012. – С. 98 – 101.

випадків вони стосуються не установчої влади, як влади наділеної первинною легітимністю і невід'ємним правом встановлювати конституцію, а лише однієї з функцій установлених на її основі влад. Взагалі питання про визначення установчої влади має глибокий методологічний зміст, який сягає своїми коріннями проблеми праворозуміння.

На наше переконання установча влада є природним, невідчужуваним правом народу здійснювати свою суверенну волю установлювати, та у разі необхідності захищати, основоположні принципи державного та суспільного ладу. Установча влада реалізується через суверенне право народу безпосередньо визначати принципи, на яких повинна функціонувати публічна влада та правила співіснування всіх членів спільноти всередині держави. Це свого роду договір про межі повноважень державної влади та права як окремої людини, так народу загалом, який найчастіше знаходить вияв у формі конституції. Остання є колективним актом всього народу, в якому набувають юридичного закріплення узгоджені інтереси і воля всіх тих соціальних груп, включаючи етнічні, які формують народ держави. Тому лише народ або спеціальний тимчасово уповноважений ним представницький орган, наділений виключним правом приймати конституцію та змінювати її в тій часині, в якій закріпленні основи конституційного ладу.

Взагалі в правовій теорії відомі чотири зовнішні фактори актуалізації прийняття конституції: революція, зміна ситуації за якої, конституції немає взагалі, виникнення нової держави, заміна старої конституції новою. У більшості цих випадків, як засвідчує досвід, були прийняті так звані народні конституції, тобто такі, що базуються на принципі народного суверенітету (виняток становлять октройовані конституції, які не стосуються установчої влади). Народні конституції приймаються установчими зборами, референдумом (відповідно до теорії установчої влади), або парламентом. Можливе поєднання двох названих способів – референдуму може передувати розробка і схвалення конституції установчими зборами чи парламентом. Так на загальнонародному референдумі були прийняті чи переглянуті конституції в більшості пострадянських республік (Азербайджан, Вірменія, Білорусія, Казахстан, Литва, Росія, Таджикистан, Естонія). Подібна практика притаманна державам Східної Європи, які були змушені після розвалу СРСР вибудувати практично нові держави, беручи за основу принципи демократії та верховенства права. Так в Польщі (1997 р.) та Сербії (2006 р.) після попереднього схвалення конституції парламентом, вона була прийнята на загальнонародному референдумі. З метою втілення в життя ідея установчої влади в Болгарії (1991 р.) та Румунії (1991 р.), були спеціально сформовані установчі ор-

гани народу – Великі народні збори та Конституційна асамблея, єдиним повноваженням яких була підготовка та прийняття нової конституції.

Навіть у тих країнах де конституції приймалися парламентом (Грузія, Македонія, Молдова, Словаччина, Словенія, Україна, Хорватія, Чорногорія, Чехія), в тексті конституції чи актах тлумачення органу конституційної юрисдикції як правило зазначено, що парламент є уповноваженим здійснювати установчу владу.

Не дивлячись на те, що на сьогоднішній день в Україні відсутня чітко сформульована доктрина установчої влади, яка є системою науково обґрунтованих поглядів, ідей, принципів, щодо всіх аспектів її функціонування в державі та взаємозв'язку з іншими видами влади, теорія установчої влади має безпосередній вплив на становлення практики вітчизняного конституціоналізму. Відсутність останньої на мою думку обумовлена не стільки світоглядними протиріччями, які цілком природно існують в академічному середовищі, скільки відсутністю політичної волі тих суб'єктів владних повноважень, які виступають гарантом додержання та охорони Конституції, захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні.

Конституція України, яка була прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. не містить в своєму тексті поняття «установча влада», але воно чітко простежується з її змісту. Так в преамбулі (ч. 1) констатується, що приймаючи конституцію, Верховна Рада України діяла від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, виражаючи його суверенну волю, «а не від власного імені як органу законодавчої влади»⁶. Чи дає це нам підстави говорити про те, що парламент є органом установчої влади і в такій самій мірі як і Український народ володіє правом установчої влади? Очевидно, що ні, адже і в самій Конституції у жодній статті про це мова не іде. Більше того, в Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» в якому врегульовано порядок реалізації конституційних повноважень єдиного органу законодавчої влади в Україні, йдеться про «установчу функцію» законодавчого органу влади, а не про установчу владу цього органу. Так в ч. 2 ст. 138 Регламенту зазначено, що Верховна Рада з конкретних питань з метою її установчої та інших функцій приймає постанови. У цьому контексті навряд чи можна стверджувати, що своїми постановами парламент реалізує установчу владу Українського народу. Установча влада як складова народного

6 Конституція України: Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін.; Національна академія правових наук України. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2011. – С. 4.

суверенітету й установча функція Верховної Ради як частини державного суверенітету – це різні речі.

Положення преамбули, відповідно до якої саме народу як суверену належить установча влада, знайшла своє розширене тлумачення в актах єдиного органу конституційної юрисдикції – Конституційного Суду України. Першими таким актами в яких була чітко сформульована правова позиція Конституційного Суду, і які фактично заклали основи національної доктрини установчої влади, були два рішення Суду від 11 липня та 3 жовтня 1997 року. Так у своєму першому Рішенні у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України від 11 липня 1997 року, Конституційний Суд України констатував, що «прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття»⁷. У наступному своєму Рішенні у справі про набуття чинності Конституції України від 3 жовтня 1997 року, Конституційний Суд України зазначив: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до так званих встановлених є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (частина перша статті 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом»⁸.

Аналогічна правова позиція єдиного органу конституційної юрисдикції простежується в інших його актах: Рішенні Конституційного Суду у справі про відповідальність юридичних осіб від 30 травня 2001 року; Рішенні Конституційного Суду у справі про здійснення влади народом від 5 жовтня 2005 року; Рішенні Конституційного Суду у справі про прийняття Конституції та законів України на референдумі від 16 квітня 2008 року. Важливим є те, що в останньому із зазначених актів Суд вказав не лише на те, що «Установча влада є виключним правом народу», але й акцентував увагу на тому, що формою здійснення установчої влади є всеукраїнський референдум, що проголошується за народною ініціативою на вимогу не менше як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо його призначення зібрано не менш як у двох третинах областей і не менш як по сто тисяч підписів у

7 Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001 / відпов. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн. 1. — С. 30 – 33.

8 Там само. – С. 39 – 42.

кожній області (ч. 2, ст. 72 Конституції України). І хоча в Основному Законі України не визначено предмет (предмети) всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, Конституційний Суд України вважає, що такий референдум може бути проведений з порушених у конституційному поданні питань у порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України⁹. Фактично у своєму рішенні Суд вказав єдиному органу законодавчої влади на необхідність внесення змін до Конституції та законів України, які б гарантували Українському народу реалізувати його природне, невід'ємне право на установчу владу.

У мотивувальній частині цього ж Рішення Конституційного Суду було передбачено, що процес прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути започаткований лише після з'ясування волі Українського народу, щодо необхідності прийняття нової Конституції України, що по суті заклало правові основи проведення в подальшому консультативних референдумів.

Отож. Конституційний Суд України виклав свою правову позицію щодо установчої влади в наступних положеннях: 1) Установча влада є виключним правом народу; 2) Установча влада по відношенні до установлених влад, у тому числі і законодавчої, наділена первинною легітимністю; 3) Прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом здійснення установчої влади, на який парламент був уповноважений лише один раз; 4) Прийняття нової Конституції України може бути здійснене установчою владою у спосіб і формах, які мають бути визначені Конституцією та законами України; 5) Формою здійснення установчої влади народом є всеукраїнський референдум за народною ініціативою; 6) Процес прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути започаткований лише після з'ясування волі Українського народу, щодо необхідності її прийняття.

Наведена правова позиція єдиного органу конституційної юрисдикції України системно ігнорується як Верховною Радою України, єдиним законодавчим органом, який відповідно до Конституції України уповноважений вносити зміни до Основного Закону, за винятком тих змін, які стосуються конституційного ладу України і «належать виключно народам» ст. 3 Конституції України), так і Президентом України, який може подавати законопроекти про внесення змін до Конституції (ст. 154 Конституції України). Причина такої позиції вищих органів державно влади в першу чергу міститься в політичній площині, адже монополізу-

9 Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2008 / відповід. ред. канд. юрид. наук А. А. Стрижак. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — Кн. 8. — С. 131 – 139.

вавши право установчої влади в результаті підміни понять «установча» та «установлена» влада, «первинна» та «інституційна» установча влада, відповідні органи фактично набувають можливість самостійно, ігноруючи позицію громадян, в легальний спосіб розподіляти між собою владні повноваження. Саме таку ситуацію можна було спостерігати в 2004 року (Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV), в 2010 році (Рішення Конституційного Суду України у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України від 30 вересня 2010 року; Закон України «Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 1 лютого 2011 року), а також в 2014 році (Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року).

Привласнення права установчої влади окремими органами держави щодо визначення меж владних повноважень з періодичною зміною форми державного правління (парламентсько-президентської чи президентсько-парламентської) підриває як основи конституційного ладу України, нівелюючи його основоположні принципи – народовладдя, верховенства права, розподілу функцій державної влади, так і сам конституційний лад, який пов'язаний з практичним втіленням цих основоположних принципів і виробленням усталеної традиції конституціоналізму. І хоча в самій Конституції, так само як і в науці конституційного права не має чітко визначеного поняття конституційного ладу, його зміст безпосередньо стосується форми та способів організації публічної влади, передбачених та закріплених конституцією. Тому, на мою думку, будь – яка зміна форми та способів організації влади без урахування думки народу через його волевиявлення має всі підстави бути сприйнятим, як спроба узурпації влади державою, її органами або посадовими особами, що прямо заборонено статтею третьою Конституції України.

До такого висновку спонукають останні законодавчі ініціативи як провладної коаліції Верховної Ради України, так і Глави держави, які спрямовані на прийняття змін до Конституції України, часом навіть в з прямим порушенням норм Основного Закону. Мова зокрема йде про статтю 155 Конституції, яка встановлює процедуру внесення змін до Основного Закону, яку фактично було змінено у неконституційний спосіб шляхом прийняття Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до статті 149 Регламенту Верховної Ради України» від 28 січня 2016 року, та частину 2 статті 157, яка прямо зазначає,

що, Конституція України не може бути змінена «в умовах воєнного чи надзвичайного стану». Оцінка таким діям органам державної влади вже була висловлена в «окремих думках» суддів Конституційного Суду України, знаними в Україні вченими у галузі конституційного права, а також експертами громадянського суспільства. Більшість цих критичних зауважень, що були висловлені, є цілком обґрунтованими, тому не має потреби зупинятися на тих ризиках, які можуть постати перед державою України вже в близькій перспективі у разі конституційних змін прийнятих у такий спосіб і за таких умов.

В контексті даного дослідження лише зазначу, що прийняття таких змін без урахування думки громадськості, яка б відображала волю переважної більшості громадян і при цьому враховувала права меншості, які б представляли всі регіони України, що «в умовах військового стану» об'єктивно не можливо. Таке прийняття означатиме змінити текст Основного Закону виключно з мотивів політичної доцільності. Описані можливі дії уповноважених на це органів державної влади не лише не додадуть авторитету Конституції України, але й поставлять під сумнів її легітимний характер.

Крім цього, спроба привласнення права установчої влади народу вищими органами держави приховує в собі небезпеку конфлікту в самій системі органів державної влади. Можливість установленої влади самостійно, без участі громадськості, розподіляти між собою владні повноваження, спричинює поступовий перехід конституційного процесу в площину політично боротьби за владні повноваження, яка дуже часто має не інституційний а персональний (особистий) характер. Це можна було спостерігати впродовж всього періоду існування суверенної Української держави.

Отож, конституція не є законодавчим актом, який закріплює владні повноваження якоїсь однієї політичної сили чи політичного діяча. Вона є установчим актом народу, в якому знайшли своє закріплення основоположні принципи та правила життя держави та суспільства. Жити за такими конституційними правилами означає – ставити принцип справедливості вище принципу політичної доцільності; відмовитися від перекручення норм основного закону і їх довільне трактування, чи то в угоду політичної сили, чи ситуації, що склалася; неухильно дотримуватися її всіма учасниками конституційного процесу і, насамперед, публічною владою, яка своїми діями закладає основи законності та правопорядку і зміцнює повагу суспільства до себе. Нерозуміння цього неминує веде до негативних наслідків трансформації права в політику.

П. Ф. Кулинич

д.ю.н., професор, завідувач сектору проблем аграрного та земельного права Інституту держави і права імені В.М.Корецького НАН України

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС І РОЗВИТОК ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Нова фаза соціально-економічного розвитку нашої держави, яка обумовлює потребу конституційного оновлення та детермінує процес його здійснення, пов'язана з необхідністю докорінного реформування організації системи влади у бік її децентралізації. В рамках даного конституційного процесу в Україні започаткована широкомасштабна адміністративно-територіальна реформа. Власне остання і є обов'язковою передумовою децентралізації влади, оскільки передбачає створення нових низових адміністративно-територіальних одиниць нового типу – громад – шляхом добровільного об'єднання існуючих територіальних громад сіл, селищ і міст у спроможні територіальні громади.

Україна ще у 1998 році приєдналася до Європейської хартії місцевого самоврядування, яка передбачає організацію місцевого самоврядування на засадах його повсюдності та субсидіарності. Принцип повсюдності місцевого самоврядування означає що, воно має охоплювати всю територію країни, а принцип субсидіарності гласить, що органи місцевого самоврядування територіальних громад (комун тощо) мають вирішувати всі питання місцевого життя, крім тих, які можуть бути вирішені лише на вищих щаблях публічної влади – національному, регіональному чи районному. Для реалізації принципів цієї Хартії і необхідна концентрація фінансових та інших ресурсів, які зараз розпорочені по селах та інших дрібних населених пунктах. Тому прийнятий 31 серпня 2015 р. у першому читанні проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України» передбачає надання територіальній громаді інших правових рис. По суті, з остаточним прийняттям цього Закону реалізований в Україні поділ влади на три відносно самостійні гілки – законодавчу, виконавчу і судову – буде модернізований і включатиме нову гілку. До традиційних законодавчої, державної виконавчої та судової гілок владу буде додана ще одна гілка - влада місцевого самоврядування, здійснювана місцевими радами і, в першу чергу, радами новостворених громад.

Відповідно до Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, затвердженої розпоря-

дженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р, одним із ключових напрямів вдосконалення організації публічної влади в Україні є розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на засадах децентралізації влади. Передбачається, що саме на засадах децентралізації влади буде подолане відсторонення місцевого самоврядування від вирішення питань у сфері земельних відносин.

Зазначеною Концепцією визначені також ключові принципи забезпечення децентралізації влади, до яких відносяться розмежування повноважень у системі органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади на різних рівнях адміністративно-територіального устрою на засадах повсюдності, субсидіарності та спроможності місцевого самоврядування. Принцип повсюдності місцевого самоврядування передбачає, що повноваження територіальних громад та обраних ними рад поширюються на всю територію України, а не тільки на території населених пунктів. Принцип субсидіарності місцевого самоврядування означає, що органи місцевого самоврядування повинні бути наділені правом вирішувати всі питання життя територіальної громади, крім тих, які вони не можуть вирішувати з об'єктивних причин і їх вирішення покладається на органи державної влади. На нашу думку, у сфері земельних відносин реалізація принципу субсидіарності місцевого самоврядування означає, що органи місцевого самоврядування мають вирішувати всі земельні питання на своїй території, крім тих, які можуть вирішити тільки органи державної влади. Нарешті, принцип спроможності місцевого самоврядування є керівною ідеєю, згідно з якою доходи місцевого самоврядування мають сягати рівня, достатнього для фінансування всіх сфер діяльності та всіх повноважень органів місцевого самоврядування територіальних громад.

Світовий досвід свідчить, що матеріальною основою формування системи ефективного місцевого самоврядування є земельна власність та доходи, які генеруються у сфері землекористування. Визнання місцевого самоврядування однією з основ конституційного ладу країни передбачає встановлення децентралізованої системи управління – такої форми організації влади на місцях, що забезпечує самостійне вирішення громадянами питань місцевого життя з урахуванням історичних і місцевих традицій¹. Вважається, що владоспроможність територіальних громад та органів місцевого самоврядування в Україні залежить від їх фінан-

1 Попко В.В. Децентралізація влади – необхідна умова (індикатор розвитку) місцевого самоврядування//Часопис Київського університету права. – 2016. - № 2. – С. 70-75. – С. 70.

сово-бюджетного забезпечення². Отже, у контексті завдань Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні децентралізація влади стає важливим політико-правовим чинником вдосконалення земельного законодавства України.

По суті, реалізація вищезазначених принципів розвитку місцевого самоврядування передбачає проведення в нашій країні адміністративно-територіальної реформи, яка, в свою чергу, передбачає й істотне переформатування земельних правовідносин у системі місцевого самоврядування. Основні риси цієї реформи визначені згаданою Концепцією та певною мірою відображені у Законі України від 5 лютого 2015 р. «Про добровільне об'єднання територіальних громад»³ та постанові Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2015 р. «Про затвердження Методики формування спроможних територіальних громад»⁴.

Практика реалізації цього законодавства свідчить про наявність у формуванні спроможних територіальних громад значних проблем, спричинених відставанням розвитку земельного законодавства України від потреб розвитку місцевого самоврядування. Вважаємо, що таке відставання певним чином обумовлене недостатнім теоретико-методологічним з'ясуванням сутності земельно-правових проблем, від вирішення яких залежить успішність розвитку адміністративно-територіальної реформи в Україні.

На нашу думку, децентралізацію повноважень органів влади у сфері земельних відносин доцільно розглядати у двох аспектах: як децентралізацію повноважень щодо здійснення права публічної (державної і комунальної) власності на землю та як децентралізацію повноважень органів влади у сфері публічного (державного) управління використанням та охороною земель.

Зазначені аспекти децентралізації повноваження органів влади у сфері земельних відносин відображають принципово різні напрями розвитку земельного законодавства України. Перший з них асоціюється з розвитком законодавства України щодо розмежування земель державної і комунальної власності та формування інституту права комунальної власності на землю. Як відомо, з прийняттям 28 червня 1996 р. Конституції України, яка вперше у земельно-правовій історії нашої держави ввела інститут права комунальної власності на землю як окремий інститут права

2 Коваленко В. Модернізація Конституції та реформа місцевого самоврядування в Україні//Голос України. – 2013. – 29 листопада. - № 226 (5726).

3 Відомості Верховної Ради – 2015. - № 13. – Ст. 91.

4 Офіційний вісник України. – 2015. - № 33. – Ст. 963.

публічної власності на землю, відмінний від права власності держави на земельні ресурси. Однак, оскільки на момент прийняття Основного закону країни публічна власність на землю була представлена виключно землями державної власності, то в прийнятому 25 жовтня 2001 р. у відповідності до нього Земельному кодексі України була передбачена необхідність розмежування земель державної власності на землі, які залишалися у власності держави, і землі, які передавалися у власність територіальних громад сіл, селищ і міст.

Однак, законодавство про розмежування земель розвивалося таким чином, що фактично обмежило земельну територію як матеріальну основу місцевого самоврядування землями в межах населених пунктів. Безперечно, за таких умов у розвитку місцевого самоврядування в Україні ігнорувалися принципи повсюдності, субсидіарності та спроможності. З метою забезпечення проведення децентралізації влади у частині їх повноважень у сфері права власності на землю уявляється необхідним введення у законодавство України правових норм, які б містили критерії визначення земель як об'єкта права комунальної власності об'єднаних (спроможних) територіальних громад, включаючи землю як у межах населених пунктів, так і за їх межами. Зокрема, земельне законодавство має забезпечити встановлення пріоритету права комунальної власності на землі в межах громади шляхом: а) передачі переважної більшості земель державної власності, які розташовані на території громади, у комунальну власність територіальної громади; б) встановлення презумпції належності територіальній громаді на праві власності земель, власник яких не встановлений. Крім того, у законодавстві доцільно визначити повноваження щодо здійснення права комунальної власності на землю об'єднаними територіальними громадами в особі їх рад та виконавчих комітетів цих рад.

Більш складною проблемою є розвиток земельного законодавства у частині забезпечення децентралізації повноважень органів влади у сфері управління використанням та охороною земель. Вважаємо, що реалізація принципу субсидіарності місцевого самоврядування диктує необхідність розширення земельних повноважень органів самоврядування територіальних громад. На наш погляд, основними напрямками такого розширення мають стати: 1) надання органу місцевого самоврядування територіальної громади - раді територіальної громади - повноважень щодо здійснення планування використання та охорони всіх земель громади, включаючи й землі державної та приватної власності; 2) зарахування земельного податку з усіх земель територіальної громади до бюджету територіальної громади, а також надання раді територіальної громади

права на встановлення та скасування пільг щодо сплати земельного податку та орендної плати за землі комунальної власності; 3) надання раді територіальної громади права здійснення моніторингу земель та контролю за дотриманням власниками і користувачами земельних ділянок, розташованих на території територіальної громади, вимог чинного земельного, містобудівного та екологічного законодавства.

Таким чином, проведення децентралізації влади з передачею значного обсягу владних повноважень у сфері регулювання земельних відносин територіальним громадам як основній ланці місцевого самоврядування детермінує необхідність суттєвого оновлення інституту права власності на землю.

В літературі підкреслюється, що право власності є основоположним інститутом, що виходить за межі будь-якої однієї галузі права, безпосередня регламентація якого здійснюється нормами конституційного права⁵. Саме тому, як зазначає О.М.Клименко, право власності входить до системи конституційного ладу як самостійний правовий інститут⁶. Отже, вдосконалення правового регулювання відносин власності на землю за участю територіальних громад потребує, на наш погляд, й модернізації положень Конституції України щодо права власності на землю. В першу чергу уявляється доцільним уточнити конституційний статус права комунальної власності на землю як одного з основоположних інститутів місцевого самоврядування. Вважаємо, що Конституція України має закріпити принцип належності земель України територіальним громадам. Цей принцип має презюмувати, що всі землі в межах території України, які не належать на праві власності державі, громадянам та юридичним особам, є власністю територіальних громад. З метою закріплення цього принципу в Основному законі країни пропонуємо ввести у розділ 1 (Загальні засади» Конституції України статтю такого змісту:

«Стаття XXX. Земля є матеріальною основою діяльності спроможних територіальних громад.

Всі землі в межах території територіальної громади належать їй на праві комунальної власності, крім земель, які перебувають у державній та приватній власності.

5 Торфименко А.В. К вопросу о соотношении общетеоретической модели субъективного права и цивилистической модели собственности//Государство и право. – 2003. - № 2. – С. 114-118. – С. 115.

6 Клименко О.М. До визначення поняття конституційного ладу та права власності в його системі//Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. - № 1. – С. 44-49. – С. 48.

Територіальні громади забезпечують використання всіх земель в межах їх територій за єдиними програмами.

Держава здійснює контроль за використанням земель територіальних громад з тих питань, які не віднесені до компетенції органів влади територіальних громад та інших органів місцевого самоврядування».

Що стосується конституційного статусу права приватної власності на землю, то в сучасних дослідженнях про власність еволюція конституційної матерії розкривається як рух від закріплення святенності і недоторканості права власності до його обмеження, оформлення його соціальної функції⁷. Тобто, хоча приватна власність на землю й визнається засадничою політичною, економічною та правовою категорією, її статус у сучасному суспільстві більш тісно ув'язується та набуває певної залежності від інших засадничих категорій суспільного життя, які конституують загальне благо. Саме тому у ч. 2 ст. 1 Протоколу першого до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року зазначено, що положення про захист права власності не применшують права держави забезпечувати виконання таких законів, які їй уявляються необхідними для здійснення контролю за використанням власності у відповідності з загальними інтересами або для забезпечення сплати податків та інших зборів чи штрафів.⁸

В Україні держава має віднайти належні правові засоби вирішення гострої соціально-правової проблеми, яка виникла в процесі здійснення в Україні земельної реформи, - проблеми конфлікту між широкомасштабною приватизацією земель сільськогосподарського призначення та забезпеченням охорони і належного використання сільськогосподарського земельного фонду країни. Адже перехід переважної частини сільськогосподарського земельного фонду країни у приватну власність не тільки не призупинив, а в багатьох випадках навіть посилив процеси деградації ґрунтів. Одним із проявів даного конфлікту є, на наш погляд, невідповідність змісту права власності на землю функціям цього інституту на сучасному етапі розвитку правового регулювання відносин сільськогосподарського землекористування.

В науці земельного права знайшла висвітлення проблема виробничої функції права власності на землю взагалі. Адже запровадження права

7 Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. – М.: Норма, 2007. – 320 с. – С. 199, 200.

8 Защита права собственности и права на справедливое правосудие: практическое пособие для украинского юриста по применению Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. / Под общ. ред. доц. Ю.В.Щекина. – Х.: МП "Крок", 2008. – 108 с. – С. 53.

власності на землю переслідувало мету надання виробникам сільсько-господарської продукції статусу господаря на землі, який передбачає наявність високої мотивації праці у сільському господарстві в першу чергу через розширення правомочностей суб'єктів земельних прав та зміцнення їх господарської незалежності. Однак, крім виробничої мети, інститут права власності на землі сільськогосподарського призначення покликаний забезпечити досягнення і цілей соціального характеру.

Сучасна законодавча концепція права власності на землю, в тому числі й на землі сільськогосподарського призначення, закріплена Конституцією України та Земельним кодексом України, який набув чинності 1 січня 2002 р. Згідно з ст. 22 Основного закону країни, конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. Одним із встановлених і гарантованих Конституцією України конституційних прав є право власності на землю, яке, таким чином, конституційно захищене від таких його змін, які можуть призвести до юридичного чи фактичного припинення існування інституту права приватної власності на землю. Крім того, ст. 22 Конституції України містить ще одне важливе положення. Воно полягає в тому, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту і обсягу існуючих прав і свобод. Слід звернути увагу на те, що законодавець розрізняє “конституційні” та “існуючі” права і свободи. На наш погляд, суть даної диференціації обумовлена тим, що юридичний обсяг і зміст права власності на землю в Україні встановлений не тільки Основним законом країни, а й Земельним кодексом України від 25 жовтня 2001 р. Отже, з цього випливає висновок про те, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів Конституцією України заборонено звуження змісту і обсягу існуючих прав на землю, “юридичний формат” яких визначений Конституцією України та Земельним кодексом України.

На наш погляд, в даному конституційному положенні закладена суперечність між інтересами суспільства та інтересами індивіда в сфері правового регулювання відносин земельної власності. Законодавець, закріпивши в Конституції країни положення про недопустимість змісту та обсягу існуючих прав і свобод, тим самим встановив конституційну заборону на встановлення обмежень прав власників земельних ділянок в інтересах суспільства як важливого політико-правового способу гармонізації інтересів приватних власників земельних ділянок та суспільства в цілому у сфері земельних відносин. Очевидно, у світлі зазначеного положення ст. 22 Конституції України потребують коригування в частині необхідності відображення загальноцивілізаційної та вітчизняної тенденції в розвитку правового регулювання відносин земельної власності

– тенденції до підпорядкування інтересів приватних власників земельних ділянок загальному благу - загальним інтересам суспільства в земельній сфері. На нашу думку, таке коригування доцільно здійснити шляхом викладення ст. 22 Основного закону країни у новій редакції:

“Стаття 22. Права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними.

Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані.

При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, крім обмеження права власників і користувачів землі та інших природних ресурсів в інтересах суспільства”.

Відповідно статтю 14 Конституції України пропонуємо викласти у такій редакції: «Стаття 14. Право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами, територіальними громадами та державою. Набуття права власності на землю покладає на власника обов’язку щодо забезпечення їх охорони відповідно до закону.

Земельні ділянки можуть належати на праві власності іноземним державам виключно для розміщення їх дипломатичних представництв та консульських установ відповідно до міжнародних зобов’язань України та на засадах взаємності.

Власність на землю та інші природні ресурси не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству».

На наш погляд, внесення до Конституції України запропонованих змін і доповнень сприятиме створенню сприятливих передумов для завершення адміністративно-територіальної реформи, покликаної забезпечити децентралізацію влади та розкрити в нашій країні потенціал місцевого самоврядування як провідної форми публічної влади у сучасному суспільстві.

В. В. Сухонос

д.ю.н., професор завідувач кафедру конституційного права, теорії та історії держави і права Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ЯК СИСТЕМОУТВОРЮЮЧИЙ ОБ'ЄКТ ОСВІТЯНСЬКОГО ПРОЦЕСУ

Впродовж майже 25 років незалежності в Україні відбувається розвиток національного державотворення та правотворення, який, разом із конституційно-правовими відносинами, що його супроводжують, і утворює, за словами доктора юридичних наук О. Скрипнюка, конституційний процес¹. Частиною цього процесу є поступове реформування державно-правових інститутів, спрямованих на утвердження та захист прав особи, таких як суд, адвокатура, прокуратура, нотаріат, зокрема, шляхом оновлення законодавства та приведення його у відповідність до європейських стандартів. Водночас, ефективне функціонування цих інститутів однаковою мірою залежить від якості законодавства та якості фахівців, що забезпечують діяльність цих інститутів. Усі особи, що отримують доступ до професії судді, адвоката, прокурора, є випускниками вітчизняних вищих юридичних шкіл. Утім, зміст юридичних дисциплін, що їх викладають у вищих юридичних школах України, методика їх викладання, юридична наука, а також адміністрування цих шкіл та університетів в цілому поки що так і не зазнали належних якісних змін. Браком цілісного та комплексного бачення змісту, мети, завдань й організаційно-правових форм навчального процесу у правничій галузі, а також проблемами з переліком спеціальностей і спеціалізацій певною мірою зумовлюють і відсутність державного освітнього стандарту в юридичній галузі. Більше того, постійне корегування усвідомлення означених стандартів також не дають можливості їхнього запровадження. В якості прикладу можна згадати той факт, що спочатку державний стандарт повинен був «містити перелік основних нормативних юридичних дисциплін, обов'язкових для підготовки фахівців за спеціальністю „правознавство“»². Серед них, за

1 Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х. : Право, 2009. – С. 433.

2 Майданик Р. Державні стандарти вищої юросвіти в Україні: стан, проблеми, перспективи [Електронний ресурс] / Р. Майданик // Правовий тиждень. – 2009 – № 21 (147). – Режим доступу: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=121255>.

словами доктора юридичних наук В. Комарова, обов'язково повинні бути «теорія права; конституційне право та права людини; адміністративне право та адміністративний процес; цивільне право та цивільний процес; кримінальне право та кримінальний процес; міжнародне публічне право та право Європейського Союзу; юридична деонтологія; юридична методологія та юридична техніка (правничі дослідження, аналіз та письмо тощо)»³. Утім, на сьогодні мова вже йде про те, що «стандарт не вказуватиме університетам, які предмети викладати»⁴.

Проте, як уявляється, зазначені стандарти потрібні не лише вищій, а й усій юридичній освіті, яку ми можемо поділити на загальну і спеціалізовану.

Для спеціалізованої юридичної освіти, пов'язаної як із спеціалізованими (правовими) школами та класами, так і з вищими юридичними навчальними закладами, умовно можна уживати термін «юриспруденція»⁵.

Це можна пояснити двома чинниками.

Перший з них полягає у тому, ще на початку 1970-их років професор Д. Белл вказав, що в «постіндустріальному суспільстві головна проблема полягає в організації науки, а найважливішим інститутом виступає університет або науково-дослідна лабораторія, де проводиться ця робота»⁶. В Україні юридична наука розвивається як в спеціалізованих центрах (аналогах науково-дослідних лабораторій) Національної академії наук (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького або Інститут економіко-правових досліджень) та Національної академії правових наук України, так і вищих юридичних навчальних закладах – університетах (Київський університет права, Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого, Національний університет «Одеська юридична академія» та юридичних факультетах університетів (Київський національний університет ім. Тараса Шевченка, Львівський національний університет ім. Івана Франка та ін.). Як ми бачимо, саме в рамках ВНЗ

3 Комаров В. В. Нові обрії вищої юридичної освіти / В. В. Комаров // *Vivat Lex!* – 2015. – 17 вересня. – С. 3.

4 Інна Совсун: Розробка стандартів у галузі «Право» підвищить якість юридичної освіти [Електронний ресурс] / Міністерство освіти і науки України – офіційний сайт (09-11-15). – Режим доступу : <http://mon.gov.ua/usi-novivni/novini/2015/11/09/prezentacziya-proektu-svyuo/>

5 Сухонос В. В. Юридична освіта між юриспруденцією і правознавством: проблематика вибору / Володимир Вікторович Сухонос // *Правовий вісник Української академії банківської справи*. – 2015. – № 2 (13). – С. 93.

6 Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования / Даниел Белл ; [пер. с англ. под ред. В. Л. Иноземцева]. – М. : Academia, 1999. – 956 с.

багато в чому розвивається юридична наука – юриспруденція, знання якої акумулюються для потреб юридичної освіти.

З іншого боку, слід згадати, що в юридичних ВНЗ здебільшого готують практичних працівників – юристів. Доктор юридичних наук Ф. Раянов свого часу наголошував, що якщо економіст є спеціалістом з економіки, а історик – спеціалістом з історії, то юрист є спеціалістом з юриспруденції⁷. Водночас, термін «правознавець» здебільшого ототожнюється із юристом-вченим⁸, а не практичним працівником. Виходячи з цього, слід, на нашу думку, курс юридичної науки в рамках спеціалізованих юридичних навчальних закладах називати терміном «юриспруденція», котрою позначається юридична наука – система знань про об'єктивні закономірності розвитку держави і права, їх місце і роль у суспільному житті. Доктор юридичних наук Ю. Оборотов з цього приводу зазначав: «Юридична наука сьогодні знаходиться в умовах, коли право і держава, як складений (подвійний) об'єкт її докладання, дослідження і розвитку, набувають таких змін, які тягнуть за собою не лише появу нових сфер юриспруденції, але й зміну її змісту та складу наук, які входять до неї. Тут досить згадати про такі процеси, як неймовірна плинність догми права та зростаючу кризу державного суверенітету, щоб усвідомити необхідність змін в самій юридичній науці або, точніше, в юриспруденції»⁹. І хоча сам вчений наголошує на відмінності термінів «юриспруденція» і «юридична наука» внаслідок появою «в правовій сфері таких галузей знання, які складно констатувати як наукові», як то «філософія права, антропологія права, правова герменевтика, юридична психологія, юридична логіка тощо», ми не можемо з цим однозначно погодитися, адже, на нашу думку, юриспруденція має вірогідний та дискусійний характер. Саме тому більш коректною уявляється точка зору академіка Ю. Шемшученка, який наголошував, що термін юриспруденція вживається у значенні як

7 Раянов Ф. М. От правоведения к юриспруденции / Ф. М. Раянов // Государство и право. – 2003. – № 9. – С. 5–9.

8 Шемшученко Ю. С. Юридична наука має працювати на перспективу [ексклюзивне інтерв'ю с директором Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академіком НАН України Юрієм Сергійовичем Шемшученком] / провела редколегія видання «Держава і право у світлі сучасної юридичної думки» // Держава і право у світлі сучасної юридичної думки : зб. наук. праць на пошану академіка Юрія Сергійовича Шемшученка. До 75-річчя від дня народження [Горбатенко В. П., Кресіна І. О., Нагребельний В. П. та ін.] ; відп. ред. Н. М. Пархоменко. – К. : Юридична думка, 2010. – С. 5–18.

9 Оборотов Ю. Н. Общетеоретическая юриспруденция – теория государства и права / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – 2009. – Т. 8. – С. 54–62.

юридичної науки, так і сфери практичної юридичної діяльності¹⁰. Доктор юридичних наук О. Скакун розглядає юриспруденцію як спеціалізовану галузь знання в сфері суспільствознавства щодо права і держави. Водночас учений наголошує на тому, що «термін „правознавство“ є тотожним терміну „юриспруденція“»¹¹. Проте ми не можемо погодитися з означеною тотожністю, адже, як наголошує Ю. Шемшученко, в науковому аспекті термін «юриспруденція» «близький до терміна „правознавство“»¹², але не є синонімом.

На відміну від «юриспруденції», термін «правознавство» слід вживати для загальної юридичної освіти.

Річ у тому, що більшість авторів, розглядаючи правознавство, головну увагу приділяє в цілому аналізу існуючих в Україні правових явищ і категорій¹³. Утім, далеко не всі школярі по закінченні школи будуть вступами до юридичних навчальних закладів. Водночас, курс «Правознавства» має дуже важливе значення для громадян України, адже саме завдяки йому вони розуміються на своїх правах та обов'язках. Як уявляється, курс «Правознавство» можна змінити: замість пояснення абстрактних юридичних категорій та понять, які зацікавлять лише потенційних абітурієнтів юридичних вишів, побудувати означений курс навколо основного закону нашої держави – Конституції, адже, як абсолютно вірно зазначав доктор юридичних наук Д. Лук'янець, саме конституційне право є галуззю системоутворюючого рівня¹⁴ і його «належить розглядати не як одну з низки галузей права, що їх викладають у вищій школі, а радше як осердя юридичної освіти»¹⁵. Візьмемо, наприклад, ст. 1 Конституції України: «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава». З цього положення випливає аналіз таких категорій як «державна», «суверенітет», «незалежність», «демократія», «політичний

10 Шемшученко Ю. С. Юриспруденція / Ю. С. Шемшученко // // Юридична енциклопедія: у 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К.: Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – С. 491.

11 Скакун О. Ф. Теория государства и права: [учебник] / Скакун О. Ф. – Харьков: Консум, Ун-т внутренних дел, 2000. – 704 с.

12 Шемшученко Ю. С. Юриспруденція / Ю. С. Шемшученко // // Юридична енциклопедія: у 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К.: Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – С. 491.

13 Правознавство: навчальний посібник / [Чернадчук В. Д., Лук'янець Д. М., Сухонос В. В. та ін.]; за ред. В. В. Сухоноса (мол.). – Суми: ВТД «Університетська книга», 2005. – 909 с.

14 Лук'янець Д. М. Про структуру системи права / Дмитро Лук'янець // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 12. – С. 3–6.

15 Стан юридичної освіти та науки в Україні (результати дослідження) [Електронний ресурс] / ОБСЄ, Національний університет «Києво-Могилянська академія». – К., 2009–2010. – Режим доступу: <http://www.osce.org/uk/ukraine/108309?download=true>.

режим», «авторитаризм», «тоталітаризм» (як протилежності демократії), «соціальна держава», «правова держава», «типологія держави» (як категорія, що є спільною для двох останніх), «тип держави», «формаційний підхід», «цивілізаційний підхід» тощо. Ч. II ст. 2 передбачає аналіз не лише унітаризму, а й федералізму та взагалі такої категорії як форма державного (чи державно-територіального) устрою. Ч. I ст. 5 дозволяє висвітлити такі категорії як республіка та монархія (протилежність республіки), а також «форма правління».

Не менш цікавим уявляється розгляд інституту Президента України. Згідно Конституції (ч. I ст. 102), «Президент України є главою держави і виступає від її імені»¹⁶. Крім того, ч. II ст. 102 передбачає, що Президент України «є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина». У даному випадку ми повинні чітко усвідомлювати подвійний статус президента. З одного боку, він є главою держави, і в цій якості державним органом, «що є представником держави як всередині країни, так і за межами останньої»¹⁷. З іншого ж – гарантом. Щодо останнього, то свою роль гаранта «державного суверенітету» і «територіальної цілісності України» президент здебільшого реалізує в якості Верховного головнокомандувача (п. 17 ст. 106 Конституції України). Є в конституції й повноваження із гарантування «додержання Конституції, прав і свобод людини і громадянина».

Проблема залишається лише із його статусом як глави держави. Річ у тім, що в Основному законі нашої держави, президент визначається в якості глави держави виключно в контексті того, що він «виступає від її імені». Фактично, це означає, що Президент України як глава держави має лише найвищий представницький статус, тобто останній не передбачає можливості президента безпосередньо управляти поточними державними справами.

Водночас, обираючи президента, громадяни в своїй пересічній масі фактично розуміють термін «глава держави» як «господар усієї країни», який повністю відповідає за стан справ в країні і всі негаразди, які відбуваються в країні є наслідком діяльності зазначеного «господаря».

Як уявляється, поміж іншим, це відбувається тому, що переважна більшість громадян України досить погано розуміється в політико-правовій

16 Конституція України : за станом на 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

17 Сухонос В. В. Інститут глави держави в конституційному праві : [монографія] / Володимир Вікторович Сухонос. – Суми : УАБС НБУ, 2011. – С. 22.

термінології, основи якої й закладає шкільний курс «Правознавства», яке, як вже зазначалося, повинен будуватися навколо Конституції України.

І, нарешті, колосальне значення має розгляд конституційних прав і свобод. Так, зокрема, ч. 1 ст. 27 Конституції закріплює: «Кожна людина має невід'ємне право на життя»¹⁸. При цьому, аналізується не лише конституційне право на життя у контексті державної заборони смертної кари чи взагалі здійснюється філософський аналіз самої категорії «життя», а й, наприклад, піднімається питання про злочини проти життя особи (вбивство чи доведення до самогубства), адже кожен повинен знати, що будь-які спроби замаху на життя державою караються. Тим самим ми підходимо до кримінального права і не лише інформуємо громадян про покарання за вбивство (така інформація повинна доводитися обов'язково), а й до аналізу загальних категорій злочину і покарання.

Така своєрідно-блочна система не лише дасть пересічним громадянам необхідну інформацію про різні державні та правові категорії, а й зробить їх переважно більшість обізнаними у сфері конституційних праввідносин. Тим самим громадяни України будуть детально розумітися на своїх конституційних правах та обов'язках.

Можна зробити й трохи інакше: зберегти юридично-галузеву систему, проте висвітлювати лише ті категорії і поняття, які, так чи інакше, стосуються конституції¹⁹.

До речі, такий підхід дуже нагадує той, що на сьогодні використовується в США, де перед отриманням юридичної освіти («право») студенти вивчають питання, пов'язані із політичною теорією, конституційною історією, взаємодією філософії і права або основами підприємницького права – т. зв. «передправо», адже вважається, що юрист повинен добре усвідомлювати, як функціонує суспільство в цілому, як реалізується соціальне регулювання й управління, вирішуються соціально-політичні протиріччя.

Висновки. Таким чином, характеризуючи завдання і вимоги вищої юридичної освіти, ми бачимо, що вони, здебільшого, так чи інакше, пов'язані із науковим концептом освітянської діяльності. Саме тому курс юридичної освіти в спеціалізованих юридичних навчальних закладах повинен називатися «Юриспруденція», тобто юридична наука. Водночас,

18 Конституція України : за станом на 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

19 Сухонос В. В. Держава: питання теорії (загальний і конституційно-правовий аспекти) : [монографія] / Володимир Вікторович Сухонос. – Суми : Університетська книга, 2015. – 343 с.

аналіз стандартів загальної шкільної юридичної освіти, акцентує нашу увагу на її практичній парадигмі, спрямованій на доведення до школярів інформації щодо їх громадянських прав та обов'язків. Виходячи з цього, шкільний курс юридичної освіти повинен мати назву «Правознавство», тобто знання не стільки об'єктивного, скільки суб'єктивного контексту права і базуватися на вивченні основ Конституції України.

А. А. Коваленко

доктор політ. наук, професор

ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК МІЖ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЄЮ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ ТА ДЕМОКРАТИЧНОЮ КОНСОЛІДАЦІЄЮ

Зв'язок між інституціоналізацією політичних партій та демократичною консолідацією уже тривалий час перебуває в центрі уваги політологів. Найбільш поширеною є точка зору, що, з огляду на важливість політичних партій для ефективного функціонування демократичних інститутів, їх інституціоналізація є важливим каталізатором процесу демократичної консолідації. Така позиція зустрічається у працях Л. Даймонда¹, К. Клепхема², Х. Лінца³, С. Ліпсета⁴ та інших дослідників. Проаналізувавши процеси демократичної консолідації в Латинській Америці Р. Дікс зробив висновок, що інституціоналізовані партії відіграють значну роль у зміцненні демократичних інститутів, а шанси на успішну демократичну консолідацію зростають по мірі того, як партії інституціоналізуються⁵. Т. Скаллі наголошує на позитивному впливі політичних партій на життєздатність демократій, зокрема у Латинській Америці⁶. При цьому інституціоналізація партійної системи розглядається як важливий чинник стабілізації демократії і потребує таких умов як стабільність у моделях взаємодії, вкоріненість у суспільстві, партійна легітимність та сильна партійна організація.

Лише останнім часом з'явилася низка публікацій, що спростовують тезу про необхідність інституціоналізації політичних партій для процесу демократичної консолідації. Так С. Мейнверінг відзначає, що

- 1 Democracy in developing countries [Diamond L., Linz J., Lipset S.]. – Vol. 3 Asia. – Boulder CO: Lynne Rienner, 1989.
- 2 Clapham C. Democratisation in Africa: Obstacles and prospects / C. Clapham // Third World Quarterly. – 1993. – Vol. 14. – P. 423-438.
- 3 Linz J. Towards consolidated democracies / J. Linz, A. Stepan / In Diamond L. Consolidating the Third Wave democracies. – Baltimore, MD: Johns Hopkins, University Press, 1997.
- 4 Lipset S. The indispensability of parties / S. Lipset // Journal of Democracy. – 2000. – Vol. 11. – №1. – P.48-55.
- 5 Dix R.H. Democratization and the institutionalization of Latin American political parties / R.H. Dix // Comparative Political Studies. – 1992. – Vol. 24. – P. 488-511.
- 6 Scully T. Building democratic institutions: Party systems in Latin America / T. Scully, S. Mainwaring. – Stanford, CA: Stanford University Press, 1995.

хоча демократична консолідація не залежить винятково від партійної інституціоналізації, відмінності у партійній інституціоналізації визначають природу демократичної політики⁷.

Наявність прямого причинно-наслідкового зв'язку між партійною інституціоналізацією та демократичною консолідацією піддається критиці Г. Током. Він, проаналізувавши партійну інституціоналізацію в Східно-Центральній Європі, робить висновок, що наявність інституціоналізованих партій не необхідною передумовою для процесу консолідації⁸. В свою чергу В. Ренделл ставить під сумнів бажаність інституціоналізованих партій для демократії⁹.

Ще далі пішов турецький дослідник С. Ярдмічі-Геййікчі, який на прикладі власної країни обґрунтовує тезу про шкідливий вплив інституціоналізації політичних партій на діяльність демократичних інститутів: у Туреччині політичні партії є добре інституціоналізованими, але неспроможними очолити процес демократичної консолідації¹⁰. Низка чинників (високий виборчий бар'єр, сильне партійне керівництво та стабільне фінансування лише для великих партій) сприяють партійній інституціоналізації. Водночас домінування партійного керівництва в організаційній структурі партії ослаблює внутріпартійну демократію та створює авторитарну структуру, що негативно впливає на якість демократії в країні. Іншими словами, хоча інституціоналізація партій може відігравати значну роль у забезпеченні ефективної діяльності опозиції та підвищенні підзвітності уряду, однак її не слід вважати достатньою умовою для демократичної консолідації.

Перш ніж розглянути взаємозв'язок між інституціоналізацією політичних партій та демократичною консолідацією в Україні слід уточнити ключові поняття. Під інституціоналізацією політичних партій розуміється комплекс заходів, спрямованих на створення стабільної партійної системи, здатної сприяти ефективному виконанню ними таких основних функцій в умовах демократії як репрезентативна (представництво інтересів різних громадян та соціальних груп), інтегративна (узгодження інтересів

7 Mainwaring S. Rethinking party systems in the Third Wave of democratization: The case of Brazil / S. Mainwaring. – Stanford, CA: Stanford University Press, 1999.

8 Toka G. Political parties and democratic consolidation in East Central Europe / G. Toka. – Centre for the Study of Public Policy, University of Strathclyde, 1997.

9 Randall V. Party institutionalization and its implications for democracy / V. Randall. – World Congress of International Political Science Association (IPSA), 2006 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://archives.cap.anu.edu.au/cdi_anu_edu_au/featured_articles/featured-articles_downloads/2006_08_CDI.News_AUG_SEP_FA_2_Randall.pdf

10 Yardimci-Geyikci S. Party institutionalization and democratic consolidation: Turkey and Southern Europe in comparative perspective // Party Politics. – 2015. – Vol. 21(4). – P. 527–538.

різних зацікавлених груп), управлінська (участь у виробленні державної політики та формуванні органів державної влади та органів місцевого самоврядування) та освітня (громадська просвіта та підготовка кадрів).

Консолідація є важливою характеристикою будь-яких соціальних процесів, оскільки передбачає об'єднання зусиль заради досягнення певної мети. На думку Ф. Шміттєра, суть процесу консолідації полягає у виборі, що веде до формування сукупності правил політичної гри, укладення певних домовленостей, які є результатом взаємної згоди¹¹. У політології феномен консолідації почав активно досліджуватися з початком так званої «третьої хвилі» демократизації, що дала низку прикладів як успішних, так і невдалих переходів до демократії. Демократична консолідація визначається як «політичний режим, в якому демократія як комплексна система інститутів, правил та моделей поведінки стала «єдиною грою у місті»¹² з точки зору поведінки акторів та конституційних засад. Спочатку термін «демократична консолідація» використовувався для характеристики проблем забезпечення міцності нових демократій, збільшення тривалості їх життя, створення у них імунітету від загрози повернення до авторитаризму. Згодом список умов демократичної консолідації розширився і включав такі пункти як масова легітимація режиму, поширення демократичних цінностей, нейтралізація асистемних акторів, забезпечення верховенства цивільних осіб над військовими, усунення авторитарних анклавів, партійне будівництво, організація функціональних інтересів, стабілізація електоральних правил, рутинізація політики, децентралізація державної влади, введення механізмів прямої демократії, судова реформа, полегшення становища бідних і економічна стабілізація.

На думку Л. Морліно для консолідації демократії від політичних партій потрібно виконання двох вимог: 1) налагодження стабільних відносин між партіями та суспільством, 2) стабільні моделі конкуренції між партіями¹³. Він припустив, що партії повинні організаційно розвиватися від стабільних відносин з іншими партіями та ефективного управління, оскільки вони є єдиними, хто очолює прийняття рішень і відіграє ключову роль в управлінні державою.

11 Шміттєр Ф. Размышление о гражданском обществе консолидации демократии / Ф. Шміттєр // Полис. – 1996. – № 5. – С. 16-27.

12 Linz J. Towards consolidated democracies / J. Linz, A. Stepan / In: Diamond L. Consolidating the third wave democracies: Themes and issues. – Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1997.

13 Morlino L. Political parties and democratic consolidation in Southern Europe / L. Morlino / In Gunther R. The politics of democratic consolidation: Southern Europe in comparative perspective. – Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1995. – P. 315-388.

Оцінювати ступінь інституціоналізації політичних партій можна оцінювати за двома основними показниками: їх організаційним розвитком та міцністю зв'язків із громадянським суспільством. Організаційний вимір орієнтується насамперед на кількісних показниках:

- кількості членів;
- представленості партії у всіх адміністративно-територіальних одиницях країни;
- обсягом фінансових ресурсів.

Вкоріненість політичних партій у соціумі визначається як за результатами виборів (розмір ядра лояльних прихильників партії, які стабільно голосують за неї, мінливість електоральних уподобань громадян, які оцінюють здатність партій представляти їх інтереси та послідовно реалізовувати свої передвиборчі програми), так і соціологічних опитувань, які дають змогу виявити ступінь партійної ідентифікації громадян та їх довіру до політичних партій як таких.

Партійна ідентифікація показує наскільки виборці ототожнюють себе з конкретною партією і є своєрідним вираженням публічного зв'язку з партією¹⁴, який все ще розглядається як центральний елемент демократичного режиму¹⁵. Рівень довіри до політичних партій свідчить про міцність їх зв'язку з електоратом, ефективність їх діяльності в органах законодавчої і виконавчої влади.

Що стосується України, то у нас процес інституціоналізації політичних партій ще не завершено. Про це свідчать низький рівень довіри до них, який протягом останніх п'яти років коливається в межах 11–20% (таблиця 1).

Таблиця 1

Рівень довіри до політичних партій¹⁶

	2011	2012	2013	2014	2015
Повністю довіряю	2.2	2.8	1.8	0.8	1.1
Переважно довіряю	16.3	17.2	19.1	14.2	10.7

14 Dalton R.J. Partisanship and party system institutionalization/ R.J. Dalton, S. Weldon // Party Politics. – 2007. – Vol. 13. – P. 179–196.

15 Dalton R.J. Parties without partisans: Political change in advanced industrial democracies / R.J. Dalton, M. Wattenberg. – Oxford: Oxford University Press, 2000.

16 Якою мірою Ви довіряєте політичним партіям? / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1086.

Переважно не довіряю	40.7	34.1	41.9	39.3	40
Зовсім не довіряю	32.6	35	23.4	31.6	39.2
Важко сказати	8.2	10.9	13.7	14.1	9

Низьким є також рівень членства українців у політичних партіях. Так серед киян, які є одними з найбільш активних у політичному плані громадян, лише 7,4% належать до певної політичної партії¹⁷. Українські партії незадовільно виконують репрезентативну функцію: лише 23% українців вважають, що серед політичних партій є та, що захищає їх інтереси, а 56,5% це заперечують¹⁸, що свідчить про слабкий зв'язок між партіями та їх електоратом. На думку фахівців з Центру Разумкова, нинішня партійна система є двополюсною, представленою з одного боку партіями парламентської коаліції (проєвропейської), а з іншого –Опозиційним блоком¹⁹. Вона зберігає ознаки системи поміркованого плюралізму і ще не набула усталеного вигляду. Вони також фіксують посилення тенденцій до створення партій вождистського типу, що спостерігалось від початку 2000-х років²⁰.

Революція гідності дає підстави стверджувати, що Україна вступила на шлях демократичної консолідації: серед громадян та політичних сил встановився консенсус щодо важливості демократичних інститутів, необхідності їх зміцнення та європейського шляху розвитку держави. Тобто, процес демократичної консолідації став можливим завдяки слабкій інституціоналізації політичних партій. Саме відсутність сильних «партій влади», як це мало місце у Російській Федерації чи навіть у Туреччині, перешкоджала зміцненню авторитарних тенденцій, ослабленню опозиційних сил, зменшенню плюралізму у політичній системі.

Отже, інституціоналізація політичних партій може мати неоднозначний вплив на демократизаційні процеси. З одного боку, інституціоналізовані партії сприяють легітимації представницького органу та вертикалі виконавчої влади. Завдяки їм практично неможлива поява акторів, що намагаються досягти своїх цілей за допомогою силових і недемократичних

17 Чи є Ви членом будь-якої політичної партії? (опитування в Києві) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=789.

18 Чи є серед наявних політичних партій така, яка захищає Ваші інтереси? / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1083.

19 Партійна система України до і після Майдану: зміни, тенденції розвитку, суспільні запити (Аналітична доповідь Центру Разумкова) // Національна безпека і оборона. – 2015. – №5-6.

20 Те саме, ст. 18.

способів. З іншого боку, високий ступінь інституціоналізації політичних партій призводить до партійної поляризації, що породжує напруженість у відносинах між партіями. Це, в свою чергу, призводить до ослаблення партійної системи як такої та утруднення демократичної консолідації. Приклад України свідчить, що слабо інституціоналізовані політичні партії можуть перешкоджати встановленню авторитарного режиму та, у довгостроковій перспективі, сприяти переходу до етапу демократичної консолідації.

А. І. Павко

д. істор. наук, професор, завідувач кафедри суспільних та політичних наук НАУ, лауреат премії ім. М. С. Грушевського, відмінник освіти України

МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИХ ІДЕЙ Б. КІСТЯКІВСЬКОГО ДЛЯ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Методологічна проблематика органічно імплементована у гносеологічний механізм пізнання багатьох соціогуманітарних наук, зокрема і юридичної. Вона є невід'ємною складовою предметного поля соціогуманітарного знання, його концептуального базису. Зазначимо, що саме рівень методологічної саморефлексії, наявність апробованого і дієвого методологічного інструментарію визначають евристичні і перспективні можливості юридичної науки у царині епістемології.

Слід підкреслити, що до предметного поля методології наукового пізнання як специфічної галузі теоретичного дослідження, повинно бути віднесене все те раціональне, що має методологічне значення. Методологічне ж значення різноманітних продуктивних теоретичних конструкцій і моделей полягає саме в тому, що вони сприяють динамічній реалізації нашого пізнавального інтересу відповідно до обраного предмету дослідження і здатні коригувати його кожний раз, як тільки в цьому виникає нагальна потреба. На слушну думку зарубіжних вчених, методологія у змістовному і структурному відношенні містить три взаємопов'язані між собою блоки елементів: блок логіки, концептуальних ідей та концептів теорії, блок принципів і блок методів пізнання. Якщо елементи першого блоку визначають теоретичні горизонти і межі пізнання, то елементи іншого блоку пов'язані з організацією конкретного пізнавального процесу. Натомість, елементи третього блоку забезпечують смислове розкриття і теоретичне відображення змісту виокремленої предметної галузі знань¹.

Якщо розуміти філософію права як методологію пізнання правових явищ і процесів, то її дійсним предметом є методологія осмислення

1 Философия социальных и гуманитарных наук. Учебное пособие для вузов / Под. общ. ред. проф. С.А. Лебедева. – М.: Академический Проект, 2006 – 912с., с. 264

правової реальності, права як способу людського буття. Методологічна функція філософії права передбачає формування певних моделей пізнання права, які сприяють поглибленню юридичних досліджень, шляхом використання філософських методів і категорій в якості пізнавального інструментарію. Методологічна функція філософії права як галузі фундаментальних знань, без яких юридична наука не може успішно розвиватися, також поділена на декілька підфункцій: евристичну, координуючу, інтегруючу, логіко – гносеологічну. Синтетичним виявом методологічної функції права є оформлення наявного знання про право у вигляді способу його осмислення як змістовно – смислової конструкції, що обґрунтовує основні ідеї. Вітчизняний дослідник С. Максимов, наприклад, вважає, що «філософія права – це філософське вчення про право, або ж дослідження права методом філософії»². На авторитетну думку відомого німецького філософа права А. Кауфмана, основне питання філософії права, як і всієї правової науки, є питанням про сутність і сенс права³.

Оскільки філософія не лише декларує цей смисл, але і аргументує свою позицію, то і основне завдання філософії права полягає в обґрунтуванні права, його ідеї або смислу. Питання про сутність права є основним, оскільки від відповіді на нього залежить розв'язання всіх найважливіших правових проблем, зокрема і у сфері правотворчості та правозастосування. Зауважимо, що це питання є філософським, оскільки передбачає співвіднесення права з людським буттям. Тому філософію права доцільно розглядати не лише як теорію правового процесу (правового буття), а, насамперед, як теорію правового пізнання, правову гносеологію. В контексті вироблення нових парадигм філософсько-правової методології в умовах сьогодення на особливу увагу заслуговують плідні, методологічно окреслені наукові ідеї Б. О. Кістяківського – відомого філософа, правознавця, соціолога, публіциста, мислителя, дійсного члена Академії наук України, обраного до її складу в 1919р. Його філософсько-правова спадщина, яка характеризується достовірністю, об'єктивністю, гносеологічним і методологічним плюралізмом у продукуванні й обґрунтуванні наукових ідей, не втратила свого пізнавального і світоглядного знання і на сучасному етапі розвитку вітчизняної правової думки.

Необхідно зазначити, що Б. Кістяківський у своїх ґрунтовних, оригінальних наукових працях заклав фундаментальні підвалини української

2 Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Х: Право, 2002.-328с., с. 14

3 Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Х: Право, 2002.-328с., с 27

філософії права. Наукова спадщина вітчизняного мислителя суттєво збагатила політико-правові здобутки української та європейської культури. Б. Кістяківський не лише всебічно осмислив, але і в нових суспільних умовах творчо розвинув і поглибив історичні традиції німецької і російської філософії права, які на той час репрезентували найпотужніші філософсько-правові школи в Європі. Тому філософсько-правові ідеї Б. Кістяківського, крім безперечно ретроспективного науково-пізнавального інтересу, пов'язаного з освоєнням історії і методології правознавства, мають ще й фундаментальне і методологічне значення для формування сучасної національної філософії права.

Слід підкреслити, що Б. Кістяківський, який належав до когорти яскравих представників вітчизняної науки кінця XIX – початку XX ст., здійснив вагомий внесок в інтелектуальну розробку методологічних проблем пізнання права і самої правової науки. Всебічний аналіз наукових досліджень одного з видатних вітчизняних вчених – правознавців в дореволюційного періоду, переконливо свідчить, що в науково-правовій творчості Б. Кістяківського методологія посідає центральне місце, тісно переплітаючись з предметним правовим знанням і має складну і різноманітну проблематику. Професор Гарвардського університету С. Хейман в одній із своїх праць, присвячених політико – правовим ідеям Б. Кістяківського, показала, що український вчений сконцентрував свою увагу на дослідженні взаємодії методів пізнання, властивих точним наукам, і методів правової оцінки явищ дійсності. Вона характеризує методологію правознавства Б. Кістяківського як складну, дуалістичну, що розкривається з позицій нормативістської теорії⁴. Доречно у цьому зв'язку звернути увагу на те, що методологію у широкому філософсько-правовому сенсі він трактував як теорію пізнання.

На, нашу думку, методологія правової науки в науковій спадщині Б. Кістяківського має чітко окреслений концептуальний вимір. До важливих структурних компонентів концепції методології правознавства, всебічно розробленої і аргументованої відомим українським вченим-правником, доцільно віднести, наприклад, такі доктринальні положення:

1. необмеженість методології Б. Кістяківського лише методологічними проблемами права, її глибокий інтегративний зв'язок з проблемами самої правової науки;

2. у науковій творчості вітчизняного вченого-юриста методологічне знання тісно переплітається з предметним знанням, яке, виконуючи

4 Хейман С. Кістяківський: Боротьба за національні та конституційні права в останні роки царату/ Пер. з англ.- К.: Основні цінності, 2000-304с.

методологічну функцію, поповнює теоретичний арсенал методологічного знання;

3. Методологічні проблеми правознавства досліджуються Б. Кістяківським у контексті відповідних проблем соціальногуманітарних наук у цілому та на міждисциплінарній основі. Продуктивними в цьому контексті є універсальні, синтетичні ідеї Б. Кістяківського про логіко-методологічну природу, проблеми і завдання соціально-наукового пізнання⁵.

Концептуальне підґрунтя методології правознавства Б. Кістяківського визначається його переконанням в тому, що методологічні проблеми правознавства можуть бути належним чином осмислені і розв'язані лише в контексті аналізу гносеологічних проблем соціогуманітарних наук в цілому, оскільки правознавство є складовою наук про суспільство. Зазначений концептуальний погляд вітчизняного вченого на сутність та особливості методології правознавства знайшов своє творче втілення у назві його основної методологічної праці: «Соціальні науки і право. Нариси з методології соціальних наук і загальної теорії права», яку було опубліковано в Москві у 1916р. Методологічне значення мають також праці Б. Кістяківського, присвячені дослідженню різних аспектів феномену права. Це, зокрема «Реальність об'єктивного права» (1910), «Раціональне та ірраціональне у праві» (1911) і «Право як соціальне явище» (1911). У вступі до свого фундаментального видання Б. Кістяківський звертає увагу читача на те, що методологічні питання в ній розв'язуються не автоматично, в абстрактному вигляді, а у зв'язку з вирішенням соціальних і теоретико - правових питань, по відношенню до яких вони відіграють другорядне значення. Прикметної рисою методологічної позиції Б. Кістяківського, викладеного у зазначеній праці, є те, що вчений чітко і переконливо дослідив причини і ознаки глибокого кризового стану сучасного йому наукового знання. До них варто віднести такі, як: 1) ослаблення впевненості дослідників у науковому знанні; 2) пошук дослідниками задоволення в інших сферах духовної діяльності. На думку Б. Кістяківського, рельєфним показниками кризи наукового знання слугують прагматизм і містицизм. Спільним для обох напрямків є розчарування їх представників в інтелектуальній силі науки і незадоволеність результатами, які досягаються нею. Однак задоволення і вихід із кризи науки вони знаходять у різних сферах наукової діяльності. Якщо для прибічників прагматизму такою пріоритетною сферою є гносеологічна сфера наукового пізнання, то прихильники містицизму віддають перевагу

5 Меленко О.В. Методологія правової науки в науковій спадщині Б.О. Кістяківського. – монографія; наук. ред. і автор передмови проф. М. А. Демерлі. – Чернівці: Технодрук, 2013 – 328с., с. 137.

