

**ЧЕРНІВЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ім. ЮРІЯ ФЕДЬКОВИЧА
МІНІСТЕРСТВА ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

**ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
МІНІСТЕРСТВА ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

РОЖОК ЛІДІЯ ПЕТРІВНА

УДК 340.131:342.5652 (477)

ДИСЕРТАЦІЯ

**СУДОВИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ЯК РЕЖИМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В УКРАЇНІ**

12.00.02 – конституційне право; муніципальне право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук
Дисертація містить результати власних досліджень.

Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на
відповідне джерело _____ Рожок Л.П.

Науковий керівник: -
ЩЕРБАНЮК Оксана Володимирівна,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича

Ужгород – 2021

АНОТАЦІЯ

Рожок Л. П. Судовий конституціоналізм як режим забезпечення верховенства права в Україні. - *Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.* Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». – Державний вищий навчальний заклад «Ужгородський національний університет», Ужгород, 2021.

Дисертація присвячена комплексному аналізу судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права в Україні, проаналізовано ключові проблеми та запропоновані шляхи їх розв'язання, розроблено пропозиції до вдосконалення українського законодавства.

Розглянуто історико-правові аспекти політико-правових ідей та доктринальні аспекти судового конституціоналізму. Зроблено висновок, що у вітчизняній правовій науці конституційного права складовими судового конституціоналізму є інтерпретаційна основа, яка розглядається через призму конституційної герменевтики; процесуальна основа - розглядається через призму належної судової процедури та незалежності судової влади; нормативна основа - розглядається через правові (юридичні) позиції органу конституційної юрисдикції;

Обґрунтовано положення про те, модель «живої» конституції з'являється, коли її норми у процесі реалізації адаптуються шляхом тлумачення до конкретних правовідносин на основі принципу верховенства конституції. Доведено, що правова (юридична) позиція не є тотожною системі аргументації у процесі розгляду конкретної справи Конституційним Судом по чітко визначених проблемах. Доведено, що правові аргументи суду – це не правова позиція, а її обґрунтування.

Запропоновано виділяти суттєві ознаки судового конституціоналізму.

Указано на виділення двох аспектів конституційної практики: конституційне тлумачення та конституційна конструкція, відповідно до яких належить розрізняти два різні способи у процесі розуміння та застосування юридичного тексту, зокрема: інтерпретацію та конструювання.

Запропоновано розглядати правову (юридичну) позицію Конституційного Суду України з об'єктивної (як відношення суду до основних конституційно-правових явищ, яке виражене в рішенні, яким він керується при розгляді відповідної справи) та суб'єктивної (правова позиція Конституційного суду полягає у його висновках та рішенні, результаті інтерпретації Конституційним Судом букви та духу Конституції та конституційності галузевих законів у межах компетенції Конституційного Суду) сторони. Пропозиція щодо внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України», в якій передбачити обов'язковість ретельного аргументування рішень;

Концепція судового конституціоналізму містить широку проблематику та передбачає досить ґрунтовний аналіз і розробку її складових. У практичному плані питання судового конституціоналізму актуальне не тільки для вчених-конституціоналістів, а й для суддів загальних судів, суддів Конституційного Суду, усіх, хто покликаний забезпечувати пряму дію Конституції України. Тому нашою метою є дослідження проблем судового конституціоналізму, виявлених судовою практикою та практикою конституційного правосуддя, зокрема. Сучасний стан розвитку держави та суспільства характеризується кризою конституціоналізму, зумовленою посиленням конкуренції між глобальними конституційними цінностями і верховенством права, прав людини, вимогами безпеки людини в умовах особливих надзвичайних ситуацій (зокрема, Covid-19), глобальних загроз, що стоять перед людством. Такі виклики негативно впливають на стан конституціоналізму та вимагають формування та реалізації на практиці нових підходів до обґрунтування його засад.

На основі аналізу розроблені пропозиції до вдосконалення українського конституційного законодавства та спрямовані на побудову судового конституціоналізму.

Ключові слова: конституціоналізм, судовий конституціоналізм, належна судова процедура, конституційне тлумачення, конституційний контроль, конституційне судочинство, правові (юридичні) позиції Конституційного Суду України.

SUMMARY

Rozhok L. P. Judicial constitutionalism as a regime of ensuring the rule of law in Ukraine. - *Qualifying scientific work as a manuscript.* Dissertation for a Candidate Degree in Law Sciences, specialization 12.00.02 - constitutional law; municipal law. - Uzhhorod National University, Uzhhorod, 2021.

The dissertation is devoted to the complex analysis of judicial constitutionalism as a mode of ensuring the rule of law in Ukraine, the key problems and the offered ways of their decision are analyzed, the offers on perfection of the Ukrainian legislation are developed.

The historical and legal aspects of political and legal ideas and doctrinal aspects of judicial constitutionalism are considered. It is concluded that in the domestic legal science of constitutional law the components of judicial constitutionalism are the interpretive basis, which is considered through the prism of constitutional hermeneutics; procedural basis, which is considered through the prism of due process and independence of the judiciary; normative basis, which is considered through the legal (legal) positions of the body of constitutional jurisdiction;

The position that a "living" constitution can be established when its norms in the process of implementation are adapted by interpretation to specific legal relations on the basis of the rule of the constitution is substantiated. It is proved that the legal (legal) position is not identical to the system of argumentation in the process of consideration of a particular case by the Constitutional Court on clearly defined issues. It is proved that the legal arguments of the court are not a legal position, but its substantiation.

It is proposed to highlight the essential features of judicial constitutionalism.

There are two aspects of constitutional practice: constitutional interpretation and constitutional construction, according to which two different ways should be distinguished in the process of understanding and applying a legal text, in particular: interpretation and construction.

It is proposed to consider the legal (legal) position of the Constitutional Court of Ukraine from the objective (as the court's attitude to the main constitutional and legal phenomena, which is expressed in the decision it is guided by in the case) and subjective

(the legal position of the Constitutional Court is its conclusions and decisions, the results of the Constitutional Court's interpretation of the letter and spirit of the Constitution and the constitutionality of sectoral laws within the competence of the Constitutional Court) of the party.

a proposal to amend the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine", which should provide for the mandatory reasoning of decisions;

The concept of judicial constitutionalism includes a wide range of issues and provides a fairly thorough analysis and development of its components. In practical terms, the issue of judicial constitutionalism is relevant not only for scholars-constitutionalists, but also for judges of general courts, judges of the Constitutional Court, all those who are called to ensure the direct effect of the Constitution of Ukraine. Therefore, our goal is to study the problems of judicial constitutionalism, identified by judicial practice and the practice of constitutional justice in particular. The current state of development of the state and society is characterized by a crisis of constitutionalism due to increased competition between global constitutional values and the rule of law, human rights, human security requirements in special emergencies (including Covid-19), global threats to humanity. Such challenges negatively affect the state of constitutionalism and require the formation and implementation in practice of new approaches to substantiating its principles.

Based on the analysis, proposals have been developed to improve Ukrainian constitutional legislation and aimed at building judicial constitutionalism.

Key words: constitutionalism, judicial constitutionalism, proper judicial procedure, constitutional interpretation, constitutional control, constitutional proceedings, legal (legal) positions of the Constitutional Court of Ukraine.

Рожок Л. П. Судебный конституционализм как режим обеспечения верховенства права в Украине. - *Квалификационный научный труд на правах рукописи.* Диссертация на соискание научной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право». - Государственное высшее учебное заведение «Ужгородский национальный университет», Ужгород, 2021.

Диссертация посвящена комплексному анализу судебного конституционализма как режима обеспечения верховенства права в Украине, проанализированы ключевые проблемы и предложены пути их решения, разработаны предложения по совершенствованию украинского законодательства.

Рассмотрены историко-правовые аспекты политико-правовых идей и доктринальные аспекты судебного конституционализма. Сделан вывод, что в отечественной правовой науке конституционного права составляющими судебного конституционализма является интерпретационная основа, рассматриваемая через призму конституционного герменевтики; процессуальная основа, рассматривается через призму надлежащей судебной процедуры и независимости судебной власти; нормативная основа, рассматриваемая через правовые (юридические) позиции органа конституционной юрисдикции;

Обосновано положение о том, что модель «живой» конституции появляется, когда ее нормы в процессе реализации адаптируются путем толкования конкретных правоотношений на основе принципа верховенства конституции. Доказано, что правовая (юридическая) позиция не является тождественной системе аргументации в процессе рассмотрения конкретного дела Конституционным Судом по четко определенным проблемам. Доказано, что правовые аргументы суда - это не правовая позиция, а ее обоснования.

Предложено выделять существенные признаки судебного конституционализма.

Указано на выделене двух аспектов конституционной практики: конституционное толкование и конституционная конструкция, согласно которым следует различать два разных способа в процессе понимания и применения юридического текста, в частности: интерпретацию и конструирование.

Предложено рассматривать правовую (юридическую) позицию Конституционного Суда Украины по объективной (как отношение суда к основным конституционно-правовым явлениям выраженное в решении, которым он руководствуется при рассмотрении соответствующего дела) и субъективной (правовая позиция Конституционного суда заключается в его выводах и решении,

результате интерпретации Конституционным Судом буквы и духа Конституции и конституционности отраслевых законов в пределах компетенции Конституционного Суда) стороны. Предложение о внесении изменений в Закон Украины «О Конституционном Суде Украины», в которой предусмотреть обязательность тщательного аргументации решений;

Концепция судебного конституционализма включает широкую проблематику и предусматривает достаточно глубокий анализ и разработку ее составляющих. В практическом плане вопрос судебного конституционализма является актуальным не только для ученых-конституционалистов, но и для судей общих судов, судей Конституционного Суда, всех, кто призван обеспечивать прямое действие Конституции Украины. Поэтому нашей целью является исследование проблем судебного конституционализма, выявленных судебной практикой и практикой конституционного правосудия, в частности. Современное состояние развития государства и общества характеризуется кризисом конституционализма, обусловленным усилением конкуренции между глобальными конституционными ценностями и верховенством права, прав человека, требованиями безопасности человека в условиях особых чрезвычайных ситуаций (в частности, Covid-19), глобальных угроз, стоящих перед человечеством. Такие вызовы негативно влияют на состояние конституционализма и требуют формирования и реализации на практике новых подходов к обоснованию его основ.

На базе анализа разработаны предложения по совершенствованию украинского конституционного законодательства, направленные на построение судебного конституционализма.

Ключевые слова: конституционализм, судебный конституционализм, надлежащая судебная процедура, конституционное толкование, конституционный контроль, конституционное судопроизводство, правовые (юридические) позиции Конституционного Суда Украины.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

*Статті у наукових фахових виданнях України з юридичних наук,
зокрема внесених до міжнародних наукометричних баз даних:*

1. Рожок Л. П. Поняття «правові позиції Конституційного Суду України» та їх місце в процесуальних актах суду. *Право і суспільство*. - 2015. - № 5.2(2). - С. 74-78
2. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму в епоху Античності. *Публічне право*. - 2016. - № 2. - С. 71-77.
3. Печевиста Л.П. Ефективна судова влада як основа формування судового конституціоналізму в Україні. *Конституційно-правові академічні студії*. 2017. Вип. 2. С. 67-72.
4. Рожок Л.П. Глобалізація і стандарти здійснення конституційного тлумачення. *Часопис Київського університету права*. № 2. 2020. С. 164-168.

Статті в наукових періодичних виданнях інших держав:

5. Rojok Lidia. Due process as a condition of judicial constitutionalism. *Visegrad Journal on Human Rights*. № 4 (volume 1). 2020. С. 111-115.

Опубліковані праці апробаційного характеру:

6. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму через призму конституційного транзиту в незалежній Україні. Принципи сучасного конституціоналізму та Основний Закон України. IX Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (4-5 листопада 2016 року). За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Харків: ТОВ Права людини, 2016. С. 98-99.
7. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму в контексті взаємодії судової та законодавчої влади в Україні. Вибрані роботи учасників шостої щорічної міжнародної наукової конференції «Парламентські читання», 18-19 листопада 2016 року. Київ: Лабораторія законодавчих ініціатив, USAID: Програма «Рада», Фонд «Східна Європа», С. 120-124.
8. Печевиста Л.П. Новітня судова реформа як шлях формування судового конституціоналізму в Україні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової

реформи в Україні: Матеріали Міжнародної наукової конференції (Чернівці, 26-27 жовтня 2017 р.). - Чернівці: Технодрук, 2017. С. 101-104.

9. Печевиста Л.П. Проблема становлення судового конституціоналізму. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці, 18-19 жовтня 2018 р.). - Чернівці: Технодрук, 2018. С. 75-79.

10. Печевиста Л.П. Проблеми розуміння поняття конституціоналізму. Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиківські читання: зб. тез наук. доп. і повідомлень Міжнар. наук. конф. (26-27 жовт. 2018 р.). Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. - Харків: Права людини, 2018. С. 241-242.

11. Рожок Л.П. Генеза політико-правових ідей про формування судового конституціоналізму. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні; [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), А.С. Цибуляк-Кустевич (відпов. секр.) та ін.] Матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці, 24-25 жовтня 2019 р.). – Чернівці: Чернів. нац. ун-т, 2019. С. 78-81.

12. Рожок Л.П. Європейський конституціоналізм - інтеграційне явище. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні; Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.). [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), Л.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін.] Київ: ВАІТЕ, 2020. С. 195-198.

ЗМІСТ

| | |
|--|------------|
| ВСТУП..... | 10 |
| РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ | 20 |
| 1.1. Генеза політико-правових ідей та доктринальні аспекти судового конституціоналізму..... | 20 |
| 1.2. Методологічні підходи до дослідження судового конституціоналізму.. | 42 |
| 1.3. Судовий конституціоналізм як форма конституціоналізму: суть і ознаки..... | 54 |
| Висновки до Розділу 1..... | 70 |
| РОЗДІЛ 2. ІНТЕРПРЕТАЦІЙНА, ПРОЦЕСУАЛЬНА ТА НОРМАТИВНА ОСНОВА СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ..... | 74 |
| 2.1. Конституційна герменевтика як інтерпретаційна основа судового конституціоналізму..... | 74 |
| 2.2. Належна судова процедура та незалежність суддів як процесуальна основа судового конституціоналізму..... | 91 |
| 2.3. Правові (юридичні) позиції Конституційного Суду України як нормативна основа судового конституціоналізму..... | 111 |
| Висновки до Розділу 2..... | 123 |
| РОЗДІЛ 3. ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ..... | 126 |
| 3.1. Гарантування верховенства права як основна мета судового конституціоналізму..... | 126 |
| 3.2. Забезпечення правового режиму верховенства та прямої дії Конституції України в сучасних умовах | 140 |
| 3.3. Судовий конституціоналізм як правове обмеження (самообмеження) публічної влади..... | 145 |
| Висновки до Розділу 3..... | 159 |
| ВИСНОВКИ..... | 161 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ..... | 167 |

ВСТУП

Актуальність теми. Концепція судового конституціоналізму охоплює широку проблематику та передбачає досить ґрунтовний аналіз і розробку її складових. У практичному плані питання судового конституціоналізму є актуальне не тільки для вчених-конституціоналістів, а й для суддів загальних судів, суддів Конституційного Суду, усіх, хто покликаний забезпечувати пряму дію Конституції України. Дослідження проблем судового конституціоналізму, виявлених судовою практикою та практикою конституційного правосуддя, вельми актуальне в умовах проведення правової та судово-правової реформи. Сучасний стан розвитку держави та суспільства характеризується кризою конституціоналізму, зумовленою посиленням конкуренції між глобальними конституційними цінностями і верховенством права, прав людини, вимогами безпеки людини в умовах особливих надзвичайних ситуацій (зокрема, Covid-19), глобальних загроз, що постали перед людством. Такі виклики негативно впливають на стан конституціоналізму та вимагають формування й реалізації на практиці нових підходів до обґрунтування його засад.

Актуальність дослідження проблематики судового конституціоналізму пояснюється суспільною потребою відновлення довіри до Конституційного Суду України. Необхідність реформування нормативно-правового забезпечення діяльності Конституційного Суду України актуалізує дане дослідження.

Проблеми судового конституціоналізму досліджували як зарубіжні, так і вітчизняні вчені-правознавці. Однак у сучасних умовах у теорії та на практиці виникає багато дискусійних і невирішених питань. Окрім того, у вітчизняній науці конституційного права бракує наукової праці, в якій би на основі доктринальних напрацювань теорії держави і права, конституційного права подався комплексний аналіз судового конституціоналізму. Актуальність теми дисертації зумовлена також необхідністю поглибленого вивчення досвіду судового конституціоналізму та конституційної практики зарубіжних держав.

Науково-теоретичним фундаментом дисертаційної роботи та зроблених у ній висновків стали праці вітчизняних і зарубіжних учених у сфері філософії та загальної теорії держави і права, конституційного права.

Теоретичною базою для цього дослідження є праці вітчизняних і зарубіжних науковців. Зокрема, проблему судового конституціоналізму досліджували такі теоретики і практики: Ю.Г. Барабаш, Х. Барнет, Д.М. Белов, Ю.М. Бисага, М.В. Бандарь, О.М. Бориславська, В.Д. Бринцев, О.Ю. Водянніков, Д.А. Гудима, В.М. Кампо, В.П. Колісник, А.Р. Крусян, О.І. Махніцький, Л.М. Москвич, В.Ф. Погорілко, С.В. Різник, В. В. Речицький, М.Д., Савенко, М.В. Савчин, А.О. Селіванов, В.Е. Скомороха, І.Д. Сліденко, Т.М. Слінько, О.В. Совгиря, А.А. Стрижак, С.В. Шевчук, М.Д. Савенко, Ю.М. Тодика, В.Л. Федоренко, Ю.С. Шемшученко, П.Б. Стецюк, Л.П. Юзьков, В.М. Шаповал, С.В. Шевчук, А. Шайо, О.В. Щербанюк та інші. Учені приділяли увагу конституціоналізму, правовим (юридичним) позиціям Конституційного Суду України, конституційному судочинству, судовому праву, проблемам розвитку інституту конституційної скарги. Окремо варто відзначити новітню дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук О.М. Бориславської, присвячену проблемам європейського конституціоналізму.

Сучасний стан досліджень можна охарактеризувати як такий, що перебуває на стадії активного розвитку, але потребує активного дослідження в умовах євроінтеграційних процесів і реформування конституційної процедури Конституційного Суду України. Вважаємо, що накопичена наукова література, яка стосується судового конституціоналізму, потребує критичного аналізу, а також нових перспективних підходів, що дадуть можливість запропонувати новітні способи виконання поставлених завдань і вдосконалити механізм забезпечення судового конституціоналізму. Усе це зумовлює необхідність подальших розробок у цьому напрямі та свідчить про актуальність теми дисертації, що й визначило її вибір.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертаційне дослідження виконане в рамках тем наукових досліджень Інституту законодавства Верховної Ради України: «Стратегія розвитку законодавства України» (номер державної реєстрації: № 0103U007975); «Конституціоналізм у державо- та правотворенні України: стан, проблеми та перспективи» (номер державної реєстрації: № 0111U002227).

Мета і завдання дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є виконання комплексного наукового завдання щодо теоретико-методологічних основ судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права в Україні, а також пошук шляхів розв'язання проблем судового конституціоналізму з урахуванням позитивного зарубіжного досвіду.

Для досягнення поставленої мети було визначено такі *завдання*:

- дослідити та періодизувати еволюційний розвиток політико-правових ідей та доктринальні аспекти судового конституціоналізму;
- визначити методологічні підходи й оптимальну методологію дослідження судового конституціоналізму;
- визначити, розкрити й охарактеризувати суть і ознаки судового конституціоналізму як форми конституціоналізму;
- розкрити особливості та зміст конституційної герменевтики як інтерпретаційної основи судового конституціоналізму;
- визначити суть і зміст належної правової процедури та незалежності суддів як основи судового конституціоналізму;
- розкрити нормативну основу судового конституціоналізму через призму правових (юридичних позицій) Конституційного Суду України;
- розкрити гарантування верховенства права як основну мету судового конституціоналізму;
- охарактеризувати проблему забезпечення правового режиму верховенства та прямої дії Конституції України в сучасних умовах;

- охарактеризувати судовий конституціоналізм як правове обмеження (самообмеження) публічної влади;
- сформулювати науково обґрунтовані висновки та пропозиції до вдосконалення чинного законодавства в частині нормативно-правового забезпечення діяльності Конституційного Суду України.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, пов'язані з формуванням, становленням та існуванням судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права.

Предмет дослідження - судовий конституціоналізм як режим забезпечення верховенства права.

Методи дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження складають сукупність сучасних методів наукового пізнання, застосування яких ґрунтується на діалектиці та системному підході. Використання діалектики дозволяє аналізувати проблему формування судового конституціоналізму у контексті генези політико-правових ідей судового конституціоналізму у світі та Україні. Системний підхід дозволив вивчити проблему судового конституціоналізму у єдності його змісту та форми.

У роботі застосовані методи наукового пізнання, характерні для досліджень публічного права: метод історизму використовувався для висвітлення генези поняття «судовий конституціоналізм» (підрозділ 1.1); системно-структурний – для вдослідження системи судового конституціоналізму та її елементів (підрозділи 2.1, 2.2, 2.3, 3.1); класифікації правових (юридичних) позицій Конституційного Суду України (підрозділ 2.3); формально-логічний – для уточнення понятійного апарату (підрозділи 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3); порівняльно-правовий – у процесі порівняння конституційно-правової практики зарубіжних країн та України для формування пропозицій до вдосконалення національного законодавства (розділи 1-3). Названі методи використувувалися в роботі у взаємозв'язку і взаємозалежності, що забезпечило всебічність, повноту й об'єктивність дослідження.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертаційне дослідження є оригінальною у вітчизняній юридичній науці роботою з вивчення судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права в Україні, в якій сформульовано суть і ознаки судового конституціоналізму, удосконалено низку важливих концептуальних понять, запропоновані корисні теоретичні положення та висновки, практичні рекомендації до вдосконалення конституційного закріплення та забезпечення судового конституціоналізму в Україні.

Уперше:

- у вітчизняній науці конституційного права обґрунтовано, що складовими судового конституціоналізму є інтерпретаційна основа, що розглядається через призму конституційної герменевтики; процесуальна основа, яка розглядається через призму належної судової процедури та незалежності судової влади; нормативна основа, яка розглядається через правові (юридичні) позиції органу конституційної юрисдикції;

- обґрунтовано положення про те, що модель «живої» конституції з'являється, коли її норми у процесі реалізації адаптуються шляхом тлумачення до конкретних правовідносин на основі принципу верховенства конституції;

- доведено, що правова (юридична) позиція не є тотожною системі аргументації у процесі розгляду конкретної справи Конституційним Судом по чітко визначених проблемах. Доведено, що правові аргументи суду – це не правова позиція, а її обґрунтування.

удосконалено:

- періодизацію становлення судового конституціоналізму. Пропонується виділяти етап додержавного (доцивілізаційного) судового конституціоналізму; період Античності, який охоплює періоди Стародавньої Греції та Стародавнього Риму. Етап Стародавнього Риму запропоновано назвати етапом Римського права в формуванні судового конституціоналізму; період міського права. В Україні початок формування судового конституціоналізму запропоновано розглядати з Княжої доби, коли почалось формування судового конституціоналізму в українській політико-правовій системі. Наступний етап у формуванні судового

конституціоналізму в Українській державі - радянський. Сучасний етап становлення судового конституціоналізму в Україні можна назвати етапом конституційного транзиту від формального до реального судового конституціоналізму (від радянської політичної системи до політичної системи сучасного європейського типу);

- пропозиція про виділення суттєвих ознак судового конституціоналізму, зокрема конституціоналізація правової системи, всіх сфер суспільства, держави, судовий контроль, який полягає у створенні судових конституційних механізмів щодо тлумачення конституції у випадку її неоднакового застосування, та запровадження заходів, спрямованих на забезпечення єдності судової практики; судовий конституціоналізм передбачає можливість прямого звернення до суду та захисту його конституційних прав на основі прямої дії конституції; людина як носій природних і невідчужуваних прав і свобод є суб'єктом процесу перевірки норм законів на предмет їх конституційності за допомогою конституційної скарги.

- теза про те, розрізняють два аспекти конституційної практики: конституційне тлумачення та конституційна конструкція. Відповідно до цієї дихотомії належить розрізняти два різні способи у процесі розуміння та застосування юридичного тексту, зокрема: інтерпретацію та конструювання.

- положення про те, що правову (юридичну) позицію Конституційного Суду України належить розглядати з об'єктивної (як ставлення суду до основних конституційно-правових явищ, вираженого в рішенні, яким він керується при розгляді відповідної справи) та суб'єктивної (правова позиція Конституційного суду полягає у його висновках та рішеннях, результаті інтерпретації Конституційним Судом букви та духу Конституції та конституційності галузевих законів у межах компетенції Конституційного Суду) сторони.

набули подальшого розвитку:

- положення про те, що в основі методології дослідження судового конституціоналізму повинна бути конституційна концепція праворозуміння, заснована на світоглядному плюралізмі.

- висновок про те, що засобом стримування сучасного судового контролю є обмеження інтерпретаційних варіантів, відкритих для сучасних суддів під час формування та ратифікації відповідного конституційного положення.

- розуміння, що належна судова процедура є широким поняттям і охоплює як процесуальні гарантії захисту особистих прав, так і правові механізми обмеження свавілля держави в особі її органів і посадових осіб (насамперед шляхом оскарження їхніх дій до суду). Це стосується не тільки цивільного та кримінального, але й конституційного правосуддя. Доводиться, що основними особливостями, необхідними для незалежності судової влади в контексті існування судового конституціоналізму, є відбір і призначення суддів, у тому числі суддів конституційних судів. У зв'язку з цим пропонується внести зміни до Закону України «Про Конституційний Суд України» в частині запровадження реального конкурсного призначення суддів Конституційного Суду України за квотами Верховної Ради України та з'їзду суддів України шляхом створення єдиної конкурсної комісії з відбору кандидатів;

- пропозиція про внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України», в якій передбачити обов'язковість ретельного аргументування рішень;

- висновок про те, що Конституційний Суд України поступово формує конституційну доктрину верховенства права та у своїх рішеннях виділив такі його складові як правова визначеність; заборона свавілля, доступ до правосуддя; дотримання прав людини, рівність перед законом; принцип верховенства Конституції;

- розуміння ідеї про обмеження публічної влади конституційними правами особи. У процесі обмеження прав, якщо в конституції можливість обмеження можлива з основним правом, держава повинна діяти тільки у визначених рамках.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що теоретико-методологічні та науково-практичні положення, висновки та рекомендації дисертаційної роботи можуть бути використані в:

- *науково-дослідній сфері* для подальших наукових досліджень судового конституціоналізму;
- *правотворчій та правореалізаційній діяльності* суб'єктів публічної влади у процесі утвердження верховенства права в Україні та судового конституціоналізму;
- *навчальному процесі* - при підготовці підручників та навчальних посібників з конституційного права, конституційного судочинства та інших юридичних дисциплін, а також у процесі викладання відповідних навчальних дисциплін.

Особистий внесок здобувача. Дисертаційна робота є самостійною науковою працею автора. Основні ідеї та розробки, реалізовані в рамках дослідження, зокрема й ті, що характеризують наукову новизну, практичне значення результатів, а також висновки й рекомендації отримані автором особисто. У дисертації не використовувались ідеї та розробки, що належать співавторам. При використанні праць інших учених для аргументації окремих положень дослідження, обов'язково вказано посилання на відповідні праці.

Апробація результатів дисертації. Основні результати наукових досліджень, викладених у дисертаційній роботі, доповідалися автором на міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях. Серед них:

Міжнародна наукова конференція ІХ «Тодиківські читання» (м. Харків, 4-5 листопада 2016 р.; тези опубліковано), Шоста щорічна міжнародна наукова конференція «Парламентські читання» (м. Київ, 18-19 листопада 2016 р.; тези опубліковано), Міжнародна наукова конференція «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні» (м. Чернівці, 26-27 жовтня 2017 р.; тези опубліковано), Міжнародна наукова конференція «ХІ Тодиківські читання» (м. Харків, 26-27 жовтня 2018 р.; тези опубліковано), ІІІ Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні» (м. Чернівці, 24-25 жовтня 2019 р.; тези опубліковано), ІV Міжнародна науково-практична конференції (м. Чернівці, 16 жовтня 2020 р.; тези опубліковано).

Публікації. Основні положення та висновки дисертаційного дослідження викладені у 12 наукових працях, зокрема, у 4 статтях, опублікованих у фахових виданнях України з юридичних наук, 1 статті у наукових періодичних виданнях інших держав, а також у 7 тезах доповідей на міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференціях.

Структура роботи. Дисертація складається з вступу, трьох розділів, що уміщують дев'ять підрозділів, висновків до розділів, загальних висновків, списку використаних джерел. **Загальний обсяг дисертації** становить сторінки, із них сторінок – основного тексту. Список використаних джерел налічує 261 найменування на 24 сторінках.

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

1.1. Генеза політико-правових ідей про формування судового конституціоналізму

Сучасний конституційний розвиток України вимагає переосмислення ролі конституційних норм та інститутів у формуванні нової правової системи. Безумовно, це потребує дослідження досвіду конституційної історії країни, конституційних традицій, світового конституційного розвитку, що впливає на конституційний процес України.

Становлення судового конституціоналізму неможливо розглядати поза межами історичного методу, за допомогою якого можливе поглиблене розуміння суті проблеми та формулювання обґрунтованих рекомендацій.

Історичний процес формування судового конституціоналізму - складний шлях до демократії та свободи особи. Не випадково перші концепції конституціоналізму, які виникли у XVIII-XIX століттях, звертали увагу саме на такі його характеристики, як забезпечення автономії особи від держави й обмеження державної влади втручатися в цю сферу.

Досліджуючи еволюцію судового конституціоналізму, важливо звернути увагу на такі компоненти як розробка та прийняття, зміна конституційних проектів і конституцій в історії української державності; прийняття конституційного законодавства на базі Основного закону держави та визначення в ньому ролі органу конституційної юрисдикції; генеза інститутів конституційної юрисдикції у процесі трансформаційних процесів; розвиток теоретичних ідей та філософських поглядів на значущість органів конституційної юрисдикції, характер політико-правових перетворень, реформування судової влади тощо.

Як стверджує І.Д. Сліденко «у розумінні будь-яких епох конституціоналізм є конституційним способом правління» [130, с. 45].

Вважаємо за доцільне зазначити, що джерелами конституційної традиції України є: 1) уявлення про природу суспільного порядку, що виражається у певних звичаях і які мають вплив на характер позитивного права; 2) концепція

забезпечення індивідуальної свободи; 3) погляди на природу публічної влади, які лягли в основу козацького звичаєвого права та перших конституційних актів, ідей самоврядування, пізніше трансформованих у рецепцію магдебурзького права; 4) інтелектуальна традиція, що має декілька хвиль свого піднесення [117, с. 27]. Дані складові притаманні кожному етапу розвитку української державності.

У науці конституційного права існує дискусія щодо виникнення конституціоналізму, яку можна історично звести до грецького, римського та середньовічного конституціоналізму, перш ніж перейти до французького, англійського й американського [35, с. 47]. Проте існує протилежна думка, яку обґрунтовують тим, що не існувало такого нормативно-правового акта з назвою конституція та сенсом, який у це поняття вкладають на сучасному етапі. Тому пропонуємо розглянути генезу писаних і неписаних нормативних документів, у яких закріплюються норми інститутів влади, які виконують функцію конституційного судочинства.

Д.М. Белов з цього приводу зазначає, що «до сьогоднішніх конституцій додали інновацій і осучаснили їх, але ті «суспільні договори», які були раніше, також сприймалися як основні закони (у розрізі того часу, звичайно)» [10, с. 167]. Тому вважаємо за необхідне розглянути варіації конституціоналізму як основу становлення судового конституціоналізму з характерними ознаками для кожного з історичних періодів.

Судовий конституціоналізм, як правило, розглядають у межах держави. Проте є винятки з такого правила. Найяскравіший приклад - єврейський суд. Джерелом правового забезпечення єврейського суду є Тора, її ще називають Мойсеєвим П'ятикнижжям. Глава «Ваєшев» Тори, визначає, що «санхедрин - це верховний суд» [45]. Етимологічне поняття слова «санхедрин» з івриту – «той що не терпить спотворень у судочинстві» [23]. Науковий інтерес Тора викликає через кілька її особливостей. По-перше, Тора є законом національності; по-друге, вона закріплює суд, який діє не на території тієї чи іншої держави, а в межах однієї нації, чому немає аналогів; по-третє, Тору сміливо можна назвати «живою» конституцією, адже вона регулює суспільні відносини на основі закону та мудрості,

тобто у разі виникнення ситуації, яка не регулюється законом, рабин, Верховний та Малий санхедрин виносять рішення на основі свого життєвого досвіду.

Також іудейська культура надає нам десятий трактат четвертого розділу Талмуда під назвою «Санхедрин», у першій главі якого міститься поділ судів на три види: Верховний (Центральний) санхедрин, Малий санхедрин (Суд – 23-х) та рабинський суд (бет дине). Покарання від найменшого до найвищого може присуджуватись кожним судом, головне щоб не було спотворень. Проте деякі категорії справ можуть розглядатись лише Верховним санхедрином. Верховний санхедрин розглядає такі справи як ідолопоклонства окремого коліна та лжепророцтва, - коли хтось від імені Всевишнього закликає ввести в Тору будь-які зміни [23]. Тобто юрисдикція Верховного санхедрину поширювалась на захист Основного Закону – Тори. Тут чітко простежується протоконституційна юрисдикція Верховного суду іудеїв. На жаль, Верховний санхедрин не функціонує наразі, проте для науки конституційного права та дослідження судового конституціоналізму такі інституції досить важливі, враховуючи той факт, що це позадержавна інституція. Тобто Верховний санхедрин є національним судом. Що не вписується в межі сучасних концепцій конституціоналізму. Тому ми пропонуємо розглядати одні з етапів формування судового конституціоналізму – етап додержавного (доцивілізаційного) судового конституціоналізму.

Також ми підтримуємо думку українського дослідника С. В. Шевчука, що «Біблія, *Corpus juris civilis*, *Corpus juris canonici*, Тора, твори класиків античності тощо – становили предмет «великого діалогу поколінь», який продовжують сучасні тексти конституцій» [155, с.50].