релігійній вірі. Б. Кістяківський переконаний в тому, що «віра та її апо-
логетика, - яким би не був зміст цієї віри, - чи це віра в царство небесне,
чи в земний рай, - не підлягає обговорення й оцінки з боку наукового
знання»⁶. Ідеї Б. Кістяківського мають особливий інтелектуальний рефрен
з врахуванням тієї обставини, що сучасне соціогуманітарне знання, як
і в період плідної наукової творчості вітчизняного вченого, перебуває
у кризовому стані. Тому важливою є не лише методологія осмислення
Б. Кістяківським проявів, причин і шляхів виходу з кризи наукового
знання, але і його оптимістичне ставлення до неї щодо перспективних
можливостей подолання кризових явищ і тенденцій в соціогумані-
тарних науках. Однією з них є усвідомлення логічної і методологічної
природи суспільних наук, методологічних засад їх самопізнання. На
думку Б. Кістяківського, «якою б не була сильна наукова криза, вона не
настільки небезпечна, як може здаватися на перший погляд»⁷. Тому, що
її подолання завжди вимагає докорінних змін у методології соціогума-
нітарних, зокрема і юридичних наук, активізації пошуків нових методів
і концептуальних підходів, як необхідного теоретичного підґрунтя для
розвитку наукового знання.

Значимо, що у сучасній філософії права дослідники розглядають
право як багатоманітне, поліфонічне явище. У цій площині важливою
є методологічна ідея поєднання плюралізму і монізму, яка є однією з
стрижневих у наукових працях Б. Кістяківського. Авторитетний філо-
соф права вказує, зокрема, на те, що право як соціокультурне явище
єдине, але його вивчення потребує різних, альтернативних підходів і
категоріальних понять. Ідею методологічного плюралізму він розглядає
як необхідну передумову отримання об'єктивного знання, обґрунту-
вання автономності окремих сфер людського духу. «Тільки рішучий як
методологічний, так і особливо гносеологічний плюралізм, - зазначає
Б. Кістяківський, - може створити необхідні теоретичні передумови для
обґрунтування автономності кожного із проявів людського духу; такий
плюралізм, звичайно, не виключає монізму у кінцевому синтезі»⁸.

Варто звернути увагу і на те, що Б. Кістяківський з концептуальних
позицій цілісно і всебічно розкрив соціокультурний зміст права. Він
наполягав на тому, що вивчати право як соціальне явище потрібно

6 Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Х: Право, 2002.-328с., с. 17

7 Кістяковський Б. А. Філософія і соціологія права/ Сост.,примеч., указ. В. В. Сапова. – СПб: РХ ГИ, 1999.- 800с., с. 20

8 Альчук М. П. Філософія права Богдана Кістяківського. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010.- 300с., с. 324

не тільки для того, щоб досягти теоретичної мети досягнути що найповнішого знання права. Воно є нагальна потреба на те, аби право не розминулося зі справедливістю й саме право було справедливе»⁹. Для Б. Кістяківського право – культурний феномен, який в ідеалі повинен бути виявом принципу справедливості. З його точки зору, юрист, насамперед, повинен вивчати діюче право як систему норм, знати закони і вміти їх застосовувати у практичній площині. Але для того, щоб перебувати на вершині сучасного рівня знань, юрист має не забувати про життєві факти і з наукових позицій, прискіпливо вивчати особливості «правового життя суспільства»¹⁰. В розумінні Б. Кістяківського, право – не лише сукупність норм, а й життєве явище. Право як сукупність норм – це об'єктивне право, суб'єктивне право – це життєва практика. Справжнє право має постійно здійснюватися в житті людей. Юристи, досліджуючи суб'єктивне право, зводять до його загальних понять, а тому стирається відмінність і навіть протилежність між суб'єктивним та об'єктивним. Проте, як вважає Б. Кістяківський, дійсно наукові поняття виробляються тільки при наявності високого рівня науки¹¹. Завдяки філософського розумінню право, дослідженню його з різних позицій, творчо використовуючи методологічний плюралізм Б. Кістяківський з'ясував гуманітарну природу правознавства. На його думку, правознавство є гуманітарною наукою. Тому її обґрунтування й орієнтація мають спиратися на інтеграцію аналітичного й синтетичного знання, що дає філософія загалом та філософія права зокрема. Філософія права також є важливою складовою гуманітарного знання. Своєрідність гуманітарних наук полягає в тому, що їх об'єкти дослідження не конкретні і не обмежені, а тому знання про них мають визначатись шляхом застосування логічних операцій мислення. Потрібно підкреслити, що Б. Кістяківський не був прихильником окремого конкретного концептуального підходу до осмислення правової реальності, а обґрунтовував доцільність плюралістичної, синтетичної (інтегральної) теорії права, зробив вагомий внесок у розробку актуальних загальнотеоретичних і методологічних проблем права і держави.

Доцільно вказати на те, що синтетична (плюралістична) концепція права є одним з перших подібних наукових проєктів у світовій правовій думці.

9 Альчук М. П. Філософія права Богдана Кістяківського. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010.- 300с., с. 338

10 Альчук М. П. Філософія права Богдана Кістяківського. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010.- 300с., с. 338

11 Антологія української юридичної думки. В бт./Редкол: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.. Том 1: Загальна теорія держави в права, філософія та енциклопедія права /Упорядники: В. Д. Бабкін, І. Б. Усенко, Н., с. 326

До основних теоретичних положень плюралістичної (синтетичної) концепції права Б. Кістяківського потрібно віднести, наприклад, такі: 1) заперечення одностороннього підходу у розкритті сутності права; 2) осмислення права як багатоаспектного явища, яке характеризується цілісністю і системністю; 3) різні вияви змістовного наповнення права підлягають самостійному дослідженню; 4) жодне з понять, яке належить до теоретичного потенціалу основних концепцій права, не може претендувати на абсолютне дослідження в юридичній науці; 5) правомірність виокремлення державно – організаційного, соціологічного, психологічного і нормативного аспектів у трактуванні поняття права¹². В оцінці методологічних підходів Б. Кістяківського як у сферах загально – філософських, так і філософсько – правових потрібно враховувати історико - культурний контекст. Особливо це стосується питання про його ставлення до плюралістичної методології. У теоретико-методологічному сенсі Б. Кістяківський вирізняв «науку про право» і «науку про державу». У трактуванні вченого наука про право вивчає державу як суто правове явище, що є предметним завданням спеціальної науки про право – науки державного права. Б. Кістяківський застерігає, що досліджуючи лише одну сторону державно – суспільних явищ не можливо вивчати державу в узагальненому вигляді. Виходячи з цього, він аргументує думку про те, що вивчення держави в цілому не може бути здійснене в межах юридичної науки, а вимагає інтеграції економічних та соціальних знань про державу. Доцільно зробити акцент на тому, що вивчення творчої спадщини видатних мислителів дає можливість не лише визначити їхній власний доробок у розвитку духовної культури, а й розкрити вплив їхніх концепцій на сучасність. Філософсько – правове вчення видатного філософа права, соціолога, теоретика права Б. Кістяківського є яскравою сторінкою в історії української філософії права¹³. Очевидним є те, що питання, пошуками відповідей на які займався видатний філософ права, актуальні і в наш час, а тому теоретико – методологічних досліджень і дискурсів сучасних вітчизняних вчених.

Значимо, що теоретико – методологічні і концептуальні погляди Б. Кістяківського актуалізують дослідження важливих сучасних теоретичних і прикладних правових проблем у наступних напрямках: 1) осмислення проблеми сутності права; 2) раціональне та ірраціональне у праві; 3) дослідження кризових явищ у структурі і змісті соціогумані-

12 Альчук М. П. Філософія права Богдана Кістяківського. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010.- 300с., с. 140

13 Альчук М. П. Філософія права Богдана Кістяківського. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010.- 300с., с. 238

тарного знання та визначення шляхів їх подолання; 4) забезпечення гносеологічної єдності методологічного і предметного знання; 5) розв'язання проблем праворозуміння на методологічних засадах синтетичної (інтегральної) теорії права.

В. О. Антонов

канд. філос. наук, доцент, старший науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

Збройна агресія Російської Федерації проти України переконливо засвідчила, що у гарантуванні системи забезпечення національної безпеки української держави найважливіша роль відводиться іншому суб'єкту – Збройним Силам України. Міністерство оборони України як центральний орган виконавчої влади спеціальної компетенції забезпечує проведення в життя державної політики у сфері оборони і який покликаний гарантувати захист України від зовнішньої збройної агресії (ст. 17 Конституції України)¹.

Україна виходячи із необхідності забезпечення власної *воєнної безпеки* та оборони, усвідомлюючи свою відповідальність у справі підтримання міжнародної стабільності, як суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава має Збройні Сили України із необхідним рівнем їх бойової готовності та боєздатності. Відповідно до ст. 1 Закону України, «Про Збройні Сили України» Збройні Сили України — це військове формування, на яке відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності. Аналізуючи даний закон, а також Закон України «Про оборону України», можна виділити такі **завдання** ЗС у забезпеченні національної безпеки:

- відсіч та запобігання збройній агресії та збройному конфлікту;
- здатність до переведення на воєнний стан;
- ліквідація збройного конфлікту;
- забезпечення готовності населення і території держави до оборони;
- забезпечення національних інтересів;
- реалізація власної воєнної політики;

¹ Див.: Україна. Закони. Конституція України: текст відповідає офіц. – К.: Національний книжковий проект, 2011. – С. 6. – 48с.

– формування та реалізацію воєнної, воєнно-економічної, військово-технічної та військово-промислової політики держави.

У політичній та інформаційній сферах збройний напад Російської Федерації на Україну називають різними термінами, такими, як: «гібридна війна», «неоголошена війна», «дивна війна», «прихована війна», «таємна війна», «спливаюча війна», «нестандартна війна», «нелінійна війна», «напіввійна», «війна керованого хаосу» тощо. Можливо, такий підхід є спробою словесно відобразити специфіку розв'язаної Росією війни, яка за методами свого ведення відрізняється від традиційних класичних війн. А можливо, це спосіб уникнути використання точного і юридично вивіреного терміна «агресивна війна».

З оглядну масштабний і складний комплекс проблем, які виникли внаслідок російської збройної агресії проти української держави, захист її національних інтересів має здійснюватися на підставі розуміння того, що Росія веде проти України тотальну війну, війну на знищення української державності, української нації та вестиме її навіть після зупинення застосування збройних сил, продовжуючи гуманітарну агресію, спрямовану на руйнацію України як такої держави «мирними» засобами. Слід зазначити, що і в майбутньому залишатимуться реальними і перспективи нових військових загроз українській державі з боку Російської Федерації. Оскільки сам зміст антиукраїнської ідеології зовнішньої політики Росії визначає і її стратегічну мету, яка передбачає тотальне знищення України як суб'єкта міжнародного права та геополітичної реальності.

Витоки усієї фашистської ідеології, яка опанувала сучасну російську ментальність, сягають у середину 90-х років ХХ століття, напрацьовані відомим ідеологом О. Дугінім. Вони знайшли своє практичне втілення у геополітичній доктрині Росії, де, зокрема, зазначається, що «суверенитет України представляє собою настільки негативне для русскої геополітики явлення, что в принципе легко может спровоцировать вооруженный конфликт...».

Существование Украины в нынешних границах и с нынешним статусом «суверенного государства» тождественно нанесению чудовищного удара по геополитической безопасности России, равнозначно вторжению на ее территорию»².

За цих обставин, ефективним механізмом захисту української держави від російської агресії має стати тотальна мобілізація всього українського

2 Володимир Василенко Збройна агресія Росії проти України: геополітичний та національний виміри / В. Василенко / . – // Юридичний вісник України. – № 42 (1007). – 18-24 жовтня 2014 р.

суспільства, усіх ресурсів держави для відсічі як збройній, так і гуманітарній агресії з боку Російської Федерації.

Слід також відзначити, що оборонна політика формується на основі загальної політики держави і пов'язана, насамперед, зі створенням, розвитком і використанням Воєнної організації для відсічі та запобігання збройній агресії та збройному конфлікту з метою захисту національних інтересів.

Імперативом в оборонному будівництві Воєнної організації української держави є розвиток її Збройних Сил, а, при необхідності – їх реформування. Де головним завданням у цьому контексті постає прогноз основних воєнно-політичних тенденцій у світі та навколо кордонів української держави, оцінка реальних та потенційних загроз національним інтересам України, обґрунтування показників економічного розвитку країни на середньострокову та довгострокову перспективу для визначення очікуваних оборонних бюджетів³.

Розробка, формування та реалізація оборонної політики України на початку XXI століття здійснюється в досить складних умовах воєнно-політичної і воєнно-стратегічної обстановки та під впливом цілої низки зовнішніх та внутрішніх викликів та загроз.

Сучасна воєнно-політична обстановка у світі формується під впливом швидкоплинних змін, що відбуваються у системі міжнародних відносин, і її притаманні суперечності, що спричинені розбіжностями національних інтересів, цілей, позицій держав стосовно шляхів і способів вирішення глобальних, регіональних та внутрішніх проблемних питань.

Розглядаючи стан сучасної військово-політичної обстановки у світі, необхідно зазначити, що вона є динамічною і розвивається під впливом певних тенденцій:

- формування системи багатополярних відносин, установа нового балансу сил та інтересів;
- посилення суперечностей між провідними центрами сили щодо поділу сфер впливу;
- зростання взаємної залежності провідних держав в умовах глобалізації, посилення впливу провідних міжнародних корпорацій, загострення боротьби за природні ресурси, використання енергетичного чинника для досягнення політичних цілей;

3 Див.: Оборонна політика України: Матеріали міжнародної конференції (Київ, 19 вересня 2003 р.). – Національний інститут проблем міжнародної безпеки, Женевський центр демократичного контролю над Збройними Силами. – К.: НІПМБ, DCAF. – С. 216

- зниження дієвості заходів, що застосовуються для запобігання та врегулювання криз і воєнних конфліктів провідними міжнародними організаціями;

- прагнення окремих держав досягти переваг у військово-технічній сфері, створити можливості для виробництва ядерної зброї;

- збереження ролі воєнної сили як засобу вирішення проблемних питань воєнно-політичних відносин;

- посилення небезпеки неконтрольованого розповсюдження ядерної зброї, її носіїв, матеріалів для їх виробництва, технологій подвійного призначення;

- поширення тероризму (у тому числі кібертероризму), піратства, організованої злочинності, нелегальної міграції, незаконної торгівлі зброєю та наркотиками, торгівлі людьми;

- прискорення розвитку інформаційних технологій, збільшення спроможностей держав щодо проведення інформаційних та інформаційно-психологічних операцій, посилення чутливості суспільства до загибелі мирного населення та втрат особового складу військових формувань у воєнних конфліктах;

- глобальні кліматичні зміни, зменшення запасів природних ресурсів, зростання дефіциту питної води, продуктів харчування і посилення міграційних процесів у світі.

Аналізуючи зазначенні тенденції і, зокрема, тенденцію, що пов'язана із загостренням боротьби за природні ресурси, використання енергетичного чинника для досягнення політичних цілей бажано зазначити, що зважаючи на обмеженість природних ресурсів, суперництво за контроль над ними, набуватиме з кожним роком все більших масштабів, що за певних обставин може призвести до виникнення воєнних конфліктів. Так, зокрема, відкриття потужних джерел нафти і газу в Закавказзі та Центральній Азії може перетворити ці регіони на потенційно небезпечні зони можливої конфронтації не лише між світовими економічними та політичними центрами, але й між самими суміжними країнами. Поряд із цим зростають суперечки між тими чи іншими країнами щодо маршрутів транспортування самих енергоносіїв.

Досліджуючи проблеми, що пов'язані з розробкою, формуванням та реалізацією оборонної політики України, варто звернути увагу і на внутрішні умови (чинників), які суттєво обмежують її спроможності щодо захисту її національних інтересів. До таких чинників (умов) слід віднести:

- розбалансованість і незавершеність системних реформ, у тому числі у сфері безпеки і оборони;
- складне економічне становище, високий рівень бідності населення, безробіття;
- корупція, високий рівень злочинності, у тому числі організованої;
- зниження обороноздатності держави, боєздатності Збройних Сил України та інших військових формувань.

Зазначені нами тенденції розвитку воєнно-політичної обстановки у світі та внутрішні умови України можуть суттєво впливати на вирішення проблемних питань воєнного-політичних відносин, найбільш актуальними з яких слід віднести:

- наявність не врегульованих воєнно-політичних конфліктів та можливість виникнення нових збройних конфліктів у регіоні;
- незавершеність договірно-правового оформлення державного кордону України, внаслідок чого зберігається ймовірність висунення територіальних претензій до України та виникнення суперечок між державами;
- прояви сепаратизму, що спричинені незадоволенням культурних потреб національних меншин, низьким рівнем життя населення та особливостями національно-етнічної політики суміжних з Україною держав;
- втручання у внутрішні справи України з боку інших держав з метою загострення соціально-політичних, міжконфесійних та міжетнічних відносин, створення непередбачених законом воєнізованих або збройних формувань;
- посилення конкуренції за доступ до сировинних ресурсів та за контролем над маршрутами їх доставки на ринки споживання, використання економічних конкурентних переваг для досягнення політичних цілей⁴.

Важливим внеском у формування нової оборонної політики української держави слід вважати прийняття Верховною Радою України низки законів, зокрема, «Про основи національної безпеки України» (2003 р.), «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», «Про боротьбу з тероризмом», «Про Збройні Сили України», «Про оборону України», «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики», а також Указ Президента України від 8 червня 2012 року «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України» від 8 червня 2012 року «Про нову редакцію Воєнної доктрини України».

4 Див.: Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України» від 8 червня 2012 року «Про нову редакцію Воєнної доктрини України»

Прийняття цих законодавчих актів по своїй суті спрямовано на створення належної сучасної правової бази з метою перетворення Збройних Сил України на новітню, мобільну, озброєну сучасною технікою армію, не обтяжливу для суспільства і яка спроможна захистити суверенітет, її національні інтереси, територіальну цілісність від будь-яких зовнішніх загроз.

Аналізуючи ці законодавчі акти, необхідно підкреслити, що з проголошенням 24 серпня 1991 р. незалежності, Україна прагнула розвивати з Російською Федерацією добросусідські відносини та розглядала її як стратегічного партнера і аж ніяк у якості потенційного ворога. Проте розв'язана Росією збройна агресія проти суверенітету та територіальної цілісності України, поставила на порядок денний необхідність принципової переоцінки основних положень і пріоритетів Воєнної доктрини України, Законів України «Про основи національної безпеки України» та «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики». На наш погляд, ці законодавчі акти повинні затвердити положення, згідно з якими Росія визнається стратегічним цивілізаційним і екзистенційним (непізнаним) ворогом України, який прикриваючись міфом про братню спорідненість росіян і українців, на практиці налаштований на ведення тотальної війни проти українців, їх державності, мови, культури і традицій.

Також слід зазначити, що із тексту цих документів необхідно вилучити положення про позаблоковий та нейтральний статус України та закріпити курс України на її повноправне членство в ЄС та НАТО.

Отже, практика сьогодення засвідчує, що при трансформації української оборонної політики у якісно новий стан, що повинен відповідати викликам та загрозам XXI століття, ми констатуємо, що при формуванні Стратегії програмних дій українська влада повинна вжити рішучих дій, спрямованих на системне відродження та реформування Збройних Сил України, всього сектору національної безпеки української держави та його належне та постійне фінансування. Для зміцнення і реформування ЗС України, а також системи забезпечення національної безпеки відповідно до сучасних викликів та загроз, необхідно вести мову не тільки про переорієнтацію воєнної доктрини, оборонної стратегії та стратегії розвитку системи забезпечення національної безпеки, але і про надання Україні консультативної, технічної безпеки та матеріальної допомоги, які є гарантами України відповідно до укладених вимог Будапештського меморандуму, а також іншими державами НАТО та ЄС.

Р. Ш. Бабанли

к.ю.н., начальник науково-експертного управління Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ,

НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАКТИКИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ В УКРАЇНІ ІЗ ЗАЛУЧЕННЯМ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Єдність судової практики є одним із найважливіших питань, підходи до вирішення якого становлять предмет численних сучасних наукових досліджень. У переважній більшості таких досліджень фокусується увага на судовій практиці, тобто інституційних аспектах вирішення проблеми неоднакового правозастосування, що, очевидно, є обґрунтованим з огляду на появу нових, раніше невідомих форм забезпечення єдності судової практики. Разом із тим, поряд із інституційним, не менш важливим є змістовний аспект, дослідження якого зумовлено необхідністю забезпечення єдності судової практики у конкретній важливій сфері правозастосування. Однією із сфер, яка вимагає особливої уваги, є сфера призначення покарання, оскільки правові умови, в яких призначається покарання, а саме невизначеність законодавчих положень, а також істотна частка суддівського розсуду у рішеннях про призначення покарання, є передумовами існування неоднакових підходів до обрання виду та розміру покарання особи за вчинене нею суспільно небезпечне діяння. При цьому, участь у цьому процесі задля його успішності мають брати не лише уповноважені органи державної влади, а й інститути громадянського суспільства.

В Україні, на відміну від інших держав, які впродовж десятиріч здійснюють пошук ефективних засобів подолання проблем неоднорідності покарань, не реалізується жодна концепція, яка була б присвячена цим питанням. В окремих державах, як наприклад Нідерландах¹, Уельсі²,

1 Koopmans T. L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. Netherlands [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419159v2/file/RAPPORTS_NATIONAUX_-_The_Netherlands_-_Tijds_KOOIJMANS.pdf. – 2009. – С. 205.

2 O'Connell F. Comparative Research into Sentencing Guidelines Mechanisms [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/raise/publications/2011/justice/6611.pdf>. – 2011. – С. 3.

здійснюється пошук оптимального варіанту та аналіз доцільності запровадження вказівок призначення покарання (sentencing guidelines), в інших, наприклад, Сполучених Штатах Америки³, Австралії⁴ – відбувається робота над їх вдосконаленням та пошуком більш ефективних способів використання покарання для протидії злочинності, використання досягнень інших наук, насамперед це стосується психології.

З огляду на відсутність спеціальних законодавчо визначених форм забезпечення єдності судової практики саме у сфері призначення покарання, вважаємо за доцільне звернути увагу на способи забезпечення однакового правозастосування безвідносно до конкретної його сфери. Так, сучасний стан законодавчого забезпечення процесу здійснення правосуддя характеризується динамічним розвитком та появою нових, раніше невідомих Україні форм розгляду справ у судах, наділення окремим із таких судів додатковими повноваженнями.

Найбільш яскравим прикладом, який ілюструє зазначену тезу є підхід до визначення повноважень Верховного Суду України та появу, у зв'язку з цим, у вітчизняному науковому обігу терміну «квазіпрецедент»⁵, який використовується для позначення постанов ВСУ, висновки у яких відповідно до процесуального законодавства та законодавства про судоустрій є обов'язковими для врахування суддями при розгляді відповідних справ.

З огляду на те, що питання, пов'язані із правовою природою зазначених функцій найвищого судового органу та особливостей їх реалізації не охоплюються предметом нашого дослідження, вважаємо за доцільне звернути увагу на один аспект, який має істотне значення для нашого наукового пошуку.

Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 445 Кримінального процесуального кодексу України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних праводіносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень

3 Crow M. S. Florida's Evolving Sentencing Policy: An Analysis of the Impact of Sentencing Guidelines Transformations [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу <http://diginole.lib.fsu.edu/islandora/object/fsu:181204/datastream/PDF/view/>. – 2005.

4 Sentencing Guidelines: Australia [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <https://www.loc.gov/law/help/sentencing-guidelines/australia.php>.

5 Майданик Р.А. Судова реформа в Україні: європейський вектор (III Міжнародний судово-правовий форум) / Р.А. Майданик // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 5 (177) – С. 11.

(крім питань неоднакового застосування санкцій кримінально-правових норм, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання). Таким чином, питання застосування санкцій та призначення покарання визначені як винятки із зазначеного механізму, а отже неоднаковість судової практики у цих аспектах не зумовлює перегляду відповідних судових рішень в екстраординарному порядку Верховним Судом України.

Мотиви закріплення такого винятку є цілком очевидними, оскільки, якщо застосування норми матеріального права значною мірою залежить від правозастосовного тлумачення такої норми, яке, цілком природно, може бути неоднаковим, а така неоднаковість, у свою чергу, є недоліком правової системи, оскільки порушує основоположну zásadu правової визначеності, то застосування санкції, призначення покарання визначальною мірою залежать від суддівського розсуду, а не від тлумачення правових норм.

Таким чином, основною метою існування аналізованої законодавчої підстави є забезпечення однакової правової оцінки, оскільки її неоднаковість свідчить про те, що один із варіантів відповідної оцінки є неправильним, а отже, й таким, який не відповідає закону. Натомість, з огляду на існування в Кримінальному кодексі України санкцій із альтернативними видами покарань та навіть із покаранням одного виду із альтернативним його розміром, різні покарання можуть бути однаково правомірними, тобто їх призначення може повною мірою відповідати вимогам закону.

З огляду на наведене, віднесення питання призначення покарання до винятків із підстав перегляду судового рішення Верховним Судом України, є цілком логічним та виправданим. Однак, при цьому постає питання про те, чи є питання однакового застосування покарання винятком лише із існуючого сьогодні механізму забезпечення єдності судової практики Верховним Судом України, чи вирішення відповідних питань взагалі не віднесене до завдань вітчизняної правової системи.

Негативна відповідь на останнє з наведених питань вочевидь знівелює значення правового впливу покарання на права суб'єктів суспільних відносин, яким воно призначається, зводячи таке значення фактично «до нуля». На наш погляд, такий підхід є неприйнятним ось із яких міркувань. Наприклад, одним із найскладніших питань при застосуванні закону про кримінальну відповідальність є відмежування умисного вбивства від заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть. Розглянемо ситуацію, що саме у аспекті застосування наведених норм, відповідно до положень ст. 445 КПК, відповідне питання розглядається

Верховним Судом України. Умовно, суд касаційної інстанції оцінив діяння за ч. 1 ст. 115 КК, а захисник, наводячи приклади неоднакового застосування, порушує питання про необхідність кваліфікації відповідних дій за ч. 2 ст. 121 КК. Припустимо, що ВСУ визнає доводи захисту обґрунтованими, скасовує судові рішення в частині кваліфікації за ч. 1 ст. 115 КК та направляє справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції. При цьому, згідно вироку, який переглядався, особі за ч. 1 ст. 115 КК було призначено мінімально можливе покарання – сім років позбавлення волі. Таке ж покарання, припустимо, їй було призначено після перекваліфікації відповідних дій на ч. 2 ст. 121 КК, санкція якої передбачає покарання у виді позбавлення волі строком від семи до десяти років.

Таким чином, за результатами перегляду судового рішення Верховним Судом України зміни торкнулись винятково правової оцінки, яка виявилась у зміні правової кваліфікації з умисного заподіяння смерті на умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть.

Водночас вартим уваги, на наш погляд, з позицій належного забезпечення прав особи є аспект не лише правової кваліфікації, а й призначення покарання, оскільки саме таким покарання визначається обсяг правового впливу на особу у зв'язку з вчиненням нею злочинним діянням. Для обґрунтування зазначеної тези вважаємо за доцільне змоделювати такий приклад. Особа вчинила умисне вбивство внаслідок раптово виниклого у неї умислу з підстав особистої неприязні, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння. За результатами розгляду справи у суді першої інстанції дії такої особи кваліфіковані за ч. 1 ст. 115 КК та їй призначено покарання у виді позбавлення волі строком на 7 років. Проведений нами аналіз судового практики дає підстави для висновку про значну поширеність зазначених випадків. Відповідний вирок залишено в силі судами апеляційної та касаційної інстанцій після його перегляду.

У свою чергу, в іншій справі про умисне вбивство, за наявності аналогічних у юридичному сенсі обставин, ідентичних юридичних характеристик, однакових обставин, що пом'якшують та що обтяжують покарання, особі призначено покарання у виді позбавлення волі строком на 14 років. Цей вирок, як і попередній, було залишено в силі судами апеляційної та касаційної інстанцій.

За таких обставин, з огляду на наведені вище законодавчі положення, закріплені у ст. 445 КПК, підстави для перегляду відповідних справ внаслідок неоднакового правозастосування у Верховному Суді України відсутні.

Таким чином, при правильній та однаковій кримінально-правовій оцінці діяння кожної із таких осіб, жодна із них не може порушити питання про неоднакову правову реакцію держави на вчинене ними злочинне діяння, яка, на наш погляд, може бути передумовою для констатації нерівності, а також у певному сенсі несправедливості правового відношення держави до особи. Крім того, наведений випадок напряму пов'язаний із правом особи на свободу, хоча б й той період часу, який становить різницю в строках призначеного покарання у виді позбавлення волі.

Наведене, на наш погляд, переконливо свідчить про існування об'єктивної необхідності пошуку механізму для забезпечення однакового правозастосування в частині призначення покарання. При цьому, на нашу думку, недоцільно застосовувати до цих випадків існуючий порядок перегляду справ ВСУ, який поширює свою дію на випадки неоднакового застосування норм матеріального та процесуального права. Цей порядок мав на меті, у тому числі забезпечити однакову практику вирішення справ касаційними судами різних юрисдикцій, у той час як питання призначення покарання вирішують лише в межах однієї — кримінальної юрисдикції. Крім того, питання однакового призначення покарання не вимагають, як зазначалось вище, визначення єдино правильного варіанту вирішення правової ситуації, натомість, вимагаючи перегляду радше з позицій справедливості, достатності та обґрунтованості.

З огляду на наведене, ми вважаємо, що забезпечення однакового призначення покарання, як функція правосуддя може бути покладена на суд касаційної інстанції. Так, згідно нашого бачення суд касаційної інстанції, з метою створення механізму забезпечення однорідності призначених покарань, доцільно наділити повноваженням екстраординарного перегляду обвинувальних вироків, які набрали законної сили в частині призначеного покарання.

При цьому, не варто у цьому контексті спрощено тлумачити термін «однакове покарання», оскільки попри свою юридичну подібність, очевидним є те, що тотожних у повному сенсі кримінальних проваджень не буває, оскільки будь-який злочин, обставини його вчинення, особа, що його вчинила, мають певні особливості. Саме тому, основним призначенням запропонованого порядку перегляду має бути подолання значних «кричущих» розбіжностей, які могли бути спричинені суб'єктивізмом або неналежною увагою судді до стадії призначення покарання.

Ідея полягає у тому, що, наприклад, при існуванні ззовні подібних за своїми основними обставинами, злочинів, такі злочини можуть мати розбіжності, що зумовлюють різницю, наприклад, в 1-2 роки позбавлення

волі при санкції від 5 до 10 років позбавлення волі. Однак, якщо така розбіжність сягає 5 років при такій ж санкції, можна з усією впевненістю припустити, що вона не зумовлена об'єктивними чинниками та, на наш погляд, не матиме логічного пояснення, що свідчитиме про її не легітимність. Те ж саме матиме місце у тому випадку, якщо, наприклад, санкція статті Особливої частини КК України передбачає чотири альтернативних види покарання: штраф, громадські роботи, виправні роботи та позбавлення волі і при цьому одній особі призначається штраф, а іншій, за подібних юридичних обставин, — максимальний розмір покарання у виді позбавлення волі. При цьому, варто враховувати, що особі може бути призначено як занадто м'яке, так і необґрунтовано суворе покарання, а тому правом ініціювати питання аналізованого перегляду мають бути наділені обидві сторони кримінального провадження.

Реалізація такого механізму має забезпечити ревізування не лише, власне, обраного виду та розміру покарання, передбаченого у санкції, а й усієї сукупності норм, які становлять інститут призначення покарання. Це стосується як норм, які регламентують обставини, що пом'якшують та що обтяжують покарання, так і норм, що регулюють призначення покарання за незакінчений злочин, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, призначення покарання при сукупності злочинів та сукупності вироків.

Варто зауважити, що створення такого механізму забезпечить щонайменше два позитивних результати: по-перше, справедливе визначення міри державного примусу до особи, яка вчинила злочин у порівнянні з іншими такими особами, і, по-друге, якісну зміну стану призначення покарання в державі, оскільки прийняті за результатами відповідного перегляду судом касаційної інстанції рішення стануть доволі чітким орієнтиром для суддів нижчих рівнів при призначенні покарання та застосуванні перелічених вище елементів інституту призначення покарання.

Згідно нашого бачення, в суді касаційної інстанції доцільно було б запровадити спеціалізацію суддів з питань призначення покарання, які б відповідно до закону могли б уповноважуватись винятково на розгляд цих питань. Крім того, з огляду на вузьке коло питань, які мають вирішуватись при такому перегляді, доцільно було б запровадити виключно заочний розгляд таких справ на підставі наданих копій судових рішень.

Успішність такої процедури дала б змогу у подальшому забезпечувати формування абстрактних рекомендацій, пов'язаних із питаннями призначення покарання по типу згаданих на початку статті вказівок призначення покарання (sentencing guidelines), як прогресивного меха-

нізму, який використовується у розвинутих державах для забезпечення однорідності покарань, що призначаються в державі за однакові суспільно небезпечні прояви. Іншими словами, відповідні вказівки могли б формуватись не лише за результатами перегляду відповідних справ, а взагалі за результатами вивчення судової практики судів усіх рівнів щодо призначення покарання за будь-які злочини. Участю у розробці таких вказівок поряд із аналітичними підрозділами органу державної влади доцільно було б наділити і спеціальні наукові установи.

З цією метою, як це практикується в інших державах, доцільно було б створити комісію з питань призначення покарання на базі суду касаційної інстанції, до якої на постійній основі могли б увійти судді цього суду, судді першої та апеляційної інстанцій, представники прокуратури, адвокатури, науковці, представники міністерства юстиції, внутрішніх справ, державної пенітенціарної служби, психологи та інші.

Створення такої комісії могло б забезпечити реалізацію наступного етапу вдосконалення стану призначення покарання, яке б не обмежувалось винятково досягненням цілі щодо забезпечення призначення однорідних покарань, а й реалізовувало б всеохоплюючу пенологічну політику в державі, яка б за наслідками глибокого вивчення практики призначення покарання, могла б використовувати відповідні результати аналізу для визначення мети покарання, системи покарань, видів покарань за конкретні злочини, обставини, що пом'якшують покарання та що їх обтяжують.

В межах цієї статті наведено концептуальне бачення перспектив забезпечення єдності судової практики призначення покарання, яке, безумовно, вимагає розвитку та деталізації. Разом із тим, відповідна ідея ґрунтується на тезі про необґрунтованість підходу до законодавчого забезпечення процесу здійснення правосуддя, при якому вирішення питань призначення однакових покарань залишені поза сферою правового регулювання. Істотність впливу покарання на статус осіб, яким воно призначається, є об'єктивним чинником, який свідчить про недопустимість випадків обрання принципово різних видів покарань за подібні суспільно небезпечні діяння. Реалізація запропонованої в межах цієї статті ідеї сприяла б істотному вдосконаленню вітчизняної правової системи та забезпеченню існування правового інструментарію, який є необхідним для реалізації політики держави у сфері призначення покарання.

Т. А. Богданевич

молодший науковий співробітник Національної школи суддів України

ІНСТИТУТ ТЛУМАЧЕННЯ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЯК ЗАПОРУКА ЕФЕКТИВНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Тлумачення права є важливою умовою розуміння і застосування правореалізації. В правовому розумінні термін «тлумачення» є багатозначним та потребує деталізації. В широкому значенні це процес пізнання природних, суспільних явищ та правових норм. В більш вузькому значенні – це пояснення правових теорій, виразів, формул.

Проблематика розуміння сутності, природи, змісту тлумачення не є новою, проте в юридичній науці ведуться дискусії з приводу існування інституту тлумачення в конституційному праві.

Теоретичною основою дослідження проблеми тлумачення норм конституційного права стали праці відомих вчених, юристів таких як С. Акав'ян, Ю. Власов В. Денисенко, Л. Воєводін, В. Лазарєв, В. Нагребельний, Н. Оніщенко, М. Оніщук, О. Скакун, П. Рабінович, .Тодика, В. Федоренко, Ю. Шемшученко.

Метою публікації є визначення сутності та юридичної природи тлумачення як інституту конституційного права, дослідження наукових поглядів з цього питання.

Активізація інтересу до проблем тлумачення норм конституційного права обумовлена також стрімким розвитком законодавчого масиву, трансформацією суб'єктного складу, правоінтерпретаційною діяльністю. Крім того, тривалий час об'єктом дослідження учених були такі проблеми як визначення поняття тлумачення, його цілі і значення, види і прийоми. Ось чому юридична наука ще далека від того, щоб зробити остаточний висновок про наявність стрункої завершеної теорії юридичного тлумачення конституційних норм, що вже склалася, оскільки поза сферою широкого наукового осмислення ще залишилося багато не вирішених проблем. Не вирішені спірні питання, пов'язані з правовою природою інтерпретаційних актів, проблеми нормативності яких на цей момент є, мабуть, найгострішою, особливо з позиції теоретичної оцінки конституційної юрисдикції.

Передусім відзначимо, що на сьогодні право тлумачити свою конституцію стало невід'ємним атрибутом юрисдикції органів конституційної юстиції багатьох країн світу. Законодавчо воно закріплене як самостійне повноваження, що реалізується шляхом прийняття в особливому провадженні рішення про тлумачення конституційної норми поза зв'язком із розглядом конкретної справи, за запитом суб'єктів, названих у конституції або законі про спеціальний орган конституційного контролю.

Тлумачення у формі спеціальної процедури доповнює можливість казуального тлумачення, що здійснюється фактично органами конституційної юрисдикції при розгляді інших категорій справ.

З позиції З. Куньч, тлумачення - це висловлення, що містить пояснення чого-небудь; пояснювати значення чогось; допомагати зрозуміти щось; висловлювати своє розуміння чого-небудь; давати своє освітлення фактів, явищ; трактувати¹.

Так, М. Матузов вважає тлумачення способом вирішення юридичних колізій².

Як зазначає М. Оніщук, необхідність у тлумаченні правових норм виникає, по-перше, у зв'язку з тим, що норми права мають загальний і абстрактний характер і не завжди зрозумілий їх зміст, водночас як реальні суспільні відносини завжди конкретні, мають ряд індивідуальних особливостей.

Отже, в кожному конкретному випадку реалізації норм права слід в'яснити, чи належить даний випадок до того виду відносин, який законодавець передбачив у правовій нормі, чи ні. По-друге, недоліки законодавчої техніки, що зустрічаються інколи в правозастосовчій практиці, породжують юридичні колізії, що також сприяє виникненню необхідності в тлумаченні правових норм³.

С.Лисенков розглядає тлумачення норм права як «діяльність суб'єктів щодо усвідомлення і роз'яснення дійсного змісту правових норм з метою забезпечення обґрунтованої і повної реалізації їх приписів»⁴.

Як зазначає О.Осауленко, «тлумачення норм права- це спеціальна діяльність офіційних та неофіційних суб'єктів суспільних відносин,

1 Куньч З.Й. Універсальний словник української мови.-Тернопіль: Навчальна книга-Богдан, 2005.- С.752.

2 Роль тлумачень та роз'яснень законодавства [Електронний ресурс].- Режим доступу <http://old.minjust.gov.ua/8077>

3 Оніщук М.В. Колізії у законодавстві України: причини та шляхи подолання. - Правова держава. - Вип.7. - К., 1996. - с. 99.

4 Лисенков С.Л.Загальна теорія держави і права: Навч.посіб.,-К: «Юристоконсульт», 2006.-С.200.

спрямована на з'ясування і роз'яснення змісту і значення нормативно-правових актів, понять, термінів і така, що може бути виражена в актах тлумачення (інтерпретаційних актах)⁵.

Тлумачення – це діяльність щодо з'ясування або роз'яснення (інтерпретації) змісту юридичної норми», підкреслює П.Рабінович, «з метою правильного її з'ясування та реалізації»⁶.

Т. Хабрієва зазначає, що тлумачення норм права - це «процес, який має місце, коли слід визначити зміст нормативних приписів»⁷.

На думку А. Осіпова, тлумачення – складний вольовий процес, направлений на з'ясування точного змісту, що містить норма права, розпорядження, оприлюднення його для загального відома⁸.

Тлумачення не належить до простого явища юридичної практики. Воно, як підкреслює А. Піголкін, є складним комплексним поняттям, яке має дві тісно пов'язані, але самостійні сторони. Отже, на його думку, під тлумаченням, по-перше, необхідно розуміти внутрішній процес мислення, що відбувається у свідомості особи, яка застосовує норму права. Це необхідний підготовчий етап, передумова для правильного вирішення конкретної справи. По-друге, тлумачення - зовнішнє вираження роз'яснення змісту норми. Воно виступає як діяльність певних органів та осіб, що має самостійне, спеціальне значення⁹.

На нашу думку, тлумачення норм конституційного права - це спеціальна інтелектуальна, вольова діяльність, що полягає у пошуку, пізнанні, закріпленні, адаптації змісту норми права та її передача в правову систему на основі ефективної інтерпретації Конституції України.

Аналізуючи вищезазначене можна дійти думки, що одні автори вважають тлумачення як роз'яснення норми права, інші, дотримуються думки, що тлумачення проходить виключно через з'ясування, а треті стверджують, про існування певного симбіозу між роз'ясненням та з'ясуванням тлумачення.

Для юриста важливо розрізнати, з одного боку, конкретний фактичний матеріал, а з іншого – штучно створені правові категорії, конструкції і взагалі все те, що представляє «право зовні», а головне-організовує зміст

5 Осауленко О.І. Загальна теорія держави і права: Навч.посіб.,-К: Істина, 2007.-С.193.

6 Рабінович П.М. Основи загальної теорії держави і права: Навч.посіб.,-Л: Край, 2007.-С.153.

7 Теория государства и права: Учебник.Отв. ред. А.В. Малько. М.: Юристь, 2005.-С.457.

8 Теория государства и права: Курс лекций/ Под ред.Н.И.Матузоваи А.В. Малько .-М.: Юристь, 2000.-С.478.

9 Закон: создание и толкование/ Под ред.А.С.Пиголкина.-М.:Спарк 1998.-С.44.

права, втілює його в юридичних структурах¹⁰ утворює ту саму «матерію права», яка у стародавніх римлян називалася тілом, плоттю, речовиною права (*corpus juris*).

Важливою особливістю тлумачення є з'ясування, яке характеризує його гносеологічну природу та спрямоване на пізнання права. З'ясування виступає як процес мислення у свідомості людини та полягає у застосуванні способів і прийомів, що забезпечують пізнавальну діяльність інтерпретатора. З'ясування є внутрішнім розумовим процесом, що не виходить за межі свідомості, характеризує інтелектуальну сторону тлумачення. У процесі з'ясування, здійснюючи логічні операції, використовуючи різні способи тлумачення, суб'єкт пізнання розкриває зміст норми права. Результат цієї діяльності знаходить своє втілення в якій-небудь зовнішній формі.

Роз'яснення є другою частиною процесу тлумачення. Воно не завжди настає за з'ясуванням, проте є продовженням розумової діяльності.

При роз'ясненні об'єктивуються результати першої частини процесу. Така об'єктивізація знаходить своє вираження у письмовій формі (офіційні акти) або усній (рекомендації).

Правовий зв'язок роз'яснення, з'ясування та акту тлумачення можна охарактеризувати на практиці через філософські категорії змісту та форми.

Роз'яснення та з'ясування являються безпосередньо гносеологічною діяльністю, тоді як акт тлумачення – це форма в межах якої пізнається і роз'яснюється зміст норми права.

Тлумачення являє собою складний дедуктивно-індуктивний процес, який охоплює наступні ступені юридичного аналізу:

- аналіз буквального тексту, тобто «літери закону»;
- догматичний аналіз або аналіз юридичних особливостей норм, їхньої техніко-юридичної своєрідності, конструювання їх логічної структури на підставі правових розпоряджень (догма права);
- соціально-історичний аналіз моральних, економічних та інших передумов закону, які дозволяють пізнати волю нормотворчого органу («дух закону»)¹¹.

10 Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность.-М. 2001.- с.13-14

11 Килкэ У., Чефранова Е. Европейская конвенция о защите прав и основных свобод: прецеденты и комментарии// Российская академия Правосудия.- М.2001.

На думку Ю. Тодика, в процесі тлумачення зміст правових норм розкривається через знання мови, якою вони сформульовані, знання про системні зв'язки цих норм, їх походження і функціонування. Тлумачення, як будь-який процес мислення, підкоряється законам і правилам логіки, тобто кожне положення, що інтерпретується, повинно бути обґрунтованим, доведеним. Йдеться, зокрема, не лише про інтерпретацію специфічних юридичних термінів, але й про врахування особливостей правового регулювання, у тому числі, можливих невідповідностей між формою та змістом права, між статичним характером юридичних норм і динамічним розвитком правових відносин.¹²

Метою тлумачення не є внесення поправок або доповнень, а дослідження вже існуючого правового припису. Необхідність тлумачення пов'язана зі змістом права, яка не завжди чітко відображає волю законодавця, тому воно є умовою пізнання змісту юридичних приписів. Порушення законів і правил логіки в процесі тлумачення норм конституційного права призводить до неправильних його результатів, оскільки ці закони і правила поширюються на всі способи тлумачення, на всі міркування інтерпретатора, які б засоби тлумачення не використовувались. Найважливішою ідеєю тлумачення є зміцнення законності. При цьому тлумачення правових текстів неможливе у відриві від реальних умов, але це не означає, що в процесі тлумачення під приводом обліку умов, що змінилися, потреб соціально-політичного розвитку можна відходити від точного змісту правового тексту і змінювати його.

В правовій науці залишається невирішеним питання віднесення тлумачення до самостійного інституту конституційного права.

Інститут конституційного права являється фундаментом системи конституційного права, який представляє самостійну групу функціонально взаємообумовлених та взаємопов'язаних норм конституційного права, які регулюють споріднені суспільні відносини, що є предметом конституційного права.

Кожен інститут конституційного права має внутрішню побудову, зміст якої визначається онтологічними, структурно-предметними та функціонально-правовими зв'язками між конституційно-правовими нормами.

Основними елементами структури інститутів конституційного права є: нормативний зміст інституту, цілісність та завершеність регулювання певного виду суспільних відносин, єдність загальних положень та принципів інституту, функціональна спеціалізація норм, зовнішнє закріплення

¹² Тодика Ю. Способи тлумачення конституції і законів України Конституційним судом // Вісник академії правових наук України. — 2001. — № 2. — с. 52.

норм в Конституції України, законів чи підзаконних нормативно-правових актів. Юридичні властивості інститутів конституційного права визначаються якостями норм, що об'єднуються в межах цих інститутів.

Зважаючи на вищезазначені критерії спробуємо охарактеризувати тлумачення як самостійний інститут конституційного права України.

Тлумачення є особливим видом діяльності органів, посадових осіб, вчених-правознавців спрямованих на якісніше розуміння сутності правових норм. Тлумачення здійснюється цілеспрямовано та носить систематичний характер, спрямоване на роз'яснення компетентним органам та посадовим особам правових норм.

За функціональною спеціалізацією норм тлумачення є пізнанням інтерпретатора сутності правової норми її уточнення, виявлення недоліків та доведення до відома компетентних органів про необхідність її вдосконалення.

Здійснення тлумачення відбувається у формі спеціальної процедури, єдиним органом конституційної юрисдикції – це Конституційним Судом України. Зовнішнє закріплення норм міститься в Конституції України.

Встановлення межі тлумачення необхідно для того, щоб не допустити підміни законодавця при інтерпретації правових норм, не вийти за рамки з'ясування і роз'яснення змісту норми. Як вірно відзначають деякі дослідники, межа, яка відділяє правотворчість від інтерпретації дуже тонка. Важливо не переступити її. Особливо ця проблема актуальна для Конституційного Суду.

Конституційно-правове тлумачення спрямоване на виявлення конституційно-правового розуміння юридичних норм, яке виключає будь-яке інше тлумачення в юридичній практиці. Як і всі правові явища, тлумачення відображає актуальну динаміку соціальних зв'язків конкретної правової сфери, зокрема конституційної юстиції.

Інститути конституційного права не існують окремо один від одного, а тісно взаємопов'язані між собою, адже в сукупності складають систему інститутів конституційного права, що в свою чергу утворює систему конституційного права.

Тлумачення тісно пов'язане з багатьма інститутами конституційного права, зокрема: інститутом конституційного контролю, інститутом органів державної влади, інститутом Конституційного Суду України і т.д.

Аналізуючи інститут Конституційного суду і тлумачення Конституції, виникає проблема не зовсім коректного змішування понять конституційного правосуддя, в рамках якого окремою функцією Конституційного

Суду є тлумачення Конституції і конституційного контролю, в процесі якого при виявленні відповідності тих чи інших нормативних актів Конституції, безсумнівно, здійснюється також процес тлумачення і самих актів, і Конституції.

В частині правильної інтерпретації кожен з інститутів конституційного права зацікавлений в чіткому та достовірному тлумаченні правової норми задля уникнення правових колізій.

В правовій літературі не існує єдиної думки щодо об'єкту тлумачення. Одні науковці вважають, що тлумаченню підлягають закони, інші – «норми права», а треті тлумачать саме право¹³.

А.Піголкін та Н.Гранат вважають, що тлумаченню підлягає не саме право або система права, а нормативно - правовий акт, тому більш вдалим є визначення тлумачення закону або тлумачення нормативно-правового акту¹⁴.

Тлумачення застосовується у правотворенні, всіх формах реалізації права, систематизації, правовому вихованні, науковій діяльності, тощо. При розкритті феномену тлумачення норм застосовують термін «інтерпретація». Для української юридичної науки загальноживаним є термін тлумачення норм права. Хотілося б підкреслити, що в тлумаченні з'єднується вся сукупність юридичних знань інтерпретатора, його досвід і правова культура, його юридичне мистецтво. Головною задачею тлумачення права є правильне, точне розуміння і застосування нормативів, виявлення тієї суті, що складає їхнє словесне вираження.

Тлумачення є діяльністю, у результаті якої право здобуває готовність до реалізації, до практичного здійснення. Тлумачення права служить інтелектуальною базою, основою для практичного оволодіння різноманітними методами, способами, прийомами встановлення точного змісту законів, інших нормативно - правових актів. Процес тлумачення неминучий при реалізації правових норм органами суду, арбітражу, при здійсненні громадянами юридично значимих дій. Особливим об'єктом тлумачення є Конституція України, сутність якого полягає в розкритті волі законодавця. Конституційні норми можуть бути предметом тлумачення в різноманітних проявах. А отже, вся сукупність аспектів, щодо яких конституційна норма впливає на регулювання суспільних відносин, може бути визначена як регулятивна сфера певної конституційної норми.

13 Паліюк В.П. Деякі аспекти тлумачення норм права (цивільно-правовий аспект) // Судова апеляція.- 2005.-№1- С.14.

14 Гранат Н.Л. Толкование норм права в правоприминительной деятельности органов внутренних дел.-М.,1991-С.4.

Особливістю конституційно-правового тлумачення як різновиду правової інтерпретації є використання в своєму арсеналі як засобів тлумачення (логічні висновки, зв'язок між нормативними актами), так і інших правових засобів (аналогія, доктринальна оцінка, порівняння, рецепція міжнародного досвіду і т.д.). Тлумачення є не тільки правотворчим процесом. Правотворчим воно є тоді, коли за допомогою його результатів аргументується висновок про визнання нормативного акту, або його окремих положень таких, що не відповідають Конституції України, що свідчить про зародження правової норми.

Загалом зміст конституційно-правового тлумачення утворює інтелектуальний процес встановлення та інтерпретації конституційно - правової сутності права в актах конституційної юстиції. Існування інституту тлумачення як окремого інституту конституційного права підкріплюється наявністю конституційно-правової сутності правової норми, яка синтезується в юридичних актах та результат якої об'єктивно здатний мати як правотворче, так і правоорієнтуюче значення.

Н. П. Гаєва

к.ю.н., старший науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ЩОДО ФОРМ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ З ПОЛІТИЧНИМИ ПАРТІЯМИ ТА ГРОМАДСЬКИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Взаємодія органів державної влади з політичними партіями та громадськими організаціями (далі - об'єднання громадян) – це взаємний вплив різних суб'єктів у процесі їхньої діяльності, необхідна передумова реалізації функцій громадянського суспільства, держави та політичної системи, а на етапі державотворення – це, насамперед, взаємодія суспільних, управлінських, ідеологічних та правових факторів.

Сьогодні питання взаємодії органів державної влади і об'єднань громадян (як громадських організацій, так і політичних партій) для України складне і неоднорідне. Це обумовлено, насамперед, демократичною трансформацією українського суспільства, зміною ролі держави у взаємовідносинах із громадянським суспільством в цілому та об'єднаннями громадян зокрема. В останній позиції йдеться про змістовну переорієнтацією діяльності держави щодо утвердження і забезпечення належних умов свободи для реалізації конституційного права громадян України на свободу об'єднання.

Свобода створення і діяльності політичних партій та громадських організацій знайшла своє відображення у взаємодії останніх з органами державної влади. Щодо поняття «взаємодія»¹, то воно може означати як взаємний зв'язок двох явищ, так і взаємну підтримку. З позицій юридичного тлумачення взаємодія теж пов'язується із взаємним зв'язком та взаємною підтримкою будь-яких сторін при розв'язанні спільних завдань, урегульованих правом, що здійснюється як однією, так і іншою стороною (в нашому випадку - органами державної влади та об'єднаннями громадян). В свою чергу поняття «взаємний зв'язок» є збірним, яке включає: 1) взаємну повагу та узгодження інтересів сторін; 2) взаємообумовленість процесів впливу однієї сторони на іншу; 3) об'єднання зусиль сторін для

1 Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок 57000 слов /Под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. - 20-е изд., стереотип. - М.: Рус.яз., 1989. - С. 68. - 750 с.

вирішення того чи іншого питання, тобто організація спільних дій; 4) взаємоконтроль. Інакше кажучи, взаємодія органів державної влади та об'єднань громадян - це складний двосторонній процес. З одного боку, передбачається вплив органів державної влади на об'єднання громадян, а з іншого боку - вплив об'єднань громадян на органи державної влади шляхом забезпечення участі громадян в управлінні державними справами. При цьому взаємозв'язок органів державної влади і об'єднань громадян може бути прямим чи опосередкованим, що обумовлює його сутність та результати. Таке розуміння поняття «взаємодія» і буде вихідним положенням при аналізі процесів та явищ, що відбуваються між органами державної влади і об'єднаннями громадян.

Факторами, які зумовлюють характер взаємодії органів державної влади з об'єднаннями громадян, є: по-перше, держава видає загально-обов'язкові юридичні норми і регулює за їх допомогою найважливіші суспільні відносини. В силу цього органи державної влади взаємодіють з об'єднаннями громадян через правові форми. При цьому слід мати на увазі, що існують й інші соціальні регулятори взаємовідносин органів державної влади та об'єднань громадян, а саме: корпоративні та договірні норми. Другим фактором є те, що регулюючий вплив держави поширюється на всі об'єднання громадян, але обмежується, як правило, «зовнішньою» стороною, а саме – визначенням правового статусу об'єднань, створенням умов для їх діяльності та інше.

Підставою для визначення загальних принципів взаємодії органів державної влади та громадських організацій є ст. 22 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р.². Якщо уважно проаналізувати зміст цієї статті Закону, то можна побачити, що режим взаємодії органів державної влади та громадських організацій базується на таких засадах: 1) держава забезпечує додержання прав громадських об'єднань, організаційно-правовою формою яких є громадські організації; 2) втручання органів державної влади, їх посадових та службових осіб у діяльність громадських організацій, так само як і втручання громадських організацій у діяльність органів державної влади, їх посадових та службових осіб, не допускається, крім випадків передбачених законом.

Взаємодія органів державної влади і об'єднань громадян може набувати різних форм. У юридичному значенні це знаходить прояв у реалізації через правовідносини взаємних прав та обов'язків органів державної влади і об'єднань громадян.

2 Закон України "Про громадські об'єднання" від 22 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2013. - №1. - ст.1

Щодо конкретної форми взаємодії органів державної влади та об'єднань громадян, то ступінь її інтенсивності залежить від певного виду об'єднань громадян та спрямованості їх діяльності. Співробітництво властиво, насамперед, для взаємовідносин держави з категорією громадських організацій, які самостійно, без підтримки держави існувати не можуть. Йдеться про молодіжні та дитячі громадські організації, товариства інвалідів тощо. Поряд із ними існують об'єднання, які в силу свого особливого правового статусу зобов'язані підтримувати ділові зв'язки з державою та її органами незалежно від їх взаємних симпатій та антипатій. Це - політичні партії, професійні спілки. З іншого боку, є такі громадські організації, взаємовідносини яких з органами державної влади обмежуються тільки процедурою їх легалізації та діяльністю на основі законності. Специфіка форм взаємодії органів державної влади та об'єднань громадян має значення як в теоретичному, так і в практичному плані та повинна враховуватися в законодавстві, яке закріплює правовий статус останніх, у нормотворчості самого об'єднання та у повсякденній практичній діяльності.

До форм, за допомогою яких об'єднання громадян впливають на формування та функціонування органів державної влади, можуть бути віднесені: 1) участь у виборах та формуванні органів державної влади; 2) залучення до правотворчості; 3) задоволення інформаційного запиту про діяльність органів виконавчої влади; 4) громадський контроль; 5) громадська експертиза. З іншого боку, органи державної влади також впливають на об'єднання громадян. Проявом такого впливу є: 1) правове регулювання створення та діяльності об'єднань громадян; 2) державна (фінансова) підтримка; 3) дорадчі, консультативні та інші допоміжні органи при органах державної влади; 4) надання публічної інформації, необхідної для досягнення цілей об'єднань громадян і виконання відповідних завдань; 5) державний нагляд та контроль. Сказане не виключає укладання договорів між органами державної влади і об'єднаннями громадян щодо спільної діяльності у відповідних сферах суспільного життя. Сюди відносяться: соціальне партнерство; соціальне замовлення і т.п.

Запропонована класифікація форм взаємодії органів державної влади і об'єднань громадян, звичайно є певною мірою умовною, але може бути використана як основа для творчого та плідного осмислення даної проблеми. В цьому контексті становить інтерес і класифікація форм взаємодії органів державної влади і об'єднань громадян залежно від того, на яку сферу суспільних відносин вони поширюються. Відповідно можна виділити такі типи форм взаємодії: 1) регулюючі (участь органів державної влади у створенні і діяльності об'єднань громадян); 2) політичні

(участь об'єднань громадян у забезпеченні демократичного характеру виборів в органи державної влади та їх формування); 3) фіскальні (гранти, фінансова допомога, пільги щодо оподаткування); 4) надання послуг (обмін публічною інформацією, партнерство, консультації); 5) контролюючі (державний та громадський контроль).

Водночас не можна заперечувати зумовленість форм взаємодії органів державної влади і об'єднань громадян характером цієї взаємодії. У зв'язку з цим форми взаємодії необхідно розглядати як: 1) безпосередня взаємодія; 2) спільна діяльність; 3) опосередкована взаємодія.

Безпосередня взаємодія органів державної влади і об'єднань громадян регулюється як прямі відносини за формулою «об'єднання громадян - органи державної влади», а опосередкована – через посередників між ними. Найбільш типовим прикладом таких відносин є взаємозв'язки політичних партій і парламенту, політичних партій і Президента України, політичних партій та уряду.

Що стосується форм безпосередньої взаємодії політичних партій та органів державної влади, то ними, зокрема, є: участь політичних партій у виборах Президента України, до інших органів державної влади у порядку, встановленому відповідними законами України (п.2 ч.1 ст.12 Закону України «Про політичні партії в Україні»)³.

Якщо говорити про опосередковані форми взаємодії політичних партій та органів державної влади, то їх наочно можна зобразити таким чином: 1) політична партія - народний депутат України, обраний від політичної партії; депутатська фракція, яка формується на партійній основі; коаліція депутатських фракцій чи парламентська опозиція - Верховна Рада України; 2) політична партія - кандидат на пост Президента України, висунутий політичною партією, - Президент України; 3) політична партія - парламент - Кабінет Міністрів України.

Приміром, політична партія, беручи участь у виборах до Верховної Ради України, прагне досягти державної влади шляхом обрання своїх членів народними депутатами України, які є тією проміжною ланкою, за допомогою якої партія приймає участь у діяльності парламенту та прийнятті ним відповідних рішень. Це ґрунтується на можливості політичної партії реалізувати свою програму при здійсненні народним депутатом, який є її представником, його повноважень, а саме: права ухвального голосу; права законодавчої ініціативи; права депутатського запиту; депутатського звернення і т.п. Щоправда, рівень свободи діяльності

3 Закон України "Про політичні партії в Україні" від 05 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2001. - №23. - ст.118

народного депутата, як представника політичної партії, від волі останньої в основному залишається поза правовою регламентацією. Проте треба мати на увазі, що Конституція України надала політичній партії можливість впливати на народних депутатів, які були обрані за її списком. Так, на рівні Основного Закону передбачено, що в разі невходження такого депутата до складу депутатської фракції цієї політичної партії або виходу із складу такої фракції його повноваження припиняються достроково на підставі Закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії з дня прийняття такого рішення (ч.6 ст.81 Конституції України)⁴.

Саме депутатські фракції, повна та скорочена назва яких збігається з назвою відповідної політичної партії, структурують парламент за партійною ознакою і виступають головним посередником між політичними партіями та Верховною Радою України. До того ж через депутатські фракції політичні партії впливають на уряд. Така залежність закладена пропорційною системою виборів, які зробили парламентські партії опосередкованим засобом участі у формуванні уряду через депутатські фракції, які входять до коаліції в парламенті. Адже коаліція депутатських фракцій або депутатська фракція, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, вносять відповідно до Конституції України пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України (ст. 114 Конституції України).

Втім у науковій літературі досить часто наголошується на тому, що політична партія є структурною частиною законодавчого органу і безпосередньо функціонує в парламенті у вигляді депутатської фракції, через яку входить до складу коаліції чи парламентської опозиції, тим самим набуває можливості реально впливати на здійснення державної влади⁵.

Не ставлячи за мету детальний розгляд різних підходів до питання взаємодії депутатської фракції, її членів з політичною партією, зауважимо, що фракція, яка створена з представників однієї партії, втілює в парламенті попередньо сформульовану нею політику. В організаційному

4 Конституція України зі змінами від 15.03.2016 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

- ч.1 ст.60 Закону України "Про Регламент Верховної Ради України" від 10 лютого 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2010. - №14-15, №16-17. - ст.133

5 Журавський В.С. Становлення політичних партій в українському суспільстві та їх роль у структуруванні парламенту /В.С. Журавський. - К.: Парламентське вид-во, 2002. - С. 7. - 343 с.; Геральд Кречмер. Фракції. Партії в парламенті. / Кречмер Геральд. - К.: Вид-во Заповіт. - 1999. - С. 35. - 300 с.

плані це дає можливість політичній партії опосередковано брати участь у формуванні органів парламенту, в усіх парламентських процедурах, діючи не розрізненою (через окремих народних депутатів), а згуртованою партійною дисципліною групою. Але депутатська фракція не є партією в парламенті. Члени фракції мають легітимацію через вибори, а не безпосередньо через членів партії. Якщо для партії політика - це перш за все боротьба за владу, то на рівні депутатських фракцій як частини системи державної влади політика, навпаки, повинна бути орієнтована на загальні інтереси і загальну волю. Тому суспільство зацікавлено в тому, щоб депутатські фракції мали достатній рівень свободи від партійного диктату. Правовими гарантіями такої свободи є: 1) закріплення в законодавстві статусу народного депутата Верховної Ради як представника народу України; 2) відсутність в законодавстві норм, які зобов'язують народних депутатів підпорядковуватися партійній дисципліні. Щодо партійності народних депутатів, то вона є основою утворення, а вони в свою чергу передумовою формування постійнодіючої парламентської більшості (коаліції) і офіційної парламентської меншості (опозиції).

Держава, будучи суверенною і маючи певні права стосовно об'єднань громадян, регламентує порядок утворення та окремі види їх діяльності. Значна роль у цьому належить Верховній Раді України. Це зумовлено її головною функцією – законодавчою. Адже за Конституцією України тільки законами України визначаються засади утворення і діяльності політичних партій, інших об'єднань громадян (п.11 ст.92 Конституції України).

Вихідним положенням взаємодії об'єднань громадян з виконавчою владою є те, що органи виконавчої влади виступають як легалізуючі, наглядові та контролюючі органи для об'єднань громадян. Це обумовлює певні обов'язкові відносини будь-яких видів об'єднань громадян з органами виконавчої влади. Типовим прикладом таких відносин є процедура державної реєстрації політичних партій та громадських організацій.

Важливим фактором для правильного розуміння суті взаємодії органів державної влади та об'єднань громадян має визначення місця останніх в політичній системі суспільства. Політична партія, будучи складовою політичної системи, бере участь у виборах, прагне досягти державної влади, щоб її політична ідеологія була віддзеркалена в державній політиці. Практично не існує такого інституту виборчого права чи деталі в механізмі виборів, які прямо чи опосередковано не були б пов'язані з діяльністю політичних партій. Щодо громадських організацій, не будучи суб'єктами виборчого процесу, то вони мають право за дозволом Центральної виборчої комісії мати офіційних спостерігачів, які ведуть спостереження

за перебігом виборчого процесу і є його суб'єктами. Слід зазначити, що чинний Закон України "Про вибори народних депутатів України" вніс корективи, зумовлені поверненням України у парламентських виборах до змішаної мажоритарно-пропорційної системи. Крім того, Законом уніфіковано норми, які стосуються повноважень офіційних спостерігачів від партій, кандидата у депутати, громадської організації. Зокрема, ст. 77 даного Закону, не поділяючи у цьому випадку офіційних спостерігачів на категорії, встановлює, що їхні однакові повноваження починаються з дня реєстрації відповідною виборчою комісією у передбаченим Законом порядку, і припиняється після встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів депутатів⁶.

Інша форма взаємодії - здійснення органами державної влади контролюючої функції щодо об'єднань громадян. При чому в залежності від виду об'єднання (політичні партії; громадські організації; громадські організації, правовий статус яких регулюється спеціальними законами) буде залежати специфіка здійснення контролю. Щодо громадського контролю, то він не надає право об'єднанням громадян втручатися безпосередньо у діяльність органів державної влади. Однак, щодо певних сфер діяльності окремим видам громадських організацій надано право обов'язкового контролю. Насамперед, це стосується професійних спілок, які здійснюють громадський контроль, зокрема, за виплатою заробітної плати, додержанням законодавства про працю (ч. 7 ст. 21 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»)⁷. Втім громадський контроль в системі законодавства ще не знайшов адекватного відображення в нормативно правових актах, а також у статутах (положеннях) об'єднань громадян.

Наступна форма взаємодії – участь об'єднань громадян у нормотворчій діяльності органів державної влади, де вона обмежується дорадчими (консультативними) повноваженнями і реалізуються через: 1) самостійну розробку проектів законів та інших нормативно-правових актів, які в подальшому передаються суб'єктам права законодавчої ініціативи з метою внесення їх на розгляд Верховної Ради України, а проектів підзаконних нормативних актів - іншим суб'єктам нормотворення⁸; 2) залучення представників об'єднань громадян до складу комісій, робочих груп, що створюються для розробки проектів нормативно-правових

6 Закон України "Про вибори народних депутатів України" від 17 листопада 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2012. - №10-11. - ст.73

7 Закон України "Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності" від 15 вересня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1999. - №45. - ст.397

8 Ст.21 Закону України "Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності"

актів⁹; 3) проведення громадської експертизи проектів законів, рішень, програм, представляти свої висновки та пропозиції відповідним державним органам¹⁰.

Дещо ширше дане питання регламентовано Законом України «Про політичні партії в Україні». Відповідно до ст. 12 цього Закону політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності, у тому числі вносити до органів державної влади пропозиції, які обов'язкові для розгляду відповідними органами в установленому порядку. Однак у згаданій статті не розв'язане питання на випадок, якщо пропозиція політичної партії не буде прийнята до уваги органом державної влади.

Реалії сьогодення привертають увагу і до такої форми взаємодії органів державної влади та об'єднань громадян як державне фінансування (фінансова підтримка), що зафіксовано, зокрема, в ст. 23 Закону України «Про громадські об'єднання». Тут міститься норма, згідно з якою громадські організації зі статусом юридичної особи мають право на фінансову підтримку за рахунок коштів Державного бюджету України. При цьому принципи відбору громадських організацій не є визначеними, тому систему надання фінансової підтримки в Законі не можна назвати добре організованою і передбачуваною. Впровадження прозорого механізму коштів Державного бюджету України серед громадських організацій пов'язане з реалізацією таких заходів, які сформульовані в Національній стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016-2020 р.р., а саме:

- урегулювання на законодавчому рівні питання обов'язкового планування у Державному бюджеті України видатків на надання на конкурсних засадах фінансової підтримки для виконання програм (реалізації проектів, заходів), розроблених організаціями громадянського суспільства;

- запровадження єдиного конкурсного порядку відбору органами виконавчої влади програм (проектів, заходів), розроблених організаціями громадянського суспільства, для виконання (реалізації) яких надається фінансова підтримка держави, та забезпечення на законодавчому рівні рівного доступу зазначених організацій до участі у такому відборі;

- вироблення за участю громадськості пріоритетів та єдиних критеріїв щодо надання фінансової підтримки за рахунок бюджетних коштів для

9 Ст.4 Закону України "Про професійних творчих працівників та творчі спілки" від 07 жовтня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1997. - №52. - ст.312

10 Ст. 19 Закону України "Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави" від 19 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - №46. - ст.366

виконання програм (реалізації проектів, заходів), розроблених організаціями громадянського суспільства¹¹.

Як бачимо, форми взаємодії, які виникають між об'єднаннями громадян та органами державної влади, потребують вдосконалення, стають дедалі більш різноманітними та залежать від конкретного виду органів державної влади та профілю діяльності об'єднань громадян.

11 Указ Президента України "Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні" №68/2016 від 26 лютого 2016 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/682016-19805>

В. О. Гацелюк

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

ПРО КРИМІНАЛІЗАЦІЮ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЮ ОКРЕМИХ ФОРМ НАЙМАНСТВА В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

*Ніколи такого не було, і ось знову.
Невідомий мудрець.*

Стаття 447 КК України ще донедавна була серед нечисленних норм кримінального законодавства, які не зазнавали змін після його кардинального оновлення у 2001 році. Але восени 2015 року і вона була викладена у новій редакції внаслідок набрання чинності¹ Законом України від 06.10.2015 року №716-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо проходження військової служби у Збройних Силах України іноземцями та особами без громадянства»² (далі – Закон №716).

Актуальність проблематики найманства в Україні значно виросла з початку 2014 року³ і залишається однією з топ-тем суспільно-політичного дискурсу дотепер⁴. Варто підкреслити, що не лише ЗМІ, але й і державні органи України воліють користуватися саме терміном «найманець» та його похідними для ідентифікації супротивника у конфлікті на Сході країни⁵, і так само вибудовують своє бачення ситуації учасники з іншого боку⁷. Іншим, не менш важливим аспектом цієї комплексної проблеми,

1 5 листопада 2015 року.

2 Відомості Верховної Ради України. – 2015 р. – № 47, стор. 2392, стаття 436.

3 Чи є на південному сході України іноземні найманці? // <http://ua.korrespondent.net/ukraine/politics/3347248-chy-ye-na-pivdenному-skhodi-ukrainy-inozemni-naimantsi>

4 Путін відправляє на війну проти України найманців – The Telegraph // http://dt.ua/WORLD/putin-vidpravlyav-na-viynu-proti-ukrayini-naymanciv-the-telegraph-204207_.html

5 Російські найманці продовжують порушувати умови перемир'я та ведуть обстріли позицій сил АТО з забороненої Мінськими угодами зброї // <http://www.mil.gov.ua/news/2016/03/23/rosijski-najmanczi-prodovzhuyut-porushuvati-umovi-peremirya-ta-vedut-obstrili-poziczij-sil-ato-z-zaboronenoj-minskimij-ugodami-zbroj-/>

6 Російські найманці відмовляються пропускати громадян на напрямку відкритого КПВВ «Золоте» // http://dpsu.gov.ua/ua/about/news/news_11348.htm

7 Вместо украинских военных на Донбассе — иностранные наемники // http://nr2.com.ua/blogs/Andrey_Bulgarov/Vmesto-ukrainskih-voennyh-na-Donbasse-inostrannye-naemniki-111368.html

є власна оцінка участі у збройному конфлікті з боку «найманців» які називають себе патріотами⁸ чи добровольцями⁹, що має надзвичайне значення для правильної кримінально-правової кваліфікації.

Аналіз судової статистики, яка є у вільному доступі, показав, що з 2008 по 2015 рік включно жодна особа за статтею 447 КК України засуджена не була. У поточному році у ЗМІ з'являються повідомлення про «засудження найманців», проте у тексті новини йдеться про обвинувачення у «державній зраді, сприянні діяльності терористичних організацій, фінансуванні тероризму, вербуванні осіб для вчинення терористичних актів, публічних закликах до насильницької зміни та повалення конституційного ладу¹⁰» або мова йде про те, що «суд визнав членів групи винними у скоєнні злочинів, передбачених ст. 110 та ст. 263 Кримінального кодексу України. *Найманцям* (курсив наш – В.Г.) призначено покарання у вигляді різних строків обмеження волі: від півтора до трьох років»¹¹. До цього часу повідомлення, пов'язані з кримінально-правовою протидією найманству в Україні, були вкрай нечисленними¹².

8 "Ми патріоти, а не найманці", - під посольством Білорусі в Києві проходить акція на підтримку переслідуваних на батьківщині білорусів-добровольців з Донбасу. // http://ua.censor.net.ua/photo_news/382221/my_patrioty_a_ne_nayimantsi_pid_posolstvom_bilorusi_v_kyuevi_prohodyt_aktsiya_na_pidtrymku_pereslidivanyh

9 «Мы вас туда не посылали». Ополченцы Донбасса просят дать им статус участника боевых действий // http://www.gazeta.ru/politics/2016/01/31_a_8046455.shtml

10 Двох тернопольців засудили за вербування найманців для "ДНР" та "ЛНР" // <http://www.pravda.com.ua/news/2016/02/22/7099858/>

11 В Одесі засудили до ув'язнення шістьох найманців, які збиралися воювати за «ДНР/ЛНР» // <http://www.5.ua/suspilstvo/V-Odesi-zasudyly-do-uviaznennia-shistokhnaimantsiv-iaki-zbyralysia-voivaty-za-DNRLNR-100882.html#>

12 Так, у повідомленні про свою роботу у 2004 році СБ України на офіційному сайті розмістило таку інформацію: «Слідчими Служби безпеки проведено досудове слідство у ряді справ про злочини проти основ національної безпеки України та інші суспільно небезпечні діяння, що безпосередньо створювали загрозу життєво важливим інтересам України. Так, притягнуто до кримінальної відповідальності громадян Греції Сімакоса Вісіліоса Ніколаоса і Багракоса-Тсанетакоса Павлоса, громадянина Пакистану Шеїх Ікрам-Ул-Хака та громадянина Іраку Юсіфа Сальмана Халафа, які в березні 2004 року прибули в Україну з метою незаконного придбання товарів військового призначення та подвійного використання - озброєння, боєприпасів, військової та спеціальної техніки, вибухових речовин - на загальну суму 800 млн. доларів США для поставки їх всупереч резолюціям Ради безпеки ООН до Іраку, вербування в Україні найманців з числа військових спеціалістів – підричників і саперів для вчинення терористичних актів та участі у бойових діях в цій країні (виділення наше – В.Г.). Внаслідок вжитих Службою безпеки України заходів протиправну діяльність вказаних осіб припинено, іноземців заарештовано, після завершення розслідування справу направлено до суду. У грудні 2004 року Печерським районним судом м. Києва їх визнано винними та засуджено до різних мір покарання». (Про основні підсумки діяльності Служби без-

Наведена інформація яскраво свідчить про те, що існує нагальна потреба у ретельному аналізі всього масиву нормативно-правових актів, які стосуються проблем найманства, тероризму та злочинів проти основ національної безпеки, та виробленні чітких практичних рекомендацій щодо застосування на практиці відповідних кримінально-правових положень¹³.

Мотивація первісної редакції змін (які суттєво трансформувалися між першим та другим читанням в парламенті), внесених до статті 447 КК України, містилася у Пояснювальній записці до законопроекту реєстр. №2389¹⁴. Отже, метою законопроекту у редакції першого читання було виведення з-під дії статті 447 КК України не громадян України, які брали участь «у бойових діях», не проходячи військову службу у відповідних військових формуваннях України. Пропонувалося це зробити як через надання можливості проходження ними військової служби у галузевому законодавстві, так і через зміни у редакції статті 447 КК.

Для належної оцінки ступеню досягнення цієї мети ключовим питанням є юридична кваліфікація обставин та подій, у яких беруть участь відповідні іноземці, та аналіз змін, що відбулися у правовому «полі» внаслідок ухвалення Закону №716, зокрема – чи відбулася декриміналізація і яких саме дій.

беки України у 2004 році // http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article?art_id=41636&cat_id=46489&mustWords=%D0%BD%D0%B0%D0%B9%D0%BC%D0%B0%D0%BD&searchPublishing=1

13 З огляду на це, доволі обґрунтованим виглядає інтерес, проявлений до ситуації в Україні з боку Робочої групи з питання про використання найманців, яка є механізмом Ради ООН з прав людини (<http://www.ohchr.org/RU/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx>)

14 «Після початку формування на добровільчій основі спеціальних підрозділів МВС України та батальйонів територіальної оборони ЗС України, у зону антитерористичної операції почали самостійно прибувати іноземці з військовим досвідом. Частина з них, попри відсутність на те правових підстав, брали та беруть участь у бойових діях. Разом з цим, чинне законодавство України, а саме Закони України «Про військовий обов'язок та військову службу», «Про Збройні Сили України» та «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України», не передбачає проходження військової служби іноземцями. ... у ратифікованому Україною Додатковому протоколі до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) та Міжнародній конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців поняттям «найманець» не охоплюється особа, яка за особисту винагороду проходить військову службу у збройних силах іншої держави. Це обумовлює необхідність декриміналізації окремих форм найманства (виділено нами – В.Г.), що передбачені чинною редакцією статті 447 Кримінального кодексу України» (Пояснювальна записка до законопроекту реєстр № 2389 від 17.03.2015 http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54421)

У Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на відповідний законопроект особливу увагу було приділено тому, що термінам, які є новими у чинному законодавстві, повинно бути дано визначення (наприклад, поняття «воєнні дії» – п. «с» примітки до вказаної статті). При цьому, фахівці Головного управління звертали увагу, що чинний КК, окрім поняття «збройний конфлікт» (який також використовується у законопроекті), оперує ще такими поняттями, як «воєнний конфлікт» (частина перша статті 258, стаття 436 та ін.) та «агресивна війна» (статті 436, 437 КК). З огляду на це підкреслювалось, що усі перелічені поняття потребують відповідної уніфікації та визначення (але не у нормах кримінального законодавства)¹⁵.

При цьому, оновлена редакція статті 447 КК містить наступні варіанти обставин, участь **найманця** у яких чи його готування до участі у яких є злочином:

- 1) збройний конфлікт
- 2) воєнні дії
- 3) насильницькі дії, спрямовані на:
 - ✓ насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або
 - ✓ захоплення державної влади або
 - ✓ перешкодження діяльності органів державної влади або
 - ✓ порушення територіальної цілісності.

Ще більше систему ознак складів цього злочину ускладнює примітка¹⁶.

Залишаємо без коментарів конструкцію *«насильницькі дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення...»*, адже тут має місце очевидна вада законодавчої техніки. Так само видається позбавленою сенсу фраза

15 http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54421

16 «Під найманцем у цій статті слід розуміти особу, яка:

- 1) спеціально завербована в Україні чи за її межами для того, щоб брати на території України чи території інших держав участь у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, перешкодження діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності;
- 2) бере участь у воєнних або насильницьких діях з метою одержання будь-якої особистої вигоди;
- 3) не є ні громадянином (підданим) сторони, що перебуває у конфлікті, ні особою, яка постійно на законних підставах проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває у конфлікті;
- 4) не входить до особового складу збройних сил держави, на території якої здійснюються такі дії;
- 5) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває у конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил».

«завербована в Україні чи за її межами для того, щоб брати на території України чи території інших держав участь...», адже ця диз'юнкція охоплює всі можливі випадки і «хитросплетіння» місця вербовки і місця участі найманця у конфлікті.

Виникає питання, чи ці ознаки варто розглядати сукупно для того, аби визначити конкретну особу як найманця, чи в конкретному випадку вони (ознаки) можуть бути наявні частково. Варто мати на увазі, що, як впливає із системного тлумачення змісту примітки, стороною конфлікту законодавець вважає утворення, у якого є громадяни (піддані), тобто, очевидно, державу. Якщо тлумачити всі ці ознаки як необхідні для визнання особи найманцем, то повинен мати місце водночас і збройний конфлікт між державами (п. 3) і відповідні насильницькі дії (п. 4). При цьому, п. 2, який визначає ключову відмінність найманця (мета одержання вигоди), визначає, що найманець бере участь у воєнних або насильницьких діях і нічого не зазначає про збройний конфлікт.

Зрештою, виявляється, що буквально застосувати примітку для визначення ознак складів цього злочину неможливо, оскільки вона містить взаємовиключні вимоги.

Втім, прослідковується певна логіка, за якою найманець може брати участь у двох видах конфліктів, які суттєво різняться складом учасників та їх (конфліктів) правовим регулюванням:

- 1) конфлікт, у якому задіяні мінімум два державних утворення;
- 2) конфлікт на території держави, який полягає у протиборстві її офіційних збройних формувань із особами, які вчиняють *«насильницькі дії»* відповідного змісту.

Якщо шукати «дух закону» у визначенні найманця, який намагається нам дати законодавець у наведеній вище примітці, то система ознак поняття «найманець» вибудовується наступна:

- 1) особа потрапляє (чи готується потрапити) у конфлікт (в широкому розумінні цього терміну) в межах певної організованої системи залучення учасників (вербування);
- 2) метою участі у конфлікті (в широкому розумінні) є одержання найманцем будь-якої особистої вигоди;
- 3) відсутність громадянства чи законних підстав проживання на території держави-учасниці конфлікту чи держави, в якій відбуваються насильницькі дії;
- 4) невходження особи до складу офіційних збройних формувань учасниці конфлікту чи відсутність офіційного статусу, наданого третьою стороною.

Подальше узагальнення цих ознак призводить до висновку про те, що найманець – це особа, яка бере участь у збройному конфлікті на території іншої держави з метою отримання особистої вигоди.

Проте, ще раз зазначимо, що буквально тлумачення зазначеної норми КК (визначення найманця), яке є необхідним для офіційного звинувачення особи в межах кримінального процесу, робить її застосування вкрай складним, якщо не неможливим.

Розробники примітки до статті 447 КК явно орієнтувалися на норми Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів¹⁷, та Міжнародної конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців¹⁸.

17 Найманець – це будь-яка особа, яка:

- a) спеціально завербована на місці або за кордоном для того, щоб брати участь у збройному конфлікті;
- b) фактично бере безпосередню участь у воєнних діях;
- c) бере участь у воєнних діях, керуючись, головним чином, бажанням одержати особисту вигоду, і якій дійсно було обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває в конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи сплачується комбатантам такого ж рангу і функцій, які входять до особового складу збройних сил даної сторони;
- d) не є ні громадянином сторони, що перебуває в конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває в конфлікті;
- e) не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті;
- f) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває в конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил.

18 Для цілей цієї Конвенції:

1. Термін "найманець" означає будь-яку особу, яка:

- a) спеціально завербована на місці або за кордоном, щоб битися у збройному конфлікті;
- b) беручи участь у воєнних діях, керується головним чином бажанням одержати особисту вигоду і якій дійсно обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває у конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи виплачується комбатантам такого ж рангу і функції, які входять до особового складу збройних сил даної сторони;
- c) не є ні громадянином сторони, що перебуває у конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, що контролюється стороною, яка перебуває у конфлікті;
- d) не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває у конфлікті; та
- e) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває у конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил.

2. Термін "найманець" означає також будь-яку особу, яка у будь-якій іншій ситуації:

- a) спеціально завербована на місці або за кордоном для участі у спільних насильницьких діях, спрямованих на:
 - i) повалення уряду або інший підрив конституційного порядку держави або
 - ii) підрив територіальної цілісності держави;
- b) беручи участь у таких діях, керується головним чином бажанням одержати значну

Як бачимо, примітка до ст. 447 КК приблизно відтворює ці положення, проте між ними є різниця. Так, найманець відповідно до Протоколу – це особа, якій дійсно було обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває в конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи сплачується комбатантам такого ж рангу і функцій, які входять до особового складу збройних сил даної сторони. Аналогічну ознаку містить і Конвенція.

Примітка до ст. 447 КК такої ознаки не містить, що тягне за собою конкуренцію норми міжнародного договору, який відповідно до статті 9 Конституції України є частиною законодавства, та національного закону (КК). Частина 5 статті 3 КК України встановлює, що закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Не визначаючи прямо примат норм міжнародного права над нормами КК, ця норма опосередковано визнає їх певним «критерієм», якому повинні відповідати норми КК, втім питання про наслідки недотримання цього принципу залишається відкритим.

Саме така ситуація має місце в контексті визначення ознак найманця. Норма міжнародного договору встановлює додаткову ознаку (щодо істотного перевищення розміру обіцяної винагороди найманця над розміром винагороди службовців збройних сил). Відповідно, положення Протоколу є більш сприятливим для потенційного обвинуваченого, ніж норма КК, що потенційно ставить суди у вкрай незручне становище при вирішенні майбутніх кримінальних справ.

Варто окрему увагу звернути на визначення правового статусу дій державних органів та військових формувань в зоні конфлікту на Сході України відповідно до чинного законодавства України.

Відповідно до Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції»¹⁹, період проведення антитерористичної операції – це час між датою набрання чинності Указом Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони

особисту вигоду і яка спонукається до цього обіцянкою виплати або виплатою матеріальної винагороди;

с) не є ні громадянином, ні постійним жителем держави, проти якої спрямовані такі дії;

d) не надіслана державою для виконання офіційних обов'язків; і

e) не входить до особового складу збройних сил держави, на території якої здійснюються такі дії http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_103.

¹⁹ Закон України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» // Відомості Верховної Ради України, 2014 р., № 44, ст.2040.

України від 13 квітня 2014 року «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України» від 14 квітня 2014 року № 405/2014 та датою набрання чинності Указом Президента України про завершення проведення антитерористичної операції або військових дій на території України.

Територія проведення антитерористичної операції – територія України, на якій розташовані населені пункти, визначені у затвердженому Кабінетом Міністрів України переліку, де проводилася (виділення наше – В.Г.) антитерористична операція, розпочата відповідно до Указу Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України» від 14 квітня 2014 року № 405/2014.

Такий перелік визначений Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2015 року №1275-р і включає в себе землі відповідних міських, сільських та селищних рад, на території яких здійснювалася антитерористична операція. Зауважимо, що чомусь проведення АТО визначено у минулому часі, хоча набрання чинності Указом Президента України про завершення проведення антитерористичної операції або військових дій на території України не відбулося, тобто вона триває, а також вкажемо на різницю у термінології: за Законом АТО *проводилася*, а за актом КМУ – *здійснювалася*.

Крім того, якщо названий вище Закон оперує поняттям «*територія проведення антитерористичної операції*», то Закон України «Про військово-цивільні адміністрації» говорить про «*район проведення антитерористичної операції*».

Якщо це синоніми, то ця територія повинна співпадати, проте це не так. Зокрема, відповідно до статті 1 Закону України «Про військово-цивільні адміністрації», для виконання повноважень місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування у випадках, встановлених цим Законом, у *районі проведення антитерористичної операції* можуть утворюватися військово-цивільні адміністрації. ...

Військово-цивільні адміністрації району, області – це тимчасові державні органи, що здійснюють на відповідній території повноваження районних, обласних рад, державних адміністрацій та інші повноваження, визначені цим Законом²⁰.

20 На виконання Закону Указом Президента України від 05.03.2015 року №123/2015 утворено:

Донецьку обласну військово-цивільну адміністрацію;

З огляду на норму Закону про те, що ВЦА утворюються в *районі проведення АТО*, слід зробити висновок, що таким *районом* є територія Донецької та Луганської областей. Крім того, у чинному законодавстві (на рівні підзаконних нормативно-правових актів) є поняття «територія, обмежена лінією зіткнення», та «неконтрольована територія». Зокрема, його встановлює Тимчасовий порядок контролю за переміщенням осіб, транспортних засобів та вантажів (товарів) через лінію зіткнення у межах Донецької та Луганської областей²¹.

Нагадаємо, що відповідно до Закону України «Про боротьбу з тероризмом»²², антитерористична операція – це комплекс скоординованих спеціальних заходів, спрямованих на попередження, запобігання та припинення терористичної діяльності, звільнення заручників, забезпечення безпеки населення, знешкодження терористів, мінімізацію наслідків терористичної діяльності.

Район проведення антитерористичної операції – визначені керівництвом антитерористичної операції ділянки місцевості або акваторії, транспортні засоби, будівлі, споруди, приміщення та території чи акваторії, що прилягають до них і в межах яких проводиться зазначена операція.

Нагадаємо, що **територія проведення антитерористичної операції** – територія України, на якій розташовані населені пункти, визначені у

Луганську обласну військово-цивільну адміністрацію;
Волноваську районну військово-цивільну адміністрацію Донецької області;
Мар'їнську районну військово-цивільну адміністрацію Донецької області;
Новоайдарську районну військово-цивільну адміністрацію Луганської області;
Попаснянську районну військово-цивільну адміністрацію Луганської області;
Станично-Луганську районну військово-цивільну адміністрацію Луганської області;
військово-цивільну адміністрацію міста Авдіївка Донецької області;
військово-цивільну адміністрацію міста Красногорівка Мар'їнського району Донецької області;
військово-цивільну адміністрацію села Кримське Новоайдарського району Луганської області;
військово-цивільну адміністрацію сіл Трьохізбенка, Кряківка, Лобачеве, Лопаскине та Оріхове-Донецьке Новоайдарського району Луганської області;
військово-цивільну адміністрацію селища Новотошківське та села Жолобок Попаснянського району Луганської області;
військово-цивільну адміністрацію сіл Троїцьке та Новозванівка Попаснянського району Луганської області.

21 Відповідно, лінія зіткнення для цілей Тимчасового порядку – це умовне розмежування території Донецької та Луганської областей між територією, де розміщені населені пункти, у яких органи державної влади України не здійснюються або здійснюють не у повному обсязі свої повноваження, та підконтрольними територіями.

Неконтрольована територія – це територія, на якій органи державної влади тимчасово не здійснюють повноваження, передбачені законодавством України.

22 Відомості Верховної Ради України – 2003 – № 25. – ст.180.

затверженому Кабінетом Міністрів України переліку, де **проводилася (виділення наше – В.Г.)** антитерористична операція, розпочата відповідно до Указу Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України» від 14 квітня 2014 року № 405/2014.

Тобто, АТО, про яку йде мова, не повністю відповідає поняттю АТО в сенсі Закону України «Про боротьбу з тероризмом». Не дарма, оцінюючи правовий статус партизанських загонів (окремих від збройних сил та добровольчих формувань), Г.З. Яремко говорить про «так звану» антитерористичну операцію²³. До такого ж висновку призводить і аналіз суб'єктів, якими ухвалене таке рішення²⁴.

Також, відповідно до статті 14-1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» переміщення товарів до району або з району проведення антитерористичної операції здійснюється в порядку, що встановлюється Кабінетом Міністрів України за поданням Служби безпеки України. Нагадаємо, що такий порядок затверджений наказом Першого заступника керівника Антитерористичного центру при Службі безпеки України (керівника Антитерористичної операції на території Донецької та Луганської областей) від 12.06.2015 р. № 415 о, а не актом Кабінету Міністрів України, внаслідок чого суди ухвалюють обґрунтовані рішення про відсутність у діях осіб складу адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 204-3 КУпАП²⁵.

Окремо слід підкреслити те, що Постановою Верховної Ради України від 17.03.2015 № 254-VIII²⁶ «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл

23 Яремко Г.З. Діяльність партизанських загонів: правова оцінка / Г.З. Яремко // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013 – 2014 років в Україні. – К.: ВАІТЕ, 2014. – С. 194 – 196.

24 Відповідно до статті 11 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», рішення щодо проведення антитерористичної операції приймається залежно від ступеня суспільної небезпеки терористичного акту керівником Антитерористичного центру при Службі безпеки України за письмовим дозволом Голови Служби безпеки України або керівником координаційної групи відповідного регіонального органу Служби безпеки України за письмовим дозволом керівника Антитерористичного центру при Службі безпеки України, погодженим з Головою Служби безпеки України. Про рішення щодо проведення антитерористичної операції негайно інформується Президент України. Крім того, керівник оперативного штабу визначає межі району проведення антитерористичної операції (виділення наше – В.Г.), приймає рішення про використання сил і засобів, що залучаються до її проведення, а в разі потреби за наявності передбачених законом підстав вносить на розгляд Ради національної безпеки і оборони України пропозиції щодо введення надзвичайного стану в Україні або в окремих її місцевостях.

25 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53138525>

26 Відомості Верховної Ради України. –2015. – № 17, ст.128.

Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями» визнано *тимчасово окупованими територіями* окремі райони, міста, селища і села Донецької та Луганської областей, в яких відповідно до Закону України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування, до моменту виведення усіх незаконних збройних формувань, російських окупаційних військ, їх військової техніки, а також бойовиків **та найманців (підкреслено нами – В.Г.)** з території України та відновлення повного контролю України за державним кордоном України.

Відповідно до Постанови Верховної Ради України від 17.03.2015 № 252-VIII²⁷ «Про визначення окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей, в яких запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування» до окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей, в яких відповідно до Закону України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» тимчасово запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування, належать райони або їх частини, міста, селища і села, що знаходяться на територіях, які розташовані між державним кордоном України з Російською Федерацією, урізом води Азовського моря та лінією, яка визначена додатком до цієї Постанови, що відповідає Мінському меморандуму від 19 вересня 2014 року.

Як бачимо, різниця у визначенні територій доволі суттєва. Лише один приклад – місто Вуглегірськ. Воно не належить до окремих районів Донецької і Луганської областей, де запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування, тобто не визнається тимчасово окупованою територією, і в той же час межі Вуглегірської міської ради віднесені до переліку населених пунктів, на території яких здійснювалася антитерористична операція.

На жаль, правові наслідки прийняття постанови визнання районів Донбасу тимчасово окупованими не передбачають охоплення цієї території режимом, який запроваджений Законом України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»²⁸, відповідно до статті 3 якого для цілей цього Закону тимчасово окупованою територією визначається виключно територія АР Крим та міста Севастополя²⁹. Тобто, тимчасово окупована територія

27 Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 21, ст.142.

28 Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 26, ст.892.

29 1) сухопутна територія Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, внутрішні води України цих територій;

2) внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, територія виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя

чітко визначена законом і її межі, як уявляється, не можуть бути змінені підзаконним нормативно-правовим актом, в тому числі Постановою Верховної Ради України.

Отже, території в межах яких за повідомленнями ЗМІ та деяких державних органів діють найманці, з точки зору чинного законодавства мають доволі складний статус, елементами якого є правові режими:

- ✓ антитерористичної операції (її варіанту, який не повністю відповідає режиму АТО в сенсі Закону України «Про боротьбу з тероризмом»);
- ✓ території, на якій запроваджені військово-цивільні адміністрації;
- ✓ неконтрольованої території (в сенсі Тимчасового порядку...);
- ✓ тимчасово окупованої території (але не в сенсі Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»);
- ✓ окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей, в яких запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування.

Не зважаючи на вкрай непослідовне використання законодавцем термінології та складність визначення чіткого правового статусу відповідних територій, аналіз цих нормативно-правових актів, мотивів їх прийняття, матеріалів обговорення в парламенті дає всі підстави говорити про наявність на території України ознак як збройного конфлікту міждержавного характеру (зокрема, в сенсі визначення агресії Резолюцією ГА ООН від 14 грудня 1974 року³⁰), так і насильницьких дій, зазначених у диспозиціях відповідних частин статті 447 КК України.

Більше того, відповідно до статті 1 Закону України «Про забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб» зазначено, що внутрішньо переміщеною особою є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків **збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства (виділено нами – В.Г.)**, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру.

В цьому контексті (щодо наявності певного типу збройного конфлікту в контексті кваліфікації дій за статтею 447 КК) показовою є дискусія,

30 Кримського півострова та прилеглого до узбережжя континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція органів державної влади України відповідно до норм міжнародного права, Конституції та законів України;

3) повітряний простір над територіями, зазначеними у пунктах 1 і 2 цієї частин.

30 http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml

яка розвернулася під час визначення відповідності Конституції України законопроектів про внесення до неї змін³¹, і під час якої лунали різні думки щодо змісту поняття «воєнний стан».

На нашу думку, існують підстави для визнання наявності на території України збройного конфлікту, воєнних або насильницьких дій, участь найманця у яких криміналізована статтею 447 КК України.

Проте, відповідний масив законодавчих норм потребує суттєвого вдосконалення, в тому числі в контексті визначення правової природи режиму в зоні АТО, а також в частині визначення співвідношення понять «тероризм» та «найманство». На моє глибоке переконання, участь у вчиненні терористичного акту по суті кардинально відрізняється від найманства за своїми основними рисами.

31 Так, у Висновку у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України, Конституційний Суд України зазначив, що «згідно з частиною другою статті 157 Основного Закону України Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану. ... Згідно з частиною першою статті 106 Основного Закону України Президент України приймає відповідно до закону рішення про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях у разі загрози нападу, небезпеки державній незалежності України (пункт 20); приймає у разі необхідності рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану (пункт 21). Такі рішення глави держави згідно з пунктом 31 частини першої статті 85 Основного Закону України мають бути затверджені Верховною Радою України протягом двох днів з моменту звернення Президента України. Конституційний Суд України констатує, що на момент надання ним цього висновку рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного або надзвичайного стану за процедурою, визначеною Конституцією України, не прийнято, тому правових підстав, які унеможливають внесення змін до Конституції України, немає» (абзаци другий, третій підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини), та дійшов висновку, що законопроект відповідає вимогам частини другої статті 157 Конституції України.

Аналогічної думки Конституційний Суд України дотримався і у Висновку Конституційного Суду України від 30 липня 2015 року № 2-в/2015.

Конституційний Суд України бере до уваги свої попередні позиції та констатує, що на момент розгляду ним законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного або надзвичайного стану за процедурою, визначеною Конституцією України, не було прийняте.

З огляду на викладене Конституційний Суд України вважає, що Законопроект відповідає вимогам частини другої статті 157 Конституції України». Іншими словами, Конституційний Суд звернув увагу на формальну відсутність рішення про введення воєнного стану. Проте, у своїй окремій думці суддя С. Шевчук зазначив: «Переконаний, що хоча воєнний або надзвичайний стан в Україні офіційно не запроваджений, Конституційний Суд України у Висновку мав би звернути увагу на наявність кризової ситуації в суспільстві і виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки, на що вказує частина друга статті 157 Конституції України». (Офіційний вісник України. – від 23.02.2016. – № 13, стор. 26, стаття 542).

Проте, чинні статті 258 та 447 КК України теоретично дають можливість говорити про конкуренцію норм (наприклад, в частині співвідношення таких форм злочинної поведінки, як застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з ... провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів (стаття 258) та участь найманця у ... насильницьких діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, перешкоджання діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності (ст. 447).

В контексті ж мети прийняття відповідного законопроекту (декриміналізації окремих форм найманства), зазначимо, що внаслідок викладення статті 447 КК у новій редакції та прямого визначення ознак найманця (які виявилися вужчими за ознаки, встановлені міжнародним договором), фактично відбулося розширення сфери застосування кримінального закону.

Загалом, Закон №716 був сфокусований на вирішенні проблеми не/належності осіб до військових формувань. Проте, на мій погляд, увагу варто було би приділити чіткій інтерпретації поняття одержання вигоди, її характеру (матеріального чи іншого). Зауважимо, що якщо і попередня редакція статті 447 КК і наведений Протокол оперують поняттям вигоди матеріального характеру, то нова редакція статті 447 КК в примітці визначає метою найманця одержання будь-якої особистої вигоди. Внаслідок цього також відбулася не декриміналізація окремих форм, а навпаки – поширення дії статті 447 КК на поведінку, яка раніше нею не охоплювалася.

Описаний вище підхід законодавця не лише виглядає «інструментально» неідеальним, але й суперечить змісту принципу верховенства права. Так, С. Погребняк характеризує принцип правової визначеності як складової верховенства права, зауважує, що нормативно-правові акти мають бути зрозумілими (доступними), несуперечливими і повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалін³². А.А. Пухтецька включає до переліку елементів (вимог) верховенства права забезпечення якості закону, його підпорядкування конституційно-правовим нормам, загальним

32 Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні питання / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – №1. – С. 36.

принципам права, міжнародним договорам і угодам³³. Очевидно, що визначити чіткий зміст кримінально-правової заборони, в першу чергу її «галузевого» компоненту, важливість якого обумовлена бланкетним характером диспозицій статті 447 КК, доволі складно і така правова невизначеність створює пряму загрозу порушення гарантій права на справедливий суд, визначеного статтею 6 Конвенції про захист прав людини і справедливий суд, оскільки на підставі закону суду важко буде встановити обґрунтованість висунутого кримінального обвинувачення.

33 Пухтецька А.А. Формування вимог принципу верховенства права західною правовою традицією / А.А. Пухтецька // Вісник Вищої ради юстиції. – 2010. – №3. – С. 70.

А. О. Григоренко

к.ю.н., радник з правових питань Спілки ветеранів Афганістану
Шевченківського району м. Києва «Місія»

ЩОДО ПЕРСПЕКТИВИ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ НА ШЛЯХУ ДО ЧЛЕНСТВА УКРАЇНИ В НАТО

Відповідно до статті 17 Конституції України, захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Цією ж статтею зазначається, що оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканості покладаються на Збройні Сили України.

Забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом.

Останнім абзацом статті 17 Основного Закону визначено, що на території України не допускається розташування іноземних баз.

Отже постає логічне питання чи потрібно вносити зміни до Конституції України у зв'язку із можливими перспективами нашої держави на шляху до вступу України в НАТО.

Так, 23 грудня 2014 року Верховною Радою України було ухвалено внесений Главою держави Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо відмови України від здійснення політики позаблоковості» (№1014-3).

Відповідно до закону, у статті 6 Закону України «Про основи національної безпеки України» встановлюється, що серед пріоритетів національних інтересів є інтеграція України у європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в Європейському Союзі та в євроатлантичний безпековий простір; розвиток рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами світу в інтересах України.

Раніше цією статтею визначалося, що пріоритетами національних інтересів є інтеграція України в європейський політичний, економічний, правовий простір; розвиток рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами світу в інтересах України.

У статті 8 Закону встановлено, що основними напрямками державної політики з питань національної безпеки України є: у зовнішньополітичній сфері – проведення активної міжнародної політики України з метою, зокрема, поглиблення співпраці з Організацією Північноатлантичного договору з метою досягнення критеріїв, необхідних для набуття членства у цій організації (раніше - забезпечення повноправної участі України в загальноєвропейській та регіональних системах колективної безпеки, набуття членства у Європейському Союзі при збереженні добросусідських відносин і стратегічного партнерства з Російською Федерацією, іншими країнами Співдружності Незалежних Держав, а також з іншими державами світу).

У статті 11 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» визначається, що Україна як європейська держава здійснює відкриту зовнішню політику і прагне рівноправного взаємовигідного співробітництва з усіма заінтересованими партнерами, виходячи, в першу чергу, з необхідності гарантування безпеки, суверенітету та захисту територіальної цілісності України.

Раніше цією статтею визначалося, що Україна як європейська позаблокова держава здійснює відкриту зовнішню політику і прагне співробітництва з усіма заінтересованими партнерами, уникаючи залежності від окремих держав, груп держав чи міжнародних структур.

Крім того, цією ж статтею серед основних засад зовнішньої політики передбачено поглиблення співпраці з Організацією Північноатлантичного договору з метою досягнення критеріїв, необхідних для набуття членства у цій організації.

Раніше йшлося про дотримання Україною політики позаблоковості, що означає неучасть України у військово-політичних союзах, пріоритетність участі у вдосконаленні та розвитку європейської системи колективної безпеки, продовження конструктивного партнерства з Організацією Північноатлантичного договору та іншими військово-політичними блоками з усіх питань, що становлять взаємний інтерес.

Отже, у зв'язку із подіями, які відбувається на сході нашої країни, на сьогодні вкрай актуальним залишається перспективи України увійти до НАТО.

Організація Північноатлантичного договору – це альянс 26 країн з Північної Америки і Європи, які прагнуть досягти мети Північноатлантичного договору, підписаного у Вашингтоні 4 квітня 1949 року.

За Договором головна роль НАТО полягає у забезпеченні свободи і безпеки країн-членів за допомогою політичних і військових засобів. НАТО дотримується спільних для Альянсу цінностей демократії, індивідуальної свободи, верховенства права та мирного розв'язання суперечок і підтримує ці цінності в усьому євроатлантичному регіоні. Вона слугує форумом, на якому країни з Північної Америки і Європи можуть консультуватись зі спільних питань безпеки та здійснювати спільні дії з їх розв'язання.

Засадами НАТО є відносини між північноамериканськими та європейськими членами Альянсу. Ці країни поділяють однакові основні цінності та інтереси і віддані справі збереження демократичних принципів, що робить нероздільну безпеку Європи і Північної Америки.

Альянс стоїть на захисті своїх країн-членів від загрози агресії і розглядає напад на одного або декількох членів як напад на усіх.

У свою чергу НАТО залишається міжурядовою організацією, в якій кожен член зберігає свій суверенітет. Усі рішення в НАТО приймаються спільно на основі консенсусу. Найважливішим органом прийняття рішень в НАТО є Північноатлантична рада, в якій беруть участь представники усіх країн – членів Альянсу на рівні послів, міністрів або глав держав та урядів. Кожна країна – член НАТО бере повноцінну участь у процесі прийняття рішень на рівноправній основі незалежно від її розміру або політичної, військової та економічної потужності.

Отже, союзники мають певний простір для індивідуальних підходів до спільних рішень та дій. Але коли рішення Альянсу прийняте, воно забезпечує підсилення узгоджених дій політичною солідарністю. Це проявилось, наприклад, в рішеннях про надання допомоги США після терористичних нападів 11 вересня 2001 року. Вперше у своїй історії НАТО застосувала статтю 5 Вашингтонського договору, яка передбачає, що збройний напад на одного або кількох членів Альянсу вважається збройним нападом на усіх. Усі члени Альянсу беззастережно засудили ці напади і надали підтримку США в долати їх наслідків.

Щодо відносин НАТО і Україна, то вони постійно розвиваються з самого моменту отримання Україною незалежності в 1991 році. Зважаючи на стратегічну позицію України як моста між Східною і Західною Європою, відносини між НАТО і Україною мають провідне значення для розбудови миру і стабільності в євроатлантичному регіоні.

НАТО і Україна беруть активну участь у міжнародних операціях з підтримання миру та розв'язання спільних проблем безпеки. З часом визначились певні тенденції діалогу і практичної співпраці з широкого

кола інших питань. Ключовим аспектом партнерства стала підтримка Альянсом і окремими країнами – членами НАТО зусиль України з впровадження реформ, яка отримала додатковий шлях після драматичних подій Помаранчевої революції 2004 року і залишається надзвичайно важливою для задоволення прагнення України інтегруватись до євроатлантичних структур.

Офіційні відносини між НАТО і Україною розпочались у 1991 році, коли Україна приєдналася до Ради північноатлантичної співпраці (яка пізніше була замінена на Раду євроатлантичного партнерства), отримавши незалежність після розпаду Радянського Союзу. В 1994 році Україна стала першою країною – членом Співдружності Незалежних Держав (СНД), яка приєдналась до Партнерства заради миру (ПЗМ). Протягом 90-х років наша країна також продемонструвала своє прагнення взяти участь у забезпеченні євроатлантичної безпеки, надаючи підтримку миротворчим операціям під проводом НАТО на Балканах.

9 липня 1997 року в Мадриді український президент і глави держав і урядів НАТО підписали Хартію про Особливе партнерство між НАТО і Україною.¹

Зазначена Хартія про Особливе партнерство стала офіційною основою для відносин між НАТО і Україною і дала можливість державам НАТО підтвердити свою підтримку суверенітету, незалежності, територіальній цілісності, демократичному розвитку, економічного процвітання і статусу неядерної держави України, а також принципу недоторканості кордонів. Альянс вважає це ключовими чинниками стабільності і безпеки в Центральній і Східній Європі та на континенті загалом.

Згідно з Хартією було створено Комісію Україна – НАТО (КУН), яка є органом прийняття рішень, відповідальними за розвиток відносин між НАТО і Україною та скерування спільної діяльності. Вона забезпечує проведення консультацій зі спільних питань безпеки і має завдання наглядати за відповідним виконанням положень Хартії, оцінку загального розвитку відносин між НАТО і Україною, огляд планів діяльності на майбутнє і пропозицією шляхів поліпшення та подальшого розвитку співпраці. Комісія також відповідає за перегляд спільної діяльності, яка ведеться у різних рамках, таких як Партнерство заради миру, а також спільні заходи між військовими, які здійснюються в контексті щорічних робочих планів, які розробляються з Україною під егідою Військового комітету.

Усі країни – члени НАТО і Україна представлені в КУН, яка проводить регулярні засідання на рівні послів і військових представників, періодич-

1 NATO Public Diplomacy Division, 1110 Brussels – Belgium, c. 219

но на рівні міністрів закордонних справ і міністрів оборони та начальників Генеральних штабів, а також у форматі саміту. Для виконання роботи у специфічних сферах створено спільні робочі групи. Зокрема, це оборонна реформа, озброєння, економічна безпека, наукова та екологічна співпраця, яка визначені в Хартії як сфери політичних консультацій і практичного співробітництва. До інших сфер належать оперативні питання, врегулювання кризових ситуацій і підтримка миру, співпраця між військовими та цивільне планування на випадок надзвичайних ситуацій.

У рамках Комісії Україна – НАТО з метою підтримки досягнень цілей Плану дій узгоджуються щорічні Цільові плани. Україна сама визначає, в яких заходах вона прагне брати участь спільно з НАТО, а також що вона бажає робити самостійно. КУН контролює виконання цих планів; засідання з оцінки виконання планів відбуваються двічі на рік, а раз на рік готується звіт про результати діяльності.

В останній своїй заяві турецькому телеканалу «TRT World» 11 травня 2016 року V-й президент Петро Порошенко заявив, що вступ України до НАТО – це не питання завтрашнього дня. На думку Глави держави, НАТО є найбільш ефективним єдиним інструментом, який гарантує мир і безпеку в регіоні.²

Погоджуючись із висловленими тезами хотілося б зробити акцент на тому, що для вступу України до НАТО необхідними будуть внесення змін до Конституції України, зокрема вилучення зі статті 17 Основного Закону абзацу щодо заборони розміщення на території України іноземних баз.

2 <http://www.segodaya.ua/politics/pnews/ukraina-hochet-vstupit-v-nato-no-eto-ne-vopros-zavtrashnego-dnya-poroshenko-698465.html>

В. А. Дерещ

к.ю.н., старший науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В. М. Корещького НАН України

ВЗАЄМОДІЯ ДЕРЖАВИ ТА ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО- ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Указом Президента України від 26 лютого 2016 р. № 68/2016 була затверджена Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки¹, яка враховує нові суспільно-політичні реалії життя держави. Затвердження Національної стратегії зумовлено необхідністю створення державою сприятливих умов для розвитку громадянського суспільства, різноманітних форм демократії участі, налагодження ефективної взаємодії громадськості з органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Активне, впливове і розвинене громадянське суспільство є важливим елементом будь-якої демократичної держави та відіграє одну з ключових ролей у впровадженні нагальних суспільних змін і належного врядування, в управлінні державними справами і вирішенні питань місцевого значення, розробці і реалізації ефективної державної політики у різних сферах, утвердженні відповідальності перед людиною правової держави, розв'язанні політичних, соціально-економічних та гуманітарних проблем.

Серед стратегічних напрямів реалізації Національної стратегії — забезпечення ефективних процедур участі громадськості під час формування та реалізації державної, регіональної політики, вирішення питань місцевого значення. За цим стратегічним напрямом вирішуватиметься, зокрема, завдання унормування на законодавчому рівні порядку проведення органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування консультацій з громадськістю щодо проектів нормативно-правових актів під час їх розроблення зі встановленням вичерпного переліку випадків, коли такі консультації не проводяться, та механізму запобігання порушенню вимог щодо обов'язковості таких консультацій.

1 Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні: Указ Президента України від 26 лютого 2016 р. № 68/2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/68/2016>

Одне із завдань юридичної науки — це поглиблення теоретичного підґрунтя взаємодії держави і громадянського суспільства. Зокрема, на рівні юридичної науки (теорії держави та права, конституційного та адміністративного права) бракує конкретних досліджень категорій «відносини органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства», «взаємодія держави і громадянського суспільства у сфері виконавчої влади». А також необхідні спеціальні дослідження співвідношення даних категорій з іншими, наприклад, «право на участь в управлінні державою»².

Узагальнивши існуючі в науковій літературі точки зору щодо взаємодії держави та громадянського суспільства, найбільш влучно, на нашу думку, її характеризують наступні. Під механізмом взаємодії особи, громадянського суспільства і держави у найзагальнішому значенні пропонується розуміти систему складних та багатоманітних взаємовідносин між визначеними суб'єктами (окремими індивідами, громадськими організаціями, професійними спілками, благодійними фондами, суб'єктами господарювання, органами державної влади тощо), у структурі яких мають місце прямі і зворотні взаємозв'язки та за допомогою яких забезпечується цілісність соціального розвитку в цілому³. Під час взаємодії влади з громадськістю виникають суб'єктно-об'єктні зв'язки, обумовлені постійною трансформацією ролей в них. При залученні громадськості до вироблення чи прийняття рішення, програм розвитку тощо влада виступає суб'єктом впливу. Але в ході обговорення, коли громадськість висуває варіанти вирішення питання, ставить умови й вимагає включення пропозицій, вона стає головним суб'єктом впливу, а влада трансформується в об'єкт⁴.

На нашу думку, вдосконалюючи законодавство, потрібно враховувати, що відносини — це стосунки, зв'язки, взаємини між ким-небудь, контакти, а взаємодія — це співдія, співдіяння, взаємний зв'язок між предметами у дії, а також погоджена дія між ким-чим-небудь⁵. Взаємодія — категорія, яка відображає особливий тип відношення між учасниками, при якому кожний з них діє (впливає) на інших, приводячи до їх зміни, і водночас

2 Козлова К. О. Конституційні засади взаємодії органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства на прикладі недержавних ЗМІ / К. О. Козлова // Форум права. — 2013. — № 1. — С. 466–467.

3 Оніщенко Н. Механізм взаємодії особи, громадянського суспільства і держави: сутність та емпіричні проблеми удосконалення / Н. Оніщенко, С. Сунегін // Публічне право. — 2015. — № 4. — С. 237.

4 Кандагура Н. Взаємодія влади з громадськістю та вплив на цей процес третіх сил / Н. Кандагура // Вісник державної служби України. — 2010. — № 1. — С. 43.

5 Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. — К. : Вид-во «Аконіт», 2000. — Т. 1. — С. 259, 433.

зазнає дії (впливу) з боку кожного з них, що, в свою чергу, зумовлює зміну його стану⁶.

Науковці піднімають і питання переліку інститутів громадянського суспільства, які взаємодіють із державою. Порядок проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 03 листопада 2010 р. № 996⁷, до інститутів громадянського суспільства відносить громадські об'єднання, релігійні, благодійні організації, творчі спілки, професійні спілки та їх об'єднання, асоціації, організації роботодавців та їх об'єднання, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації, інші невідповідні товариства та установи, легалізовані відповідно до законодавства.

Поділяємо думку, що визначення вичерпного переліку суб'єктів, які є «інститутами громадянського суспільства», є недоцільним, адже сфера громадянського суспільства відрізняється диспозитивним методом регулювання існуючих в ній процесів. Всіх існуючих суб'єктів доцільно лише об'єднати за певними видами та віднести те чи інше громадське формування до одного з них. Саме систематизоване групування за критеріями та показниками дозволяє зрозуміти функціональне призначення інституту громадянського суспільства для певного виду правових та соціальних відносин. Наприклад, інститути громадянського суспільства, які взаємодіють з державою у сфері розвитку економічних відносин; соціально-трудова відносин; освітньої політики; молодіжної та гендерної політики; стосовно конституційного права громадян на свободу совісті та віросповідання та ін.⁸

Щодо поняття громадськості, то фахівці зазначають, що у законодавстві загалом відсутній комплексний підхід до його розуміння, спостерігається непослідовність у його правовому регулюванні, відсутність однакового його застосування⁹. В наукових джерелах громадськість

6 Філософський енциклопедичний словник. – К. : Абрис, 2002. – С. 77.

7 Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики: Постанова Кабінету Міністрів України від 03 листопада 2010 р. № 996 (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF>

8 Постол К. А. Класифікація інститутів громадянського суспільства як суб'єктів правовідносин з державою / К. А. Постол // Одинадцять юридичні читання. Форма сучасної національної української держави: реалії та перспективи : матеріали Міжнар. наук. конф., 21–22 травня 2015 р. / ред. кол.: В. П. Андрущенко, Ю. С. Шемшученко, Б. І. Андрушин та ін. – К. : Вид-во НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2015. – С. 217–220.

9 Жукровський Я. Хто така громадськість і з чим її «ідять»? [Електронний ресурс] / Я. Жукровський. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/columns/2014/07/14/7029139/?attempt=1>

визначається як соціально-активна частина суспільства (організована сукупність людей), яка за певних обставин так або інакше згуртувалася навколо конкретних спільних інтересів та яка на добровільних засадах бере участь у суспільно-політичному житті країни, визначає основні напрями його розвитку, користується великим впливом, повагою. Громадськість складається з однією або більше фізичних чи юридичних осіб, їх об'єднань, організацій або груп, які діють згідно з чинним законодавством України або практикою задля захисту своїх законних прав, свобод та інтересів у галузі політики, економіки, культури, охорони здоров'я, а також у соціальній, екологічній, міжнародній та іншій сферах. Громадськість як активне соціальне утворення в певний момент об'єднує всіх тих, хто стикається з спільною проблемою, яка стосується суспільних інтересів, і може разом шукати шляхи їх розв'язання¹⁰.

Указом Президента України «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» від 26 лютого 2016 р. № 68/2016 утворюється консультативно-дорадчий орган при Президентові України — Координаційна рада сприяння розвитку громадянського суспільства. До її складу передбачається залучити представників Кабінету Міністрів України, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, наукових установ, а також представників організацій громадянського суспільства, чисельність яких має становити не менше половини складу Координаційної ради. Обласні, Київська міська державні адміністрації в установленому порядку мають утворити дорадчі органи з питань сприяння розвитку громадянського суспільства, передбачивши включення до їх складу представників відповідних місцевих державних адміністрацій, депутатів відповідних місцевих рад, представників територіальних органів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, а також представників організацій громадянського суспільства, чисельність яких також має становити не менше половини складу таких дорадчих органів.

Функціонування консультативно-дорадчого органу з питань сприяння розвитку громадянського суспільства при Президентові України і дорадчих органів на обласному рівні та при Київській міській державній адміністрації безумовно позитивно позначиться на ефективності забезпечення цього процесу державою.

Підтримуємо точку зору С. Г. Стеценка, який вважає, що пропонуючи організаційно-правовий механізм сприяння консолідації зусиль соціальної держави та громадянського суспільства, доцільно розглянути питання

¹⁰ Московець В. І. Поняття «громадськість» у законодавстві та адміністративно-правовій теорії / В. І. Московець // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 633.

створення державної інституції, котра б опікувалась взаємодією держави та громадянського суспільства. Стосовно варіантів того, який саме орган міг би бути створеним у структурі державного апарату та був би при цьому відповідальним за стан справ зі сприяння розвитку громадянського суспільства, на думку С. Г. Стеценка, можливим видається окремий центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується через Міністра юстиції України (наприклад, Державна служба з питань сприяння розвитку громадянського суспільства)¹¹. Відповідно до іншого підходу, таким органом має бути міністерство, що матиме широкі повноваження у сфері координації та контролю за реалізацією політики сприяння розвитку громадянського суспільства, налагодження взаємодії органів виконавчої влади з його інститутами¹².

С. Є. Горбатюк наголошує, що важливо здійснювати оцінювання результативності діяльності органів державної влади щодо роботи з громадськістю, яке доцільно проводити за такими напрямками: організаційно-правове забезпечення (у тому числі, зважаючи на відповідність основних завдань, закріплених у положеннях про структурні підрозділи органів державної влади, завданням державної політики у цій сфері); інституційне та кадрове забезпечення; а також за функціональними ознаками: взаємодія з громадською радою, взаємодія з інститутами громадянського суспільства, проведення консультацій з громадськістю щодо прийняття управлінських рішень, виконання заходів щодо сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства, взаємодія із засобами масової інформації, забезпечення доступу до публічної інформації. Для цього необхідно визначити інституцію, на яку будуть покладені функції проведення такого оцінювання. Внутрішнє оцінювання доцільно покласти безпосередньо на орган державної влади, а зовнішнє — на спеціально утворений орган (наприклад, у США існує комісія з вимірювання та оцінювання ефективності інституту зв'язків з громадськістю)¹³.

11 Стеценко С. Громадянське суспільство та соціальна держава: проблеми взаємодії / С. Стеценко // *Право України*. – 2014. – № 4. – С. 77–78.

12 Андрійчук Т. С. Взаємодія органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства: проблеми та шляхи їх вирішення / Т. С. Андрійчук // *Історичний досвід становлення інститутів громадянського суспільства в країнах Європи* : зб. наук. праць. – К. : Фоліант, 2012. – С. 325.

13 Горбатюк С. Є. Оцінювання результативності взаємодії влади з громадськістю в контексті розвитку публічного управління в Україні / С. Є. Горбатюк // *Сучасні тенденції розвитку публічного управління: теорія та практика: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. за міжнародною участю (02 листопада 2012 р.)*. – Одеса : ОРІДУ НАДУ, 2012. – С. 226.

На нашу думку, таке оцінювання міг би здійснювати центральний орган виконавчої влади з питань сприяння розвитку громадянського суспільства, створення якого пропонується дослідниками. Однак, оцінювання результативності діяльності органу державної влади щодо роботи з громадськістю має здійснювати не лише держава, а й громадськість. Співставлення результатів оцінювань, що проводяться державою і громадськістю, сприятиме виявленню розходження в їх поглядах та підходах на питання ефективної взаємодії та спонукатиме до пошуку шляхів вирішення непорозумінь, формуванню позитивного досвіду взаємодії та поширенню його в практику діяльності органів державної влади.

Крім цього, вважаємо слушною пропозицію Р. С. Мельника про виокремлення у межах Особливого адміністративного права «права громадської ініціативи». Наразі існують розрізнені, несистематизовані, розкидані по різних юридичних актах положення, які у тій або іншій формі надають приватним особам способи впливу на владу та механізми її (безпосередньої) реалізації. За такої ситуації відсутнє комплексне сприйняття і розуміння цього інституту. Рішення про виокремленням у межах Особливого адміністративного права «права громадської ініціативи», прийняте на доктринальному рівні, сприятиме проведенню систематизації нормативних актів, які визначатимуть порядок, умови, способи тощо участі приватних осіб в управлінні державними справами; формуванню однойменної навчальної дисципліни; проведенню цілеспрямованих наукових досліджень; конкретизації положень ст. 38 Конституції України¹⁴.

Отже, належний рівень адміністративно-правового забезпечення взаємодії держави та громадянського суспільства сприятиме налагодженню ефективного діалогу та партнерства органів державної влади з інститутами громадянського суспільства, вдосконаленню практики залучення громадськості до формування та реалізації державної політики, підвищенню рівня їх взаємної довіри.

¹⁴ Мельник Р. Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права / Р. Мельник // Право України. – 2015. – № 10. – С. 162.

Д. Ф. Жиган

аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

РОЗВИТОК ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ЯК ЧИННИК ДЕРЕГУЛЯЦІЇ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРОТИДІЇ ЗАСТОСУВАННЮ «БРУДНИХ» ПОЛІТИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

На сьогоднішній день можна констатувати, що надмірне регулювання виборчого законодавства може бути використаним як технологія придушення державою, в особі привладних та провладних політиків і політичних сил - громадянського суспільства та демократичних інститутів (таких як вибори). Такий процес вже перетворився в політичну систему і політичну традицію, тому відбувається при повному непротивленню тих, чиїм інтересам цей процес прямо суперечить. Це відбувається за пасивної підтримки науковців та при повному (маніпулятивноорганізованому) схваленню більшості населення країни. Громадською думкою маніпулюють. Вважається, що все це відбувається заради наведення «порядку», «стабільності», «рівності» тощо, а надмірна регуляція виборчого законодавства – найнеефективніший механізм. Насправді надмірна регуляція виборчого законодавства це застосування адміністративного ресурсу.

Більшість експертів погоджуються в тому, що політичні технології (зокрема передвиборча агітація і пропаганда з використанням засобів масової інформації, у тому числі політична реклама) повинні здійснюватись у формах та з дотриманням принципу рівних умов, проте існує суперечність в інтерпретації цих «рівних умов». Найпоширенішою позицією інтерпретації «рівних умов» є надмірна регуляція виборчого законодавства, зокрема обмеження щодо ведення політичної передвиборної агітації. Україна не є винятком в цьому відношенні. Українське законодавство представляє особливий інтерес і яскраво ілюструє таку «забороняючу/обмежуючу» інтерпретацію «рівних умов». Можливо вибір такої інтерпретації був обумовлений авторитарним минулим. Тим ціннішим є розгляд «обмежуючої» інтерпретації «рівних умов» на прикладі України. Разом з тим, оскільки Україна (в своїй Конституції) декларує обрання демократичного шляху розвитку, розвиток громадянського суспільства та побудови правової держави, то варто звернути увагу на

досвід демократичних країн з ліберальним виборчим законодавством (таких як США) і стати на шлях дерегуляції (лібералізації) виборчого законодавства.

Саме поняття «лібералізація» виборчого законодавства походить від слова «лібералізм» (від фр. *liberalisme*, від лат. *liberalis* – вільний). О.В. Скрипнюк визначає лібералізм як: «громадсько-політична та ідеологічна течія, яка об'єднує прихильників парламентаризму, політичних та економічних свобод, ринкового господарства та вільної конкуренції». І додає: «найважливішими рисами сучасного лібералізму є збереження і захист природних прав людини, договірний характер відносин між окремою людиною і державою, пріоритет громадянських свобод над політикою, моральних норм над юридичними, конституційне обмеження втручання держави в простір громадянського суспільства, в економіку»¹.

Протилежною та найпоширенішою позицією інтерпретації «рівних умов» є державне обмеження щодо ведення політичної передвиборної агітації, а насправді і таким чином застосовується адміністративний ресурс як одна з «брудних» політичних технологій. Популярність «брудних» політичних технологій обумовлена роздутим міфом про їх суперефективність. Ефективність «брудних» політичних технологій ми не можемо заперечити або повністю спростувати, але вони («брудні» політичні технології) не всесильні, їх всесильність – маніпулятивний міф. Міф в політиці.

Нинішнє засилля «брудних» політичних технологій є закономірним етапом процесу становлення культури проведення виборчих кампаній, типовою хворобою зростання, якою свого часу перехворіли всі демократичні країни з вільними виборами.

Виникає моральнісне та політико-правове питання як в науковому так і в практичному вимірі. Проблема ставлення до такого явища як «брудні» політичні технології, зокрема компромат в політиці. Для розуміння наведемо приклад: якщо один кандидат на 100% впевнений, що інший суперник має в біографії щось таке, що не дає йому ніякого морального права претендувати на виборну посаду, то перший кандидат, як чесний громадянин, просто зобов'язаний довести таку інформацію до виборців. А якщо впевненість у достовірності фактів, інформації, що ганьбить конкурента становить не 100%, а тільки 95%, 80%, 50%, 30%. Проблема полягає в тому, щоб знайти алгоритм пошуку і кваліфікації тої межі, за якою дії «чесного громадянина» перетворюються на брехню і наклеп.

1 Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (гова редколегії) та ін. – К: «Укр енцикл.», 1998. Том 3., С. 483;

Сама природа політичних технологій така, що далеко не завжди можливо відокремити «абсолютно чесні» методи від «дещо спірних», «дещо спірні» від «дуже сумнівних», а останні - від відверто нечесних. Між чистими і брудними політичними технологіями лежить простір або поле так званих «сірих» політичних технологій, які одні люди схильні зараховувати до брудних, а інші - до чистих. Причому розмір і характер цієї «сірої» зони залежить від менталітету виборців конкретного регіону і країни в цілому. Виборчі технології виявляються «чистими» або «брудними» рівно в такій мірі, в якій вони легітимні і коли, і як це допускає суспільство.

Може бути так, що провести чітку та однозначну межу між чесними і нечесними методами ведення виборчої кампанії важко - як і кордон між добром і злом. Але це не є перешкодою для достовірного визначення ряду явищ як безсумнівного зла (злочину) і боротьби з ним. Спотворення вільного волевиявлення через погрози, підкуп, дезінформацію, порушення свободи агітації, підтасовування результатів виборів однозначно слід віднести до брудних методів ведення виборчих кампаній. Більшість із прийомів, які ми тільки що нагадали з попередніх розділів і перерахували як приклади «брудних» політичних технологій, може застосувати тільки влада. Це не випадково. Нагадаємо, що на нашу думку, найбільш брудні методи у виборчих кампаніях пов'язані з використанням адміністративного ресурсу.