Зазначимо, що судовий конституціоналізм виражається не тільки через інститут конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство права, але й через правосвідомість суспільства, його правову освіту, етапи розвитку його ідеологічної спрямованості, самодостатність тощо.

Хоча Закони Тори діють в іудеїв уже більше двох тисячоліть, вони є основою їх виховання, регулятором суспільних відносин, національної правосвідомості. Для

вирішення всіх найважливіших питань положення Тори використовують і в сучасних суспільних відносинах.

Для становлення судового конституціоналізму важливе не тільки існування формального Основного Закону, але і закону, заснованого на суспільній правосвідомості, який відображає етап розвитку суспільства для ефективного судового регулювання найважливіших суспільних відносин.

На нашу думку, наступний етап розвитку судового конституціоналізму - це період Античності, який охоплює періоди Стародавньої Греції та Стародавнього Риму.

Ми поділяємо думку конституціоналістів, що період Античності є «яслами конституціоналізму» [29, с. 98]. У період Античності створені основоположні тексти, які можна вважати джерелами розвитку судового конституціоналізму. Період Античності характеризується становленням первісних держав-полісів, тому пропонуємо умовно називати полісно-цивілізаційним етапом розвитку судового конституціоналізму.

За основу розуміння полісно-цивілізаційного етапу беремо тексти таких філософів і державних діячів, як Гомера, Лікурга, Драконта, Солона, Горгія, Платона та інших.

Досить цікаві для дослідження судового конституціоналізму є поеми «Іліада» і «Одіссея» Гомера, де описувалась особа Зевса, який виступав як верховний заступник загальної справедливості (дике), суворо караючий тих, хто творить насильство і неправий суд [90, с. 37]. Тобто тут постає проблема розуміння справедливого суду. Також у поемах висвітлюються такі проблеми, як про сутність права, справедливості, державного правління, закону, думки про засоби захисту «божественних конституцій», що вимагають і забезпечують непорушність законів і стабільність політичної влади, про богів та інші потойбічні сили, як безпосередніх гарантів недоторканності даних небом людям конституцій [86, с. 21] тощо. Важливо, що на поемах Гомера надалі виховувалась надалі вся Еллада, тобто тексти цих поем набули не просто догматичного характеру, а втілення в суспільно-

політичне життя народу, зокрема через положення, що Зевс - верховний суд, а також сприймання Зевса як останню судову інстанцію.

Знаменною подією для історії судового конституціоналізму стала поява близько 8 століття до н. е. усно проголошена Конституція стародавньої Спарти, запропонована Лікургом під назвою «Велика ретра». О.М. Мироненко стверджує, що реальна влада, яка виконувала функцію конституційного контролю за конституцією Спарти, належала герусії з 28 геронтів, що обирались народними зборами (апелюю) з-поміж заможних спартіадів, які досягли 60-літнього віку, та обох архатетів [86, с. 22]. Народні збори не впливали на герусію, тому її можна вважати праобразом незалежного органу конституційної юрисдикції.

За періоду Стародавньої Греції досить активно розвивалися міста-поліси, в яких були найрізноманітніші форми державного устрою та державних органів. Саме в устрої Афіньської демократії знаходимо такі основні ознаки судового конституціоналізму як верховенство права, діяльність органу конституційної юстиції, наявність реально діючої конституції, режим судового забезпечення конституції тощо. Тому саме Афіньську демократію пропонуємо розглянути детальніше, в якій Конституція з'явилася в останні роки шостого століття до нашої ери. Їй передували писані закони, складені архонтом Драконтом у 621 р. до н.е., згідно з якими закріплювалася діяльність колегії фесмофетів, яку можна вважати органом конституційної юрисдикції [121, с. 51]. Однією з форм діяльності колегії були щорічні доповіді народним зборам про суперечливості в законодавстві та законопроектів, а також ліквідація цих прогалин.

Перша писана Конституція у Стародавніх Афінах з'явилася за правління Солона (близько 638-559 рр. до н.е.) і визнавалася недоторканною, а також закріплювала успіхи демосу в боротьбі з аристократією, зміцнювала встановлену в ній систему захисту від порушень [44]. Як зазначає О.М. Мироненко, недоторканність конституції за правління Солона забезпечувала рада старійшин – ареопаг, що обирався з аристократів, розглядав важкі злочини і контролював роботу чиновників, а також вводився суд присяжних – гелієя, який вважається вищим суддею в тому, що стосується конституційності законів [86, с. 23]. Тобто за

дії Конституції Солон ми простежуємо боротьбу народу проти аристократії та становлення Основного закону, перед яким усі були рівні.

Для дослідження судового конституціоналізму за полісно-цивілізаційного етапу цікавим моментом афінського врядування були не збори всього народу як такі, а засоби, які робили суддів і чиновників підзвітними та відповідальними перед усіма громадянами. В Афінах були два ключові органи контролю за урядом – Рада п'ятисот (кількість суддів змінювалась, напр. за правління Солон це була Рада 400) і трибунали галеастів із широким колом суддів. Афінські трибунали галеастів можна вважати основою усієї демократичної системи, адже жоден закон чи рішення не приймався без їх згоди. Афіняни ототожнювали волю суддів трибуналу галеастів з волею всього народу. Це легко пояснити тим, що у складі трибуналів галеастів були саме громадяни полісу, які могли займати таку почесну посаду тільки один раз на життя (термін дії повноважень загалом тривав один рік). На посаду судді обирались громадяни шляхом жеребкування, проте вибірково суддів екзамінували, а також вимагали звітів на кінці повноважень і проводили ревізію рахунків. Також зазначимо, що «трибунали могли судити не лише людину, а й самий закон», тобто трибунал галеастів виконував функцію не лише правосуддя, й роль негативного законодавця: якщо той чи інший закон не відповідав звичаям, нормам моралі чи конституції, у такому випадку судили не тільки закон, а й посадову особу, яка його приймала. Ухвалу Ради п'ятисот чи асамблеї могли поставити під сумнів, висунувши певного роду позов, згідно з яким ця ухвала суперечила конституції. Будь-який громадянин міг оскаржити її, а відтак дія спірного закону призупинялась, поки його доля не вирішувалась у трибуналі [121, с. 40-41]. Після розгляду справи по суті визначалась доля т.зв. «винного закону», який у разі прийняття негативного рішення – анулювали.

Важливим стало розуміння, що закон не може передаватись усно. Принагідно зазначає В.С. Нерсесянс, що софіст Горгій відносить до числа досягнень людської культури «писані закони, ... охоронців справедливості». Писаний закон – майстерний людський винахід, тобто щось штучне. Від «писаного закону» Горгій відрізняв неписану «справедливість», яка характеризується ним як «сутєвість

справ», «божественний і загальний закон» [90, с. 46]. Проте справедливість він ставить ціннісно вище за писані закони. Тобто він розділяє «дух і букву» закону, але надає більшого значення саме духу закону.

Платон вважав, що той закон правильний, який робить людину щасливою. У діалозі «Політик» Платон зазначає, «як свідчимо ми самі, є одна рушійна сила, якій кожна людина має коритися, якої вона не повинна цуратися, якої вона має дотримуватися і на яку має спиратися, – це сила золотих священних віжок, і називаються вони народним Законом Держави» [95, с. 93]. Також він виділяє орган, який мав би стежити за дотриманням і відповідності конституції інших законів, розуміючи, що закони потребують змін відповідно до суспільно-політичного розвитку: «одначе його (закону – Л.Р.) продуманість і «прорахованість» довершена, він усе-таки піддається модифікації, а тому потребує стража, який гарантував би перевагу цього ланцюжка (закону – Л.Р.) над іншим» [95, с. 93-94].

У діалозі Платона «Закони», можна знайти порушені ним питання щодо судового захисту конституції відповідно до Закону Держави та мудрості десятих найстаріших, які утворювали так звані Нічні Збори. Вони працювали таємно для становлення в державі ідеальних законів, щоб не дати зруйнуватися державі. Для такого ідеального правління, на думку Платона, необхідна підконтрольність і звітність, «жоден суддя та жодна посадова особа не мають діяти безконтрольно» [46, с. 33]. Тобто він вважав, що державна влада має обмежуватись законом.

Виходячи із вищевикладеного, відкритий доступ до правосуддя громадян Стародавньої Греції передбачає не тільки захист приватних інтересів, але й звернення щодо невідповідності законів, багатогранність органів судового захисту конституції, свідчить про важливість таких органів у суспільно-політичному устрої полісів Стародавньої Греції. За допомогою таких інститутів і форм прямої демократії державний лад не допускав би тиранії та узурпації влади. Важливо є також склад таких органів особами, які були би наймудрішими та найдостойнішими для зайняття посади в органі державної влади, та контроль за їх діями, приводить нас до висновку, що захист конституцій судовими інстанціями Стародавньої Греції є праобразом судового конституціоналізму в сучасній державі.

Також у період античності була важливим пріоритетність у суспільстві прав і свобод людини, верховенства розумі таких морально-правових цінностей, як справедливість, свобода, добро, гуманізм, тобто праобраз верховенства права.

Наступним етапом у розвитку судового конституціоналізму пропонуємо розглянути етап Стародавнього Риму, який умовно можна назвати етапом Римського права в формуванні судового конституціоналізму.

О.В. Щербанюк принагідно зазначила, що Рим республіканський, а потім імператорський став сполучною ланкою між античністю та середньовіччям. Римське право розмежовувало державні і приватні відносини, відділяло моральний і політичний зміст від юридичного [160, с. 16].

Як писане право Стародавнього Риму виникло у 451-450 році до н.е. у формі 12 таблиць, у яких були записані усталені звичаї римського суспільства [164, с. 322].

В історії Стародавнього Риму є кілька періодів, за яких право видавати писані закони належали найвищим органам державної влади. За принципату з'являються конституції принципів, що займають місце законів (*senatus consulta*) [94, с. 87].

У республіканський період до законів писаного права належали постанови народних зборів (*lex leges*) [93, с. 18]. У римську імператорську епоху конституції поділяли на загальні постанови (*edicta*), приписи або інструкції для чиновників (*mandata*), судові рішення (*decreta*) і відповіді (*re-scripta*) на запити чиновників і прохання приватних осіб. Створення конституції у римлян виражалося терміном «*rem publicam constituere*» [64, с. 47]. З нього і виникло слово «конституція», проте в його зміст не вкладалося розуміння «конституції» як устрою держави, воно стало вживатися в такому значенні тільки з XVIII століття.

Цікавим моментом імператорського Риму було те, що імператори надавали римським юристам право офіційного тлумачення законодавства, які мали силу законів [164, с. 322].

Розглянемо основні принципи римського права, які й досі актуальними для дослідження судового конституціоналізму, зокрема принцип верховенства права, верховенства закону, принцип юридичної рівності громадян Риму перед законом і

судом, принцип справедливості правосуддя, принцип неприпустимості повторного покарання за одне й те саме правопорушення, принцип чіткості та простоти юридичної техніки [41, с. 8] тощо. М.М. Марченко розглядає «преторське право як вираження ідеї судової правотворчості». Преторське право називають судовим і прецедентним, адже воно виражається в процесі правозастосування, воно «формувалося не на основі будь-яких би то не було загальних правил, а на основі конкретних казусів, позовів окремих громадян» [83, с. 155, 174].

У період Середньовіччя закладались основи громадянського суспільства, міського права, основ поділу влад як боротьби проти абсолютизму тощо. Він має такі характерні ознаки: централізація влади в одній людині або вузькому колу осіб, «боротьба проти королівського абсолютизму за утвердження конституційної монархії або демократичної республіки» [55]. І.І. Забокрицький принагідно зазначив, що «середньовічні ідеї конституціоналізму виникають, так само як грецькі і римські, з боротьби аристократії щодо обмеження правління монарха, який міг стати тираном» [35, с. 48].

Центральне Середньовіччя (X–XIV століття) – період найбільшого розвитку, який знаменував початок класичного Середньовіччя, за часів якого у творах філософів, мислителів набули свого розвитку ідеї конституціоналізму, сформувалися засади міського права та паростки громадянського суспільства, які були невід’ємною складовою розвитку концепції судового конституціоналізму. Даний етап ми пропонуємо назвати етапом судового конституціоналізму в міському праві.

Найяскравішою пам’яткою періоду Центрального Середньовіччя, безсумнівно, є Велика Хартія Вольностей 1215 р., яка наближалася до сучасного уявлення про конституційні акти, що становлять нормативну основу судового конституціоналізму. Вона посідала особливе місце у розвитку англійської правової думки та істотно вплинула на становлення концептуальних ідей щодо конституціоналізму [68, С. 43]. У ній закріплювалися такі принципи, як права і свобода людини та основи міського права – «мати всі стародавні вольності і вільні свої звичаї» [24].

У пункті 40 Великої Хартії Вольностей зазначається, що «нікому ми не будемо продавати права і справедливості, ми не відмовлятимемо жодній людині, чи не відстрочимо для жодної людини ні правосуддя, ні відновлення справедливості (права)». Аналізуючи дані положення знаходимо принцип рівності перед законом і забезпечення судового захисту кожному. Велика Хартія Вольностей втілила в собі такі фундаментальні правові цінності європейської культури, як принцип конституціоналізму, верховенства права, становлення державного ладу, а також обмеження королівської влади загальною радою королівства (п. 12) та комітету баронів (п. 14) [24].

Наприклад, Г.Дж. Берман виділяв конституційний характер міського права. Реальність нового конституціоналізму в повному сенсі слова вперше проявила себе в міських правових системах Західної Європи в XI-XII століттях. З одного боку, європейські міста в ці сторіччя були новими державами, як і церква цього періоду була новою державою, в тому сенсі, що вони мали повноту законодавчих, виконавчих і судових повноважень і влади, включаючи повноваження влади встановлювати податки, карбувати гроші, встановлювати систему мір і ваг, збирати військо, укладати союзи і вести війну. З іншого боку, повноваження і влада міст, як і церкви, були підпорядковані різним конституціональним обмеженням [8, с. 370].

Міське право яскраво простежується в статутах міст, яким надавалося магдебурзьке право. Його надавали великий князь литовський, польський та угорський королі, а оформлялося це так званими «магдебурзькими грамотами» [80, с. 159]. Німецьке (Л.Р. – магдебурзьке) право давало можливість обирати місцеву владу, вершити суд, оскаржувати несправедливі дії місцевої влади аж до короля» [80, с. 159].

Як стверджує Ю.М. Кириченко, «магдебурзьке право могло бути надане містам частково або в повному обсязі, за цією ознакою міста поділялися на ратушні та магістратські» [53, с. 363]. В Україні містами в повному обсязі магдебурзьким правом були наділені Львів, Кам'янець-Подільський, Київ та частково – Хуст, Вишкове, Тячів, Санок, Луцьк, Кременець, Житомир, Мукачеве, Ніжин, Чернівці та ін. Особливості магістрату полягали в тому, що він складався з ради та лави. Для

судового конституціоналізму цікава саме лава, яка виконувала роль судового органу та мала в своєму складі 12 присяжних на чолі з війтом. Хоча рада виконувала не тільки адміністративні, але і частково судові функції.

Загалом епоха Середньовіччя характеризується таким догматичним розумінням, що права належать людині залежно від того, яке місце вона посідає у суспільній ієрархії. Тобто права розподілялися нерівномірно. М. Гультай стверджує, що «апологети християнської церкви вважали, що людська природа недосконала, над нею тяжіє первісний гріх, і тому земне життя людини підпорядковується нерівному феодальному праву» [29, с. 104]. Проте, в період середньовіччя активно обґрунтовувалися теорії, які безпосередньо та опосередковано зачіпали природу судового конституціоналізму.

Як слушно зазначає О.В. Щербанюк, «Г. Гроцій є одним із перших європейських юристів, який акцентує увагу на судовій функції держави, безпосередньо пов'язуючи її з перспективною справедливістю, тобто довгостроковою програмою мирного співіснування» [160, с. 33].

У праці «Про право війни і миру» (1625) нідерландський юрист Г. Гроцій приділяючи значну увагу суду як найвищому арбітру, веде мову про те, що «до становлення судів існувало самоуправство, і хоча воно загалом обмежене, але не можна відкидати той факт, що самоуправство повністю перевелось... закон, який забороняє здійснення свого інтересу, окрім суду, застосовується лише тоді, коли забезпечена повна можливість звернення до правосуддя...» [46, с. 139]. Також вважав, що «верховна влада всюди і без винятку належить народу, так що государів, які зловживають своєю владою, варто скидати і карати». Підтверджує це тим, що «кожна людина має право віддатися кому завгодно в особисту залежність...» і так само вільний народ може перенести владу над собою на одну людину або на групу осіб, виходячи з різних мотивів, наприклад, неспроможність захистити себе або неспроможність забезпечити себе достатніми засобами для існування» [46, с. 140], проте жодна людина за своєю природою від народження не є рабом.

Цікава для дослідження судового конституціоналізму англосаксонська правова сім'я. Так, «у Великобританії в XVII ст. Таємна рада визнавала закони законодавчих зборів (легіслатур) американських колоній недійсними, якщо вони протирічили законам англійського Парламенту або загальному праву» [5, с. 116]. Тобто виконувала роль негативного законодавця. Як стверджує О.М. Бориславська, «англійська модель поняття конституціоналізм і верховенство права ототожнює» [16, с. 50].

Як зазначає О.М. Бориславська, «Англійська доктрина верховенства права, яка виходить із того, що право не обмежується законом, заснована на давніх традиціях обмеження влади монарха» [16, с. 50].

Результатом розвитку римського права є романо-германська правова сім'я, до якої належить українська правова система.

Поняття судовий конституціоналізм - багатогранне та складне явище, тому для глибокого розуміння його та співвідношення з іншими поняттями потрібно виділити періоди його еволюції та деградації в історії державності України. Укоріненість інститутів судового конституціоналізму в культурі українського народу, в його традиціях та інтеграція з іншими традиційними правовими системами. Як зазначає М.В. Савчин, «в Україні конституційна традиція зародилася шляхом опертя на «закон руський» та звичаєве право, а також шляхом рецепції окремих елементів римського права через візантійську традицію права, насамперед у договірній практиці київських князів із Візантією» [117, с. 27]. Отже, з часів Київської Русі простежується правова акультурація конституційних цінностей.

На нашу думку, початок формування судового конституціоналізму, варто розглядати саме з князівського урядування. Адже на віче укладалися договори між князем і народом, князем і дружиною [1, с. 77-79], що відображено в різних редакціях «Руської Правди» [98, с. 137-144], яку можна вважати Основним законом Київської Русі та яка проголошувала деякі засади конституціоналізму.

Як зазначає М.В. Савчин, у період Київської Русі були вироблені механізми обмеження форм прояву сваволі влади, зокрема виникали інститути, які лягли в

основу ленного права, а потім – засад дорадчості/парламентаризму (до прикладу, князівські сейми-з'їзди), місцевого самоврядування, гарантій особистої свободи та ліберальної системи санкцій як протоформи сучасних моделей публічної влади та засад верховенства права [117, с. 27]. «Найвища судова влада належала князю» [115, с. 279], яка була основною прерогативою князівської влади. Про князя як суддю Руська правда згадує досить часто. У княжому судочинстві брали участь окремі процесуальні особи: «ябедник» (обвинувач), «метальник» (писар), «істці» (слідчі). Враховувалась думка представників громадськості – «старців». Судові рішення щодо важливих справ могли прийматися разом з боярами [47, с. 65]. Тому князівський суд можна вважати органом конституційної юстиції в Київській Русі та першим протоінститутом, який забезпечував режим судового конституціоналізму в історії українського державотворення, адже князівський суд був останньою судовою інстанцією в пошуках справедливого суду. Тобто саме з Княжої доби почалося формування судового конституціоналізму в українській політико-правовій системі.

Український дослідник проф. Д.М. Белов стверджує, що «в Україні конституціоналізм почав складатися в XVII–XVIII ст. на ґрунті боротьби української шляхти й козацтва за обмеження монархічної влади держав-метрополій» [11, с. 39]. Його думку поділяє В. Антошкіна та О. Кирпичов у тому, що зародження українського конституціоналізму пов'язано, насамперед, з Національно-визвольною війною українського народу 1648–1654 рр. під проводом гетьмана Б. Хмельницького та Гетьманщиною. У період Хмельницького з'явився ряд актів, що мали важливе конституційне значення та були спрямовані на побудову української державності: Зборівська угода (1649 р.), Переяславські (Березневі) статті (1654 р.), Гадяцький трактат (1658 р.) [2, с. 26].

Ми вважаємо, що визначним документом української державності була Конституція Пилипа Орлика. Багатьма вченими вона вважається першою писаною конституцією Української держави, прийнятою 5 квітня 1710 р. у м. Бендери. Даний нормативно-правовий акт мав назву «Пакти і конституція законів та вольностей Війська Запорозького». Як зазначав В.В. Кравченко, «даний документ

був написаний під сильним впливом передових на той час західноєвропейських наукових доктрин (природних прав, поділу влади тощо), передбачав таку модель організації державної влади в Україні, яка базувалася б на засадах принципу поділу влади: законодавча влада мала належати Раді, членами якої мали стати полковники зі своєю старшиною, сотники, «генеральні радники від усіх полків» та «посли від Низового Війська Запорозького»; виконавча – Гетьманові, а судова – Генеральному суду» [67, с. 69]. Тобто були окреслені в тексті Конституції П. Орлика характерні ознаки судового конституціоналізму.

Виходячи з логічного аналізу змісту Конституції П. Орлика, С.Г. Меленко зазначає, що вказаний нормативно-правовий акт є не лише важливим символом політичної свободи та незалежності українського народу, але й безумовним доказом еволюції основоположних засад українського конституціоналізму в спільному фарватері поряд із провідними європейськими демократіями» [85, с. 226]. Урешті-решт, положення цього документа не було реалізовано, хоча формально він діяв на Правобережній Україні до 1714р.

Загальновідомо те, що першою Конституцією в класичному її вираженні стала Конституція США 1787 року, а на європейському континенті – конституції Франції та Польщі, прийняті їх парламентами в 1791 році.

«Специфіка конституційної юстиції у Сполучених Штатах зумовлена наявністю писаної Конституції, федеративним устроєм держави й особливим правовим становищем судів, які наділені правом визнавати нормативні акти такими що не відповідають Конституції і тим самим скасовувати» [54, с. 604]. Тобто суди загальної юрисдикції наділені функцією негативного законодавця, а Верховний суд США, по суті, є останньою (апеляційною чи касаційною) інстанцією для захисту своїх прав.

Конституції народжуються та існують у різному історичному й етнічному середовищі, в результаті чого відображають різні світоглядні підходи. З цього випливають і різні форми конституціоналізму. Наприклад, американський конституціоналізм - це система конституційного правління, в основі якого ідеї лібералізму, федералізму, республіканізму, судового конституційного контролю,

який ґрунтується на ідеях мінімального втручання держави у приватне життя індивіда [79, с. 14-15].

В основу формування європейського конституціоналізму покладені праці таких філософів і державних діячів, як Дж. Локк, Н. Макіавеллі, Б. Спіноза, Ш.Л. Монтеск'є та інші. Тому пропонуємо розглянути їх бачення державної влади, взаємодії з громадянським суспільством і роль Основного Закону.

Н. Макіавеллі у праці «Роздуми про першу декаду Тіта Лівія» стверджує, що і в монархіях, і в республіках влада має обмежуватись законами, адже володар може перетворитися на «скаженого самодура» [78]. Також мислитель приділяє увагу народному суверенітету, який є важливим компонентом конституціоналізму – «доручаючи народу охороняти свободу, можна надіятись, що він буде більше про неї піклуватися і, не маючи можливості самому заволодіти нею, не дозволить захопити її іншим..» [46, с. 103]. Макіавеллі, стверджуючи, що «натовп розумніший та постійніший, ніж государ», приводить нас до висновку, що над государем має бути незалежний орган, який міг би здійснювати контроль за правомірністю дій государя та бути представником народу.

У праці «Два трактати про правління» Дж. Локк пропонує поділ влади на законодавчу, виконавчу та федеративну. На його думку, судова влада є частиною виконавчої, «...щоб весь час існувала влада, яка б стежила за виконанням тих законів, які створювались». Також він стверджує, що «законодавча і вища влада зобов'язана здійснювати правосуддя і визначати права підданого шляхом проголошених постійних законів у відомих уповноважених на то суддів» [46, с. 201]. Дж. Локк заторкує проблему рівності всіх перед законом: «має бути той самий закон для багатого й бідного, для фаворита при дворі й для селянина за плугом» [75, с. 208-209], а також «виключається будь-який приватний суд кожного окремого члена, а суспільство стає третейським суддею і судить за встановленими постійними правилами, які неупереджені й однакові для всіх сторін» [75, с. 174].

Також утверджується ідеї народного суверенітету: «за допомогою людей, яким надаються повноваження для виконання цих правил, суспільство ухвалює рішення щодо всіх суперечок, які можуть статися між його членами стосовно будь-

якого правового питання, а також карає за злочини, які скоїв будь-який член суспільства проти всього суспільства, використовуючи при цьому види покарання, встановлені законом» [75, с. 174]. Загалом його розуміння зводилось до того, що особа передає частину своєї свободи державі для її захисту: «вся влада, передана з довірою для досягнення якоїсь мети, обмежується цією метою; коли ж цією метою нехтують чи протистоять їй, у такому разі довіра втрачається і повертається до тих, хто її надав». Тобто носієм влади є народ: «спільнота постійно утримує верховну владу, щоб убезпечити себе від будь-чийх зазіхань, навіть своїх законодавців, коли вони виявляються настільки нерозумними і лихими, що створюватимуть і здійснюватимуть плани, спрямовані проти свободи і власності свого підданого [75, с. 174].

Питання законодавчої та правозастосовної діяльності досліджував Ш.Л. Монтеск'є, який розробив теорію поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, котрі повинні існувати та діяти ізольовано одна від одної. Він вважав, що якщо монарх керуватиме, не втручаючись у судові функції, а законодавчі органи видаватимуть лише закони, але не управлятимуть країною, тоді всі основні прошарки феодального суспільства будуть задоволені, зокрема буржуазія не буде ворогом аристократичної знаті [29, с. 107].

Бенедикт Спіноза в «Політичному трактаті» (1677 р.) ведучи мову про верховну владу (*imperium*), говорить про те, що «право верховної влади є не що інше, як природне право, але визначене не величию кожного окремо, а величию народу, який керується єдиним духом, тому кожен окремий громадянин має менше права, ніж сама держава, могутніша за нього» [134].

К. Шмітт наполягав на тому, що юстиція може і повинна залишатися поза політикою, тоді як захист конституції означає політичний захист сутнісних конституційних рішень у надзвичайному стані; і оскільки тут неможливо підведення однієї норми під іншу, то, отже, ця функція може бути покладена лише на політичну інстанцію, тобто рейхспрезидента. Як стверджує К. Шмітт, саме цей момент оскаржував Кельзен: конституційні норми і закони мають одну і ту ж

природу, так що захист конституції повинен бути нормальною судовою процедурою в нормальній ситуації [159, с. 21].

Г. Берман стверджував, що слово «конституціоналізм» винайдено в кінці XVIII – початку XIX ст. для позначення головно американської доктрини верховенства писаної конституції над виданими законами. І хоча слово «конституціоналізм» придумано Американською революцією, однак з XII ст. у всіх країнах Заходу, навіть при абсолютних монархіях, широко висловлювалася й часто приймалася думка про те, що в деяких важливих аспектах право переступає межі політики. Він веде мову про те, що монарх може творити закон, але він не може творити його довільно, і до тих пір, поки він не переробить його, у законний же спосіб, він пов'язаний ним [8, с. 26-27].

У період колоніальної залежності від Російської та Австро-Угорської імперій на українських землях наприкінці XIX – на початку XX ст. ст. панували режими обмеженої конституційної монархії [11, с. 39]. Здійснюючи колонізаторську політику щодо українців, уряди створювали органи влади та призначали на них своїх представників, правлячі кола обох імперій відсували українців на периферію суспільного життя, закріплювали за ними роль колонізованого народу [2, с. 26]. Тому досить умовно можна говорити про формування конституціоналізму на даному етапі, враховуючи, що «панівною ідеологією виступав абсолютизм» [85, с. 226].

«Судові статuti 1864 р., які гармонійно поєднували як питання організації процедур судочинства, так і статусу органів, які забезпечували судочинство» [99, с. 14].

Для українського державотворення важливим документом є «Проект оснований українского общества «Вольный Союз – Вільна спілка», викладений у 1878 році М. Драгомановим, який став програмою і статутом українського політичного товариства, а також конституційним проектом. Загалом складовою частиною конституціоналізму М. Драгоманов вважав федералізм на принципі децентралізації, широкого місцевого самоврядування, з урахуванням рівня розвитку конкретної території [163, с. 301]. Хоча він вважав, що національна

українська держава не є необхідністю, а український народ має бути автономією у складі Росії, проте його погляди були прогресивними в плані того, що політична свобода є справою рук низів, а не нормативних актів, які видає державна влада, що дає нам змогу стверджувала, що розуміння конституціоналізму М. Драгоманова вохоплювало, окрім широких прав місцевого самоврядування, ще й важливість формування громадянського суспільства.

Для формування судового конституціоналізму важливе створення перших органів конституційного контролю в сучасному його розумінні. Перший спеціалізований судовий орган конституційного контролю був заснований в 1919 р в Австрії за проектом, запропонованим Г. Кельзенем (що було закріплено в Конституції Австрії 1920 г.), а широке визнання як важливого інституту сучасного конституціоналізму в західноєвропейських країнах органи конституційного контролю отримали після Другої світової війни [15, с. 18]. Наступним етапом у становленні судового конституціоналізму є існування державного утворення Українська Народна Республіка, яка існувала протягом 1917-1920 рр. Представницьким і законодавчим органом УНР була Українська Центральна Рада. Акти періоду Центральної Ради (березень 1917 — квітень 1918 рр.) мають велике значення для формування судового конституціоналізму, зокрема, чотири Універсали і Статут про державний устрій, права і вольності УНР – Конституція УНР 1918 року [167, с. 6], яка містила 8 параграфів і 83 статті.

Згідно з Параграфом 6 Конституції Української Народної Республіки [59] «Найвищим Судом Республіки являється «Генеральний Суд УНР». У Конституції УНР Генеральний Суд визначається як суд касаційної інстанції.

Конституція УНР закріплює рівність у своїх громадянських і політичних правах, нею проголошувалась гендерна рівність – «Ніякої різниці в правах і обов'язках між чоловіком і жінкою право УНР не знає» [59]. Також Конституція УНР проголошувала та гарантувала основні постулати демократичної держави, – неподільність території, поділ влади на три гілки, судочинство здійснюється винятково судами на основі законів, невизнання смертної кари, недоторканність приватної власності та особистого життя, таємниця листування тощо, які

визначались Конституцією УНР невичерпними та могли доповнюватись у визначеному порядку.

Наступним етапом у формуванні судового конституціоналізму в Українській державі є радянський. Проте так званий радянський конституціоналізм не можна назвати «живим», адже навіть враховуючи Конституції, які були прийняті в Український РСР в 1919, 1929, 1937, 1978 роках, конституційний лад забезпечував діяльність партійної номенклатури, та лише декларував права і свободи громадян. Проте при розробці конституційного проекту Конституції 1977 року радянськими державознавцями було запропоновано «розвивати доктрину соціалістичного конституціоналізму» [66, с. 52-61] у зв'язку пом'якшенням авторитаризму та хрущовською відлигою.

Російський дослідник І.О. Кравець зазначає, що категорію «конституціоналізм» у радянських дослідженнях нерозривно пов'язували з категорією «буржуазний» [66, с. 52-60]. За радянського етапу все ж існувала конституційна юстиція. Як стверджує Дурманов Н.Д., «Конституція СРСР 1924 р. поклала на Верховний Суд СРСР надання висновків на вимогу ЦВК СРСР про законність тих чи інших постанов органів союзних республік з погляду Конституції СРСР, а також вирішення судових спорів між союзними республіками (п.п. «в» і «г» ст.43 Конституції)» [34, с. 473]. О.О. Безуглов і С.О. Солдатов «в період з 1924 по 1936 рік в компетенцію Верховного суду РСРС входило внесення подань до Президії ЦВК РСРС про призупинення і скачування актів центральних органів управління з мотивів невідповідності їх Конституції» [5, с. 116].

«VII З'їзд Рад СРСР в 1935 р. змінив ст. 43 Конституції СРСР 1924 р., запровадив судово-наглядову колегію Верховного суду СРСР і надав йому право розгляду і безпосереднього скачування неправильних рішень і вироків» [34, с. 473]. Проте «єдиним органом, який дає загальнообов'язкові для всіх установ і осіб на всій території СРСР трактування діючих законів СРСР є в силу пункту «в» ст. 49 Конституції СРСР Президія Верховної Ради СРСР» [34, с. 474]. Тобто акти Верховного суду СРСР не мали найвищої юридичної сили.

Як зазначає М.М. Гультай, «Ідеологія марксизму, або марксизму-ленінізму, що панувала у радянському суспільстві, антагоністична ідеям лібералізму, а отже, не визнавала сповідувані ним загальнолюдські цінності, зокрема ті, що лягли в основу соціально-політичного та правового феномену конституціоналізму» [30, с. 65]. Хоча після XX З'їзду КПРС було «розширено повноваження союзних республік», зокрема «союзні республіки дістали право видавати цивільний, кримінальний, цивільно-процесуальний і кримінально-процесуальний кодекси» проте «за Союзом РСР залишилось установаження основ законодавства про судоустрій і судочинство, основ цивільного та кримінального законодавства» [61, с. 163-164]. На думку І.О. Кравця, для радянського конституціоналізму який мав багато в чому уявний, нормативний характер, були характерні ознаки закріплення соціалістичних цінностей і соціалістичного правосвідомості, які не визнавали ідеалів правової держави і громадянського суспільства; відсутність конституційної регламентації розподілу права на публічне та приватне, внаслідок чого заборонялися інститути громадянського суспільства, надмірно обмежувалися політична й економічна свободи тощо [66, с. 52-61].