Ми вважаємо фактом, що той чи інший політик, який застосував особливо підлий, брудний прийом проти своїх опонентів може, будучи оприлюдненими, привести до того, що такий політик раз і назавжди втратить довіру людей. Звідси – пропонуємо практичний критерій визначення «чистоти» конкретних політичних технологій. Він полягає в перевірці (як правило, уявної) цих технологій на публічність, на їх легітимність. Скільки б голосів виборців втратив би даний політик, якби виборці дізналися, що він використовував ту чи іншу «брудну» політичну технологію. Якщо втрати великі - тоді відповідну тестовану технологію на 100% слід віднести до «брудних» політичних технологій. Та в такому підході теж є свої недоліки, наприклад кандидат чи політична сила може сфабрикувати самонаїзд і звинуватити в цьому політичного опонента, конкурента. Можна з цією ж метою підставити підлеглих і звинуватити в цьому політичного опонента, конкурента.

При всьому різноманітті «брудних» політичних технологій в їх основі лежать два прийоми: обман (дезінформація) виборців і підкуп їх. В практичній політиці прийнято вважати, що підкуп - чи не найбільш «брудна»

з усіх «брудних» політичних технологій. На нашу ж думку, підкуп далеко не так небезпечний, як обман та наклеп. У всякому разі, він не позбавляє виборців свободи свідомого вибору. Отже, будь-яка спроба обмеження використання «брудних» політичних технологій не ефективна та подібна «вистрілам з гармати по горобцям».

Підкуп зазвичай далеко не такий ефективний, як вважають: немає жодних гарантій, що виборець, отримавши що-небудь від кандидата, відразу ж стане його прихильником. Більше того, підкуп небезпечний, коли виборця підкупають, то у виборця може виникнути комплекс неповноцінності, заздрість тощо, тому акт підкупу органічно пов'язаний зі зниженням самооцінки виборця і може негативно вплинути на рейтинг кандидата, що займається підкупом. Як правило, виборець добре розуміє, що його голос купують, і що «продавши» голос, він вчиняє не правильно, не добре. Конкуренти можуть використовувати цей момент і звернути увагу, негатив виборця проти скупника голосів. Тому «покупцеві», якщо він хоче досягти успіху, доводиться не просто нахабно роздавати гроші та інші матеріальні цінності виборцям, але якось вписати цю акцію в більш-менш осмислену стратегію кампанії. Якщо уважно розглянути кампанії, виграні нібито тільки за допомогою підкупу, у більшості випадків виявляється, що перемога «покупця голосів» стала наслідком стратегічно правильної постановки кампанії, а не голої гри на матеріальному інтересі.

Світовий досвід може підтвердити, що нинішнє засилля «брудних» методів в українських виборчих кампаніях - тимчасове явище, яке неминуче буде входити в прийнятні рамки по мірі того, як виборці адаптуються та наберуться досвіду. На нашу думку цей процес можна і необхідно прискорити, шляхом підвищення політичної культури виборців, лібералізації виборчого права, як демократичної форми впливу на виборчий процес. Цього можна досягнути, якщо регулярно й докладно доводити до широкої громадськості всі брудні політичні прийоми, які були використані в кожній великій виборчій кампанії. Крім загального оздоровлення атмосфери виборчих кампаній, така профілактика відразу ж знизить ефективність, відправить в архів цілий ряд технологій (наприклад, так званий «лохотрон»), які по суті є трюки одноразового застосування. Наприклад, після того, як під час виборів преса розповіла про масове висунення політичних «двійників», число бажаючих повторити цей політичний фокус суттєво поменшало.

На жаль, таких прикладів викриття можна навести дуже мало. Зазвичай преса йде по зворотному шляху: з приводу кожних великих виборів

широко повідомляється, що «були використані самі брудні технології», але що це були за технології, як і хто їх застосував - про це йдеться дуже рідко. В результаті подібного псевдовикриття тенденція застосування «брудних» політичних технологій тільки посилюється. Виборці достатньо розумні, щоб відчувати, що їх дурять, але не достатньо розумні, щоб зрозуміти як саме, коли і де. В результаті перестають вірити і порядним кандидатам (що, природно, на руку тільки шахраям). «Брудні» політичні технології можна кваліфікувати як наклеп та шахрайство².

Причина описаної позиції ЗМІ досить банальна - головним провідником цього бруду у вітчизняній політиці були загальнодержавні ЗМІ, причому далеко не безоплатно. Справа в тому, що значна частина електронних ЗМІ та преси сама має відношення до «брудних» політичних технологій, замішана в застосуванні «брудних» політичних технологій. В науковій та науково-популярній літературі прикладів багато. Наприклад, на пострадянському просторі більшість виборчих кампаній, починаючи з 1991 р. і закінчуючи 2014р., супроводжувалися масованою дезінформацією в поєднанні з інформаційною блокадою конкурентів і все це з опорою на адміністративний ресурс. Тобто, як ми вже відзначали, найнебезпечнішим сполученням «брудних» політичних технологій, які тільки можуть бути (хоча результати згаданих кампаній визначили зовсім не «брудні» політичні технології). Отже головним провідником цього бруду у вітчизняній політиці були загальнодержавні ЗМІ, причому далеко не безоплатно (згадаймо легенди про горезвісну коробку з-під ксерокса, як місце збереження і спосіб передачі «чорної готівки»). Тому, якщо викривати «брудні» політичні схеми і технології, то багатьом ЗМІ доведеться почати з себе, тобто з сеансу самовикриття, а цього всі спробують уникнути.

Тому, на нашу думку, більш ймовірним є процес самоочищення політичних технологій у виборчому процесі завдяки тому, що в цій сфері може запанувати повноцінна конкуренція. Останнім часом така тенденція викристалізовується досить чітко: політтехнологи, які опинилися на різних сторонах барикади в конкретній виборчій кампанії, дуже професійно викривають в ЗМІ всі технології, які протиставляє протилежна сторона. В результаті деякі агентства починають набувати таку репутацію, що сам факт їх запрошення кандидатом може завдати серйозного удару по його власному позитивному образу і перешкодити перемозі у виборчій кампанії.

2 Юридична енциклопедія: В 6 т./Редкол.: Ю.С. Шемшученко (гова редколегії) та ін. – К: «Укр енцикл.», 1998. Том 6., С 426;

Таким чином, що стосується спроб закрити шлях «брудним» політичним технологіям за допомогою виборчого закону, то поки що всі спроби в цій площині приносили швидше шкоду, ніж користь та результат. Варто сказати, що ЦВК України уважно відстежує випадки застосування «брудних» політичних технологій в практиці виборів, і в міру свого розуміння, намагається з такими випадками боротися. Боротьба, як правило, зводиться до введення у виборче законодавство додаткових заборон і обмежень, щоб зробити виявлену «махінацію» неможливою в подальших кампаніях. Тому виникає необхідність наукового пошуку шляхів вдосконалення моделі політико-правового регулювання застосування брудних політичних технологій у виборчому процесі в напрямку зменшення регуляторного тиску на проходження виборчого процесу.

В дійсності, кожна нова заборона і обмеження в законі про вибори є забороною тільки для кандидатів, які є опозиційними до влади. Закон працює на стільки, на скільки в країні є незалежний суд: «є величезна кількість прикладів, коли суд карав кандидатів непідконтрольних владі (навіть, якщо ці кандидати були чинними депутатами); і жодного прикладу засудження кандидатів від влади»³.

Приходимо до висновку, що реальна свобода волевиявлення громадян забезпечується не обмежуючими нормами закону, а (в першу чергу) вільною конкуренцією між претендентами на голоси виборців. Можна сформулювати своєрідну закономірність: чим вільніше конкуренція, тим більше можливостей у громадян зробити свідомий, осмислений вибір.

Отже, аргументи про те, що в умовах вільної конкуренції виборців обдурять, або підкуплять, не мають під собою серйозних підстав і обґрунтування. Такі аргументи при перевірці та в результаті нашого дослідження виявились політичними міфами. Один політик обдурить в одну сторону, другий в іншу – а в результаті «золота середина», істина. Ми ж, як науковці, маємо бажання досліджувати застосування чесних політичних технологій на чесних виборах з тим, щоб чіткіше було видно які політичні технології більш ефективні, які ведуть до покращення якості політичної еліти та якості політичних рішень. Що в свою чергу може сприяти вдосконаленню демократичних інститутів та розвитку громадянського суспільства і розвитку держави і права. А для професійних політтехнологів відводилася б роль в тому, щоб будувати свої кампанії на викритті адміністративного ресурсу, наклепів, шахраїв, брехунів і скупників голосів. Ми переконані, що можна прогнозувати, що пере-

3 Малкін Е., Сучков Е. Политические технологии., Институт избирательных технологий., М.- 2006., С. 441;

важна більшість таких виборчих кампаній буде виграно, якщо виборче законодавство не буде обмежувати дії політиків та політтехнологів до повного абсурду.

В Україні всі спроби законодавчо захистити виборця від підкупу, обману і брудних технологій обертаються, як правило, своєю протилежністю. Вводячи все нові і нові обмеження в закон про вибори, їх ініціатори ставлять між кандидатом і виборцем - законозастосуванця - тобто владу. Таким чином влада має надмірний вплив на виборчий процес. В діючій моделі політико-правового регулювання застосування політичних технологій у виборчих кампаніях та в Конституції України (декларативно) влада розділена на незалежні гілки влади і рівні влади, а на практиці влада - одна, єдина і вертикальна. Виходить, що вона і на виборах грає, і правила гри встановлює, та ще й порушників правил карає. А потім науковці, політики громадські діячі, журналісти дивуються - звідки ж таке засилля адміністративного ресурсу на виборах. Просто діюча модель політико-правового регулювання застосування політичних технологій у виборчих кампаніях відображає виборчий процес, політичні технології та їх правове регулювання не коректно і потребує науковообґрунтованого вдосконалення.

Найкращий метод боротьби з адміністративним ресурсом це прибрати із закону про вибори всі (чи майже всі) обмеження на дії кандидатів, в т.ч. на розміри виборчих фондів, на порядок агітації, заборона на наклеп.

На наш погляд, для науковообґрунтованого вдосконалення моделі політико-правового регулювання застосування політичних технологій у виборчому процесі необхідна її лібералізація. А детальної регламентації потребують тільки дії виборчих комісій під час підрахунку голосів. Решту аспектів політико-правового регулювання застосування політичних технологій у виборчому процесі поки що слід залишити на волю вільної конкуренції партій і політиків. Інших засобів радикальної протидії на виборах адміністративному ресурсу ми не бачимо. Вважаємо, що можна погодитись із словами таких дослідників теорії і практики політичних технологій як Є.Малкін, Є.Сучков, які підкреслюють: «І не треба всіх лякати, що «політтехнологи обдурять, а багатії скуплять». Сьогодні у нас залишився тільки один «обманщик і багатій» - влада олігархів, і з нею-то якраз й треба боротись, розбиратись, якщо ми хочемо зберегти хоча б залишки інституту вільних виборів, інституту, без якого ніяка реальна демократія просто немислима»⁴.

4 Малкин Е., Сучков Е. ПОЛИТИЧЕСКИЕ ТЕХНОЛОГИИ., Институт избирательных технологий., Москва 2006., - с. 529.,С. 441;

Як показує практика, більшість норм виборчого права, що містять заборони і обмеження, не працюють, оскільки немає реальної можливості проконтролювати їх виконання. Однак, з іншого боку, слід розуміти, що реальна рівність кандидатів є лише деяким ідеалом, до якого слід прагнути, але ідеал рівності це декларація, найімовірніше, недосяжна.

Завжди було так, що існуючі прогалини в правовому регулюванні виборчих процесів активно використовуються учасниками виборчих кампаній, причому не завжди сумлінно. Декларативно, для зміни ситуації, законодавці в більшості країн світу час-від-часу вносять зміни до виборчого законодавства з метою вдосконалення виборчої системи, підвищення її демократичності. Так, наприклад в Україні, ЦВК вибрала тактику поступового виявлення в процесі аналізу практики застосування виборчого законодавства його «слабких місць» і поетапного їх усунення шляхом внесення відповідних змін до законів, що регулюють порядок проведення виборів. Підтвердженням цього є ухвалення нового закону про вибори. Щоправда, іноді ухвалення змін до закону про вибори носить не конструктивний характер, а деструктивний характер і наслідок - це збільшення адміністративного тиску. Можна припустити, що всі недоліки, неточності, протиріччя і т. д. активно використовуватимуться зацікавленими особами на виборах, а в подальшому будуть віднесені до так званих політтехнологічних прийомів і поставлені в провину особам, що професійно займаються виборами. В цілому підхід політиків-законодавців до регулювання вказаних процесів не змінився. Зміни виражаються в ретельній регламентації громадських процесів і деталізації їх правового регулювання, що, природно, повинно призвести до скорочення можливостей для різного тлумачення норм і чіткішого і однакового їх застосування.

Таким чином, виборче законодавство, навіть з урахуванням планованих змін, залишається дуже заплутаним і суперечливим, а підстав для зловживань і свавілля, як і раніше, є більш ніж достатньо. Просто в різних країнах різний ступінь застосування адміністративного ресурсу. Легітимність застосування адміністративного ресурсу залежить від ступеня політичної культури громадян, яка склалась в тій чи іншій країні. Саме тому варто підвищувати не тільки якість правового регулювання виборчого процесу, а й підвищувати рівень політичної освіти громадян і, як наслідок, підвищувати рівень політичної культури громадян. Після чого, на нашу думку, можна буде обговорювати лібералізацію виборчого законодавства як метод підвищення якості виборчого законодавства.

Отже, аргументи про те, що в умовах вільної демократії, вільної конкуренції виборців обдурять, або підкуплять, не мають під собою серйозних підстав і обґрунтування. Такі аргументи при перевірці та в результаті нашого дослідження виявились політичними міфами. Ми виявили, що розвиток громадянського суспільства є ефективним фактором протидії адміністративному ресурсу та іншим «брудним» політичним технологіям, а лібералізація виборчого законодавства виступає дієвим способом розвитку громадянського суспільства. Найкращий спосіб покращити якісний склад влади та їх рішень це підвищувати рівень політичної освіти громадян і, як наслідок, підвищувати рівень політичної культури громадян.

Б. В. Калиновський

к.ю.н., доцент, завідувач кафедри конституційного та міжнародного права Національної академії внутрішніх справ

ТЕРИТОРІАЛЬНА ОСНОВА ОРГАНІЗАЦІЇ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Діюча модель територіальної основи організації влади в Україні реалізується через систему «політичного та економічного двовладдя»: діють призначені з центру місцеві державні адміністрації й обрані населенням органи та посадові особи місцевого самоврядування. Фактично штучно створено соціально непросту ситуацію конкуренції, коли обидві структури змагаються за і без того обмежені фінансові та інші матеріальні ресурси, а також за контроль над власністю. Незважаючи на те, що така ситуація є одним із чинників, які призвели до загострення в Україні політичної, соціальної та економічної кризи, законодавець не поспішає поставити крапку в напрямку проведення децентралізації, не дивлячись на те, що це є пріоритетним напрямком реформ.

Окремі юридичні аспекти територіальної організації влади в Україні розглядалися в працях теоретиків права та фахівців з окремих його галузей, такі як – Батанов О., Березовська С., Бисяга Ю., Бондаренко І., Борденюк В., Бориславська О., Верхогляд В., Делія Ю., Колишко Р., Кравченко В., Продаєвич О., Сторожук І., Теплюк М., Торохтій Ю., Чапала Г., Щерба А. та ін.

Конституція України містить розділ 9, який присвячений питанням територіального устрою України. Так, ст.ст. 132, 133 містять норми прямої дії, щодо основних засад формування внутрішньої територіальної організації держави. Саме відповідно до територіального устрою держави і відбувається формування органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а отже і реалізується місцева публічна влада.

Основними засадами територіального устрою України є наступні: єдність та цілісність державної території; поєднання централізації та децентралізації у здійсненні державної влади; збалансованість і соціально-економічний розвиток регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій.

Єдність і цілісність державної території передбачає, що всі складові частини території держави (адміністративно-територіальні одиниці) пе-

ребувають у нерозривному взаємозв'язку, є елементами однієї системи, що характеризуються внутрішньою єдністю.

Поєднання централізації та децентралізації в здійсненні державної влади означає, що центральні органи державної влади забезпечують інтереси загальнодержавного значення, розробляють загальнодержавні програми, визначають державну політику в усіх сферах суспільного життя, в свою чергу місцеві органи державної влади мають достатньо широке коло повноважень по вирішенню питань регіонального і місцевого значення. Крім того, територіальні громади наділені правом місцевого самоврядування, тобто правом особисто або шляхом формування органів місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення на підставі і в порядку визначеному Конституцією та законами України.

Стосовно поняття адміністративно-територіального устрою, то під ним розуміють обумовлену географічними, історичними, економічними, соціальними та іншими чинниками система внутрішньої територіальної організації, яка закріплена законодавчо і вибудовується на основі поділу території держави на складові частини з метою забезпечення збалансованого розвитку регіонів і чіткої організації функціонування органів державної влади та управління на місцях¹.

В основу організації адміністративно-територіального устрою, як вважає Дністрянський М., необхідно покласти такі суспільно-географічні критерії, які мають функціональне значення для всієї системи територіального управління: кількість ієрархічних ступенів адміністративно-територіальної системи повинна в загальних рисах співвідноситись із розмірами території держави, чисельністю та розміщенням її населення; доцільно, щоб розміри адміністративних одиниць одного рівня не відрізнялися великою контрастністю, щоб кожна адміністративна одиниця була цілісною, комунікаційно зв'язаною, із вдалим розташуванням адміністративного центру, який до того ж повинен мати необхідний людський та інфраструктурний потенціал. Адміністративні одиниці середнього і вищого рівня теж мали б володіти достатнім природо-ресурсним потенціалом та економічною базою².

В загальних рисах можна розглядати адміністративно-територіальний устрій, як систему внутрішньої територіальної будови держави, відповідно до якої будується система місцевих органів державної влади та органів

1 Верменич Я.В. Територіальна організація в Україні, як наукова проблема: регіонально-історичний та політико-адміністративний виміри – К., 2008. – 160 с.

2 Агранофф Р. Розбудова місцевих Рад в Україні: матеріали до нових програм / Р. Агранофф, Г. Краун, А. Качук; Програма сприяння Парламентові України. - К., 2000. - 122 с.

місцевого самоврядування, реалізується місцева публічна влада, та забезпечується розвиток регіонів, що сприяє збалансованому розвитку держави.

Збалансовано побудований адміністративно-територіальний устрій безумовно сприяє формуванню оптимальної та дієвої системи місцевих органів публічної влади, але територіальна організація та функціонування місцевої публічної влади є окремим поняттям, що потребує з'ясування.

У наукових джерелах зустрічається визначення поняття територіальної основи місцевого самоврядування, під якою розуміють сукупність елементів системи адміністративно-територіального устрою держави, в межах яких функціонує місцеве самоврядування. Вона також включає сукупність правових норм, що закріплюють і регулюють територіальну організацію місцевого самоврядування, а саме формування та склад території, на рівні яких здійснюється самоврядування, межі і статус цих територій, порядок їх встановлення та зміни³. Отже, елементи системи адміністративно-територіального устрою держави є складовою територіальної основи місцевого самоврядування, але саме поняття територіальної основи є ширшим – включає правовий статус територій, їх склад, порядок їх встановлення – як основи місцевого самоврядування, визначення меж та порядок зміни територій.

При розгляді територіальної основи місцевого самоврядування Європейських держав авторський колектив Центру політико-правових реформ⁴ прийшов до висновків, про те, що в основі побудови систем місцевого самоврядування сучасних держав лежить їх адміністративно-територіальний устрій, що виступає однією з найважливіших складових організації держави. Метою поділу території держави на відповідні адміністративно-територіальні одиниці є створення умов для формування найбільш ефективної системи публічної адміністрації, заснованої на врахуванні географічних, демографічних, економічних, соціальних, культурних та інших особливостей територіальних одиниць, що здійснюється з метою забезпечення її максимальної відповідності потребам населення. Відтак раціональна територіальна організація держави – основа формування дієвої системи публічної адміністрації загалом та місцевого самоврядування зокрема. Адміністративно-територіальний устрій зарубіжних країн формувався, як правило, під впливом географічних чинників у їх сукупності з економічними, соціальними та

3 Атаманчук Г. В. Теория государственного управления: курс лекций / Г. В. Атаманчук. - М.: Юрид. лит., 1997. - 398 с.

4 Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / [Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Школик А. М. та ін.]; Центр політико-правових реформ. – К., Москаленко О. М., 2012. – 212 с.

демографічними особливостями територій. Новелізація цих чинників, зумовлена динамікою суспільного прогресу, призводить до відповідних змін в адміністративно-територіальному устрої держави. Проте зазвичай вони не є надто радикальними, а самі держави досить обережно ставляться до реформ територіального устрою навіть в умовах прийняття нових конституцій чи конституційних законів, що передбачають суттєві зміни в інших сферах організації держави. Адміністративно-територіальний устрій значної частини провідних країн світу є досить консервативним. У таких державах, як США, ФРН, Іспанія, Італія, Швейцарія та ін., основи сучасної системи адміністративно-територіального устрою сформувалися ще у XIX ст., у Франції – у XVIII ст., а у Великій Британії вони були закладені ще в епоху раннього феодалізму. Тому в системі адміністративно-територіального устрою деяких зарубіжних держав донині існують досить застарілі територіальні одиниці з невеликою територією та кількістю населення. Водночас ряд країн для побудови дієвої системи територіальної організації влади пройшли через низку реформ у їх територіальному устрої. Так, комунально-територіальна реформа відбулася у 70-х роках XX ст. у Німеччині. У 80–90-х рр. подібні реформи, спрямовані на оптимізацію адміністративно-територіального устрою, проводились в Італії, Бельгії, Данії, Швеції. Основу місцевого самоврядування зарубіжних держав становлять жителі першої – базової – ланки адміністративно-територіального устрою⁵. Що на нашу думку є логічним та обґрунтованим, та обумовленим історією виникнення та становлення місцевого самоврядування – як інституту конституційного права.

Зі змісту ст. 118 Конституції України випливає, що місцеві державні адміністрації здійснюють виконавчу владу в областях і районах, містах Києві та Севастополі⁶. Отже, територіальною основою здійснення місцевими державними адміністраціями місцевої публічної влади є області, райони, міста Київ та Севастополь та райони в цих містах.

Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року у ст. 1 містить визначення адміністративно-територіальної одиниці, відповідно це - область, район, місто, район у місті, селище, село. Оскільки територіальні громади села, сели та міста можуть створювати відповідні представницькі органи місцевого самоврядування, а також

5 За матеріалами Комітету Регіонів Європейського Союзу (Devolution process in the European Union and the candidate countries. – European Union. Committee of the Regions. – Brussels, 2003.

6 Конституція України: чинне законодавство станом на 3 берез. 2014 р.: (офіц. текст). – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2014. – 64 с.

районні та обласні ради, шляхом об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст, а за рішенням міських рад можуть бути сформовані районні в місті ради, територіальною основою здійснення місцевої публічної влади органами місцевого самоврядування є область, район, місто, район у місті, селище, село.

Групи елементів системи адміністративно-територіального устрою, за рівнями організації місцевого самоврядування поділяють на дві основні групи: населені пункти (міста, селища, села) і території (області і райони)⁷.

Населені пункти (міста, селища і села) є так званим «первинним» рівнем місцевого самоврядування, оскільки лише в межах цих адміністративно-територіальних одиниць утворюється такий основоположний елемент системи місцевого самоврядування, як територіальна громада. Через недостатню обґрунтованість критеріїв розселення велика кількість поселень досить умовно зарахована до міських чи сільських⁸.

Виходячи зі змісту принципу субсидіарності та взяття Україною курсу на децентралізацію, для забезпечення права територіальних громад на місцеве самоврядування, територіальною основою здійснення місцевої публічної влади органами місцевого самоврядування має бути визначено місто, район у місті (з населенням більше 250 тис. осіб), селище, село.

Для того щоб територіальна основа організації місцевої публічної влади забезпечувала потреби системи місцевих органів публічної влади, необхідним є проведення адміністративно-територіальної реформи. Основною проблемою визначення поняття, принципів та системи адміністративно-територіального устрою залишається відсутність законодавчого чіткого врегулювання.

До порядку денного сесії Верховної Ради України в 2014 році було включено розгляд Проект Закону України «Про адміністративно-територіальний устрій», реєстраційний № 319. Законопроект спрямований на усунення недоліку в регулюванні питань адміністративно-територіального устрою⁹. Крім того, в даному напрямку Кабінет Міністрів України 1 квітня 2014 року схвалив Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні розпорядженням № 333-р, у якій зокрема зазначено, що Формування критеріїв для

7 Загальні засади місцевого самоврядування в Україні: підруч. / [авт.-упоряд.: О. В. Батанов, Н. М. Батанова, В. М. Вакуленко та ін.]; за заг. ред. В. М. Вакуленка, М. К. Орлатого. – К.: НАДУ, 2010. – 368 с.

8 Те саме.

9 Проект Закону про адміністративно-територіальний устрій / Верховна Рада України офіційний веб-портал [Електронний ресурс] Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48586 – дата доступу 06.02.2016.

адміністративно-територіальних одиниць різного рівня адміністративно-територіального устрою держави здійснюється з урахуванням того, що: адміністративно-територіальний устрій складається з трьох рівнів: базового (адміністративно-територіальні одиниці - громади); районного (адміністративно-територіальні одиниці - райони); регіонального (адміністративно-територіальні одиниці - Автономна Республіка Крим, області, мм. Київ і Севастополь);

На кожному рівні адміністративно-територіального устрою функціонують відповідні органи місцевого самоврядування та органи виконавчої влади: на базовому рівні - сільська, селищна, міська ради та їх виконавчі органи, представництва (представники) окремих органів виконавчої влади; на районному рівні - районні ради та їх виконавчі органи, райдержадміністрації, територіальні органи центральних органів виконавчої влади; на регіональному рівні - Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні ради та їх виконавчі органи, облдержадміністрації, Київська та Севастопольська міські ради та їх виконавчі органи, Київська та Севастопольська міські держадміністрації, територіальні органи центральних органів виконавчої влади¹⁰.

Один із варіантів погляду на систему адміністративно-територіального устрою України містить Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) від 01.07.2015 року № 2217а, які спрямовані на реформування здійснення виконавчої влади на місцях. Проектом передбачено три рівні адміністративно-територіального устрою, той же спеціальний статус міст Києва та Севастополя, області та міста зі спеціальним статусом тепер називаються регіони. Первинною одиницею у системі адміністративно-територіального устрою України є громада. Відповідно до згаданого Проекту територіальною основою здійснення місцевої публічної влади є такі елементи системи адміністративно-територіального устрою як громада, поселення (село, селище, місто), район, область, регіон (області та міста зі спеціальним статусом)¹¹.

На наш погляд, передумовою впровадження в життя задекларованих засад місцевого самоврядування є перебудова системи організації влади і управління на дійсно демократичних засадах, що неминуче приведе до зміни чинної моделі місцевого самоврядування. Найважливішим

10 Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 01 квітн. 2014 р. № 333-р // Офіційний вісник. – 2014. - № 30. - стор. 18, стаття 831.

11 Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): проект Закону від 01.07.2015 року № 2217а // Картка законопроекту [Електронний ресурс] Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812.

завданням у цьому плані є проведення реальної адміністративно-територіальної реформи з одночасною децентралізацією влади, яку до сьогодні практично не вдалося здійснити.

Слід погодитись, що одним зі стримувальних чинників реформування і територіального устрою, і місцевого самоврядування є політичні, правові, психологічні стереотипи командно-адміністративного владарювання, які підтримуються завдяки тому, що і сьогодні політична лінія характеризується намаганням усе вирішити і розподілити на державному рівні.

В процесі формування місцевої та регіональної політики необхідно відмовитися від існуючої до сьогодні традиції - реформувати місцеве самоврядування згори, під контролем центрального державного апарату та у його інтересах. Місцева і регіональна політика повинна передбачити відмову від жорсткого адміністрування, її мета має полягати у гармонізації інтересів центру й регіонів, у забезпеченні останнім умов для самореалізації.

Тривалий час в Україні існує розуміння, що базовим елементом адміністративно-територіального устрою держави та територіальною основою має стати громада. Практика доводить, що реально таким базовим рівнем може стати місто обласного значення та частина міст районного значення. Абсолютна більшість сіл та селищ, формально називаються такими самими територіальними громадами, як і міста, об'єктивно не спроможні виконувати покладені законом повноваження місцевого самоврядування.

Без сумніву, адміністративна реформа, яка включає і реформу територіального устрою, має посилити інституційні, адміністративні та фінансові можливості місцевого самоврядування. Важливо наголосити, що при проведенні будь-якої реформи необхідно поставити ціль, і задіяти оптимальні і реальні заходи по її здійсненню. Тому, при проведенні адміністративно-територіальної реформи мають бути враховані такі вимоги: повно і виключна компетенція та спроможність органів місцевої публічної влади одного територіального рівня виконувати повноваження; нерозривність території адміністративно-територіальної одиниці, тобто виключити можливість наявності анклавів; адміністративний центр територіальної одиниці має бути максимально близько розміщеним до її географічного центру; узгодженість кількості одержувачів публічних послуг з галузевими нормами навантаження на бюджетні установи і їх фінансуванням; взаємодоповнення – досягти цивілізованої пропорції між багатими та бідними складовими, вузькоспеціалізованими населеними пунктами та територіями з диверсифікованими функціями, що сприятиме територіальній справедливості і доступу до публічних послуг.

Отже, територіальна основа організації місцевої публічної влади – елементи системи адміністративно-територіального устрою держави, відповідно до яких побудована система місцевих органів публічної влади, їх правовий статус, демографічні, географічні, соціальні, економічні характеристики.

Ключовими питаннями при здійсненні конституційної реформи системи місцевого самоврядування та, фактично, встановлення адміністративно-територіального устрою має бути деталізовано і чітко визначено:

- рівень децентралізації владних повноважень, визначення чіткої схеми розподілу повноважень між органами місцевої публічної влади на територіальному рівні;
- вироблення і закріплення більш раціональних механізмів перерозподілу фінансів, удосконалення бюджетних відносин;
- формування достатньої матеріально-фінансової і бюджетної бази для всіх територіальних громад, а в разі неможливості – створення можливості дотацій місцевих бюджетів;
- законодавче визначення ключових понять та засад адміністративно-територіального устрою України;
- закріплення конституційно-правового статусу і рівнів адміністративно-територіального устрою;
- встановлення меж, сучасних критеріїв утворення і зміни адміністративно-територіальних одиниць;
- спрощення системи та оптимізація класифікації адміністративно-територіальних одиниць.

Л. Є. Кисіль

к.ю.н., доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького

ДЕЯКІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ НАРОДОВЛАДДЯ В УКРАЇНІ

У 1991 році український народ чітко визначився не лише з питання створення власної незалежної держави, а й з основоположними, засадничими принципами та ідеями її подальшого становлення, чільне місце серед яких посідають принципи народного суверенітету, народовладдя і верховенства права.

Вирішальним кроком на цьому шляху стало прийняття Конституції України 28 червня 1996 року. Згідно зі ст. 5 Основного Закону носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні визнається народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Для досягнення мети нашого дослідження потрібно з'ясувати, щонайменше, три запитання: що таке народовладдя; як співвідносяться категорії «народовладдя» і «народний суверенітет» і чи не є вони тотожними; що таке форми народовладдя та які існують їх класифікації.

Відомо, що народовладдя – це такий суспільний лад в країні, за якого кожен громадянин має право і реально забезпечену механізмами реалізації можливість брати участь в управлінні державними справами як безпосередньо, так і через вільно обраних представників. Різні аспекти реалізації народом належної йому влади завжди були і є предметом наукових розвідок як зарубіжних, так і українських правознавців, таких як: Г. В. Барабашев, Б. М. Бабій, О. В. Батанов, О. В. Васьковська, В. П. Горбатенко, Р. Ю. Горлачов, А. В. Грабильников, Л. А. Григорян, В. Е. Гулієв, А. І. Денисов, М. М. Денисова, І. С. Дрейслер, В. Т. Кабишев, Ю. Б. Ключковський, А. І. Ковлер, А. М. Колодій, В. В. Комарова, В. М. Кампо, В. І. Козлов, Л. Т. Кривенко, Ю. М. Лемішко, С. Л. Лисенков, Ю. Р. Мірошниченко, Г. О. Мурашин, О. Г. Мурашин, Л. О. Нудненко, М. В. Оніщук, В. Ф. Погорілко, В. Г. Поліщук, О. В. Прієшкіна, О. В. Радченко, Й. Л. Рисіч, В. М. Руденко, О. В. Скрипнюк, Ю. І. Скуратов, М. І. Ставнійчук, В. Н. Суворов, А. П. Таранов, Ю. О. Тихоміров, Ю. М. Тодика, О. Ю. Тодика, П. А. Трачук,

В. О. Трипольський, Н. П. Фарберов, В. Л. Федоренко, А. Й. Француз, О. Ф. Фрицький, В. В. Цветков, М. В. Цвік, В. М. Шаповал, Г. Х. Шахназаров, Ю. С. Шемшученко, К. Ф. Шеремет, Л. М. Шипілов, О. О. Чуб, А. О. Янчук та ін.

Своєрідним «фундаментом» народовладдя є принцип народного суверенітету. Юридичним змістом категорії «народний суверенітет» є обсяг владних повноважень українського народу, що визначають його верховенство і повноту всієї влади в країні. При цьому, якщо принцип народного суверенітету достатньо «проголосити» шляхом закріплення в Основному Законі положення про те, що народ є носієм суверенітету і джерелом всієї влади в країні, то для забезпечення здійснення народовладдя потрібно наповнити закони реальними механізмами з чітким визначенням форм, видів, способів і засобів реалізації народом своєї влади. Це дозволяє зробити висновок про те, що народний суверенітет – це статична категорія, яка визначає обсяг влади народу, в той час як народовладдя – динамічна, оскільки характеризується механізмами реалізації належної народо́вї влади.

Народовладдя реалізується у двох конституційно визначених формах – безпосередній та опосередкованій (представницькій). Попри різноманітність існуючих дискусій, широкого та вузького тлумачення у наукових джерелах форма безпосереднього народовладдя визначається як передбачений Конституцією та законами України, а також не заборонений правовими приписами спосіб безпосереднього (прямого) волевиявлення народу, або його окремої частини, який носить імперативний та легітимний характер, з метою вирішення найважливіших питань державного та суспільного життя.

Які ж існують класифікації форм безпосереднього народовладдя? Їх у наукових джерелах чимало: за правовими основами визначення та здійснення ці форми поділяють на конституційні та інші; за територією здійснення – на всеукраїнські та місцеві; за часом проведення – на періодичні та разові; за суб'єктами здійснення – на всенародні масові та індивідуальні; за порядком реалізації – на обов'язкові та факультативні; за правовими наслідками – на імперативні та диспозитивні (консультативні); за способом впливу на суспільні відносини – на правотворчі та ті, що не створюють правових норм. Однак, найбільш вдалим, на нашу думку, є поділ форм безпосереднього народовладдя на **конституційні**, передбачені безпосередньо у Конституції України (вибори, референдуми, мирні збори, мітинги, походи, демонстрації та звернення громадян) **та інші форми**.

Основними документами, в яких знайшли відображення міжнародні стандарти безпосереднього народовладдя, є документи універсального (Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року та ін.) та регіонального характеру (Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 року, Європейська хартія місцевого самоврядування 1985 року та Додатковий протокол до неї 2009 року). Україна, як одна з держав – засновниць ООН, членів Ради Європи, учасниць ОБСЄ входить до всесвітньої та Європейської системи захисту прав людини, беручи участь не тільки в розробці міжнародно-правових актів з прав людини, але й у роботі контрольних і правозахисних органів ООН і Ради Європи. Можна констатувати, що на сьогодні Україна досягла певного рівня відповідності національного законодавства, що регулює основні форми безпосереднього народовладдя, міжнародним стандартам - прийняті закони України «Про звернення громадян», «Про місцеве самоврядування», «Про вибори народних депутатів», «Про всеукраїнський референдум» та ін. Але є актуальним використання для регулювання національних процедур безпосереднього народовладдя рекомендаційних міжнародних актів, до яких належать як відповідні міжнародні стандарти, так і рекомендації міжнародних організацій – або шляхом їх урахування та імплементації у національному законодавстві, або як відповідної правової доктрини при вирішенні спорів адміністративними судами. З іншого боку, досить часто форми безпосереднього народовладдя недобросовісно використовуються політичними партіями, іншими інститутами громадянського суспільства як інструмент здобуття влади: зокрема, мають місце зловживання на різних етапах виборчого та референдного процесу, проведення платних мітингів, підкуп виборців та ін. Це свідчить про необхідність подальшої роботи для забезпечення належного нормативно-правового регулювання форм безпосереднього народовладдя, запровадження юридичної відповідальності за порушення права народного суверенітету, створення дієвого організаційно-правового механізму його здійснення.

Зокрема, до цього часу залишається нерегульованим на законодавчому рівні порядок проведення передбачених ст. 39 Конституцією України мирних зборів, мітингів, походів та демонстрацій. Хоча ще у 2001 році у своєму Рішенні Конституційний Суд України вказав, що порядок їх проведення повинен стати предметом законодавчого врегулювання¹. До Верховної Ради України неодноразово подавалися відповідні

1 Рішення Конституційного Суду від 19 квітня 2001 р.(справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання)[Електронний ресурс]. - Режим доступу:<http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-01>.

законопроекти, проте жоден з них не був прийнятий в цілому. У 2013 р. Україна програла у Європейському суді з прав людини дві справи про порушення права на мирні зібрання («Веренцов проти України» та «Шмушкович проти України»), у рішеннях щодо яких Суд також наголосив на необхідності врегулювати на рівні закону це питання в Україні.

Аналіз діючих у цій сфері нормативних актів дозволяє зробити висновки про те, що на сьогодні для України характерним є повідомний порядок проведення мирних зібрань, який передбачає покладення на організаторів обов'язку завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи місцевого самоврядування про намір провести мирне зібрання у певному місці і в певний час на відміну від дозвільного порядку, який існував за радянських часів. Однак, питання щодо строків завчасного сповіщення залишається дискусійним. На практиці органи місцевого самоврядування, правоохоронні органи та переважна більшість суддів тлумачать цей термін в контексті Указу Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 р. «Про порядок організації проведення зборів, мітингів, вуличних заходів і демонстрацій в СРСР»² - не менше, ніж за 10 днів. Вищий адміністративний суд у своїй ухвалі від 23 січня 2013 р. зазначив, що, оскільки спеціального закону не існує, то міська рада може самостійно встановлювати строки подання повідомлення³.

У ч.2 ст.39 Конституції України зазначається, що обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань може встановлюватись лише судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або для захисту прав і свобод інших людей. «Сиракузькі принципи тлумачення обмежень та відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» дозволяють використання посилення на *національну безпеку* як підставу для обмеження свободи мирних зібрань лише для захисту існування держави, її територіальної цілісності або політичної незалежності від застосування сили або загрози її застосування⁴. Європейський суд з прав людини зазначив, що «людина не позбавляється права на свободу мирних зібрань внаслідок окремого спалаху насильства або інших

2 Про порядок організації проведення зборів, мітингів, вуличних заходів і демонстрацій в СРСР[Електронний ресурс]: Указ Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 р. – Режим доступу:[http:// zakon1/rada.gov.ua/laws/show/v93064000-88](http://zakon1/rada.gov.ua/laws/show/v93064000-88).

3 Ухвала Вишого адміністративного суду від 23 січня 2013р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу:<http://helsink.org.ua/files/docs/1361255892.pdf>

4 Сиракузькие принципы толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах[Електронний ресурс].-Режим доступу:<http://legislationline.org.ru/documents/action/popup/id/14624>.

караних діянь, які вчиняються в ході заходів іншими особами, якщо дана людина зберігає мирний настрій чи поведінку». При посиланні на *інтереси громадського порядку та громадської безпеки* слід враховувати, що в цілому перевагу в таких випадках слід віддавати не забороні, а додатковим запобіжним заходам. Мета *запобігання заворушенням чи злочинам* як підстава для обмеження права на мирні зібрання повинна враховувати таку обставину, що ні окремі поодинокі прояви насильства, ні насильницькі дії деяких учасників під час зібрання не є самі по собі достатньою підставою для автоматичного обмеження дій мирних учасників зібрання. Посилання на *охорону здоров'я* як підставу для обмеження права на мирні зібрання можливе, лише якщо інші аналогічні скупчення людей обмежені схожим чином. Посилання на *захист прав і свобод інших людей* як підставу обмеження права на свободу мирних зібрань можливе також з урахуванням рекомендацій міжнародних організацій, зокрема адміністративний орган має...забезпечити такий баланс, щоб у місці проведення зібрання могла тривати й інша діяльність. Слід пам'ятати, що свобода однієї людини закінчується там, де починається свобода іншої⁵.

Звідси, як справедливо зазначає Х.П.Ярмак, актуальним є напруження законодавчих гарантій права на мирні зібрання, які мають передбачати: вичерпний перелік місць, де проведення зібрання не допускається; чіткі повноваження органів виконавчої влади та місцевого самоврядування для забезпечення проведення мирних зібрань; встановлення вичерпного переліку обмежень реалізації права на свободу мирних зібрань; регламентація прав учасників мирних зібрань та їх обов'язків; встановлення процедури оскарження порушення прав учасників мирних зібрань тощо⁶.

Інші форми безпосереднього народовладдя пропонується поділяти на **врегульовані законодавством та фактичні форми**. До врегульованих законодавством форм безпосереднього народовладдя (тобто форм, які безпосередньо Конституцією України не передбачені, але закріплені у чинному законодавстві України) відносять опитування громадян, народні обговорення, загальні збори за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, пікетування та ін. Вони характеризуються певною нормативно-правовою базою їх регулювання, яка, по-перше, в багатьох

5 Керівні принципи зі свободи мирних зібрань[Електронний ресурс].- Режим доступу:<http://www.osce.org/ru/odihr/83237?download=true>.

6 Ярмак Х.П. Деякі питання забезпечення права на свободу мирних зібрань.//Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини.Тези доповідей та наукових повідомленьучасників науково-практичної конференції(м.Харків, 17-18 квітня 2015 р.). – Х.: Право, 2015. - с.21-25.

випадках потребує приведення у відповідність до Конституції України, по-друге, форми місцевого безпосереднього народовладдя варто було б детально визначити у локальних нормативно-правових актах (наприклад, у статутах територіальних громад).

Щодо фактичних форм безпосереднього народовладдя, то, на нашу думку, це форми, які не передбачені ні Конституцією України, ні законами України, проте і не заборонені ними – народне віче, революції, акти громадянської непокори, політичні страйки, національно-визвольні рухи та ін. Останні політичні події в Україні продемонстрували значимість, важливість та актуальність означених нами фактичних форм безпосереднього народовладдя. Адже якщо розуміти народовладдя не просто як конституційну декларацію, але як реальний законодавчий механізм, з чітким визначенням форм, видів, способів і засобів реалізації народом своєї верховної влади, та навряд чи можна погодитися з думкою про те, що закріплення фактичних форм безпосереднього народовладдя є недоцільним на конституційному та законодавчому рівні⁷. До такого висновку спонукає не лише переосмислення сутності народовладдя, але й аналіз конституційних норм: в Основному законі йдеться фактично про нову концепцію держави – Україна проголошується демократичною, правовою, соціальною державою з республіканською формою правління та унітарною формою державного устрою. Це означає, що мають утверджуватися і реалізовуватися партнерські засади діяльності органів державної влади та громадянського суспільства, окремих громадян, їх об'єднань, що виключає будь-який диктат, підкорення громадян політичному режиму чи органу держави. Відповідно мають бути конституційно забезпечені, з одного боку, умови участі населення в управлінні державними справами, членство у партіях та громадських організаціях, а з іншого – зобов'язання держави щодо охорони прав і законних інтересів своїх громадян у зазначеній площині. Держава має бути виконавцем волі народу, йому підпорядковуватись і йому слугувати⁸.

Представницька форма народовладдя проявляється у праві громадян України через вільні вибори на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування формувати

7 Галус О.О. Форми безпосереднього народовладдя в Україні/ Автореферат дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.02 – конституційне право, муніципальне право. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2012. – 21с.

8 Мірошниченко Ю.Р. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні (теоретичні та практичні аспекти)/ Автореферат дис. на здобуття наук. ступ. докт. юрид. наук за спеціальністю 12.00.02 – Конституційне право, муніципальне право. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2012. – 38с.

Верховну Раду України та органи місцевого самоврядування⁹. Верховна Рада України є єдиним представницьким органом українського народу, яка, здійснюючи законодавчу владу, діє від імені та в інтересах всього українського народу.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що згідно Конституції України сутність народовладдя проявляється в тому, що вся влада належить народу, її (владу) як у безпосередній, так і в опосередкованій (представницькій) формах здійснюють громадяни України, які у сукупності є українським народом. Однак, з огляду на останні політичні події в Україні, на сьогодні цей інститут не може залишатись декларативним, потрібна копітка робота по напрацюванню Верховною Радою України чітких форм, видів, способів і засобів реалізації народом своєї первинної влади.

9 Совгіря О.В., Шукліна Н.Г. Конституційне право України: навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2008. - 632с.

О. В. Кресін

к.ю.н., член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права завідувач Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

CIVILI SOCIETATE: ВИНИКНЕННЯ ІДЕЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА У «ЛЕГКОМУ МЕТОДІ ПІЗНАННЯ ІСТОРІЇ» ЖАНА БОДЕНА

Найважливішим досягненням західноєвропейських мислителів першої половини XVI ст. – Лютера, Макіавеллі та інших – стало постулювання на основі здобутків гуманістичної етики нової сфери буття автономного індивіда – соціальної. Зокрема, вони запропонували ідею світського покликання людини, проголосили автономію соціальної діяльності та відокремили сферу світської зовнішньої етики (стосунків між людьми) від релігійної внутрішньої етики (стосунки людини з Богом). Результатом їх зусиль стали усвідомлення неможливості безпосереднього прикладення християнського вчення до соціальних відносин та відповідно іманентності автономії останніх, емансипація індивідуалістичної поведінки людини та її світських інтересів, пошук соціальних рамок для їх реалізації – у державі, громаді, народі.

На нашу думку, найбільш послідовне вчення про соціальний вимір політико-правового життя у XVI ст. представлено у праці «Легкий метод пізнання історії» (1566 р.) французького юриста Ж. Бодена. Він об'єктивно руйнує ортодоксальне християнське світобачення, хоча й не заперечує Бога і створення ним Всесвіту. Етика людини, функціонування держави і суспільства у баченні Бодена є суто світськими, раціональними, утилітарними¹. Слідом за Макіавеллі Боден вважає, що моральні ідеали не є основою аналізу суспільного життя («чесноти і пороки, підлість і шляхетність йдуть пліч-о-пліч», «зовсім не чеснота або вада визначає тип держави»), яке визначається у термінах доцільності та раціональності. Якщо людські закон і порядок є розумними, то вони відповідають Боже-

1 Боден Ж. Метод легкого познания истории / Пер. М.С. Бобковой. – М.: Наука, 2000. – С. 37 – 38. Тут і далі ми зверталися до порівняння російського перекладу цієї праці М. Бобкової з латиномовним оригіналом (Bodini I. *Advocati Methodus, ad Facilem Historiarum Cognitionem.* – Parisiis: Apud Martinum Iuunem, sub infigni D. Christostophori e regione gymnasii Cameracensium, 1566). Там само. – С..

ственным мудрості й праву². Замість моральних імперативів виступають права, інтереси, волевиявлення людей, людських об'єднань та інституцій.

Мислителі, які уособлювали наукову революцію, починаючи з Коперника (хоча він був у цьому далеко не першим), чітко виокремили Природу – земну і «небесну» - як автономну сферу буття, з власними законами, які пізнаються емпірицистською наукою, - на відміну від сфери Божественного, яка пізнається через одкровення. А Боден одним з перших узагальнив і систематизував соціальні знання, проголосивши існування третьої, соціальної сфери буття, яка є предметом відповідної їй соціальної науки, що має також свій метод (методологію). Цю науку мислитель називав людською історією³.

Людська історія, за Боденом, вивчає особливості співжиття людей в рамках суспільства, народу, держави, а також самі ці колективні соціальні суб'єкти, «стан суспільних справ і сферу людських інтересів у їх цілісності»⁴. Відмінності трьох сфер буття мислитель визначає так⁵:

	Божественне	Природне	Людське
Сутність	Священне	Неминуче	Вірогідне
Пізнання	Віра, одкровення	Знання, виміри	Розсудливість, досвід
Предмет			Вчинки людини, її життя у суспільстві
Детермінізм чи індетермінізм	Божа воля	Задана і постійна послідовність причин, вічні й незмінні закони	Людські розум, воля, цілі та інтереси
Динаміка	Непізнанність, вічність	Санкціонована Богом відносна незмінність чи циклічність	Мінливість, еволюція
Сфера вивчення	теологів	філософів	істориків

Отже, соціальна сфера виступає як автономна, самодетермінована, динамічна – сфера свободи волі. Суттєво відрізняючись від інших двох сфер, вона близька до сфери природи своєю раціональністю і одночасно до сфери Божественного – своїм вольовим характером. Унікальною характеристикою соціального називається його динаміка (мінливість, рух). Божественне вічне, природне має свій початок і кінець, але не має

2 Там само. – С. 39 – 40, 45 – 46, 69, 99, 157.

3 Там само. – С. 20, 30.

4 Там само. – С. 70.

5 Там само. – С. 20 – 22, 30, 37, 268, 271 - 272.

еволюції. Власне, це означає, що лише соціальне має свою історію. Усе це визначає необхідність особливого соціального пізнання.

Чітко відокремивши світську, соціальну етику від віри, Боден наголошував на неприпустимості моральних оцінок у соціальній історії, виводив будь-що Божественне з її предмета. Натомість об'єктивний вплив природного на соціальне розглядати у межах своєї соціальної історії він вважав доцільним. Це мислитель пояснює, зокрема, фізичним буттям людини та впливом на неї навколишнього середовища. Світ природний виступає для нього контекстом і середовищем існування світу соціального⁶.

Визначивши у соціальній сфері її джерело – людину, яка має власну волю, Боден виділяє і окреме соціальне (суспільство, народ, держава), яким займається «окрема» людська історія, а також передбачає існування загального соціального, яким займається «загальна/універсальна історія» (*historiam universam*) - «діяння співтовариств багатьох людей (*communes plurium hominum*), чи народів, чи цілих держав»; «охоплює історію всіх чи найбільш відомих народів». Водночас далі він фактично виводить дослідження одиничної людини за рамки соціальної історії, виділяючи дві категорії та два рівні пізнання – окремого (*singuloru*) соціального суб'єкта, і загального (*universam, toto rationem*) – глобальної сукупності соціальних суб'єктів, усієї людської сфери⁷.

У праці Бодена присутня ідея прогресивної еволюції в соціальній історії. Вона закладена в його ідеях «законів часу», «системі всезагального часу». Зокрема, він заперечував ідею «золотого віку» в минулому і натомість пропонував власну періодизацію соціальної історії, засновану на розвитку знань та умінь, становленні та взаємодії соціальних утворень⁸. Безперечно, ця періодизація виявляє ідею соціального прогресу та особливої, якщо не вирішальної ролі науки і трансформації світогляду людей в цьому процесі. При цьому здобутки в межах одного народу обов'язково з часом стають досвідом усього людства. Але мислитель вказував і на можливість зворотного, регресивного розвитку. Зокрема, таке може відбутися в результаті одночасної руйнації і занепаду значної частини країн і народів⁹.

Історично першим суб'єктом, що виступає предметом вивчення соціальної науки Бодена, є народ. Окрім того, саме народ у вченні мис-

6 Там само. – С. 52, 79, 80, 82 – 83, 88, 92, 99 – 101, 108, 235, 239, 242 – 243, 252, 301.

7 Там само. – С. 22, 24, 28 – 29, 105, 279, 313.

8 Там само. – С. 24, 108 – 109, 268 – 269.

9 Там само. – С. 24, 127, 267 – 268.

лителя є природно-соціальною спільністю, тобто суб'єктом, що об'єднує природну і соціальну сфери буття. На відміну від інших суб'єктів народ тому підпорядкований природному закону загальної відносної незмінності, в межах якої відбуваються циклічні зміни – народження, розвиток, занепад. Історично народи розглядаються мислителем як кровноспоріднені (об'єднані походженням) людські популяції, що виникли на певних територіях. Неодноразово Боден проводить аналогії між такими людськими і тваринними популяціями. До «природних характеристик» народів належать насамперед колективні риси характеру і мова¹⁰.

Походження характеру народу не є ані метафізичним, ані соціальним, а насамперед природним, він формується, зокрема, через природні особливості регіону його походження та первинного розселення. Природа регіону впливає на пов'язані між собою фізичний тип, особливості господарської та іншої діяльності (в тому числі пізнавальної діяльності, державотворення), особливості психології представників народу. До сфери почуттів, інстинкту, а не вибору, мислитель відносив прихильність людей до свого народу¹¹. Водночас він вказував на те, що природні особливості народів підтримуються та зберігаються завдяки традиціям і вихованню¹². Спираючись на загальне міркування Арістотеля щодо впливу клімату на звичаї, Боден самостійно розвинув базове вчення про народ як природно-соціальну спільність. У результаті народи у Бодена до певної міри мають функціональний характер – вони виконують унікальні ролі у світовому розвитку. Як природно-правова спільність народ має свої закономірності розвитку, його розвиток є стадіальним¹³. І хоча Боден вказував на вплив психології народів на інтелектуальну сферу, він чітко відокремлює ці поняття: психологія, почуття, інстинкти є вродженими і безпосередньо єднають народ з природою, є сферою детермінованості. Виникнення і функціонування інших соціальних суб'єктів належать до сфери розуму та волі, пов'язані з народами, але безпосереднього зв'язку з природою не мають.

Боден розглядав питання співвідношення народу і держави. На його думку, з поняттям «народ» співвідносяться насамперед «країна» та «батьківщина». На його думку, сукупність населення держави не обов'язково є народом (межі держави є плодом конфліктів і компромісів з іншими державами). Водночас «один і той самий народ може

10 Там само. – С. 42, 78, 90 – 91, 126 – 127, 131, 298.

11 Там само. – С. 295 – 296, 311.

12 Там само. – С. 19, 26, 42, 53, 57, 65, 67, 74, 78, 82 – 83, 88 – 89, 92, 99 – 101, 103, 123, 126, 151, 192, 301, 309.

13 Там само. – С. 19, 89, 91, 104, 114, 268, 295, 301.

проживати на території різних держав, підкоряючись різним законам». Територія народу – це країна / батьківщина, вона може бути меншою чи більшою за територію держави або охоплювати кілька держав. Він вважав більш природним співпадіння кордонів держав і меж розселення етносів – народів, вказував на існування відчуття кровного споріднення та вродженого прагнення народу мати свою державу¹⁴. Принципово важливою є його ідея про те, що саме в такій природній державі реалізується і природна форма правління – монархія¹⁵. При цьому мислитель розглядав природні держави – *imperio* (з латинської – «сила») – як нестабільні, потенційно конфліктні, тому що вони побудовані на природному інстинкті людини панувати, а отже, часто складені з різних народів, що не дає змоги встановити в них єдине право і запровадити монархію як правильну форму правління і взаємодії суспільства з владою. На нашу думку, згадані ідеї повністю співвідносяться з поглядами Бодена щодо особливостей природної та соціальної сфер, а також відокремлення форми та сутності. Первинним задумом Бога є статичний світ, де форма відповідає сутності, а природне перебуває у гармонії із соціальним. Але частиною цього ж задуму є наділення людини розумом і волею, власним буттям, що передбачає соціальну динаміку. Тому природний стан (Боден у аналізованій праці це поняття не вживав) є певною константою, відправною точкою в минулому, певним деномінатором оцінки розвитку народу як природно-соціальної спільності, має враховуватися у державному будівництві, але не є єдиною детермінантою останнього.

Поруч з усіма цими міркуваннями Боден розвинув ідею щодо поступового зниження ролі народів у соціальному розвитку. Він вказував на неунікненність, об'єктивну і суб'єктивну зумовленість конфліктів у межах народів та між народами, їх міграцій та зникнення через змішання / злиття або вимирання. З цього випливає теза мислителя про те, що давні народи перестали існувати в первинному вигляді, й жодний сучасний народ не може похвалитися тим, що є прямим спадкоємцем якогось корінного народу на споконвічних землях¹⁶.

Зрозуміло, що ця теза дисонує з викладеними вище ідеями Бодена щодо ролі народів у світовому розвитку. Але лише зовні. Він вказував, що досвід і здобутки давніх народів стали загальнолюдським надбанням. Нові ж народи, утворені шляхом змішання старих, стають основою суспільств і держав, територіально локалізуються в останніх. Фактично вони зливаються з поняттям населення держави, суспільством; а ідея

14 Там само. – С. 139, 220 – 221, 296, 303.

15 Там само. – С. 260.

16 Там само. – С. 80, 123, 125, 126, 127, 186, 296, 298, 301, 309 - 311.

Бодена щодо народного суверенітету стає ідеєю суверенітету сукупності всіх громадян, а не якоїсь кровноспорідненої історичної групи¹⁷. Народ перестає бути природно-соціальною спільністю і стає загальнодержавною спільнотою – фактично перестає бути самодостатньою категорією в соціальній сфері, а набуває функціонального характеру, підкреслює відчуття органічності єднання людей в межах держави, вольовий елемент загальносуспільних інтересів. Очевидно, саме тому в праці Бодена замість характерного для стародавньої латини означення народу як *gens*, що і в той час, і в часи написання «Методу» означало *етнос*, і давньогрецького слова *демос* (*δημος*), що мало неоднозначне тлумачення як все або частина населення (сума його окремих соціальних верств), вживається поняття *populi*, що дослівно перекладається як *люди*, означаючи певну сукупність людей без прив'язки до їх етнічного походження або соціального статусу.

Таким чином, основним суб'єктом соціального розвитку, за Боденом, стала сукупність усіх громадян, незалежно від приналежності до соціальних верств. І цю сукупність він називав суспільством (*societate*)¹⁸. Здійснені нами пошуки дають змогу з високим ступенем вірогідності стверджувати, що Боден першим принципово трансформував значення поняття *societate*. Це слово до 1566 р. було присутнє у сотнях видань і використовувалося насамперед для позначення об'єднання людей у певні організації чи співтовариства, наприклад, чернечі ордени (Орден Єзуїтів – *Societate Iesu*), комерційні товариства (наприклад, у Дігестах, довіднику «Мистецтво нотаріуса» 1539 р., працях Ж. Куяція «Податки» 1566 р., Ангелюса де Убалдіса «Трактат про товариство» 1493 р. та ін.), а також більш загально – щодо громади (наприклад, у латинському варіанті Арістотелевої «Нікомахової етики»). Боден трансформував останнє значення терміна *societate*, актуалізоване у XVI ст., зокрема М. Лютером (див. вище), поширивши поняття суспільства-громади на всю державу. Відтак *societate* втратило традиційний функціональний зміст як співтовариства для досягнення певної мети, стало універсальним, охопивши всю сукупність інтересів людей на території держави, в тому числі й щодо організації самої держави; модель полісу, осмислену в тому числі Макіавеллі, було перенесено на всю державу, вона остаточно стала суспільним утворенням, однією з граней життя суспільства (*vita civilis*).

Втрата поняттям «суспільство» традиційної функціональності позбавляло його вольового характеру, перетворювало з цілого на просту

17 Там само. – С. 88, 95, 152, 241, 268, 296.

18 Там само. – С. 20; Bodini I. Op. cit. – С. 9.

суму складових – людей. Так воно могло б розглядатися як сумнівний витвір уяви, не здатний виступати в ролі самостійного суб'єкта соціального буття. На нашу думку, цю проблему Боден подолав через надання цьому поняттю якості громадянського суспільства (*civili societate*). На думку Бодена, людині властиве прагнення до уникнення самотності та суспільного визнання, що має своїм наслідком створення добровільних об'єднань, співтовариств (*societatis copulari, comuni societate, humana societas*), найвищою формою інтеграції яких є «співтовариство співгромадян», «політичне співтовариство» - власне суспільство. Саме через вольовий і раціональний характер цих об'єднань вони принципово відрізняються як від стад як форми природної самоорганізації тварин, так і від держав, не заснованих на волі людей¹⁹.

Боден підкреслював, що суспільства, на відміну від народів, виникнення яких не було виявом волі людей, засновані виключно людською волею і в різний час – тоді, коли населення на певній території виявилось свідомим необхідності творення універсального за функціями співтовариства і водночас заснування «народної держави» (чи перетворення існуючої держави на «народну»). Стан розвитку людських колективів до «громадянського життя» мислитель визначав як варварство, дикість – тобто не соціальний, а природний стан (останнє словосполучення у пізніших авторів стало важливим і широкоживаним терміном). Основними соціальними одиницями у межах суспільства є людина, сім'я і держава, хоча є й інші «об'єднання і співтовариства людей», групи (*societatibus*)²⁰. Історично ідея суспільства органічно виростає із створення та поступового ієрархічного об'єднання таких співтовариств («розвиток від дикості до громадянського життя»), але творення кожного конкретного суспільства є вольовим актом, що відображає згоду людей²¹.

Громадянське суспільство також за визначенням є відображенням волі й готовності (на рівні свідомості) сукупності людей (народу) до творення (створення чи перетворення) держави як суспільного явища. Йдеться, повторимося, про «співтовариство співгромадян», «політичне співтовариство». Свідомість приналежності до суспільства є раціональною, пов'язана з необхідністю спільного задоволення потреб та інтересів людей («участь окремих громадян у долі кожного»), поняттям загального блага (*communem utilitatem, civitatis bonum*) і готовністю підкоритися загальній волі (вираженій у політичних інститутах і праві) заради цього. Тому вона не є вродженою, а формується громадянським вихованням

19 Там само. – С. 32, 61, 189.

20 Там само. – С. 22, 32, 36.

21 Там само. – С. 94, 188 - 189, 265.

(civilis disciplina) та освітою. Громадянське суспільство є певною стадією розвитку суспільства у різних народів²².

Об'єднання людей у суспільство породжує нові спільні потреби (наприклад, захист суспільства, забезпечення соціальної справедливості, підтримання порядку) та засоби їх задоволення – зокрема суспільне управління, соціальне право, релігію і суспільну думку. Через це «інтереси співвітчизників» у праці чітко відокремлюються від інтересів іноземців²³. Суспільство в цілому не лише набуває нових суб'єктних якостей, а й починає домінувати над людиною, приписуючи їй суспільну етику, певні обов'язки і регулюючи її діяльність: «суспільна влада мимохідь обмежує людину». Тому, писав Боден, не завжди щасливішою стає людина, якій доводиться узгоджувати свої інтереси з інтересами інших, а фактично – з інтересами суспільства загалом. Але уникнути всього цього за необхідності впорядкувати співжиття людей неможливо. Водночас мислитель стверджує поряд з претензією суспільства на тотальність існування і цінність «суверенної особистості»²⁴.

Нова колективна етика людей у суспільстві є новим світським виміром моралі (розвиток ідей Макіавеллі): замість антиномії «моральне – аморальне» прийшла нова утилітаристська антиномія «корисне – некорисне (шкідливе)»²⁵. Такий підхід до суспільної етики перетворює у баченні мислителя примус, право, розум, віру, суспільну думку на однопорядкові феномени – як регулятори поведінки людини в суспільстві. Водночас суспільство не виступає як колективний пан людини, воно зберігається доти, доки відображає і втілює інтереси людей. Його раціональний характер підкреслює те, що в його організації домінують не статуси, а спеціалізація функцій. Йдеться про суспільні обов'язки (publicum habent), суспільні посади (publicum munus – дослівно «публічні функції»), «поділ суспільних функцій» та ін.²⁶

Суспільство поглинає навіть релігію, що стає лише релігійною функцією та гранню буття суспільства, причому зникає навіть відмінність між релігійним та світським служінням, священник стає суспільним посадовцем і підпорядковується суспільній, світській за своїм характером владі. Щоправда, це не стосується власне віри людини, що залишається в сфері її автономної волі²⁷.

22 Там само. – С. 32, 34, 36, 127, 136, 188, 190.

23 Там само. – С. 33 – 34, 44-45, 69, 189, 265.

24 Там само. – С. 34 – 36, 65 – 66, 175, 190, 265.

25 Там само. – С. 37.

26 Там само. – С. 34-35, 70, 113, 148, 151.

27 Там само. – С. 35.

Загалом суспільство (громадянське суспільство) виступає у праці Бодена як соціальна одиниця, адже воно може мати спільну волю до «участі окремих громадян у долі кожного», бути, так би мовити, колективною людиною. Що робить суспільство унікальним, особливим, «окремим»? Попри те, що Боден на це прямо не вказує, відповідь є очевидною за контекстом – це наявність в його основі певного народу. Більше того, суспільство може поступово перетворитися на народ нового типу, що є не етнічним, а політичним: «народ, тобто той, хто є множиною всіх громадян»²⁸.

Державне управління (*Reipublicae gubernande ratio*) у Бодена виступає лише як форма реалізації, спеціалізована підсистема «суспільної влади», «суспільного управління», «суспільного авторитету». Він бачить його сферою не лише знань, а насамперед умінь, автономною сферою діяльності (згадаймо ідею світського покликання у Лютера), наполягає на домінуванні в його розвитку досвіду²⁹.

Визначити те, що, на думку Бодена, входить до суспільного управління, окрім державного управління, досить складно. Він згадував, зокрема, наявність суспільних рад. Важливіше інше – визначення мислителем суспільної влади не як панування, а як авторитету, заснованого на довірі суспільства, а також ствердження такої функції громадянського суспільства, як контроль над державною владою (*civile arte ac imperio regantur*)³⁰. Очевидно, що державна влада виступає імперативним виразом цього авторитету суспільної влади, що здійснюється через примус в ім'я загального блага. Але у будь-якому разі мислитель вважав соціальну та політичну сфери відмінними, причому перша є первинною і виступає домінантою творення другої. Більше того, наявність громадянського суспільства диктує і характер держави не як природної самодостатньої владної організації (*imperio* чи *potesta*), а як соціальної, публічної, «народної» – політичної громади і всенародної/загальної справи (*polis* та *Res publica*)³¹.

На нашу думку, мислителі часів поширення реформаційних рухів й Наукової революції у Європі XVI ст., і найбільш послідовно – Жан Боден – перетворили ідею окремої соціальної сфери буття людини на самостійну соціальну філософію – на протигагу традиційній теософії та за аналогією з новою філософією природи. Боден віднайшов форму реалізації соціального буття в соціальній інтеграції, вершиною якої стало

28 Там само. – С. 190, 241.

29 Там само. – С. 25, 44 - 45, 53, 64 - 65, 69, 73, 148.

30 Там само. – С. 32, 34, 44, 148, 182, 237.

31 Там само. – С. 53, 88, 136, 182.

територіальне і громадянське суспільство. Локалізація громадянських суспільств у часі та просторі приводить Бодена до ідеї соціального та правового плюралізму в світі – як вираження ідеї природності реалізації колективних інтересів і волі членів конкретного суспільства, самодостатності, рівності та суверенності створених такою волею політичних інститутів.

О. В. Кукуруз

канд. політ. наук, старший науковий співробітник відділу правових проблем політології Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВІ ФОРМИ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ У ВЕРХОВНІЙ РАДІ УКРАЇНИ

Сучасні політичні партії, незважаючи на різноманітну критику їх діяльності, залишаються основними репрезентантами інтересів громадян у парламентах. Серед чинників, які суттєво впливають на можливості політичних партій впливати на діяльність парламенту, науковці, в першу чергу, називають форму правління і виборчу систему. Саме вони визначально впливають на те, які форми об'єднання представників партій у парламенті будуть закріплені в законодавстві. Представники політичних партій, які отримують перемогу на виборах у багатомандатному чи одномандатних округах, можуть або повинні сформувати фракцію. Також депутати можуть об'єднуватися і не на партійній основі – створювати групи, міжфракційні об'єднання тощо. Такі організаційні форми діяльності депутатів передбачені майже у всіх сучасних парламентах. Різним є вплив даних об'єднань на політику в державі.

Роль політичних партій зростає за умов парламентсько-президентської і парламентської форми правління. За цих форм правління парламент визначає склад уряду, а відтак політичні партії отримують можливість реалізувати заявлені перед виборами програми розвитку країни. В європейських державах рідко бувають ситуації, щоб одна партія отримала більшість місць в парламенті. Як правило, декілька фракцій об'єднуються і створюють парламентську більшість. Фракції, які не входять до парламентської більшості можуть створити опозицію. Це умовний поділ парламенту, який дозволяє краще його структурувати і забезпечити виважену державну політику у всіх сферах життєдіяльності суспільства.

Парламентсько-президентська форма правління існувала в Україні після парламентських виборів 2006 року і до 2010 року (30 вересня 2010 року Конституційний Суд України визнав Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 08 грудня 2004 року № 2222-IV неконституційним) та відновлена у 2014 році (Верховна Рада України

прийняла Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року № 742-VII). Та якщо на чергових парламентських виборах у 2006 році та позачергових парламентських виборах 2007 року виборча система була пропорційною, то у 2014 році на дострокових парламентських виборах використали змішану виборчу систему.

У результаті цих виборів до Верховної Ради України VIII скликання потрапили представники 10 політичних партій: Блоку Петра Порошенка – 132 (за пропорційною складовою – 63 і за мажоритарною – 69), Народного Фронту – 82 (64 і 18), Об'єднання «Самопоміч» – 33 (32 і 1), Опозиційного блоку – 29 (27 і 2), Радикальної партії Олега Ляшка – 22 (лише за пропорційною складовою), Всеукраїнського об'єднання «Батьківщина» – 19 (17 і 2), Всеукраїнського об'єднання «Свобода» – 6 (лише за мажоритарною складовою), Сильної України – 1 (за мажоритарною складовою), Всеукраїнського аграрного об'єднання «Заступ» – 1 (за мажоритарною складовою), Правого сектору – 1 (за мажоритарною складовою).

Проаналізуємо, які форми діяльності політичних партій у парламенті передбачені українським законодавством за умов парламентсько-президентської форми правління та змішаної виборчої системи. Відповідно до ст. 36 Конституції України, політичні партії в Україні повинні сприяти формуванню і вираженню політичної волі громадян, брати участь у виборах. У ст. 83 Конституції України зазначається, що у Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. Коаліція депутатських фракцій вносить пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України і щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України. В Основному Законі також записано, що «засади формування, організації діяльності та припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України встановлюються Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України.

У Законі України «Про Регламент Верховної Ради України», де мало бути більш детально визначено створення коаліції депутатських фракцій взагалі немає згадки про таке об'єднання. В ньому йдеться про депутатські фракції. Зокрема, відповідно до ст. 58 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України», «депутатські фракції формуються із числа народних депутатів, обраних за виборчими списками політичних

партій та народних депутатів, які були висунуті політичною партією в одномандатних округах. При формуванні депутатської фракції до її складу також за умови додержання засад діяльності такої фракції можуть увійти народні депутати, обрані в одномандатних округах, які реєструвалися кандидатами у народні депутати шляхом самовисування, або народні депутати, які були висунуті політичною партією, що за результатами виборів не взяла участь у розподілі депутатських мандатів».

Також у Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» поряд з поняттям «депутатська фракція» майже завжди у дужках вживається поняття «депутатська група». У ст. 59 цього закону вказано, що позафракційні народні депутати можуть входити до складу депутатських фракцій або об'єднуватися у депутатську групу народних депутатів. Кількість осіб у депутатській групі не може бути меншою, ніж кількість осіб у найменшій фракції, що сформована протягом першої сесії. Відзначається, що зареєстрована депутатська група має права депутатської фракції.

Права депутатських фракцій і депутатських груп, відповідно до цього закону, багато в чому справді однакові. Наприклад, вони можуть подавати пропозиції до розкладу пленарних засідань сесії Верховної Ради України на кожний місяць сесії; щотижня на початку ранкового пленарного засідання мають право на оголошення, заяви, повідомлення, пропозиції (від 3 до 30 хвилин); мають право виступати під час обговорення питань на пленарному засіданні тощо. Відповідно до ст. 34 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» кожна депутатська фракція (депутатська група) має гарантоване право на виступ одного представника з кожного питання порядку денного пленарного засідання. На вимогу двох чи більше фракцій чи груп скликається засідання погоджувальної ради депутатських фракцій (депутатських груп). Остання є консультативно-дорадчим органом для попередньої підготовки і розгляду організаційних питань роботи Верховної Ради України. Голови фракцій і груп мають право ухвального голосу. Фракції і групи беруть участь в розподілі посад голови та заступників Верховної Ради України, голів та заступників комітетів, а також у різних тимчасових спеціальних та слідчих комісіях.

Загалом, відповідно до Закону України «Про Регламент Верховної Ради України», депутатські фракції й депутатські групи часто мають однакові права, а інколи такі самі права належать окремим депутатам. Тобто, на перший погляд, видається, що депутати, які обрані в багатомандатному окрузі та депутати, які отримали свої мандати в одномандатних округах, мають однакові можливості. Перші можуть створювати фракції, другі –

увійти до цих фракцій за згодою обох сторін або створити депутатські групи. Водночас, відповідно до Конституції України, коаліцію депутатських фракцій можуть формувати лише фракції. Депутатські групи в Основному Законі не згадуються. В деяких інших законах, де йдеться про права депутатських фракцій, також не згадується таке об'єднання як «депутатська група». Зокрема, в Законі України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 року № 794-VII.

Окремої уваги потребує питання входу і виходу із згаданих об'єднань депутатів обраних за різними принципами – пропорційною та мажоритарною складовою виборчої системи. У ст. 81 Конституції України вказано, що у разі не входження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції його повноваження припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій) з дня прийняття такого рішення. Про права і обов'язки депутатів, обраних не від політичної партії, не йдеться. До речі, в ст. 10 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17 листопада 2011 року № 4061-VI, за яким відбувалися й позачергові вибори у 2014 році, виборчі блоки не передбачені. У ст. 59 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» натомість зазначається, що «народний депутат, який не увійшов до складу депутатської фракції, якого виключено чи який вийшов із складу депутатської фракції, є позафракційним. Позафракційні народні депутати можуть входити до складу депутатських фракцій або об'єднуватися у депутатську групу народних депутатів».

Наступним законом, який повинен унормувувати права й обов'язки депутатів, обраних різними способами – у багатомандатному виборчому окрузі та в одномандатних виборчих округах, є Закон України «Про статус народного депутата України» від 17 листопада 1992 року № 2790-XII. У ст. 13 цього закону зазначається, що «народні депутати мають право об'єднуватися в депутатські фракції та депутатські групи. Депутатські фракції (групи) створюються, реєструються, діють, а також припиняють свою діяльність відповідно до закону про регламент Верховної Ради України та інших законів України. Організація роботи депутатських фракцій (груп) регулюється законами та прийнятим відповідно до них Положенням про депутатську фракцію (групу). ...Народний депутат має право вільно вийти зі складу депутатської фракції (групи)».

Варто зазначити, що питання про статус депутатів було предметом розгляду Конституційного Суду України. У рішенні Конституційного Суду України від 25 червня 2008 року зазначається, що «утворення депутатських фракцій є однією з важливих характеристик структури сучасних парламентів. Об'єднання депутатів у фракції має на меті консолідацію зусиль для досягнення цілей та завдань, визначених виборчими програмами політичних партій (виборчих блоків політичних партій), та об'єктивно приводять до необхідності дотримання депутатами вимог фракційної дисципліни». Конституційний Суд України положення Закону України «Про статус народного депутата України» щодо права народного депутата України вільно виходити зі складу депутатської фракції (групи), а також не входить до жодної зареєстрованої депутатської фракції визнав неконституційним. Також у даному рішенні зазначається, що народний депутат України зобов'язаний перебувати у депутатській фракції тієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій), за списком якої він був обраний народним депутатом України¹.

08 квітня 2010 року Конституційний Суд України визнав, що окремі народні депутати, зокрема ті, які не перебувають у складі фракцій, що ініціювали створення парламентської коаліції, мають право входити до складу коаліції. Рішення Конституційного Суду України було неочікуваним і не логічним, оскільки у 2008 році ним же було прийняте абсолютно протилежне рішення. Ще цікавішим було обґрунтування такого рішення. «Конституційне положення щодо встановлення засад формування коаліції Конституцією і Регламентом реалізоване з набуттям чинності 17 лютого 2010 року Закону України «Про Регламент Верховної Ради України», тому офіційне тлумачення відповідних положень Конституції та Регламенту щодо формування коаліції має відбуватися у їх системному зв'язку»².

Тобто, у 2008 році тлумачення відбувалося без урахування чинного на той час Тимчасового Регламенту (він був визнаний неконституційним через те, що був прийнятий Постановою Верховної Ради України, а не законом, як це передбачено Конституцією України 1996 року). Положення Конституції України щодо формування коаліції депутатських фракцій, яке існує сьогодні, аналізувалося Конституційним Судом України у 2008 та 2010 роках. Єдине, що під час цих рішень і на сьогодні є різним, то це редакція Регламенту Верховної Ради України.

1 Конституційний Суд України. Рішення № 12-рп/2008 від 25 червня 2008 р. (справа про перебування народного депутата України у депутатській фракції) // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. – № 4. – С. 73.

2 Інформація прес-служби Конституційного Суду України [Електронний ресурс] // Сайт УНІАН. – Режим доступу : <http://unian.net/ukr/news/news-371374.html>.

Якщо коротко охарактеризувати стан українського законодавства, то це можна назвати «інфляцією права» (збільшення кількості правових актів з одночасним зниженням їх якості, не систематизованість, не належна узгодженість, не однозначне трактування норм права)³. Аналіз законодавства щодо регулювання форм діяльності політичних партій у парламенті, показав, що: 1) поняття, які вживаються в Конституції України не конкретизовані в інших правових актах (це, зокрема, стосується «коаліції депутатських фракцій»); 2) конституційним положенням щодо досліджуваних питань не відповідають положення чинних правових актів.

У Конституції України зазначається, що у разі не входження депутата до фракції партії, за списком якої він обирався чи виходу із неї, його повноваження припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії. На сьогодні такого закону немає (як і 14 років не було закону про регламент, як це мало бути відповідно до Конституції України). У чинному Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» допускається можливість депутатів виходити із фракцій і мати статус позафракційного. У Законі України «Про статус народного депутата України» вказано, що народний депутат має право вільно вийти зі складу депутатської фракції (групи). Далі зазначається, що організація роботи депутатських фракцій (груп) регулюється законами та прийнятим відповідно до них Положенням про депутатську фракцію (групу). Ніякого положення на сьогодні не існує. У Конституції України йдеться про виборчі блоки, а у Законі України «Про вибори народних депутатів України» серед суб'єктів виборчого процесу їх немає.

Найбільше неузгодженостей з'явилося між Конституцією України та Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», коли парламентарі прийняли Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року № 742-VII. Положення Конституції України у редакції від 08 грудня 2004 року, дію яких відновили, були зорієнтовані на парламентсько-президентську форму правління та пропорційну виборчу систему. Натомість, інші закони не привели у відповідність до цих змін. Згадані закони в основному залишилися в редакції, прийнятій за часів Президента України – Віктора Януковича, що були розроблені для президентсько-парламентської форми правління і змішаної виборчої системи. Національним інститутом стратегічних досліджень при Президенті України була написана аналітична за-

3 Див. Кукуруз О. Політичні чинники створення права: сучасні тенденції в Україні та Польщі / О. Кукуруз // Studia Politologica Ucraino-Polona. – Житомир–Київ–Краків : ФОП Євенок О. О., 2014. – Вип. 4. – С. 158–164.

писка, в якій вказувалися основні протиріччя між Конституцією України та Законами України в частині визначення статусу народного депутата України та принципів формування депутатських об'єднань у парламенті⁴. У 2014 році відбулося створення коаліції «Європейська Україна» і її учасники не могли не бачити, що в законодавстві існує прогалина щодо створення, діяльності та припинення діяльності «коаліції депутатських фракцій». Однак, публічно про це заговорили лише наприкінці 2015 року – початку 2016 року, коли обговорювали проблему: існує чи не існує коаліція депутатських фракцій.

З юридичної точки зору взагалі незрозуміло як можна було допустити настільки різне і суперечливе правове регулювання відносин щодо створення, діяльності та припинення діяльності фракцій, груп, парламентської більшості та відсутності правового регулювання діяльності парламентської опозиції. Бо йдеться про Конституцію України та кілька законів, зокрема, «Про Регламент Верховної Ради України», «Про статус народного депутата України», «Про комітети Верховної Ради України», «Про Кабінет Міністрів України», «Про вибори народних депутатів України». Адже суб'єкти законодавчої ініціативи, подаючи законопроект про внесення змін до чинного законодавства, повинні зазначити, які норми чинних законів потребуватимуть змін, у разі схвалення даного законопроекту. Законопроекти обговорюються в комітетах, які надають відповідні висновки. Системність, узгодженість з іншими правовими актами також повинен забезпечувати Апарат Верховної Ради України, зокрема Головне науково-експертне та Головне юридичне управління Верховної Ради України.

З політологічної точки зору, проаналізувавши політику прийняття цих правових актів стає зрозумілим, що до такої ситуації призвели постійні зміни форми правління та виборчої системи, а також постійне переважання політики у значенні боротьби за владу (англ. – politics) над політикою в значенні програми діяльності (англ. – policy) у сфері законотворення. Додає заплутаності змішана виборча система. У результаті застосування такої виборчої системи у парламенті є представники партій, які пройшли по списку партій, що подолали виборчий бар'єр в межах багатомандатного виборчого округу і взяли участь у розподілі мандатів

4 Див. Про деякі протиріччя між Конституцією України та Законами України в частині визначення статусу народного депутата України та принципів формування депутатських об'єднань у парламенті : аналітична записка / [Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України ; відділ розвитку політичної системи (І. А. Павленко)]. – № 12 (Серія: «Політика») [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/1668/>.

(пропорційна складова) і представники партій, які отримали перемогу в одномандатних виборчих округах (мажоритарна складова). Крім того, за мажоритарною складовою до парламенту потрапляють депутати-самовисуванці, серед яких також є члени політичних партій (просто на цей момент їм не вигідно себе позиціонувати як представників партій), а також безпартійні, яких насправді також підтримують певні політичні партії. Відтак, за умов парламентсько-президентської форми правління, логічніше запровадити пропорційну систему, щоб було зрозуміло, хто і яку партію представляє та легше ідентифікувати як їх представники відстоюють чи навпаки не відстоюють інтереси суспільства.

Для того, щоб виправити ситуацію щодо правового регулювання форм діяльності партій у парламенті та статусу народного депутата України необхідно:

1. Концептуально визначити найоптимальнішу для України форму правління та виборчу систему. Систематизувати та узгодити норми права щодо форм діяльності депутатів у парламенті можна лише після прийняття відповідних політичних рішень про запровадження певної форми правління та виборчої системи. Важливо, щоб вони приймалися на довгострокову перспективу, а не до найближчих виборів чи чергової зміни політико-управлінської еліти.

2. Врегулювати взаємовідносини депутата з політичною партією, за списком якої він пройшов, чи яка його висунула. Зафіксувати відповідальність депутата перед виборцями, які його обрали або ж перед суспільством. Тобто, чітко визначитись із питаннями фракційної дисципліни та видом мандату – вільний чи імперативний.

3. Чітко зазначити форми діяльності народних депутатів відповідно до прийнятої форми правління і виборчої системи. Парламент повинен бути структурованим. Окремі депутати мають значно менше шансів щось змінити в країні, вплинути на важливі рішення, на прийняття необхідних законів, ніж ті, які або ж одразу прийшли в парламент командою, або потім об'єдналися на основі схожих ідей щодо розвитку країни.

4. Надати наукове визначення понять, які вживаються в українському законодавстві щодо форм діяльності політичних партій і об'єднань депутатів у парламенті. По-перше, в законодавстві необхідно визначити поняття «парламентська більшість», а не «коаліція депутатських фракцій». Бо коаліція – це об'єднання. Одна фракція може становити більшість, так як це зараз існує в Польщі. Фракція «Право і справедливість» у кількості 235 депутатів, без об'єднання з іншими фракціями, створила уряд і може приймати більшість законів. Крім того, коаліція фракцій може становити

не лише парламентську більшість, а й опозицію. Коаліція – це форма співпраці. По-друге, поряд із парламентською більшістю обов'язково треба визначити поняття парламентської меншості і парламентської опозиції, які є невід'ємними складовими парламентів держав, де існує парламентська чи парламентсько-президентська форма правління.

В. В. Лесюк

к.ю.н., науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, викладач кафедри європейської інтеграції та права ЛРІДУ НАДУ при Президентові України, адвокат

СУЧАСНИЙ СУВЕРЕНІТЕТ ДЕРЖАВИ І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО

Намагання усвідомити процеси глобалізації, соціально-політичні зміни, що ведуть до установаження громадянського суспільства вимагають не тільки переосмислення впливу вищезазначених факторів на процеси прийняття рішень, але й значення у нових реаліях принципу суверенітету держав.

Підтримка суверенітету держави і розвиток громадянського суспільства – ключові завдання, які мали б перебувати в єдності один з одним у кожній державі зокрема та у міжнародному співтоваристві уцілому. Громадянське суспільство прагне представництва своїх інтересів на рівні держави і тим самим має сприяти зміцненню державного суверенітету, забезпечуючи стійкий зв'язок органів влади з громадянами держави, що у сукупності мало би привести до прогресивного розвитку усього міжнародного співтовариства.

Як ці процеси відбуваються на практиці, які тенденції є характерними для них у сучасний період робиться спроба висвітлити в даній статті. Для цього вбачається доцільним хоча б коротко проаналізувати такі поняття як державний суверенітет та громадянське суспільство, насамперед для того, щоб внести певну термінологічну ясність в проблематику, яка пропонується для розгляду.

На сучасному етапі розвитку увага до питання суверенітету пов'язана з необхідністю усвідомлення наслідків глобалізації для такого традиційного актора світової політики, як держава (і суверенітету як одного з найбільш істотних її атрибутів). Поряд з цим варто звернути увагу на практичну роль зростання значущості таких нетрадиційних акторів міжнародних відносин, як транснаціональні міжурядові і неурядові інституції, «мережеві структури».

Слід зазначити, що з часів укладання Вестфальських договорів 1648 р. суверенітет отримав цілком певну «прив'язку» до території, яка зберігається до цього часу, незважаючи на ряд розбіжностей, а принцип рівності

суверенних держав на міжнародній арені став ключовим для міжнародно-правової доктрини (за винятком теорії глобалізму та її різновидів).

В ході історичної еволюції категорії «суверенітет» серед представників основних політичних теорій дискусійним було питання щодо джерел суверенітету: Т.Гобс (теорія абсолютного «народного представництва») ¹, Ж. Ж. Руссо (теорія «народного суверенітету») ², М. Вебер, К. Шмітт (теорія легітимного насильства) ³ та інші. Дискусії продовжуються і в сучасних теоріях, зокрема, деякі з них: політичний реалізм (неореалізм) (Г. Моргентау К. Уолт, Г. Кіссінджер, А. Уолферс Г. Моргентау, Р. Арон,); лібералізму (М. Каплан, С. Гофман, Г. Кларк) ⁵; конструктивізму (А. Вендт); функціоналізму (транснаціоналізму) (Е. Хаас, С. Краснер, Р. Кохен) ⁶ та інші.

При цьому, слід розрізняти кілька видів суверенітету, зокрема, державний суверенітет, який передбачає незалежність однієї держави від інших держав, незалежність її внутрішньої і зовнішньої політики, забезпечуючи цілісність і недоторканність території держави. Наступним видом суверенітету виокремлюють національний суверенітет, тобто повновладдя нації, її політична свобода, володіння реальною можливістю визначати характер свого національного життя, включаючи здатність політично самовизначатися аж до утворення власної держави ⁷. Ще одним видом виступає народний суверенітет, під яким розуміється повновладдя народу, тобто володіння соціально-економічними та політичними засобами для реальної участі в управлінні справами суспільства і держави. За теорією неолібералізму, народний суверенітет є одним з принципів конституційного ладу в усіх демократичних державах.

Поряд з цим зберігає свою актуальність думка, що поняття народного і державного суверенітетів відрізняються, але не протиставлені один одно-

1 Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. Соч.: В 2 т. Т. 2. М., 1991.

2 Об общественном договоре, или Принципы политического права // Об общественном договоре. Трактаты / Перевод с франц. А. Д. Хяютина и В. С. Алексеева-Попова. — М.: «КАНОН-пресс», «Кучково поле», 1998.

3 Wendt A. Identity and Structural Change in International Politics - L.: Lapid and Kratchwil, 1996

4 Шмитт К. Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000.

5 Clark I. Globalization and International Relations Theory. - Oxford University Press, N. Y., 1999

6 Krasner S. Sovereignty: Organized Hypocrisy. Princeton: Princeton University Press, 1999.

7 Sørensen G. Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution // Political Studies. 1999. Vol. XLVII. P. 590–604.

му, оскільки в першому випадку розкривається питання про вищу владу в державі, а в другому - питання про верховну владу самої держави⁸.

Незважаючи на різноманіття наукових поглядів, у процесі розвитку міжнародних відносин, за допомогою міжнародного права поступово міжнародною спільнотою вироблені цивілізовані відносини між державами, яких вони повинні дотримуватися. Однак протягом останніх десятиліть суверенітет національних держав був у деякій мірі обмежений міжнародним співтовариством в особі Організації Об'єднаних Націй, інших міжнародних економічних та наднаціональних організацій. Звичайно, для сучасної держави обмеження суверенних прав є повагою до міжнародно-правових зобов'язань, що є результатом підписання та ратифікації укладених угод. Тому абсолютного державного суверенітету немає і бути не може, бо на сучасному рівні цивілізації в умовах єдиного світового господарства не усувається взаємозалежність держав в економічній, екологічній, гуманітарній та багатьох інших сферах. Так, наприклад, втручання у внутрішні справи держави допустимо також тільки через масове порушення прав людини або з інших, усіма визнаних важливими причин, і лише з мандатом ООН. В той же час, певне обмеження суверенітету національних держав в рамках міждержавних об'єднань, наприклад в ЄС, носить добровільний характер.

Таким чином можна зауважити, що еволюція концепції «суверенітету» змінює переважний напрям з внутрішніх аспектів на зовнішні. Як зазначає атиноамериканський науковець Л. Вільдхабер, суверенітет є відносним поняттям, яке змінюється з плином часу, пристосовується до нової ситуації та нових потреб⁹. Хоча, науковці припускають, що зміни стосуються об'єму та наповнення т.зв. суверенних прав держави, які передбачені суверенітетом, а не самого суверенітету¹⁰.

Однак у практичній площині перед міжнародним співтовариством постає питання про те, яка кількість держав на сьогоднішній день володіє реальним (не декларативним) суверенітетом. Без сумніву, що новий світовий порядок можливий лише як порядок демократичний, при якому ніхто не може володіти монополією на прийняття рішень. Хоча на даний момент не існує єдиної моделі демократії, держави мають мати рівне право на участь у вирішенні міжнародних проблем

8 Еллинек Г. Общее учение о государстве / Перевод под ред. В. М. Гессена и Л. В. Шалланда. — Спб.: Юридический центр Пресс, 2004.

9 Wildhaber L. Sovereignty and International Law // Macdonald/ Johnston. The Structure and Process of International Law. – The Hague: Martinus Nijhoff, 1983

10 Моисеев А.А. Суверенитет государства в современном мире: международно-правовые аспекты. - М.: Научная книга, 2006

(екологічних, економічних, у сфері безпеки та інших), і, перш за все тих, що безпосередньо зачіпають їхні інтереси. За умов глобалізації соціальні відносини в різних країнах світу значною мірою уніфікуються, державні кордони безперешкодно перетинаються потоками електронної та іншої інформації, тому постають проблеми, пов'язані з пошуком балансу між необхідністю глобального управління та збереженням державного суверенітету держав, які необхідно вирішувати.

Варто зауважити, що на національному рівні теж не все однозначно, оскільки питання суверенітету зіштовхується із питаннями демократії та верховенства права і порушення чогось одного не рідко може відбуватися під приводом захисту іншого. Механізми демократії засновані на вільному волевиявленні народу, неухильному дотриманні прав і свобод людини та тісно пов'язані із забезпеченням правопорядку, стабільності та цілісності держави. Однак на думку Оксфордського проф. Л. Зідентопа у порівнянні з античними часами значення поняття демократії змінилося, окрім усього, в одному дуже важливому аспекті. Теорія «громадянського суспільства» стала революційним інструментом, за допомогою якого в Європі з часом був створений небачений колись тип соціуму - демократичне суспільство. Поступово у світлі нової презумпції рівного ставлення піддавалася перегляду одна соціальна відмінність за іншою¹¹. Вимога рівного ставлення поступово, але неминуче сформувала новий масштаб організації суспільства, масштаб, закріплений у двох найхарактерніших інститутах сучасної Європи: національній державі і ринку.

Громадянське суспільство є наслідком вільного ринку і представницької демократії. З розвитком людства, первинна роль людини, або статус встановлюється як статус особистості, тобто формується роль, що належить всім людям однаково і відрізняється від вторинних ролей, які ці індивідууми займають в житті (роль чоловіка, лікаря, доньки тощо). В руслі таких тенденцій, викликом для побудови громадянського суспільства є те, щоб індивідуалізм не перетворився на споживче свавілля та у суспільстві не відбулося девальвації основоположних моральних якостей. Загрозливим може бути виправдовування протиставлення прав індивідуума правам інших, - а якщо необхідно, то і всьому світові, - стверджуючи, що захист самостійності людини є умовою її самоповаги. Позаяк ідея громадянського суспільства не може базуватися лише на ідеї особистих прав і свобод, оскільки особистісне самовираження відбувається через зв'язки з іншими. Без урахування фактора групових прав існування громадянського суспільства неможливо.

11 Зідентоп Л. Демократия в Европе. М.: Логос, 2001

Ще з 1990-х років з розширенням спектра цілей, до яких прагне міжнародне суспільство, стало зрозумілим, що багато труднощів по досягненню цих цілей випливають з слабкості конкретних держав і державних структур. Слабкість новостворених держав, брак легітимності і нездатність задовольнити потребу в економічному розвитку загрожують внутрішній стабільності цих держав, що дуже часто поширюється і на міжнародний рівень. Необхідною є співпраця держави і суспільства, що включає об'єднання громадських і приватних можливостей для виробництва суспільних благ, які ні приватний, ні громадський сектор не може виробляти самостійно.

Окрім вищезазначених процесів відбувається також розширення суверенітету і демократії в рамках міжнародно-правового поля. Як відзначається, що відбувається процес формування трьох рівнів верховенства права: національного, наднаціонального (регіонального), глобального (універсального)¹².

На національному рівні, верховенство права втілюється через головний закон країни, яким є конституція, яка має верховенство на всій території держави та визначає народне представництво, поділ і обсяги повноважень різних гілок влади і гарантії прав громадян. У конституції викладені відомості про те, яким чином людина може здійснювати свою свободу в суспільстві, а також про те, яким чином держава в особі органів влади може здійснювати свої суверенні функції по відношенню до людини і громадянського суспільства.

Ідея пріоритету народного суверенітету перед державним, як відомо, лягла в основу американської конституційної доктрини вже в XVIII ст. - конституція США (1788 р.), у якій вперше був проголошений принцип поділу влади, який «батьки-засновники» конституції (Вашингтон, Шерман, Гамільтон, Вільсон і ін.) запозичили у Монтеск'є (у своїй праці «Про дух законів» він поширив уявлення про політичну владу асоційованих представників громадськості)¹³

В Конституції України (ст.5) (як і багатьох інших держав) зазначається, що єдиним носієм суверенітету і джерелом влади в країні є народ. У зв'язку з цим не слід змішувати поняття державного суверенітету і державної влади. Згідно основного закону, народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування¹⁴.

12 Кашкин С.Ю., Калининченко П.А. Глобализация господства права // Век глобализации. - №1.-2008. - С.98-108

13 Дай Т. Р., Зиглер Л. Демократия для элиты: Введение в американскую политику.- М.: Юридическая литература, 1984.

14 Конституція України, із змінами станом на 15.03.2016. Електронний ресурс: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

Вираженням влади народу є референдум і вільні вибори. Поряд з цим, з однієї сторони влада громадських організацій проявляється також через вільні вибори і референдум, а з іншої діяльність державних органів повинна знаходитись під контролем громадських організацій.

В Конституції України (ст.3) також визначено, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність.

Ідея верховенства права якраз направлена на створення як ефективних інструментів контролю використання державної влади, так і на вдосконалення громадянського суспільства. Ключовим є вирішення питання дотримання верховенства права на практиці.

У процесі розвитку та модернізації держава і громадянське суспільство мають тісно взаємодіяти. На відміну від державних структур в громадянському суспільстві переважають не вертикально (ієрархічні), а горизонтальні зв'язки - відносини конкуренції і солідарності між юридично вільними і рівноправними партнерами.

До передумов виникнення налагодженої взаємодії між державою і суспільством можна віднести існування компетентного управлінського апарату, інноваційний потенціал політичних лідерів, розвинуте громадянське суспільство.

Однак на практиці не рідко можна спостерігати суперечливі процеси. З однієї сторони, у внутрішньополітичній площині, особливо в період становлення громадянського суспільства, окремі його групи можуть вимагати для себе виняткових прав або проголошувати себе виразниками думки всього народу - в цьому випадку їх критика по відношенню до влади може розглядатися як порушення суверенітету. А з зовнішнього боку суверенітету може загрожувати діяльність міжнародних неурядових організацій, які поступово утвердились на національному, регіональному і міжнародному рівнях та певним чином представляють собою «світове громадянське суспільство». Як наслідок, і західні країни, і колишні соціалістичні країни зіткнулися зі змінами у відносинах між суспільством і державою. Діяльність таких організацій (груп) змінила природу управління в західних демократіях, які були змушені включити ці нові суспільні рухи у внутрішньополітичний процес, встановивши нові і модифікувавши існуючі процедури політичної участі. Говорячи про вплив ззовні, можна припустити, що інтереси цих міжнародних структур цілком можуть відрізнятися від інтересів окремого народу, а ті цінності, які проголошуються цими структурами можуть бути як зовсім чужими, так і недоречними в даний час розвитку окремого суспільства або неорганічними в ньому.

В результаті вплив таких організацій може бути загрозою державному суверенітету. Залучення сторонніх сил для підтримки громадянського суспільства не завжди може служити забезпеченню внутрішніх інтересів. Позаяк громадянське суспільство вимагає, перш за все, залучення громадян самої країни. Оскільки розвиток громадянського суспільства є довгостроковим процесом, то через деякий час інтереси зовнішніх сил, що підтримують розвиток громадянського суспільства в якійсь країні, можуть змінитися, залишивши на місці невирішені проблеми, з якими держава та суспільство має справлятися самостійно.

Попри вищезазначене, на шляху формування громадянського суспільства існує низка інших перешкод, основними з яких може бути певний супротив органів державної влади, які не бажають перебувати під контролем суспільства, а також низька політична активність та недостатня політична культура людей. У свою чергу, нерозвиненість громадянського суспільства та слабка його інституційна спроможність не здатні у достатній мірі на здійснення належного громадського контролю: бракує фахових знань, бракує комунікацій, бракує вмінь тощо.

У даному контексті, з однієї сторони відбувається протиставлення прав людини і права народу на самовизначення принципам державного суверенітету і територіальної цілісності, а з іншої - виклик до національних держав стосовно нездатності забезпечити ефективне управління в умовах глобалізаційних процеїв. То ж, з одного боку, ніби опиняється незалежність і державний суверенітет, а з іншого - політичні і громадянські свободи, або демократичний розвиток. Певним чином зіштовхують їх один з одним і протиставляють. Однак ці поняття не повинні суперечити або перешкоджати один одному і, як уже наголошувалось вище, доцільним буде їх взаємодоповнення.

На нашу думку, точкою опори можна взяти кінцеву мету, якій служить конкретна ідея чи категорія. В даному співвідношенні метою громадянського суспільства є реалізація особливості окремого громадянина, мета діяльності держави – це забезпечення розвитку всього суспільства в цілому. На такій основі Україні вбачається доцільним рухатись в розвитку стандартів життя.

Проблеми формування громадянського суспільства, в певному сенсі є інноваційними в державному управлінні нашої країни і так чи інакше пов'язуються сьогодні з «якістю» державного управління. Адміністративно-правові методи управління, які найбільш часто застосовувалися в управлінській практиці і з якими в більшій мірі асоціювалася організаційна діяльність держави, уже не зовсім ефективні в умовах, коли значна частина суспільних відносин заснована на принципах демократії

і врегульована елементами ринкового механізму. Тому є необхідним реформування системи державно-управлінських відносин, в результаті чого б змінювалось бачення ролі органів влади щодо задоволення потреб громадян в управлінні державою. Значної суспільної ваги мають набути професійність, демократичність і прозорість системи державних органів, процедури прийняття владних рішень, забезпечення участі громадян у процесі їх підготовки, об'єктивне та оперативне інформування громадян про діяльність органів державного управління.

Поряд з цим, головною метою у процесі функціонування органів державного управління та місцевого самоврядування має бути відсутність як у системі в цілому, так і в окремих державних службовців будь-яких політичних мотивів, які б могли змусити їх жертвувати загальнодержавними чи загальносуспільними інтересами заради задоволення тих чи інших політичних амбіцій, чи заради вигоди окремих політичних сил чи груп. Українська наука і раніше звертала увагу на необхідність чіткого розмежування функцій між «політикою» та «управлінням», що забезпечить, з одного боку, пріоритет політики, а з іншого – певну незалежність від політичної кон'юнктури і стабільність професійних кадрів управління¹⁵. Уникнення надмірної політизованості кадрових призначень, квотних принципів та традиційної лояльності повинно бути метою кадрової політики в державному управлінні. Адже новий рівень розвитку особистості потребує нового рівня системної організації, який у змозі забезпечити її безпеку, що зумовлюється необхідністю перебудови існуючої соціальної системи та побудови нової.

Поряд з цим, важливо звернути увагу, що розгляд міжнародного досвіду адміністративних перетворень на предмет його застосування в Україні доцільно проводити в загальному контексті ситуації, яка склалася в процесі історичного розвитку українського суспільства. При цьому, слід враховувати європейський досвід та практику, які свідчать, що загальному напрямку політики урядів європейських країн щодо поліпшення якості публічного адміністрування притаманна спрямованість не тільки на вдосконалення державного управління, а й на зміцнення зв'язку з населенням держав, тобто на налагодження комунікативних зв'язків між державою та громадянським суспільством. А обов'язковими умовами роботи органів публічної влади країн-членів ЄС є відкритість, прозорість і підзвітність.

15 Авер'янов В. Б. Не «керувати» людиною – служити їй: нові пріоритети у правовому регулюванні відносин між владою і людиною / В.Б. Авер'янов // Віче[Текст]. – 2005. – № 4. – С. 10 – 15

Одним із головних пріоритетів України залишається побудова орієнтованого на інтереси людей, відкритого і спрямованого на розвиток інформаційного суспільства, в якому кожен міг би створювати і накопичувати інформацію та знання, до яких є вільний доступ, якими можна користуватися і обмінюватися, сприяючи особистому і загальносуспільному розвитку та підвищуючи рівень як свого життя, так і уцілому розбудови України як сучасної конкурентоспроможної держави, яка була б здатна прийняти політичні й економічні виклики сучасної Європи.

Особливої уваги ці питання потребують у зв'язку з процесами, які відбуваються в Україні, ключовим моментом яких є створення необхідної інституційної бази, в рамках якої законодавство може функціонувати ефективно і, передусім, будуть дотримуватися норми Конституції України. Інакше кажучи, повинна функціонувати система інституцій, структур та адміністративних механізмів, що є обов'язковим для ефективного функціонування держави та забезпечення потреб суспільства. Лише держава, що має ефективні правові механізми, систему забезпечення та захисту прав людини, може створити умови для м'якого входження держави в міжнародні економічні та інші організації, без утиску своїх національних інтересів.

Тобто повинен бути комплексний підхід – служіння для суспільства, сильне громадянське суспільство – міцна держава, яка функціонує в інтересех всього суспільства (народу). Все це є необхідним нам, аби дати європейську якість життя кожному громадянину нашої держави, а країну уцілому зробити конкурентоздатною в умовах глобальної економіки, яка здатна відстоювати свій суверенітет.

С. М. Морозюк

к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін Київського національного торговельно-економічного університету

РОЗВИНЕНЕ ЗАКОНОДАВСТВО – ГАРАНТІЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

В науці конституційного права питання гарантій досліджено в основному в контексті гарантій окремих конституційно-правових гарантій інститутів. Окремі наукові здобутки присвячено гарантіям Конституції, однак що стосується гарантій реалізації Конституції України, то дана проблематика є мало дослідженою, в силу чого досі не втратила своєї актуальності. На сьогодні все ще існує суттєва відмінність між юридичною та фактичною конституцією, що свідчить про наявність недоліків в механізмі її реалізації та гарантування.

Проблемам конституційних гарантій присвятили свої праці такі науковці як А.П. Заєць, А.М. Колодій, А.А. Нечитайленко, А.Ю. Олійник, В.Ф. Опришко, В.Ф. Погорілко, І.О. Селіванов, О.Ф. Скакун, О.В. Скрипнюк, М.І. Ставнійчук, В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика, О.Ф. Фрицький, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко та інші.

Однією з концептуальних засад гарантування реалізації Конституції України є розвинене законодавство. Саме від того, наскільки комплексно, повно та несуперечливо деталізовані конституційні приписи у поточному законодавстві залежить ефективність процесу реалізації Основного Закону.

На думку вченого В.В. Лазарева, вихідною формою реалізації права державою є правотворчість. Ухвалення законів, закріплення в них правопорядку – найбільш важка і найбільш шляхетна діяльність законодавців. Таким чином, вони реалізують волю народу, з урахуванням власного розуміння громадської думки, обставин, умов, місця і часу, характеру потреб суспільства, на основі реально сформованих суспільних відносин¹.

Особливістю Основного Закону є його фундаментальний, установчий, характер. Низка конституційних норм визначають лише загальні засади правових інститутів, детальна регламентація яких здійснюється конституційним законодавством. Більше того, окремі конституційні норми безпосередньо вказують на необхідність прийняття окремого

¹ Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. – М.: Юристъ, 2007. – С. 195.

закону на їх виконання, за відсутності якого конституційна норма так і не зможе виконати свою основну функцію регулятора суспільних відносин.

Розвинене законодавство як гарантія реалізації Конституції втілюється в життя за допомогою наступних елементів:

- виконання Президентом України, який є главою держави, гарантом конституційного правопорядку, владних повноважень щодо забезпечення, реалізації, охорони та захисту Конституції;
- використання суб'єктами права законодавчої ініціативи правомочностей, що з нього слідують;
- виконання відповідними органами обов'язків щодо прийняття законів та підзаконних нормативно-правових актів;
- виявлення неконституційних актів та їх скасування;
- використання Конституційним Судом України правомочностей щодо тлумачення конституційних норм.

Так, лише від діяльності Президента, Кабінету Міністрів, як суб'єктів законодавчої ініціативи, та Верховної Ради України – суб'єкта законодавчої ініціативи та єдиного органу законодавчої влади, залежить, чи буде реалізована, наприклад, стаття 111 Конституції України, яка регламентує процедуру імпічменту або стаття 151-1 Конституції України, яка визначає право особи на конституційну скаргу. Більше того, нормотворчий процес потребує злагодженості дій усіх вказаних суб'єктів, задля досягнення ефективного результату у формі законодавства, яке відображає інтереси всього українського народу.

Досить важливим елементом ефективності такої гарантії реалізації Конституції як розвинене законодавство є конституційний контроль. В даному контексті особливу увагу хотілось би звернути на конституційні зміни, що їх затвердив парламент 02.06.2016 року (конституційна реформа щодо правосуддя).

Вказаним Законом статтю 55 Конституції України доповнено новою частиною такого змісту: «Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом». Також доповнено розділ XII «Конституційний Суд України» Конституції України статтею 151-1, у якій передбачено, що Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга

може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано².

Таким чином, обов'язковою умовою для подачі конституційної скарги законодавець визначив використання всіх інших національних засобів юридичного захисту. Проте поняття «всі інші національні засоби юридичного захисту» чинним законодавством України не визначено. Захист прав людини в Україні здійснюють судові, правоохоронні органи, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, народні депутати, Президент України, а тому не зрозуміло, який зміст законодавець закладав у вказану норму, а відповідно, не зрозуміло яким чином вона може бути реалізована.

Також Закон не визначає, яке судове рішення може бути підставою для конституційної скарги – прийняте після набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України» (щодо правосуддя) чи раніше.

Зазначене ускладнює ефективність конституційного контролю, що може мати наслідком наявність законодавства, яке суперечить Конституції, а це, в свою чергу, нівелює ефективність такої гарантії як розвинене законодавство.

Враховуючи широкий спектр регулятивної дії, норми Конституції в принципі не можуть бути конкретними, їх дія повинна охоплювати значене коло суспільних відносин, тому вони сформульовані в загальній формі. У випадку виникнення складнощів в розумінні змісту та правових наслідків тієї чи іншої конституційної норми суб'єктам правореалізації належить право на конституційне звернення до органу конституційної юрисдикції, виключно до компетенції якого належить офіційне тлумачення Конституції України. Перешкодою в реалізації даного права може є досить формалізована процедура звернення до Суду та низький відсоток заяв, що потрапляють до розгляду. За 2015 рік до Суду надійшло 421 конституційне звернення, проте розглянуто по суті із прийняттям рішення 5 справ³.

На виконання Конституційним Судом його функцій негативно може вплинути і конституційна реформа щодо правосуддя, так згідно зі статтею 147 та пунктом 2 частини першої статті 150 Основного Закону України (в редакції до внесення змін) до повноважень Конституційного Суду

2 Конституція України від 28.06.1996 року [електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

3 Конституційний Суд України у цифрах за період 01.01.2015 по 31.12.2015 року [електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/298226>.

Україні належало офіційне тлумачення Конституції України та законів України, проте внесеними змінами Конституційний Суд позбавлено права тлумачити закони.

Офіційне тлумачення законів України – це специфічна форма захисту прав і свобод людини та громадянина, оскільки здійснюється Конституційним Судом України, що має виключні повноваження у визначених законодавцем сферах. Окрім Конституційного Суду України, подібних повноважень не здійснює жодний орган. Повноваження Конституційного Суду України давати офіційне тлумачення законів України пов'язане із захистом конституційних прав і свобод через інститут конституційного звернення. Позбавлення Конституційного Суду права офіційно тлумачити закони негативно вплине на процес реалізації Конституції, адже мова йде саме про випадки, коли невірним застосуванням тієї чи іншої норми порушуються конституційні права громадян. Тобто, органи правозастосування невірно застосовують законодавчі акти, які більш детально регламентують правовідносини, що врегульовані й Основним Законом на загальному рівні. До внесення змін такі випадки невірного правозастосування ліквідував Конституційний Суд.

У випадку нездійснення жодним органом функції офіційного тлумачення законів, буде обмежено право громадян на захист конституційних прав, що може мати наслідком нереалізованість конституційних норм, що регламентують права людини. Більше того, невірне розуміння положень законодавства, що деталізує конституційні приписи, може мати наслідком ускладнення процесу реалізації самого Основного Закону.

Окрім того, згідно внесених змін до Конституції Конституційний Суд України втрачає статус єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні. Зазначений статус обумовлений покладеним на Конституційний Суд України Конституцією України завданням – гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України (стаття 2 Закону України «Про Конституційний Суд України»). Вилучення із статті 147 Конституції України положення щодо статусу Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні може призвести до втрати покладеного на нього завдання гарантувати верховенство Конституції України як Основного Закону держави. Нова редакція статті 147 Основного Закону України спрямована на нівелювання правового статусу Конституційного Суду України в механізмі органів державної влади, що може мати наслідком

втрату незалежності цього особливого органу державної влади⁴, який і без того піддається постійному тиску зі сторони влади.

Позбавлення Конституційного Суду України статусу єдиного органу конституційної юрисдикції може мати непоправні наслідки для процесу реалізації Основного Закону. По-перше, таке формулювання конституційної норми може використовуватись як маніпуляція з боку влади, з метою підкорення Суду своїй волі, в іншому ж випадку, оскільки орган не єдиний, його завжди можна замінити іншим органом. По-друге, можливою є ситуація, за якої розпочався процес ліквідації конституційної юрисдикції в Україні або ж наділення функцією конституційного контролю інших органів влади. Так чи інакше, активізовано дію факторів, які значно ускладнюють реалізацію конституційних норм та позбавляють конституційний правореалізаційний процес дієвих механізмів його гарантування.

На думку російського науковця Ю.С. Решетова, основне призначення законотворчості полягає в розвитку положень Конституції і створенні механізму їх реалізації з метою забезпечення суворого і неухильного дотримання всіх конституційних норм. Законотворчість це застосування Конституції спеціально уповноваженими на те державними органами або посадовими особами, з обов'язковою наявністю всіх компонентів, властивих дотриманню конституційних норм. В ході правотворчої діяльності не тільки створюються (змінюються, скасовуються) норми права, але одночасно і реалізуються правові принципи, норми⁵. Зазначений підхід досить влучно відображає значимість поточного законодавства в процесі реалізації Основного Закону.

Конкретизація конституційних приписів та норм в поточному законодавстві здійснюється шляхом трансформації загальних конституційних вимог в конкретні приписи законодавства, що регулюють окремі групи однорідних відносин. Відбувається перетворення конституційних приписів з високого рівня абстрактності на більш конкретизований, в результаті чого основні вимоги, що виражають сутність конституційних приписів, набувають вигляду конкретних прав і обов'язків відповідних суб'єктів.

4 Окрема думка судді Конституційного Суду України Гультяя М.М. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 27.01.2016 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ni01d710-16>.

5 Решетов Ю.С. Механизм правореализации в условиях развитого социализма / Ю.С. Решетов. – Казань: Издательство Казанского Университета, 1980. – С. 27.

Проте це жодним чином не применшує значення конституційного впливу на відповідні правовідносини, він продовжується паралельно, однак уже доповнений впливом комплексу правових норм, що можуть відноситись навіть до різних галузей права. Конституція не втрачає провідну роль в цьому загальному потоці правового регулювання. Вона формує основу нормативної моделі суспільних відносин, забезпечує їх функціонування з точки зору врахування цінностей та інтересів усього суспільства.

Нормотворчою функцією в нашій країні наділений не лише законодавчий орган, проте саме законодавчий процес є гарантією реалізації Конституції України, оскільки окремі її норми прямо визначають необхідність подальшої деталізації конституційних приписів у законах, прийнятих на їх виконання, а тому роль парламенту є найбільш значимою в механізмі гарантування реалізації норм Основного Закону.

Найважливішими аспектами діяльності парламенту щодо забезпечення реалізації конституційних норм є: законотворчість – система дій і правових процедур з розгляду і прийняття актів вищої юридичної сили – законів; ратифікація міжнародних договорів – процес визнання парламентом обов'язковості норм зазначених договорів, в результаті чого вони стають частиною національного законодавства.

Однак послідовність, розвиненість законодавства як гарантії реалізації Основного Закону прямо залежить від ефективності, дієвості парламенту та представництва у ньому інтересів усіх верств населення. Перш за все, забезпечити укомплектування парламенту представниками різних соціальних груп та технократами різних сфер діяльності держави повинно виборче законодавство. Перейшовши до змішаної виборчої системи формування Верховної Ради було зроблено ставку на посиленні ролі політичних партій у виборчому процесі та їх відповідальності за подальші дії парламентаріїв. Що ж маємо в дійсності? В першу чергу, пропорційна виборча система забезпечила партіям можливість розпочати «торгівлю прохідними місцями». По-друге, відсутня будь-яка політична відповідальність за провадження депутатом, що пройшов за списком партії, у парламенті політики, яка суперечить партійній, звідси маємо продаж голосів за «особливо важливі» законопроекти, «партійні тушки» та інші негативні явища.

Підриває стійкість та дієвість парламенту і слабка партійна система. Відсутність чітко визначеного політичного курсу вітчизняних політичних партій та намагання їх представників якомога довше втримати мандат, заграючи із виборцями, має наслідком відсутність дієвої коаліції депутатських фракцій, а той її прототип, який маємо сьогодні, не здатен ви-

конати і незначну частину обов'язків коаліції. Вказані явища паралізують роботу парламенту, в якому представлені інтереси найбільш впливових бізнес структур, що суттєво гальмує процес прийняття конституційного законодавства та негативно відображається на такій гарантії Конституції України як розвинене поточне законодавство.

Для того, аби бути втіленими в реальних суспільних відносинах, конституційні норми потребують «підтримки» зі сторони ефективного законодавства. Прийняття законів, що деталізують та уточнюють конституційні положення, можливе лише за умови ефективної роботи парламенту та його злагоджених дій з іншими гілками влади. Відповідність прийнятого парламентом законодавства Конституції забезпечується Конституційним Судом, належне виконання яким своїх функцій можливе лише за умов повної самостійності та незалежності Суду від інших гілок влади. Отже, розвинене законодавство виконує функцію гарантії реалізації Конституції при умові дієвості комплексного механізму, що забезпечує ефективність зазначеної гарантії.

Б. В. Островська

к.ю.н., доцент кафедри права Київського національного лінгвістичного університету

РЕЛІГІЯ ЯК СКЛАДОВА МІЖНАРОДНОГО ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

У процесі формування та генезису громадянського суспільства релігія завжди була одним із визначальних факторів впливу як на внутрішню політику держав та їх право, так і на міжнародні відносини. Віруюча людина у будь-якому суспільстві виступає одночасно і як громадянин, і як член релігійної спільноти.

На національному рівні у преамбулі Основного Закону України – Конституції проголошено, що вона прийнята Верховною Радою України «від імені Українського народу - громадян України всіх національностей, ... усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та майбутніми поколіннями...»¹. У той же час, маємо законодавче закріплення свободи совісті (у тому числі – релігійної свободи), що передбачає право на свободу совісті та рівноправність громадян незалежно від їх ставлення до релігії, що є важливим здобутком у сучасному суспільстві².

Безумовно «свобода совісті та віросповідання є імперативом для будь-якої меншини»³, однак у площині взаємодії держави і громадянського суспільства має бути чітко визначена протидія діяльності псевдорелігійних структур (тоталітарних сект, радикальних угруповань), що несуть державну загрозу та суспільну небезпеку.

Релігійні норми містять у собі моральну основу для державної законотворчості, а взаємодія громадянського суспільства з державою має ґрунтуватися на морально-правових засадах та цінностях.

Нині у світі проходить період загострення багатьох суспільних проблем, серед яких – вчинення злочинів на релігійному ґрунті. Останніми

1 Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

2 Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23 квітня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 25 або [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/go/987-12>

3 Вселенський Патріарх Варфоломій. Віч-на-віч із Тайною. Православне християнство у сучасному світі. Пер. з англ. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2011. – С. 230. – (360 с.).

роками саме демографічний фактор став приводом до обговорення на міжнародному рівні проблем мігрантів, передусім мусульман, в європейському суспільстві. Загострення цієї проблеми передусім було зумовлено великою хвилею масової міграції біженців з Північної Африки та зі Сходу (зокрема з Сирії) до Європи.

Актуалізується питання співвідношення прав і обов'язків громадян певної держави чи інтеграційного об'єднання (напр., такого як Європейський союз) з правовим статусом негромадян (іноземців, мігрантів, біженців), що було актуальним ще з античних часів. Так, у Римській імперії чітко розмежовували правовий статус римських громадян (патриціїв, плебеїв) та перегрінів.

Релігія і теракти, вчинені представниками радикальних угруповань, є безумовно паралельними поняттями. Однак, ототожнювати іслам з потенційним тероризмом не є правильно, тому що таке співставлення принижує релігійні почуття добропорядних мусульман, які автоматично підпадатимуть під підозру.

Сам по собі іслам не становить загрози християнству, оскільки не має на меті його знищення чи заподіяння шкоди християнам або представникам інших конфесій. При здійсненні терористичного акту загроза поширюється не лише на громадян Європи, а і на самих мусульман, які не причетні до терористичної діяльності та не розділяють погляди радикальних ісламістів. Тому, радикально налаштовані релігійні екстремісти є однаково небезпечні як для християнської Європи та юдейської Ізраїльської держави, так і для самих мусульман. Але поширення підозри на кожного мусульманина на причетність його до радикальних ісламських угруповань дискредитує як сам іслам, так і всіх мусульман, які представляються потенційною терористичною загрозою для Європи, хоча релігійна приналежність до ісламу – це єдина спільна характеристика терористичних організацій з мусульманськими державами.

Християнство, маючи чітку позицію стосовно діяльності екстремістських угруповань, вважає злочин вчинений в ім'я релігії – злочином проти релігії, про що неодноразово наголошував Святійший Вселенський патріарх Варфоломій I на міжнародних зустрічах з представниками різних конфесій світу, що підтверджує актуальність цього твердження у будь-якому суспільстві.

Проте вчинення злочинів здійснюється не лише виключно мігрантами, які нещодавно прибули до Європейського Союзу, найприкріше є те, що такі злочини вчиняються також і громадянами Європи (як правило молоддю), таємно завербованими до терористичних угруповань.

Зазвичай родини мігрантів є відособленими від корінних жителів. Вони мають мінімальні вакансії у працевлаштуванні, виду на проживання, соціальне страхування, освіту. Більшість молоді з мігрантів не має перспектив у середовищі чужої для них цивілізації.

Серед сучасних європейських країн Бельгія та Франція мають найбільші у світі міграційні громади. Однак, на противагу Сполученим Штатам Америки, мешканці-мігранти цих країн навіть у другому та третьому поколіннях не є інтегровані у європейське середовище. Навіть їх соціальна адаптація та побутове облаштування не є стимулом для національного патріотизму на новій батьківщині, який безумовно властивий та різними способами підтримується державою щодо американських громадян (абсолютно незалежно від расової, національної, релігійної та іншої приналежності).

Вважається, що бідні квартали маленьких міст Бельгії та Франції є джерелом зародження радикального ісламу в самому серці Європи, що нині набув світового масштабу. Нажаль, збільшення кількості терактів останнім часом породжує активний розвиток моделі закритого суспільства (на противагу відкритому типу суспільства за класифікацією Карла Поппера⁴).

Активізація міжнародного тероризму як ланцюгова реакція потягнула за собою необхідність обмеження та втручання в права людини визначеними у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р.: свободу пересування (ст. 12), недоторканність житла або таємницю кореспонденції (ст. 17), тощо з метою посилення національної та міжнародної безпеки. «Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише обмеженням, які встановлено законом і які є необхідними для охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, так само як і основних прав та свобод інших осіб» (п.3 ст. 18)⁵.

Однак для справжньої боротьби з міжнародним тероризмом, у пошуках вирішення спільних проблем для всього людства, світова спільнота має перспективи їх розв'язання тільки у глобальному цивілізаційному масштабі, а не у рамках країн Західної Європи, майбутніх членів ЄС та США. Виключно інтернаціональний тандем, пронизаний духом загальної толерантності, в якому немає місця для релігійної, расової та іншої дискримінації може сприяти справжньому діалогу між цивілізаціями.

4 Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги/ К. Поппер. – Т. I. У полоні Платонових чарів/ [пер. з англ.]. – К.: «Основи», 1994, 444 с.; Т. II. Спалах пророцтва: Гегель, Маркс та послідовники/ [пер. з англ.]. – К.: Основи», 1994, 495 с.

5 International Covenant on Civil and Political Rights. 16 December 1966. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Тому релігійний фактор безумовно є визначальним та впливовим, який залишається одним із головних чинників громадянських та міжнародних конфліктів.

Останнім часом деякі організації країн Європи (зокрема Німеччини та Франції) поширюють неонацистські ідеї щодо боротьби з «ісламізацією» сучасного західного суспільства, закликаючи до:

- закриття кордонів для мігрантів-мусульман, а також насильницької депортації біженців-мусульман, включно до радикальної міри – депортації всіх мусульман (що вже по суті є утопічною ідеєю, враховуючи те, що багато з них тривалий час проживають на території Європи і вже є громадянами країн-членів ЄС);

- недопущення мусульман у органи державної влади європейських країн з метою попередження краху західної цивілізації зсередини;

- запобігання вербування молоді Західної Європи (у тому числі й самих молодих мусульман, а часто навіть неповнолітніх дітей та жінок) до участі у діяльності терористичних організацій з метою уникнення терактів у Європі, а також для попередження участі завербованих громадян у бойових діях країн ісламу на стороні ІДІЛу як невизнаної самопроголошеної квазідержави («Ісламської держави Іраку та Леванту»), схожої за статусом до ДНР та ЛНР на території України з їхньою ідеєю «Русского мира».

Метою ІДІЛу є створення ортодоксальної сунітської ісламської держави, що ґрунтується на ідеї «Великого халіфату», яка була колись так само впливовою як нині ЄС, і виступала могутнім об'єднанням багатьох країн зі спільними кордонами Османської імперії. Так, як таке, навіть гіпотетичне, сусідство з майбутньою подібною ісламською імперією, є вкрай невтішною перспективою для ЄС, саме тому питання включення Турецької Республіки до ЄС, незважаючи на значну економічну вигоду для Європи, є питанням майбутньої взаємодії двох різних, часом протилежних, правових систем (світської та релігійної). Оскільки сучасна Туреччина як майбутній член ЄС є представником мусульманської цивілізації, державна релігія якої (іслам) прямо спливає на функціонування правової системи цієї держави (мусульманського права), тому постає питання взаємодії християнського та мусульманського права, що характеризуються різними правовими нормами та звичаями.

У цьому контексті інколи ЄС називають «християнським союзом». Це метафора є частково істинною, якщо відносити право країн ЄС до романо-германської правової сім'ї, а право Туреччини – до мусульманської правової сім'ї, та й самі норми європейського права є у більшій мірі християнським правом за демократичним духом закону.

У розрізі історії цивілізацій саме країни, які відносяться до християнської цивілізації, стаючи союзниками шляхом укладання династичних шлюбів, збільшували свою політичну вагу на міжнародній арені та розширювали власні території, а також зміцнювали свої кордони для боротьби зі спільним ворогом, в тому числі і для збройного протистояння країнам, що є представниками інших цивілізацій, і в першу чергу – мусульманської (яку довгий час представляла могутня Османська імперія).

Щодо історії держави і права України слід навести приклад шлюбу київського князя Володимира Великого з візантійською царівною Ганною, литовського князя Ягайла з польською королівною Ядвігою. В обох випадках зміна державної релігії справила докорінний вплив на подальший хід національної історії (розвитку їх державності та правової системи), а також історії міжнародних відносин (закріплення їх нового політичного статусу).

І нині релігійний елемент є важливою складовою міжнародних правових відносин. Особливо це проявляється у відчутній підтримці політики Західних держав Католицькою Церквою (Папою Римським та Святим Престолом) та Східних – Православною (Вселенським Патріархом).

Для зменшення напруги в суспільстві та для розв'язання міжнародних конфліктів за ініціативою Вселенського Патріарха Варфоломія I як верховного пастиря всіх православних християн, Папи Іоанна Павла II, Папи Франциска як представників Православної та Західної цивілізацій організовуються численні міжнародні конференції, зустрічі за участю представників різних конфесій світу. Така миротворча діяльність релігійних провідників, поширення ними ідей толерантності, сприяє налагодженню діалогу між цивілізаціями.

В свою чергу, внутрішній правопорядок держав напряму залежить і від релігійних догм, які сповідують ці держави. Маємо на увазі визнання у країнах Західної цивілізації власного релігійного (канонічного) права, вираженого у збірниках (кодексах) церковно-правових норм: Кодекс канонічного права (*Codex iuris canonici*) у Римо-католицькій Церкві, а також Кодекс Канонів Східних Церков (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) для Східних Католицьких Церков, рівно як і поширення юрисдикції Корану (як основного закону) на всіх без винятку правовірних у ісламських державах, де Бог виступає у якості законодавця, а його закон (Закон Божий) – у якості основного закону (Конституції) держави (напр., Коран у Саудівській Аравії)⁶.

6 Мережко О. Бог як суб'єкт українського права/ О. Мережко// Християнин і світ. – Електронний ресурс. – Режим доступу. - <http://xic.com.ua/z-zhyttja/21-problema/135-bog-jak-subjekt-ukrajinskogo-prava>

Часто конфлікти між цивілізаціями переростають у міжрелігійні конфлікти (мусульманко-християнські, мусульмансько-юдейські), які у подальшому стають причиною спорів за територіальну цілісність, та в результаті призводять до виникнення нових, часом невизнаних, держав (таких як Палестинська автономія, Придністров'я, Нагірний Карабах, тощо).

Часом внутрішньо-цивілізаційні конфлікти можуть з легкістю трансформуватися у міжцивілізаційні, якщо на кону поставлено питання зміни кордонів. Результатом таких конфліктів, як показує історія, стає неминучий розпад великих імперій, федерацій, лінії розломів яких проходять саме по національним (етнічним) кордонам⁷. Наведемо як приклад «другу» Карабаську війну, яка відновилася в квітні 2016 р. В основі цього воєнного протистояння лежить міжцивілізаційний конфлікт: з одного боку, союзник невизнаної республіки – християнська Вірменія, яку фінансово та військово підтримує Росія, з іншого ісламський Азербайджан, який також купує російську зброю, і на боці якого виступає Туреччина. За прогнозами військових експертів в разі ескалації конфлікту та втручання у нього Російської Федерації, це неминуче може призвести до втручання Турецької Республіки у цей локальний конфлікт, що може перерости у конфлікт регіонального масштабу.