О.О. Безуглов і С. О. Солдатов ведуть мову про те, що судова влада була «сценою для спектаклю» в руках партійної номенклатури, «при підготовці до «суду» людей піддавали грубим знущанням». «У суді не було змагання сторін, підсудний, адвокат і обвинувач виступали так, ніби були односторонніми» [5, с. 116]. Тому про існування судового конституціоналізму в сучасному розумінні за радянського періоду говорити не доводиться. Як зазначає М.М. Гультай, «ідеологи комунізму розглядали конституційний процес як тимчасове правове явище», вони вважали, «що не варто перейматися й питанням утворення інституту конституційного контролю за дотриманням приписів конституції», тому «рішення загальнодержавного значення приймалися не відповідно до приписів конституціоналізму» [30, с. 64-65]. «Фактично до початку горбачовської «перебудови» (друга пол. 80-х років XX ст.) радянська правова доктрина залишалася тоталітарною за сутністю та, відповідно, повною протилежністю доктрині конституціоналізму (невизнання розподілу влади, парламентаризму,

місцевого самоврядування, примату прав людини, конституційної юстиції та ін.)» [136].

До 1990 року в Україні не існувало конституційного контролю, а дана функція здійснювалася Президією Верховної Ради УРСР. Незважаючи на створення у 1989 р. Комітету конституційного нагляду УРСР, він так і не був сформований в Україні.

Сучасний етап становлення судового конституціоналізму в Україні можна назвати етапом конституційного транзиту від формального до реального судового конституціоналізму (від радянської політичної системи до політичної системи сучасного європейського типу). Період незалежної України не дає нам змогу говорити про будь-які процеси як про щось стале, адже на політичну систему держави здійснюється як зовнішній, так і внутрішній вплив різних за своєю природою факторів. Такими факторами, зокрема, є прагнення України до становлення демократичної, правової держави Європейського зразка, перспектива вступу до Європейського Союзу тощо. Тому Україна перебуває у процесі конституційних змін, які в науці конституційного права охоплюються поняттям «конституційний транзит». Поняття «транзитологія» Д. Растоу використовував для позначення поступового переходу до демократії, який, на його думку, «відбувається в три етапи: підготовчий, прийняття рішення, та звикання, на в обґрунтування чого стверджував, що для такого переходу не важливі жодні економічні показники, а важлива правосвідомість громадян [106]. У науці конституційного права розглядається поняття «конституційний транзит» для позначення певних конституційних змін. Наприклад, проф. Д.М. Белов зазначає, що «конституційний транзит може охоплювати всі типи перехідних станів конституціоналізму з погляду суттєвої зміни їх характеру: не тільки від авторитаризму до демократії, й навпаки, відповідно до національних соціокультурних і політичних особливостей, цінностей, звісно, із урахуванням передових наукових світових досягнень» [9, с. 93]. У зв'язку з цим підкреслимо, що Україна постійно перебуває у стані реформування, однак зі зміною політичної ситуації в країні простежується не тільки прогрес, але й відкат реформ.

Як зазначає М.М. Гультай, «українському суспільству, яке все ще перебуває у періоді «конституційного транзиту», проте має тверді наміри щодо утворення в суспільстві принципів конституціоналізму, потрібно вирішити важливі питання» [30, с. 64-65]. На його думку, одними з таких важливих питань є: «по-перше, не лише проголосити на конституційному рівні права й основоположні свободи людини і громадянина, а й створити реальні та ефективні умови для їх гарантування, реалізації та захисту»; «по-друге, потребують правотворчого утвердження та практичної реалізації у процесі правозастосування принципів правової держави»; «по-третє, забезпечити активну участь в управлінні державними справами інститутів громадянського суспільства»; «по-четверте, ідеї конституціоналізму повинні бути сприйняті всією нацією та сприяти її консолідації на демократичних засадах»; «по-п'яте, існує нагальна потреба реформування вітчизняної політичної системи в аспекті політичної рівності громадян» [30, с. 72-76].

Тому судовий конституціоналізм за незалежної України необхідно аналізувати через призму конституційного транзиту. Конституційний транзит в Україні має свої характерні особливості. «Головними правовими джерелами конституційного процесу в Україні стали Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року й Акт проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р.» [102, с. 9], які стали вектором розвитку та підґрунтям для прийняття Конституції України 28 серпня 1996 року. Найбільшим досягненням для судового конституціоналізму в Україні є прийняття Конституції України 1996 року, згідно з Розділом XII якої було утворено Конституційний Суд України. Але проголошення Конституції України ще не означає моментального втілення тексту в життя держави, а становлення судового конституціоналізму не обмежується лише формальним проголошенням органу конституційної юстиції. У 2016 році у зв'язку з внесенням змін до Конституції України (щодо правосуддя) [42] Конституційний Суд України був виведений з системи судоустрою й отримав нове правове регулювання [43]. Однак сучасні реалії переконують, що становлення судового конституціоналізму ще не завершено та потребує глибокого науково-практичного

обґрунтування та пропозицій до вдосконалення чинного конституційного законодавства. Це тривала спільна робота парламенту України, вчених-конституціоналістів, суддів і Конституційного Суду України до реалізації приписів Основного Закону України та його конституційної охорони, що буде досліджено в наступному розділі.

1.2. Методологічні підходи до дослідження судового конституціоналізму

Складність категорії «судовий конституціоналізм» передбачає використання складного комплексного інструментарію в її дослідженні. На цьому наголошують О.В. Скрипнюк і Д.Є. Прокопов, які вказують: «З огляду на складність та багатовимірність пізнання конституційно-правових явищ, цілком зрозуміло, що як сама наука конституційного права, так і загальна теорія конституційного права вимагають формування певної методології, яка б гарантувала не лише послідовність в аналізі та дослідженні тих або інших конституційно-правових явищ, але й забезпечила можливість перевірки на інстинтність тих даних, які здобуваються в цьому процесі» [128, с. 10].

Безумовно, в сучасних умовах конституційних перетворень, з урахуванням конституційної практики України та країн Європейського Союзу, потрібно оновити методологічний алгоритм дослідження судового конституціоналізму.

Але, як слушно вказує В. Федоренко, більшість недоліків сучасної науки конституційного права та правозастосовної конституційної практики зумовлені недостатністю або ж поверхневістю теоретико-методологічної підготовки правознавців, які здійснюють відповідну дослідницьку діяльність, недостатнє вивчення ними проблем методології конституційно-правових досліджень, а також потенціалу використання різних методів пізнання правової дійсності [142].

Під час дисертаційного дослідження судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права в Україні автором використовувалася сукупність методів і способів наукового пізнання, які дали змогу провести повноцінне, всебічне дослідження. Як наголошує О.М. Бориславська, сучасна юридична наука

характеризується багатоманітністю підходів до розуміння правових явищ, що зумовлюється різноманітними чинниками. Серед них можна виокремити: застосування різних способів пізнання (гносеологічні чинники), інтерпретацію крізь призму тих чи інших суспільно-політичних реалій (отнологічні чинники), різні ідеологічні переконання дослідників [18].

Сучасна система методів наукового пізнання складна та різноманітна. О.Г. Данильян указує, що «особливий інтерес у розвитку сучасної науки викликає багаторівнева концепція методологічного знання, в якій всі методи наукового пізнання розділені на три основні групи (рівні): філософські методи, загальнонаукові методи, специфічні методи» [31, с. 134]. Для виконання конкретного наукового завдання необхідно використовувати особливий методологічний підхід.

С.В. Бобровник «методологічний підхід» визначає як «сукупність знань про процес наукового дослідження» [12, с. 111]. У Словнику української мови в 11 томах поняття «підхід» розуміють як «сукупність способів, прийомів розгляду чого-небудь, впливу на кого-, що-небудь, ставлення до кого-, чого-небудь» [132]. Тому пропонуємо розглянути методологічні підходи до дослідження судового конституціоналізму як режиму забезпечення верховенства права. Тобто методологічний підхід до визначення судового конституціоналізму - це сукупність принципів і методів, поглядів і думок, з позиції яких розглядається явище судового конституціоналізму. У певній мірі методологічний підхід це те, як досліджувати. У зв'язку з цим варто навести позицію А.Р. Крусян, яка вважає, що «основними методологічними принципами є принципи істинності, об'єктивності, детермінізму. Поряд з ними виділяються, враховуючи сучасні конституційно-правові реалії, принципи системності й антропологізму» [60, с. 39].

Зазначимо, що методологічною основою є таке явище, як судовий конституціоналізм, на якому ґрунтується дане наукове дослідження. Судовий конституціоналізм розглядається науковцями як певна форма конституціоналізму, тобто в певній мірі можемо брати до уваги методологічні підходи до дослідження конституціоналізму. Розробляючи методологічний підхід до дослідження, потрібно

визначитись з інструментарієм дослідження. Щоб це зробити, необхідно розрізняти такі поняття як метод, методика, методологія, підхід тощо, тому пропонуємо детальніше розглянути дані поняття.

У навчальному посібнику за редакцією А.Є. Конверського знаходимо таке визначення методу: «метод (від грецької *metodos*) у широкому розумінні слова – «шлях до чогось», шлях дослідження, шлях пізнання, теорія, вчення, свідомий спосіб досягнення певного результату, здійснення певної діяльності, вирішення певних задач» [92, с. 24]. Метод належить розуміти, на думку М.В. Костицького, «як сукупність прийомів і операцій, з допомогою яких здійснюється пізнання. Метод – це інструмент» [62, с. 5]. Отже, з позицій методології наукового дослідження, метод - це структурний компонент методики та методології. А «методика – це вчення про сукупність прийомів, способів і організацію застосування методів наукового пізнання. Іншими словами, методика – технологія наукового пізнання, що здійснюється за допомогою певних методів» [62, с. 5-6]. Також методологію розглядають як «систему певних правил, принципів і операцій, що застосовуються у тій чи іншій сфері діяльності» [92, с. 24].

Наступне поняття, яке ми розглянемо, - методологія. М.В. Костицький на основі різних визначень методології класифікує їх так: «1) учення про структуру, логічну організацію, методи й засоби діяльності; 2) систему принципів і способів організації; 3) систему підходів, методів і засобів; 4) сукупність підходів, способів, прийомів і процедур; 5) учення про структуру, логічну організацію, методи, засоби й форми діяльності.» [62, с. 6-7]. Тобто методологія є (лат. *methodos* – метод; *logos* – наука, знання) в буквальному сенсі вчення про методи, проте сучасна наукова думка вкладає в дане поняття набагато ширший зміст. Так, під методологією розуміють не тільки вчення про методи, а сукупність цих методів, підходів, способів, прийомів та інших процедур наукового пізнання для досягнення мети – теоретичного та практичного обґрунтування й отримання нового знання. Т.І. Тарахонич виділяє динамічний та статичний аспект аналізу в методології науки. «Динамічний аспект пов'язаний з аналізом проблем генези, походження та розвитку наукового знання, що дає можливість говорити про методологію

наукового дослідження, зорієнтовану на пошук нового знання. Статичний аспект методології зорієнтований на вивчення й аналіз результатів отриманого знання, його форм та структур» [137, с. 15].

Розглядаючи структуру методології, зазначимо, що класично методологію поділяють на такі рівні: філософська методологія, загальнонаукова методологія, конкретно наукова методологія. Дещо по-іншому структурує методологію Д.А. Карімов: «Структурно методологія має кілька рівнів, основними з яких є: діалектико-світоглядний, який визначає головні напрямки і загальні принципи пізнання в цілому (вищий рівень); загальнонауковий (міждисциплінарний), який використовується при пізнанні особливої групи однотипних об'єктів (середній рівень); приватнонауковий, який застосовується в процесі пізнання специфіки окремого об'єкта (нижчий рівень), і, нарешті, перехідний від пізнавально-теоретичного до практико-перетворюючої діяльності, який розкриває загальні шляхи і форми втілення результатів наукових досліджень у практику» [51, с. 50]. Інші науковці, пристосовуючи методологію до предмета дослідження, називають дані рівні дещо по-іншому. Наприклад, А.Р. Крусян стверджує, що структура методології конституціоналізму має таку власну структуру, в якій виокремлює чотири рівні: перший – діалектико-філософський; другий – спеціальний; третій – універсальний; четвертий – практично-перетворювальний [70, с. 4].

Онову методології юридичної науки, як пропонує нам П.М. Рабінович, становлять: філософсько-світоглядні підходи (матеріалістичний, чи ідеалістичний, діалектичний чи метафізичний, визначення чи заперечення об'єктивних соціальних, у тому числі державно-правових, закономірностей та можливості їх пізнання, здобуття істинних знань про них); загальнонаукові методи (методи структурний, функціональний, сходження від абстрактного до конкретного, формально логічні процедури (аналіз, синтез тощо)); групові методи (наприклад, метод конкретно-соціологічного дослідження); спеціальні методи (наприклад, з'ясування (тлумачення) юридичних норм, спеціальні прийоми узагальнення юридичної практики) [163, с. 619].

Судовий конституціоналізм як обґрунтована концепція розвитку державно-правових інститутів є в певній мірі феноменом. Адже за час існування юридичної науки з найдавніших часів його постулати чітко впроваджувались в інститутах держави, проте лише на сучасному етапі це явище таке актуальне. Причина тому - актуальна необхідність багатокomпонентної системи конституційного права та конституційного процесу не лише співіснувати в межах доктрини, але й гармонійно впроваджуватись у життя. Тому важливо чітко розуміти, що при дослідженні судового конституціоналізму існує тонка межа між теоретичним обґрунтуванням і практичним упровадженням.

Зогляду на складність досліджуваного поняття, все ж доцільно виділити два рівні наукового пізнання судового конституціоналізму: теоретичний та емпіричний (прикладний).

Враховуючи це, Г.С. Цехмістрова зазначає, що «загальні методи пізнання умовно ділять на три групи: методи емпіричного дослідження (спостереження, порівняння, вимірювання, експеримент); методи теоретичного дослідження (ідеалізація, формалізація, логічні й історичні методи); методи, що можуть бути застосовані на емпіричному і теоретичному рівнях (абстрагування, аналіз і синтез, індукція й дедукція, моделювання)» [146, с. 81].

Судовий конституціоналізм є якісним станом функціонування судової влади. Найперше якісний стан функціонування судової влади означає відповідність установленим нормам закону та суспільній необхідності. Тобто важливим елементом судового забезпечення верховенства права є задоволення громадянами рівнем правосуддя, при дослідженні якого ми залучали статистичний, описовий та аналітичний методи.

«Жоден із загальнонаукових принципів і підходів не має методологічного значення поза предметом тієї науки, в якій він використовується або повинен використовуватись, тому що необхідна «переплавка», тобто пристосування, конкретизація. Уточнення відповідно до об'єктивної логіки розвитку того самого об'єкта» [51, с. 37]. Досліджуючи судовий конституціоналізм як режим забезпечення верховенства права, ми використовували методологічний підхід,

виходячи із того, що судовий конституціоналізм вважається режимом судового забезпечення верховенства права судами України та Конституційним Судом України. Тобто при дослідженні даного явища необхідно враховувати інституційні ознаки судової системи, особистісний склад суду з його особливостями, ставлення громадян до судової влади загалом, стримування та противаги трьох гілок влади та становище органу конституційної юстиції тощо. При дослідженні даної проблематики нами використано ряд методів і підходів до дослідження.

Для виявлення основних закономірностей режиму судового конституціоналізму та верховенства права автор використовувала діалектичний підхід. Ми погоджуємося з думкою Г.С. Цехмістрової, що «діалектика виступає як знаряддя пізнання у всіх галузях науки і на всіх етапах наукового дослідження» [146, с. 81].

При дослідженні еволюції поняття «судового конституціоналізму» використано історичний підхід, який дав можливість простежити виникнення та розвиток конституційних ідей стосовно судового конституціоналізму, зокрема, становлення органів конституційної юстиції, підґрунтя створення основних законів держави, участь громадян у житті держави та їх ставлення до судової влади тощо. Зокрема, при дослідженні генези судового конституціоналізму, аналізі законодавства та сучасного стану речей ми використовуємо метафізичний метод, суть якого В.О. Костюк зводить до того, що «за його допомогою ми фіксуємо сучасний стан явища або маємо його «фотографію» [63, с. 10]. Наприклад, А.Р. Крусян веде мову про генезу науково-практичної парадигми українського конституціоналізму в новітній історії, виходячи з методологічних і логічних принципів дослідження, та розглядає їх на основі такої періодизації: період так званих «Українських визвольних змагань» (1917 – 1921 рр.) та перших демократичних держав українського народу – УНР і ЗУНР; радянський період (1921 – 1991 рр.); пострадянський період, (1991 р. – 1996 р.); сучасний період (з 1996 р.) здійснення конституційної реформи та конституційно-правовим забезпеченням політичної реформи [69, с. 43].

Є й інші періодизації, наприклад В. Антошкіна та О. Кирпичов український конституціоналізм як ідейно-політичний рух умовно розділяють на такі періоди: період зародження (середина XVII ст. – кінець XVIII ст.); науково-просвітницький період (XIX ст. – початок XX ст.); революційний період (1917-1919 рр.); радянський період (1919-1991 рр.); період незалежності (1991р. і до теперішнього часу) [2, с. 26]. Тобто українська державність, конституціоналізм і власне судовий конституціоналізм розвивався не в зовсім сприятливих умовах, управлінські рішення державних діячів різних часів (чи то князів чи то гетьманів) не завжди призводили Українську державу до розквіту, а частіше - до поневолення, гоніння та знищення державності.

Важливим у дослідженні судового конституціоналізму є системний підхід, основні принципи якого такі: принцип остаточної мети; принципи єдності і пов'язаності; принцип модульності (абстрагування від зайвої деталізації); принцип ієрархії; принцип функціональності (зумовленість структури функціями); принцип розвитку системи; принцип невизначеності (дослідження непередбачуваних процесів).

За допомогою системного підходу можна визначити судовий конституціоналізм як складну систему. «Методологічна специфіка системного підходу полягає в тому, що метою дослідження є вивчення закономірностей і механізмів утворення системи – складного об'єкта з певних складових (елементів). При цьому особлива увага звертається на різноманіття внутрішніх і зовнішніх зв'язків системи, на процес (процедуру) об'єднання основних понять у єдину теоретичну картину, що дає змогу виявити суть цілісності системи [105, с. 16]. З позиції системного підходу ми розглядаємо судовий конституціоналізм як функціональну форму конституціоналізму, є режимом забезпечення верховенства права, яка утворює систему принципів, інструментів, методів, які сприяють ефективному функціонуванню всієї системи.

Судовий конституціоналізм в Україні формується за умови «транзитного» суспільства, тому при його дослідженні був використаний синергетичний метод, адже «він дає можливість змодельовати пріоритети правової політики, встановити

критичний момент біфуркації державного механізму, за яким стоїть руйнування старої системи і багатоваріантність переходів до її нового стану» [22, с. 105]. Загалом, «синергетика – це міждисциплінарний напрям, що виник у 70-ті роки ХХ ст. і мав на меті пізнання загальних законів і принципів, що лежать в основі самоорганізації в природі, різних її складових: у фізиці, хімії, біології, техніці, соціумі» [62, с. 8].

Як зауважує О.М. Бориславська, «виникнення конституціоналізму як явища, формування його політико-правового феномену було пов'язане з основними засадами юснатуралізму. Натуралістичний тип праворозуміння заснований на ідеї існування вищих, постійно діючих, незалежних від держави норм і принципів, що уособлюють розум, справедливість, та які незалежно від їхнього походження (Бога, природи людини, природи тощо), обмежують державу в її діяльності та творенні позитивного права». Також вона принагідно зазначила, що «саме ідея обмеженості держави була покладена в основу формування конституціоналізму, що свідчить про його спорідненість із юснатуралізмом» [20, с. 70-71]. Тобто жодна конституція не є цінністю, якщо в ній не відображені та немає механізму впровадження основних засадничих складових судового конституціоналізму, таких як верховенство права та верховенство конституції, поділ влад на три гілки, незалежність судової влади, становлення громадянського суспільства тощо. Тобто не задекларовані поняття та реально діючі механізми обмеження влади, забезпечення прав та свобод людини і громадянина, існування реального судового (живого) конституціоналізму як режим забезпечення верховенства права.

Також використовувався нормативістський підхід до дослідження, який «виходить із головної риси права – його нормативності, тож конституція розглядається винятково як найвища норма, а конституціоналізм пов'язується з її юридичним верховенством» [20, с. 72]. Із соціологічним підходом до права, а ще точніше – із заснованою на ньому теорією вільного права, пов'язане поняття «живої» конституції, поширене у США. Конституція розглядається як динамічне явище, що розвивається під впливом соціальних змін, а тому потребує постійного оновлення її змісту через тлумачення її норм [20, с. 73].

Для аналізу поглядів науковців у сферах конституційного судочинства та судового конституціоналізму, а також для тлумачення змісту норм чинної Конституції України та Закону України «Про Конституційний Суд України» та інших нормативно-правових актів було застосовано формально-догматичний метод, а також при дослідженні й аналізі текстів перших конституцій та конституційних актів необхідно використовувати герменевтичний підхід.

Та не варто забувати про той факт, що носієм права є людина. Принагідно зазначає В.В. Завальнюк: «олюднення» історико-правової науки має відбутися, по-перше, шляхом повернення до визначення ролі певних особистостей в історичному розвитку держави і права, по-друге, виведенням на науковий рівень локальної правової історії, по-третє, започаткуванням вивчення історико-правової повсякденності, інакше кажучи, правового життя в його історичному вимірі» [37, с. 87].

Кожна система права має свої особливості, передбачені історичним розвитком суспільства, впливом на цей розвиток інших систем, середовище такого розвитку, менталітет, правова свідомість і сформовані правові цінності у суспільстві. Тому вважаємо за доцільним використання антропологічного підходу до пізнання судового конституціоналізму. Антропологічний підхід до права означає переміщення кута зору на право з норми права, позиції правотворця, правових відносин до людини. Він означає визнання того факту, що феномен права глибоко пов'язаний з людиною, її сутністю. Право є продуктом діяльності людини й уособлює її суттєві сили [37, с. 85]. Більше уваги науковцями приділяється проблемі сутності людини та її впливу на державно-правові явища, а не власне на інститути. Д.А. Гудима стверджує, що «фактично сучасна антропологія становить систему різнопредметних ... дисциплін, які розвиваються у двох парадигмальних площинах: у першій – позитивістсько зорієнтовані антропологічні дослідження, методологія яких головним чином заснована на етнологічно-антропологічному дослідницькому підході, а в другій – метафізично-орієнтовані антропологічні дослідження, методологія яких базується, передусім, на підході філософсько-антропологічному» [28, с. 19]. Як зазначає Р. Ципеліус, «передусім правова

антропологія розглядає людину не тільки як природну, але й як культурну істоту» [150, с. 56]. М.В. Савчин предметом юридичної антропології вважає «право, яке спрямоване на соціальну активність людей і є формою зовнішнього контролю поведінки або колективної поведінки» [116, с. 137]. У цьому подібна позиція А.Р. Крусян, на думку якої, «ідеологія конституціоналізму є ідеологією людяності, тобто людина є його альфою й омегою» [70, с. 5].

Дослідники обґрунтовують перехід до якісно нового типу праворозуміння, яким може стати антропологічна парадигма права, яка «шукає витoki права (тобто матеріальні джерела права) у людині як біосоціальної істоті (у генетиці, соматичній, психичній, гендерних і вікових особливостях людей)» [38, с. 15], адже «найважливішим фактом реальності, який є засадовим стосовно права та державного ладу, є сама людина» [150, с. 55]. Тому, як зазначає В.В. Завальнюк, «антропологічний «переворот» у гуманітарних науках, який відбувся протягом 60-х років минулого століття, актуалізував антропологічний підхід до праворозуміння, в якому, можна умовно виділити два аспекти – біоантропологічний/біосоціальний і етнографічний/етнологічний». Щодо біоантропологічного/біосоціального аспекту, то він «акцентує увагу на тому, що право, як й інші соціальні інструменти, зумовлене недосконалістю біологічної (біосоціальної) природи людини, яка здатна вести війну всіх проти всіх, зважаючи на обмеженість ресурсів для виживання». Етнографічний/етнологічний аспект антропологічного підходу «основну увагу зосереджує на соціо- та етнокультурній зумовленості права. З позицій цього підходу право не може бути одноманітним для всіх народів, як не існує однієї для всіх народів мови та релігії» [36, с. 19].

А ось як зазначає Дж. Стюарт Міль: «Якщо запитати, що є критерієм визначення якості врядування в усіх його аспектах – від найскромніших до найбільш глобальних, – то ми з'ясуємо, що критерій, який має найбільше значення та виходить за межі всіх інших, полягає у рисах, притаманних людям, які становлять суспільство і над яким здійснюється врядування» [87, с. 151]. Тобто у всьому, що робить людина, є образ людини.

Такий напрямок досліджень приводить українських науковців до спроб сформулювати антропологічну парадигму права. Так, В.В. Завальнюк стверджує, що вона охоплює принцип антропоцентризму, принцип натуралізму, принцип антропометризму, принцип антропоморфізму [38, с. 16].

При дослідженні судового конституціоналізму центральною категорією є людина, як «центр правової реальності, навколо потреб і системи комунікацій якої обертається світ правових явищ» [38, с. 16]. Також нами широко використовувався принцип антропоморфізму як «виявлення у праві та правових явищах людських (антропних) характеристик» [38, с. 16]. Погоджуємося з позицією проф. М.В. Савчина, що «труднощі у реалізації певних засад досліджень у публічному праві підміняються дискурсом про обмін свободи на безпеку – тієї вічної проблеми, яка впливає з дискусії між Гобсом і Локом, хоча конституціоналізм чітко акцентує увагу на захисті приватної автономії індивіда від свавільного втручання як з боку держави, так і третіх осіб» [119, с. 24]. На думку вченого, засадами наукових досліджень у публічному праві є принцип антропологізму, принцип пізнавальності, принцип об'єктивності, поєднання засад верифікації та фальсифікації, принцип міждисциплінарності. Ми повністю поділяємо дану позицію.

Поняття «судовий конституціоналізм» - нове малодосліджене явище, яке набуває якісно нового значення в системі конституційного права та впровадження його принципів в суспільно-політичне життя. Зокрема, судовий конституціоналізм варто розглядати як сукупність принципів, механізмів упровадження та їх дія, інституціоналізація даних механізмів, задля досягнення мети – судового забезпечення верховенства права. Теорія судового конституціоналізму є системою наукових знань, що дають цілісне уявлення про закономірності розвитку й істотні зв'язки явищ дійсності при здійсненні конституційного судочинства, забезпеченні верховенства права, встановленні конституційного ладу, що спирається на конституцію як основний інструмент публічної влади, конституційні методи правління.

В основі методології дослідження судового конституціоналізму повинна бути конституційна концепція праворозуміння, заснована на світоглядному плюралізмі. Як зазначають автори сучасного видання «Загальна теорія права», «правова наука активно послуговується поняттям позитивного права як такого, що створюється людьми та їх інститутами, існує як фактичне явище у формі закону та інших правових актів. Основною рисою цієї концепції є відмова від обов'язкового зв'язку між правом і мораллю, що давало б змогу оцінювати та критикувати норми позитивного права» [40, с. 60]. Тому судовий конституціоналізм здебільшого оцінювався крізь призму формально-юридичної (нормативістської) концепції. На нашу думку, це однобокий підхід, який співвідноситься лише з одним із його структурних елементів (конституційне право в його позитивному вираженні). Судова конституційна доктрина, конституційна практика та конституційний світогляд, безумовно, мають досліджуватися за допомогою комплексного підходу, що враховує і концепцію природного права, і соціологічний підхід (концепцію «живого права»). При цьому потрібно враховувати стратегічний курс України до Європейського Союзу та НАТО, закріплений у Конституції України, який вимагає новітніх підходів на науковому та практичному рівнях у напрямі руху до верховенства права та формування судового конституціоналізму під впливом євроінтеграційних прагнень і зумовлених цим змін.

У практичному плані особливе значення має філософсько-світоглядне обґрунтування перспектив упровадження сучасних конституційних цінностей, конституціоналізації всіх сфер життя особи, суспільства, держави на основі верховенства права та духу Конституції України. При цьому особливе місце в реалізації даних перспектив має зайняти Конституційний Суд України, який є творцем «живого» судового конституціоналізму. Узагальнюючи даний підрозділ, приходимо до висновку, що методологія дослідження судового конституціоналізму повинна базуватись на комплексному (широкому) підході.

1.3. Судовий конституціоналізм як форма конституціоналізму

Розглядаючи судовий конституціоналізм необхідно розуміти, що він є формою конституціоналізму, науково-практичне обґрунтування якого набуло неабиякого резонансу, тому існує безліч визначень поняття «конституціоналізму» та підходів до його розуміння.

Варто відзначити комплексні розробки Ю.Г. Барабаша, Х. Барнета, Д.М. Белова, Ю.М. Бисаги, О.М. Бориславської, В.Д. Бринцева, В.М. Кампо, В.П. Колісника, А.Р. Крусян, Л.М. Москвич, В.Ф. Погорілка, С.В. Різника, В. В. Речицький, М.Д., Савенка, А.О. Селіванова, В.Е. Скоморохи, І.Д. Сліденко, Т.М. Слінько, О.В. Совгирі, А.А. Стрижака, С.В. Шевчука, М.Д. Савенка, Ю.М. Тодики, В.Л. Федоренка, Ю.С. Шемшученка, П.Б. Стецюка, Л.П. Юзькова, В.М. Шаповала [151], С.В. Шевчука, А. Шайо, О.В. Щербанюк, які створили основу української доктрини конституціоналізму та конституційного судового контролю.

При дослідженні судового конституціоналізму необхідно проаналізувати підходи до визначення конституціоналізму. Зарубіжні вчені-конституціоналісти в своїх працях говорять про «західний конституціоналізм», хоча іноді його отожднюють з конституційним правом. Ж. Жикеллі та Ж.Е. Жикеллі вказують, що «західний конституціоналізм у його класичній формі базується на соціальній, політичній та інституційній рівновазі» [215, с. 27]. Безумовно, конституціоналізм можна розглядати як теорію, доктрину, вимогу та практику. При цьому конституціоналізм як політико-правова практика особливий у кожній країні. Без конституції та створених на її основі демократичних правових інститутів суспільства та держави, правового статусу особи реальний, розвинен конституціоналізм неможливий.

У широкому значенні конституціоналізм розглядають як ідеальну форму конституційного ладу, адже, як стверджує І.І. Завидняк, конституційний лад виражає конкретний стан суспільних відносин, які відображають зв'язаність держави правом і засади правової визначеності її діяльності [39, с. 123]. «Конституціоналізм визначає засади конституційного устрою, заснованого на гарантіях прав людини та поділі влад із метою недопущення її узурпації та зловживання нею» [118, с. 68]. І.Д. Сліденко в розуміння конституціоналізму

включає два аспекти – функціональний та цільовий. Функціональний аспект він розуміє як «ефективне обмеження державної влади» та зазначає, що «формальна наявність конституції не є ознакою конституціоналізму»; та цільовий аспект, який дає відповідь на запитання, для чого власне обмежувати державну владу, та звернений до людини: всебічне забезпечення її інтересів [129, с. 137-138].

Ми вважаємо, що конституціоналізм у широкому значенні - це політико-правовий режим забезпечення верховенства Конституції, реалізація її положень органами державної влади та суспільством, який здійснюється через взаємодію з суспільством, через функціонування або становлення громадянського суспільства з конституційною правосвідомістю.

Аналізуючи українські та зарубіжні наукові праці, ми дійшли знайшли різноманітні визначення поняття «конституціоналізм», зокрема пропонуємо розглянути такі з них. Згідно із визначенням П.О. Добродумова, конституціоналізм – це «система уявлень про загальнодемократичну, загальноцивілізаційну політико-правову цінність державно організованого суспільства» [32, с. 24]. Поряд з цим О.М. Бориславська визначає, що конституціоналізм - це «уявлення про обмеженість державної влади свободою підвладних», який «є цілісною системою, наявність якої забезпечує конституційний характер держави, існування людиноцентричної суспільної системи, та водночас є гарантією демократії» [18, с. 247]. Є.О. Львова зазначає, що конституціоналізм – це політико-правова ідеологія, історично пов'язану з феноменом конституції як основного закону держави. Водночас конституціоналізм асоціюють з певними методами управління державними справами [77, с. 45]. М.В. Савчин під конституціоналізмом розуміє «сукупність ідей та уявлень про роль конституції у суспільстві та відповідне їх втілення у політико-правових відносинах» [118, с. 23]. У поняття конституціоналізму В.М. Шаповал вкладає смислову триєдність, яку становлять - політико-правова ідеологія, практика відповідного правового регулювання та правозастосування в різних країнах, що спирається на цю ідеологію [152, с. 283]. Д.М. Белов і Я.В. Якимович наводять визначення поняття конституціоналізму на основі таких ознак: «конституціоналізм є похідним від конституції і виникає у

процесі її реалізації як основного закону; конституціоналізм історично зумовлений, має сукупність етапів у своєму розвитку; конституціоналізм проявляється в ідеологічних поняттях, часто йому приписують значну кількість демократичних постулатів; конституціоналізм – процес, що виникає при організації та побудові держави, формуванні інститутів державної влади. Конституціоналізм – сукупне поняття, охоплює в себе теорію та практику» [10, с. 138]. Змістовним є розуміння Л. Фрідменом конституціоналізму – це: а) живий, верховний закон, втілений у життя країни; б) ставлення суспільства до Конституції; в) демократичні зразки поведінки й інститути, що з'явилися навколо Конституції; г) сукупність громадянських прав, свобод слова та гарантії прав меншинств від переважної більшості [148, с. 172].

При розгляді поняття «конституціоналізм» значна увага науковцями приділяється саме конституції. Важливо розуміти, що такий законодавчий акт як Конституція може існувати без конституціоналізму, може бути формальною, недіючою, «мертвою», проте конституціоналізм без конституції (Основного Закону) існувати не може. Адже конституціоналізм забезпечує дію основного закону, передбачаючи втілення та вкорінення його положень в суспільну свідомість. З французької «*constitutionnalisme*», від латинської «*constitution*» – устрій, установлення, положення. З чого ми розуміємо, що поняття «конституціоналізм». Між конституцією та конституціоналізмом «існує внутрішній органічний зв'язок – як між суттєвістю і явищем: конституціоналізм виявляється через конституцію, а вона відображає конституціоналізм» [76, с. 30].