Загалом, пріоритетним шляхом до вирішення багатьох проблем третього тисячоліття у подоланні міжнародних конфліктів та налагодженні міжнародних правовідносин має стати діалог культур та цивілізацій сучасного світу, в якому відчуття приналежності громадян до своєї держави не буде залежати від їх походження, мови, переконань та релігії, яку вони сповідують (згідно ст. 3 Загальної Декларації прав людини)⁸.

Тому нині перед світом стоїть історична можливість змінити відношення до місця релігії у громадянському суспільстві, та зокрема у міжнародних відносинах та міжнародному праві.

7 Huntington, Samuel P. The Clash of Civilizations?, Foreign Affairs, Vol. 72, № 3, Summer 1993, pp. 22-49.

8 The Universal Declaration of Human Rights. 10 December 1948 - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>

Т. С. Подорожна

к.ю.н., доцент, доцент кафедри філософії та теорії права юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕФОРМ ЯК ІНСТРУМЕНТ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ

Сьогодні українське суспільство всерйоз стурбоване станом правового порядку в країні. Незважаючи на всі зусилля держави, поки що не вдалося істотно зупинити зростання злочинності, забезпечити в повному обсязі дотримання прав та свобод людини і громадянина. Здійснювані в країні соціально-економічні реформи очікуваних результатів не приносять. Мабуть, однією з причин цього є недосконалість самих реформаторських пропозицій. До того ж реформи «накладаються» на неорганізованість та безладдя, наявні в суспільному житті, і аж ніяк не сприяють поліпшенню становища. На наш погляд, починати треба не з реформування, а з наведення порядку в системі законодавства, і лише після цього – приступати до реформування правової системи в цілому. Закономірно в цьому зв'язку, що курс на встановлення міцного демократичного правопорядку отримує широку підтримку в більшості громадян. Досягнення високого рівня правопорядку вимагає узгоджених спільних зусиль усього суспільства. Таким чином, в правопорядку проявляється не тільки якість правових суспільних інститутів, а й реальна правова політика держави, яка є основою плану законодавчого забезпечення реформ в Україні.

Спершу зауважимо, що для сучасної ситуації у правовій сфері (стану конституціоналізації права), на наш погляд, характерні такі негативні риси: відсутність раціонально обґрунтованої правової політики, системності рішень державної влади; відсутність оптимальних економічних і політичних умов для розвитку правової системи в цілому та окремих її елементів; низький рівень правосвідомості суб'єктів права та їх негативне ставлення до чинного законодавства; консерватизм та інертність усіх суб'єктів правової системи. Всі ці обставини виступають серйозним гальмом реформаторських зусиль держави у правовій сфері. Правова реформа – це складний і багатоструктурний процес. Реформування

тісно пов'язане зі зміною влади, політичної системи, політики держави, ідеології, зміною політичного курсу. У таких ситуаціях виникає потреба удосконалити нормативні акти. Причому внести необхідно не в окремі закони, а системного оновлення потребує вся правова сфера. Адже законодавство відображає стан суспільних відносин і вже при зміні цих відносин має змінитися саме. В іншому випадку воно гальмуватиме розвиток суспільних відносин, що може призвести до політичного і соціального розшарування суспільства, до протистояння його соціальних груп і верств.

Утім, очевидно, що пріоритетами усіх реформ є людина, сім'я, суспільство, держава. Це накладає певний відбиток на основні елементи концепції правової реформи, для якої обрано такі ціннісні орієнтири:

1) питання правового забезпечення ряду найважливіших напрямів формування і функціонування державності й розвитку повноцінного громадянського суспільства;

2) законодавче забезпечення системи прав людини в суспільстві, перш за все реальних гарантій прав і законних інтересів особи;

3) зміцнення і захист конституційного ладу;

4) реформування державного управління, в тому числі вдосконалення системи державної реєстрації громадських об'єднань та інших юридичних осіб та контроль за їх діяльністю;

5) створення цілісної правової бази організації та діяльності судової системи і органів юстиції;

6) формування правової бази та інституційна реформа правоохоронної системи для посилення боротьби зі злочинністю;

7) вироблення принципів напрямів і форм здійснення реформи місцевого самоврядування;

8) розвиток системи правового виховання, в тому числі поліпшення системи юридичної освіти і юридичної науки;

9) проведення правової експертизи в нормотворчій та правозастосовній практиці тощо.

Ці напрями правової реформи вельми важливі, проте центральне завдання (головна проектна ідея) реформи полягає, на наш погляд, у забезпеченні правових та організаційних гарантій прав і свобод людини, які є основою конституціоналізації права в цілому та правопорядку зокрема. Правова реформа багатьма нитками ідейно пов'язана з конституцією, яка безпосередньо і визначає ці права та свободи. «Матриця» їх змісту

міститься не стільки в концепції реформи, скільки в конституції держави. Саме в ній закладено головний орієнтир і критерій вітчизняного правового розвитку – людина, особа, громадянин, їхні права та свободи. У даному значенні саме права людини і громадянина можуть слугувати тим індикатором, що виявляє справжню мету конкретної правової реформи.

Обсяг прав людини і громадянина та їх реалізація показують справжні наміри державної влади щодо реформування різних сфер життя соціуму. Разом з тим, права людини і громадянина не можуть розглядатись як абсолютна категорія, оскільки стратегічна мета будь-якої правової реформи – це узгодження правового розвитку держави із суспільними потребами. Роль права тут може бути двоїстою: воно може як прискорювати, так і сповільнювати суспільний розвиток, що пояснюється мінливістю змісту та обсягу прав людини. Тому постає питання: для чого необхідно проводити правову реформу?

По-перше, Конституція України (ст. 1) стверджує, що Україна – соціальна, правова держава, і ця «політична і юридична заявка» вимагає певного підтвердження організаційними, правовими та матеріально-фінансовими засобами. По-друге, стан справ з правами людини, зі станом законності та іншими важливими складовими громадянського суспільства такий, що не робити спроб змінити ситуацію в зазначених сферах на краще державна влада не має права. По-третє, зміни в системі законодавства краще вносити системно, на основі єдиного проекту, що вимагає плановості та скоординованих дій держави в рамках якогось концептуального документа та юридичних актів, що його розвивають. Отож, очевидним є те, що у зв'язку з економічними, політичними і соціальними трансформаціями в країні і в світі досить актуальним є питання реформування національного законодавства.

Проголошення України демократичною державою, забезпечення прав і свобод особи, принципу поділу влади і верховенства Основного закону вимагають детального перегляду всіх елементів правової системи, метою якої має стати насамперед удосконалення чинного законодавства. Удосконалення законодавства – це поступове доповнення, зміна, оновлення нормативних актів, їх розділів, статей, положень і термінів, пов'язане з необхідністю приведення законодавства у відповідність до розвитку суспільних відносин і міжнародних стандартів. Утім, в юридичній літературі іноді трапляється вислів «реформування» законодавства. Треба сказати, що законодавство не реформується, воно лише юридично закріплює зміни в суспільних відносинах і пов'язані із цими змінами перетворення, перебудову тих чи тих сторін суспільного життя. Роль

законодавства в цьому випадку – це *правове забезпечення реформ*. По суті, це необхідність, викликана розвитком суспільних відносин і тими завданнями, які ставить перед собою держава.

Правове забезпечення реформування суспільних відносин відрізняється від удосконалення правових норм тим, що при правовому забезпеченні реформування створюється кілька законів або підзаконних актів або ж створюється кодифікований закон, а при вдосконаленні закону або будь-яких правових норм змінюється частина закону або законів, змінюються окремі норми, які необхідно змінити у зв'язку із зміною ситуації, але і те, й інше являє собою єдине ціле – удосконалення законодавства, що є вирішальним чинником забезпечення належного правопорядку в державі.

Рушійними силами реформування мають бути самі громадяни, зацікавлені в ліквідації старих і створенні нових суспільних відносин. Тобто глибина, ґрунтовність реформ залежать від активних дій «знизу». Дії громадян, підштовхуючи реформу, не дають їй зупинитися. Без підтримки більшості працездатного населення, без належного правового забезпечення реформування може загальмуватись, а то й зовсім зупинитися. У цьому сенсі вельми показова правова реформа, яка покликана забезпечити належний правовий порядок. Сама ж якість правового забезпечення реформи залежить від того, наскільки закони відображають суть реформ, наскільки правильно вони відображають орієнтири, намічені самою реформою, наскільки повно враховують напрями і визначають етапи розвитку суспільства і наскільки вдало забезпечений консенсус між владою та суспільством.

Як же домогтися якісного забезпечення реформи? Перш за все органи, що здійснюють реформування, повинні володіти достатніми повноваженнями для втілення в життя необхідних перетворень. При проведенні реформи її правова база визначає на майбутнє характер розвитку суспільних відносин. Тому для правового забезпечення реформи потрібно правильно визначити головний напрям розвитку суспільних відносин, передбачити етапи реформування та їх послідовність і відобразити все це в законах. Найбільшої шкоди реформуванню завдає саме непродуманість, поверховий підхід до справи, бажання обмежитися зміною форми без кардинальних перетворень. У таких випадках виходить, що реформа відбулася, а проблеми залишилися, а то й з'явилися нові, для розв'язання яких потрібно знову щось реформувати.

Процес удосконалення законодавства є безперервним і відображає всі етапи соціального, економічного, духовного, культурного та інших аспектів розвитку суспільства. Ґрунтуючись на Конституції України, вітчизняне законодавство у змістовому аспекті має виражати суверенну

волю народу України, бути спрямованим на забезпечення прав та свобод людини і гідних умов її життя, на зміцнення демократичної, соціальної і правової держави й розвиток громадянського суспільства. Постійне удосконалення законодавства, що вважається певною закономірністю розвитку сучасного суспільства, є необхідною передумовою наближення чинних правових норм до потреб сьогодення, їх відповідності нагальним потребам розвитку правової держави, підвищення ролі та авторитету конституції. Саме тому важливість завдань удосконалення вітчизняного законодавства полягає у тому, щоб воно максимально адекватно відповідало умовам і запитам сучасного суспільства, закріплювало його правові основи, правову законність і правовий порядок.

При цьому ефективність процесу реформування залежить не тільки від творців галузевих правових систем, а й від стану Основного закону. У цьому контексті заслуговує на увагу робота Конституційної комісії щодо оновлення Конституції України. Вбачається, що в забезпеченні конституціоналізації законодавства більш результативно має бути і діяльність Конституційного Суду України. У зв'язку із цим, на думку Ю. Шемшученка, яку ми цілком підтримуємо, слід розширити коло актів, щодо яких вирішується питання про їх відповідність Конституції України, та коло суб'єктів права на конституційне звернення, надавши таке право, зокрема, органам місцевого самоврядування¹.

В українському суспільстві сьогодні об'єктивно назріла потреба у нагальному проведенні цілої низки правових реформ. Йдеться, передусім, про реформу публічної адміністрації, адміністративно-територіальну, судово-правову реформи, реформу кримінальної юстиції, а також про реформування місцевого самоврядування в Україні. Усі ці напрями тісно пов'язані й переплетені один з одним, оскільки реформування судів неможливе без створення відповідної законодавчої бази, як і втілення норм закону – без судової системи. Одночасно, з урахуванням фундаментального значення конституційного права (щодо інших галузей права), виникає потреба обґрунтування можливості реалізації оновлених або потенційних конституційних основ у поточному галузевому законодавстві та організаційно-правових моделях при неухильній конституціоналізації державного і суспільного життя для процесу забезпечення конституційної законності². З огляду на це, важливим поступом у правовому

1 Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: моногр. / [наук. ред. Ю. С. Шемшученко; відп. ред. Н. М. Пархоменко]. – К.: Юрид. думка, 2013. – С. 4.

2 Проблеми сучасної конституціоналістики: навч. посіб. / М. П. Орзіх, М. В. Афанасьєва, В. Р. Барський [та ін.]; за ред. М. П. Орзіха. – К.: ЮрінкомІнтер, 2011. С. 31–32. – (Серія «Проблеми сучасної конституціоналістики». – Вип. 1).

забезпеченні реформ є саме конституційна реформа, здійснення якої є складовою ширшої проблеми реформування Української держави і суспільства, усієї правової системи.

Як зауважує О. Скрипнюк, коли спробувати дослідити правову реформу як певний цілісний процес, що має загальну основу і загальну мету (незалежно від того, в якій сфері суспільно-правових відносин він реалізується), то слід визнати, що такою загальною метою може і повинно бути саме конституційне реформування, або, точніше, – *конституційна реформа* (курсив наш. – **Т. П.**), оскільки саме на рівні Конституції України як Основного закону суспільства і держави конститууються фундаментальні правові принципи і норми, які визначають порядок організації та функціонування усіх гілок державної влади (законодавча, виконавча і судова влада), усіх її інститутів, а також порядок взаємодії суспільства, індивіда і держави³. Тобто конституційна реформа є, так би мовити, невід'ємною частиною онтології правової системи будь-якої держави⁴. На сучасному етапі правового розвитку основоположні завдання Української держави полягають у модернізації української правової системи, головне призначення якої полягає у закладенні фундаменту державотворення і стабільності правового порядку.

Наразі в умовах розпочатої в Україні правової реформи постало надзвичайно важливе питання про підвищення ефективності дії правових норм, без чого здійснити політичні, економічні та інші реформи, сформувати правову державу і громадянське суспільство – досить проблематично. Саме в цьому значенні відстежується велика роль конституції в утвердженні демократичної правової держави. Наразі формула «конституція є Основним законом держави, що володіє найвищою юридичною силою» настільки звична, настільки й малоефективна. Це пов'язано безпосередньо з тим, що конституційний лад України на його сьогоденішньому етапі розвитку є транзитивним. Поряд із значними досягненнями у демократизації суспільного життя, утвердженні прав і свобод людини, закладенні основ громадянського суспільства, він досі зберігає низку рудиментів попередньої епохи⁵. Це пов'язано передусім із тими кризовими явищами, які охопили не лише сферу економіки, а й правову культуру, правотворчість і навіть правосуддя. Така ситуація вимагає від науки адекватної реакції.

3 Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України. – С. 24–25.

4 Волошин Ю. О. Конституційна реформа та модернізація в сучасній державі в умовах європейської інтеграції: проблеми теорії і практики: моногр. / Ю. О. Волошин, О. М. Пересада. – О.: Фенікс, 2013. – С. 18. (208 с.).

5 Іщенко О. П. Конституційно-правові основи адміністративно-територіального устрою України: моногр. / О. П. Іщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – С. 140–141.

Насамперед йдеться про формування якісно нової моделі реалізації норм конституції (конституційних стандартів), організації економічної, політичної, правової і духовної систем суспільства⁶.

Сучасний правовий розвиток визначається зміною зовнішньополітичних пріоритетів, удосконаленням державного управління та державного устрою, особливостями політичного режиму та соціально-економічного розвитку. Йдеться, по суті, про вироблення й удосконалення найефективнішої конституційної моделі механізму державного управління⁷. Як свідчить практика Конституційного Суду України, в його діяльності положення Конституції України в процесі тлумачення постійно розвиваються. Відповідно конституційні норми мають здійснювати постійний регулятивний вплив на всі компоненти правової системи. Їх конституціоналізацію можна назвати одним із проявів безпосередньої дії конституції, спрямованої на гармонізацію суспільних відносин і реалізацію принципу верховенства права. Тому для дійсної змістової цілісності законодавства мало наявності в конституції основоположних засад, потрібна змістова єдність самих основ конституційного ладу. Очевидно, така єдність не з'являється сама собою, вона формується в тривалому і суперечливому процесі вироблення основоположних юридичних норм шляхом формулювання відповідних конституційних положень. Цей процес має включати в себе *перегляд чинного законодавства, скасування застарілих нормативних актів, створення нових законів, вдосконалення законодавчого процесу і законодавчої техніки*. Здійснення ж таких повномасштабних реформ можливе не лише шляхом внесення змін до Основного закону, а передовсім через *нове концептуальне ставлення до конституції*. Даний процес є досить складним, адже прийняття нової конституції не завершує конституційних перетворень. Тобто складність полягає не в тому, *щоб переписати конституцію, а в необхідності нового підходу до неї, до її статусу в суспільстві, у правовій системі. Це має бути не просто текстуальна зміна, а перегляд усього правового регулювання, механізму дії та ефективної реалізації норм Основного закону*. Наразі час раціональної конституційної реформи, яка здатна наповнити фундаментальні людиномірні принципи Конституції України, прийнятої ще 20 років тому.

6 Теорія і практика конституціоналізації національних систем права та законодавства: український досвід: аналіт. доповідь / відп. ред. Н. М. Пархоменко. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 22.

7 Конституційний процес в Україні та світовий досвід конституціоналізму: моногр. / [Шемшученко Ю. С., Батанов О. В., Крусян А. Р. та ін.]; наук. ред. Ю. С. Шемшученко; відп. ред. Н. М. Пархоменко. – К.: Юрид. думка, 2014. – С. 80.

М. О. Пухтинський

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім.

В.М. Корецького НАН України

ЗАКОНОТВОРЧА ДІЯЛЬНІСТЬ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА У СФЕРІ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ

Законотворча діяльність інститутів громадянського суспільства у сфері децентралізації має різні форми прояву:

участі організацій, громадських об'єднань, політичних партій, незалежних експертів у законотворчому, нормотворчому процесі;

участі представників інституцій громадянського суспільства в діяльності утворень, сформованих органами державної влади, зокрема, Конституційної комісії, Національній раді реформ, Раді регіонального розвитку, Координаційній раді сприяння розвитку громадянського суспільства, Центрі підтримки реформ, громадських та експертних радах, створених при органах виконавчої влади і місцевого самоврядування тощо;

безпосередньої участі відповідних громадських організацій та об'єднань у нормотворчому процесі у вигляді розробки власних концептуальних, проектів нормативно-правових актів, зокрема асоціацій органів місцевого самоврядування, Інституту громадянського суспільства, Центру політико-правових реформ та ін.;

організації та проведенні комунікативних заходів (конференцій, семінарів, «круглих столів», платформ), а також інформаційно-просвітницької роботи щодо лобювання розроблених законопроектів, впровадження та методичного супроводження прийнятих правових актів;

залучення міжнародної технічної та експертної допомоги для опрацювання проектних правових документів, їх експертизи на предмет відповідності європейським юридичним стандартам, міжнародно-правовим документам Ради Європи, Європейського Союзу;

аналітичної роботи щодо вивчення та розповсюдження кращих практик реалізації положень законодавчих актів у сфері децентралізації,

зокрема, об'єднання територіальних громад, проведення соціологічних досліджень, врахування зарубіжного досвіду децентралізації.

До 2014 року громадянське суспільство, його інституції проводили кропітку діяльність підготовки законодавчого забезпечення децентралізації, яка не призводила до позитивних результатів в силу олігархізації державного механізму, концентрації економічних і фінансових ресурсів, їх ручного управління і як наслідок – відсутності політичної волі і бажання можновладців до проведення кардинальних демократичних реформ. Вони декларувались вербально і на папері але не втілювались в реальне життя.

Законодавчі елементи децентралізації знайшли прояв ще у 1990 році з прийняттям 7 грудня першого Закону про місцеве самоврядування. Вони отримали розвитку із закріпленням інституту місцевого самоврядування в Конституції України 1996 року, оновленням законодавства щодо місцевого самоврядування у 1997 році, ратифікацією Європейської хартії місцевого самоврядування, ухваленням низки інших законів в кінці 90-х, на початку 2000-х років. Тоді ж виходять роботи з проблематики адміністративної, муніципальної реформи.¹

Термінологія децентралізації, її зв'язок з громадянським суспільством входить у науковий обіг і знаходить значного поширення за часів помаранчевої революції і після неї. З'являються філософські, політологічні, управлінські, теоретико-правові і конституційно-правові дослідження з проблем взаємодії держави і громадянського суспільства, реформування публічної влади, територіальної організації влади, децентралізації.²

1 Децентралізація державного управління: досягнення та невдачі місцевих влад. – ДФ УАДУ, Дніпропетровськ, 1998. – 177 с.; Батанов О. В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні: Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 260 с.; Переваги місцевого самоврядування. – К.: Логос, 2001. – 194 с.; Місцеве самоврядування: 10 років здобутків. – К.: Атіка, 2002. – 368 с.; Розвиток місцевого самоврядування в Україні: стан, проблеми, перспективи. К.: Логос, 2002. – 212 с.; Муніципальний рух: новий етап розвитку: Матеріали VII Всеукраїнських муніципальних слухань. К.: Логос 2002. – 560 с. Роль громадських організацій та інших неурядових структур у становленні та розвитку місцевого самоврядування в Україні / За ред. В.В. Кравченка. Науково-практичний посібник. – К.: Атіка, 2003. – 288 с.;

2 Рада і депутат: робота в ім'я громади. Залучення громадськості до підготовки та ухвалення рішень органами місцевого самоврядування та розвитку громад. – К.: Ін-т громадян. сусп.-ва: ІКЦ «Леста», 2005. – 228 с.; Реформа для людини: збірник матеріалів про шляхи реалізації адміністративно-територіальної реформи в Україні. – Київ – 2005; Кроки до громадянського суспільства. Постмайданове громадянське суспільство України: уроки для країни та світу / Науковий альманах. – К.: Українська Всесвітня Координаційна Рада, 2006. – 300 с.; Проблеми децентралізації: національний та міжнародний досвід. Збірник матеріалів та документів. – К.: Атіка-Н, 2006. – 744 с.; Держава і громадянське суспільство в Україні: проблеми взаємодії: Монографія /

Наукові пошуки йдуть в розрізі політико-правових аспектів розвитку місцевого самоврядування. Власне трансформація чи так звана реформа місцевого самоврядування пов'язана саме з процесом децентралізації. Поступово утверджується сучасні уявлення про теоретичні, прикладні, законодавчі складові децентралізації, використання зарубіжного досвіду її здійснення.³

-
- За ред. І.О. Кресіної. – К.: Логос, 2007. – 316 с.; Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні: Кол. Монографія / В. О. Антоненко, М. О. Баймуратов, О. В. Батанов та ін.; За ред.: В. В. Кравченка, М.О. Баймуратова, О. В. Батанова. – К.: Атіка, 2007. – 864 с.; Реформа публічного управління в Україні: виклики, стратегії, майбутнє: Монографія / К.: «К.І.С.», 2009. – 240 с.; Громадянське суспільство в Україні: ретроспекція, сучасні правові доктринальні моделі та перспективи розвитку. Збірник наук. праць / За редакцією академіків НАПрН України Крупчана О. Д., Скрипнюка О. В. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, - 2011. – 200 с.; Береза А. В. Реформування публічної влади: сучасні концепції та політична практика: Монографія. –К.: Логос, 2012. – 360 с.; Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / [Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Школик А. М. та ін.] Центр політико-правових реформ. К., Москаленко О. М., 2012. – 212 с.
- 3 Борденюк В. І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії: монографія / В. І. Борденюк. – К.: Парлам. вид-во, 2007; Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики: Монографія / Відп. ред. М.О. Баймуратов. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2010; Збірник «Досвід впровадження стандартів доброго врядування на місцевому рівні в Україні та інших європейських країнах». В.С. Куйбіда, В.В. Толкованов. – Київ, ТОВ «Поліграфічний Центр «Крамар», 2010; В.С. Куйбіда, І.Я. Заяць Генеза територіальної організації влади України: конституційно-правові аспекти. – Харків, 2010; Куйбіда В.С., Толкованов В.В. Досвід впровадження стандартів доброго врядування на місцевому рівні в Україні та інших європейських країнах. Збірник науково-аналітичних та навчально-методичних матеріалів, нормативно-правових актів з питань впровадження стандартів доброго врядування на місцевому рівні. – К.: ТОВ «Поліграфічний Центр «Крамар», 2010; Реформування адміністративно-територіального устрою: український та зарубіжний досвід / [І. О. Кресіна та ін.]; за ред. І. О. Кресіної; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К.: Логос, 2011; Ганущак Ю. І. Територіальна організація влади. Стан та напрямки змін / Юрій Ганущак. – К.: Легальний статус, 2012; Розвиток взаємодії держави і громадянського суспільства в контексті впровадження європейських принципів належного врядування: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (12 грудня 2012 р., м. Київ) / упоряд. В. М. Яблонський, О. А. Корнієвський, П. Ф. Вознюк. – К.: НІСД, 2013; Проблеми теорії конституційного права України / За заг. редакцією Ю.С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – 616 с.; Правові засади оптимізації адміністративно-територіального устрою України: Монографія / За ред.. І.О. Кресіної. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2013. – 296 с.; Громадянське суспільство України: сучасний стан і перспективи впровадження європейських стандартів взаємодії з державою: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (12 грудня 2013 р., м. Київ) / упоряд. В. М. Яблонський, О. А. Корнієвський, П. Ф. Вознюк; за заг. ред. О. А. Корнієвського. – К.: НІСД, 2014; Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: загальні тенденції, регіональні особливості: аналіт. доп. / В. М. Яблонський, О. А. Корнієвський, С. М. Василюк [та ін.]. – К.: НІСД, 2014; Місцеве самоврядування – основа сталого розвитку України: матеріали

Децентралізація багатоаспектне явище, яке полягає: в передачі ресурсів і повноважень з центрального на місцевий, територіальний рівень організації влади; зменшенням делегованих та збільшенням власних повноважень органів місцевого самоврядування; чітким розподілом повноважень між різними рівнями місцевого самоврядування (базовим на рівні громад, районним і обласним) та між органами місцевого самоврядування та виконавчої влади; підвищенням відповідальності органів місцевого самоврядування за здійснення делегованих повноважень, дотриманням Конституції і законодавства; дерегуляцією функцій публічного управління щодо фіскальних, бюджетних, міжбюджетних, майнових, земельних відносин тощо. Децентралізація здійснюється за допомогою механізмів об'єднання територіальних громад, міжмуниципального співробітництва, так званої партисипативної демократії, тобто – «демократії участі» через підсилення ролі громадянського суспільства, громадських організацій, об'єднань, рухів у вирішенні питань місцевого значення.

Децентралізацію можна розглядати, розуміти, досліджувати, усвідомлювати, вивчати у теоретичному і прикладному, «інструментальному» вимірах. В теоретико-познавальному розумінні децентралізація є формою реалізації, здійснення врядування і самоврядування на локальному рівні організації публічної влади. В прикладному, «інструментальному» прояві децентралізація є процесом і одночасно механізмом передачі адміністративних і фінансових повноважень з центрального на місцевий рівень організації публічної влади з метою раціоналізації та підвищення ефективності державного управління, запобігання узурпації публічної влади, залучення громадянського суспільства у вирішення питань тери-

щоріч. Всеукр. наук.-практ. конф. за міжнар. участю (Київ, 16 трав. 2014 р.): у 2 т. / за наук. ред. Ю. В. Ковбасюка, К. О. Ващенко, С. В. Загороднюка. – К.: НАДУ, 2014; Збірник проектів Законів України розроблених на основі Концепції реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади. – К.: Інститут громадянського суспільства, ІКЦ «Легальний статус», 2014; Розвиток громадянського суспільства в Україні: аналіт. доп. /В. М. Яблонський, П. Ф. Вознюк, Д. М. Горелов [та ін.]; за ред. О. А. Корнієвського, М. М. Розумного. – К.: НІСД, 2015. – 60 с. –(Сер. Громадянське суспільство», вип. 2); Матвієнко А. С. Політико-правові засади територіальної організації держави: світовий досвід і Україна: монографія / А. С. Матвієнко. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. – 376 с.; Регіональна політика і децентралізація влади в Україні в контексті євро інтеграційних процесів: Збірник наукових праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, І. О. Кресіної. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького; Київський університет права НАН України, 2015. – 216 с.; Досвід децентралізації у країнах Європи: зб. док. Пер. з іноз. мов / Заг. ред. В. Б. Гройсмана. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. – 766 с.; Територіальна громада як базова ланка адміністративно-територіального устрою України: проблеми та перспективи реформування. – К.: НІСД, 2016. – 61 с.

торіального розвитку, дієвої реалізації принципу субсидіарності щодо надання якісних публічних послуг.

У прикладному вимірі децентралізація супроводжується адміністративно-територіальною реформою – процесом раціоналізації територіальної організації публічної влади. Моделі такої раціоналізації можуть бути різними і відповідають особливостям розвитку національних державно-правових систем. Наприклад, у Франції децентралізація з 1982 року супроводжувалась трансформацією субнаціонального рівня публічної влади на рівні комун, департаментів і регіонів без укрупнення комунального рівня самоврядування, а шляхом розвитку і посилення міжмуніципального співробітництва. У Польщі, з 1990 року, на відміну від Франції, процес децентралізації на гмінному, пов'язаному, воєводському рівнях супроводжується значним укрупнення гмінного самоврядування з метою акумуляції на ньому фінансових ресурсів.

Законодавчі розробки стосовно децентралізації знаходять свого практичного спрямування під час конституційної реформи 2004 року. В цей період активну нормотворчу позицію займають Асоціація міст України, Інститут громадянського суспільства, Центр політико-правових реформ. 8 грудня 2004 року Верховна Рада України приймає у першому читанні конституційний законопроект 3207 – І, який стосується реформування територіальної організації влади і закладає конституційну конструкцію децентралізації. Цей законопроект широко обговорюється громадськістю, в органах місцевого самоврядування, на Всеукраїнських муніципальних слуханнях і в цілому знаходить підтримку муніципального загалу. Розпочинаються спроби проведення адміністративно-територіальної реформи за участю організацій громадянського суспільства, проте непослідовна політика владної верхівки (реставрація радянської моделі у нових редакціях законопроекту 3207 – І у 2005, 2006 роках; недолуге інформаційно-просвітницьке забезпечення реформи тощо) призводить до її фіаско. Де-факто процес реформування, децентралізації у конституційному вимірі був загальмований на 10 років. В підсумку це вплинуло на розгортання сепаратистських настроїв, глобального конфлікту на сході і півдні України.

Поза конституційним процесом (хоча він формально продовжувався в рамках Національної конституційної ради) у 2008, 2009 роках за участю представників громадських організацій та об'єднань були розроблені ряд важливих концептуальних, нормативно-правових та методичних документів, які безпосередньо стосуються реформи місцевого самоврядування. Серед них: Концепція державної регіональної полі-

тики, затверджена протокольним рішенням Кабінету Міністрів України 2 липня 2008 року; Концепція формування системи підвищення кваліфікації посадових осіб місцевого самоврядування та депутатів місцевих рад, затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України 8 квітня 2009 року; Концепція реформи місцевого самоврядування, затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України 29 липня 2009 року; Концепція реформи адміністративно-територіального устрою; Проект Закону України «Про засади державної регіональної політики»; Проект Закону України «Про адміністративно-територіальний устрій України»; Методичні рекомендації щодо збору інформації та попереднього аналізу можливості формування дієздатних громад у регіонах; Рекомендовані головні повноваження органів публічної влади на різних рівнях адміністративно-територіальних одиниць.

У 2010 – 2013 роках процес децентралізації, розвитку громадянського суспільства на владному олімпі декларується, навіть приймаються певні рішення щодо його реалізації на рівні модернізації Конституції шляхом створення Конституційної асамблеї, прийняття Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства⁴, однак вони не знаходять виразу у суспільній практиці.

Інститути громадянського суспільства стали каталізатором реального, а не декларативного процесу децентралізації публічної влади в ході Євромайдану, революції Гідності, однією з ключових вимог якої була децентралізація, як альтернатива, супротив централізації публічної влади та її узурпації.

Громадські організації та об'єднання активно включаються у законотворчий, конституційний процес, до якого вони підійшли з нормотворчими наробками і збереженням інституційної пам'яті минулих років. Так, в Інституті громадянського суспільства під керівництвом його директора з питань науки та розвитку А.Ф. Ткачука було розроблено низку законопроектів, які безпосередньо торкалися децентралізації публічної влади. Серед них проекти законів: «Про внесення змін до Конституції України» (щодо децентралізації влади), «Про засади територіального устрою України», «Про місцеве самоврядування» (нова редакція), «Про місцеві органи виконавчої влади», «Про столицю України місто Київ», «Про

4 Указ Президента України «Про Конституційну Асамблею» від 17 травня 2012 року № 328/2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/328/2012>; Указ Президента України «Про стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації» від 24 березня 2012 року № 212/2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/212/2012>.

адміністративно-територіальну реформу». Ці та інші розробки знайшли відображення в науково-популярних виданнях Інституту.⁵

Зазначені проекти доопрацьовувались в Міністерстві регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства, обговорювались на засіданнях його Експертної ради та Цільової команди реформ з питань децентралізації, місцевого самоврядування та регіональної політики, були представлені в Уряд і внесені до Парламенту, який в 2014-2015 роках схвалив ряд законів, розроблених за участю інституцій громадянського суспільства.⁶ В Міністерстві створено також Міжвідомчу координаційну комісію з питань регіонального розвитку з представництвом громадських організацій та об'єднань.

Великий масив законотворчої роботи виконує Асоціація міст України, як Всеукраїнське об'єднання органів місцевого самоврядування.⁷ Представники українських міст, експерти асоціації беруть участь у підготовці законопроектів, лобювання їх проходження в міністерствах, Уряді, профільних комітетах Верховної Ради України, експертизі, моніторингу виконання, проводять значну інформаційно-просвітницьку діяльність щодо процесів децентралізації, видають навчально-методичну літературу, поширюють кращі практики місцевого самоврядування з міжмуніципаль-

-
- 5 Регіональна політика: правове регулювання. Світовий та український досвід. Видання друге, доповнене /за заг. ред. А. Ткачука. – К.: Леста, 2011. – 260 с. Ткачук А. Ф. Місцевий та регіональний розвиток. Участь громадян у місцевому розвитку. Практичний посібник для практичних людей / Анатолій Ткачук. – К.: ІКЦ «Легальний статус», 2012; Ткачук А. Місцеве самоврядування та децентралізація прак. посіб./ А. Ткачук; Швейцарський пр-т «Підтримка децентралізації в Україні – DESPRO». Л.: София, 2012; Ткачук А. Ф. Державна регіональна політика: від асиметрії до консолідації (робочий зошит) / Анатолій Ткачук. – К.: ІКЦ “Легальний статус”, 2013; Збірник проектів Законів України розроблених на основі Концепції реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади. – К.: Інститут громадянського суспільства, ІКЦ «Легальний статус», 2014; Ткачук А. Ф. Про децентралізацію, федералізацію, сепаратистів та ультиматуми (запитання та відповіді) / Анатолій Ткачук. – К.: ІКЦ «Легальний статус», 2014; Ткачук А. Ф. Естонія: місцеве самоврядування. Робочі записки / Анатолій Ткачук. – К.: К.І.С., 2015; Ткачук А. Ф. Латвія: довга дорога реформи. Робочі записки / Анатолій Ткачук. – К.: К.І.С., 2015; Анатолій Ткачук. Скандинавський шлях. Досвід реформ адміністративно-територіального устрою і місцевого самоврядування в Данії та Швеції / Анатолій Ткачук. – К.: Логос, 2015;
 - 6 Закон України «Про співробітництво територіальних громад». - Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2014, № 34, ст.1167; Закон України «Про засади державної регіональної політики». - Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 13, ст.90; Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». - Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 13, ст.91
 - 7 Закон України «Про асоціації органів місцевого самоврядування» від 16.04.2009 р № 1275 – УІ. - Відомості Верховної Ради України від 18.09.2009 — 2009 р., № 38, стор. 1444, стаття 534

ного співробітництва, об'єднання територіальних громад.⁸ В цю роботу включаються інші Всеукраїнські асоціації: Українська асоціація районних та обласних рад, Всеукраїнська асоціація сільських та селищних рад.

З ініціативи громадських експертів, міжнародних організацій та Секретаріату Кабінету Міністрів України 1 квітня 2014 року було створено Центр підтримки реформ (ЦПР).

Центр покликаний стати постійно діючим комунікаційно-координаційним майданчиком між експертною спільнотою та Урядом України у питаннях вироблення та просування проектів негайних антикризових реформ через розробку, просування та допомогу у втіленні громадськістю необхідного законодавства. ЦПР співпрацює з національними та міжнародними експертами. Серед них: експерти Реанімаційного пакету реформ, Українського незалежного центру політичних досліджень, Центру політико-правових реформ, експерти Transparency International Ukraine.

ЦПР здійснює організацію на рівні профільних міністерств діяльності робочих груп громадських та урядових експертів із напрацювання погоджених рішень щодо втілення реформ; узгодження на рівні Урядових комітетів позицій громадськості та органів влади в змістовних питаннях реформування; просування на рівні Кабінету Міністрів України підготовлених та погоджених рішень (в тому числі законопроектів); доопрацювання з експертними робочими групами конкретних рішень (планів заходів, інструкцій, розпоряджень тощо) щодо впровадження вже прийнятих нормативно-правових актів.

Характерним прикладом проходження подібних документів є розробка, узгодження та прийняття Кабінетом Міністрів України Розпорядження від 1 квітня 2014 року № 333-р «Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні».⁹

Для законодавчого забезпечення децентралізації влади та реформування місцевого самоврядування в Парламенті була утворена Експертна група з питань законодавчого забезпечення децентралізації влади, до складу якої увійшли представники асоціацій органів місцевого самоврядування, громадських організацій. Ця група напрацьовувала рішення

8 Див.: Навчальні посібники для органів місцевого самоврядування. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://auc.org.ua/page/navchalni-posibniki-dlya-organiv-mistsevogo-samovryaduvannya>

9 Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні» від 1 квітня 2014 р. № 333-р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>

щодо реформи місцевого самоврядування, розвитку місцевих громад, децентралізації влади. Серед її завдань був розгляд ініціатив органів місцевого самоврядування, територіальних громад, вивчення громадської думки щодо законодавчих ініціатив з питань місцевого самоврядування та сприяння органам державної влади у роз'ясненні основних положень реформ та очікуваних результатів територіальним громадам.¹⁰

Вагомий конструктивний, творчий і критичний вклад зробили та продовжують робити представники громадянського суспільства у процес оновлення Конституції України в частині децентралізації публічної влади. Президент України Указами від 3 березня 2015 року та 31 березня 2015 року сформував Конституційну Комісію,¹¹ до складу якої увійшли, зокрема, відомі вчені, керівники громадських організацій та об'єднань. В Комісії була утворена робоча група з питань децентралізації, яка брала безпосередню участь у підготовці проекту конституційного закону «Про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади».

Доволі інноваційною формою об'єднання зусиль інституцій громадянського суспільства, в тому числі з питань децентралізації став Реанімаційний Пакет Реформ (РПР) – громадська платформа, яка об'єднує провідні неурядові організації і експертів з усієї України та виконує функції координаційного центру з розробки та реалізації ключових реформ в Україні.

Місія РПР – об'єднання у просуванні реформ з метою розбудови незалежної, демократичної, правової української держави із заможним суспільством і рівними можливостями кожної особи на розвиток і самореалізацію.

Стратегічна мета РПР – реалізувати ключові реформи, які приведуть до утвердження відкритого суспільства, підзвітності влади суспільству, нових відносин між громадянином і державою, безпеки і добробуту українського народу.

Громадські організації – учасники РПР: Асоціація з енергоефективності та енергозбереження, Асоціація податкових консультантів, Асоціація розвитку і безпеки, Громадська мережа ОПОРА, Інститут

10 Засідання Експертної групи з питань законодавчого забезпечення децентралізації влади 09.02.2015р. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.chairman.rada.gov.ua/news/main_news/727710.html.

11 Указ Президента України «Про Конституційну Комісію» від 3 березня 2015 року № 119/2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/119/2015/print1455097315869078>; Указ Президента України «Питання Конституційної Комісії» від 31 березня 2015 року № 190/2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/190/2015/print1455097380855986>

виборчого права, Інститут громадянського суспільства, Інститут економічних досліджень та політичних консультацій, Інститут медіа права, Інститут соціально-економічної трансформації, Комітет виборців України, Український науковий клуб, Український незалежний центр політичних досліджень, Центр економічної стратегії, Центр протидії корупції, Центр політико-правових реформ, Центр політичних студій і аналітики, Центр розвитку інновацій НаУКМА, Transparency International Ukraine – всього, більше 50 організацій.

Одним із пріоритетних напрямів РПР є децентралізація, яка збільшує ефективність використання ресурсів та є гарантією незворотності демократичних процесів. Концептуальна позиція РПР полягає в тому, що ефективна місцева влада базується на трьох головних складових: 1) повноваження – оптимальний розподіл повноважень між різними рівнями влади; 2) ресурси – обсяг ресурсів повинен відповідати повноваженням; 3) відповідальність – влада має відповідати за ефективність перед народом, та за законність перед державою.

РПР вважає, що пріоритетними завданнями у сфері децентралізації є: створення ефективної та збалансованої системи органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади, що мають необхідні повноваження, достатні ресурси та є відповідальними перед суспільством і державою; визначення оптимальної для України системи адміністративно-територіального устрою; розмежування повноважень у системі органів місцевого самоврядування та системі органів виконавчої влади на місцях за принципом субсидіарності; розмежування повноважень між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на засадах децентралізації влади; створення належних матеріальних, фінансових (фінансова децентралізація) та організаційних умов для забезпечення здійснення органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень; забезпечення прогнозованого фінансування регіонального розвитку.¹²

В Аналітичній записці Центру політико-правових реформ та Реанімаційного пакету реформ (ЦППР та РПР) щодо проведення конституційної реформи (16-31 березня 2016 р.) в частині децентралізації зазначається, що проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) дотепер очікує розгляду Парламентом. Цей законопроект було внесено до Парламенту Президентом України та попередньо схвалено Парламентом VIII скликання 31 серпня 2015 р. на другій сесії,

12 Див.: Електронний ресурс. – режим доступу: <http://rpr.org.ua/groups-rpr/detsentralizatsiya/>

а Постановою Верховної Ради «Про порядок денний четвертої сесії Верховної Ради України восьмого скликання» № 974-VIII було включено до порядку денного Парламенту. Питання щодо конституційності ухвалення конституційних змін Парламентом на двох непослідовних сесіях сьогодні розглянуто в Конституційному Суді. При цьому експерти ЦППР і групи «конституційна реформа» РПР застерігають від порушення конституційної процедури при внесенні змін до Конституції щодо децентралізації та правосуддя. Вказане Рішення Конституційного Суду викликало велику критику правничої спільноти, а також має шість окремих думок суддів Конституційного Суду. Експерти дотримуються позиції, що відповідно до ст. 155 Конституції потрібні дві послідовні чергові сесії Парламенту. Положення Конституції є однозначними – стаття 155 Конституції України чітко встановлює часовий проміжок зміни Конституції – це мають бути дві послідовні сесії Парламенту. Експерти наполягають на попередній практиці внесення змін до Конституції та правових позиціях Конституційного Суду, а саме: у Рішенні від 17 жовтня 2002 р. (справа № 1-6/2002) Конституційний Суд звертав увагу, що «з сесійним характером роботи Верховної Ради України Конституція України пов'язує й певні особливості здійснення її повноважень ... Питання про внесення змін до Конституції України має бути розглянуте і вирішене на двох чергових сесіях Верховної Ради України послідовно (стаття 155 Конституції України)» (п. 3 мотивувальної частини Рішення).¹³

26 лютого 2016 року Президент України видав Указ «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні», яким було затверджено Національну стратегію сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки.¹⁴ Пункт 4.2. Національної стратегії передбачає забезпечення ефективних процедур участі громадськості під час формування та реалізації державної, регіональної політики, вирішення питань місцевого значення. За цим стратегічним напрямом ставляться наступні завдання:

унормування на законодавчому рівні: порядку проведення органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування консультацій з громадськістю щодо проектів нормативно-правових актів під час їх розроблення зі встановленням вичерпного переліку випадків, коли такі консультації не проводяться, та механізму запобігання порушенню

13 Див.: Електронний ресурс. – Режим доступу: http://pravo.org.ua/ua/news/constitutional_order/constitutional_reform/

14 Указ Президента України «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» від 26 лютого 2016 року № 68/2016. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/682016-19805>

вимог щодо обов'язковості таких консультацій; порядку ініціювання та проведення місцевих референдумів; гарантій реалізації права на мирні зібрання із закріпленням вичерпного переліку підстав для обмеження мирних зібрань; порядку ініціювання, проведення загальних зборів (конференцій) членів територіальної громади за місцем проживання та реалізації їх рішень; обов'язковості затвердження у кожній територіальній громаді її статуту, що визначає, зокрема, порядки організації громадських слухань, внесення місцевої ініціативи та реалізації інших форм демократії участі; сприяння запровадженню на рівні органів місцевого самоврядування публічних консультацій з громадськістю, громадської експертизи їх діяльності та діяльності їх виконавчих органів, посадових осіб, комунальних підприємств, організацій та установ; сприяння запровадженню обов'язкових публічних консультацій у процесі підготовки проектів Державного бюджету України та місцевих бюджетів; визначення порядку здійснення громадської експертизи діяльності з надання адміністративних послуг, а також діяльності бюджетних установ, які надають соціальні послуги; створення ефективного механізму реалізації права громадян на звернення до органів місцевого самоврядування з електронними петиціями; сприяння включенню до регламентів місцевих рад обов'язкових процедур забезпечення інформаційної прозорості і відкритості, у тому числі питань залучення громадськості до підготовки проектів актів, що мають важливе суспільне значення.

Отже, поле законотворчих ініціатив інститутів громадянського суспільства значно розширюється і це є запорукою їх подальшого розвитку.

О. В. Сінькевич

к.ю.н., доцент, доцент кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ І ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА: СПІЛЬНЕ ТА ВІДМІННЕ

Відзначення 20-ої річниці Конституції України є приводом для переосмислення здобутків розвитку вітчизняної конституційної доктрини, правотворчої та правозастосовної практики за останні десятиліття, а також підставою для виявлення та усунення недоліків Основного Закону та механізмів його функціонування. Успішним прикладом конституційної реформи має всі шанси стати Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 р., який набирає чинності 30 вересня поточного року. Реалізація його положень надасть нового звучання інститутам судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України, а також прокуратурі та адвокатури. Тобто, оновлена Конституція України набуде нових, реальних функцій, активізує свою функціональність.

Після Революції гідності 2014 року конституційні процеси в Україні сприяли трансформації атрибутивного конституціоналізму, в функціональний. Безліч важливих цінностей класичного західного конституціоналізму (парламентаризм, поділ влад, субсидіарність і децентралізація місцевого самоврядування та ін.) перестали бути унормованими, але недосяжними для України. Норми-завдання, норми-принципи і норми-дефініції отримали законодавчі та інституційні механізми своєї реалізації. Але, забезпечення функціональності конституційного права потребує й свого ґрунтового теоретико-методологічного забезпечення. Останнє ж зумовлює дослідження функцій конституційного права, їх співвідношення з функціями Конституції України, виявлення спільних і відмінних якостей цих споріднених, хоча й не тотожних функцій.

Відзначимо, що дослідження вище окреслених проблем на сьогодні ускладнюється малодослідженістю категорії «функції конституційного права». Так, популярне в сучасній юридичній науці поняття функцій права, як основних (головних) напрямів і видів цілеспрямованого впливу права на відповідні суспільні відносини, не викликає заперечень щодо

своєї конструкції та загалом узгоджується з етимологією слова «функція» (*functio* - «здійснення, виконання»).

У науці конституційного права популярним залишається визначення функцій цієї галузі права, як «напрямів або видів впливу конституційного права на суспільні відносини». ¹ Але, наведене розуміння функцій конституційного права, обґрунтоване в працях В.Ф. Погорілка, не дає відповіді на запитання про їх цілі, мету, задачі та призначення в механізмі конституційно-правового регулювання тощо.

Більш результативними для української науки, як на наш погляд, виявились дослідження функцій Конституції України. При цьому, функції конституції та конституційного права традиційно порівнюють, знаходячи у них спільне та відмінне. Свого часу В.Ф. Мелашенко навіть писав: «Функції конституції мають багато спільного з основними функціями права; більше того, вони аналогічні їм, базуються на них. ... Конституції властива неабияка соціальна активність, що обумовлює її аксіологічну цінність. Це та основа, на якій базуються інші функції: економічна, політична, ідеологічна, інформативна, педагогічна тощо». ² Тобто, Конституція розглядалася свого часу В.Ф. Мелашенком як аксіологічна основа системи функцій конституційного права та конституціоналізму в цілому.

Звичайно ж, функції конституційного права не можуть повністю отожднюватися з функціями Основного Закону. Вони є більш різноманітними, всеосяжними, тотальними. Разом із тим, методологічні підходи наукових досліджень функцій Конституції України і результати відповідних досліджень заслуговують на увагу. У цьому сенсі слід погодитись із О.В. Скрипнюком, який стверджував, що висвітлення функцій Основного Закону стосується не лише Конституції України, а й її призначення в державі й функціонування права у суспільстві загалом. ³

Водночас, погляди учених-конституціоналістів на зміст категорії «функції конституції» також не відрізняються особливою методологічною глибиною та багатоманітністю підходів. На думку М.І. Малишка, «функції Конституції відображують найголовніші шляхи її впливу на розвиток держави і суспільства в сучасних умовах національного відродження

1 Погорілко В.Ф. Вибрані праці. До 75-річчя від дня народження / відп. ред.. акад. НАН України Ю.С. Шемшученко. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 86.

2 Мелашенко В. Ф. Основи конституційного права України: курс лекцій для студ. юрид. вузів і факультетів / В. Ф. Мелашенко. – К.: Вентурі, 1995. – С. 204.

3 Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практики реалізації. До 10-ої річниці прийняття Конституції України / О.В. Скрипнюк. – К.: Академія правових наук України, 2005. – С. 67.

України».⁴ Білоруський же учений Г.О. Василевич пише: «Функції – це основні напрямки впливу Конституції на оточуючу дійсність».⁵ Подібні погляди на функції конституції висловлюють і інші правознавці.

Не заперечуючи наукову цінність цих дефініцій, відзначимо їх аналогію з визначенням функцій права в загальній теорії права, а також надмірно абстрактний чи оціночний характер. Або ж спроби розкрити дефініцію через порівняння її з іншими, спорідненими категоріями і поняттями.

На наш погляд, функції Конституції України – це насамперед взаємоузгоджена система шляхів і способів утвердження цінностей конституціоналізму та досягнення мети і завдань конституційно-правового регулювання. Тобто, функціями Основного Закону є цілеспрямована та системна трансформація юридичної моделі конституційної держави і громадянського суспільства в дієву модель конституційних правовідносин у системі «людина-суспільство-держава» через відповідні правотворчі та правозастосовні механізми.⁶ Йдеться про трансформацію т.з. «букви конституції» в «дух конституції», тобто, в реальне конституційне право.

Функції конституції не зводяться до одного чи двох напрямків встановлення та регулювання суспільних відносин. Так, поширеною є класифікація функцій Конституції України на загальні та спеціальні, а також за сферами (об'єктами) впливу Основного Закону на суспільні відносини: політичні, економічні, соціальні, гуманітарні та ін. Нині їх також можна доповнити і такими новими функціями, як інформаційна, природоохоронна, антикорупційна, антитерористична тощо. Поза тим, привабливість такої класифікації для функцій конституційного права не заперечує нагальності інших, у тому числі й нових дослідженнях цієї проблематики.

Як відомо, однією з проблем комплексного пізнання функцій конституційного права є багатоманітність емпіричної бази дослідження. Так іще Л.Й. Петражицький більш ніж століття тому писав: «З відмінностями специфічної природи правової, атрибутивної, і моральної, часто імперативної, психіки пов'язана диференціація функцій, що здійснюються

4 Конституційне право України: підручн. / За ред. В.Я. Тація, В.Ф. Погорілка, Ю.М. Тодики. – К.: Український центр правничих студій, 1999. – С. 48.

5 Василевич Г.А. Конституционное право Республики Беларусь: учебн. / Г.А. Василевич. – Мн.: Книжный Дом, 2010. – С. 65.

6 Сінькевич О.В. Функції Конституції України і функції конституційного права: співвідношення та взаємодія / О.В. Сінькевич // Актуальні проблеми державно-правового розвитку України в контексті євроінтеграційних процесів: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 20-річчю Конституції України, м. Запоріжжя, 23-24 червня 2016 р. / Редкол.: С.К. Бостан (відпов. ред.), Р.М. Максакова, Ю.В. Філей. – Запоріжжя: «Просвіта», 2016. – С. 144.

в соціальному житті тією й іншою гілкою людської етики"⁷. Тобто, саме суб'єкт і мотиви його діяльності зумовлюють множинність функцій конституційного права, спрямованих на забезпечення конституційного правопорядку.

Якщо взяти до уваги, що відповідні функції, так чи інакше, охоплюють всю конституційно-правову діяльність і отримують своє продовження в правах та обов'язках людини і громадянина; правах народу, національних меншин і корінних народів; правах громадянського суспільства та правах і обов'язках інститутів громадянського суспільства; повноваженнях органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, то можна говорити про десятки тисяч функцій і субфункцій конституційного права. У цьому сенсі, слід погодитись із В.Ф. Мелашенком, який писав: «Багатство змісту, складність суспільних відносин обумовлює багатоплановість функцій, їх інтравертну і екстравертну спрямованість».⁸

Правова наука пропонує доволі розгалужену систематику (номенклатуру) цих функцій, яка зручно корелюється з функціями конституції та функціями держави. На наш же погляд, функції конституційного права слід класифікувати, у першу чергу, за їх 1) сутністю, 2) змістом, 3) суб'єктами, 4) формами і 5) механізмами реалізації. Зокрема, щодо суб'єктів реалізації, можна виділити функції народу України, Української держави, територіальних громад, національних меншин і корінних народів, громадянського суспільства та його інститутів, політичних партій, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб тощо. Адже права, обов'язки і повноваження суб'єктів конституційного права є нічим іншим як легітимізованими і позитивно закріпленими функціями конституційного права.

Завершуючи дослідження проблем співвідношення функцій Конституції України та конституційного права, зупинимось на окремих проміжних висновках. По-перше, первинною функцією конституцій стало втілення основних ідеалів конституціоналізму, а також здобутків революцій і війн за незалежність, у повсякденне життя суспільства та держави. Але, з часу набуття чинності першими конституціями, останні стали джерелом для все нових і нових функцій конституційного права (правозахисна, правоінтерпритаційна, просвітницька *etc*). Тому, за своєю сутністю,

7 Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий // Петражицкий Л.И. Выбранные работы: в 2 кн.; Кн. 2 / уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. – К.: Либідь, 2011. – С. 132.

8 Мелашенко В. Ф. Основы конституционного права Украины: курс лекций для студ. юрид. вузов і факультетів / В. Ф. Мелашенко. – К.: Вентури, 1995. – С. 203.

функції Конституції та конституційного права є взаємодоповнюючими і взаєможивучими розвиток одна однієї.

По-друге, за своїм обсягом свого впливу на суспільні відносини (за предметом) функції конституційного права є ширшими від функцій Конституції України. Адже предметом Основного Закону є не лише суспільні відносини, а й правова наука та освіта, просвітницька чи експертна діяльність тощо. Водночас, функціонування конституційного права, як галузі права, не повинне бути занадто відмінним від предмету правового регулювання Основного Закону. В інакшому випадку, функції конституційного права матимуть схоластичний, безвідносний до реальних проблем конституційної правотворчості та правозахисної діяльності.

М. В. Співак

к.ю.н., докторант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України

РЕЙТИНГ КРАЇН СВІТУ ЗА ФІНАНСУВАННЯМ СИСТЕМИ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

В останні десятиріччя для аналізу систем охорони здоров'я використовуються різні підходи. Так, підхід, запропонований Мілтоном Ромером передбачає опис з наступним порівнянням систем охорони здоров'я багатьох країн світу. Система охорони здоров'я визначається через показники ресурсів, зокрема кількість лікарняних ліжок, медичних працівників, інші кількісні показники (захворюваність, смертність, середня тривалість життя), а також через особливості урядових програм. Такий підхід до аналізу надає значну кількість описових деталей окремих систем охорони здоров'я, але не формулює чіткі висновки та рекомендації щодо того, як змінити систему, як розуміти політичні процеси, що впливають на діяльність охорони здоров'я, як виробити суспільно необхідні принципи для оцінки поточних проблем або майбутніх дій.

Підхід, запропонований Джеремі Харстом, заснований на джерелах фінансових ресурсів. Харст вивчав системи охорони здоров'я з точки зору притоку фінансових ресурсів і методів оплати медичних послуг між групами населення та медичними закладами. Він розглядав систему охорони здоров'я як закриту систему, в якій обсяг медичних послуг відповідає фінансовим надходженням. Сучасний розвиток цього підходу у формі Національних рахунків охорони здоров'я забезпечує складніший аналіз і часто надає додаткову характеристику руху потоків фінансових ресурсів від джерел доходів через посередників до надавачів медичної допомоги. Однак, найсуттєвішим недоліком цього підходу є зосередження на описі¹.

Економічна теорія виробила іншу концептуальну модель для розуміння системи охорони здоров'я. Але складність полягає в тому, що система охорони здоров'я, навіть у межах однієї країни, є поєднанням багатьох

1 Євген Латишев. Лекція № 1 (2012) освітнього проекту за очно-заочною формою з елементами дистанційного навчання зі спеціальності «Організація і управління охороною здоров'я». Проект організований спільно Національною медичною академією післядипломної освіти імені П. Л. Шупика та редакцією журналу «Управління закладом охорони здоров'я» Видавничого дому МЦФЕР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://medsprava.com.ua>

різноманітних ринків для різних товарів і послуг у різних географічних зонах. Оскільки окремі ринки рідко вивчалися детально, то в такому аналізі не вистачає розуміння їхньої взаємодії. Більш того, економічна парадигма оперує схемою попиту й пропозиції, де рівень цін є орієнтиром як для споживача, так і для виробника. Ринок медичних послуг стимулює розвиток ринку страхування на випадок хвороби і створює стимули, які керують виробництвом, – від сучасних медичних технологій до нових ліків і обладнання. Одночасно необхідно враховувати істотний вплив пропозиції на попит і на поведінку пацієнтів.

Крім того, у багатьох країнах більша частина системи охорони здоров'я не організована згідно з ринковими принципами. А якщо і існують такі ринки, вони часто конкурентно недосконалі. Враховуючи вказані складнощі і орієнтуючись на конкурентну модель, очевидно, що мікроекономічна теорія пропонує недостатньо рекомендацій щодо удосконалення систем охорони здоров'я на макрорівні і, зокрема, щодо поліпшення загального стану здоров'я громадян та показників збільшення національних витрат на охорону здоров'я тощо.

Одним з останніх підходів є порівняльний аналіз функціонування систем охорони здоров'я окремих країн світу, запропонований Всесвітньою організацією охорони здоров'я. Відповідно до цього підходу національні системи охорони здоров'я класифікуються на основі певних показників з використанням узагальнюючої комплексної структури для проведення порівняльного аналізу. Аналізуються головні цілі фінансування системи охорони здоров'я: збір чи накопичення (collection), об'єднання (pooling) та купівля (purchasing)².

Такий підхід не містить розширеного аналізу причин неадекватного функціонування систем охорони здоров'я в окремих країнах світу, детальної дискусії щодо того, що можуть зробити розробники державної політики та урядовці для поліпшення діяльності системи на основі існуючих традицій, суспільних потреб та міжнародних норм і стандартів.

Як стверджують М.В. Шевченко, Л.А. Карамзіна, О.О. Дорошенко системи фінансування охорони здоров'я мають три важливі взаємопов'язані фактори: 1) мобілізація фінансових ресурсів; 2) об'єднання їх для розподілу фінансових ризиків, пов'язаних з оплатою послуг; 3) використання наявних фінансових коштів на придбання і надання

2 Евген Латишев. Лекція № 1 (2012) освітнього проекту за очно-заочною формою з елементами дистанційного навчання зі спеціальності «Організація і управління охороною здоров'я». Проект організований спільно Національною медичною академією післядипломної освіти імені П. Л. Шупика та редакцією журналу «Управління закладом охорони здоров'я» Видавничого дому МЦФЕР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://medsprava.com.ua>

необхідних медико-санітарних послуг. Для прийняття рішень у сфері політики потрібні фактичні дані про переваги і недоліки різних фінансових стратегій та інституціональних механізмів, а також своєчасні дані, які дають змогу контролювати і модифікувати свої фінансові системи. При проведенні реформ системи фінансування багато країн прагнуть отримати як технічну, так і політичну підтримку ВООЗ³.

Окрім цього, існують різного роду рейтинги на визначення ідеальної соціальної сфери, екологічного середовища, країни для здорового проживання або моделі охорони здоров'я на основі певних критеріїв.

Так, Зімбабве і Мальта мають найкращий клімат на планеті, за даними щорічного рейтингу *The best climate on Earth* журналу *International Living*, складеного на основі дослідження 192 країн. У той же час, у рейтингу найбільш комфортних міст світу, складеному британським *Economist Intelligence Unit*, столиця Зімбабве, місто Хараре, опинилося на останньому місці, поступившись у привабливості таким містам як Дакка в Бангладеш, Порт-Морсбі в Папуа-Новій Гвінеї, і Лагос у Нігерії.

Хараре отримало найнижчі бали з 140 досліджуваних країн за такими позиціями як стабільність, культура, навколишнє середовище, охорона здоров'я, інфраструктура і освіта. Хоча всього в 365 кілометрах на північ від найгіршого міста на землі – Хараре, розташоване унікальне озеро Каріба, клімат та екологічний стан якого значаться в числі світових лідерів. Атмосфера саме цього озера багато в чому визначає клімат в Зімбабве⁴.

Нідерланди мають найкращу в Європі систему охорони здоров'я. Про це свідчить дослідження шведської компанії *Health Consumer Powerhouse* «Європейський індекс споживачів послуг охорони здоров'я» (*Euro Health Consumer Index*). Індекс було складено за п'ятьма основними індикаторами (права пацієнтів та інформація, доступність (скільки треба чекати, щоб отримати лікування), результат, запобігання захворюванням, фармакологія), кожний з яких розділили на підкатегорії.

Перше місце у загальному рейтингу посіли Нідерланди з 872 балами з максимальних 1000. На другій сходинці опинилась Данія (822), на третій – Ісландія (799), на четвертій – Люксембург (791), на п'ятій – Бельгія (783).

До десятки найкращих увійшли також Швеція (775), Швейцарія (769), Франція (766), Норвегія (756), Фінляндія (752).

3 М.В. Шевченко, Л.А. Карамзіна, О.О. Дорошенко. Фінансування системи охорони здоров'я: зарубіжний та вітчизняний досвід України. *Здоров'я нації*. 2012. № 2 (22). С. 97-100.

4 Зімбабве і Мальта визнані країнами з найкращим кліматом на планеті. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://news.finance.ua/ua/news/-/230892/zimbabwe-i-malta-vyznani-krayinamy-z-najkrashhym-klimatom-na-planeti>

Останні сходинки у рейтингу посіли переважно Балканські країни Сербія, Македонія, Албанія, а також Болгарія та Румунія.

За витратами на охорону здоров'я на одну людину перші місця в Європі посідають Люксембург, Норвегія, Швейцарія.

За забезпеченням пацієнтів інформацією та забезпеченням їх прав лідирують Данія, Нідерланди та Велика Британія. А найкращий доступ до медичних послуг мають громадяни Швейцарії, Люксембургу та Бельгії⁵.

Існують і інші рейтинги у дослідженні даного питання. В основу яких було покладено число витрат на душу населення. Як не дивно США опинилися на 37-му місці, 36 – Коста-Ріка, 35 – Домініканська Республіка, 34 – Данія, 33 – Чилі, 33-Чилі, 32 – Австралія, 31 – Фінляндія, 30 – Канада, 29 місце отримала марокканська система, що включає державний і приватний сектор. 28 – універсальна і обов'язкова ізраїльська охорона здоров'я, 27 – Об'єднані арабські Емірати з урядовими вкладеннями та приватним сектором, 26 – Саудівська аравійська система охорони здоров'я де уряд і Міністерством охорони здоров'я забезпечують 80%% з послуг. Приватний сектор забезпечує залишок – 20% послуг. На 25 місці опинилася Німеччина з найстарішою універсальною системою охорони здоров'я. Де 90% німців користуються громадською системою і 10% користуються приватною системою. 24 місце – Кіпрська система охорони здоров'я з державним і приватним сектором, а також фахівцями високого рівня медичної підготовки. 23 місце – Швеція, що пропонує охорону здоров'я кожному громадянину і навіть гарантує допомогу незаконним мігрантам. 22 місці – подвійна система Колумбії 60% колумбійців користуються громадською системою. 21 – Бельгійська змішана система охорони здоров'я. На 20 місці – система Швейцарії, де охорона здоров'я гарантована усім громадянам. 19 – вільна Ірландська система вільна де кожен громадянин вправі вибрати систему оплати в залежності від свого прибутку. 18-Англія з Національною Охороною здоров'я. 17 місці – голландська універсальна оздоровча система. 16 місці – Люксембург з обов'язковою системою страхування і частиною приватного сектора. 15 – система охорони здоров'я Ісландії з відсутністю приватного сектора. 14 – Грецька національна охорона здоров'я. 13 – Монако з подвійною системою. 12 місці – Португалія з дуже централізованою системою охорони здоров'я. 11 місці – Норвегія. 10 місці – система охорони здоров'я Японії з обов'язковим медичним

5 ТОП-10 кращих систем охорони здоров'я у ЄС. 24 липня 2012. ПрАТ «Телерадіокомпанія Люкс». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zaxid.net/news/showNews.do?top10_krashhih_sistem_ohoroni_zdorovya_u_yes&objectId=1260781

страхуванням. 9 місце – Австрійська система охорони здоров'я. 8 місці – Система охорони здоров'я Оману. На 7 місці – Іспанія, 6 місці – система охорони здоров'я Сінгапуру, 5 місці – Мальта, 4 місці – Андорра, 3 місці – Сан-Маріно, 2 місці – Італія та 1 місці – французька система охорони здоров'я з приватним і державним сектором⁶.

За підсумками 2015 року Нідерланди і Люксембург витрачають найбільше коштів на охорону здоров'я своїх громадян серед країн ЄС. Трохи відстають від Нідерландів Франція (11,2%), Німеччина (10,9%), Бельгія (10,9%), Данія (10,6%) та Австрія (10,4%).

Від 8 до 10 відсотків – в Португалії, Іспанії, Греції, Швеції, Фінляндії та Словенії. Від 7 до 8 – в Угорщині, Болгарії, Словенії, Чехії, Кіпрі, Хорватії. Серед аутсайдерів за видатками на охорону здоров'я виявилися Румунія (5,5%), Естонія (5,8%), Латвія (6%), Польща (6,3%), Литва (6,4%) і Люксембург (6,8 %).

В іншому рейтингу, де країни ЄС розміщені з розрахунку видатків на охорону здоров'я на одну людину, лідирує Люксембург, який витрачає 5535 євро на здоров'я кожного свого громадянина. Деяко менше витрачають Данія (4655 євро), Нідерланди (4215 євро) і Швеція (3899 євро).

Найменше в цьому рейтингу витрачають – Болгарія (400 євро), Латвія (508 євро), Польща (627 євро) і Литва (698 євро)⁷.

Кожен з наведених підходів і інформаційні рейтинги доводять, що в країнах ЄС спостерігається краще охоплення громадян і, відповідно, кращі результати у сфері охорони здоров'я. Безумовно, вбачається економічна залежність здоров'я населення від економічного зростання країни та політики уряду у даній галузі. У контексті євроінтеграції, європейський досвід для України дає всі можливості для запровадження сучасної моделі фінансування системи охорони здоров'я, яка б передбачала чіткі зрозумілі гарантії держави щодо медичної допомоги, кращий фінансовий захист для громадян, ефективний та справедливий розподіл публічних ресурсів та скорочення неформальних платежів. Запозичення досвіду європейської політики у поєднанні з національними особливостями дозволить створити індивідуальну модель охорони здоров'я і запровадити її в практику.

6 These Are The 36 Countries That Have Better Healthcare Systems Than The US. ADAM TAYLOR AND SAMUEL BLACKSTONE. Business Insider. Jun. 29, 2012, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.businessinsider.com/best-healthcare-systems-in-the-world-2012-6?op=1>

7 Рейтинг країн ЄС за видатками на охорону здоров'я очолили Нідерланди та Люксембург. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrinform.ua/rubric-health/1868773>

О. М. Стойко

канд. політ. наук, старший науковий співробітник

ПОЛІТИЧНІ ПАРТІЇ ЯК ПОСЕРЕДНИК У ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ

У політологічній літературі досі тривають дискусії щодо феномену політичних партій: чи є вони суспільно-політичним чи державним інститутом, виконуючи функцію посередника відстоюють інтереси громадянського суспільства чи держави?

На перших етапах становлення демократичних інститутів, коли виборчим правом були наділені лише окремі верстви населення, домінували партії правлячої еліти, що прагнули знайти компроміс між бажанням зберегти свій статус та потребами політико-економічного розвитку країни. З поширенням виборчого права почали з'являтися масові партії, які створювали постійні членські організації і виступали у ролі проміжного елемента між новими групами виборців та політичними інститутами, органами державної влади. Це дало підстави М. Веберу виділити партію знаті і масові партії¹. Як слушно зазначив Т. Погунтке, якщо партія знаті лише політизувала свої соціальні зв'язки, то масові партії з самого початку розбудовувалися в якості політичних².

В свою чергу М. Дюверже³ виділяв два шляхи формування партій: 1) виборчий і парламентський шлях (спершу створюються парламентські об'єднання, потім – виборчі комітети, і нарешті встановлюється постійний зв'язок між цими двома утвореннями); 2) зовнішній (у результаті втручання зовнішніх по відношенню до партій організмів: філософських спільнот, профспілок, церкви, народних клубів, газет). До 1900 року більша частина політичних партій створювалася першим способом, але з появою соціалістичних партій на початку ХХ ст. зовнішнє походження стає правилом. Перший шлях відповідає створенню політичних партій у країні, де не існує системи організованих партій, як тільки вона почи-

1 Weber M. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* / M. Weber. – Tübingen, 1980. – P. 837-851.

2 Poguntke T. *International vergleichende Parteienforschung* / T. Poguntke // Berg-Schlosser D., Müller-Rommel F. *Vergleichende Politikwissenschaft*. – Opladen, 2003. – P. 191.

3 Дюверже М. *Политические партии* / М. Дюверже. – М.: Академический Проект, 2002. – С. 36.

нає функціонувати, оформлюється другий шлях. При цьому для партій зовнішнього походження характерно: більша централізація (місцеві осередки створюють центральний орган для координації своєї діяльності), більша згуртованість та дисциплінованість.

М. Дюверже також удосконалив класифікацію, запропоновану М. Вебером, виділивши кадрові і масові партії. Кадрові партії, переважно консервативні або ліберальні за ідеологічними установками, представляють інтереси привілейованих прошарків суспільства, не мають масового членства та орієнтуються виключно на перемогу на виборах. Масові політичні партії, що відображають політичні уподобання соціальних низів, мають більш чітко вибудовану організаційну структуру і намагаються реалізувати на практиці соціалістичні, комуністичні або фашистські світоглядні принципи.

В інтерпретації З. Ноймана, існує два основних типи партій: I) індивідуального представництва, чії функції зводяться до артикуляції інтересів певних груп і патронажу; II) партії масової інтеграції, що претендують на роль агентів групової інтеграції, соціалізації та мобілізації. Вони в свою чергу діляться на демократичної та абсолютної інтеграції⁴.

Швидкий ріст популярності масових партій в кінці XIX – на початку XX ст., які можна розглядати як суспільно-політичний феномен, став домінуючою тенденцією розвитку політичних систем. Однак у другій половині XX ст. дослідники почали фіксувати поступове руйнування соціальної бази масових партій та зниження їх популярності. Зокрема Л. Епштейн відзначав, що з настанням епохи масових комунікацій та електоральних технологій партії повинні все більше нагадувати комітетські партії США, а за своєю внутрішню структурою нагадувати європейські партії знаті XIX ст.⁵. Але припущення Л. Епштейна не отримали емпіричного підтвердження, оскільки масові партії хоча і змінилися, але продовжують відігравати важливу роль у політичному житті розвинених демократичних країн, про що свідчить існування потужних соціал-демократичних та християнсько-демократичних партій.

В результаті зазначених вище процесів, відбувалася своєрідна конвергенція цих двох типів політичних партій, що проявилось у:

4 Neumann S. *Modern political parties. Approaches to comparative politics* / S. Neumann. – Chicago: 1956. – P. 395-421.

5 Epstein L. *Political parties in the American mold* / L. Epstein. – Madison: University of Wisconsin Press, 1986. – P. 159.

1) домінуванні професійних політиків (насамперед членів парламентських фракцій) за відносно незначного ступеня відповідальності на більш низьких партійних рівнях;

2) слабкому зв'язку між електоральною та членською базою при збереженні за останньою ролі важливого джерела надходжень фінансових коштів та відбору кандидатів на політичні посади, а також інструменту підтримання партії у робочому стані;

3) вираженій орієнтації на виборців, що виключає зосередження на окремих соціальних прошарках, але при цьому відсутнє прагнення до максимального розширення електоральної бази;

4) наявності вертикальних організаційних зв'язків, що мають за мету не лише створювати певний імідж, але і гарантувати певний рівень внутрішньо партійної демократії⁶.

Іншими словами, сучасні кадрові партії запозичили низку характеристик, які раніше вважалися обов'язковим атрибутом масових організацій, зберігши елітний характер. Ще одним результатом партійної еволюції стала поява так званих «всеїдних» або всеохопних партій (catch-all parties), описана О. Кіркхаймером. Виходячи з моделі ринкової демократії Е. Даунса, він охарактеризував їх як багатовекторні об'єднання, що пропонують виборцям різноманітне політичне меню, «формуючи політику, щоб виграти вибори, а не вигравати вибори, щоб формувати політику»⁷.

Характерними ознаками «всеохопної» партії є: радикальне усунення ідеологічних складових; зміцнення позицій професійних політиків у партійному керівництві; зменшення ролі рядових членів партії; електоральна стратегія, спрямована на залучення максимально широких верств населення; прагнення налагодити відносини з найрізноманітнішими групами інтересів⁸. Іншими словами йдеться про новий різновид партій масової інтеграції, що є результатом зниження класового протистояння та деідеологізації політики, виходу виборців за рамки власного соціального і конфесійного середовища. На думку О. Кіркхаймера, партії даного типу з часом посядуть домінуюче місце у партійних системах, результатом чого має стати скорочення кількості партій.

6 Koole R. The vulnerability of the modern cadre party in the Netherlands / R. Koole // Katz R., Mair P. (eds.) *How parties organize*. – L., 1994. – P. 299.

7 Downs A. *An economic theory of democracy* / A. Downs. – N.Y., 1958. – P. 28.

8 Kirchheimer O. *Der Wandel des westeuropäischen Parteien-systems* / O. Kirchheimer // Lenk K., Neumann F. *Theorie und Soziologie der politischen Parteien*. Bd. 2. – Darmstadt, Neuwied, 1974. – P. 124.

У кінці ХХ ст. почався новий етап розвитку політичних партій у розвинених демократичних країнах, який характеризувався значним зниженням їх суспільної значущості. Необхідність переходу до нової моделі поведінки була зумовлена падінням чисельності і старінням членської бази, ростом абсентеїзму, появою «антипартійно» налаштованих протестних угруповань тощо. Хоча така модель передбачала перш за все зміну взаємовідносин з державою, вона значно вплинула на внутрішню структуру політичної партії. На думку деяких дослідників, ці зміни виявилася настільки радикальними, що це дало підстави говорити про формування нового типу політичних партій – картельних (*cartel parties*).

Цей тип був концептуалізований Р. Кацем та П. Мейром, які виділили такі їх ознаки як:

- зрощування з державою шляхом доступу до публічних посад, зростання державного фінансування та проникнення у державні ЗМІ;
- ослаблення між партійної конкуренції: партії, що входять у владний «картель», вступають у договірні відносини щодо розподілу державних привілеїв, перешкоджаючи росту впливу нетрадиційних політичних акторів;
- посилення впливу осіб, що займають державні посади;
- підвищення ступеня персоналізації і професіоналізації політичної діяльності.

Такі зміни, на думку дослідників, свідчать про перехід політичних партій до принципово нового етапу розвитку, за якого вони перетворюються у «напівдержавні агентства»⁹.

Таке одержавлення партій зумовлене зменшенням соціального впливу політичних партій, що змушує їх компенсувати скорочення суспільної підтримки зростаючою орієнтацією на державні пільги та дотації. Це, в свою чергу, призводить до зростання ролі останніх як джерела фінансових і матеріальних ресурсів, що дають можливість політичним партіям здійснювати свою діяльність.

Каталізатором цього процесу є й те, що приналежність до «правлячого картелю» відкриває політичним партіям доступ до засобів масової інформації (ЗМІ), що контролюються державою. В умовах різкого зростання впливовості ЗМІ як засобів політичної комунікації той факт, що вони регулюються державою, надає партіям, включеним у державні структури, досить потужний інструмент впливу на виборців. Побічним

9 Katz R. Changing models of party organization and party democracy: The emergence of the cartel party / R. Katz, P.Mair // Party Politics. – 1995. – Vol. 1. – № 1. – P. 16.

наслідком цих процесів стає посилення тенденції до домінування у політичних партіях осіб, які займають урядові та парламентські посади, за одночасного скорочення членської бази партії.

Членом такого картелю можуть стати майже усі значимі політичні партії, оскільки всі вони мають доступ до державних посад, особливо якщо йдеться про регіональний та інші рівні державного управління. Навіть перебуваючи в опозиції, ці партії можуть розпоряджатися державними коштами, що, на думку Р. Каца та П. Мейра, свідчить про те, що значимі партії пов'язані між собою певною негласною угодою. Наявність міжпартійної змови, поряд з глибоким взаємопроникненням держави і політичних партій є найважливішою сутнісною ознакою партійного картелю.

Відзначаючи, що процес формування картельних угруповань поки що перебуває на ранніх етапах і ступінь його розвитку у різних країнах буде неоднаковою, Р. Кац та П. Мейр прогнозують, що найбільш яскраво виражені форми «картелізація» матиме там, де традиції міжпартійного співробітництва поєднуються з розгалуженою системою підтримки партій з боку держави і партійними привілеями у сфері патронажних призначень. Це насамперед стосується таких країн як Австрія, Данія, Німеччина, Норвегія, Фінляндія та Швеція.

Особливої уваги потребує процес партійного будівництва у молодих демократіях. Як зазначає відомий американський транзитолог Т. Каротез, на перших етапах формування політичних партій у цих країнах очікувалося, що вони виконуватимуть три важливих функції: 1) узагальнювати та артикулювати інтереси громадян; 2) структурувати виборчу конкуренцію та формувати політичний ландшафт; 3) забезпечувати узгоджену діяльність політичних груп в управлінні країною¹⁰. Однак на практиці з'ясувалося, що далеко не кожна політична партія здатна справитися з цими завданнями. «Партії повинні бути організовані навколо політичних ідеологій, а не етнічних, релігійних чи регіональних ідентичностей. Їх ідеологічні відмінності повинні бути видимими, але не надто акцентованими; екстремістські ідеології є небезпечними. Партії повинні бути не персоналістськими, організованими навколо харизматичного лідера, а організаціями з демократичною внутрішньою структурою, що працює зі своїми виборцями, прагне до відкритості, підзвітності та законослухняної поведінки. Вони повинні культивувати відносини з іншими соціальними

10 Carothers T. Aiding democracy abroad: The learning curve / T. Carothers. – Washington: Carnegie Endowment, 2011. – P. 142.

і політичними організаціями та спроможними працювати у коаліції, коли цього вимагатимуть обставини»¹¹.

Партії такого типу досить рідко зустрічаються у перехідних країнах. За результатами дослідження «Політичні партії та демократії», проведеного Р. Гантером та Л. Даймоном серед низки держав світу, були виділені 15 типів політичних партій, лише перші п'ять з яких відповідають демократичним моделям, характерних для країн Заходу: 1) масові класові; 2) плюралістично націоналістські; 3) релігійно масові; 4) всеохопні; 5) прагматичні; 6) місцевої знаті; 7) клієнтистські; 8) етнічні; 9) владні (партії влади); 10) персоналістські; 11) леніністські; 12) ультра націоналістичні; 13) релігійно фундаменталістські; 14) ліволіберальні; 15) постіндустріальні крайні праві¹².

Більше того, існує думка, що у багатьох країнах, що розвиваються, «політичні партії не можна розглядати як недорозвинені або слабкі; вони є фундаментально іншим видом організації, ніж їх західні прототиби»¹³.

В Україні активна діяльність представників правозахисних і націоналістичних рухів в 1980–1990-ті роки створювала сприятливі передумови для їх інституціоналізації у вигляді політичних партій, що мають за мету відстоювання інтересів громадянського суспільства, а не штучно створюються правлячою елітою задля контролю над політичними процесами. Однак такі партії не витримали конкуренції з партіями влади, що покладалися на величезний адміністративний та фінансовий ресурс свого керівництва та членів.

У результаті політичні партії мають один з найнижчих показників довіри громадян. Сьогодні партіям повністю або переважно довіряють 12% українців, а рейтинг недовіри складає 79%¹⁴. Найвищий показник довіри до партій був зафіксований у 2005 році – майже 2–4%. А членство в політичних партіях коливається у межах 3–5%¹⁵. Крім того, на думку 56,5% виборців жодна з майже 300 зареєстрованих Мінюстом політичних партій не захищає їх інтереси¹⁶.

11 Ibid. – P. 142-143.

12 Gunther R. Political parties and democracy / R. Gunther, L. Diamond. – Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2001. – P. 3-39.

13 Carothers T. Aiding democracy abroad: The learning curve. – P. 153.

14 Якою мірою Ви довіряєте політичним партіям? / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1086.

15 Чи є Ви членом якоїсь політичної партії? (2010-2015) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1085.

16 Чи є серед наявних політичних партій така, яка захищає Ваші інтереси? / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1083.

Не сприяє покращенню ситуації й запровадження державного фінансування політичних партій, що пройшли до парламенту. Справа не тільки в тому, що лише 13% українців вважають, що саме держава повинна фінансувати їх діяльність (14% – бізнесмени, 31% – прихильники партій, по 39% – рядові члени та лідери парій¹⁷), а свідчить про тенденцію до картелізації політичних партій, зафіксовану Р. Кацем та П. Мейром. З одного боку наявність гарантованих фінансових надходжень з боку держави унезалежнює партії від підприємців, що відстоюють свої інтереси, а з іншого – не стимулює партії до розширення членської бази, активної роботи осередків на місцях, орієнтує керівництво партій на мобілізацію електорату заради проходження у парламент, а не для вирішення суспільно значимих проблем. Крім того, такий підхід ставить нові партії у невідгідне становище по відношенню до парламентських партій.

У результаті представництво інтересів громадянського суспільства може бути монополізоване невеликою кількістю політичних партій, орієнтованих насамперед на розширення і зміцнення своїх позицій в органах державної влади, що може призвести до порушення зворотного зв'язку між громадянами та державою, зменшення легітимності державних інститутів та дестабілізації політичної ситуації.

17 Хто, на Вашу думку, повинен фінансувати діяльність партій? / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=1091.

М. І. Суржинський

к.ю.н., молодший науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ГРОМАДЯНСТВО В КОНТЕКСТІ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Серед розмаїття думок, визначень, концепцій та теоретико-методологічних підходів, запропонованих вітчизняною і світовою політико-правовою наукою щодо аналізу сутності, змісту і призначення громадянського суспільства, тим спільним, що поєднує часто діаметрально протилежні теорії, є визнання більшістю дослідниками громадянина центральною фігурою громадянського суспільства, навколо якої все обертається, його опорою¹.

Але громадянське суспільство — це не просто сукупність окремих громадян. Громадянським робить його не ця сукупність, а така його інтегративна якісна визначеність, як громадянство. Воно є однією з фундаментальних категорій концепції громадянського суспільства і означає наділення та забезпечення громадян відповідними правами та умовами існування. Ознаками громадянина є легальний статус його як повноправного члена суспільства і володіння ним сукупністю прав і свобод, належність яких і робить особу громадянином². Згідно з Законом України “Про громадянство України” від 18 січня 2001 р. громадянство України — це правовий зв’язок між фізичною особою та Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах і обов’язках³. Виходячи з цього складовими елементами громадянства слід вважати: 1) особу; 2) державу; 3) правовий зв’язок між особою та державою; 4) взаємні права, обов’язки особи та держави.

-
- 1 Кресіна І.О. Особливості становлення громадянського суспільства в Україні //І.О. Кресіна //Громадянське суспільство і держава в Україні: проблеми взаємодії. Матеріали методологічного семінару. Відп.ред.: В.В. Цветков, І.О. Кресіна. Упорядник Є.В. Перегуда. - К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. - С. 11. - 84 с.
 - 2 Співак В.М. Громадянське суспільство в Україні: проблеми становлення та трансформації / В.М. Співак // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. - Вип. 48. - К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010. - с. 616. - С. 613-620
 - 3 Закон України “Про громадянство України” від 18 січня 2001 р. //Відомості Верховної Ради України. - 2001. - №3. - Ст. 65

Треба зазначити, що формування громадянського суспільства передусім залежить від свідомих громадян. Вони мають чітко усвідомити, що це їх право та обов'язок впливати на державу та владу, створюючи громадянське суспільство. Таким чином, громадянин це не тільки належність до відповідної території, а її усвідомлення себе як частини громадянського суспільства, що формує його і впливає на його розвиток⁴.

Саме завдяки громадянству, наголошує В.О. Корнієнко, громадянське суспільство певною мірою дистанціюється від держави і соціуму, набуваючи характеру автономної сфери суспільного життя. Однак, продовжує автор, щоб повністю з'ясувати природу громадянського суспільства одного посилання на громадянство замало. Громадянство є лише формальною характеристикою соціальної діяльності і не враховує конкретної активності індивіда та її спрямованості⁵. Тому щоб глибше проникнути у сутність громадянського суспільства, варто звести зміст поняття громадянства до правового статусу особи й бачити в громадянстві необхідну передумову її прав та обов'язків. Адже громадянство є багатоаспектною категорією, яка охоплює широке коло явищ, одним зі яких є правовий стан (становище), частина правового статусу особи. Іншими словами, невід'ємним елементом побудови структури функціонування системи координат "держава — громадянство — громадянське суспільство" є громадянин.

Розуміння людини (особи) як громадянина має надзвичайно важливе значення для характеристики її правового становища. Громадянство є тією підставою, яка дозволяє особі, що має статус громадянина, повною мірою прилучатися до політичного, економічного, правового, культурного життя громадянського суспільства і держави. Як слушно зазначав В.Ф. Погорілко, обсяг прав і свобод, якими особа може користуватися в окремій державі, а також обсяг обов'язків, що покладені на неї цією державою, знаходяться у прямій залежності від наявності чи відсутності в особи статусу громадянина даної держави⁶. Отже, громадянські та політичні, економічні, соціальні та культурні права у повному обсязі надаються саме громадянам суверенної держави. З урахуванням того значення, яке інститут громадянства має для кожної людини, грома-

4 Матвійчук А.В. Громадські організації як чинник становлення громадянського суспільства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. політ. наук: спец. 23.00.02 "Політичні інститути та процеси" /А.В. Матвійчук. - К., 2008. - 20 с.

5 Корнієнко В.О. Становлення інститутів громадянського суспільства та його правове забезпечення /В.О. Корнієнко //Актуальні проблеми держави і права. - 2006. - Вип. 27. - С. 435. - с. 435-441

6 Погорілко В.Ф. Конституційне право України: підручник /В.Ф. погорілко, В.Л. Федоренко; за заг. ред. В.Ф. Погорідка. - К.: Наук. думка; Президент, 2006. - С. 113-114. - 344 с.

дянського суспільства і держави, питання законодавчого регулювання пов'язаних з ним відносин віднесені Конституцією України до виключної компетенції Верховної Ради України (ст. 92).

У формулі «громадянське суспільство — громадянство — громадянин — держава» саме на державу покладається виконання однієї з передумов гармонійної взаємодії зазначених елементів. Адже для становлення і розвитку громадянського суспільства необхідна держава, сполучною ланкою між ними є громадянин. Саме держава володіє методом нормативно-правового регулювання у галузі громадянства, який впорядковує суспільні відносини за допомогою нормативно-правових актів. Тобто йдеться про об'єктивне право (систему законодавства). В такому контексті внутрішньо узгоджені нормативно-правові акти України, що регулюють відносини громадянства і являють собою органічну систему, становлять законодавство про громадянство України. З огляду на це, громадянство як державно-правове явище — це сукупність правових приписів, які регулюють відносини між державою та особою з приводу громадянства та закріплені в Конституції України, міжнародних договорах України, Законі України “Про громадянство України”, інших нормативно-правових актах.

Інший вітчизняний вчений конституціоналіст Ю.М. Тодика висловив слушну думку, що громадянське суспільство починається з громадянина, його свободи, благополуччя, активної позиції в політико-правовій сфері відносин. Відповідно завдання конституційного регулювання полягає в тому, щоб за допомогою конституційних приписів забезпечити умови для реалізації прав і свобод людини і громадянина⁷. Останні є не лише центральним об'єктом конституційно-правового регулювання в державі, але й чинником становлення і розвитку громадянського суспільства. Одним із таких прав є право кожної людини на громадянство. Згідно із Загальною декларацією прав людини 1948 р. (ст. 15) встановлено, що кожна людина має право на громадянство і ніхто не може бути його безпідставно позбавлений. У сучасний період дуже важливим документом є Європейська конвенція про громадянство 1997 р., де серед загальних принципів, що стосуються громадянства, зазначено, що кожна особа має право на громадянство (п. “а” ст. 4).

В Україні, яка після проголошення суверенітету стала на шлях побудови цивілізованої, демократичної, правової держави, у ч. 1 ст. 25 Конституції України, яка закріплена в Розділі “Права, свободи та обов'язки

7 Тодика Ю. Роль Конституції України в становленні громадянського суспільства / Ю. Тодика // Вісник Академії правових наук України — 1999. - № 2. - С. 4. - с. 3-12

людини і громадянина”, проголошено, що громадянин України не може бути позбавлений громадянства і права змінити громадянство. Тобто Конституція гарантує громадянам України за будь-яких обставин збереження громадянства і відповідний захист державою.

Зміст права кожної людини на громадянство полягає в тому, що громадянство є передумовою наявності у особи багатьох інших прав. Обсяг прав і свобод, якими особа може користуватися в окремій державі, а також обсяг обов’язків, що покладені на неї цією країною знаходяться у прямій залежності від наявності чи відсутності у особи статусу громадянина даної держави. Так, особливість політичних прав і свобод полягає в тому, що володіння ними, на відміну від особистих, економічних, соціальних і культурних прав та свобод, що належать кожній людині як біосоціальної істоті і члену громадянського суспільства, безпосередньо залежить від приналежності людини до громадянства даної держави. Ця особливість обумовлена тим, що реалізація політичних прав і свобод пов’язана із здійсненням політичної влади в державі. І державі не байдуже в чііх руках знаходиться вся повнота влади в країні. На думку багатьох дослідників, у системі політичних прав і свобод громадян право на участь в управлінні справами держави виступає як основне стрижневе політичне право. Воно юридично забезпечує реалізацію народовладдя та включення громадян до сфери прийняття й здійснення державних рішень. Неможливо уявити процес розбудови паритетних взаємовідносин між громадянським суспільством і державою, в якому би громадяни не брали участі в управлінні справами держави.

Переконані, що на даний час в Україні питання громадянства є важливим чинником для ефективного розвитку взаємовідносин у своєрідному розрізі співіснування: громадянське суспільство — громадянин — держава. При цьому слід зазначити, що громадянином України, як й будь-якої іншої держави, є не кожна людина, яка проживає на її території, а лише така, що знаходиться в особливих правових зв’язках з Україною, які визначають зміст громадянства. На відміну від населення України, яке є демографічною категорією, громадяни нашої держави утворюють її народ, який є правовою категорією.

У даному контексті заслуговує на увагу точка зору А.М. Колодія щодо структурних елементів громадянського суспільства, до яких слід відносити, зокрема, народ України⁸. Визначення українського народу міститься в преамбулі Конституції України: “Верховна Рада України від

8 Колодій А. Громадянське суспільство: ознаки, структурні елементи, співвідношення із державою /А. Колодій //Право України. - 2014. - №4. - С.13. - с. 9-15

імені Українського народу — громадян України всіх національностей ...". Саме Український народ, відповідно до Основного Закону (ст. 5), є носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні. Тому належність особи до народу держави відбиває сутність громадянства. А це, в свою чергу, допомагає осмислити взаємодію держави і громадянського суспільства через інститут громадянства. Втім, незважаючи на глибокі зв'язки громадянства з громадянським суспільством, учені-конституціоналісти досліджують ці поняття, як правило, відносно держави, а не одне до одного.

Отже, громадянство у формулі «громадянське суспільство — громадянство — громадянин — держава» є: по-перше, фундаментальною категорією громадянського суспільства; по-друге, правовою категорією; по-третє, займає проміжну ланку між громадянським суспільством та державою, адже одні й ті самі суб'єкти є водночас і приватними особами у сфері громадянського суспільства, і громадянами, якщо їх розглядати у контексті взаємовідносин з державою.

Я. К. Товпеко

аспірант відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

РОЗРОБКА ПРОЕКТУ НОВОЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ДОЦІЛЬНІСТЬ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРЯМОЇ ЗАБОРОНИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКОЮ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ

Прийнята 1996 р. Конституція України проголосила рівність усіх людей у своїй гідності та правах, а також визнала права і свободи людини невідчужуваними та непорушними. Згідно ст. 24 Конституції, громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Однак, законодавець у Конституція України у переліку ознак, за якими не може бути привілеїв чи обмежень, прямо не передбачив такі антидискримінаційні ознаки як «сексуальна орієнтація», «гендерна ідентичність», «сексуальна ідентичність», проте, виходячи зі змісту статті, даний перелік не є вичерпним. Так, ч. 2 ст. 24 чинної Конституції забороняє привілеїв чи обмеження за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Не внесення до переліку захищених ознак сексуальної орієнтації та гендерної породжує ситуацію правової невизначеності, в умовах якої виникає потреба в роз'ясненні даної норми Конституції України. Конституційний Суд України своєю ухвалою відмовив у відкритті конституційного провадження за конституційним зверненням Всеукраїнської благодійної організації «Точка опори» щодо відповідного тлумачення на підставі пунктів 1, 2 статті 45 Закону України «Про Конституційний Суд України». Таким чином, подолання правової невизначеності щодо повного переліку ознак, за якими на конституційному рівні забороняється дискримінація, залишається невирішеним і актуальним питанням сучасного конституційного права України.

З огляду на резонансність теми питання обґрунтованості й доцільності закріплення прямої заборони дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в положенні нової Конституції України було обговорене на засіданнях Конституційної Комісії як спеціального допоміжного органу при Президентові України. Звернення із пропози-

ціями захисту на конституційному рівні як сексуальних меншин, так і традиційних сімейних цінностей надходять до Конституційної Комісії та скеровуються членам Робочої групи з питань прав людини і громадянина для опрацювання й вирішення питання можливості їх урахування.

Станом на 4 червня 2015 р. Робоча група з прав людини Конституційної комісії, що здійснює роботу над розробленням змін до розділу II «Права людини» Конституції України, представила запропоновані для публічного обговорення напрацювання, які передбачають внесення даної антидискримінаційної ознаки до Основного Закону. Зокрема, ст. 35 «Заборона дискримінації» було запропоновано сформулювати таким чином: «Користування правами та свободами, визнаними в цій Конституції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, етнічного або соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії або переконань, політичних та інших поглядів, належності до корінних народів та національних меншин, майнового стану, походження, обмеженої працездатності, віку або сексуальної орієнтації».

Варто зазначити, дане формулювання видається нам більш повним та наближеним до європейських стандартів прав людини, однак потребує подальшого вдосконалення, адже не передбачає прямої заборони дискримінації за ознакою гендерної ідентичності, однак у наступній редакції проекту Розділу II Конституції України ознаки сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність з відповідного положення було вилучено.

Зважаючи на близьке завершення процесу роботи Робочої групи з прав людини над другим розділом проекту нової редакції Конституції України та на той факт, що формулювання певних статей майбутньої Конституції були змінені та звужені в процесі роботи, Коаліція з протидії дискримінації в Україні звернула увагу членів Робочої групи Конституційної Комісії на невідповідність зазначеного переліку (принаймні в деяких формулюваннях) тому переліку ознак, який міститься в Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», не коректний підбір формулювань для визначення певних ознак, що може призвести до ускладнень в трактуванні Конституції пізніше, та на неврахуванні кількох важливих ознак, які мають бути експліцитно вказані в Конституції, якщо Україна йде шляхом розвитку визнання важливості дотримання та захисту прав людини, зокрема СОП. Так, за пропозицією Коаліції з протидії дискримінації в Україні перелік ознак в ст. 42 було рекомендовано викласти в такій редакції: раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідно-

сті, стану здоров'я, генетичних характеристик, етнічного та соціального походження, належності до національних меншин чи корінних народів, членства у профспілках, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності, мовними або іншими ознаками. Важливим вбачається також приведення у відповідність переліку ознак, за якими забороняється дискримінація, передбаченому Конституцією України, Законом України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» та Кодексом законів про працю України.

За час своєї роботи Конституційна Комісія отримала також ряд інших пропозицій змін до Конституції України від громадян, представників органів державної влади та місцевого самоврядування, членів громадських організацій тощо. Так, у липні 2015 р. громадською організацією «Асоціація ЛГБТ «Ліга» було підготовлене звернення до Голови Конституційної Комісії В. В. Гройсмана щодо проблеми відсутності захисту представників спільноти ЛГБТ на законодавчому рівні як повноцінних громадян України у зв'язку з відсутністю явної заборони дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності у Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», а також відповідної статті у кримінально-процесуальному законодавстві про злочини на ґрунті нетерпимості до представників спільноти ЛГБТІ. Стверджуючи, що з моменту скасування у 1991 р. кримінального переслідування громадян України за гомосексуальні стосунки, наша держава не зробила жодного кроку для забезпечення прав людини сексуальних меншин, члени громадської організації звернулись до Голови Конституційної Комісії з вимогою включення до проекту розділу II Конституції України у ст. 42 «Заборона дискримінації» ознаки «сексуальної орієнтації» та «гендерної ідентичності» у якості окремих ознак, за якими забороняється дискримінація громадян України, а також виключення з проекту розділу II Конституції України «мораль» як чинник, який може використовуватися різними сторонами для обмеження прав і свобод громадянина України, таких як право на повагу до приватного й сімейного життя (ст. 27 розділу II проекту Конституції) та свобода мирних зібрань та об'єднань (ст. 32 розділу II проекту Конституції).

У серпні 2015 р. очільники міжнародних правозахисних організацій Freedom House, Amnesty International та Human Rights Watch надіслали Президентові України П. П. Порошенку листа, закликаючи забезпечити захист лесбійок, геїв, бісексуалів, трансгендерних та інтерсексуальних людей, а також міцне закріплення принципів рівності й недискримінації в українському законодавстві, адже ЛГБТІ в Україні постійно зазнають

дискримінації та насильства, за які дуже рідко наступає відповідальність. При цьому проект нової Конституції України не містить чіткої заборони дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Автори листа наголошують, що виключення ознак сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, які містились в початковому проекті Основного Закону, зводить нанівець важливу нагоду подати чіткий сигнал для суспільства, що насильство і дискримінація щодо ЛГБТІ є неприйнятними, а також нівелює можливість створити правові підстави для боротьби з таким насильством та дискримінацією. Виключення сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності з антидискримінаційного законодавства в 2012 році, із проекту Національної стратегії з прав людини, а також із нового проекту Трудового кодексу, так само є змарнованими можливостями. Закликаючи продовжувати і надалі відкрито й активно підтримувати ідею повної реалізації всіх прав людини всіма людьми в Україні, міжнародні правозахисні організації наполягають на включенні всеохоплюючих антидискримінаційних положень до нової Конституції (стаття 42), включно, зокрема, і з сексуальною орієнтацією та гендерною ідентичністю в якості захищених ознак та закріплення повної рівності ЛГБТІ перед законом в Україні.

Коментуючи спільну заяву з Amnesty International та Human Rights Watch про необхідність захисту ЛГБТІ-спільноти в Україні, президент міжнародної неурядової організації, що проводить дослідження для підтримки демократії, політичних свобод і прав людини, Freedom House Марк П. Лагон додав: «Масштабні реформи і розробка нової Конституції – найкращий момент для того, щоб гарантувати кожному в Україні можливість користуватись однаковими правами без дискримінації чи відмінностей. Напад на київський Марш рівності в червні так само, як інші недавні напади на ЛГБТІ, став можливим, бо противники прав для ЛГБТІ вірили, що не понесуть покарання за застосування насильства. Президент повинен наполягати на чітких антидискримінаційних положеннях в новій Конституції, включаючи заборону дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності».

При цьому ряд пропозицій до Конституційної Комісії щодо внесення змін до Конституції України навпаки містять вимогу не допустити появи в Основному Законі терміна «сексуальна орієнтація». Зокрема, у зверненні релігійної громади «Сумська християнська церква» до Президента України, Голови Конституційної Комісії, Прем'єр-міністра України та народних депутатів України і голів парламентських фракцій, стверджується, що нова дефініція «сексуальна орієнтація» є штучною та протиправною, а внесення відповідних змін до Конституції України є

неприпустимим враховуючи глибоке християнське коріння українського народу та міцні сімейні традиції.

У ряді звернень зазначається, що прийняття таких змін до Конституції викличе сильні суспільні хвилювання та призведе до значних конфліктів на даному ґрунті. При цьому спроби зміни українського законодавства розцінюються нав'язуванням аморальних сімейних цінностей і введенням в Конституцію відсутнього в українському законодавстві терміна та нової, неприродної норми щодо дискримінації.

В результаті розгляду відповідних звернень і діяльності Робочої групи Конституційної Комісії 7 липня 2015 р. з переліку ознак проекту нової Конституції, заборонених до дискримінації, відповідну ознаку було виключено. Так, ст. 42 проекту розділу II Конституції, підготовленого Робочою групою з прав людини станом на 15 липня 2015 р., сформульовано таким чином: «Користування правами та свободами, визнаними в цій Конституції та законами України, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, етнічного або соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії або переконань, політичних та інших поглядів, належності до корінних народів та національних меншин, майнового стану, місця проживання, обмеженої працездатності, віку або за іншою ознакою». Однак на сьогодні доцільність включення сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в перелік захищених Конституцією України від дискримінації ознак продовжує бути одним з актуальних, втім і дискусійних, питань сучасної науки конституційного права України.

Таким чином, в контексті формування українського антидискримінаційного законодавства і діяльності Конституційної Комісії по підготовці робочих варіантів змін до Конституції України в частині прав людини обґрунтованим залишається дослідження загальносвітових тенденцій у сфері захисту прав людини, а також законодавчого закріплення прямої заборони дискримінації за рядом відповідних ознак. Ряд держав світу вже закріпили заборону дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації на конституційному рівні. Враховуючи сучасні загальноєвропейські та світові тенденції захисту прав людини, зокрема і меншин, передбачення ознак «сексуальна орієнтація» і «гендерна ідентичність» як захищених у відповідній статті Конституції України про заборону дискримінації вважаємо доцільним.

М. М. Товт

к.ю.н., старший науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ: СТАТУС, ВЗАЄМОДІЯ З ОРГАНАМИ ВЛАДИ У СВІТЛІ ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО ГРОМАДСЬКІ ОБ'ЄДНАННЯ» 2012 р.

Відомо, що ідеї, пов'язані з формуванням громадянського суспільства зародились в античні часи. Грецькі філософи і політики, ототожнюючи суспільство з державою, все ж розділяли питання взаємовідносин людини і влади, а саме поняття громадянського суспільства сформувалось пізніше у працях Г. Гроція, Т. Гоббса, Дж. Локка.¹

Сучасна зарубіжна та вітчизняна наукова література містить велику кількість визначень поняття громадянського суспільства, що є природним з огляду на те, що це поняття є предметом уваги низки наук (філософії, історії, соціології, права політології, тощо), та на безліч форм та змістів існування цього явища. При цьому, як правило, громадянське суспільство розглядається як сукупність існуючих у суспільстві відносин, а також як сторона життєдіяльності суспільства та окремих осіб, яка перебуває поза сферою державних інститутів.

Наприклад, громадянське суспільство визначається як «сукупність неполітичних відносин (економічних, національних, духовно-моральних, релігійних і т.ін.), галузь спонтанного самовиявлення інтересів і волі вільних індивідів і їх асоціацій»². Існують і інші визначення громадянського суспільства, зокрема, як:

- системи забезпечення життєдіяльності соціальної, соціокультурної і духовної сфер, їх відтворення і передачі від покоління до покоління, системи самостійних і незалежних від держави громадських інституцій і відносин, які мають забезпечити умови для самореалізації окремих індивідів і колективів, реалізації приватних інтересів і потреб, індивідуальних чи колективних³;

1 Мех О.А., «Громадянське суспільство в Україні, як умова науково-технологічного та соціально-економічного прогресу» //«Сталий розвиток економіки» №1.2013., С. 137.

2 «Громадянське суспільство в Україні: проблеми становлення», К., «Логос», 1997, с. 55

3 Гаджиев К.С., Концепция гражданского общества: идейные истоки и основные вехи формирования// Вопросы философии, 1991, N 7, с.30

- стійкої системи горизонтальних соціальних зв'язків, суспільно-політичних орієнтацій і норм суспільної поведінки, що виростає безпосередньо з відносин власності, але не зводиться до них⁴.

Вищенаведені приклади підтверджують складність винайдення єдиної, всеохоплюючої дефініції цього поняття. Тому для цілей цієї праці погодимося з думкою вітчизняного дослідника Ю. Якименка, який вважає, що «У вужчому сенсі під громадянським суспільством розуміють сферу добровільних організацій та неформальних зв'язків, в які вступають індивіди і групи в публічній діяльності. Цю сферу відрізняють, з одного боку, від діяльності влади, з іншої, від сфери ринкової економіки, яка, втім, є економічною основою громадянського суспільства. З цієї причини громадянське суспільство іноді називають «третім сектором», яке в демократичних країнах є проміжною ланкою між громадянами і державою. Громадянське суспільство – це царина, в якій громадяни вирішують конкретні проблеми, тут здійснюється представництво їхніх інтересів, ведеться суспільно значуща діяльність, тобто громадянами береться на себе відповідальність за спільне благо»⁵.

Для суспільств держав, які знаходяться на перехідній стадії свого розвитку, яким, вважаємо є Україна, вдалим видається характеристика цього явища російським вченим В. Протасовим, на думку якого вчені юристи з цього питання відмічають наступне:

громадянське суспільство уявляє собою систему, яка побудована на засадах горизонтальних зв'язків між суб'єктами (принцип координації) і якій притаманні самоорганізація і самоврядування;

громадянське суспільство є співтовариством вільних громадян – власників, які усвідомлюють себе у цій якості, і як такі – готових взяти на себе всю повноту господарської і політичної відповідальності за стан суспільства;

з розвитком громадянського суспільства і становленням правової державності, стає більш очевидним, що по суті, правова держава є засобом організації громадянського суспільства, її політичною формою;

взаємодія громадянського суспільства і правової держави направлено на формування правового демократичного суспільства за рахунок

4 Красин Ю., Галкин А., Гражданское общество - путь к стабильности// Диалог, 1992, N 3, с.73

5 Якименко Ю. В. «Громадянське суспільство в Україні: основні характеристики» / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/upload/yakymenko_civic_society_2004.pdf

суттєвих змін в економічних, політичних структурах суспільства, забезпечення свобод, рівності прав і свобод людини⁶.

З вищенаведених випливає, що громадянське суспільство уявляє собою систему, яка здатна до самоорганізації і саморозвитку. Разом з тим, його розвиток відбувається більш успішно, якщо держава створює для цього необхідні умови. Громадянське суспільство є тим соціальним середовищем, де відбувається реалізація більшості прав і свобод громадян та їх об'єднань. Таким чином, громадянське суспільство і правова держава не можуть існувати окремо, вони взаємно доповнюють один одного⁷.

Інститутами, формами прояву громадянського суспільства в Україні є різні форми самоорганізації та об'єднань громадян, зокрема політичні партії, професійні спілки, благодійні фонди, творчі спілки, торгово-промислові палати, третейські суди, асоціації органів місцевого самоврядування тощо⁸. Найбільш типовими, але разом з тим найбільш різноманітними за ознаками мети утворення, засобів і методів дії і функціонування, а також найбільш масовим проявом громадянського суспільства, без перебільшення її стрижнем є громадські організації. Практично з часів радянської «перебудові», а особливо з набуттям державної незалежності в Україні відбувся справжній бум щодо появи на світ громадських організацій. Цьому, на нашу думку у значній мірі сприяло відповідне вимогам часу і максимально сприятливе, зручне для утворення і діяльності громадських організацій Закон України «Про об'єднання громадян» 1992 р.⁹

Цим законом було визначено, що, що «Об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) відповідно до цього Закону визнається політичною партією або громадською організацією» (абз.2 ст.1). Належними до об'єднань громадян визнавалися також і професійні спілки, з тим, що особливості правового регулювання їх діяльності визначається окремим законом (абз.4 ст.1). Наголошувалося, що дія цього Закону не поширюється на об'єднання громадян,

6 Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. Вопросы и ответы. -М., 1999. С. 201.

7 Кожевников С.Н. «Гражданское общество: понятие, основные признаки, предпосылки формирования в России» / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.unn.ru/pages/vestniki_journals/99990195_West_pravo_2002_1\(5\)/B_4.pdf](http://www.unn.ru/pages/vestniki_journals/99990195_West_pravo_2002_1(5)/B_4.pdf)

8 Єдиний реєстр громадських формувань / [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://rgf.informjust.ua>

9 Закон України «Про об'єднання громадян» від 16.06.1992 р. № 2460-XII. ВВР, 1992, № 34, ст.504. Втратив чинність 01.01.2013 р. Законом № 4572-VI від 22.03.2012, ВВР, 2013, № 1. ст. 1.

що мають основною метою одержання прибутку (абз.2 ст.1). Стаття 8 Закону регулював відносини між державою і об'єднанням громадян. В ній було встановлено що «Втручання державних органів та службових осіб у діяльність об'єднань громадян, так само як і втручання об'єднань громадян у діяльність державних органів, службових осіб та у діяльність інших об'єднань громадян, не допускається, крім випадків, передбачених Законом» (абз.2.). Передбачалося також можливість надання державою пільг по оподаткуванню та матеріальної допомоги окремим об'єднанням громадян. Було встановлено, що громадським об'єднанням не можуть надаватися владні повноваження, крім випадків, передбачених законом (част.4 ст.4).

А стаття 9 передбачала, що об'єднання громадян України утворюються і діють з всеукраїнським, місцевим та міжнародним статусом. До всеукраїнських організацій належали ті організації, які мали місцеві осередки у більшості її областей, а до місцевих діяльність яких поширювався на територію відповідної адміністративно-територіальної одиниці або регіону. Законом надавалося право об'єднанням громадян заснувати або вступати між собою в спілки, союзи, асоціації тощо (ст.10). Для здійснення цілей і завдань визначених у статутних документах громадської організації наділялися правом, зокрема: виступати учасником цивільно-правових відносин, набувати майнові і немайнові права; представляти і захищати свої законні інтереси та законні інтереси своїх членів (учасників) у державних та громадських органах; брати участь у політичній діяльності, проводити масові заходи (збори, мітинги, демонстрації тощо); створювати установи та організації; одержувати від органів державної влади і управління та органів місцевого самоврядування інформацію, необхідну для реалізації своїх цілей і завдань; вносити пропозиції до органів влади і управління тощо (ст.20). З метою виконання статутних завдань і цілей зареєстровані об'єднання громадян могли здійснювати необхідну господарську та іншу комерційну діяльність шляхом створення госпрозрахункових установ і організацій із статусом юридичної особи, заснування підприємств в порядку, встановленому законодавством (ст. 24).

У результаті такого, на нашу думку вдалого і у значній мірі ліберального регулювання за свідченням офіційного веб-порталу Міністерства юстиції України станом на 01.08.2012 року було легалізовано 3526 громадських організацій з всеукраїнським статусом¹⁰. Про ліберальність нормативного тексту закону і практики його застосування, крім великої

10 Єдиний реєстр громадських формувань / Реєстр громадських організацій / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://archive.is/20120805053030/www.minjust.gov.ua/0/18501>

кількості легалізованих громадських організацій, які своєї діяльністю охопили багато сегментів життєдіяльності суспільства, свідчить також факт відсутності прецедентів примусового розпуску (ліквідації) таких громадських утворень, умови і порядок чого був передбачений статтею 32 цього Закону.

Є підстави припускати, що з набуттям чинності Законом України «Про громадські об'єднання» 2012 р.¹¹ час привільних, з обмеженим втручанням державних органів в сферу життєдіяльності громадських організацій в Україні добігає кінця. Адже нині чинний Закон передбачає принципово інші засади формування, легалізації, дії, припинення діяльності, а також юридичного статусу громадських організацій, особливо щодо організацій з загальноукраїнським статусом.

Принциповою новацією закону стало те, що родове поняття цієї сфери суспільних відносин «об'єднання громадян», який у тлумаченні Закону 1992 р. включало у себе крім громадських організацій (які могли мати назви руху, конгресу, асоціації, фонду, спілки тощо) також і політичні партії і професійні спілки, було замінено поняттям громадського об'єднання яке відповідно до закону може мати дві організаційні форми: громадська організація і громадська спілка.

З набуттям чинності нового Закону суттєво змінилося також зміст і сутність визначення поняття громадської організації. Так, у тлумаченні Закону 1992 р. об'єднання громадян визначалося «як добровільне громадське формування, створене на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод» (ст.1). А громадська організація, визначалося як об'єднання громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів (ст.3). А за тлумаченням нині чинного Закону 2012 р. поняття громадської організації, як організаційно-правової форми громадського об'єднання означає «добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів» (част.1 ст.1). А «Громадська організація – це громадське об'єднання «засновниками та членами (учасниками) якого є фізичні особи» (част.3 ст.1). На нашу думку, у цих двох законах, які покликані регулювати тотожні правовідносини йдеться про різні мотивації і критерії заснування громадської організації, як суб'єкту права. Адже, організува-

¹¹ Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 № 4572-VI. ВВР, 2013, N 1, ст. 1. набув чинності 01.01.2013 р.

тися в об'єднання для задоволення та захисту своїх спільних інтересів, або, для задоволення суспільних інтересів не є тотожними ні за своїм змістом ні за значенням. Тобто, по Закону 1992 р. суб'єкти (громадяни) мали право об'єднуватися для задоволення своїх спільних інтересів, а по чинному Закону, об'єднання суб'єктів (фізичних осіб) є легітимними, якщо їх самоорганізація відбувається для задоволення суспільних інтересів. На нашу думку тут головна відмінність у тому, що, якщо «спільність» інтересів визначають самі суб'єкти, які об'єднуються, то на визнання «суспільності» інтересу вже можуть претендувати і інші, зокрема органи державної влади. Вважаємо, що у даному випадку відбулося прикре підміна понять, що може стати підставою для суттєвого обмеження умов самоорганізації і саморозвитку громадянського суспільства в нашій державі, звужується сфера спонтанного самовиявлення інтересів і волі вільних індивідів, що є передумовами становлення громадянського суспільства, як на цьому наголошують поважні автори цитовані нами вище.

До найбільш проблемних з огляду на подальший розвиток формування та діяльності громадських організацій в нашій державі, на нашу думку, належать положення які регулюють правовідносини пов'язані з утворенням, легалізацією і підтриманням легітимності громадських організацій з всеукраїнським статусом. Вважаємо, що чинний Закон 2012 р, щодо регулювання питання набуття громадянськими організаціями всеукраїнського статусу містить, несприятливі для подальшого розвитку громадянського суспільства додаткові умовності, зокрема, передбачає необхідність утворення до цього часу невідомого вітчизняному праву суб'єкта – відокремленого підрозділу громадського об'єднання. Вважаємо слушним нагадати, що відповідно до положень абзацу 2 ст. 9 Закону 1992 р. до всеукраїнських об'єднань громадян належали об'єднання, діяльність яких поширювалося на територію всієї України і які мали місцеві осередки у більшості її областей. Натомість Закон 2012 р. передбачає, що «Громадське об'єднання, зареєстроване в установленому законом порядку, може мати всеукраїнський статус за наявності у нього відокремлених підрозділів у більшості адміністративно-територіальних одиниць, зазначених у частині другій статті 133 Конституції України, і якщо таке громадське об'єднання підтвердило такий статус у порядку, встановленому цим Законом»(част.1 ст19). Якщо в Законі 1992 р. порядок утворення і статус місцевих осередків визначалося статутом об'єднання громадян (пункт 5 ст.13), то відповідно до частин 1, 2 ст. 13 чинного Закону відокремлений підрозділ утворюється за рішенням відповідного керівного органу громадського об'єднання, і не є юридичною особою. Вважаємо, що наведені новації вітчизняного законодавства призводять

до порушення низки принципів існування громадянського суспільства, зокрема домінування горизонтальних зв'язків (приписується обов'язковість вертикальної інтеграції), рівності у правах і можливостей (організація складатиметься з всемогучого центру та абсолютно безправних, неспроможних відокремлених підрозділів). Більш того, таке регулювання суперечить принципам добровільності і самоврядності проголошених у ст. 3 Закону 2012 р.

Про те, що у зв'язку з вищенаведеним в особливо складному становищі опинилися діючі громадські організації автор цього матеріалу пересвідчується на власному досвіді, як активіст та посадова особа двох всеукраїнських громадських організацій: Демократичної спілки угорців України (zareєстрована у 1992 р.) та Спілки сприяння сільському зеленому туризму в Україні (zareєстрована у 1996 р.). У практичній площині проблема для цих організацій полягає, зокрема, у потребі зміни взаємовідносин з місцевими і регіональними осередками, які по теперішній час є юридичними особами і повноправними «господарями» цих спілок, адже їх делегати мають вирішальний голос при вирішенні принципових питань життєдіяльності організації, а поточні витрати цих спілок покриваються здебільше коштами їх членських внесків. Звичайно, вони не мають бажання перетворюватися у безправні відокремлені підрозділи. У зв'язку з такою зміною законодавства ці, і напевно ще багато інших громадських організацій мусять пройти процедуру повного пере-заснування. Для того, щоб зберегти власну інтегрованість і зв'язок з місцевими і регіональними осередками їм слід реорганізуватися (якщо на це надасть згоду вищий орган спілки) залучивши до списку засновників всі осередки, які за статусом є юридичними особами. А для того, щоб зберегти статус загальноукраїнської організації штучно утворити і zareєструвати відокремлені підрозділи щонайменше у дев'ятнадцяти регіонах, які у більшості випадків будуть паралельно існувати з регіональними і місцевими осередками. Адже не факт, що кожна нині діюча регіональна організація буде мати бажання та/чи буде матеріально спроможна здійснити ці справи у період, що залишився до набуття цими положеннями Закону 2012 р. чинності, що настане 01 січня.2018 року (пункти 7 і 8 Прикінцевих і перехідних положень).

Важко зрозуміти мету і ціль законодавця з введенням до Закону 2012 р. норми, яка надає право громадським об'єднанням здійснювати підприємницьку діяльність. Відповідно до п. 2 част.2 ст. 21 «Громадське об'єднання зі статусом юридичної особи має право: здійснювати відповідно до закону підприємницьку діяльність безпосередньо, ..., якщо така діяльність відповідає меті (цілям) громадського об'єднання та сприяє її

досягненню». На нашу думку це положення суперечить одному з принципів засад на яких ґрунтується громадянське суспільство, а саме на віддаленості від безпосередньої участі в ринковій економіці, принаймні у якості її суб'єкта. Цією новацією створюється також внутрішня суперечність між вищенаведеною нормою і засадничим положенням част. 5 ст. 1 цього Закону, відповідно до якої «громадське об'єднання зі статусом юридичної особи є непідприємницьким товариством, основною метою якого не є одержання прибутку». Найбільш проблематичною ця норма видається з огляду подальшого розвитку взаємодії по лінії громадянське суспільство – держава. Адже втягування громадських організацій у сферу економічної діяльності, - у підприємництво відкриває необмежений простір для втручання органів держави в їх діяльність під виглядом здійснення контролю за підприємницькою діяльністю суб'єкта.

Серед недоліків закону слід звернути увагу на те, що його нормативний текст містить багато оціночних категорій, які з одного боку звужують поле діяльності, а з іншого можуть дати підстави для довільного, суб'єктивного тлумачення певних категорій і конкретних обставин в яких перебуватимуть громадські організації. До таких належать, наприклад: словосполучення у ст. 1 «задоволення суспільних, інтересів», як критерій визначення легітимності громадського об'єднання. Адже не зрозуміло, хто і яким чином може встановити, чи уявляє собою суспільний інтерес для здійснення якого добровільно об'єдналися фізичні та/або фізичні особи. Або право на здійснення підприємницької діяльності «якщо така діяльність відповідає меті (цілям) громадського об'єднання та сприяє її досягненню». Залишається незрозумілим, хто і по яким критеріям буде встановлювати, що певна підприємницька діяльність конкретної громадської організації відповідала меті, та/або сприяла досягненню тієї мети, для якої була створена дана організація.

Не додає оптимізму щодо подальшого розвитку відносин держава-громадянське суспільство завелика кількість процедурних приписів, якими визначаються правила легітимізації громадських об'єднань. У Законі 2012 р., структурованого у 31 статтю з загальним обсягом нормативного тексту близько 90 тис. друкованих знаків, різним процедурним питанням легалізації громадських об'єднань присвячено 11 статей (статті: 12, 14, 15, 16, 25-30, тобто 1/3 статей) обсягом 58 друкованих знаків, тобто близько 65% загального тестового обсягу документа. І це при тому, що част.1 ст.12 Закон 2012 р. встановлено, що Громадське об'єднання, яке має намір здійснювати діяльність зі статусом юридичної особи, підлягає реєстрації в порядку, визначеному Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців», з

урахуванням особливостей, установлених цим Законом. Тобто вказаний вище нормативний масив, це тільки регулювання особливостей, що додається до загальних правил встановлених спеціальним законом про реєстрацію юридичних осіб.

Така процедурна зарегульованість не тільки ускладнює умови існування громадських організацій з загальноукраїнським статусом надаючи, через процедурні важелі широкий простір для втручання з боку державних органів в їх діяльність, вона також вимагає від них наявність значних матеріальних і організаційних ресурсів. Адже, наприклад, утворення і здійснення процедури реєстрації (легалізації) відокремлених підрозділів щонайменше у 19 регіонах України, а часом постійне адміністрування їх діяльності вимагатимуть чималих коштів, організаційних і кадрових ресурсів, утримання належної інфраструктури (приміщення для постійно діючого офісу з персоналом, наявність належної оргтехніки, дотримання умов безпеки персоналу і матеріальних цінностей тощо). Такі обставини штовхатимуть громадські організації у бік економічної сфери, і неминуче перетворять їх у суб'єкта ринкових відносин. Напевно тому законодавець і надав їм право на здійснення підприємницької діяльності. Тобто для створення матеріальних умов своєї діяльності громадським організаціям слід перетворитися у підприємство, або заробляти гроші надаючи послуги (обслуговуючи) учасникам ринкових відносин. І те і інше є запереченням засадничих принципів існування громадянського суспільства.

Аргументи щодо спростування вищенаведеного на підставі того, що громадські організації можуть мати бюджетну підтримку, а також і грантове фінансування на нашу думку не є прийнятними, тому що бюджетна підтримка є здебільше залежною від політичної кон'юнктури, а грантове фінансування має проектний, і тому циклічний, певною мірою випадковий характер.

Наведене вище підтверджує думку вітчизняного дослідника О. Меха, який слушно наголошує на тому, що роль громадських організацій у створенні сприятливого клімату та появи науково-технологічного та соціально-економічного прогресу в нашій державі явно недооцінена. І звертає увагу на те, що перед інститутами громадянського суспільства стоїть проблема підняття на новий щабель розвитку та виконання ними функцій мотиватора покращення рівня цивілізованості країни. Проте, це вимагає вирішення ряду специфічних проблем, зокрема: слабкість кадрового потенціалу (недостатність професіоналів високої кваліфікації); недостатність незалежного фінансування (пошук коштів штовхає

організації на зближення з бізнесом або державою); нерозвиненість горизонтальних зв'язків (обмін інформацією, спільні заходи); створення громадських організацій під окрему політичну силу; малий рівень впливу на рішення урядових установ, місцевих органів влади тощо. Наголошує на проблемі не сприйняття державними органами влади громадських організацій, як рівних партнерів у проведенні державної політики¹².

Здійснений аналіз одного з ключових законів, покликаних регулювати сферу взаємодії громадянського суспільства і держави надає нам підстави стверджувати, що не тільки низка його положень, але і документ в цілому концептуально не сприятиме подальшому становленню громадянського суспільства, вирішенню тих проблемних питань на які звертають увагу громадськість та експерти. Закон України «Про громадські об'єднання» 2012 р у порівнянні з Законом України «Про об'єднання громадян» 1992 р. принципово змінює філософію утворення, побудови, легалізації та практичної діяльності громадських об'єднань, а також правові засади їх взаємодії з органами влади, таким чином, що нині чинний Закон скоріше віддаляє громадськість нашої держави від ідеалів демократичного суспільства ніж наближає до неї, тому вимагає термінової ревізії.

12 Мех О.А., Там саме. С. 139.

О. О. Томкіна

к.ю.н., провідний науковий співробітник, Національна академія правових наук України (*Київський регіональний центр*)

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВОЇ ОПТИМІЗАЦІЇ ЗАСАД ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ В КОНТЕКСТІ НОВІТНЬОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ

Самостійний розвиток українського суспільства і держави перманентно супроводжується складними політичними, економічними, національно-культурними, соціально-психологічними та іншими змінами, притаманними транзитивним країнам. Утім суспільно-політичні події в Україні останніх років визначили новітні поступи в історії становлення української державності. Виборена Українським народом геополітична (європейська) орієнтація України детермінувала її майбутній розвиток відповідно до спільних європейських цінностей верховенства права, демократії та прав людини.

Визначальним чинником європейського майбутнього України виступає розвинене громадянське суспільство. І не лише тому, що сучасна теорія громадянського суспільства традиційно розглядає його як парну категорію правової та соціальної держави¹, а й тому, що саме у загрозливий для України період воно «не на словах, а реально довело, що здатне виступати надійним гарантом незворотності демократичних перетворень в Україні»². Тож ключова роль громадянського суспільства та динамічний розвиток його інститутів сьогодні підвищило і без того постійний інтерес наукової спільноти (значною мірою з боку І. Кресіної, В. Ковальчука, А. Колодія, В. Ладиченка, Н. Оніщенко, А. Селіванова, О. Скрипнюка, В. Федоренка та ін.) до проблеми його взаємодії із державою на сучасному етапі.

1 Див.: Громадянське суспільство: доктрина та вітчизняна практика [Текст] / Правова доктрина України: у 5 т. – Х.: Право, 2013. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В.Я. Тацій, О.Д. Святоцький, С.І. Максимов та ін.; за заг. ред. О.В. Петришина. – 976 с. – С. 469.

2 Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: загальні тенденції, регіональні особливості [Електронний ресурс]: аналіт. доп. – К.: НІС, 2014. – 78 с. – С. 5.

Одним із аспектів цієї проблеми виступає питання конституційно-правової оптимізації відносин цих соціальних інститутів, зокрема дискурс щодо конституційного закріплення основ формування і розвитку громадянського суспільства в Україні та засад його взаємовідносин із державою. Цей дискурс у контексті новітнього етапу конституційної реформи, яка визначена одним з першочергових пріоритетів Стратегії сталого розвитку «Україна-2020», потребує системного підходу і науково-практичного обговорення з метою пошуку найкращої моделі взаємодії держави і суспільства відповідно до сучасних міжнародних та національних тенденцій розвитку громадянського суспільства та потреб громадян.

Історія вітчизняного конституціоналізму від часів проголошення державного суверенітету нашої країни засвідчила, що політико-правова ідея конституційного закріплення основ формування і розвитку громадянського суспільства, засад його взаємовідносин із державою постійно супроводжувала сучасний конституційний процес в Україні. Ще Концепція нової Конституції України, що була схвалена Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991 року, передбачала, що основним об'єктом конституційного регулювання мають стати відносини між громадянином, державою і суспільством, яке повинно бути спрямоване на забезпечення умов життя, гідних людини, та формування громадянського суспільства. За цією Концепцією конституційні положення щодо взаємодії громадянського суспільства і Української держави мали бути закріплені в окремому розділі нової Конституції України, який урегулював би питання власності та принципів господарювання, соціального захисту, екологічної безпеки, сім'ї, охорони здоров'я, виховання, освіти, культури і науки, організації та діяльності громадських об'єднань, а також засобів масової інформації. При цьому основоположним принципом взаємодії цих соціальних інститутів Концепція проголосила принцип пріоритету громадянського суспільства над державою, яка мала б забезпечувати умови його нормального функціонування³.

Підготовлені Конституційною комісією Верховної Ради України на основі цієї Концепції перші редакції проектів нової Конституції України не відступили від проголошеного принципу. Зокрема, проект Конституції за авторством, зокрема, провідних правників Грошевого Ю.М., Василенка В.А., Зайця А.П., Кампа В.М., Козьубри М.І., Копейчикова В.В., Мартиненка П.Ф., Мацюка А.Р., Цвіка М.В., Юзькова Л.П. та ін., що був

3 Концепція нової Конституції України, схвалена постановою Верховної Ради Української РСР від 19 червня 1991 року [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1213-12>.

доопрацьований Конституційною комісією після його всенародного обговорення 1 липня 1992 року (в редакції від 26 жовтня 1993 року) передбачав: «Громадянське суспільство ґрунтується на засадах свободи і рівноправності людей, самоорганізації і саморегулювання. Держава підпорядковується служінню громадянському суспільству і спрямовує свою діяльність на забезпечення рівних можливостей для всіх як основи соціальної справедливості. Державне регулювання в громадянському суспільстві здійснюється в межах, визначених цією Конституцією, і спрямоване на забезпечення інтересів людини»⁴.