Якість і стабільність Конституції зумовлена її філософією, закладеною у відповідних наукових доктринах як сукупності узгоджених і прийнятих пріоритетів, принципів і засобів досягнення мети суспільно-політичного розвитку країни [156, с. 19]. На думку Д.М Белова, конституція – той суспільний договір, який фіксує форми, способи, принципи, основи, права, обов'язки й інші взаємопов'язані відносини держави і суспільства та їх реалізації [11, с. 39]. В Юридичній енциклопедії поняття «конституція» визначається як «система обмежень державної влади, встановлена шляхом проголошення прав і свобод

людини та громадянина і визначення їх юридичних гарантій» [164, с. 291]. Українська дослідниця А.Р. Крусян, визначаючи, що «конституція є ядром конституціоналізму» [71, с. 23] обґрунтовує це тим, що конституція є носієм «трьох ідеалів»: а) обмеження влади держави; б) закладення механізмів і процедур здійснення владних функцій; в) визначення юридичних меж втручання у сферу політичної, економічної та соціальної свободи людини [71, с. 23]. Як зазначає Ю.С. Шемшученко, «через Конституцію суспільство сприйняло європейські політико-правові цінності та інститути» [157, с. 9]. Конституція фактично є основним законом держави. Але для того, щоб пройти процес адаптації та стати основним законом суспільства, вона має відповідати динаміці суспільно-політичного буття. Такий феномен у науці конституційного права називають феномен «живої» конституції, тобто зміст Основного закону має бути динамічним, при цьому, не відходячи від основ конституційного ладу, розв'язувати проблеми, які стають нагальними для суспільства. Конституція не встановлює конституціоналізм. Це можуть зробити реально діючі інститути, вона задає державі вектор, напрямок, який дає змогу реалізовувати основну ідею конституціоналізму тощо.

Конституціоналісти же у своїх дослідженнях наводять головну (вихідну) ідею конституціоналізму. Наприклад, Д.Ю. Кокоша вважає головною ідеєю конституціоналізму правове обмеження державної влади, що досягається, перш за все, шляхом реалізації принципу верховенства права [55]. О. Бориславська, вважає дещо інакше і стверджує, що це «забезпечення свободи людини, гарантування її прав» [18, с. 247]. Г.Г. Арутюнян вважає, що «головна місія конституціоналізму в новому тисячолітті полягає саме в забезпеченні стабільності та динамізму суспільного розвитку, зміцненні моральності у соціальних взаєминах, подоланні конфліктогенності у міждержавних і внутрідержавних відносинах» [3, с. 79]. А.І.Д. Сліденко стверджує, що «кінцевою метою встановлення режиму конституціоналізму є забезпечення безконфліктного адекватного функціонування соціуму» [129, с. 138]. Проте кожен із цих напрямків формує один із напрямків основної ідеї, адже конституціоналізм - багатогранне явище.

Конституціоналізм базується на певних національних конституційних традиціях, що зумовлює багатоманітність форм його прояву [118, с. 69]. Науковці виділяють національні такі типи конституціоналізму, як американський, англійський, ісламський, німецький конституціоналізм. В українській науці конституційного права теж виділяють свій український конституціоналізм, зокрема, у працях А.Р. Крусян обґрунтовуються особливості цього типу конституціоналізму. Вона стверджує, що український конституціоналізм у процесі свого становлення характеризується: науково-практичною парадигмою конституціоналізму, що має власну («національну») історію розвитку; принципами, що набули свого конституційного оформлення значно пізніше, ніж в інших країнах Європи; елементами змісту, які відображають специфіку українського суспільства, української державності, правової системи України; інститутами системи конституціоналізму, що перебувають у стадії становлення; нарешті, метою — як мети конституційних перетворень в Україні [69, с. 8]. Така думка має місце в науці конституційного права, проте конституціоналізм у чистому вигляді не встановлений в Україні, ми знаходимося на шляху реформ і творення інститутів, які будуть сприяти розвитку та встановленню режиму конституціоналізму. Тому вести мову про чистий український конституціоналізм дещо зарано, проте така теорія має розвиватись і наповнюватись новим сенсом.

О. Рудакевич розглядає феномен конституціоналізму в системі трьох координат: національна свідомість, національна культура й ідеологічні доктрини [114, с. 13]. А суддя Конституційного Суду України у відставці П.Б. Стецюк, дещо уточнюючи, пропонує розглядати категорію «сучасний український конституціоналізм» як органічної єдності конституційної ідеології та побудованої на ній національної конституційної теорії, вітчизняного конституційного законодавства, конституційно-правової практики в Україні щодо прав і свобод людини, розподілу влади, парламентаризму, незалежного судочинства, конституційної юстиції, місцевого самоврядування, верховенства права, а також конституції та конституційної держави в цілому» [134]. Із цього випливають завдання конституціоналізму, зокрема суддя Конституційного Суду України у

відставці М.М. Гультай називає такі основні завдання як «становлення справедливого суспільства, в якому діє принцип верховенства права, та надійне захищення конституційні права і свободи членів соціуму» [30, с. 76].

Як зазначалось, основним елементом конституціоналізму є конституція, також науковцями виділяються інші елементи. Одним із таких С.Ю. Лукаш виділяє суспільство (громадянське), його активна частина, критична маса, провідна верства, що має внутрішню потребу у свободі, справедливості, рівності всіх перед законом, врешті-решт, у пануванні права, а не сили, родового походження, грошей, зв'язків чи інших неформальних чинників. Ця провідна верства здатна захищати свої цінності, у тому числі через відповідні інституції та процедури, які в результаті такої боротьби знаходять своє втілення у формалізованій конституції [76, с. 30]. М.В. Савчин стверджує, що «сутнісним елементом конституціоналізму виступають концепції Rule of Law (верховенства права в англо-американській конституційній традиції) та Rechtsstaat (правова держава у європейській континентальній конституційній традиції), поваги людської гідності, народного суверенітету, демократії» [118, с. 68]. І.Д. Сліденко вважає «одним із ключових елементів впровадження конституціоналізму ... конституційний контроль» [129, с. 135].

На нашу думку, елементами конституціоналізму також є поділ влади, основа якого - система стримувань і противаг, де кожна з гілок влади одночасно незалежна одна від одної та має механізми взаємодії, зокрема в контексті нашого дослідження важливим елементом конституціоналізму є судова гілка влади, яка функціонує через гарантії доступу особи до справедливого і незалежного суду, здійснення судочинства на принципах демократизму, захисту прав і свобод людини та громадянина, захисту конституційних положень тощо.

Конституціоналізм має за підґрунтя формулювання ідей природного права, визнання людини реальним суб'єктом у збалансованих і загалом урівноважених взаємовідносинах з державою, обґрунтування на цій основі теорій народного суверенітету та розподілу влад [71, с. 69].

Інтелектуальною основою конституціоналізму є ідеї обмеження публічної влади та забезпечення основних прав і свобод, гарантією чого виступає судовий

конституційний контроль [118, с. 38]. Ідеологічні основи конституціоналізму становить система правових ідей, поглядів, понять, теорій, заснованих на певних наукових і політичних знаннях та уявленнях, яка має на меті вплив на формування і розвиток правової, політичної і моральної культури [77, с. 45]. Концепція конституціоналізму пов'язує панування права (правління закону) з поняттям писаної конституції, яка встановлює основні процедури, які повинні використовувати правителі і яким вони мусять підкорятися [66]. Конституціоналізм це не стільки формальна влада закону, а влада певних принципів, які узагальнено можна звести до категорії «верховенство права» [129, с. 138].

У сучасній українській науці конституційного права варто відзначити дослідження О.М. Бориславської «Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку» [19]. На думку вченої, «Конституціоналізм - це заснована на ідеології ліберального характеру політико-правова система, що є сукупністю взаємопов'язаних відносин між людиною, суспільством та державою, у яких гарантовані права людини, суспільство вільне, а державна влада обмежена конституційними засобами (широке значення). У вузькому значенні під конституціоналізмом розуміється конституційна система правління - система суб'єктів, форм, засобів і методів правління у державі, заснованих на ідеях прав і свобод людини, верховенства права, демократії та обмеженого правління. У структурному відношенні конституціоналізм охоплює ідеологію, доктрину (один із варіантів доктрини обмеженого правління) та практику (конституційну систему правління)» [19].

Сучасна парадигма розглядає особу як найвищу соціальну цінність. А.Р. Крусян зазначає, що «ідеологічні постулати і суттєві конституціоналізму зумовлюють справжню цінність людської особи, наділеної вільною свободою, яка використовує останню в організованому соціумі» [71, с. 27]. Такий підхід до конституціоналізму дає можливість дослідити дихотомію «особа – держава» на новому рівні, адже в суспільстві особа є суб'єктом конституційного процесу. Тому для особи (громадянина) важлива відповідність закону реальному стану речей та

його нагальними потребами. Тому концепція «живого права» актуальна, відносно нова та малодосліджена в науці конституційного права. Тому одним з ключових конституційних інститутів є встановлення захисту, охорони та розвитку принципів і цінностей сучасного конституціоналізму, з одного боку, і найбільш дієвим конституційним засобом вирішення соціальних протиріч і конфліктів, з іншого, – виступає судова влада і, насаперед, конституційне правосуддя.

При дослідженні феномену судового конституціоналізму досить часто використовують концепцію М. С. Бондаря [15]. В Україні її послідовником став О.І. Махніцький, який у дисертаційному дослідженні розкривав зв'язок судового конституціоналізму та судової влади. На нашу думку, в сучасних умовах інтеграції України в Європейський Союз і міжнародне співтовариство потрібно по-іншому підійти до розуміння природи судового конституціоналізму.

Нагальним для дослідження судового конституціоналізму як форми конституціоналізму є його аналіз через призму зарубіжної конституційної практики. Одна з центральних ідей концепції «живої конституції», що розвивається в рамках американського «правового реалізму», полягає в тому, що Конституція США відіграє значну роль, однак найважливіші принципи встановлені не нею, а судовими рішеннями, яким слідує протягом багатьох років [7]. Так, американський учений Рівка Вайль аналізує гібридний конституціоналізм через судовий розгляд ізраїльської справи [236]. На його думку, судовий контроль як у Канаді, так і в Сполученому Королівстві еволюціонує до де-факто «суворої форми» судового перегляду, і це не дивно у світлі процесу прийняття їх конституційних актів. Прийняття Хартії відбулося завдяки процесу народного суверенітету, а не шляхом прийняття законодавчих актів. Отже, відносно сильна демократична легітимність Хартії надає легітимності у стабільній формі судового перегляду. Функціонування судового контролю як в Канаді, так і у Великобританії є сильним судовим контролем, у тому числі й у США. На відміну від них, Ізраїль і, можливо, деякі східноєвропейські країни належать до проміжної моделі конституціоналізму, що характеризується процесом прийняття чи внесення змін до конституції. Учений наголошує, що інтерес до різноманітних форм судового контролю зростає,

особливо до альтернатив широко розповсюдженому судовому контролю у «сильній формі», що існує в Сполучених Штатах Америки. Рівка Вайль зазначає, слабкі форми судового контролю забезпечують кращий баланс між захистом індивідуальних прав і демократичним урядуванням. Саме проміжна модель забезпечує ліпший захист прав, ніж це зустрічається у традиційних формах парламентського суверенітету.

Здійснення конституційного нагляду в США Верховним судом США дало приголомшливі результати. З 1791 по 2008 роки Суд визнав неконституційними повністю або частково 162 закони Конгресу та 948 нормативних актів органів влади штатів та місцевих громад. 231 акт штатів та місцевих громад були визнані нечинними внаслідок вищої юридичної сили федерального права [249]. За два роки з 2008 по 2010 роки неконституційним був визнаний ще один акт Конгресу. У рішенні по справі «США проти Стівенса» від 20 квітня 2010 р. Верховний Суд США визнав неконституційною норму ст. 48 титула 18 Зводу законів США (закону 1999 р.), яка запровадила відповідальність за виготовлення, зберігання та продаж зображень сцен жорстокого поводження з тваринами, які викоирстовуються у міжштатній або в міжнародній торгівлі [233]. Зауважимо, що Верховний суд за 220 років переглянув 229 раніше прийнятих рішень, які втрачали своє значення у зв'язку з розвитком нових конституційних доктрин. Привертає увагу те, що не всі факти порушення Конституції розглядаються Верховним судом США, більша їх часнина залишається поза юрисдикцією судової влади. З 1988 р. коло справ, які підпадали під обов'язкову апеляційну юрисдикцію Верховного суду суттєво звузилось. У правилах Верховного суду СШАВ від 12 січня 2010 визначені дискреційні повноваження по визначенню справ, які надходять йому на розгляд (certiorari). Якщо оскаржується конституційність закону штату, то обмеженням є відсутність належного тлумачення закону з боку верховного суду штату. Як зазначав суддя Верховного суду США Джексон, що «базується на розподілі між судовими системами штатів і федерації... та обмежується усуненням помилкових рішень, а не переглядом їх обґрунтування» [212]. Саме на основі цього правила Верховний суд США відмовляв у розгляді більшості конституційних звернень до

«з'ясування» позицій судів штатів за законами чи підзаконними актами штату. Ще одним критерієм відбору судових справ є відсутність «політичних питань». Верховний суд США не приймає до розгляду ті справи, які можуть бути вирішені політичними засобами. До таких судова практика відносить питання зовнішньої політики, організації партій, проведення суду імпічменту, ведення справ з індієвськими племенами тощо. Як указував суддя Джексон, «будь-яке конституційне тлумачення має політичні наслідки» [237]. Відбір судових справ відповідає двом завданням, а саме: зменшує навантаження на Верховний суд США та дозволяє ухилитися від вирішення багатьох складних конституційних питань. Даний аналіз підтверджує обмежений характер конституційного нагляду, та водночас такі його риси, як виваженість і обережність у підходах до проблем, від розв'язання яких залежить доля країни. Верховний суд США виходить з презумпції конституційності актів федеральної влади й органів влади штатів. І тільки за наявності «грубого» порушення Конституції та неможливості усунення протиріч в законі за допомогою тлумачення його норм Верховний суд США застосовує механізм конституційного нагляду.

У Німеччині, на думку Даніеля Тіма, який досліджує діяльність і практику Федерального Конституційного Суду Німеччини, існують відмінності в роботі між першим та другим сенатами суду у підході до законодавства Європейського Союзу [194, с. 187-212]. Німецька концепція «Verfassungspatriotismus» (конституційний патріотизм) [194, с. 9-40] влучно охоплює широку функцію конституційного вирішення політичних конфліктів. Федеральний Конституційний Суд Німеччини більше не обмежується переглядом здійснення публічної влади в Німеччині на основі німецьких конституційних стандартів, а поширює свій судовий контроль - і свою судову відповідальність - на повагу основних прав Європейського Союзу німецькою владою. Іншими словами, Федеральний Конституційний Суд Німеччини нещодавно здійснив перегляд основних прав (мова йде про право особи на забуття), взявши на себе європейський мандат, який протягом десятиліть залишав за звичайними судами [177, с. 1-7].

Саме за допомогою конституційного правосуддя конституціоналізм актуалізується з урахуванням історичних умов свого розвитку, завдяки чому фактична та юридична конституції збігаються, перетворюючись у живий конституціоналізм. При цьому не варто ототожнювати поняття «жива конституція» та «живий конституціоналізм». На думку сучасного дослідника О.А. Селіванова, «доктрина «судового конституціоналізму» безпосередньо пов'язана з конституційним судовим контролем, оскільки дозволяє відображати вищі конституційні цінності у площині фактичних публічно-правових відносин, що перетворює ці цінності в якісно реальні імперативи державно-суспільного життя та водночас забезпечує перетворення конституційно-правових реалій у всіх проявах, охоплює нормативно-практичні, науково-доктринальні, світоглядні та ін. Це досягається за рахунок складної та безумовно специфічної інституціонально-юридичної природи Конституційного Суду, якому притаманні функції юрисдикційного органу судової влади, який вирішує спори про право, знімає соціальні протиріччя і конфлікти. Усе це дозволяє правильно використовувати судовий контроль у контексті обов'язку всіх органів державної влади дотримуватися Конституції України, використовувати її потенціал як фактор перетворення» [125].

Прихильником вузького розуміння судового конституціоналізму є професор І.О. Кравець, який стверджує, що судовий конституціоналізм – це сукупність рішень органів конституційного правосуддя і відображених у них правових позицій із конституційно-правових питань [64]. Відповідно до цього підходу можна виділити такі компоненти змісту судового конституціоналізму: конституційну герменевтику, конституційне судочинство як процесуальну основу формування судового конституціоналізму, правові позиції органу конституційного правосуддя як матеріальне втілення судового конституціоналізму.

Реалії судового конституціоналізму можливі за умови конституціоналізації – «процесу освоєння конституційних цінностей і норм» [145] всіх галузей законодавства і правової системи в цілому, як і конституціоналізації правозастосовної практики в усіх сферах державного, соціально-економічного,

суспільного життя. На цій основі має формуватися правопорядок, основоположними принципами й вищими цінностями якого були б конституційні принципи та ціннісні орієнтири, серед яких визначального значення набуває принцип верховенства права. Із цих позицій судовий конституціоналізм може бути представлений як політико-правовий режим судового забезпечення верховенства права і прямої дії Конституції, безумовного судово-правового гарантування конституційних цінностей на основі балансу влади і свободи, приватних і публічних інтересів, єдності соціокультурних та юридичних, нормативно-правових факторів у процесі конституціоналізації законодавства та всієї системи правопорядку в демократичній, правовій державі [15].

Особлива роль і місце в системі сучасного конституціоналізму на думку М.С. Бондаря, належить судовій владі, зокрема конституційному правосуддю, як і виконанні правоохоронних завдань (що саме по собі надзвичайно важливо), так і у здійсненні перетворювальних функцій – не тільки в правозастосовній сфері, але і в нормативно-правовій системі держави, що неминуче торкає в тому числі конституційно-правову складову державно-правового розвитку [15, с. 17]. Ми погоджуємося з даною думкою, оскільки в контексті нашого дослідження варто розглянути популярну на українській науковій ниві доктрину судового права. На думку О.В. Щербанюк, «визнання і дотримання принципу верховенства права спонукає переоцінити роль судової влади та дає підстави для формування судового права» [162, с. 159]. Як зазначається в юридичній енциклопедії, судове право – це право, яке створюється судовими прецедентами та судовою практикою [165, с. 707]. С.В. Прилуцький указує на те, що «з-поміж форм судового права виділяється судова практика, усталена судова практика (*jurisprudence constante*), судовий прецедент, правова позиція, правоположення» [99, с. 9]. На пострадянському просторі дещо недооцінюють роль прецедентного права, проте в українській науковій практиці існує таке поняття, як «усталена судова практика», одним із основних елементів якої є правові позиції Конституційного Суду України та Верховного Суду. Розглядаючи генезу концепції судового права, А.В. Лапкін виділяє три основні періоди. Перший - зародження ідеї поділу влади та концепції

незалежної судової влади у працях античних мислителів (Арістотель, Полібій). Другий обґрунтування концепції поділу влади та ідеї незалежної судової влади в працях англійських і французьких просвітників (Дж. Локк, Ш.-Л. Монтеск'є). Третій - закріплення ідеї поділу влади у конституціях країн світу (на теренах України це відбувалося у «Конституції Пилипа Орлика» 1710 р., Конституції УНР 1918 р., Конституції України 1996 р.) [73, с. 11]. Тобто розвиток судового права тісно пов'язаний як хронологічно, так і основними джерелами з розвитком конституціоналізму.

Як зазначає О.В. Щербанюк, «судове право є однією зі складових публічного права, де основним і обов'язковим його суб'єктом є судова влада» [162, с. 159]. Судова влада - одна із трьох гілок влади, та вважається, що вона виникла одночасно з державою та появою перших форм права. Наприклад, А.А. Безуглов стверджує, що «судова влада можлива й ефективна лише в контексті теорії поділу влади, яка виключає надлишкову концентрацію влади і гарантує громадянам свободу» [5, с. 6]. Судова гілка влади, зокрема орган конституційної юрисдикції, має на меті обмеження державної влади, проте не тільки виконавчої, й законодавчої, визнаючи конституційними чи неконституційними похідні від Основного Закону держави нормативно правові акти, та судову владу, даючи тлумачення норм Конституції та проголошуючи правові позиції.

У праці «Філософія права» Р. Ципеліуса розглядається питання правових норм і панівної правової моралі. У цьому контексті він зазначає, що джерелом влади є й залишається живий об'єктивний дух, а володар влади є й залишається його носієм [150, с. 41]. Тому, як зазначає М. С. Бондар, принаймні державні та муніципальні службовці, посадові особи від - міністра до мера, які покликані забезпечувати дію конституційних вимог, зобов'язані знати не тільки сам по собі лаконічний текст Конституції, а й те, як розуміються її статті, як вони можуть застосовуватися у співвідношенні з законами, підзаконними актами в нинішніх умовах. У цьому плані виникнення Конституційного суду стало вирішальним кроком до утвердження ... ідей «живої» Конституції, формування якісно нового

стану конституціоналізму, який можна визначити як «живий» (або – судовий) конституціоналізм [13, с. 178].

Справжнє, тобто живе право, зосереджене не в томах законодавчих актів, які дають лише загальне спрямування, а міститься, насамперед, у статутах підприємств, союзів підприємців, різного роду господарських договорах, угодах, що укладають між собою суб'єкт підприємницької і торгової діяльності, у колективних договорах тощо [166, с. 429]. Загалом, згідно з Юридичною енциклопедією, «живе право» - це правова доктрина, запропонована наприкінці 19 ст. Є. Ерліхом, який вважав, що позитивне право не відбиває у своєму змісті всієї багатогранності життя, воно є мертвим [166, с. 429]. Зокрема, для реального втілення в життя тексту конституції необхідне розроблення національної доктрини правової держави, її удосконалення (модернізація) з урахуванням потреб суспільства; законодавче забезпечення дії всіх, без винятку, принципів (засад) правової держави; втілення досконалої законодавчої бази у всі сфери діяльності державних органів, громадських організацій та інших суб'єктів соціуму [21, с. 136]. Тобто формалізоване прийняття конституційних норм не дає жодного позитивного результату.

«Живий, верховний закон, утілений у життя країни, не може бути конституціоналізмом, бо верховний закон або основний закон – це сама конституція, а не процес її реалізації» [10, с. 165]. Отже, варто відійти від формального визначення конституціоналізму, адже, хоча Основний Закон держави і є стрижнем конституціоналізму, проте не є механізмом утілення його положень у суспільно-політичну систему. Проте, як стверджує А.О. Селіванов, «життя суспільства не може будуватися лише на ідеалах, тому в теорії конституційного права кожна інтеграційна ідея має орієнтуватися на «живу» (реальну) конституцію, створювати «живий конституціоналізм» [123, с. 117]. І.О. Кравець у монографічному дослідженні під судовим конституціоналізмом розуміє «сукупність рішень органів конституційного правосуддя і відображених у них правових позицій з конституційно-правових питань» [64, с. 9]. В. Скомороха вказує на те, що «судовий конституціоналізм починається насамперед із сутнісних

характеристик конституції та призначення конституційної юстиції» [126, с. 40]. Тобто судовий конституціоналізм – це політико-правовий режим судового забезпечення верховенства права та верховенства Конституції, через тлумачення норм Конституції, її практичної реалізації судовими органами та відповідності Конституції.

Судовий конституціоналізм ми розглядаємо як політико-правовий режим забезпечення верховенства права та прямої дії Конституції України, судово-правового гарантування конституційних цінностей, що здійснюється на засадах конституціоналізму, зокрема балансу публічних і приватних інтересів, поєднання влади та свободи.

А. Дайсі ще в ХІХ ст. Зазначав, що істотною, але не єдиною частиною права є численні судові рішення, які визначають права приватних осіб в окремих випадках» [165, с. 341]. Тобто за допомогою конституційного правосуддя досягається верховенство права та встановлюється режим судового конституціоналізму який забезпечує підпорядкування позитивного права непозитивному, тобто природному.

На думку С.В. Різника, «в українській академічній юриспруденції існує два основні підходи до початкової генези судового конституційного контролю нормативних актів, які пов'язують з : 1) ідеями французького правника Е.-Ж. Сієса, який у 1795 році запропонував утворити спеціальний орган – конституційне журі з повноваженням скасовувати акти парламенту, які суперечили Конституції Франції; 2) ідеями американських «батьків-засновників», ефективно втілених у судову практику Джоном Маршаллом у класичній справі «Мербері проти Медісона» 1803 року» [107, с. 52].

Тому судовий конституційний контроль, який здійснюється Конституційним Судом України, повинен стати новатором основних засад судового конституціоналізму. Які ж суттєві характеристики судового конституціоналізму? Насамперед, це конституціоналізація правової системи, всіх сфер суспільства, держави, системний характер. Саме на конституційних цінностях повинен будуватися конституційний правопорядок. По-друге, це судовий контроль, який

полягає у створенні судових конституційних механізмів щодо тлумачення конституції у випадку її неоднакового застосування, це заходи, спрямовані на забезпечення єдності судової практики. По-третє, судовий конституціоналізм передбачає можливість прямого звернення до суду та захисту його конституційних прав на основі прямої дії конституції (правовідновлювальний аспект). По-четверте, саме людина, громадянин як носій природних і невідчужуваних прав і свобод є суб'єктом процесу перевірки норм законів на предмет їх конституційності за допомогою конституційної скарги.

Отже, судовий конституціоналізм є формою конституціоналізму, тому виходячи з вищезазначеного, зазначимо, що судовий конституціоналізм має мати таку мету, як судове забезпечення – обмеження державної влади, гарантування прав і забезпечення свобод людини, забезпечення стабільності та динамізму суспільного розвитку, подоланні конфліктогенності у міждержавних і внутрідержавних відносинах, а також забезпечення нормального функціонування суспільства та держави.

Судовий конституціоналізм має рівні, які умовно можна поділити на такі: 1) сукупність певних доктрин, концепцій та теорій про судове забезпечення конституції; 2) політико-правова практика втілення цих ідей; 3) конституційно-процесуальні засади регулювання сукупності явищ і процесів, які впливають із даних відносин.

При цьому складовими судового конституціоналізму є інтерпретаційна основа, що розглядається через призму конституційної герменевтики; процесуальна основа, яка розглядається через призму конституційного судочинства, належної судової процедури; нормативна основа, яка розглядається через правові (юридичні) позиції органу конституційної юрисдикції, - які детальніше розглядаються в наступних розділах дисертації.

Висновки до розділу I

За результатами дослідження теоретико-методологічних засад судового конституціоналізму, ми зробили такі висновки:

1. Досліджуючи еволюцію поняття судового конституціоналізму, ми дійшли висновку, що це багатогранне, складене явище суспільно-політичного життя держави, яке проявляється через становлення, розвиток таких понять: конституція, правосвідомість суспільства, правова освіта, справедливий суд, непорушність законів, недоторканість конституції, наявність гарантів конституції, здійснення судочинства за участі громадян (наприклад, суд присяжних), відповідальність і підзвітність суддів перед народом, наявність негативного законодавця, писані закони, відкритий доступ до правосуддя, неписана справедливість, судове право, обмежене правління, конституціоналізм, верховенство права, становлення державного ладу, міське право, народний суверенітет, рівність усіх перед законом, органи конституційного контролю, поділ влади на три гілки, правова держава, демократична держава, громадянське суспільство тощо. Політико-правовий розвиток дав можливість простежити еволюцію становлення конституцій, захист їх за допомогою судових органів, судове забезпечення та гарантування дотримання прав і свобод людини та громадянина, дотримання конституційних цінностей, публічних інтересів тощо. Судовий конституціоналізм разом з генезою конституціоналізму й утвердженням конституцій має певну історію. Дослідження дало нам можливість виділити такі етапи становлення та розвитку судового конституціоналізму: 1) етап додержавного (доцивілізаційного) судового конституціоналізму; 2) період Античності; 3) етап Римського права в формуванні судового конституціоналізму; 4) етап судового конституціоналізму в міському праві; 5) етап створення перших органів конституційного контролю в сучасному його розумінні. Основними етапами становлення судового конституціоналізму в Україні є: 1) утвердження засад судового конституціоналізму в Конституції Пилипа Орлика 1710 року; 2) існування державного утворення Українська Народна Республіка; 3) «радянський» період; 4) етап конституційного транзиту від формального до реального судового конституціоналізму (від радянської політичної системи до політичної системи сучасного європейського типу).

2. Методологія дослідження судового конституціоналізму є комплексною (широкою), полісистемною. Це система взаємозумовлених філософсько-світоглядних принципів, загальнонаукових і спеціальних галузевих методів пізнання. Судовий конституціоналізм варто розглядати як сукупність принципів, механізмів впровадження та їх дія, інституціоналізація даних механізмів, задля досягнення мети – судового забезпечення верховенства права. Запропоновано виділити два рівні наукового пізнання судового конституціоналізму: теоретичний та емпіричний (прикладний). Досліджуючи судовий конституціоналізм як режим забезпечення верховенства права, ми використовували методологічний підхід, виходячи із того, що судовий конституціоналізм вважається режимом судового забезпечення верховенства права судами України та Конституційним Судом України. Тобто при дослідженні даного явища варто враховувати інституційні ознаки судової системи, особистісний склад суду з його особливостями, ставлення громадян до судової влади загалом, стримування та противаги трьох гілок влади та становище органу конституційної юстиції тощо. Основою дослідження судового конституціоналізму є насамперед діалектичний, історичний підходи, метафізичний метод, системний метод, синергетичний підхід, нормативіський підхід, герменевтичний підхід, принцип антропоморфізму. Методологічні засади судового конституціоналізму складають основу Конституції України та конституційного призначення судової влади, конституційного судочинства в умовах утвердження верховенства права.

3. З'ясовано, що судовий конституціоналізм є формою конституціоналізму, тому, виходячи з вищезазначеного, зазначимо, що судовий конституціоналізм має мати таку мету як судове забезпечення – обмеження державної влади, гарантування прав і забезпечення свобод людини, забезпечення стабільності та динамізму суспільного розвитку, подоланні конфліктогенності у міждержавних і внутрідержавних відносинах, а також забезпечення нормального функціонування суспільства та держави. Судовий конституціоналізм має рівні, які умовно можна поділити на такі: 1) сукупність певних доктрин, концепцій та теорій про судове забезпечення конституції; 2) політико-правова практика втілення цих

ідей; 3) конституційно-процесуальні засади регулювання сукупності явищ і процесів, які впливають із даних відносин. Доведено, що важливе значення для подолання розриву між юридичним змістом і фактичною реалізацією конституції має конституційне судочинство, завдяки чому конституціоналізм перетворюється в судовий конституціоналізм. Однак лише наявність конституційного суду ще не підтверджує існування в країні судового конституціоналізму, оскільки для цього потрібна низка умов. Історія розвитку конституційних судів це підтверджує (варто згадати сумнівні рішення Конституційного Суду РФ про невиконання рішень Європейського суду з прав людини та ін.). Судовому конституціоналізму властиві такі ознаки: конституціоналізація правової системи; судовий контроль; заходи, спрямовані на забезпечення єдності судової практики; можливість прямого звернення до суду та захисту його конституційних прав на основі прямої дії конституції; саме людина як носій прав і свобод є суб'єктом процесу перевірки норм законів на предмет їх конституційності за допомогою конституційної скарги.

РОЗДІЛ 2. ІНТЕРПРЕТАЦІЙНА, ПРОЦЕСУАЛЬНА ТА НОРМАТИВНА ОСНОВА СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ

2.1. Конституційна герменевтика як інтерпретаційна основа судового конституціоналізму

У даному підрозділі ми розглянемо конституційну герменевтику як інтерпретаційну основу формування судового конституціоналізму. Жодна проблема не породжує більше дискусій серед учених-конституціоналістів, ніж конституційне тлумачення. Конституційна практика містить складні справи та випадки, коли розв'язати проблемну ситуацію недостатньо винятково за допомогою старих аргументів. Основною тенденцією при здійсненні

конституційного тлумачення в сучасних умовах є використання практики Європейського Суду з прав людини та посилання на рішення конституційних судів зарубіжних держав. Це результат глобалізації, практики сучасного конституціоналізму та діалогу між суддями конституційних судів у світі. Таке конституційне поєднання практик є не тільки інструментом для поліпшення судових рішень, але й для побудови «глобальної правової системи». Глобалізація конституційного закону означає, що конституціоналізм більше не є привілеєм національної держави, а світовою концепцією та стандартом. Використання міжнародного права в конституційній інтерпретації є лише одним із прикладів міграції конституційних ідей через правові системи, що також передбачає використання іноземних конституцій як моделей у процесі прийняття конституції.

Серед українських учених-конституціоналістів проблеми тлумачення конституційних норм були предметом дослідження О.В. Петришина, І.Л. Самсіна, А.О. Селіванова, І.Д. Сліденка, Ю.М. Тодики, С.В. Шевчука, О.В. Щербанюк та інших. Досить ґрунтовно питання конституційного тлумачення розроблено в американській, іспанській та німецькій науці права. У сучасних умовах глобалізації українська наука та практика повинні вивчати та застосовувати світові практики конституційного тлумачення, що зумовлює важливість нашого дослідження.

Як зазначає засновник сучасної герменевтики Ф. Шлеєрмахер, «герменевтика, якщо враховувати відому етимологію, є науковим терміном зі строго зафіксованим значенням: а) мистецтво правильно викладати свої думки; б) мистецтво правильно переказувати чужу промову третім особам; в) мистецтво правильно розуміти чужу промову. Наукове розуміння співвідноситься з третім визначенням, яке виступає посередником між першим і третім» [158, с. 41]. Тобто основою даного визначення є не лише розуміння тексту чи промови, але й можливість передати суть почутого без зміни та підміни понять.

Інтерпретаційною основою формування конституційного судочинства в Україні є конституційна герменевтика, виходячи з того, що: конституційна герменевтика є спеціальною частиною юридичної герменевтики, яку ми розглядаємо через призму конституційного судочинства, що здійснюється єдиним

органом конституційної юрисдикції - Конституційним Судом України; конституційну герменевтику ми розглядаємо як процес інтерпретації норм Основного Закону відповідно до «духу» та «букви» Основного Закону та підтримуємо І.А. Кравця в тому, що він ототожнює поняття «конституційна герменевтика», «конституційна інтерпретація», «тлумачення конституції» [65, с. 266]. З позиції конституційного судочинства конституційна герменевтика - це не тільки процес інтерпретації Основного Закону, але і результат інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України, що виражається в актах Суду, який містить нормативне тлумачення Конституції України відповідно до положень останньої та суспільно-політичного й економічного стану.

Як стверджує І.А. Кравець, «конституційне тлумачення – особливий випадок юридичної герменевтики, який застосовується по відношенню до писаної конституції або конституційних законах» [65, с. 268].