Аналогічні конституційні положення пропонувалося закріпити також у низці альтернативних проектів Конституції України, внесених у порядку законодавчої ініціативи окремими народними депутатами. Проте наступні офіційні редакції конституційних проектів⁵, власне, як і прийнята на їх основі Конституція України, не зберегли запропонованих положень у частині визначення стратегії відносин громадянського суспільства і держави.

Поза Конституцією України залишилися й інші важливі конституційні ініціативи з цього питання. Так, ініціатива щодо конституційного встановлення права на спротив владі (права на протест) зберігала свою конституційну вагу протягом всього періоду розробки проекту нової Конституції України аж до схвалення Тимчасовою спеціальною комісією передостанньої офіційної редакції її тексту (від 17.05.1996 р.), в якій передбачалося: «Народ і кожен громадянин має право чинити опір будь-кому, хто здійснює спробу ліквідувати українську державу, конституційний лад, порушити її територіальну цілісність або чинить дії, спрямовані на захоплення державної влади, чи спрямовані на обмеження конституційних прав і свобод, якщо інші, передбачені цією Конституцією

4 Проект Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 року / «Конституція – правне обличчя всієї країни» (нереалізовані сторінки сучасного українського конституційного процесу): [Текст] Збірка проектів Конституції України та законопроектів про внесення змін до Основного Закону України, Концепція нової Конституції України та концепції змін до Конституції України: У 2-х кн.. К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2014. – Кн.1. – 1060 с. – С. 500.

5 Див., н-д: проект Конституції України, підготовлений Робочою групою Конституційної комісії України (у складі Авер'янова В.Б., Копейчикова В.В., Погорілка В.Ф., Шаповала В.М. та інших) в редакції від 15 листопада 1995 р., схвалений Конституційною комісією України 23 листопада 1995 р.; проект Конституції України в редакції від 24 лютого 1996 р., схвалений Конституційною комісією у складі Кучми Л.Д., Мороза О.О., Корнєєва А.В. та інших 11 березня 1996 р.; проект Конституції України, доопрацьований Тимчасовою спеціальною комісією з доопрацювання проекту Конституції України у складі Юхновського І.Р., Лавринюка І.В., Сироти М.Д. та інших від 17 травня 1996 року) / Там само.

засоби не можуть бути використані»⁶. Важливого конституційного значення надавалося і праву народної законодавчої ініціативи. Це право (у різних інтерпретаціях) пропонувалося майже в усіх офіційних проєктах Конституції України. Зокрема, у проєкті, підготовленому Робочою групою Конституційної комісії у складі Авер'янова В.Б., Копейчикова В.В., Погорілка В.Ф., Шаповала В.М та ін. (в редакції від 15.11.1995 р.), розділ III мав назву «Вибори. Референдум. Народна законодавча ініціатива» і передбачав: народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдуми, народну законодавчу ініціативу та інші форми безпосередньої демократії; народ здійснює законодавчу ініціативу шляхом внесення до Національних зборів України законопроекту. Законопроект вноситься від імені не менше 200 тисяч громадян, які мають права голосу⁷.

Попри вилучення з офіційного тексту проєкту Конституції України розділу щодо громадянського суспільства⁸ та невідображення у ній вищенаведених та інших важливих положень, правовий потенціал Основного Закону України в частині регулювання засад взаємовідносин громадянського суспільства та Української держави є вагомим. Закріплені в ньому демократичні концепти правової, соціальної держави - пріоритет прав і свобод людини, верховенство права, народний суверенітет, політична, економічна та ідеологічна багатоманітність, свобода думки і слова, свобода світогляду і віросповідання, свобода об'єднання у політичні партії та громадські організації, право збиратися мирно, народна ініціатива всеукраїнського референдуму, визнання і гарантування місцевого самоврядування тощо – залишаються фундаментальними конституційними засадами подальшого становлення і розвитку громадянського суспільства в Україні як «незмінні суспільні доміанти»⁹.

6 Проєкт Конституції України, доопрацьований Тимчасовою спеціальною комісією з доопрацювання проєкту Конституції України від 17 травня 1996 року (прийнятий Верховною Радою України у першому читанні) / Там само. – С. 920.

7 Проєкт Конституції України, підготовлений Робочою групою Конституційної комісії України в редакції від 15 листопада 1995 року, схвалений Конституційною комісією України 23 листопада 1995 року / Там само. – С. 675.

8 Як зауважив один із авторів проєктів Конституції України А. Мацюк, це стало головним концептуальним недоліком прийнятої Конституції. Не дивно, відзначив він, що відсутність конституційної регламентації його засад негативно відбилася на становленні й розвитку громадянського суспільства в Україні (Див.: Мацюк А. Прийняття нової Конституції України 1996 року, її передумови й особливості та перспективи конституційної реформи [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/3527>).

9 Селіванов А.О. Конституційні проблеми в сучасній теорії права. Доктрина стабільності та охорони Конституції України в контексті її модернізації та ефективного конституційного правосуддя [Текст] / А.О. Селіванов. – К.: Логос, 2012. – 152 с. – С. 24.

Разом із цим, необхідно зважати на те, що за 20-річний період дії Конституції України в розвитковій громадянського суспільства відбулися динамічні зміни. Відомі суспільно-політичні події 2000-2001 р.р. (громадянська акція «Україна без Кучми»), 2004-2005 р.р. (Помаранчева революція), а також вже згадувана Революція Гідності продемонстрували реальну спроможність інститутів громадянського суспільства активно впливати на становлення України як соціальної, правової держави. На тлі цих подій питання конституційного закріплення взаємовідносин громадянського суспільства і держави набуло ще більшого суспільного значення.

У коментарі одного з перших від часів Помаранчевої революції проєктів Конституції України (2009 р.) за авторством провідного конституціоналіста В. Речицького наголошено, що Помаранчева революція в Україні довела, що український народ по-справжньому усвідомлює сенс свободи. Саме це, коментує експерт, зумовлює необхідність присутності у Конституції України розділу про громадянське суспільство. І це – не данина моді, а висновок з історичного досвіду країни. Адже Україна як посттоталітарна республіка заплатила високу ціну за життя в умовах диктатури й несвободи. Навіть такі демократії як США і Великобританія не мають настільки ж глибокого знання про домінування держави над індивідом, яке має Україна. Тож, щоби не захворіти на диктатуру повторно, суспільство має створити відповідні профілактичні механізми¹⁰, у тому числі, правовими засобами модернізації діючої Конституції України в частині відносин громадянського суспільства та Української держави. У вказаному та наступному аналогічному конституційному проєкті (2012 р.) В. Речицьким пропонувалося закріпити, що громадянське суспільство - самосвідома, самоврядна недержавна ланка Українського народу. Його (суспільства) діяльність має ґрунтуватися на засадах свободи, плюралізму, толерантності та невтручання з боку держави. Активність партій, рухів, інших громадських об'єднань не повинна контролюватися державою, за винятком додержання в їх діяльності вимог Конституції та закону. Діяльність державних органів і органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб має перебувати під громадським контролем. Державним органам та органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам має бути заборонено самочинно й безпідставно втручатися у здійснення законних громадських ініціатив, а будь-яка монополія на володіння ЗМІ та телекомунікації має бути неприпустимою¹¹.

10 Див.: Проєкт Конституції України - 2009 (із постатейними коментарями) [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.khpg.org/pda/index.php/1240653995>.

11 Див.: Проєкт Конституції України (2012) із постатейними коментарями [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://khpg.org/index.php/1340884962>.

Ініціативи щодо конституційного встановлення засад взаємодії громадянського суспільства і Української держави активно обговорювалися і під час роботи Конституційної Асамблеї (2012-2013 р.р.). Напрацьовані та узагальнені її Комісією з питань конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію змін до Конституції України, очолюваної академіком НАПрН України О. Скрипнюком, пропозиції з цього питання передбачали закріпити в окремому розділі (у першому – «Засади конституційного ладу») положення щодо оптимізації співвідношення громадянського суспільства і держави, державного управління і самоврядування. При цьому пропонувалося передбачити положення про те, що держава сприяє розвитку громадянського суспільства та утвердженню засад соціального партнерства і соціальної справедливості і взаємовідповідальності, а громадянське суспільство – формуванню та розвитку демократичної держави; діяльність політичних партій ґрунтується на вільній конкуренції, повазі до демократичних цінностей; діяльність політичних партій, спрямованих на насильницьке повалення конституційного ладу забороняється; держава визнає право на опозиційну діяльність¹².

Проте в оприлюдненому Конституційною Асамблеєю у січні 2014 року проекті Концепції внесення змін до Конституції України ініціативи з наведеного питання вмістилися у фразі: «пропонується закріпити положення щодо засад подальшого розвитку громадянського суспільства, оптимізації його відносин з державою, а також взаємної їх відповідальності»¹³. Можна сказати, що і ці конституційні пропозиції залишилися нереалізованими.

На часі в Україні новий етап конституційної реформи. Її реалізація відбувається за трьома пріоритетними напрямками, які передбачають «точкові зміни» до Конституції України, зокрема, в частині децентралізації, правосуддя і прав людини. Питання ж конституційної оптимізації відносин громадянського суспільства і держави не включено окремим пунктом до порядку денного сучасного конституційного процесу. Оцінюючи цей факт з позиції суспільних очікувань українських громадян, які сьогодні продемонстрували свої наміри активно співробітничати зі своєю державою у важливих питаннях суспільного життя, така «не-

12 Пропозиції до Розділу I Концепції внесення змін до Конституції України станом на 8 травня 2013 року (робочі матеріали Комісії з питань конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію змін до Конституції України).

13 Концепція внесення змін до Конституції України (проект) [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://cau.in.ua/ua/news/id/dlja-shirokogo-gromadskogo-obgovorennya-792>.

увага» держави видається парадоксальною. Адже теперішня влада, політичну перемогу якої фактично забезпечила міцна громадянська воля і підтримка, цілком прогнозовано мала би відповідально заявити на офіційному рівні, що питання конституційної оптимізації її взаємодії із громадою є важливим стратегічним завданням сучасної Української держави. Проте Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки, попри проголошену мету налагодити ефективну взаємодію громадськості з органами державної влади, органів місцевого самоврядування на засадах партнерства¹⁴ (на відміну від аналогічної Стратегії 2012 року), не передбачила, що конституційне забезпечення державного сприяння розвитку інститутів громадянського суспільства в Україні є нагальним завданням у найближчій перспективі.

Разом із цим передчасним було б робити висновок про те, що конституційна реформа в Україні за визначеними напрямками взагалі залишає інститут громадянського суспільства поза сферою сучасного конституційного процесу. Їх предмет, цілі, завдання та конкретні пропозиції щодо оновлення Конституції відкривають перспективи до повноцінної оптимізації конституційних засад подальшого формування та розвитку зазначеного інституту в Україні.

В контексті *децентралізації влади* конституційно-правове удосконалення взаємовідносин громадянського суспільства і держави забезпечуватиметься реформою місцевого самоврядування - «одним із найважливіших інститутів громадянського суспільства»¹⁵. Місце й роль місцевого самоврядування як інституту громадянського суспільства, зауважує П. Любченко, виражаються в особливостях і специфіці регулювання суспільних відносин на місцевому рівні. Вони виявляються, по-перше, в самостійності вирішення територіальними громадами, їх органами й посадовими особам питань місцевого значення, по-друге, у створенні умов для ефективної участі громадян у цьому процесі. Місцеве самоврядування, має широкий набір організаційних форм залучення населення до управління громадськими справами, тому саме на місцевому рівні проявляється одна з найважливіших форм екзистенції, людського

14 Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні, затверджена Указом Президента України від 26 лютого 2016 року № 68/2016 [Текст] // Урядовий кур'єр від 2 березня 2016 року, № 41.

15 Баймуратов М.О. Роль Конституції України у виборі національної моделі місцевого самоврядування [Текст] / М.О. Баймуратов / Конституційна реформа в Україні: новий етап та сучасні виклики. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. – 286 с. – С. 81.

буття, яка знаходить своє вираження в громадянській самодіяльності, самовираженні й самоорганізації¹⁶. Саме тому відхід від централізованої моделі управління в державі, забезпечення спроможності місцевого самоврядування та побудова ефективної системи територіальної організації влади в Україні, реалізація повною мірою положень Європейської хартії місцевого самоврядування, принципів субсидіарності, повсюдності і фінансової самодостатності місцевого самоврядування визначено в Стратегії «Україна-2020» метою політики у сфері децентралізації та, відповідно, метою запропонованих конституційних змін в зазначеній сфері. Останні сприятимуть зменшенню впливу держави на суспільство, активізації розвитку регіонів, здобуттю громадами реальної влади, спроможності самостійно вирішувати проблеми на місцевому рівні, підвищенню ступеня відповідальності органів місцевої влади у сфері забезпечення прав і свобод людини і громадянина та, загалом, посиленню конституційно-правового статусу інституту місцевого самоврядування.

Конституційні зміни за напрямом *прав людини* ще обговорюються. Утім очевидно, що вони, чи не найбільше, мають визначити перспективи подальшого розвитку громадянського суспільства в Україні. Адже права людини – його «фундаментальна цінність та, водночас, спільна цінність останнього і правової держави»¹⁷, вони постають смислотворюючим чинником взаємодії цих соціальних інститутів. Відтак, один із головних концептів цього напрямку, виражений політичним слоганом «права людини ляжуть в основу стосунків між громадянином і державою», детермінує конституційні зміни як засіб забезпечення не лише формальної, а й практичної цінності прав людини - центрального суб'єкту громадянського суспільства. Звідси - метою цього напрямку проголошено посилення конституційних гарантій захисту та реального забезпечення прав і свобод людини і громадянина в Україні. В контексті «праволюдного» напрямку повинні знайти вирішення найбільш актуальні проблеми взаємодії людини і держави, переглянуті конституційно-правові засади забезпечення реалізації в Україні принципу верховенства права, обмеження владного впливу держави

16 Любченко П.М. Місцеве самоврядування в контексті становлення і розвитку громадянського суспільства в Україні [Електронний ресурс] / П.М. Любченко / Громадянське суспільство і права людини: матеріали міжнар.наук.-практ. семінару, м. Харків, 9 груд. 2010 р. / редкол.: Ю.П. Битяк, І.В. Яковюк, Г.В. Чапала. – Х.: НДІ дреж. буд-ва та місц. самоврядування, 2010. – 251 с. – С. – 6-7 Режим доступу: <http://www.ndidbms.kharkiv.com/konf/2.pdf>.

17 Разметаєва Ю.С. Права людини як фундаментальна цінність громадянського суспільства [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ю.С. Разметаєва. - Харків, 2009. – 20 с. – С. 4-5.

на приватну сферу життя людини, забезпечення більш дієвої участі громадян в управлінні державними справами тощо.

На розвиток громадянського суспільства в Україні позитивний вплив мають справи конституційні зміни за напрямом *правосуддя*, що невдовзі наберуть чинності. І, насамперед, завдяки запровадженню до національної правової системи інституту конституційної скарги. Як прокоментував ці зміни суддя Конституційного Суду України М. Гультай, конституційна скарга дає можливість особам захистити свої конституційні права й свободи у стосунках із державою, а також забезпечує можливість зворотного впливу індивідів та їх об'єднань на публічну владу у разі державного свавілля, протистояння конституційному правопорядку, що суперечить принципу верховенства права. Так скарга спрямована на вирішення конституційно-правових спорів між особою та державою, є засобом забезпечення верховенства права, а також суттєво впливає на розвиток демократії, забезпечення відповідальності державної влади перед суспільством¹⁸. Також заслуговує підтримки посилення ролі адвокатури як окремого професійного інституту громадянського суспільства внаслідок введення виняткового права адвокатів на представництво в судах, що підвищить конституційні гарантії права на професійну правничу допомогу.

Разом із цим, наразі поки що залишаються відкритими інші питання конституційного визначення засад взаємодії громадянського суспільства і держави. З-поміж інших, це питання, передусім, основоположного принципу їх взаємодії. Зважаючи на високу спроможність інститутів громадянського суспільства представляти інтереси людини у відносинах з державою та, водночас, виступати її стратегічно важливим партнером в основних сферах суспільного життя, таким основоположним принципом мав би виступити принцип партнерства, правову основу якого традиційну складають засади автономності, рівноправності, відкритості і прозорості, взаємної відповідальності та ін. сторін (партнерів). Конституювання цих засад на рівні Конституції України означало би, що наша держава визнала громадянське суспільство моральною основою правової державності, на ґрунті якого «визрівають» адекватні певному історичному часу суспільні цінності, які держава повинна захищати та охороняти засобами позитивного права. Це певною мірою сприяло би зменшенню і суспільної напруги серед населення, запобігло би виникненню новому конфлікту суспільства і влади. Конституційного

18 Інтерв'ю М. Гультая «Юридичній газеті» [Електронний ресурс] Режим доступу: <http://jur-gazeta.com/interview/konstituciyna-skarga-zabezpechue-mozhlivist-zvrotnogo-vplivu-individiv-na-publichnu-vladu-u-razi-de.html>.

вирішення чекають також питання щодо вдосконалення існуючих та запровадження нових форм народного волевиявлення, н-д, інститутів «народного вето», народної законодавчої ініціативи, народних петицій тощо..

Таким чином, питання конституційно-правової оптимізації основ формування і розвитку громадянського суспільства в Україні, засад його взаємовідносин із державою тривалий час залишається актуальним в контексті сучасного конституційного процесу в Україні як правовий засіб посилення конституційних можливостей інститутів громадянського суспільства впливати на дотримання прав і свобод людини і громадянина, на реальне їх забезпечення та реалізацію, на здійснення контролю суспільства над владою. Незмінною аксіомою конституційно-правової модернізації інститутів розвитку громадянського суспільства виступає гуманітарна парадигма держави, відповідно до якої людина визнається найвищою суспільною цінністю, а її права і свободи мають беззаперечний пріоритет у діяльності її органів. Відповідні конституційні зміни мають виступити найвищою правовою формою конституювання в рамках нового суспільного договору влади і суспільства партнерських засад його взаємодії із державою та відкрити нові можливості для активного розвитку останнього в Україні.

І. В. Хорт

к.ю.н., докторант відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

СТРАТЕГІЯ COMMUNITY POLICING В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ УЧАСТІ ГРОМАДЯН В УПРАВЛІННІ ДЕРЖАВОЮ

Євроінтеграційні прагнення Україні все більше набувають обрисів реальних стратегічних кроків на шляху реформування системи державного управління, організації влади та встановлення демократичних стандартів суспільних відносин. Тривалий час основні зусилля українських реформ були спрямовані на сектор економіки та фінансів: запроваджувалися прозорі механізми управління державним сектором економіки, простежувалися намагання боротьби із корупційними схемами, відбувалася трансформація бізнес-процесів в приватному секторі. Натомість правоохоронна функція держави тривалий час залишалася без належної уваги законодавців, і лише створення Національної поліції України та початок впровадження стратегії Community policing продемонструвало реальні кроки уряду по провадженню європейських цінностей у всіх сферах державно-управлінського впливу.

Проблематика реформування системи правоохоронних органів і намагання впровадити в їх діяльність основні засади стратегії Community policing знайшла своє відображення в роботах таких авторів як О.М. Бандурка, М.В. Голуб, І.А. Григоренко, О.О. Проневич, Н.М. Ярмиш та ін. Окрема увага звернута на роботи таких теоретиків стратегії Community policing як Н. Тіллі, А. Фанк, К. Мейнвальд, Н. Путтер та ін.

Створення нової Національної поліції, це не просте перейменування правоохоронної структури, концепт якої дістався в спадщину ще від тоталітарного минулого. Нова поліція уособлює в собі нову парадигму реалізації державного управління в цілому та орієнтації державних органів на потреби конкретної громади зокрема. Процес децентралізації державного управління та адміністративна реформа, яка на сьогодні залишається нагальною вимогою часу та обов'язковим елементом процесу подальшої євроінтеграції України, створюють унікальну передумову для тотального реформування системи державних інституцій. Національна

поліція в цьому контексті стала тим флагманом та одночасно тим піонером, на приклад якого орієнтуються всі інші вертикалі державних інституцій. Причин цьому одразу декілька: по-перше, правоохоронна діяльність держави є вихідною в умовах боротьби із корупцією, деолігархізацією влади та детінізацією економіки; по-друге, правоохоронна система є базисом та гарантом стабільності суспільно-політичних та соціально-економічних умов розвитку як окремої території (громади), так і держави в цілому.

Більше того, реформування правоохоронних органів є важливим етапом розбудови громадянського суспільства в контексті реалізації принципу участі громадян в управлінні державою, який закріплено в ст. 38 Конституції України. Народовладдя і демократичність є опорною точкою для реформування всієї системи публічних органів, як то правоохоронних так і тих, які спрямовані на реалізацію функцій з адміністрування та регулювання суспільних процесів. В цьому контексті особливу актуалізацію отримує практичне впровадження в процес подальших реформ моделі community policing, яка забезпечить високий рівень ефективності та гнучкості системи правоохоронних органів на рівні окремої території та держави в цілому.

Разом з тим слід зауважити, що законодавство про міліцію, що діяло до початку реформи, містило окремі елементи, які віддалено можна було ув'язати із змістом стратегії «community policing». Мова йде зокрема про народних дружинників, позаштатних співробітників та інші окремі форми взаємодії тоді ще органів міліції із суспільством. Але політична ангажованість закону про міліцію впливала на формальність участі громадян в управлінні державою.

Слід зазначити, що модель Community Policing взята на озброєння і сьогодні активно реалізують правоохоронними органами багатьох країн і є синтезом традиційних тактик боротьби зі злочинністю та участі громадськості у цій роботі¹. Навіть така коротка характеристика цієї моделі/стратегії дозволяє говорити про те, що для України ведення Community policing є серйозним випробуванням, оскільки потрібно абсолютно змінити уявлення населення про органи громадського порядку, які позиціонуються як виключно каральні служби. Нова стратегія повинна показати пересічному громадянину, що з поліцією можна і потрібно взаємодіяти, адже користь від діяльності поліцейського направлена на задоволення потреб звичайних людей.

1 Greene J. Evaluating Planned Change Strategies in Modern Law Enforcement: Implementing Community-Based Policing // Brodeur J.P. – 1998. – P. 63

Так, Д.О. Ніколаєнко і І.А. Григоренко стверджують, що Community policing – це філософія стилю управління та стратегії діяльності правоохоронних органів на засадах партнерства з населенням, відповідно до його потреб та нагальних проблем. Головною метою є створення та підтримування активної та тісної співпраці з громадянами в атмосфері довіри один до одного, що допоможе як краще аналізувати проблеми так і якісно знаходити їх рішення, таким чином втілюючи в життя сервісну функцію поліції². Погоджуємося із думкою вчених, оскільки вона багато в чому відповідає базовим основам функціонування патрульної поліції згідно стратегії Community policing, закріпленим в презентації «Новий підхід у роботі патрульної поліції». В презентації наголошуються на тому, що Community policing – це філософія, новий підхід до суспільства, сервісна орієнтованість та локальне вирішення проблем³. Базуючись на зазначених принципах стратегія Community policing може стати не лише індикатором для встановлення взаємодії патрульної поліції та населення, але й вплинути на зміну ментальних характеристик пересічних українських громадян, які змінять своє ставлення до української поліції з недовіри до підтримки і розуміння.

Стратегія Community policing встановлює перелік основних учасників взаємодії поліції та громади, до яких крім поліції та громадян належать: громадські організації, навчальні заклади, органи самоорганізації населення, державні органи та установи⁴. Особливе місце в співпраці поліції та громади відведено навчальним закладам, адже поважне відношення до правоохоронних органів та виховання законослухняних громадян повинно починатися ще в школах.

В рамках реалізації стратегії першого етапу Community policing патрульними поліцейськими з початку впровадження проекту було відвідано більше 500 шкіл. Також 29 лютого 2016 року був підписаний Меморандум про співробітництво Міністерствами освіти, Міністерством внутрішніх справ та Національною поліцією України⁵. Щодо практичної діяльності в сфері взаємодії навчальних закладів та поліції, то було роз-

2 Ніколаєнко Д.О., Григоренко І.А. Принцип «» як інтегральна складова роботи правоохоронних органів щодо профілактики девіантної поведінки неповнолітніх з особливими потребами / Д.О. Ніколаєнко, І.А. Григоренко // Юридичний часопис національної академії внутрішніх справ. – 2015. – № 1. – С. 272.

3 Стартував новий проект взаємодії патрульної поліції з суспільством — Community policing / Офіційний веб-сайт патрульної поліції України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://patrol.police.gov.ua/highlight/startuvav-novyj-proekt-vzayemodiyi-patrolnoyi-politsiyi-z-suspilstvom-sommunity-policing/>

4 Там само.

5 Там само.

роблено програму для учнів 1-11 класів, спрямовану на формування в них правослухняної поведінки, запобігання конфліктів та правопорушень. Програма складається з 24 занять по 45 хвилин кожне. Важливо, що проведенням занять будуть займатися не шкільні вчителі, а саме поліцейські, що дозволить школярам особисто контактувати з представниками поліції.

Одним із найбільш фундаментальних кроків по реформуванню національної поліції України в рамках стратегії Community policing стало введення проекту по перепідготовці дільничних інспекторів, розробленого спільно із ОБСЕ. Даний проект стартував 21 квітня 2016 року і в його рамках спільну програму підготовки пройдуть майже 1400 дільничних інспекторів⁶. На нашу думку, впровадження проекту повинно сприяти закріпленню і розвитку у дільничних інспекторів принципів служіння населенню України в цілому та своєї дільниці зокрема.

Більше того, саме дільничний інспектор є першою ланкою впливу громади на процеси управління державними та муніципальними справами, оскільки через працівника правоохоронних органів формують систему вимог до всієї правоохоронної системи в цілому. Робота дільничного інспектора завжди позиціонується в сприйнятті громади як робота всієї правоохоронної системи. Відтак реакція громади буде адекватною її сприйняттю, а тому і коригування функціонування всієї системи національної поліції має сприйматися керівництвом поліції як необхідна вимога для подальшої ефективної взаємодії з населенням, в тому числі і в контексті запобігання проявам злочинності.

Таким чином, стратегія Community policing активно впроваджується в Україні і вже має позитивні результати, які виражаються як теоретичних розробках шляхів реалізації основних її принципів, так і в досягненні практичних результатів, про що свідчить підвищення лояльності населення до правоохоронних органів. Проте, національна поліція залишається новим органом правоохоронної системи України і будь-які нововведення національного законодавства щодо забезпечення взаємодії поліції з громадськістю потребують вивчення позитивного зарубіжного досвіду реалізації стратегії Community policing.

Прикладом ефективного впровадження стратегії Community policing є Німеччина, яка однією із перших запозичила дану модель у США. Незва-

6 Деканоидзе запустила совместный с ОБСЕ проект по переподготовке участковых инспекторов / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nv.ua/ukraine/events/dekanoidze-zapustila-sovmestnyj-s-obse-proekt-po-perepodgotovke-uchastkovyh-inspektorov-112033.html>

жаючи на те, що поліцією Німеччини накопичено власний досвід співпраці з населенням Community policing також активно використовується. Вона розглядається як вияв «демократії у дії» та «самоврядування порядку» задля вирішення проблем, пов'язаних зі злочинністю (страхом перед злочинністю) соціальним і психічним насиллям та посяганнями на засади добросусідства⁷. Термін «демократії у дії» чітко характеризує те, чого потрібно прагнути при реалізації стратегії Community policing в Україні. На наш погляд, налагодження ефективних зав'язків поліції з громадськістю можливе за наявності політичної волі, яка в Україні станом на даний момент присутня, та загального прагнення, в першу чергу, прагнення поліції, яке повинно посприяти встановленню відкритості серед населення.

Німецькими дослідниками було виокремлено чотири основоположні компоненти концепції Community policing, а саме децентралізація поліцейської роботи, проблемно-орієнтована діяльність, орієнтування на населення як пріоритет діяльності, участь населення у заходах з реалізації концепції⁸. Як бачимо, два із чотирьох компонентів стратегії Community policing орієнтовані на громадськість. Важливою є також гнучкість в реалізації концепції, яка повинна забезпечити вибір найбільш актуальних та ефективних методів налагодження взаємодії поліції з населенням.

Загалом, в Німеччині була проведена велика кількість реформ і поліція стала ще більш ефективно діяти в сфері встановлення зав'язків з громадськістю. Населення стало, в першу чергу, не потенційною загрозою як це було раніше, а партнером на шляху попередження злочинів, виявленні правопорушників та забезпечення правопорядку. Багато в чому німецька модель Community policing є результатом сформованої десятиліттями системи участі громадян в управлінні державою. Німецькі діячі поліцейської сфери та науковці постійно вивчають стан реалізації партнерського зв'язку і пропонують шляхи її покращення, що є і забезпечує ефективність політики взаємодії поліції та населення.

В Польщі реалізація стратегії Community policing впроваджується з урахуванням національної специфіки, зумовленої процесами економічної і політичної трансформації. Польські поліцейсти розглядають Community policing як «елемент поліцейської філософії відкритості та співпраці», засіб активізації локальних ініціатив у сфері запобігання правопорушенням

7 Pütter N. Community Policing. Alternative zu herkömmlicher Polizeiarbeit? / N. Pütter // Bürgerechte&Polizei. – 1999. – №3. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cilip.de/ausgabe/64/alternat.htm>.

8 Funk A. Community Policing in den USA / A. Funk // Bürgerechte&Polizei. – 1999. – № 3. – S. 22-23.

та важливий чинник підвищення якості життя територіальних громад⁹. Тобто основною направленістю стратегії є поліпшення становища громадян на локальному рівні. На шляху реалізації Community policing польським діячам вдалося досягти значних успіхів за рахунок того, що принципи відкритості та співпраці поліції не просто декларувалися, а були реалізовані через кожного працівника поліції. Для України налагодження міцної співпраці поліції і населення ще попереду, але досвід Польщі повинен стати хорошим прикладом встановлення такої взаємодії.

У рамках програми Community policing набула поширення ініціатива «Telefon zaufanie» («Телефон довіри»), що кореспондується з проголошеною доктриною «нульової толерантності»¹⁰. Варто відзначити, що в рамках української стратегії Community policing також ініційовано запровадження гарячої телефонної лінії патрульної поліції. Що у майбутньому стане обов'язковим елементом й інших структурних підрозділів національної поліції. Цілком можливо, що одним із прикладів такого нововведення стало використання досвіду Польщі щодо налагодження зв'язків поліції з громадськістю.

Польськими діячами було проведено дослідження щодо ефективності поліцейських патрулів, яке засвідчило їх неефективність, саме тому у контексті реалізації програми Community policing в Польщі активно використовуються піші або моторизовані одноосібні поліцейські патрулі. Відповідно до парagrafu 28 розпорядження головного коменданта поліції «Про форми і методи виконання завдань поліцейськими, які несуть патрульну службу» від 14.08.2007 року № 768 виконання завдань у одноосібних патрулях може бути реалізовано виключно поліцейськими, які мають відповідний професійний досвід та перебувають на постійній службі у світлий час доби – від світанку до настання темряви за необхідності забезпечення постійної присутності допоміжного патруля¹¹.

Що ж стосується України то персональне парне патрулювання у класичному вигляді поєднання пішого та автомобільного – є надзвичайно дієвим елементом забезпечення правопорядку в конкретній

9 Czapska J. Community Policing w Polsce – możliwości i ograniczenia // Bezpieczeństwo lokalne. Społeczny kontekst prewencji kryminalnej / J. Czapska, J. Widacki (red.). – Warszawa, 2000. – S. 140-141.

10 Gral J. Community Policing w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem instytucji dzielnicowego / J. Gral // Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej. – Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2002. – S. 262.

11 Zarządzenie nr. 768 Komendanta Głównego Policji w sprawie form i metod wykonywania zadań przez policjantów pełniących służbę patrolową oraz koordynacji działań o charakterze prewencyjnym z dnia 14 sierpnia 2007 r. // Dziennik Urzędowy Komendy Głównej Policji. – 2007. – Nr. 15. – Poz. 119.

громаді, оскільки виступає в якості превентивного заходу. Натомість одноосібне патрулювання несе в собі загрозу для життя співробітників Національної поліції.

Отже, проаналізувавши реформування Національної поліції України, в тому числі впровадження стратегії Community policing в контексті реалізації принципу участі громадян в управлінні державою та вивчивши актуальні методи партнерської взаємодії поліції та населення в Німеччині і Польщі можна зробити кілька висновків.

По-перше, подальше запровадження засад стратегії Community policing в практичній діяльності національної поліції в Україні вимагає продовження вивчення та аналізу закордонного досвіду, передовсім європейських країн.

По-друге, широкого розповсюдження повинні набути заходи спрямовані на формування правової культури громади. Серед таких заходів найбільш дієвим є зустрічі із школярами та їх батьками. На таких зустрічах не лише формуватиметься позитивне уявлення громади про органи Національної поліції через образ її представників. Разом з тим, зустрічаючись саме зі школярами поліцейські суттєво підвищують рівень їх правових знань та навичок захисту власних прав та інтересів.

По-третє, через реалізацію стратегії Community policing співробітники Національної поліції в кожному конкретному населеному пункті, в кожній громаді повинні створювати належний рівень сприйняття дільничного інспектора. Він повинен не лише бути представником влади, але і виступати в якості елемента зворотного зв'язку між громадою та державою. Тому інструментарій засобів і заходів забезпечення правопорядку повинні орієнтуватися переважно на методи інформаційного впливу, роз'яснення, агітації тощо. Тобто орієнтир не на імператив, а на необхідність та доцільність за умови диспозитивності обирати виключно ту модель поведінки, яка відповідає межах законності.

Таким чином, модель Community policing означає наближення функцій держави в конкретну громаду при одночасній участі цієї громади в процесах управління державою, і зокрема через підвищення ефективності та дієвості роботи правоохоронної системи шляхом долучення широкої громадськості до вирішення спільної проблеми – забезпечення безпеки та правопорядку.

С. Б. Чехович

к.ю.н., доцент, завідувач відділу Головного управління з питань конституційної реформи Адміністрації Президента України

ПРАВО НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Однією з важливих умов ефективної реалізації конституційного права на свободу пересування в Україні є його належне законодавче забезпечення. При цьому право на свободу пересування розуміється у широкому значенні, що складається з прав кожного: на свободу пересування територією України; на вільний вибір місця проживання в її межах; вільно залишати територію України та права громадянина України в будь-який час повернутися в неї.

Нині в Україні сформовано законодавчу базу з питань свободи пересування, що постійно вдосконалюється. Цей процес потребує належного наукового супроводу. У вітчизняній правовій науці стан національного законодавства України у сфері свободи пересування аналізувався, зокрема, О.І. Піскуном¹, О.Ф. Диньком², М.Ф. Анісимовою³, С.В. Максименком⁴, І.В. Михайлишиним⁵, Я.С. Тищенко⁶, О.Ф. Дегтярьовим⁷. У 2006

- 1 Піскун О.І. Основи міграційного права: порівняльний аналіз / О. І. Піскун. – К.: «МП Леся», 1998. – С. 210-222.
- 2 Динько О.Ф. Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 – конституційне право / О.Ф. Динько. – К., 2003. – С.12-15.
- 3 Анисимова М.Ф. Право на свободу передвижения и свободный выбор местожительства в Украине: история, современное состояние и перспективы развития / М.Ф. Анисимова. – Запорожье: «Дикое Поле», 2005. – С. 160-200.
- 4 Максименко С.В. Міжнародно-правове регулювання права на свободу пересування і вибір місця проживання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 – міжнародне право / С.В. Максименко. – К., 2006. – С. 14-15.
- 5 Михайлишин І.В. Адміністративно-правові засади забезпечення реалізації конституційного права громадян на вільне пересування та вибір місця проживання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / І.В. Михайлишин. – Львів, 2013. – С. 14-16.
- 6 Тищенко Я. Питання свободи пересування в Законі України «Про біженців» / Я. С. Тищенко // Проблеми міграції. – 2002. – № 3(21). – С.7-10.
- 7 Дегтярьов О.Ф. Адміністративно-правове забезпечення реалізації права громадян на вільний вибір місця проживання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / О.Ф. Дегтярьов. – К., 2006. – С. 7-10.

році підготовлено науково-практичний коментар Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання»⁸.

Зазначені науковці, які на різних етапах розвитку нашої держави досліджували це питання, відзначали, з одного боку, прагнення держави сформувати відповідну національну базу, а з другого – її недосконалість: невдалу редакцію деяких правових приписів, наявність юридичних колізій та прогалин, невідповідність окремих правових норм міжнародним стандартам тощо. Водночас варто зауважити, що їхні дослідження було здійснено до істотного оновлення національного законодавства України у сфері свободи пересування.

Значна увага приділяється поліпшенню національного законодавства України з питань свободи пересування на сучасному етапі розвитку нашої держави, що, крім необхідності усунення зазначених недоліків, зумовлюється також прагненням унормувати особливості реалізації права на свободу пересування в умовах тимчасової окупації частини її території та проведення антитерористичної операції та законодавчо забезпечити виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України.

Протягом останніх років було прийнято кілька законодавчих актів з цього питання. Особливо слід виділити закони України, що регулюють питання свободи пересування, пов'язані з тимчасовою окупацією території України та проведенням антитерористичної операції. Одним із них є Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 року, який, зокрема, встановив порядок в'їзду осіб на тимчасово окуповану територію та виїзду з неї. За частиною першою статті 10 цього Закону громадяни України мають право на вільний та безперешкодний в'їзд на тимчасово окуповану територію і виїзд з неї через контрольні пункти в'їзду-виїзду за умови пред'явлення документа, що посвідчує особу та підтверджує громадянство України. В'їзд іноземців та осіб без громадянства на таку територію та виїзд з неї допускаються лише за спеціальним дозволом через контрольні пункти в'їзду-виїзду. У зазначеному Законі майже нічого не сказано стосовно власне пересування по тимчасово окупованій території. Це пояснюється тим, що Україна не має можливості гарантувати забезпечення на ній прав і свобод та виконання обов'язків.

8 Анісімова М.Ф., Бритченко С.П., Чехович С.Б. Науково-практичний коментар Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання» / М.Ф. Анісімова, С.П. Бритченко, С.Б. Чехович. – К.: Пектораль, 2006. – 96 с.

Згідно з прикінцевими та перехідними положеннями цього Закону внесено зміни, що стосуються права на свободу пересування, до інших законодавчих актів. Так, у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» переліки обмежень свободи пересування (частина перша статті 12) та вільного вибору місця пересування (частина перша статті 13) доповнено можливістю обмеження їх на тимчасово окупованих територіях. На нашу думку, варто доповнити ці переліки також можливістю обмеження свободи пересування та вільного вибору місця пересування в районі проведення антитерористичної операції, оскільки таку можливість передбачено у Законі України «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року.

Внесено також зміни до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Зокрема, частину першу статті 13 цього Закону доповнено новим абзацом восьмим, згідно з яким в'їзд в Україну іноземцю або особі без громадянства не дозволяється, якщо така особа намагається здійснити в'їзд через контрольні пункти в'їзду – виїзду на тимчасово окуповану територію без спеціального дозволу або така особа під час попереднього перебування на території України здійснила виїзд із неї через контрольний пункт в'їзду – виїзду. Закон доповнено статтею 4-1, відповідно до частини першої якої іноземцям та особам без громадянства, які прибули до контрольних пунктів в'їзду – виїзду з тимчасово окупованої території без відповідного дозволу, не дозволяється подальший проїзд та в найкоротший строк вони повертаються на тимчасово окуповану територію, з якої вони прибули, або в державу, яка видала паспортний документ. Відповідно до змін, внесених до статті 20 Закону, забороняється здійснення через неї транзитного проїзду іноземців та осіб без громадянства.

Певні новації у сфері законодавчого регулювання права на свободу пересування містить Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 року, який, зокрема, встановив особливості реєстрації місця проживання внутрішньо переміщеної особи, закріпив її права та обов'язки у сфері свободи пересування. Водночас у цьому Законі має місце певна термінологічна неузгодженість, що ускладнює правозастосування і має бути усунута. Так, у частині другій статті 10 йдеться про фактичне місце проживання внутрішньо переміщеної особи; у статті 12 – про її фактичне місце перебування; у пункті 1 частини другої статті 5 – про місце фактичного проживання.

Закон України «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій

території України» від 12 серпня 2014 року визначив порядок перетину громадянами України, іноземцями та особами без громадянства адміністративного кордону вільної економічної зони «Крим» (ВЕЗ «Крим»).

Постановою Кабінету Міністрів України від 4 червня 2015 року № 367 затверджено Порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, що регулює питання перетину адміністративного кордону вільної економічної зони «Крим» під час в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї громадян України відповідно до Закону України «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України», а також іноземців та осіб без громадянства – з урахуванням вимог Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України». Слід відзначити, що у пунктах 38 та 39 зазначеного Порядку, який є підзаконним нормативно-правовим актом, встановлюються підстави для відмови у в'їзді на тимчасово окуповану територію України та виїзді з неї, не передбачені законом, що є порушенням вимог частини першої статті 33 Конституції України, згідно з якою такі обмеження можуть встановлюватися лише законом.

Закон України «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року надав зазначеним адміністраціям повноваження встановлювати обмеження права на свободу пересування в районі проведення антитерористичної операції. Щодо цього Закону Верховна Рада України постановою від 21 травня 2015 року № 462-VIII схвалила Заяву «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод»⁹. У пункті 8 цієї Заяви йдеться про те, що зазначений Закон надає військово-цивільним адміністраціям повноваження, зокрема, встановлювати обмеження щодо перебування у певний період доби на вулицях та в інших громадських місцях без визначених документів; тимчасово обмежувати або забороняти рух транспортних засобів і пішоходів на вулицях, дорогах та ділянках місцевості; організувати перевірку документів, що посвідчують особу, у фізичних осіб, а в разі потреби – огляд речей, транспортних засобів, багажу та вантажів, службових приміщень і житла громадян, крім обмежень, встановлених Конституцією України. Застосування норм

9 Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод»: Постанова Верховної Ради України від 21.05.2015 р., № 462-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 29. – Ст. 267.

цього Закону зумовлює необхідність певного відступу від зобов'язань України за статтями 9, 12 та 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, статтями 5 та 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та статтею 2 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас проведення антитерористичної операції з метою відвернення загрози знищення нації збройною агресією Російської Федерації згідно із Заявою є тією межею, яка дозволяє тимчасово обмежувати свободу пересування і право на повагу до приватного життя.

Схвалення зазначеної Заяви свідчить про прагнення нашої держави сумлінно виконувати свої міжнародні зобов'язання у сфері прав і свобод людини.

Низка законів України, прийнятих протягом 2014-2015 років, спрямована на узгодження термінології, що вживається стосовно права на вільний вибір місця проживання, та на вдосконалення законодавчого забезпечення реєстрації місця проживання.

Так, у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо переведення садових і дачних будинків у жилі будинки та реєстрації в них місця проживання» від 2 вересня 2014 року було зроблено спробу узгодити поняття «місце проживання», що вживається у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» та Цивільному кодексі України.

Варто відзначити, що в абзаці п'ятому статті 3 первинної редакції Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» місце проживання визначалося як адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців. Така законодавча дефініція узгоджувалася з визначенням у зазначеній статті поняття «вільний вибір місця проживання чи перебування», в якому йдеться про вибір саме адміністративно-територіальної одиниці. Наведене підтримувалося і в науковій літературі¹⁰. Водночас за частиною першою статті 29 Цивільного кодексу України місцем проживання особи визнавався житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово.

10 Чехович С.Б., Тищенко О.П. Стан законодавчого забезпечення реалізації та захисту права на свободу пересування і вільний вибір місця проживання в Україні: Аналітична доповідь / С.Б. Чехович, О.П. Тищенко. – К.: Фонд «Правова ініціатива», 2003. – С. 23.

Законом України від 2 вересня 2014 року абзац п'ятий статті 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» було викладено в новій редакції, за якою місце проживання – житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає постійно або тимчасово. У Цивільному кодексі України частину першу статті 29 також було викладено в новій редакції відповідно до якої місцем проживання фізичної особи є житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово.

Цими змінами, на нашу думку, не лише не вдалося повністю узгодити приписи національного законодавства України щодо права на вільний вибір місця проживання на території України, а й було утворено певну суперечність у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» між визначенням права на вільний вибір місця проживання, як вибором адміністративно-територіальної одиниці, і визначенням місця проживання, як житла, що на ній розташоване.

Певні зміни внесено до національного законодавства України у сфері свободи пересування Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування та оптимізації надання адміністративних послуг» від 10 грудня 2015 року. У черговий раз було змінено визначення терміну «місце проживання» в Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні». Відповідно до нової редакції абзацу п'ятого його статті 3 місце проживання – житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає, а також спеціалізовані соціальні установи, заклади соціального обслуговування та соціального захисту, військові частини. На наш погляд, наведена законодавча дефініція цього терміну не усуває утворену попередніми змінами суперечність у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» між визначенням права на вільний вибір місця проживання і визначенням місця проживання та залишає розбіжності у визначенні поняття «місце проживання» у цьому Законі та Цивільному кодексі України. У зв'язку з цим вважаємо доцільним офіційне тлумачення Конституційним Судом України поняття «місце проживання», що вживається в статті 33 Конституції України, про що вже йшлося в науковій літературі.

Законом України від 10 грудня 2015 року внесено й інші зміни до Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», якими врегульовано порядок реєстрації місця проживання і перебування особи. Серед новацій варто виділити поло-

ження щодо внесення відомостей про місце перебування особи лише до довідки про звернення за захистом в Україні та довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи; збільшення з десяти до тридцяти календарних днів строку, протягом якого особа має зареєструвати своє місце проживання; реєстрації місця проживання лише за однією адресою, у разі якщо особа проживає у двох і більше місцях; особливостей реєстрації місця проживання бездомних осіб тощо.

Зазначеним Законом України від 10 грудня 2015 року внесено також зміни до Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», що скасували підстави для тимчасової відмови у видачі паспорта громадянина України для виїзду за кордон та скоротили перелік підстав для тимчасових обмежень у праві виїзду громадян України за кордон. Зокрема, у статті 6 Закону вилучено підстави за яких громадянині України може бути тимчасово відмовлено у виїзді за кордон у випадках, якщо: діють не врегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання; він свідомо сповістив про себе неправдиві відомості; щодо нього подано цивільний позов до суду.

Не завжди вдосконалення національного законодавства України у сфері свободи пересування здійснюється належним чином. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України від 7 травня 2014 року № 152 було затверджено Порядок оформлення, видачі, обміну, пересилання, вилучення, повернення державі, знищення паспорта громадянина України для виїзду за кордон, його тимчасового затримання та вилучення. Зазначений підзаконний документ у супереччю вимогам статті 92 Конституції України закріпив у пункті 2 право громадянина України на отримання паспорта для виїзду за кордон, що не передбачено Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України». Крім того, у пункті 42 Порядку закріплено право територіального органу або підрозділу Державної міграційної служби України та закордонної дипломатичної установи України відмовити особі у видачі паспорта для виїзду за кордон за встановлених в ньому підстав, не передбачених зазначеним Законом. Такі новації мали б міститися у Законі України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України».

З прийняттям зазначених законодавчих актів процес удосконалення національного законодавства України, що регулює право на свободу пересування в Україні, не завершено. Зокрема, Кабінетом Міністрів України внесено на розгляд парламенту проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо документів, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус, спря-

мованих на лібералізацію Європейським Союзом візового режиму для України» (реєстр. № 3224 від 5 жовтня 2015 року). Проектом передбачається внесення змін до Законів України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», про «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» та «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус», спрямованих, зокрема, на приведення документів, що підтверджують право на виїзд з України і в'їзд в Україну, у відповідність до стандартів Європейського Союзу.

Підсумовуючи, можна дійти висновку, що в Україні приділяється увага вдосконаленню конституційно-правового регулювання права на свободу пересування. Водночас у цьому питанні є певні недоліки. Деякі законодавчі новації мають невдалу редакцію і не завжди узгоджуються між собою. В окремих нових законах спостерігається неузгодженість термінології. Мають місце випадки всупереч вимогам Конституції України визначення змісту прав у сфері свободи пересування та встановлення їх обмежень підзаконними актами. Подальше вдосконалення законодавчого забезпечення права на свободу пересування в Україні з урахуванням викладених зауважень і пропозицій сприятиме, на нашу думку, приведенню національного законодавства України з цього питання та практики його застосування у відповідність до загальноєвропейських принципів і норм міжнародного права.

В. А. Явір

канд. політ. наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

НАЦІОНАЛІСТИЧНІ ПАРТІЇ В УКРАЇНІ: ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ

Предметом наукового дискурсу навколо окресленої проблематики має стати дискусія – яким чином декомунізація, що розпочалася після Революції гідності впливає на ідеологічний спектр політичних сил, представлених в Україні? На нашу думку, вона стосується не лише обмеження комуністичних партій, а й впливає на політико-правові засади діяльності всіх, в тому числі націоналістичних партій.

Почнемо з того, що українські етнополітологи завжди застерігали законодавців від заборони як будь-яких ідеологій, так і партій, що їх представляють, в Україні. Подібні спроби заборонити ту чи іншу партію або ідеологію - як правого, так і лівого політичного спектру - здійснювалися в Україні неодноразово. Їх суть і зміст залежали від того, які політичні сили в конкретний момент державотворення перебували при владі. Так, після здобуття незалежності одразу було заборонено Комуністичну партію - 26 серпня 1991 р. Президія Верховної Ради України видала указ «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України»¹, 30 серпня - указ «Про заборону діяльності Компартії України»². Після офіційної заборони КПУ, більша частина колишніх комуністів поповнила лави новоствореної Соціалістичної партії України.

Однак повної декомунізації - заборони КПУ на початку 90-х рр. так і не відбулося, оскільки ліві політичні погляди залишалися найбільш популярними в суспільстві. Почасти тому 14 травня 1993 р. Президія Верховної Ради України прийняла Постанову «Про Укази Президії Верховної Ради України від 26 і 30 серпня 1991 р. «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України», «Про заборону діяльності Компартії України», в якій зазначалося, що «громадяни України, які поділяють комуністичні ідеї,

1 Указ Президії Верховної Ради України «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України» // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - №4. – Ст.532.

2 Указ Президії Верховної Ради України «Про заборону діяльності Компартії України» // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - №44. – Ст.595.

можуть утворювати партійні організації відповідно до законодавства України»³.

Тому вже 19 червня 1993 р. - на з'їзді у Донецьку Компартія була відновлена, хоча формально була створена як нова партія. На парламентських виборах 1994 р. ця ліва політична сила, яка ще рік до того перебувала під забороною, перемогла націоналістичні та центристські партії і сформувала найбільшу фракцію у Верховній Раді, обійняла посади керівництва парламенту та керівників ключових парламентських комісій. Для прикладу, під час парламентських виборів 1994 р., до Верховної Ради II скликання пройшли 20 представників Народного Руху України, 12 - Української республіканської партії, 5 - Конгресу українських націоналістів, 2 - Української консервативної республіканської партії та 1 представник УНА-УНСО. Тоді як лівий ідеологічний спектр представляли 90 депутатів Комуністичної партії України, 18 - Селянської партії України та 15 - Соціалістичної партії України. Нескладно підрахувати, що кількість депутатів від лівих політичних сил (123 мандати) втричі перевищувала депутатів від правих сил у Верховній Раді II скликання.

Протягом 90-х рр. популярність КПУ порівняно з націоналістичними партіями не знижувалася, тому спроб заборонити політичну силу не було. Навпаки, тривала політична діяльність з реабілітації політичної сили, що претендувала на роль головної партії, яка представляла комуністичну ідеологію в Україні. Річ у тому, що незважаючи на те, що 18 жовтня 1994 р. Верховна Рада України на чолі з лідером СПУ, спікером О. Морозом, проголосувала за скасування так званих заборонних указів 1991 р., голова парламенту цієї постанови не підписав, тож заборона КПУ залишалася чинною та в будь-який момент могла бути приведеною в дію в судовому порядку⁴.

Тому 23 січня 1997 р. 139 депутатів Верховної Ради внесли до Конституційного Суду України подання про неконституційність указів Президії Верховної Ради України «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України» і «Про заборону діяльності Компартії України» 1991 р. Парламентарі вважали, що Президія Верховної Ради України, видаючи ці укази, перевищила свої конституційні повноваження, порушила принцип поділу влади, проголошений у Декларації про державний суверенітет України,

3 Постанова Президії Верховної Ради України «Про Укази Президії Верховної Ради України від 26 і 30 серпня 1991 року "Про тимчасове припинення діяльності Компартії України", "Про заборону діяльності Компартії України" // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - №27. - Ст.288.

4 Справа про заборону [Електронний ресурс] / Українська правда. - Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/news/2002/01/11/2986279/>.

перебравши на себе функції судової влади, «знехтувала» засади правової держави і правосуддя, що призвело до порушення конституційних прав і свобод громадян України.

Конституційному Суду знадобилося понад 4 роки, щоб розглянути це питання. 7 грудня 2001 р. Конституційний Суд ухвалив рішення у справі № 1-2/2001 на користь КПУ, визнавши неконституційними – такими, що суперечать Основному Закону обидва укази про заборону Компартії. Суд постановив, що Президія Верховної Ради України, визнавши наявність антиконституційної діяльності посадових осіб Компартії України та заборонивши її, тим самим перебрала на себе функції слідчих та судових органів, що суперечить конституційному принципу здійснення державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову⁵. Конституційний Суд України також постановив, що Компартія України мала статус самостійної політичної організації України і її програмні цілі та дії в період з 19 по 21 серпня 1991 р. (що стали підставою для тимчасового припинення та заборони її діяльності) не суперечили визначеним на конституційному рівні умовам утворення і діяльності політичних партій та громадських організацій (ч.1 ст.37 Конституції України). Іншими словами КПУ була офіційно визнана непричетною до державного перевороту 19-21 серпня 1991 р. і сприянню його здійсненню на території України.

Незважаючи на власну непросту історію відстоювання ідеологічних позицій, політична сила у переломні моменти також намагалася використати заборону ідеології в цілому та окремих політичних сил як засіб тиску на політичних опонентів. В пакеті Законів про диктатуру (також відомих як Закони 16 січня або диктаторські закони), прийнятих 16 січня 2014 р. з порушенням законодавчого процесу з метою придушення Революції гідності було кілька ініціатив КПУ, спрямованих на утиски та заборону політичних сил правого ідеологічного спектру та націоналістичної ідеології. Це Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за заперечення чи виправдання злочинів фашизму» №729-VII, яким Кримінальний Кодекс України доповнювався статтею №436-1, що встановлює відповідальність (штраф та/або позбавлення волі на строк до двох років) за публічне заперечення чи виправдання злочинів фашизму проти людяності, вчинених у роки Другої світової війни, зокрема злочинів, здійснених організацією «Ваффен-СС», підпорядкованими їй структурами, тими, хто боровся проти

5 Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-2/2001 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-01>.

антигітлерівської коаліції і співпрацював із фашистськими окупантами, а також пропаганду неонацистської ідеології, виготовлення та (або) розповсюдження матеріалів, у яких виправдовуються злочини фашистів і їх прибічників⁶.

Експерти назвали ці зміни такими, що суперечать Конституції та демократичним засадам функціонування України як правової держави, що опікується свободами та правами людини, зокрема плюралізмом. Принагідно С. Асланов підкреслював, що ст. №436-1, яка доповнила Кримінальний кодекс України: 1) не могла застосовуватися в правовому полі демократичної держави, оскільки не містила визначення явищ, за які передбачено покарання, зокрема «злочини фашизму»; 2) не відповідала вимогам до законодавства, оскільки містила емоційно забарвлені вирази та означення, зміст яких не може тлумачитися однозначно, зокрема «фашистські окупанти та їх прибічники»⁷. Дослідник підкреслює, що обвинуваченим за цією статтею в неупередженому суді нескладно було б довести, що йшлося не про фашистських окупантів, а німецьких визволителів України від радянської окупації.

Також Комуністична партія ініціювала прийняття проекту Закону України «Про заборону неонацистської і неофашистської ідеології» №4082, яким пропонувалося заборонити ці ідеології на території України⁸. Ст. 3 законопроекту поширювала заборону на пропаганду неонацистської і неофашистської ідеології, ст. 4 - на використання неонацистської і неофашистської символіки. Проведення масових заходів з використанням неонацистської і неофашистської символіки, публічне відзначення дат, пов'язаних з націоналістичним рухом, публічне виконання гімну ОУН-УПА чи їх частин, прирівнювалося до неонацистської і неофашистської пропаганди.

По суті, визначення обох ідеологій, які пропонувалося заборонити, не надто відрізнялися, що в принципі унеможлиблює їх розрізнення. Неонацистська ідеологія позиціонувалася законопроектом як сукупність радикальних ідей, поглядів, настанов, гасел і концепцій, які характеризуються крайнім націоналізмом, антисемітизмом, ксенофобією,

6 Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за заперечення чи виправдання злочинів фашизму» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/735-18>.

7 Асланов С. Особливості дестабілізації етнополітичної ситуації в Україні: заборона ідеологій / С. Асланов // Держава і право. - №63. – 2014. – С. 330.

8 Проект Закону України «Про заборону неонацистської і неофашистської ідеології» №4082 від 04.02.2014 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49685.

біологічним расизмом, прагненням відновити націонал-соціалізм, запереченням Голокосту та ідеалізацією нацистського режиму Третього рейху, окремих його діячів та є сучасним відгалуженням нацизму. Тоді як неофашистська ідеологія – як сукупність сучасних радикальних ідей, поглядів, настанов, гасел і концепцій, які характеризуються расизмом, ірраціоналізмом, антигуманізмом, використанням терористичних видів діяльності, проповідуванням культу сили та є ідейними і політичними правонаступниками фашистських організацій, які припинили існування після Другої світової війни.

Згідно зі ст. 2 проекту неонацистська і неофашистська ідеологія мали бути заборонені на всій території України. З цього випливало, що діяльність політичних партій, громадських організацій та рухів, у тому числі молодіжних, які підтримують неонацистську і неофашистську ідеологію, також забороняється (п.2 ст.2). Це безпрецедентна ситуація, за якої одна політична сила лівого спектру спробувала визначити політико-правові засади функціонування націоналістичних партій, шляхом запровадження заборони як їх ідеології зокрема, так і діяльності в цілому. Адже, відповідно до ст.1 законопроекту до переліку забороненої неонацистської і неофашистської символіки потрапила символіка правих політичних сил України (ВО «Свобода», УНА-УНСО, КУН та ін.), а саме - зображення діячів націоналістичного руху (Степана Бандери, Романа Шухевича, Євгена Коновальця та інших), прапор дивізії СС «Галичина», жест «Тризуб» (у формі кисті з трьома випростаними догори пальцями).

Депутати від КПУ, що ініціювали внесення відповідних змін до законодавства шляхом запровадження заборони правих ідеологій, передбачили відповідний політико-правовий механізм заборони партій, що дотримуються цих ідеологій. Відповідно до п.4 ст.2 законопроекту передбачалося, що припинення діяльності політичних партій і громадських організацій, тягне за собою припинення повноважень депутатів усіх рівнів, які є членами цих політичних партій, були висунуті від них кандидатами в депутати або належать до депутатських фракцій цих політичних партій, розпуск керівних органів організацій, обласних, міських, районних організацій, їхніх первинних осередків та решти структурних утворень, передбачених статутами цих організацій, а також припинення членства у них.

Спроби заборонити вищезгадані ідеології, як правого так і лівого спектру, мали місце в Україні і раніше. Комуністи не вперше намагалися заборонити діяльність націоналістичних партій шляхом запровадження заборони ідеології, якої дотримуються ці політичні сили. В 2010 році лідер КПУ зареєстрував проект Закону України «Про внесення змін до деяких

кодексів України (щодо відповідальності за пропаганду фашизму)»⁹. У випадку його прийняття не лише політичні сили, а й інші організаційні форми громадянського суспільства, які причетні до націоналізму, могли б зазнати кримінального переслідування.

У відповідь БЮТ вніс на розгляд парламенту проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо відповідальності за пропаганду фашизму, нацизму, комунізму, сексизму та інших тоталітарних політичних течій, що обмежують свободу людини». У випадку його прийняття під заборону потрапила б сама КПУ. Зокрема ідеологія комунізму, що найширше була представлена у партійній системі Комуністичною партією України, проектом закону визначається як «політична течія, за якою особа позбавляється прав на особисте життя та особисте майно, та є змушеною підкорити свою особистість інтересам правлячих партійних або державних бюрократів»¹⁰.

Проти радикальних механізмів обмеження політико-правових засад функціонування будь-яких партій, що дотримуються будь-якої ідеології в межах визначених Конституцією та законодавством України, виступили як науковці, так і експерти, в тому числі міжнародні. Європейська комісія проти расизму і нетерпимості рекомендувала Україні запроваджувати точкові антидискримінаційні норми, які запобігають чітко визначеним дискримінаційним діям в кожній сфері життя, але аж ніяк не ідеологіям, що гіпотетично можуть призвести до таких дій. Тоді як українські законодавці намагаються запровадити цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність в першу чергу за ідеології, які мотивують на дискримінаційні дії за певними ознаками – нацизм, неофашизм, комунізм, - підкреслював К. Вітман. На думку науковця, законодавчі спроби заборонити громадянам дотримуватися певної ідеологічної течії, навіть тієї, що базується на дискримінаційних засадах, недемократичні і суперечать Конституції¹¹, ст. 34 якої гарантує кожному право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

9 Проект Закону України "Про внесення змін до деяких кодексів України (щодо відповідальності за пропаганду фашизму)" від 01.07.2010 року за N 4745-1 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=39768.

10 Проект Закону України "Про внесення змін до деяких законів України щодо відповідальності за пропаганду фашизму, нацизму, комунізму, сексизму та інших тоталітарних політичних течій, що обмежують свободу людини" від 19.03.2010 року за N 4745-1 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37318.

11 Вітман К. Проблеми вдосконалення антидискримінаційного законодавства в Україні / К. Вітман // Держава і право. - №51. – 2011. – С. 655.

Таким чином намагання визначити політико-правові засади функціонування націоналістичних партій шляхом запровадження законодавчих обмежень щодо ідеології, ідеологічного наповнення їх діяльності засвідчили свою безперспективність та недемократичність. Це твердження може виявитися справедливим не лише щодо націоналістичних партій, а й щодо комуністичних, заборонених в ході декомунізації. Декомунізація розпочалася після Революції гідності стихійно, однак згодом отримала законодавче підґрунтя. Базується декомунізація на 4 законах, прийнятих Верховною Радою України 9 квітня 2015 р.: «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у ХХ столітті»; «Про увічнення перемоги над нацизмом в Другій світовій війні 1939–1945»; «Про доступ до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму 1917–1991 років»; «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режимів та заборону пропаганди їхньої символіки». Останній нормативно-правовий акт забороняє пропаганду комуністичного та нацистського режимів та їх символіки. На його основі 16 грудня 2015 р. Окружний адміністративний суд Києва за позовом Міністерства юстиції України заборонив діяльність Комуністичної партії України. Партії та громадські організації повинні були привести свої назви, документи та символіку у відповідність до закону упродовж 3 місяців, чого КПУ не зробила.

Заборону цієї політичної сили засудила міжнародна правозахисна організація Amnesty International. «Заборона Комуністичної партії України запровадила небезпечний прецедент. Цей крок відкидає Україну назад на її шляху до реформування та поваги до прав людини», - підкреслив директор Amnesty International в Європі та Центральній Азії¹². Дж. Далхусен вважає, що ефект цього рішення абсолютно протилежний, оскільки було використано ті ж самі драконівські заходи щодо придушення інакомислення. Якими раніше послуговувалася сама КПУ, пропонуючи заборонити фашизм, неофашизм та неонацизм.

Річ у тому, що заборона будь-якої ідеології, незалежно від її спрямування – правої або лівої, заборона права дотримуватися та поширювати певні політичні погляди є проявом дискримінації та неминуче призводить до маргіналізації, утисків прав певної частини українського суспільства. Політико-правові засади функціонування політичних партій в демократичній державі не повинні ґрунтуватися на подібних ідеоло-

12 Україна: заборона Комуністичної партії — рішучий удар по свободі слова у державі [Електронний ресурс] / Amnesty International Ukraine. – Режим доступу: <http://amnesty.org.ua/nws/ukrayina-zaborona-komunistichnoyi-partiyi-rishuchij-udar-po-svobodi-slova-u-derzhavi/>.

гічних заборонах, навіть незважаючи на те, що протиправна діяльність КПУ, яка полягала у підтримці сепаратизму, дезінтеграції України, була доведена. Політична сила мала бути заборонена на підставі вчинених правопорушень проти територіальної цілісності та незалежності України, а не пакету законів про декомунізацію, які в майбутньому можуть обернутися і проти націоналістичних політичних сил.