У вузькому розумінні конституційна герменевтика в контексті конституційного судочинства - це відображення в актах єдиного органу конституційної юрисдикції, в тому числі у правових позиціях, «духу» Конституції відповідно до «букви» Конституції на основі науково-практичного праворозуміння та суспільної необхідності. Тобто, по суті, поняття конституційної герменевтики можна віднести інтерпретаційну діяльність органу конституційної юрисдикції, адже для здійснення інтерпретації конституційної норми судді первинне значення конституційної норми, розкрити сенс і зміст діючого конституційного положення (політико-правовий та економічний стан суспільства на момент затвердження даної норми) необхідно дослідити сучасний політико-економічний стан, сучасні наукові доктрини, стан практичного забезпечення проблематики, також потрібно враховувати особисте ставлення судді, його морально-етичний чинник і рівень професійної етики судді тощо. Тобто при здійсненні такої інтерпретаційної діяльності на Суд впливає багато факторів, які є визначальними.

Судовий конституціоналізм належить розглядати як особливий політико-правовий режим забезпечення верховенства права, верховенства та прямої дії Конституції, який забезпечується через реалізацію права людини на справедливий

суд. Зокрема, прав на справедливий суд унормовується статтею 6 «Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини» [56] (далі по тексту Конвенція), яка ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» [101], – «кожен має право на справедливий суд». З даного приводу в Посібнику зі статті 6 Конвенції Право на справедливий суд (Цивільна частина) зазначається, що «основною метою Конвенції є визначення суспільних проблем, які представляють загальний інтерес, у такий спосіб, підвищуючи загальні стандарти захисту прав людини і поширюючи судову практику із захисту прав людини у спільноті держав-учасниць Конвенції» [97]. Тобто судові рішення не просто формально вирішують справи, ставлячи, так би мовити остаточну «крапку» у вирішенні лише конкретного спору, але і для того, щоб вдосконалювати норми Конвенції та національного законодавства (адже Європейський суд з прав людини приймає рішення, виходячи з норм національного законодавства держави).

Як зазначає А.О. Селіванов, у конкретних правовідносинах, коли йдеться про акти самого законодавця, Президента України, Уряду, які заторкують права і свободи громадянина й особи, виникає пряма потреба не тільки тлумачити, але й оцінювати їх на предмет відповідності Конституції України, загальновизнаним нормам міжнародного права, які мають пріоритет над вказаними актами. У такий спосіб тільки Конституційний Суд виступає носієм повноважень, що дають йому право застосовувати цінності суспільства, тобто здійснювати правосуддя з позицій верховенства права відносно актів (дій чи бездіяльності) вищих органів державної влади та посадових осіб [122, с. 21].

Із утворенням Конституційного Суду України можна говорити про початок формування судового конституціоналізму в Україні. Раніше статтею 1 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 № 422/96-ВР, - Конституційний Суд України визначався як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні, а після проведення конституційної реформи в частині правосуддя функція тлумачення законів України передана Верховному Суду. Свої правові позиції при вирішенні справ Конституційний Суд України зазначає в

рішеннях і висновках. Отже, Конституційний Суд України, висловивши свою позицію, дотримується її і в наступних рішеннях, тобто формується усталена судова практика Конституційного Суду України.

Рішення та висновки Конституційного Суду України містять чотири основних частини: вступну, описову, мотивувальну та резолютивну. Виходячи із вищезазначеного, ми вважаємо, що процес інтерпретаційної діяльності описується в описовій (в рішенні вказується перелік учасників судового засідання; зміст конституційного подання; повну назву, дату прийняття, порядковий номер, яким органом, посадовою особою прийнято правовий акт, конституційність якого розглядається; положення Конституції України, якими керувався Конституційний Суд України при прийнятті рішення, дачі висновку) та мотивувальній частині рішення, де дає оцінку доказам у конституційному провадженні, результат такої інтерпретаційної діяльності міститься в резолютивній та мотивувальній (висловлюючи правові позиції Конституційного Суду України) частині акта Суду.

Ми погоджуємось із думкою І.О. Кравця, що «офіційне нормативне тлумачення Конституції передбачає інтерпретацію тільки конституційних норм, коли у суб'єктів права виникло неоднакове їх розуміння, і тому існує невизначеність в питанні застосування конституційних положень» [65, с. 271].

Враховуючи вищезазначене, вдалим є вислів Жана Карбоньє: «Суддя – не єдиний інтерпретатор закону..., та лише суддя може надати тлумаченню обов'язкової сили» [133]. Глобалізація зумовила появу глобальних моделей конституційного тлумачення. Так, Б.В. Мурілл виділив такі сучасні моделі конституційного тлумачення [180]. По-перше, текстуалізм – це спосіб інтерпретації, який фокусується на простому значенні тексту юридичного документа. Текстуалізм, як правило, підкреслює, якими були умови прийняття Конституції [241]. По-друге, оригінальний зміст. Якщо текстологічні підходи до конституційного тлумачення зосереджуються винятково на тексті документа, оригіналістичні підходи розглядають, як розуміється конституція принаймні певним сегментом населення на момент її прийняття. Оригіналісти вважають, що з часом текст конституції необхідно тлумачити, що є основним завданням суддів.

По-третє, судовий прецедент, який передбачає застосування судових рішень до подібних фактів. По-четверте, прагматизм. Даний підхід передбачає зіставлення практичних наслідків одного тлумачення Конституції проти інших тлумачень. По-п'яте, моральне обґрунтування. Відповідно до цього підходу, певні моральні концепції чи ідеали складають основу деяких термінів у тексті Конституції (наприклад, «рівний захист» або «належна судова процедура»). По-шосте, національна ідентичність. Судові тлумачення можуть базуватись на концепції національної ідентичності, яка враховує цінності народу та національні конституційні традиції. По-сьоме, структуралізм. Цей спосіб конституційного тлумачення визначається побудовою Конституції: відносинами між трьома гілками влади; відносинами між центром і регіонами; відносинами між владою та народом. По-восьме, історичний спосіб. Попередні рішення політичних гілок влади, історичні практики є важливим джерелом конституційного значення. Суди застосовують цей спосіб у випадках, пов'язаних із питаннями про поділ влади, права людини, особливо коли конституційний текст не містить чіткої відповіді.

Традиційно вважають, що коли судді вирішують справи, вони вдаються до тлумачення, яке розуміється як використання сукупності правил або прийомів, які застосовуються суддями для визначення значення слова, пункту чи норми шляхом вибору між альтернативними моделями або способами тлумаченнями. В огляді теорій конституційної інтерпретації, підготовленій службою Конгресу США, основним напрямком є оригіналізм - широкий спектр концепцій, спрямованих на з'ясування справжнього розуміння, значення Конституції чи намірів її «батьків-засновників». Оригіналісти стверджують, що значення конституційного тексту фіксоване, і він повинен зобов'язувати конституційних суб'єктів. Прихильники «живого конституціоналізму» стверджують, що конституційне право може і повинно розвиватися як реакція на змінні обставини та цінності. Незважаючи на важливість дискусій між оригіналістами та представниками «живого конституціоналізму», обговорення двох підходів часто суперечливі, основні питання підміняються розбіжностями та плутаниною щодо термінів і понять, які структурують дискусію. З одного боку, термін «оригіналізм» та словосполучення

«живий конституціоналізм» уживаються по-різному різними вченими. Коли концепція «живий конституціоналізм» використовується вченими як назва конституційної теорії, її належить використовувати для посилання на неоригіналістські конституційні теорії, на думку яких, конституційна практика може і повинна змінюватися як реакція на суспільно-політичні зміни та перегляд цінностей у суспільстві та державі [246]. Однією з найбільших проблем є тенденція ототожнення «оригіналізму» з ідеєю, що конституційна доктрина повинна бути статичною, а «живий конституціоналізм» з протилежним уявленням про те, що конституційне право динамічне. На нашу думку, перша основна відмінність полягає між юридичним змістом і комунікативним змістом, а друга - в тому, що це діяльність, яка розкриває мовне (сутнісне) значення конституційного тексту (тлумачення) та діяльність, що визначає юридичну силу [221].

В.І. Лафітський скласифікував теорії конституційної інтерпретації США як «механічне» та «конструктивне» тлумачення. При «механістичному» підході до тлумачення на перше місце виходять проблеми з'ясування істинних намірів батьків-засновників і побудови юридичних конструкцій, які жорстко пов'язані з «буквою» Конституції. При «конструктивному» тлумаченні «буква» Конституції є лише відправною точкою для наступних логічних побудов. «Конструктивне» тлумачення пережило дві хвили. Перша була пов'язана з позитивістським, друга – соціологічним підходом до права [74, с.101-102]. У країнах «загального права», в яких діють писані конституції, і в доктрині, і в судовій практиці концепція тлумачення конституції набула розвитку як у рамках аналітичного позитивізму, так і соціологічної юриспруденції. Аналітичний позитивізм отримав назву оригіналізму, соціологічна юриспруденція запропонувала новий погляд на конституцію (радикальний ноноригіналізм), у результаті якого з'явилась «жива конституція».

На думку С.В. Пушкарева, необхідно розрізняти принципи тлумачення, які стосуються аналізу тексту, та принципи, які виходять з того, яким має бути текст [103]. На основі аналізу суддівських думок, з чого потрібно виходити при тлумаченні конституції, можна виділити п'ять основних положень: текст

конституції, наміри засновників, мету, яку мали засновники при прийнятті конкретного положення, прецедентне право, ціннісні уявлення про справедливість та соціальну політику.

Концептуальні підходи до інтерпретації Конституції в *Oxford companion to the Supreme Court of the United States* називаються «модальностями конституційної аргументації» [227]. У конституційному праві США виділяють шість видів джерел, які застосовуються для тлумачення американської Конституції: текст і структура Конституції США 1787 р.; наміри суб'єктів, які розробляли проект Конституції, голосували за її прийняття на Філадельфійському конвенті (25 травня – 17 вересня 1787 р.) чи ратифікації у штатах; судові прецеденти; соціальні, політичні та економічні наслідки альтернативних інтерпретацій Конституції; природно-правова доктрина.

У контексті романо-германської правової сім'ї на початку XIX століття Фрідріхом Карлом фон Савіньї розроблена теорія юридичної інтерпретації, яка передбачає певний алгоритм, який охоплює чотири послідовні стадії тлумачення: дослівне тлумачення; систематичне, або контекстуальне тлумачення; історичне тлумачення («воля законодавця»); телеологічне тлумачення («мета чи дух закону»). На початку 1950-х років був створений Федеральний Конституційний суд Німеччини, який став важливим джерелом міграції конституційних ідей для інших нових конституційних держав Східної Європи, і України, зокрема. Конституційне законодавство ФРН після Другої світової війни було створено під впливом американського конституціоналізму. Те саме можна сказати і про акти Німецького федерального конституційного суду: були прийняті важливі рішення на самому початку діяльності, на які вплинули рішення Верховного Суду США. Американське конституційне мислення вплинуло на різних суддів конституційного суду, таких як Герхард Лейбхолц, Конрад Гессе, Дітер Грімм, Вофганг Гофман-Рім і Брун-Отто Брайд. Існує важлива відмінність між німецьким та американським правом, що полегшує використання норм міжнародного права в Німеччині. Згідно зі статтею 25 Основного закону Німеччини (*Grundgesetz*), «загальновизнані норми міжнародного публічного права є цілісною частиною федерального права», і вони

мають пріоритет перед національним законодавством. У спірних випадках Федеральний конституційний суд має право тлумачити ці правила. Стаття 100 (2) вимагає, щоб будь-який суд отримував рішення від Федерального конституційного суду, коли в ході звичайних судових процесів його судді сумніваються в тому, що загальне правило міжнародного права є частиною федерального закону чи воно безпосередньо створює права та обов'язки для фізичних осіб. У 1982 р., наприклад, Суд додав ще один критерій розгляду справ, коли обвинуваченого засуджують за його відсутності, тобто мінімальну процесуальну вимогу міжнародного публічного права. Суд зробив посилання на рішення трьох європейських країн і зауважив, що застосування таких стандартів виправдане [182].

У деяких інших випадках, коли Суд тлумачив процедурні гарантії, які не прописані в Основному законі (приклад: презумпція невинуватості), - це право виводилося з верховенства закону. Оскільки презумпція не мала текстової основи в національній конституції, Суд у своїх рішеннях цитував позиції Європейського суду з прав людини та прецедентну практику Європейського суду з прав людини [181]. Окрім цього, Федеральним Конституційним Судом Німеччини широко використовуються позиції вчених. Так, ґрунтуючись на юридичному висновку, підготовленому Інститутом Макса-Планка з міжнародного публічного права в Гейдельберзі, визнав, що судовий розгляд і засудження не порушують загального правила міжнародного права з порушенням статті 25 [184]. Першим рішенням із посиланням на зарубіжну судову практику Федеральним Конституційним Судом Німеччини було розв'язання справи щодо заборони діяльності Західнонімецької комуністичної партії. Однією з провідних справ про свободу вираження поглядів та одним із найважливіших рішень Суду є *Luth* від 1958 р.р. [183], в якій Федеральний Конституційний Суд Німеччини цитує як Французьку декларацію прав людини, так і суддю Верховного суду США Кардозо англійською мовою про «матрицю неодмінної умови будь-якої іншої форми свободи».

При цьому уважимо, що Федеральний Конституційний Суд Німеччини використовує зарубіжну конституційну практику при реалізації своєї компетенції. На думку Крістофера Мак-Круддена, факторами, які переконують суддів

використовувати в роботі практику зарубіжних конституційних судів, є такі: тип політичного режиму; аудиторія; існування спільних альянсів; заповнення вакууму тимчасової відсутності правової норми; сприйняття природи конституції як трансформаційної чи консервативної; теорії права та юридичного взаємозв'язку; емпіричний факт міжнародного права; судова компетенція судів зарубіжних країн; відмінності в конституційній структурі [223, с. 499-532]. Але найважливішим критерієм, спільним для всіх цих факторів, є пошук переконливих засобів в інших національних системах, які б допомагали розв'язувати подібні конституційні проблеми через тлумачення.

Дискурс про перевагу американського стилю став домінуючою формою політичного дискурсу в Канаді, Новій Зеландії, Південній Африці та Ізраїлі ... що супроводжувалося і підкріплювалося майже однозначним схваленням поняття конституціоналізму й аналізу судової практики науковцями. В Іспанії Конституційний суд відповідно до закону визначається «верховним тлумачем Конституції». При цьому судді проявляють вірність конституції шляхом застосування методів пошуку конституційного значення, духу, а не критикою інституційної структури. Дж. Рубенфельд з цього приводу зазначає: «не досліджуйте легітимність; залиште це політикам і політичним теоретикам. Усе, що конституційний суддя повинен знати, - це як тлумачити закон» [216, с. 194-234].

У сучасній науці конституційного права існує два основних теоретичних напрямки, зокрема оригіналізм та нетекстуалізм. Це теорії інтерпретації, хоча і відмінностей між ними не так багато. Мартін Редиш і Метью Б. Арноулд запропонували нову модель конституційного тлумачення - «контрольований активізм», що характеризується фундаментальним дотриманням зовнішніх контурів тексту Конституції та використанням сучасної семантики для тлумачення тексту. Традиційно оригіналізм асоціюється з конституційною доктриною та юрисдикцією, присвяченим політичним категоріям. Однак останнім часом так звані прогресивні конституційні теоретики прагнули зафіксувати поверхневу легітимність, задуману для переробки прихильності до оригінального сенсу, розвиваючи власну форму оригіналізму. На їх думку, Суд повинен

використовувати процес конституційної «побудови», внаслідок чого він прагне встановити основні цілі відповідного конституційного положення, а потім екстраполювати його, щоб застосувати його до сучасної ситуації. Однак ні оригіналізм, ні нетекстуалізм не передбачає принципового методу конституційного тлумачення, узгодженого з контурами національної версії конституційної демократії.

Контрольована активістська модель відкрито визнає доцільність нормативного тлумачення як важливого елемента судового контролю, стриманого зовнішніми лінгвістичними межами. Контрольований активізм намагається уникнути найбільш значного практичного недоліку оригіналістичної та нетекстуалістичної парадигм - стратегічного, визначального для маніпуляцій результату.

При цьому зазначимо, що розрізняють два аспекти конституційної практики: конституційне тлумачення та конституційна конструкція. Відповідно до цієї дихотомії існує два різні способи у процесі розуміння та застосування юридичного тексту. Перший – інтерпретація, коли інтерпретуємо юридичний текст, ми шукаємо його мовне значення. Другий – конструювання. Розробляючи конституційне положення, ми визначаємо юридичну силу тексту: іншими словами, конструкція дає можливість застосовувати текст. Оригіналісти, які підтримують цю дихотомію, вважають, що досить часто існує необхідність доповнити оригінальний аналіз смислу (тлумачення) ширшим розсудом застосування інтерпретації, «оскільки Конституція містить положення, які є абстрактними та розпливчастими». Засобом стримування сучасного судового контролю є обмеження інтерпретаційних варіантів, відкритих для сучасних суддів під час формування та ратифікації відповідного конституційного положення. При цьому прогресивний оригіналізм узгоджується з поняттями еволюційного конституціоналізму.

Нетекстуціоналізм є протилежним способом в інтерпретаційному спектрі, відповідно до якого текст конституції не повинен обмежувати суддів при здійсненні повноважень у сфері судового нагляду. Теорія нетекстуалізму - це широкий спектр інтерпретаційної філософії та обґрунтування. Однак у своїй основі

нетекстуалізм є або формою лінгвістичної деконструкції - те, що ми називаємо «мовний хаос», або поняття про «неписану» конституцію, засновану на фундаментальних моральних передумовах, виведених з тієї чи іншої форми природного права. Р. Дворкін вважає, що судді повинні розробити теорію, яка дозволить їм визначати правила, принципи, політику та застосовувати їх способами, стандарти яких оптимально відображають юридичну практику.

Чому судді? Що робить суди форумом принципів та ідеальною ареною тлумачення права? Один зі способів оцінювання цих питань полягає в дослідженні зображеного Р. Дворкіним того, що він називає мажоритарною передумовою та її відхилення через контраст із його власним поглядом, конституційною концепцією демократії (*constitutional conception of democracy* - CCD). Мажоритарна передумова - це теза про справедливі результати політичного процесу, тобто політичні процедури повинні бути розроблені, щоб принаймні рішення, яке приймається з важливих питань, було рішенням, підтриманим більшістю громадян. Відповідно до конституційної концепції демократії, визначальна мета демократії є іншою: важливо, щоб колективні рішення приймалися політичними інститутами, структура, склад та практика яких стосувалися всіх членів громади як окремих людей з однаковою гідністю та повагою. Демократія - це влада, що підпадає під умови рівного статусу та турботи про всіх громадян, тому коли мажоритарні інституції дотримуються цих обмежень, люди мають вагомні підстави приймати та виконувати свої рішення. Однак інструментально, коли ці інституції є дефектними, або коли не виконуються демократичні умови, «в ім'я демократії» не може бути заперечень проти інших процедур, які ліпше захищають і поважають їх.

Протилежною позицією є нормативне обґрунтування Алона Харела. А. Харел розробив нормативний захист привілейованої ролі суду в конституційному тлумаченні. За його твердженням, «судовий контроль має на меті забезпечити особі право на звернення або право подати скаргу». Судовий контроль необхідний, оскільки він надає людям можливості оскаржувати рішення, які порушують (або, можливо, накладають на них) їх права, брати участь в обґрунтованому обговоренні цих рішень. Обґрунтування судового контролю базується на процесуальних

особливостях, які є істотними характеристиками судових установ та в основному обов'язку держави гарантувати особі право на судовий захист, на звернення з конституційною скаргою, на правничу допомогу. Верховний суд США, як і суди штатів, прагнуть не вступати в конфлікти з «політичними» органами влади, тому намагаються зняти протиріччя за допомогою гнучного тлумачення конституції та актів законодавства. При цьому існує правило, що при тлумаченні Конституції необхідно проявляти належну повагу до того, що законодавча влада розуміє конституційне положення, особливо в тих випадках, коли це формулювання, що практично одночасно з самим положенням і, якщо можна припустити, що воно зазнало впливу тих же політичних поглядів, які панували серед авторів положення, що оспорується. Якщо тлумачення, дане законодавчою владою, підтверджено багаторічною практикою дотримання виконавчою владою й адміністративними органами, воно визнається як основа судового тлумачення. Але якщо це джерело є непридатне, якщо законодавство неодноманітне, якщо не було вказаного підтвердження, чи його неодноразово ставили під сумнів суди [74, с. 306].

Як указує Л.Г. Берлявський, теорії конституційної інтерпретації є дослідницькими програмами у сфері вивчення конституційного права США. Під науковою або дослідницькою програмою розуміється інтелектуальна конструкція, яка передбачає не тільки предмет дослідження, але й пов'язані з ним підходи до розробки методів і принципів його пізнання, передумови побудови теорії предмета, перспективи його розвитку [6].

Норми конституції у процесі реалізації адаптовуються шляхом тлумачення до конкретних правовідносин на основі принципу верховенства конституції. Так з'являється модель живої конституції. У зв'язку з цим особливе значення для нашої країни має позитивний досвід держав, які розвинули еволюційні концепції конституційної інтерпретації. Актуальність їх вивчення пов'язана з резонансом у суспільстві, зокрема, у США, де в грудні Верховний суд розглянув справу про конституційність Акта про доступність медичної допомоги, ініційованого Б. Обамою. У Чехії Конституційний суд у 90-ті роки у своїх рішеннях спирався на «основи соціалізму та відповідно до прикладів в Хартії-77». Хартія-77 - це

опозиційний рух за права людини в Чехословаччині в 70-80-х роках ХХ ст., виникнення якого пов'язано з ратифікацією ЧССР міжнародно-правових актів ООН про права людини. Саме діяльність Хартії-77 підготувала «оксамитову» революцію 1989 р.

Унікальним досягненням з погляду конституційного дизайну та способом конституційного тлумачення протягом останніх семи десятиліть є досвід Індії. Прийняття Конституції Індії 26 січня 1960 р. в було амбітним політичним експериментом у соціально нерівному суспільстві. У перші роки Верховний Суд прийняв текстологічний підхід, акцентуючи увагу на простому значенні слів, що вживаються в Конституції. Рішення *А.К. Гопалан проти штату Мадрас (1950)* було одним із ранніх рішень, у яких Суд був покликаний розтлумачити основні права відповідно до частини III Конституції. Лідер Комуністичної партії Індії стверджував, що законодавство про запобіжні заходи тримання під вартою не відповідає статтям 19 (право на свободу), 21 (право на життя) та 22 (захист від свавільного арешту та тримання під вартою). Верховний Суд вирішив, що кожна з цих статей охоплює зовсім іншу тему, і їх слід читати як окремі статті, а не в сукупності. Серед найбільш суперечливих питань конституційного закону Індії було те, чи є певні обмеження в повноваженнях парламенту вносити зміни до Конституції, особливо щодо основних прав. У свої перші роки Суд тлумачив Конституцію буквально, роблячи висновок про відсутність таких обмежень. На другому етапі Верховний Суд почав вивчати інші методи тлумачення. Звернення до тексту Конституції Індії поступово були замінені апелюванням до структури, побудови Конституції. У справі *Кесавананда Бхараті проти штату Керала (1973 р.)* Суд дійшов висновку, що повноваження парламенту щодо внесення змін до Конституції не поширюються на зміну його «базової структури» - відкритого каталогу ознак, що знаходяться в межах виняткового контролю Суду. Коли Парламент намагався скасувати це рішення шляхом внесення змін до Конституції ще раз, Суд, базуючись на структуралістичному обґрунтуванні, рішуче відхилив цю спробу.

Отже, кожна концепція конституційного тлумачення базується на певному типі праворозуміння. Як зазначав Ф. Хаєк, «Конституція містить у собі певну державно-правову ідеологію, тобто систему поглядів на світ, суспільство, гідність людини, національну безпеку» [211]. Без таких світоглядних орієнтирів, понять, критеріїв суддям Конституційного Суду було б неможливо оцінити значення та правомірність конституційних положень, а також конституційність нормативних актів. Законодавство не визначає, якими правозастосовними критеріями (системою правил правотворчості та тлумачення права) повинні керуватись судді у процесі конституційного тлумачення.

Конституційне будівництво в Україні, спрямоване на формування національної моделі конституціоналізму, неможливе без ефективної діяльності Конституційного Суду України, який здійснює офіційне тлумачення Конституції України. Виняткова прерогатива Конституційного Суду України - з'ясувати дух і букву закону закріплена саме в Конституції України. Відповідно до п.2 ч. 1 ст. 150 Конституції України, до повноважень Конституційного Суду України належить офіційне тлумачення Конституції України [58]. Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України», у конституційному поданні щодо офіційного тлумачення Конституції України зазначаються конкретні положення Конституції України, які потребують офіційного тлумачення, та обґрунтування підстав, які спричинили потребу в тлумаченні (ч. 4 ст. 51) [43].

Суддям Конституційного Суду України законодавчо довірене право здійснювати офіційне тлумачення конституційних положень, що є можливістю з'ясувати концептуальне значення та зміст положень Конституції України в їх цілісності, взаємозв'язку та взаємодії, причому не тільки між собою, але й між усіма чинними положеннями законодавства. Процес систематичного тлумачення Конституції України є проникненням суддями в дух і масштаб Основного Закону шляхом адекватного сприйняття міжнародно-правових і конституційних норм для наступного їх застосування. Конституційний Суд України в рішенні про смертну кару конкретне положення Конституції України протиставив контексту самої Конституції: «Тлумачення положень частин першої та другої статті 27 Конституції

України в контексті всіх інших положень Конституції України як єдиного цілісного документа дає підстави стверджувати, що вони не припускають смертної кари як виду покарання» [112]. У даному рішенні положення Конституції не були протиставлені іншим, а розглядалися у широкому контексті. У сучасних умовах з 2018 р. суд починав тлумачити Конституцію відповідно до її трансформаційного потенціалу. При цьому рішення, пов'язані з тлумаченням Конституції ретельно (навіть якщо неправильно) аргументовані.

В умовах глобалізації та інтеграції України до Європейського Союзу важливе використання Конституційним Судом України світової практики конституційного тлумачення. 31 травня 2018 р. Велика Палата Конституційного Суду України відмовила у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Лутковської Валерії Володимирівни щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 9 Конституції України на підставі пунктів 2, 3 статті 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» - неналежність до повноважень Конституційного Суду України питань, порушених у конституційному поданні; невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим законом. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Лутковська Валерія Володимирівна звернулася до Конституційного Суду України з клопотанням щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 9 Конституції України, відповідно до якого чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Обґрунтовуючи підстави, які спричинили потребу в офіційному тлумаченні положення частини першої статті 9 Конституції України, суб'єкт права на конституційне подання зазначає, що одні суди України при розгляді справ надають пріоритетне значення національним законам, а не Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року, яка застосовується в рішеннях Європейського суду з прав людини, а інші - навпаки. При цьому одні суди України вважають, що обов'язковими до застосування є лише рішення Європейського суду

з прав людини у справах щодо України, тоді як інші застосовують також рішення цього суду, прийняті відносно інших держав. Велика палата Конституційного Суду України дійшла висновку, що є підстави для відмови у відкритті конституційного провадження у справі згідно з пунктами 2, 3 статті 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» - неналежність до повноважень Конституційного Суду України питань, порушених у конституційному поданні; невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим цим законом. На нашу думку, Україна, як і країни Східної та Центральної Європи, не має іншого вибору, крім прийняття ліберально-демократичних конституцій. Це спільні конституційні цінності та конституційне зближення. Тому конституційне тлумачення через порівняльне посилення на міжнародне (і зарубіжне) право й акти м'якого права Ради Європи є частиною сучасного втілення концепції міжнародного права, концепції дружнього ставлення до міжнародного права та міграції конституційних ідей. Це міжнародно-конформне тлумачення конституції.

Актуальна є позиція проф. М.В. Савчина, яким були сформульовані базові принципи інтерпретації положень Конституції України Конституційним Судом України, зокрема:

«1) автономне тлумачення Конституції - виходячи зі принципу верховенства Конституції її положення не можуть інтерпретуватися, виходячи із стану поточного законодавства, яке саме по собі є об'єктом судового конституційного контролю; те саме стосується міжнародних договорів;

2) цілісне тлумачення Конституції (принцип внутрішньої конкордації) – передбачає певний синтез конституційних положень, які впливають із взаємних зв'язків, структури та внутрішньої логіки конституції як кодифікованого правового акта, положення якого взаємно узгоджені та виражають єдину і цілісну її структуру як правової матерії;

3) Конституція як «відкритий текст» передбачає неприпустимість поглядів щодо наявності якихось прогалів у ній...;

4) зв'язаність основоположними цінностями і принципами права;

5) тлумачення конституції як «живого інструмента» передбачає обов'язок Конституційного Суду піклуватися про реальне і дійове забезпечення основоположного права, а в самому рішенні має бути чіткий механізм поновлення порушеного права та встановлений справедливий розмір відшкодування заподіяної шкоди. Цей підхід передбачає реальне дослідження фактичних обставин застосування закону, що змусить змінити панівний нині підхід, що Конституційний Суд є «судом права», який ніби не досліджує фактичних обставин» [119, с. 330-331].

У сучасній науці конституційного права використовуються різноманітні назви, що характеризують природу та процес інтерпретації. У даному підрозділі терміни «конституційна герменевтика», «конституційна інтерпретація», «тлумачення конституції» використовувались як тотожні. Конституційна інтерпретація сприяє втіленню в життя конституційних принципів, поширює дію конституції в умовах правової реформи та є основою судового конституціоналізму.

2.2. Належна судова процедура та незалежність суддів як процесуальна основа судового конституціоналізму

Параметри у процесі формування судового конституціоналізму визначаються законодавством, що регламентує здійснення конституційного судочинства. Безумовно, статус органу конституційного контролю залежить від моделі конституційного судочинства конкретної країни, однак поширеною практикою є прийняття спеціального нормативного акта, що визначає статус конституційного суду та Регламенту, який регулює процедури конституційного провадження. У науці конституційного права тривалий час точилася дискусія чи є конституційний суд органом здійснення правосуддя, чи це квазіправотворчий орган. Безумовно, виведення Конституційного Суду України з судової системи України у 2016 році змінами до Конституції України активізувало цю дискусію. У зв'язку з цим варто згадати відомого суддю конституційного суду Ганса Кельзена, який вважав, що принципи, що стосуються утворення й організації суду, повинні бути застосовними і до Конституційного суду [52, с. 7].

Практичне втілення судового конституціоналізму відбувається в судово-владних відносинах, у процесі здійснення правосуддя, конституційного контролю, а також взаємодії органів судової влади з органами законодавчої та виконавчої влади [84, с. 29]. Як зазначає М.В. Савчин, «конституційне правосуддя здійснює загальні завдання по захистові конституції: забезпечує її верховенство і стабільність, дотримання принципу поділу влад, захист основних прав і свобод. Природа діяльності конституційної юстиції впливає з її правових характеристик» [118, с. 251]. «Суди не є єдиними провідниками конституційної системи, але вони владні та важливі, і їх роль у цьому дуже велика» [144, с. 150]. «Конституційне правосуддя – це діяльність судових органів, що полягає у розгляді справ, предметом яких є пов'язані із забезпеченням дотримання конституції державними органами конституційно-правові питання та ухвалення з цих питань рішень, що мають правові наслідки» [81].

Належна судова процедура є основоположним принципом реалізації судової влади. Як зазначає В.В. Городовенко, «конституційне положення про належну правову процедуру гарантує право особи, яка зазнає фізичної, матеріальної та моральної шкоди, на звернення до суду відповідної юрисдикції для захисту свого права на життя, свободу і власність, а також для захисту і будь-якого іншого права, гарантованого законодавством. Воно також містить право бути заслуханим у судовому засіданні, а також право на подання доказів існування юридичних фактів, які стосуються зазначеного права особи» [26, с. 258]. Тому гарантією судового захисту прав людини є здатність суду ефективно здійснювати правосуддя при використанні належних судових процедур.

Питання належної правової процедури було предметом дослідження представників американської науки конституційного права, зокрема Д.Дж. Галліган [207], Е.Д. Еберле [202], Б.А. Кук та Л.К. Кан [176], Чарльз М. Хаф [190]. В українській науці проблема належної судової процедури досліджувалася такими вченими, як В.В. Городовенко [27], Л.М. Москвич [89], Н. Ю. Сакара [120], О.О. Овсяннікова [91], О.А. Селіванов [125], Ю.В. Циганюк [148, с. 217-219], С.В. Шевчук [155] тощо. Проблема незалежної судової влади досліджувалася крізь

призму європейського конституціоналізму О.М. Бориславською [19]. На нашу думку, існування судового конституціоналізму неможливе без доктрини «належної правової процедури», взаємозумовленість яких ще потребує дослідження.

Для судового конституціоналізму характерні засади, спрямовані на відновлення порушеного права та передбачають можливість судового захисту прав і свобод людини на основі прямої дії конституції, поширення судового захисту на всю систему конституційних прав і свобод людини та громадянина. Право на судовий захист є настільки важливим і базовим поняттям юридичної науки, що воно не може охоплюватися однією галуззю права. Незважаючи на очевидність того факту, що права і свободи людини та громадянина, в тому числі і право на судовий захист, входять до предмета конституційного права, залишаються відкритим питання: які з процесуальних гарантій є безпосередньо предметом конституційного права та в чому полягає конституційна складова базових процесуальних гарантій?

У пошуках відповідей на зазначені запитання вважаємо за необхідне звернутися до порівняльного аналізу. У зв'язку з цим важливо дослідити одну з базових доктрин американського конституційного права, яка безпосередньо пов'язана з конституційно-правовими механізмами реалізації права на судовий захист - доктрину належної правової процедури («due process»). Вибір зазначеної доктрини був не випадковим і заснований на тому, що саме ця конституційна доктрина використовується у США для судового захисту базових конституційних прав, закріплених у Біллі про права і подальших поправках до Конституції США.

Поняття належної судової процедури зародилося в англійському загальному праві. Велика Хартія вольностей, підписана в 1215 році, яка визначила права англійських підданих, є раннім прикладом конституційної гарантії належної судової процедури. Звертаючись до аналізу тексту Конституції США 1787 р і поправок до неї, звернемо увагу на те, що багато положень Білля про права і подальших поправок так чи інакше стосуються права на судовий захист.

Водночас при аналізі наукової літератури американських авторів можна помітити, що серед гарантій, регламентованих поправками до Конституції США,

помітно виділяється передбачена поправками V і XIV до Конституції США гарантія належної правової процедури, яка має більш глибокий і, можливо, не всіма до кінця оцінений конституційно-правовий аспект. В Енциклопедії американського права зазначається, що «протягом XX ст. більшість положень Білля про права були інкорпоровані в рамках доктрини належної правової процедури, задекларованої в XIV поправці до конституції США, яка захищає осіб від довільних дій як штатів, так і федерального уряду».

Поняття процесуальної належної процедури широко використовувалося в рішеннях Верховного суду США наприкінці XIX століття. У справі 1897 року Алгейєра проти Луїзіани суд уперше застосував основні норми належної судової процедури для скасування державного статуту. У справах Олгейєра та Лохнера та в інших подібних справах суд установив, що закони порушують певні економічні свободи, які містяться в пункті належної судової процедури, зокрема щодо захисту свободи договору.

Процесуальна належна процедура обмежує здійснення влади державними органами, вимагаючи від них дотримання певних процедур у кримінальних і цивільних справах. У випадках, коли фізична особа заявляє про порушення належних процесуальних прав, суди повинні визначити, чи не позбавляється громадянина «життя, свободи або майна», і який процесуальний захист належить цій особі. Цей захист було розширено, включаючи не лише землю та особисте майно, але також право на державні пільги, ліцензії та посади. Наприклад, Суд постановив, що федеральний уряд повинен провести слухання, перш ніж припиняти соціальні виплати [208].

Процесуальна належна процедура базується на принципі справедливості та стосується питань, яких юридичних процедур необхідно дотримуватись у державних провадженнях. Французький політичний діяч А. де Токвіль, досліджуючи правову систему Сполучених Штатів Америки, звертав увагу на важливий аспект права на судовий захист: «...Велика мета правосуддя полягає в заміні ідеї насильства ідеєю права, в установленні правової перепони між урядом і силою, яку він використовує».

Доктрина належної правової процедури містить кілька груп гарантій, зокрема: «процесуальні» гарантії, що стосуються кримінального та цивільного процесу, і «матеріальні» гарантії, які належать до конституційного права (так звані «substantive due procedure»). Принцип «матеріальної належної правової процедури» є однією з основ конституційного права. То що ж таке «матеріальна належна правова процедура»? Американська юриспруденція, використовуючи цей термін, виходить з його широкого розуміння як «законності» - у сферах матеріальних і процесуальних правовідносин. Основними характеристиками доктрини «матеріальної належної правової процедури» є презумпція верховенства прав і свобод людини та громадянина, закріплених у конституції, і тих, що випливають із духу конституції, конституційного ладу; поширення правила про належну правову процедуру на законодавчу гілку влади, в результаті чого визнається, що яка б процедура не застосовувалася для прийняття закону на державному чи місцевому рівні, якщо прийнятий в результаті такої процедури акт порушує невід'ємні конституційні права і свободи, то процедура не може бути визнана належною; застосування механізмів конституційного контролю для скасування законів, прийнятих на порушення правила про належну правову процедуру.

Таким чином, «матеріальна належна правова процедура» - це принцип конституційного права, згідно з яким законодавчий процес не може бути визнаний належним (законним), у випадку, якщо прийнятий закон порушує фундаментальні права і свободи людини і громадянина, що безпосередньо закріплені в тексті Конституції, так і ті, які випливають з її суттєвості. Тобто законний з формальної точки зору законотворчий процес тільки тоді може вважатися справді законним, коли він не суперечить конституційному ладу.

Отже, розглядаючи питання про дотримання парламентом принципу «матеріальної належної правової процедури», ми зустрічаємося з необхідністю співвідношення конституційних цінностей вищого порядку. Протиставляючи зазначені цінності, Конституційний Суд повинен відшукати справедливість, де є баланс інтересів. Водночас, коли дії особи породжують шкідливі наслідки для іншої особи або суспільства, необхідне застосування принципу пропорційності.

Тобто в кожному конкретному випадку суд повинен визначити, яку шкоду заподіяно іншій особі або суспільству, які заходи особа вжила, щоб зменшити дану шкоду або її уникнути, законна чи незаконна мета переслідувалася особою при здійсненні дій, які призвели до заподіяння шкоди іншій особі або суспільству. Установлення відповідальності, яка не враховує дані критерії, не відповідає «належній матеріальній правовій процедурі» і не може вважатися справедливою.

Окремо варто звернути увагу на Висновок Венеційської комісії «За демократію через право» № 1012/2020 від 09 грудня 2020 р. щодо дотримання Конституційним Судом України належної правової процедури при розгляді справи та вирішенні питань. У п. 25 Висновку наголошено: «процедурні порушення, які супроводжували прийняття рішення №13-р/2020. Наприклад, воно було ухвалено з незвичайною швидкістю: КСУ знадобилося всього кілька тижнів, щоб вивчити конституційну скаргу, внесену групою народних депутатів. Це дуже короткий час у порівнянні зі звичайною тривалістю таких проваджень у КСУ, особливо у світлі великої кількості допоміжного матеріалу, який КСУ повинен був оцінити, і значущості зазначених питань. Було призначено публічне слухання, але пізніше його скасували і замінили письмовою процедурою. КСУ вийшов далеко за рамки подання, яке він розглядав, розширивши тим сферу розгляду: КСУ визнав неконституційними кілька статей Закону 2014 року, які не були згадані в поданні» [139].

Також необхідно згадати ще одну проблему, яка постійно порушується в науці конституційного права у зв'язку з доктриною матеріальної належної правової процедури, – це проблема меж суддівського розсуду. Позиції вчених з даного питання зводяться до двох протилежних поглядів. Прихильники оригіналізму (Роберт Борк) указують, що всі наміри «батьків-засновників» прямо викладені в тексті Конституції і під час відступу від тексту Конституції і «початкових намірів» зникає межа цінностей, які судді можуть приписувати конституційним положенням. На противагу їм прихильники напряму «основних прав» (Томас Грей, Пол Брест, Річард Кей) вважають, що судді можуть знаходити в загальних положеннях конституції «основні права», до яких держава має ставитися з повагою.

Саме друга позиція має високий демократичний потенціал у поєднанні з такими принципами, як незалежність суду, ефективна система стримувань і противаг, високий рівень правової культури та юридичної професії.

Голова Верховного Суду США Джон Робертс дуже влучно визначив роль судді у процесі конституційного тлумачення: «Якщо акт Конгресу оспорується в судах як акт, що не відповідає конституції, судова влада має тільки один обов'язок – покласти статтю конституції поряд з тим законом, який оспорується, і вирішити, чи відповідає він Конституції» (рішення у справі «Сполучені Штати проти Батлера»).

Конституційне положення про належну правову процедуру гарантує право особи, яка зазнає фізичної, матеріальної та моральної шкоди від держави, на звернення до суду відповідної юрисдикції для захисту свого права на життя, свободу та власність, а також для захисту будь-якого іншого права, гарантованого законодавством. Воно додатково залучає право бути заслуханим у судовому засіданні, а також право на подання доказів існування юридичних фактів, які стосуються зазначеного права особи. Право особи бути заслуханою у суді, коли вона позбавляється таких життєво важливих цінностей, як життя, свобода і власність, англійські судді називали природною справедливістю (*natural justice*), під якою також розуміються гарантії процесуальних прав особи, зокрема гласність та змагальність у судовому процесі, конституційні гарантії щодо судового захисту будь-якого порушеного права особи та гарантія права на судове оскарження дій адміністративних органів [104].

Як наголошує О. Овсяннікова, «важливим є той факт, що на сучасному етапі розвитку означеної концепції в зарубіжних країнах досить чітко простежується тенденція до розширення її змісту, а саме сфер дії належної правової процедури» [91, с. 128-135]. При цьому на сьогодні майже всюди, де існують «писані конституції», вимога до справедливих процедур має конституційний статус [257, с. 105]. У конституціях європейських країн закріплюються презумпція невинуватості, елемента доступу до суду, тобто відкритість судового розгляду, право на

отримання кваліфікованої правової допомоги, незалежність і безсторонність суду, рівність сторін.

Належна судова процедура ширше поняття і охоплює як процесуальні гарантії захисту особистих прав, так і правові механізми обмеження свавілля держави в особі її органів і посадових осіб (насамперед шляхом оскарження їхніх дій до суду). Матеріальний аспект цієї концепції базується на принципі пропорційності, згідно з яким будь-яке обмеження особистих прав має бути справедливим, обґрунтованим і відповідати інтересам суспільства [27, с. 16].

У багатьох правових системах матеріальне право, викладене в Конституціях, обмежує процесуальні норми. Такі обмеження вимагають процедурних положень, щоб відповідати певним вищим положенням щодо справедливості чи верховенства права. Так, на думку Верховного суду США, всі процесуальні норми, незалежно від того, чи містяться вони в статутах, судових нормах або прецедентній практиці, повинні узгоджуватися з Конституцією США - зокрема, з положеннями про належну процедуру п'ятої та чотирнадцятої поправок. «Належна процедура» також передбачає, що сторона не може бути позбавлена істотних прав, не маючи можливості представити свою сторону справи. Аналогічні положення Європейського Союзу гарантують людям доступ до суду та судового перегляду певних урядових дій. У результаті прийняття в багатьох інших країнах письмових конституцій з юридично обов'язковими основними правами - і створення після Другої світової війни спеціальних конституційних судів і конституційних норм, що гарантують право бути заслуханим і доступ до правосуддя (часто охоплюючи доступ правової допомоги). Ці події були підкріплені певними міжнародними угодами, зокрема статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року.

Поняття незалежності суддів є наріжним каменем верховенства права. Важлива для концепції судової незалежності думка, що суди не повинні піддаватися неналежному впливу з боку інших гілок влади, а також з боку приватних чи партійних інтересів. Тому судова незалежність задумана і розуміється стосовно інших інституційних суб'єктів. Суди можуть зробити свій

внесок у верховенство права лише в тому випадку, якщо суди мають законний склад, а судді - незалежні. За словами Джозефа Дісчо, «Гене́за доктрини незалежності судової влади знаходиться в еволюції конституційно-демократичної держави в Європі» [199]. Ш.-Л. Монтеск'є уперше у праці «Дух законів» (1748) обґрунтував теорію про необхідність передачі виконавчих, законодавчих і судових функцій різним органам. До XVIII століття незалежність судової влади була поняттям, невідомим для британської правової системи. Виникнення судової незалежності як сучасної концепції у Сполученому Королівстві («Великобританія») можна простежити до 1701 року, коли було прийнято Акт про врегулювання. Це те, що С. Шетріт називає першим етапом незалежності британської судової влади, коли ця концепція діяла всередині країни [245]. За цим послідував другий етап, коли британська концепція незалежності судової влади стала застосовуватися на міжнародному рівні [244]. Прийняття теоретичної моделі доктрини розподілу влади іншими штатами та текст статті III Конституції США (Конституція Сполучених Штатів Америки: 17 вересня 1787 р. (зі змінами та доповненнями до 1992 р.) (США)) є прикладами експорту незалежності судової влади на другому етапі. Після здобуття США незалежності у 1776 р. їх конституційна історія характеризувалася системою стримувань та противаг між трьома органами управління та ця система стала зразком для західних країн.

Незалежність суддів можна визначити як здатність окремих суддів і судової влади в цілому виконувати свої обов'язки без впливу та контролю з боку інших суб'єктів. Судова незалежність така ж стара, як і конституціоналізм. Офіційні гарантії судової незалежності від урядового контролю датуються принаймні 1701 р., коли Англійський закон про врегулювання надав суддям реальний захист від одностороннього зняття короною в контексті більшої зміни влади від короля до парламенту та судів. Ріос-Фігероа та Статон розрізняють незалежність *de iure* та *de facto*. Незалежність «має справу з офіційними правилами, призначеними для захисту суддів від надмірного тиску як ззовні судової системи, так і зсередини», тоді як фактична незалежність «є поведінковою». Цей останній аспект незалежності стосується незалежності судді під час прийняття рішення, а це

означає, що результат відображає судові переваги судді, а також той факт, що їхнє рішення може бути виконане на практиці. Коли іноді здається, що судова влада держави *de iure* незалежна, фактичну незалежність часто важко виміряти, оскільки судову незалежність «не можна спостерігати безпосередньо» [235].

Необхідно розрізняти зовнішню та внутрішню незалежність суддів. Зовнішня незалежність значно залежить від того, як призначаються судді, а внутрішня незалежність більше стосується передачі справи судді. Однак Ріос-Фігероа пише про зовнішню незалежність - як про «відносини між виборними органами та суддями Верховного суду», а про внутрішню незалежність як про «відносини між суддями Верховного та нижчого судів», тоді як автономія визначається як «відносини між гілками, які брали участь у формуванні суддівського корпусу та інститутом судової влади» [234]. Отже, в одній і тій самій країні Верховний суд може бути автономним і незалежним від зовнішньої сторони, тоді як судді нижчих інстанцій можуть бути внутрішньо залежними.

Багато конституцій закріплюють принцип судової незалежності. Стаття 97 (1) Основного закону Німеччини: 23 травня 1949 р. (зі змінами, внесеними до 23 грудня 2014 р.) передбачає конкретні гарантії судової незалежності. Крім того, судова незалежність гарантується статтями 20 та 92 Основного закону Німеччини та статтями 64, 65 та 66 Конституції Французької Республіки: 4 жовтня 1958 р. (зі змінами, внесеними до 23 липня 2008 р.).

Навіть у випадку сильного конституційного захисту незалежність судової влади залежить від того, наскільки виконавча влада поважає незалежність судової влади. Основні принципи незалежності судової влади ООН, схвалені Генеральною Асамблеєю в 1985 р. («Основні принципи ООН»), визначають цей зміст, як такий: неупередженість судових рішень і відсутність неналежного впливу будь-якого виду; виняткова влада судової влади щодо її компетенції; та відсутність будь-якого неналежного або необґрунтованого втручання у судовий процес. Бангалорські принципи поведінки суддів (2002 р.), затверджені Комісією ООН з прав людини на її 59-й сесії в Женеві (2003 р.), визначають такі принципи як складові судової незалежності: неупередженість, цілісність, належність, рівність,

компетентність і старанність, а також дає вказівки щодо того, як судді повинні застосовувати принципи на практиці.

Формально багато вітчизняних конституцій і міжнародних актів стверджують, що суди є або повинні бути незалежними. В основоположних документах національних судів, як правило, зазначається, що судьями суду повинні бути «особи з доведеною доброчесністю, неупередженістю та незалежністю», які відповідають умовам, необхідним у своїх країнах для обіймання вищої судової посади, або які є юристами з визнаною компетенцією у своїй країні. Судді також зазвичай зобов'язані скласти присягу або урочисте проголошення незалежності перед вступом на посаду.

Як зазначає О.В. Щербанюк, «Самостійність і незалежність судової влади на сучасному етапі є умовою конституційно-правового прогресу, реалізації конституційних принципів правового статусу особи. Правові реформи, які проводяться в Україні, тісно пов'язані зі зміною правосвідомості українського суспільства, з вірою в державний захист прав і свобод особи, який забезпечується правосуддям. Стан правопорядку в нашій країні переконує, що забезпечення законності вимагає розв'язання більшої кількості проблем. Саме створення надійних механізмів забезпечення права на судовий захист, законності є актуальним завданням юридичної науки та практичної юриспруденції» [161, с. 80].

Основними особливостями, необхідними для незалежності судової влади в контексті існування судового конституціоналізму, є відбір і призначення суддів, у тому числі суддів конституційних судів. Відповідно до Основних принципів ООН, під час відбору суддів не допускається дискримінація особи за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичної чи іншої думки, національного чи соціального походження, майна, народження чи статусу. Однак вимога, що кандидат на посаду судді повинен бути громадянином відповідної країни, не є дискримінаційною. Особами, відібраними на посаду судді, повинні бути особи, які мають доброчесні здібності та мають відповідну підготовку або кваліфікацію з права (Принцип 10). Приймаючи судову присягу, судді зобов'язуються діяти

неупереджено та незалежно, а також бути людьми добросовісними та високими моральними стандартами.

Часто виникають занепокоєння щодо «політичного впливу» на процес призначення суддів. Вплив груп інтересів на відбір суддів особливо поширений у США. Це було у справі про призначення Верховним судом судді Роберта Герона Борка у 1987 році, де групи інтересів вплинули на результати голосування в Сенаті [225]. Однак виконавча влада не повинна «пакувати» суд власними політичними симпатиками. В Україні також існує проблема конкурсного призначення суддів Конституційного Суду України за квотами Верховної Ради України та з'їзду суддів України. Незважаючи на те, що Конституція України запровадила конкурсну процедуру добору суддів, реального конкурсу так і не було проведено. На нашу думку, необхідно внести зміни до Закону України «Про Конституційний Суд України» та передбачити право особи звернутися до суб'єкта призначення для участі у конкурсі та прибрати парламентську фракцію як суб'єкта, що вносить пропозиції щодо кандидатур на посади суддів Конституційного Суду України та відповідно Раду суддів по квоті судової влади. На нашу думку, це має бути єдина конкурсна комісія, що здійснює відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України.

Слід вказати, що деяких європейських країнах існує практика залучення тимчасових суддів, у Шотландії (стаття 35 (3) Закону про реформу закону (Різні положення) (Шотландія) 1990 р. скасована Законом про судову реформу (Шотландія) 2014 р., 1 січня 2015 р.). Однак ця практика відкрита для обговорення, оскільки судді недостатньо захищені судовими гарантіями, що забезпечують незалежність судочинства, такими як забезпечення права на посаду, які захищають постійних суддів. Виконуючі обов'язки судді також більш вразливі до можливостей відводу [252].

У Пекінській заяві про принципи незалежності судової влади зазначено: «Там, де створюється комісія судової служби, до неї повинні входити представників вищої судової влади та незалежної адвокатської професії як засіб забезпечення збереження судової компетентності, цілісності та незалежності»

[175]. Існують широко розбіжні погляди на те, який правильний склад комісії судової служби. Наприклад, у Великобританії до складу Комісії з питань судових призначень входять президент та заступник голови Суду, а також член Комісії з судових призначень, Комісії судових призначень Шотландії та Комісії судових призначень Північної Ірландії (Закон про конституційну реформу). Хоча небажано, щоб виконавча влада домінувала в комісіях з відбору суддів. Можна стверджувати, що комісія з відбору, яка складається винятково із суддів, також небажано, і що змішаний склад призводить до більш об'єктивного складу. Обмеження складу відбіркової комісії членами судової влади може мати негативний ефект від недостатньої інклюзивності та посилення забобонів, що існують у судовій системі. Це також може означати, що судді будуть занадто привітні до своїх колег-суддів, боячись, наприклад, підвищення. Різноманітна комісія з відбору також частіше призначає більш представницьку та різноманітну судову владу. У Великобританії судові призначення, однак, підлягають затвердженню лордом-канцлером. Призначення, у принципі також підлягають судовому контролю.

Багато юрисдикцій створюють дорадчі органи, яким доручають рекомендувати кандидатів на посади суддів, здебільшого шляхом створення обов'язкових або необов'язкових списків осіб, що мають право на участь. Посада голови Верховного або Конституційного Суду, як правило, вилучається з цієї консультативної процедури.

Різні східноєвропейські юрисдикції у своїх конституціях після холодної війни створили судові ради, які спільно обираються судовими та законодавчими органами. Відповідно до Конституції Республіки Албанія: 21 жовтня 1998 р. (Зі змінами до 2016 р.), стаття 147, Вища судова рада забезпечує незалежність, підзвітність та належну функціональність судової влади в Республіці Албанія. Вона складається з одинадцяти членів, шість з яких обираються суддями усіх рівнів судової влади, а п'ять членів обираються Асамблеєю серед юристів, які не є суддями.

Безпека перебування на посаді означає, що судді повинні призначатися довічно або до встановлення певного віку для виходу на пенсію, або кількості років,

які перебувають на засіданні (строки повноважень суддів). Безпека перебування на посаді забезпечує безпеку роботи та дозволяє призначеним суддям діяти відповідно до того, що, на їх думку, правильне згідно із законом, оскільки їм не потрібно боятися, що їх звільнять з посади, якщо вони приймуть непопулярне рішення або рішення, що суперечить волі виконавчої або переважаючої політичної влади. Судді не повинні завойовувати прихильність виконавчої влади з метою переобрання. Це ще одна причина, чому призначення суддів, які працюють за сумісництвом, або виконуючих обов'язки виконувати з обережністю. Прихильники принципу підзвітності урядових органів і службовців стверджують, що судова влада як носій громадської довіри повинна підлягати контролю за їх роботою, щоб забезпечити їх функціонування відповідно до закону. Наприклад, в Ізраїлі спеціальний трибунальний суд (Дисциплінарний суд) відповідає за нагляд за роботою суддів. Дисциплінарне провадження проти судді може ініціювати лише міністр юстиції. До складу Дисциплінарного суду входять судді Верховного Суду, а також не - судді, такі як викладачі права або адвокати. Дисциплінарний суд може рекомендувати президентові штату відвід судді, якщо його поведінка це виправдовує [243]. Хоча не існує унікальної моделі забезпечення незалежності судової влади, міжнародне право заохочує країни створити орган для нагляду за судовою владою, в якому не домінує уряд. Міжнародні документи рекомендують змішаний склад суддів та осіб, які не є суддями. Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) рекомендує, щоб суттєвим елементом або більшістю членів судової ради обиралася сама судова влада [258]. Комітет ООН з прав людини наголосив, що здійснення повноважень міністерства юстиції з питань судочинства, включаючи повноваження щодо перевірки судів, може становити загрозу незалежності судової влади.

Конституція США захищає незалежність суддів у статті III, яка гласить, що федеральні судді можуть обіймати свої посади «під час належної поведінки». Судді США фактично мають довічні призначення, якщо вони відповідають етичним та правовим нормам своєї судової посади. Стаття III Конституція США була предметом суперечок. За словами Джеймса Ліндгрена, «За винятком штату Род-

Айленд, жодна інша західна юрисдикція не має довічного терміну повноважень для суддів вищого суду» (дебати між Джеймсом Ліндгреном і Томасом Мерріллом «Плюси і мінуси потенційних обмежень для суддів Верховного суду» (25 Березня 2014 р.)). Оскільки така практика не дозволяє мати високий коефіцієнт обороту, вона не створює більше можливостей для гендерного та расового різноманіття. Це одна з причин, чому більше людей сперечаються у сенсі коротшого мандату (LaFrance), як це має місце в більшості європейських країн, навіть якщо довічні мандати все ще розглядаються як гарантія незалежності судової влади у США. Застереження про належну поведінку в поєднанні з обмеженим терміном або максимальним віком можна знайти в конституціях Аргентини, Канади, Чилі, Колумбії, Ліберії, Мальдів, Маршаллових островів, Маврикія, Мікронезії, Палау, Філіппін, Сьєрра-Леоне, Шрі-Ланки, Свазіленд, Тонга та колективні документи, що складають Конституцію Великобританії. Численні конституції також регулюють справу про відвід судді у випадку фізичної чи психічної недієздатності. Більш обмежувальне положення можна знайти у статтях 97 та 98 Основного закону Німеччини: Ст. 97. 1 Судді повинні бути незалежними і підкорятися лише закону. 2 Судді, призначені на постійну посаду на постійній посаді, можуть бути мимовільно звільнені, назавжди або тимчасово відсторонені, переведені або звільнені до закінчення строку їх повноважень лише в силу судового рішення та лише з причин і в порядку, визначених законами. Законодавець може встановити вікові обмеження для виходу на пенсію суддів, призначених довічно. У разі змін у структурі судів або їх округів судді можуть бути переведені до іншого суду або звільнені з посади за умови збереження повної заробітної плати.

Ст. 98. 1. Правовий статус федеральних суддів регулюється спеціальним федеральним законом. 2. Якщо федеральний суддя порушує принципи цього Основного закону або конституційного ладу Краю в його [або її] службовій якості або неофіційно, Федеральний конституційний суд за заявою Бундестагу може постановою більшістю у дві третини, що суддя може бути переведений або звільнений. У разі навмисного порушення воно може надати йому (або її) звільнення [209].

У Франції члени конституційного суду працюють протягом дев'яти років, і не можуть бути обраними повторно (ст. 56 Конституції Французької Республіки: 4 жовтня 1958 р. (зі змінами, внесеними до 23 липня 2008 р.). Тривалі терміни, що не підлягають відновленню, справді є стандартною моделлю для конституційних судів європейських країн. Терміни, що не підлягають відновленню, можуть сприяти незалежності судової влади двома способами. По-перше, судді не стикаються з електоратом, щоб зберегти свою роботу, і, по-друге, на них менше тиснуть політичні напади [203]. Фінансова незалежність є важливою складовою незалежності суддів (фінансування судів). Однією з причин (як правило, судді отримують досить велику винагороду) є те, що вони не повинні спокушатися брати хабарі. Якщо суддя має фінансову зацікавленість у розгляді справи, він повин виявити такий інтерес і негайно відмовитись від розгляду такої справи [247]. У Німеччині Основний закон гарантує належну винагороду для суддів, встановлену законом [185]. Важливо, щоб держава виділяла достатньо фінансових та інших ресурсів для судової влади, щоб запобігти спокусам, які виникають унаслідок фінансової незахищеності. Крім того, на суддю не може бути тиску через зменшення їх заробітної плати. Отже, численні конституції гарантують, що компенсація не зменшиться під час перебування судді на посаді, наприклад Конституція Аргентини: 23 серпня 1994 року, стаття 110 (Арг); Конституція Мексики: 5 лютого 1917 р. (зі змінами, внесеними до 2015 р.) (Мексика), стаття 116; Конституція Південно-Африканської Республіки: 11 жовтня 1996 р. (зі змінами до 2012 р.) (S Afr), стаття 176 (3); Конституція Японії: 3 листопада 1946 р. (Японія), стаття 80; Конституція Сполучених Штатів Америки: 17 вересня 1787 р. (Із змінами та доповненнями до 1992 р.) (США), стаття III).

У контексті незалежності суддів сприйняття упередженості майже настільки ж проблематичне, як і сама упередженість. Судді повинні бути позбавлені навіть найменшої підозри в упередженості, оскільки таке сприйняття може погіршити довіру громадськості до судової влади, що вважається важливим у демократії, заснованій на верховенстві права. Незалежний суддя був би неупередженим (неупередженість судової влади). Правило проти упередженості, правило

природної справедливості фіксується у вислові *nemo iudex in re sua* і означає, що людина не може бути суддею у власній справі. Метою норми є запобігання появи або можливості судових упереджень. Правило поширюється не лише на справи, в яких суддя є стороною процесу, а й на справи, в яких суддя має особисту чи матеріальну зацікавленість у результаті [248]. У справі Піночета лорд Хоуп заявив, що «судді добре знають, що їм не можна брати участь у справі, де вони мають хоч найменший особистий інтерес до неї як у якості обвинуваченого, так і прокурора» [230]. Принцип *nemo iudex* також знаходить застосування у справі, коли суддя, хоч і не може бути зацікавленим у справі, діє, що викликає підозру у тому, що він не можуть бути безсторонніми [259]. Одним зі способів уникнути (появи) упередженості є самовідвід суду. Це стосується акту добровільного утримання від участі в офіційній дії, такій як судовий розгляд через конфлікт інтересів судді. Приклади обставин, коли суддя повинен узяти самовідвід, передбачають будь-яку справу, в якій суддя може бути неупередженим або мати конфлікт інтересів, наприклад, коли стороною у справі може бути компанія, в яку суддя вклав гроші, або де стороною може бути друг або член родини. Хоча здійснення судового розсуду, що призводить до самовідводу - це добре (стаття 455 Розділу 28 Кодексу США), суддів також може попросити взяти самовідвід один із адвокатів у справі (стаття 144 Розділу 28 Кодексу США).

Конституційним принципом дисциплінарної відповідальності у Франції є те, що судді не можуть бути усунені без їх згоди (ст. 64 Конституції Французької Республіки). За деякими винятками, німецькі судді можуть бути звільнені лише на підставі рішення суду. При Федеральному суді існує спеціальна палата з питань нагляду за федеральними суддями («Dienstgericht») [200] (стаття 61 Закону ФРН «Про судоустрій»). Основні принципи ООН передбачають, що судді можуть бути усунені від посади або звільнені з посади лише з причини недієздатності або поведінки, що робить їх непридатними до виконання своїх обов'язків. Усі дисциплінарні провадження, зупинення чи усунення повинні визначатися відповідно до встановлених стандартів судової поведінки (Принципи 17–19).

Наприклад, суддя має право на справедливий розгляд справи та відповідні процедури.

У державі, де переважає судова незалежність, судді повинні вільно приймати рішення та бути пов'язаними винятково законом. Тільки відповідні факти та закон повинні складати основу рішення судді. Лише судді можуть виконувати свою конституційну відповідальність за забезпечення справедливого та неупередженого правосуддя. Ключовим принципом незалежності суддів є те, що судді повинні бути вільними від зовнішнього та неналежного впливу. Такий вплив може походити з будь-якої кількості джерел. Це може виникнути внаслідок неналежного тиску з боку виконавчої або законодавчої влади, окремих учасників судових процесів, окремих груп тиску, засобів масової інформації, інтересів або інших суддів, зокрема старших суддів. У деяких юрисдикціях заборона на вплив і ззовні широка. Німецьке законодавство забороняє навіть опосередковані засоби впливу, такі як рекомендації, прохання та пропозиції, а також психологічний вплив [242].

Судді зазвичай користуються особистим імунітетом від цивільних позовів про майнову шкоду або неналежних дій чи бездіяльності під час виконання своїх судових функцій. Це правило було розроблено в традиції загального права, згідно з якою «король не може робити неправди». Отже, як загальне правило, суддя користується імунітетом від цивільної шкоди, якщо він має юрисдикцію над предметом розгляду. Це означає, що суддя має імунітет щодо актів, які стосуються справ у суді [173], але не для актів, які стосуються справ поза межами досяжності суду.

Основні принципи ООН зазначають, що судова влада має юрисдикцію над усіма питаннями судового характеру і матиме виняткові повноваження вирішувати, чи питання, подане на його рішення, входить до компетенції, визначеної законом (Принцип 3 Основних принципів ООН). Це може служити захистом від «навмисного позбавлення юрисдикції судів і перенаправлення справ до інших трибуналів з метою розпорядження цими справами судами, які не мають таких самих умов незалежності, як початкові суди» [244].

Для незалежності суддів життєво важливо, щоб справи передавалися суддям нейтрально. Це так звана «внутрішня судова незалежність». В ідеалі справи повинні призначатися старшими суддями або вищими посадовими особами суду, і доручення повинно здійснюватися винятково на чітких і переконливих доказах здатності виконувати завдання. У деяких юрисдикціях доручення здійснюється за електронною системою, призначеною для запобігання політичному чи іншому втручанню. Як правило, в інтересах незалежності судочинства вважається, що справи повинні розглядатися незалежно визначеним суддею. Це так зване правом законного або природного судді, який визначається завдяки об'єктивним критеріям, таким як хронологічний порядок чи категорії справ. Принцип природного судді «присутній у численних конституціях таких держав як Австрія, Німеччина, Греція, Португалія, Люксембург, Естонія, Іспанія, Словаччина, Італія, переважно в негативній формі, наприклад «Нікого не можна усунути від природного судді, встановленого законом». Право на природного суддю означає, що судді, які вирішують конкретну справу, повинні бути визначені на основі об'єктивних критеріїв, визначених законом, а не на основі дискреційного вибору певної особи.

Справа Інкал проти Туреччини (Рішення від 9 червня 1998 р.) [214] є основною справою про незалежність судової влади. У справі Інкал Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) сформулював певні критерії, якими належить керуватися при оцінці незалежності та неупередженості суддів у значенні статті 6 (1) Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.)) - право бути заслуханим перед незалежним і неупередженим судом. Критерії, визначені у справі Інкал проти Туреччини, містять: спосіб призначення суддів; термін їх повноважень; наявність запобіжних заходів проти зовнішнього тиску; і чи є вони реально незалежні. Дані критерії цитуються багатьма міжнародними судами. Справу також цитував Міжамериканський суд з прав людини (МАПЧ).

У канадській справі «Валенте проти королеви» (1985) Верховний суд Канади (Cour suprême du Canada) зазначив, що вимога щодо належного сприйняття суддів

як незалежних важлива, оскільки вона є метою незалежності суддів забезпечити довіру громадськості до системи правосуддя. Суд заявив, що «без такої впевненості система не може забезпечити повагу та прийняття, які важливі для її ефективної роботи» [256].

Питання про незалежність суддів висвітлено у справі Піночета. Це питання стосувалося твердження, що один із лордів, лорд Хоффман, мав конфлікт інтересів і повинен був відмовитись від справи. Один із суддів апеляційної інстанції, лорд Хоуп, заявив, що у світлі зв'язків лорда Хоффман з Amnesty International - він був головою та директором Amnesty International Charity Limited - він не може бути визнаний безстороннім. Інтерес Amnesty International до справи не був фінансовим, а полягав у спростуванні претензії Піночета на недоторканність та забезпеченні його остаточного судового розгляду за злочини проти людства. Оскільки принцип проти упередженості не обмежується лише фінансовими інтересами, цього інтересу було достатньо, щоб вимагати відводу. Палата лордів вирішила, що справа підпадає під категорію справ, коли суддя повинен бути автоматично дискваліфікований, якщо він зацікавлений у справі [218].

В Україні така ж ситуація склалася з суддями Конституційного Суду України, коли 27 жовтня 2020 року Конституційний Суд України (засідання у складі Великої Палати, до складу якої входять 15 суддів) за поданням 47 народних депутатів ухвалив рішення, яке звело нанівець статтю 366-1 Кримінального кодексу, яка передбачає кримінальну відповідальність за недостовірне декларування активів посадовими особами/неподання декларації, а також визнало недійсними деякі важливі повноваження НАЗК, визначені Законом 2014 року. Кілька суддів КСУ (в тому числі суддя-доповідач) можливо перебували в конфлікті інтересів. НАЗК виявило невідповідності у їх фінансових деклараціях, а справи передало до НАБУ для подальшого кримінального розслідування. Визнання недійсною статті 366-1 та положень Закону 2014 року щодо фінансових декларацій поклало край подальшим розслідуванням фінансових декларацій цих суддів і, отже, вони безпосередньо отримали з цього користь. Питання про можливий конфлікт інтересів було порушено Офісом Президента під час провадження у КСУ, але в рішенні про це

немає жодної згадки, не кажучи вже про пояснення, чому КСУ знехтував цим питанням.

2.3. Правові (юридичні) позиції Конституційного Суду України як нормативна основа судового конституціоналізму

З розвитком конституційного судочинства, практичної діяльності Конституційного Суду України особливо актуальним і необхідним є дослідження питання правових (юридичних) позицій Конституційного Суду України. Поняття «правова (юридична) позиція» Конституційного Суду України з'явилося в сучасному українському конституційному праві порівняно недавно. Дана проблематика в науковому юридичному колі почала широко обговорюватися з середини 90-х років ХХ ст.

Конституційний Суд України, здійснюючи контроль за конституційністю законів та інших актів чи тлумачення Конституції і законів України, у своїх рішеннях не тільки відповідає на питання, порушені у конституційних поданнях і зверненнях, а й на основі доктринального підходу нерідко формує певні правові позиції, що є найбільш цінним у його практиці [49, с. 66]. Проблема юридичних позицій Конституційного Суду висвітлюється у працях багатьох українських дослідників, зокрема Ю.Г. Барабаша, Ю.В. Бауліна, І.І. Дахової, О.П. Євсєєва, В.МС. Кампо, Р.С. Мартинюка, В.А. Овчаренко, Х.В. Приходько, М.В. Савчина, А.О. Селіванова, О.А. Селіванов, О.В. Совгиря, Т.М. Слінько, Д.С. Терлецького, О.В. Щербанюк та інших. Поняття «правова позиція Конституційного Суду» з'явилося у національному конституційному праві порівняно недавно (з кінця 90-х років) і залишається дискусійним до цього часу.

А ось у зарубіжних країнах існує таке юридичне явище. Так, відповідно до ст. 13 Органічного закону Іспанії про Конституційний Суд [250] палата може передати справу на розгляд пленуму, якщо вона вважає за необхідне відступити від попередньої конституційної доктрини. У параграфі 85 тринадцятого розділу Закону ФРН від 12 березня 1951 р. «Про Федеральний конституційний суд» міститься положення про правову концепцію конституційного суду землі. Вона повинна бути викладена в документах, які надаються Федеральному конституційному суду у

випадках, передбачених а. 13 параграфу 13 даного Закону (коли конституційний суд землі розходиться в тлумаченні Основного закону з рішенням Федерального конституційного суду чи конституційного суду землі та клопоче про рішення Федерального конституційного суду) [143].

У Норвегії центральна частина підсумкового акта Верховного суду, який здійснює функцію конституційного контролю, повинна виражати правовий погляд (rettsoppfatning) суддів, на якому базується їх рішення.

У 2017 році законодавець України ввів нормативне визначення «юридична позиція». Так, відповідно до ч. 1 ст. 92 Закону України «Про Конституційний суд України»: «Юридичну позицію Конституційний Суд викладає у мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку. Юридична позиція Суду може міститися в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою» [43].

А в ч. 2 ст. 92 Закону України «Про Конституційний суд України» передбачено право органу конституційної юрисдикції розвивати та конкретизувати свою позицію: «Конституційний Суд може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду у своїх наступних актах, змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду» [43].

Багатоманітність думок і формулювань свідчить, що правові позиції – явище неординарне, оскільки, незважаючи на відсутність законодавчого визначення, воно регулярно застосовується як Конституційним Судом України при посиленні на його попередні акти, так і судами загальної юрисдикції, а також науковцями. Враховуючи те, що Суд є колегіальним органом, по суті, йдеться про його правовий досвід, що виникає у відповідь на правові запитання, поставлені суб'єктами подань та звернень, і цей досвід відіграє роль групового правового світогляду [4, с. 98].

Звернемо увагу на те, що вчені визначали правові позиції як правові аргументи, що були в основі рішення Конституційного Суду, як систему аргументації в процесі розгляду конкретної справи Конституційним Судом по чітко визначеним проблемам. На нашу думку, правові аргументи суду – це не правова позиція, а її обґрунтування. Система аргументації, яка є в основі рішення - це сукупність норм Конституції, раніше сформульованих правових позицій Конституційного Суду, міжнародно-правових договорів, конституційних принципів, доктрин, роз'яснення яких призводить до формування правової позиції з певної проблеми. Це доводить, що правова (юридична) позиція не є тотожною системі аргументації.

Правову позицію Конституційного Суду можна розглядати відповідно до її суб'єктивної сторони як ставлення суду до основних конституційно-правових явищ, що виражене в рішенні, яким він керується при розгляді відповідних справ.

А з об'єктивної сторони, правова позиція Конституційного суду полягає у його висновках і рішенні, результаті інтерпретації Конституційним Судом букви та духу Конституції та конституційності галузевих законів в межах компетенції Конституційного суду.

На нашу думку, основою юридичної позиції є наукова і професійна свідомість самих суддів Конституційного Суду, на підставі якої формується судова воля. Конституційний Суд України - колегіальний орган, кожен з 18 суддів має змогу у письмовій формі викласти власну окрему думку. Проте проявом судової волі є інтелектуальна діяльність щодо з'ясування і роз'яснення волі Основного Закону, матеріалізованої в його нормах, а також застосування всієї сукупності способів і прийомів тлумачення, які допомагають визначити єдине можливе розуміння суті предмета розгляду. Саме воля більшості суддів Конституційного Суду і формує так звану правову позицію, яка долає невизначеність, що виникла в конкретному конституційному спорі [57, с. 110]. Отже, вирішальним чинником появи та формування правової позиції є доктринальний світогляд членів

спеціального органу конституційного контролю. Перевага нормативного або природно-правового чи соціологічного світогляду матиме принципово різні результати в контексті правової аргументації та певною мірою логічного вибудовування.

Однак спектр думок учених про розуміння правових позицій надзвичайно широкий. Їх розуміють як переконливий прецедент тлумачення; як систему правових аргументів, правоположень (праворозуміння), зразків (правил) прецедентного характеру, загальних правил, орієнтирів тощо; як правові висновки і уявлення суду; як результат інтерпретації (тлумачення) Судом духу і букви Конституції, тлумачення норм конституційного змісту (аспектів) положень галузевих (чинних) законів, інших нормативних актів у межах його компетенції, які знімають невизначеність в конкретних конституційно-правових ситуаціях і служать правовою основою підсумкових рішень конституційного суду [138, с. 121].

Наприклад, І. Домбровський та В. Гергелійник розглядають термін «правова позиція» як викладений у рішенні Суду висновок щодо тлумачення можливості застосування (механізму реалізації) конкретної норми права в певних правовідносинах, який є обов'язковим для всіх суб'єктів права [33, с. 143]. На думку Т.О. Цимбалістого, правова позиція Конституційного Суду - це не лише остаточний варіант його рішення (в широкому розумінні), але і система правових аргументів, які використовувалися для його обґрунтування, уявлення Суду про суть розглядуваної ним проблеми і висновки, до яких він приходив під час її вирішення [149, с. 153]. Ми погоджуємося з такою думкою та вважаємо, що в основу правової позиції Суду також покладено наукові знання, конституційні принципи та правові доктрини.

Українська дослідниця Х.В. Приходько Х.В. пропонує визначити правові позиції Конституційного Суду як результат інтерпретаційного процесу – складової конституційного судового процесу [100, с. 45]. Ми погоджуємося з цією думкою, адже в результаті розгляду справ Конституційний Суд України не утворює нові норми права, а розширює зміст і трактує вже існуючі норми права. Варто звернути увагу на те, що в ухвалах і висновках про відмову у відкритті конституційного провадження. У таких ухвалах і висновках повинні міститися правові позиції Суду,

які означають тлумачення не норм Конституції, а норм Закону «Про Конституційний Суд України» про підвідомчість та допустимість розгляду справ [57, с. 110].

Також Х.В. Приходько наголошує, що очевидна і незаперечна діалектична єдність і взаємозв'язок правових позицій і підсумкових рішень Конституційного Суду [100, с. 45]. Проте зауважимо, що зміст понять «рішення Конституційного Суду» та «юридична позиція Конституційного Суду» не збігаються за значенням. Різна природа правових позицій і рішень зумовлює відмітність в їх юридичній силі. Існують різні підходи до визначення основних ознак правових позицій Конституційного Суду. Наслідком прийняття рішень є, зокрема, втрата чинності неконституційними законами, іншими актами або їх окремими положеннями, надання офіційного тлумачення конституційних і законодавчих приписів. Правові позиції як найбільш узагальнені правові висновки Суду внаслідок тлумачення ним Конституції України, положень законів, інших нормативних актів знімають конституційно-правову невизначеність і неоднозначність розуміння положень таких актів [131, с. 5-6]. А.О. Селіванов у своїх монографічних дослідженнях відзначав, що висновки, закладені у правових позиціях Конституційного Суду, мають глибоку правову основу і набувають правової обов'язковості в силу статусу й авторитету Суду [122, с. 156]. Існують дискусії щодо того, в якій частині рішення знаходиться правова позиція. Ми маємо підстави вважати, що правова позиція знаходиться в мотивувальній частині рішення, та в деяких випадках у резолютивній, адже аргументація, тлумачення, роз'яснення, обґрунтування остаточного вирішення справи за загальним правилом побудови рішень (ухвал, висновків) Конституційного Суду знаходиться саме в мотивувальній частині рішення, проте частково елементи правових позицій знаходяться і в резолютивній частині рішення.

Для глибшого розуміння правових позицій пропонуємо звернутись до досліджень Х.В. Приходько, яка визначає правові позиції Конституційного Суду в кількох значеннях, зокрема в широкому та вузькому. У широкому значенні інститут правових позицій Суду охоплює правові позиції, сформовані та

сформульовані Судом колегіально в прийнятих ним актах і конституційними суддями України одноособово, викладеними як їх окремі думки. З урахуванням того, що окрема думка судді Конституційного Суду є додатком до акта Суду, а отже, є складовою частиною правової позиції та позиції конституційних суддів, і є функціонально пов'язаними, взаємозумовленими, взаємодоповнюючими, але різними за юридичною силою [100, с. 53].

У вузькому значенні Х.В. Приходько Х.В. правові позиції Конституційного Суду розуміє як систему концептуальних послідовних взаємоузгоджених висновків, правоположень, умовиводів, аргументів і заперечень Суду, сформульованих на підставі Конституції та законів України з урахуванням загально визнаних правових цінностей, конституційних принципів міжнародних правових стандартів. Ці позиції Конституційний Суд приймає колегіально у межах конституційно та законодавчо визначених повноважень та в порядку конституційного провадження [100, с. 53].

Деякі науковці стверджують, що правові позиції Конституційного Суду мають багато спільного з прецедентом. Р.С. Мартинюк, з'ясовуючи відмінності, які відрізняють інтерпретаційні акти органів спеціалізованого конституційного контролю від прецедентних рішень, звертає увагу на той факт, що органи конституційної юрисдикції приймають свої акти завжди у зв'язку з необхідністю тлумачення норм позитивного права. Згадана інтерпретація має місце навіть тоді, коли підставою прийняття акта є перевірка відповідності конституції норм законодавства і прийняте органом конституційного контролю рішення не оформляється у спеціальний акт тлумачення. Фактично тлумаченням конституції супроводжується розгляд конституційним судом будь-якої справи. У цьому сенсі будь-який акт конституційного правосуддя – інтерпретаційний. Звідси і визначення у спеціальній літературі відповідних актів як інтерпретаційних. Поява інтерпретаційного акта неможлива без норми позитивного права, яка йому передуює й утворює об'єкт його тлумачення. Прецедентні рішення виявляють лише часткову обумовленість нормами позитивного права. Більше того, така обумовленість може бути відсутня взагалі. Прецедентне рішення з'являється зовсім не обов'язково як

результат судового тлумачення норм законодавства. Його появу може спричинити об'єктивна необхідність правового вирішення ситуації, не врегульованої нормами позитивного права [82, с. 78]. Цілком погоджуємося з думкою автора, адже судові прецеденти покликані безпосередньо регулювати суспільні відносини, заповнюючи прогалини в позитивному праві, а органи спеціалізованого конституційного контролю такими повноваженнями не наділені, їх компетенція обмежується питаннями перевірки відповідності конституції інших нормативних актів і питаннями офіційної інтерпретації Основного Закону.

Д.С. Терлецький зазначає, що більш коректна позиція, згідно з якою, в судовій та іншій правозастосовній практиці правові позиції Конституційного Суду набувають характеру прецеденту за своєю юридичною силою, але такими за своєю природою не є. У низці правових явищ (правових норм, принципів, правоположень, прецедентів тощо) правові позиції Конституційного Суду посідають самостійне рішення, і їх можна розглядати як джерела конституційного права та інших галузей права (законодавства). Він зазначає, що такий підхід зумовлює сприйняття правових позицій як певного позасистемного феномена – нового правового явища, місце якого в системі координат українського права поки, що залишається невизначеним [138, с. 122]. Цілком погоджуємося з цією думкою, яка ще раз підтверджує актуальність даної проблематики.

На думку В.М. Кампо, не може існувати єдиного розуміння правових позицій Конституційного Суду України, оскільки з різних доктринальних поглядів одні й ті самі позиції можуть розглядатися як такі, що містять дещо відмітний зміст. Так, з погляду доктрини правової держави (романо-германська правова традиція) правові позиції можна визначити як положення нормативного тлумачення Конституції та законів України та казуального застосування конституційних норм до оспорюваних приписів законодавства в актах Конституційного Суду України, які на території держави є обов'язковими до виконання, остаточними і не можуть бути оскаржені. З погляду доктрини верховенства права (англосаксонська правова традиція) правові позиції – це будь-які положення висновків, рішень та ухвал Конституційного Суду України, які з огляду на судовий характер цих актів можуть

служити нормами для їх виконання, використання, додержання та застосування будь-якими органами публічної влади, об'єднаннями громадян, фізичними та юридичними особами приватного права. Правові позиції Конституційного Суду України можуть також мати нормативістський (консервативний) або реалістичний (модернізаційний) характер. Переважання нормативістських положень у правових позиціях Суду є наслідком певної правової традиції, що склалася в пострадянський період у судах загальної юрисдикції на ґрунті верховенства закону. А реалістичні положення в його правових позиціях є продуктом застосування засад верховенства права [48, с. 115]. Тобто через призму різних доктринальних поглядів не існує єдиного розуміння поняття «правова (юридична) позиція» в науці конституційного права. Підтримуємо думку В. М. Кампо, що не може існувати єдиного розуміння правових позицій Конституційного Суду України, оскільки з різних доктринальних поглядів одні й ті самі позиції можуть розглядатися як такі, що містять дещо різний зміст [49, с. 69].

До ознак правової позиції як загальнотеоретичної категорії відносять: її об'єктом є право у взаємозв'язку із соціальними процесами та суспільними відносинами; її мета – переконати інших суб'єктів у правильності, об'єктивності висновків; правова позиція виступає вагомим чинником саморозвитку та самоорганізації права і одні з джерел нормотворчої та правозастосовної діяльності [135, с. 38-45].

Найбільш істотні ознаки правових позицій Конституційного Суду визначив М.В. Бондар. На думку науковця, правові позиції:

- *мають підсумково-узагальнюючий характер*, тобто складають «юридичну квінтесенцію прийнятого судового рішення», визначають внутрішній зміст рішень Конституційного Суду;

- *мають оціночну, аксіологічну природу*, адже в них знаходить вираження ставлення Конституційного Суду не тільки до правової норми, щодо якої подано запит, але й до змісту соціальних відносин, що знаходяться в її основі;

- *є результатом тлумачення конкретних положень законодавства, підсумок з'ясування конституційного сенсу положень, що розглядаються Конституційним Судом у межах його повноважень;*

- *у своїй основі мають концептуальний характер, оскільки вони не тільки дають відповідь на питання про конституційність правової норми (за принципом «так» або «ні»), а й пропонують конституційно-правові рішення соціальних суперечностей і конфліктів, що розглядаються;*

- *мають загальний характер та є юридично обов'язковими, причому юридична сила правових позицій Конституційного Суду не поступається юридичній силі його рішень [14, с. 60-61].*

Деякі науковці до ознак правових позицій Конституційного Суду України відносять:

- *правовий зміст правової позиції. Правовою позицією можна вважати тільки ту частину рішення, в якій міститься правовий висновок, викладається правове розуміння Конституційним Судом норм, положень, принципів, установлених у Конституції чи законах України. Тому необхідно відрізнити правові позиції Конституційного Суду від висновків, які містяться в його рішеннях і не мають правового характеру [141, с. 18];*

- *нормативність правової позиції характеризується невизначеністю дії у часі та неодноразовістю її застосування. Правові позиції Конституційного Суду України стосуються не індивідуально визначених суб'єктів, а охоплюють їх широке коло і розраховані на неодноразовість застосування [153, с. 1066];*

- *присутність у правової позиції неявного смислу правової норми чи положення закону. Така ознака впливає з цілей самого тлумачення як процесу, що має на меті з'ясувати і роз'яснити норму, яку суб'єкти конституційного подання (звернення) розуміють неоднозначно [141, с. 19]. Не можна назвати правовою позицією Конституційного Суду ту частину його рішення або висновку, де міститься явний зміст норми або положення Конституції чи закону України, які передаються дослівно або іншими словами;*

- *загальнообов'язковість правових позицій означає, що вони обов'язкові до виконання на всій території України, остаточні та не можуть бути оскаржені* [153, с. 1066].

У процесі діяльності Конституційний Суд формує правові позиції, якими в подальшому керується в прийнятті процесуальних документів. У науковому середовищі обговорюється механізм прийняття адекватних правових позицій Конституційним Судом України.

Правові позиції Конституційного Суду України, на думку М.В. Тесленко, можна поділити на два основних види:

- правові позиції, сформульовані в результаті офіційного тлумачення Конституції та законів України;
- правові позиції, сформульовані в результаті перевірки на відповідність Конституції України положень законів та інших правових актів [140, с. 37].

Також варто розглянути інші класифікації, подані в працях Тесленка М.В., який класифікує правові позиції КСУ за:

- *об'єктом конституційно-правової проблеми* (стосуються понять, норм, принципів, інститутів);
- *характером предмета регулювання* (матеріально-правові та процесуально-правові);
- *сферою суспільних відносин* (правові позиції в галузі прав і свобод людини і громадянина, державного будівництва, місцевого самоврядування тощо) [140, с. 37].

Практику Конституційного Суду України щодо європейських спільних цінностей, на погляд В.М. Кампо, доцільно розділити за такими напрямками: 1) верховенство права та його складові; 2) права і свободи людини і громадянина, гарантії їх реалізації, захисту та охорони; 3) представницька і безпосередня демократія, політичні партії і громадські організації [50, с. 26].

Професори П. Рабінович і В. Гончаров виділяють первинні та контраверсійні правові позиції Конституційного Суду України, обґрунтовуючи це тим, що Конституційний Суд України «у процесі своєї діяльності не може не вдаватися до

своєрідного соціального пізнання суспільних наслідків своїх рішень або змін, що відбуваються в суспільстві. Тому перегляд власних правових позицій зазвичай якраз і зумовлюється або визнанням помилок у такому пізнанні, або ж адекватним відображенням соціальних змін» [25, с. 150]. Тобто правові позиції Конституційного Суду можуть переглядатися за наведених вище причин, контраверсійна правова позиція є результатом перегляду первинної правової позиції та зумовлюється певними соціальними чинниками, чим забезпечується функціональна стабільність Основного Закону через переосмислення деяких його положень навіть за незмінності їх тексту.

У науковому середовищі тривають суперечки щодо співвідношення понять «рішення» та «правова позиція» Конституційного Суду України. По-перше, правові позиції містяться не тільки в рішеннях Суду, але і в висновках та ухвалах. Деякі науковці ототожнюють акти Конституційного Суду та правові позиції, проте ми вважаємо, що вони співвідносяться як ціле і частина, де частиною є правова позиція. Відповідно до цього, певна частина акта Суду містить правову позицію, з приводу цього також точаться суперечки.

Правові позиції можуть бути викладені у мотивувальній і в резолютивній частинах акта Конституційного Суду України. У резолютивній частині міститься остаточний висновок Суду щодо розглядуваної справи. Правові позиції, на яких ґрунтується підсумкове рішення Суду і які відображають його аргументацію, містяться в мотивувальній частині акта. У Рішеннях Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України правові позиції містяться як у мотивувальній, так і в резолютивній частинах, обов'язковими є обидві названі частини рішення. У рішеннях щодо конституційності правових актів і висновках Суду правові позиції викладені лише в мотивувальній частині. Правові позиції Конституційного Суду України мають однакову юридичну силу, незважаючи на те у якій частині рішення їх викладено [153, с. 1067]. Проте не в кожному акті міститься нова правова позиція. Тобто для оцінки оспорюваної норми Конституційний Суд України вдається до своїх минулих позицій. Ми вважаємо, що

суть правових позицій Конституційного Суду полягає в усталеній практиці Суду, проте існує проблема перегляду своїх правових позицій.

Правові позиції Конституційного Суду України мають особливий вплив на судову владу, статус суддів, тому, на нашу думку, потрібне удосконалення процесуального законодавства відповідно до юридичних позицій Конституційного Суду України.

Отже, є правові позиції, сформульовані в результаті офіційного тлумачення Конституції та законів України, та правові позиції, сформульовані в результаті перевірки на відповідність Конституції України положень законів та інших правових актів. Існують різноманітні класифікації правових позицій, такі як: за об'єктом конституційно-правової проблеми, за характером предмета регулювання, за сферою суспільних відносин, за змістом правових позицій. Правові позиції мають такі ознаки: вони мають підсумково-узагальнюючий характер; мають оціночну, аксіологічну природу; є результатом тлумачення конкретних положень законодавства; в своїй основі мають концептуальний характер; мають загальний характер та є юридично обов'язковими тощо. Правові позиції формулюються в мотивувальній та, в деяких випадках, у резолютивній частині акту Конституційного Суду України. Та правові позиції містяться не тільки в рішеннях, але й у висновках та ухвалах Конституційного Суду України. Юридичні позиції Конституційного Суду України є результатом офіційного тлумачення правових норм, містяться у процесуальних документах Суду, а саме в рішеннях, висновках і ухвалах. Правові (юридичні) позиції Суду є важливими елементами діяльності органу конституційної юрисдикції та результатом інтерпретаційного процесу. Практика діяльності Конституційного Суду України вказує на те, що досить часто правові (юридичні) позиції суду змінювались без належного обґрунтування. На нашу думку, потрібно внести зміни до Закону України «Про Конституційний Суд України» та передбачити обов'язковість ретельного аргументування рішень.

Висновки до Розділу 2

1. Конституційна герменевтика є інтерпретаційною основою сучасного судового конституціоналізму, основні ознаки якої - амбівалентний характер, тобто

змішана політико-правова природа та здійснення в певних історичних умовах; використання герменевтикою різних філософських і правових категорій; багатогалузевий характер; ціннісно зорієнтована інтерпретація норм і принципів; теоретико-прикладний характер, що проявляється в роз'ясненні правових явищ у механізмі правового регулювання або реалізації; підкріплює взаємозв'язок між конституцією, галузевими нормами, поведінкою та діяльністю суб'єктів права в процесі реалізації прав, свобод, обов'язків і повноважень.

2. Належна судова процедура є основною гарантією справедливості. Саме процесуальні гарантії належної правової процедури дають право учасникам судового процесу на справедливий процес. При цьому право на судовий захист в аспекті доктрини належної правової процедури одночасно є правом і гарантією, що забезпечує реалізацію та дотримання всіх інших прав людини і громадянина; засноване на законі в широкому значенні; захищає будь-яку особу від свавілля іншої особи (осіб) і держави; забезпечується шляхом здійснення особливої процедури - правосуддя; способом установаження ідеї права замість ідеї контрольованого або неконтрольованого насильства. Відповідно до конституційного закріплення права на судовий захист і конституційного призначення судової влади, зокрема конституційного судочинства, є основними у визначенні судового конституціоналізму. Судовий конституціоналізм є матеріалізацією конституційної судової практики, практичним втілення верховенства Конституції, її прямої дії та конституційних цінностей. Сила верховенства права у всьому світі в основному вимірюється ступенем незалежності судової влади. Незалежність судової влади є ключовим елементом верховенства права. Судді повинні бути незалежними від виконавчої влади. Найбільш сприятливими для незалежності суддів є відносини, в яких виконавча влада відіграє мінімальну роль у процесуальному регулюванні судової професії та у прийнятті основних рішень суддів. Крім того, надзвичайно важливо, щоб судді були не просто незалежними, а сприймалися громадськістю як незалежні. Будь-яке сприйняття упередженості послаблює довіру громадськості до судової влади.

3. Правова (юридична) позиція має на меті гарантувати рівність усіх перед законом у результаті однакового тлумачення Конституції України та, відповідно, застосування правових аргументів і висновків відповідно до вже сформованих правових позицій Суду, що виражає стійке ставлення Суду до конституційно-правових проблем. Також потрібно звернути увагу на істотні ознаки правових (юридичних) позицій Конституційного Суду. Насамперед, треба вказати на її підконституційність, тобто відображення реального смислу Конституції України; інтерпретаційний характер, який впливає з суттєвості рішень суду; загальнообов'язковість; стабільність. Виходячи з вищевикладеного, правові (юридичні) позиції Конституційного Суду України - це правові висновки, які є результатом тлумачення Конституції України та конституційно-правового змісту інших нормативно-правових актів, що слугує юридичним обґрунтуванням рішень Конституційного Суду України та має загальнообов'язковий та стабільний характер. Класифікація правових (юридичних) позицій сприяє систематизації позицій Конституційного Суду за вищенаведеними критеріями, що забезпечує їх зручне використання в практичній та науковій діяльності. Практика застосування правових (юридичних) позицій Конституційного Суду України дозволяє зробити висновок про їх преюдиційне значення, насамперед для Конституційного Суду України та органів публічної влади. Практика діяльності Конституційного Суду України вказує на те, що досить часто правові (юридичні) позиції суду змінювались без належного обґрунтування. На нашу думку, необхідно внести зміни до Закону України «Про Конституційний Суд України» та передбачити обов'язковість ретельного аргументування рішень.

РОЗДІЛ 3. ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

3.1. Гарантування верховенства права як основна мета судового конституціоналізму

Ліберально-буржуазні революції, що відбулися в Англії, США та Франції, внесли в політичну систему нову концепцію: верховенство права, основною лінією якої є підпорядкування всіх закону, що являє собою обмеження політичної влади. Ідея верховенства закону тісно пов'язана з ідеєю конституціоналізму, суттєва якість якої, за висловом Чарльза Говарда МакІлвейна, передбачає: «юридичне обмеження уряду; це антитеза довільного уряду; це протилежність деспотичному уряду, каприз капризу замість правового» [224]. Як справедливо зазначає С.Шевчук, «Головна ідея доктрини конституціоналізму - це правове обмеження державної влади. Це досягається, серед іншого, шляхом реалізації принципу верховенства права, застосуванням цього принципу судовою системою та насамперед органами конституційної юрисдикції. Тобто верховенство права є складовою конституціоналізму, і, керуючись цією перспективою, належить розрізняти формальні та органічні (матеріальні) аспекти верховенства права. Доктрина верховенства права охоплює такі найважливіші складові: 1) спосіб унеможливлення свавільного та антидемократичного правління, а також відображає спосіб організації життя суспільства на правових засадах, на відміну від анархії; 2) прояв природного права у сучасних правових системах (принципи справедливості, пропорційності, рівності, цілеспрямованості тощо), як основний критерій визначення неправових законів та основна гарантія справедливості державних рішень (насамперед - судових); 3) спосіб організації належної правової системи (принцип правової визначеності, заборона неправомірної дискреції та зворотної дії нормативно- правових актів, незалежна судова влада та судовий контроль)» [154, с. 60-31].

Ідея обмеженого конституцією правління склалася як універсальна вимога свободи особи та права народу контролювати державну владу. Ідея обмеженого правління в сучасній інтерпретації викладена в знаменитій теорії справедливості

політичного філософа Д. Ролза (1921-2002). На думку Д. Ролза, категорія справедливості являє собою нормативну угоду, на яку мають погодитися всі люди [113]. Поряд з обмеженням державної влади існує гарантія основних прав, що є не що інше, як просто позитивне вираження природних прав. Такі права, передбачені в той період відразу після революцій, - це ті, які доктрина погодилася класифікувати як перше покоління або вимір, пов'язані зі значенням свободи.

Це глибше пояснене у викладі Інго Сарлета: «Основні права, принаймні в межах їх визнання в перших письмових конституціях, є своєрідним продуктом (підкреслено певний соціальний зміст, характерний для французького конституціоналізму)», з ліберально-бордового мислення 18-го століття, з яскраво вираженим індивідуалістичним характером, що виникає і стверджує себе як права особистості щодо держави, точніше, як права на захист, розмежовуючи галузь невтручання держави та сферу автономії особи перед її силою» [240]. З цієї причини їх представляють як «негативні» права, оскільки вони спрямовані на утримання, а не на позитивну поведінку влади. [...] Вони набувають особливого значення у списку цих прав, особливо за його горезвісне юснатуралістичне натхнення, права на життя, свободу, власність і рівність перед законом.

Іншим важливим наслідком, який запровадило верховенство права, було широке використання письмових правових норм з очевидною метою регулювання дій уряду та приписування прав. Саме в цей момент виникає американська конституція, Загальна декларація прав людини та перша французька конституція, яка також відображає позитивістське мислення, онтологічною основою якого є верховенство законів стосовно всього і кожного. Ось чому верховенство закону також відоме як стан уряду законів, і це було запроваджено в конституціях під ідеєю політичної та юридичної відповідальності урядів, намагаючись у такий спосіб приборкати зловживання владою, як різницю між правителями і правилами.

Розуміння Норберто Боббіо чіткіше пояснює це явище: держава - на межі влади самих законодавчих органів - праворуч (так званий «конституціоналізм») [179]. Під поділом влади я маю на увазі, в широкому розумінні, не лише вертикальне розділення основних функцій держави між органами на вершині

державного управління, але й горизонтальний поділ між центральними та периферійними органами в різних формах самоврядування, починаючи від політичної децентралізації - до федералізму. Другий процес - той, що породив фігуру, справді домінуючу в усіх політичних теоріях минулого століття, верховенства права, тобто держави, в якій кожна влада здійснюється в межах правових норм, які обмежують її компетенцію та керують її рішеннями, хоча часто з певною свободою розсуду. Це відповідає тому процесу трансформації традиційної влади, яка базується на особистих і родових відносинах, у законну та раціональну владу, по суті безособову».

Виходячи з цього, можна стверджувати, що характеристиками верховенства права є: уряд, обмежений структурними законами держави, триподіл повноважень та забезпечення індивідуальних прав і гарантій. Отже, виникають такі поняття, як свобода та рівність, гарантовані законом. Тому Луїджі Ферражолі розуміє, що верховенство права народжується з утвердженням принципу законності: що ця інстанція досягає історичної реалізації саме із затвердженням принципу законності як винятковим критерієм ідентифікації дійсного та раніше існуючого, з незалежністю його оцінки як справедливої. Завдяки цьому принципу та кодифікаціям, які є його виконанням, правова норма не є дійсною, оскільки вона справедлива, а лише тому, що вона була «пустою» владою, наділеною нормативною компетенцією» [250].

Верховенство права передбачає, що «міждисциплінарний підхід є не тільки тим фактом, що він передбачає обмеження держави нормами права, й забезпечення гарантій свобод людини та раціоналізації здійснення влади державними органами шляхом створення ієрархічно інституційної та нормативної системи» [196]. Якщо спробувати вивчити способи обґрунтування верховенства права як суттєвої складової європейської зовнішньої політики, то ми не зможемо позбавитися враження, що сам термін «верховенство права» означає щось дуже відмітне від визначень, пропонованих філософами права. Хоча існує багато різних визначень (хтось наголошує на формальних характеристиках, хтось дає більш змістовне визначення, підкреслюючи важливість прав людини), проте видається можливим

виокремити низку стрижневих властивостей, існування яких не викликає заперечень в абсолютній більшості авторів. Вважається, що верховенством права зазвичай називають систему, за якої ухвалення політичних рішень спрямовується і контролюється відкритим, неупередженим, доступним правом, що не має зворотної дії. Право не прислуговує політичній волі, а встановлює правила гри, обов'язкові як для держави, так і для громадян.

Верховенство права має давню історію, з часом ця концепція була апробована різноманітними теоріями. Карло Туорі запропонував оперативну класифікацію, яка визначає щонайменше три моделі верховенства права в історії конституційних ідей: так звана ліберальна модель, матеріальна модель і формальна модель [254]. Ще зазначимо, що це лише три послідовні моделі тільки в німецькій думці, колисці Рехтштату з ХІХ століття.

а) Так звана ліберальна модель, яка вже існує в терміні верховенство права, відповідає політичній ідеології: суворому розподілу державної та приватної сфер. Держава обмежена і повинна захищати свободу людей, щоб приватна сфера (і, зокрема, ринок) регулювала себе. Отже, норми права повинні бути загальними і абстрактними (звідси культ Закону) і раціональними (у наступності філософій Просвітництва і Канта). Ця ідея раціональності визначає критерій не матеріальний, а формальний, оскільки саме законодавча процедура повинна це гарантувати (прийняття парламентом закону);

б) Матеріальна модель відповідає німецькому конституціоналізму середини 19 століття (до Бісмарка), який увів термін Rechtsstat [220]. Спочатку держава розглядається як відповідь на необхідність єдності, до якої прагне німецька буржуазія, а верховенство права - як засіб гарантування її свобод: держава асимілюється до особи (монарха), яка може виконувати свої місії лише за допомогою закону і з його повагою. Суверен обмежений принципом законності, який ставить закон вище держави і який передбачає його об'єктивне існування незалежно від держави. Задумана у такий спосіб норма права стала матеріальною моделлю: вона відповідає вимозі (щоб держава поважала це вище право), а не техніці, яка вказувала б на юридичне обмеження;

в) Формальна модель відповідає правовому позитивізму (кінець 19 століття). Держава є юридичною особою, а закон - сукупністю норм, що реалізують порядок, передбачений Конституцією (ієрархія норм). Отже, права над державою не існує, і відповідь на юридичне обмеження державної влади полягає у самообмеженні. Верховенство права - це норма, при якій органи держави повинні поважати правові норми, які вищі органи держави прийняли [217].

Це очевидно, якщо концепція верховенства права, яку ми приймаємо, є суто матеріальною. Як тільки ми вважаємо, що верховенство права - це підпорядкування закону держави ідеалу, що перевершує державу, ми насправді ототожнюємо верховенство права не з технікою правової організації влади, а з політичним проектом. Якщо ми поєднуємо цей матеріальний підхід з демократією (що є лише одним із варіантів: у цій моделі верховенства права може існувати недемократична концепція, як уже зазначалося), ми насправді говоримо про асиміляцію демократії та держави за законом, шляхом надання змісту (обмеження органів держави за законом, організація демократичних процедур призначення органів публічної влади) концепції демократії. Сказати, що політичний проект «Верховенство права» необхідний для демократії, є тавтологією: політичний проект необхідний собі, верховенство права - це демократія.

Мішель Тропер вважає, посилаючись на праці Кельзена, що:

«Немає демократії без верховенства права. Насправді в умовах демократії люди - або їх представники - складають закон, а адміністративна влада може діяти лише на виконання закону. Отже, реальність демократичної влади тісно залежить від існування ієрархії норм. Цю ієрархію потрібно навіть розуміти особливо суворо: закон може дозволяти виконавчій владі лише якомога обмеженішу свободу розсуду, так що кожна команда відображається як відрахування від закону. Це є причиною того, що страту не можна доручати демократичній владі, яка ризикує відхилитися від суворого виконання» [253].

Класично, ще з А. Дайсі концепція верховенства права ґрунтується на трьох елементах:

а) ніхто не може бути покараний або засуджений, якщо це не відповідає встановленому законом правопорушенню та належній процедурі в судах;

б) усі особи рівні перед законом і можуть бути піддані судам, незалежно від їхнього рангу чи їхнього багатства;

в) загальні принципи Конституції впливають із рішень судів з окремих справ [198].

Висновки, виведені з цієї концепції, - це перш за все виключення довільної влади та передача широкої дискреційної влади в руки державних службовців; рівність перед законом, що призводить до існування єдиного порядку юрисдикції, що розглядає всі справи, незалежно від того, стосуються вони осіб чи корони; і нарешті той факт, що права та свободи людей не повинні бути передбачені конкретним текстом (хартією, що визначає права, які можуть мати конституційну цінність), а випливають із звичайного законодавства та принципів загального права. Для А. Дайсі важлива ідея звичайного права («верховенство в країні звичайного права»). Верховенство права, суверенітет парламенту та конвенції конституції складають три опори конституційного права в цій перспективі.

Верховенство закону – це доктрина щодо того, що закон повинен бути набором стандартів, тобто, яким закони повинні відповідати, тільки тому, що тиран посилається на свої команди та довільні рішення, оскільки «закони» не роблять їх такими. Перевірка полягає не в тому, як правило називається, а в тому, чи є правило загальним, відомим і певним; а також чи є воно перспективним (застосовується до майбутньої поведінки) і застосовується однаково. Це основні атрибути добрих законів - закони, які стримують, але не примушують, і дайте кожному індивіду достатньо місця для того, щоб бути людиною, яка мислить і оцінює, і здійснювати власні плани та задуми. Це не означає, що людина може вільно робити те, що їй заманеться; для свободи не є ліцензією. Абсолютна свобода стала б кінцем свободи, унеможлививши для суспільства порядок, захист від злочинів, захист від іноземних нападів та ефективно реагування на фізичні, матеріальні та духовні потреби своїх членів. Конституція базується на переконанні, що єдиною законною конституцією є та, яка походить від народу і контролюється ним. Отже, конституція - це більше,

ніж сукупність основних норм та принципів. Як писав Томас Пейн, «Конституція - це не акт уряду, а народу, який складає уряд, а уряд без конституції - це влада без права». Цей принцип проголошено в преамбулі Конституції, де проголошено, що Конституція визначається і встановлюється не урядом, а «Ми, Народ».

Верховенство права було описано як «рідкісний принцип нашої політичної традиції» [169]. Верховенство права централізовано передбачає «цінності регулярності та стриманості, втілені в гаслі» уряду законів. Кіт Мейсон зазначив: «Верховенство права підтримує набагато більше, ніж конституціоналізм» [219].

Теорію А. Дайсі можна додатково критикувати через сприйняття ним «суверенітету парламенту та верховенства (звичайного) права» [195]. Кіт Мейсон зазначив, що австралійські парламенти можуть бути верховними, але вони не є суверенними. «Верховенство закону підтверджує верховенство парламенту, одночасно заперечуючи його суверенітет над Конституцією». В Австралії парламент однозначно повинен діяти відповідно до Конституції.

Ф.А. Хайек подав чітке та стисле формулювання верховенства права: «Позбавлене всіх технічних особливостей - це означає, що уряд у всіх своїх діях пов'язаний правилами, зафіксованими й оголошеними заздалегідь правилами, що дозволяють з точною впевненістю передбачити, як влада буде використовувати свої примусові сили в певних обставинах і планувати власні справи на основі цих знань» [251]. Ф.А. Хайек розглядає чотири характеристики верховенства права, зокрема загальний характер, рівність й визначеність закону, право оскаржити в суді дискреційні повноваження адміністративних органів. Визначеність – це та риса, яку підкреслює Ф.А. Хайек у своєму аналізі «верховенства права». Ширші погляди на верховенство права, такі як рішення Бреннана, Діна та Доусона Дж. Дж. У справі Чу Хенг Лім проти Міністра імміграції, також визнають невід'ємні відносини між «урядовим законодавством» і доктриною розподілу влади [191].

Верховенство закону, в будь-якому з його формулювань, справді обмежене і мало обмежений ефект у виконанні своїх конституціоналістичних обіцянок в австралійському праві. Однак ми не повинні покладатися на верховенство права як на абсолютний засіб досягнення рівності, прав людини, справедливості, свободи і

навіть демократії [171]. Це може бути надзвичайно вагомим принципом, однак верховенство закону не є повністю або явно закріпленим у нашій конституції, і саме з цієї причини нам треба, у майбутньому, бути обережними.

Верховенство права Конституційний Суд України трактує як панування ідеї права в суспільстві. Звернімо увагу, не лише в державі, а і в суспільстві. Держава ж, яка не повинна мати власного, часткового інтересу, відмітного від суспільства, має втілювати ідею права в закони. Вони повинні бути змістово наповнені такими цінностями, як справедливість, рівність, свобода, що є смисловими характеристиками права, виражають ідею права. Отже, панування права – це панування в суспільних відносинах правової рівності у справедливості, свободі, добрі, істині тощо безвідносно до нормативного оформлення. У трактуванні верховенства права Конституційного Суду України акцентовано на правовому змісті, а не на формі права.

Так, у Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 [111], «відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та

рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.... Верховенство права, будучи одним з основних принципів демократичного суспільства, передбачає судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу».

У Рішенні Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень розділу I, пункту 2 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213–VIII від 23 січня 2020 року № 1-р/2020 [109] зазначається: «Враховуючи зміст статті 8 Конституції України, розвиваючи практику Конституційного Суду України, верховенство права слід розуміти, зокрема, як механізм забезпечення контролю над використанням влади державою та захисту людини від свавільних дій державної влади. Верховенство права як нормативний ідеал, до якого має прагнути кожна система права, і як універсальний та інтегральний принцип права необхідно розглядати, у тому числі, в контексті основоположних таких його складових, як принцип законності, принцип поділу влади, принцип народного суверенітету, принцип демократії, принцип юридичної визначеності, принцип справедливого суду».

У Рішенні Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020, Конституційний Суд України в абзацах першому, другому підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини встановив: «Вимогою верховенства права є дотримання принципу юридичної визначеності, що зумовлює однакове застосування норми права, недопущення можливостей для її довільного трактування. Юридична визначеність норми права є ключовою

умовою забезпечення кожному ефективного судового захисту незалежним судом»[110].

У Рішенні Конституційного Суду України (Другий сенат) у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213–VIII від 18 червня 2020 року № 5-р(П)/2020, Конституційний Суд України чітко вказав: «Особливу роль у системі інституційного забезпечення «верховенства права» (правовладдя) відведено судовій владі загалом, а зокрема – конституційному й адміністративному видам судочинства. Саме ці два види судочинства покликані забезпечувати узгоджений характер усієї юридичної системи в умовах співіснування суперечливих норм, завдяки чому досягається дієвість верховенства права (правовладдя), тобто його ефективність» [108].

Виходячи з вищевикладеного, Конституційний Суд України формує конституційну доктрину верховенства права.

Перехід від державного права до верховенства права був і є довгим і складним процесом, вписаним між полюсами суперечливих цінностей. З точки зору ідей, основа побудови правової держави базується на ідеї раціоналізації правової системи та підкреслення її ефективності. Суттєвою вимогою конституційного ідеалу верховенства права є підпорядкованість держави верховенству права й обмеження влади держави законом. Верховенство закону та імпліцитно конституція зобов'язує органи державної влади поважати основні права та свободи громадян, утримуватися від будь-якого свавільного втручання у їх здійснення, крім того, вживати політично та юридично відповідні та необхідні заходи для збереження та утвердження основних прав [197, с. 199].

У широкому розумінні верховенство права - це сукупність інститутів, принципів і цінностей, які керують практикою, формами та цілями державної діяльності. У більш вузькому розумінні це пов'язано із затвердженням та оприлюдненням норм, а також з їх дотриманням. Існує дві концептуальні складові

для аналізу: його історичний розвиток у сучасних західних суспільствах і нормативний принцип, що впливає з цього процесу. Щодо першого компонента, в «Основах свободи» Ф.А. Хайєк аналізує дискусію щодо того, хто і в якій мірі повинен виконувати законодавчу функцію. На думку автора, починаючи з XVII століття, була закріплена ідея уряду, обмеженого поділом влади; століття потому американський конституціоналізм був письмовим вираженням цих меж, щоб захистити свободу особистості. З цього історичного процесу впливає нормативний принцип, згідно з яким верховенство права є метаправовою доктриною, політичним ідеалом, прийнятим більшістю членів суспільства для стримування незаконного наступу політичної влади [186]. У тому ж ключі верховенство права передбачає, що дії держави повинні бути засновані та розташовані в межах інститутів, принципів і цінностей, які походять від основних прав та гарантій, що захищають індивідуальну сферу. З цією метою конституційна форма розподіляє і повноваження державної влади між різними державними органами, що підлягають контролю та відповідальності.

Мета верховенства права полягає у забезпеченні стабільного та передбачуваного посилення, з якого люди можуть вибирати між альтернативною політикою розвитку своєї діяльності. За словами Леоні, така передбачуваність «не може підтримуватися без ефективної гарантії визначеності закону, що розуміється як можливість для людей планувати свою поведінку в довгостроковій перспективі, в приватному житті, бізнесі. Таке планування вимагає довготривалої впевненості в однаковості правил протягом століть і безперервності скромної та обмеженої роботи судів, а не тієї, яку виробляють законодавчі органи» [232]. Функція створення та підтримання політичного порядку верховенства права часто виділяється, хоча не менш важливою є сфера передбачуваності. І навпаки, так само, як посилення на виникнення конфліктів за відсутності верховенства права є частим, не менш важливим буде підкреслити нестабільність, непередбачуваність і безкарність, породжені цією відсутністю.

У конституційній державі значення та тип захисту, що надаються основним правам, мали сильні наслідки для конфігурації концепції верховенства права. За

часів лібералізму ХІХ століття верховенство права означало державу, в якій діє принцип законності, тобто принцип дотримання закону або, в більш слабкому варіанті, сумісності із законом - змісту актів «виконавчої влади». Тобто значення верховенства права може збігатися з народженням та подальшим затвердженням адміністративної справедливості. Судова перевірка законності виконавчих актів, за винятком низки державних актів, які усуваються від судового контролю в силу своєї природи «політичних актів», це було найліпшим підтвердженням першості закону над будь-якими іншими актами державних органів, що було непереборною догмою правової системи, що діяла тоді. І оскільки закон як акт, наділений характеристиками загальності та абстрактності, вважався актом, який найвищою мірою гарантував суб'єктивні правові ситуації, контроль адміністративного судді за дотриманням законності з боку виконавчої влади також становив найкраще підтвердження гарантії таких ситуацій. Саме як загальний та абстрактний акт, закон насправді можна було б відмежувати від адміністративного положення, конкретного та конкретного акту, і служити терміном для порівняння законності цього положення про те, що було непереборною догмою правової системи, яка діяла в той час. І оскільки закон як акт наділений характеристиками загальності та абстрактності, вважався актом, який гарантував суб'єктивні правові ситуації у найвищій мірі, контроль адміністративного судді за дотриманням законності з боку виконавчої влади також становив найкраще підтвердження гарантії таких ситуацій.

У конституційній державі змінюються умови, на яких будувалася верховенство права. Підпорядкування закону конституції та пов'язана з цим діяльність органу конституційного контролю над законами, безумовно, становлять два окремі елементи. Правда, що стосується, наприклад, іспанської правової системи, то законність поділялася на дві ідеально окремі сфери - конституційну та звичайну [188], розмежуючи відповідні юрисдикційні гарантії: з часом об'єкт рішення конституційної юрисдикції переноситься на закони й акти, що мають силу закону, оскільки підпорядковані закону нормативні та адміністративні акти підлягають перегляду адміністративним суддею, відповідальним за захист звичайної законності. Питання, яке потрібно поставити, полягає у тому, чи

вичерпана конституційна концепція верховенства права цими елементами. Якби це було так, розрив з попередньою системою був би зведений до переходу від пріоритету закону до акта Конституції, і як закон, так і Конституція повинні розглядатися як «прояви державної волі», відповідно до юридично-правової побудови джерел права статутного періоду. Конституція виключає таку можливість з причин, які дозволяють нам позитивно сприймати значення, яке приписується її першості над іншими актами органів державної влади. Наведені в даний час елементи, частково виведені з позитивного конституційного права, а частково з оновленого тлумачення стану юриспруденції, визначають як верховенство Конституції над законом у набагато більш значущому значенні, ніж профіль формальної ієрархії, і водночас передбачає поняття верховенства права, адаптоване до принципів нинішньої конституційної системи.

Оскільки принцип верховенства права конституційний, то на його підставі має розвиватися все правове життя країни: він має бути втіленим у життя в інститутах прав і свобод людини та громадянина, представницької влади, виконавчої влади, президенства, судової влади, прокуратури, референдуму в Україні тощо. Цей принцип має пронизувати правову ідеологію, правотворчість, правореалізацію, має стати основою розвитку всіх галузей права.

В умовах неповаги державної влади та громадянства до конституціоналізму загалом, відступ від конституційних принципів, на жаль, є нормою державно-політичного життя, і це небезпечно для суспільного розвитку. Конституційний принцип верховенства права в нинішніх умовах не може бути реалізований у правовому житті через низку перешкод. По-перше, Конституція України не відрізняє принцип верховенства права від принципів законності та конституційності. Українські правники, будучи вихованими та сформованими на засадах легістського підходу до права, зазвичай ототожнюють ці принципи, хоча насправді, між ними існують відмінності. Оскільки право є первинним стосовно закону, то і принцип верховенства права є первинним стосовно принципів законності та конституційності. Проте ця відмінність виразна лише з позицій юридичного (природно-правового) підходу до права. У Конституцію України

необхідно, аналогічно до ст. 20 Конституції ФРН, внести статтю в такій редакції: «Право і закон загалом співіснують, проте право не є тотожним сукупності писаних законів, хоча подекуди вони збігаються. Право може існувати поза позитивними нормами, прийнятими державою. Тому немає підстав ототожнювати принцип верховенства права з принципом законності, який може бути однією зі складових верховенства права».

По-друге, на перешкоді реалізації конституційного принципу верховенства права, на наш погляд, стоїть принцип централізації державної влади, який добре виражає президентська вертикаль. Ідеться про держадміністрації, які виконують невласиві їм функції, здійснюючи, відповідно до Конституції України, підміну органів місцевого самоврядування. Доки така ситуація не вирішиться, навряд чи можлива в Україні демократія «знизу», а без цього українська демократія як така відбутися не зможе. Очевидно, що підміна держадміністраціями на місцях органів місцевого самоврядування стоїть на перешкоді розбудови громадянського суспільства, а воно є суб'єктом творення правової держави. Правова держава – це держава, у якій панує право як принцип правової рівності, як рівна міра справедливості, добра, свободи, істини тощо для однойменних суб'єктів права. Отже, неповноцінне, незріле громадянське суспільство (а саме таким воно є в Україні) не спроможне побудувати правову державу.

Важливим аспектом досліджуваної проблеми є світоглядно-філософське підґрунтя реалізації принципу верховенства права. На жаль, при декларуванні демократичності та гуманістичності державної політики в нинішній Україні фактично продовжують домінувати умови, що визначаються стереотипом мислення, «відповідно до якого інтереси держави мають пріоритет над інтересами і правами людини» [124]. На наш погляд, слушна думка О. Скрипнюка про те, що в умовах авторитарних держав значна кількість юридичних функцій конституції мають моновалідний характер, тобто вивільняють державу з-під впливу конституції. Сама конституція набуває інструментального характеру та відіграє роль засобу в реалізації цілей владної еліти, хоча серед соціальних основною стає зовнішня легітимація авторитарної влади при формуванні ілюзії пріоритету права.

Автор доходить висновку, що той тип держави, який сформовано в Україні, «відтворює переважну більшість характеристик саме авторитарних держав, коли основною функцією конституції є забезпечення можливості правлячої еліти маніпулювати правом, створюючи при цьому зовнішню ілюзію демократизації та становлення правової державності» [127].

Конституційний принцип верховенства права є необхідною умовою для системи цінностей в конституційній схемі, яка обрана народом у конституційній державі. Саме принцип верховенства права відповідає стандартам легітимності та легальності. Конституційний Суд України у своїх рішеннях виділив такі складники верховенства права: правова визначеність; заборона свавілля, доступ до правосуддя; дотримання прав людини, рівність перед законом; принцип верховенства Конституції.

3.2. Забезпечення правового режиму верховенства та прямої дії Конституції України в сучасних умовах

Верховенство та пряма дія Конституції є невід'ємним елементом засад конституційного ладу, яке ґрунтується на одноманітному розумінні та застосуванні конституційних норм усіма суб'єктами конституційно-правових відносин. Цього можна досягнути за умов формування правової ідеології, у формуванні якої бере участь Конституційний Суд України. Це відбувається шляхом формування Конституційним Судом конституційно-правові доктрини. Дане поняття на законодавчому рівні не визначено, але має місце в нормативно-правовому регулюванні конституційних судів європейських країн. Єдність конституційної доктрини, яка формується Конституційним Судом, забезпечує узгодженість, взаємозв'язок правових позицій Суду по кожній справі.

«Конституція, - писав суддя Джон Маршалл Харлан - для більшості не передбачає абсолютного права на кожну людину бути повністю і за будь-яких обставин звільненою від обмежень». Натомість «громада має право захиститися від епідемії». Її члени «можуть часом, під тиском великих небезпек, бути піддані таким

обмеженням, що забезпечуватимуться розумними правилами, як це може вимагати безпека широкої громадськості».

Поняття конституціоналізму тісно переплітається з поняттям конституції та конституційного права. Як правило, під конституціоналізмом ми маємо на увазі сукупність політико-правових доктрин, що стосуються питання політичної влади та її меж. Узагалі, можна сказати, що сучасний конституціоналізм пов'язаний із прийняттям письмових конституцій як урочистих документів, які легітимізують і одночасно обмежують політичну владу; це те, за відповідним винятком британського юридичного досвіду, з якого походить сучасний конституціоналізм з другої половини XVII століття, що не призвело до складання письмового конституційного тексту.

Як влучно зазначає Т.С. Подорожна, «конституціоналізація спрямована на встановлення взаємної відповідальності держави і особи, а конституційна законність виступає індикатором реалізації заходів юридичної відповідальності, необхідної для забезпечення правового порядку» [96, с. 105].

З появою конституціоналізму конституції були визначені як обмежувальні інструменти влади, згодом інтегруючи такі важливі елементи, як основні права та засоби конституційного захисту. У всіх правових системах існує безліч форм взаємозв'язку між нормами, не визначеної та унікальної форми ієрархії. Р. Гуастіні говорить про чотири типи ієрархій:

- 1) структурну чи формальну;
- 2) матеріальну;
- 3) логічну;
- 4) аксіологічну [210].

По-перше, за формальним аспектом Конституція буде вищою нормою - ієрархічно - з моменту надання їй повноваження створювати норми вищого характеру: конституційні норми, оскільки вона знаходиться в цьому місці, де передбачено, проведення конституційних реформ, незалежно від того, є вона жорсткою чи гнучкою системою.

З формального погляду Конституція буде ієрархічно вищою нормою, маючи найвищу позицію в нормативній шкалі, уникаючи цим того, щоб інша правова норма могла їй суперечити. Оскільки Конституція є результатом сувереного здійснення установчої влади, яка зникла під час виконання своєї творчої роботи, вона складає основу як вищий чинник, оскільки на неї не накладаються повноваження або норми.

Логічно, коли Конституція буде визнана вищою нормою, логічним наслідком буде те, що кожен правовий акт має тенденцію виражати свій зміст. З іншого боку, це буде аксіологічно, якщо Конституція знаходиться у вищому порядку за ієрархічною структурою, вона є носієм основних принципів і прав. Фактом є те, що поняття нормативної ієрархії впливає на різні системи, оскільки воно здебільшого поєднувалося з різними типами, що не відповідає гібридним схемам. Ідеал конституції, а також конституціоналізму також виражається через концепцію верховенства конституції. Ми говоримо, що верховенство основного закону є його якістю, яка ставить його на вершину політико-правових інститутів суспільства, організованого в державі, і робить конституцію джерелом усіх нормативних актів в економічній, політичній, соціальній та правовій сферах. Найважливішими наслідками верховенства конституції є відповідність усього закону конституційним нормам, і фундаментальний обов'язок державних органів виконувати свої повноваження в межах і дусі конституції [170, с. 153].

Звичайно, верховенство конституції було б ідеалом лише за відсутності конкретних гарантій, які, по суті, дозволяють контролювати владу та уникати її еволюції до свавілля. З цих гарантій дві найважливіші: контроль конституційності законів, що являє собою важливу протизавагу дискреційній владі парламенту та виконавчої влади, а друга стосується освячення принципу вільного доступу до правосуддя. У конституційній системі, заснованій на верховенстві конституції та суворому дотриманні закону, судова роль судів є важливою гарантією поваги прав і свобод громадян, особливо у відносинах з органами державної виконавчої влади [187, с. 309].

Суть і остаточність конституції, а також конституціоналізму як історичного процесу полягає у досягненні балансу між різними реаліями та силами, але який повинен співіснувати та гармонізуватися для забезпечення соціальної стабільності, свободи особистості, а також легітимності та функціональності влади. держава. Іншими словами, метою будь-якої демократичної конституції є досягнення справедливого, раціонального балансу між різними соціальними реаліями, між індивідуальними інтересами та суспільними. У сенсі сказаного професор Іоан Мурару заявляє: «У сучасних соціально-правових та державних реаліях конституціоналізм належить розглядати як складну політико-правову державу, яка виражає, щонайменше, два основні аспекти:

- а) з одного боку, прийняття в конституції необхідності руху ідей (що виникають та в процесі їх розвитку) щодо верховенства права та демократії, громадських свобод, організації, функціонування та співвідношення повноважень;
- б) з іншого боку, прийняття в широкій масі суб'єктів права конституційних положень.

Цей взаємний прийом - єдиний, який може забезпечити ефективність і особливо життєздатність конституції, він може забезпечити відповідність між конституційними правилами та політичною практикою «може забезпечити узгодженість конституційних норм і політичної практики» [213, с. 43].

У перспективі сучасного конституціоналізму Конституція, як і раніше, визначається не як документ політичного характеру, а юридичний документ із загальнообов'язковими положеннями [174].

Цей спосіб розуміння верховенства та нормативної влади розкривається конституційним втручанням у різноманітній сфері правовідносин. Отже, не існує жодної правової проблеми, яка не може бути конституціоналізована, виключаючи існування окремого політичного світу чи імунітету до конституційного впливу [229]. Принцип юридичного верховенства конституції передбачає існування певного механізму, який забезпечує відповідність нормативних актів положенням основного закону.

Верховенство Конституції України, пріоритетність її становища у системі джерел національного права, що забезпечується особливим порядком її ухвалення та внесення змін є найважливішою властивістю Конституції. «Серед ознак верховенства (визначальності) Конституції належить назвати насамперед принцип її найвищої юридичної сили. Це означає, що всі закони та інші нормативні акти мають відповідати Конституції, а в разі невідповідності – їх має бути визнано неконституційними, а отже, нечинними. ... Пряма дія Конституції є однією з вирішальних умов інтеграції її змісту в соціальну практику. Усупереч поширеній думці, відповідно до якої пряма дія конституційних норм пов'язана винятково з правозастосовчою практикою, зокрема судовою, варто зазначити, що така дія властива всім формам державної діяльності – законодавчій, виконавчій, судовій. Пряма дія має місце також при здійсненні особою конституційних прав і свобод» [88, с. 13].

3.3. Судовий конституціоналізм як правове обмеження (самообмеження) публічної влади

Конституціоналізм - це проект створення, розподілу та обмеження державної влади. Для успішного здійснення будь-якої з цих речей конституційні дизайнери та тлумачі повинні визначити, як найкраще розподіляти владу між політичними суб'єктами та інституціями, якою владою фактично володіють ці діючі особи та установи та як змінюється влада у відповідь на правові та політичні домовленості та втручання.

Конституціоналізм складає ядро належного управління в сучасному демократичному світі для перевірки повноважень різних органів управління та захисту свободи й основних прав людей на цій суверенній території. Розвинені країни та країни, що розвиваються, докладають усіх зусиль для підтримання верховенства права, що гарантується конституцією, для сприяння демократії та справедливого суспільства.

Як інституція держава обов'язково була самообмеженою. І це самообмеження не залежало від акта волі. У цьому плані Гауріу стверджував, що

врятувався від того, що здавалося йому апорією теорії Г. Джеллінека. На думку Гауріу, самообмеження держави було об'єктивним у тому сенсі, що воно було накладено на державу в силу самої її природи. Хоча прояв влади, суверенітет держави не може бути абсолютним і довільним, як тільки вона вдається до правових механізмів. Якщо прогрес характеризувався переходом від об'єктивного до суб'єктивного, тобто від «органічних» відносин чистої влади до правовідносин між юридичними особами, держава, яка потрапила в цей розвиток, вбачала свої повноваження, якщо не зменшувалась, принаймні цивілізовано, як і коли ця мутація. Це самообмеження не лише заважало конституційним органам держави; це також важило на установчій владі. Справді, держава підпорядковувалася «конституційній надзаконності». Сюди входила не тільки письмова конституція, але «вона включає набагато більше, і, наприклад, усі основоположні принципи режиму, тобто обидва принципи індивідуалістичного порядку, які лежать в основі держави, політичні принципи, які є основою управління[226].

Регулюючи функції та взаємну взаємодію між державними органами, покликаними переслідувати свої принципи здійснення влади залежать від принципів, що гарантують права громадян поза сферою політики, іводночас вони дають громадянам можливість легітимізувати це панування шляхом здійснення своїх політичних прав. З інституційної точки зору сфери демократії та гарантії прав структуровані, щоб оптимізувати споживання основних прав громадян.

Та сама структура, яка, здається, спрямована на цей результат *ex parte populi*, тягне за собою диференціацію влади *ex parte principis*, яка виходить далеко за межі принципу поділу в традиційному значенні, не тільки щодо сказаного, але й тому, що передбачає можливість напруженості та конфліктів між установами, які тепер піддаються врегулюванню в судах, з інструментом конфлікту повноважень, який тепер можна поглинати з часом. Час є основним ресурсом конституціоналізму саме тому, що він не завжди робить ставку на остаточні рішення, дозволяє процеси вивчення причин інших у той період часу, який неможливо визначити раніше.

Щойно сказане стосується насамперед відносин між Парламентом і Конституційним Судом. Саме створення Суду справді висунуло проблему його

законності скасувати закони як продукт органу, обраного в силу демократичних процедур. Проте поступово стало зрозуміло, що в конституційній державі «тиранія більшості» Алексіса де Токвіля висувала проблеми легітимації не менш сильними, ніж «труднощі проти більшості», на які Олександр Бікель уперше посилався. Справа в тому, що обидва питання стосуються суперечливих концепцій влади, але все ще присутні в самих Конституціях. На функціональному рівні конфлікти між гарантією прав та демократичною легітимністю влади стають фізіологічними: конституційне тлумачення залишається за судами доти, доки не відбудуться конституційні зміни щодо цього питання, значення якого, у свою чергу, з часом може стати предметом інтерпретації. Припускається, що такі конфлікти мають залишатися відкритими настільки, наскільки відсутній депозитарій останнього слова.

Конституціоналізм - це теорія (або ідеологія), яка заторкує принцип обмеженого управління, необхідний для гарантування прав та структурного виміру політичної та соціальної організації громади (...) Це, по суті, нормативна теорія політики, подібно до теорії демократії чи теорії лібералізму [189].

Крім того, метою конституціоналізму як руху було не передбачати конституцію державам. Метою було встановлення принципів таким чином, щоб функції держави були відокремлені від основних прав. Уся характеристика конституціоналізму протягом історії базується на множині теорій і правових практик, побудованих навколо припущення про обмеження повноважень держави та захисту основних прав людини.

Ці основні ознаки залишаються в силі та є частиною початку поточних дебатів щодо питання існування конституцій та завдань конституційного права. Безумовно, сучасний конституціоналізм має риси, що відрізняють його від того, який виник у розпал революційних процесів у 18 столітті і залишався в тіні кодексів протягом 19 століття. Підкріплені цим спостереженням, деякі автори визначають появу можливої нової правової культури та вдаються до виразу «неоконституціоналізм», щоб синтезувати ці зміни.

У класичному ліберальному погляді Конституція обмежує публічну владу, але не регулює відносини між людьми. Були визначені галузі публічного права та приватного права, в яких переважала автономія волі. Однак у сучасному конституціоналізмі Конституція служить основою для всіх соціальних відносин, включаючи сфери, традиційно приєднані до приватного права, які також стали конституціоналізованими. В іншій перспективі можна також аргументувати необхідність надання експансивної та повсюдної сили основним правам, щоб зміцнити людей, зробивши їх стійкими до нападів різних агентів держави. Отже, простір, який не дозволяє франшизи, розмежовується, коли йдеться про здійснення погрожуванних прав у горизонтальності відносин, що підтримуються правовою системою.

Т. Левенштейн зазначає, що іноді судді повинні «боротися з питаннями, пов'язаними з визначенням політичних рішень». Так було з рішеннями північноамериканського КС, які визнали неконституційною расову сегрегацію в школах. Але є галузь, яка, на думку Левенштейна, повинна бути абсолютно заборонена суддям: «(.) Коли судді проголошують своє право оцінювати політико-соціальне та політико-економічне рішення власників влади - уряду та парламенту». Однак сам Т. Левенштейн попереджає, що завжди можна буде «замаскувати» це втручання судів під передумовою захисту конституційної верховенства, перетворення судової влади в «суверенного арбітра над Конгресом і президентом, хоча обидва обираються народом несуть відповідальність перед виборцями». Тобто, «якщо судовий контроль застосовується до політичних рішень, то він набуває характеру політичного контролю судами, що теоретично не відповідає судовій функції».

Л. Ферражолі стверджує, що гарантія прав і контроль законності актів публічних повноважень є невід'ємними повноваженнями юрисдикції, тому немає сенсу говорити про політизацію правосуддя. Це пов'язано з тим, що він може втручатися лише в те, що не є належним для політики, «щодо недійсних актів і незаконних дій».

Шнайдер підкреслює, що німецький ФКС «практикував фактично з самого початку свого існування і по-різному способи судового самообмеження, обмежуючи власні повноваження контролю над актами законодавчих органів, уряду та судів за допомогою різних аргументів і врахування кожної функції стану». У цьому сенсі німецький ФКС розробив те, що ми могли б назвати трьома підпринципами, кожен із яких застосовується відповідно до законодавця, виконавчої влади та судів.

Перший - це принцип свободи конфігурації законодавця: «(...) у крайніх межах (свавілья, непропорційність, зловживання) Конституційним Судом не існує контролю за змістом законодавчих рішень, чому, безумовно, не заважає поведінковий або процедурний контроль». Як додає Сапата, німецький ФКС стверджує, що «не йому нав'язувати своє бачення щодо зручності або мудрості певної державної політики, прийнятої парламентом». Важливо підкреслити, що Суд пов'язав цей принцип із принципом пропорційності, оскільки він передбачає сферу оцінки придатності певних засобів для вирішення певної потреби.

Другий підпринцип - це розсуд уряду: Шнайдер наголошує, що цей розсуд «керується міркуваннями про телеологічну раціональність і корисність; він не підлягає жодному типу контролю з боку Конституційного Суду. Особливо це трапляється, коли уряд діє проти прямого положення Конституції». Але «політичні події», питання «високого політичного значення», «прогнози політичної еволюції в майбутньому» і, перш за все, «політичні пакти» не підлягають розгляду.

Нарешті, третім підпринципом є тлумачення звичайного права: він спрямований на захист свободи судів щодо тлумачення звичайного права. Принцип перетворюється на ідею, що Конституційний суд лише «несе відповідальність за виправлення» порушення конкретного конституційного закону, і він не «тлумачить або застосовує загальне право як таке».

Більшість дискусій, що стосуються легітимності конституційного судді, зосереджувались на його передбачуваній та часто критикованій ролі законодавця чи квазізаконодавця [172, с. 524]. Може здатися дивним, що критика «складового» судді була менш використана. Він знайшов відгук в Італії між 2014 і 2016 роками,

коли спроба перегляду Конституції, реформа системи голосування на виборах до законодавчих органів і контроль конституційності виборчого законодавства були переплетені.

Конституційне рішення 2014 року було прийняте на початку нового політичного періоду в Італії - рішення лівоцентристського уряду Маттео Ренці, який працював з лютого 2014 року по грудень 2016 року, та його конституційних «сайтів» [206]. У цей період було розпочато дві великі реформи. Один досяг успіху, другий спричинив відставку уряду. Перша реформа - це виборче законодавство щодо законодавчих виборів, яке стало терміновим після рішення конституційного судді, про яке щойно було згадано; друга, перегляд другої частини Конституції («Конституційний порядок республіки»), була усунена від конституційного референдуму в грудні 2016 року.

Коли згадується італійська інституційна система, це не випадково: її трансформації характеризуються тим, що вони ніколи не були по-справжньому завершені, а кризи ніколи по-справжньому не закінчилися [178]. Отже, питання розвитку виборчого законодавства в Італії завжди було водночас складним і дуже суперечливим. Щоб зрозуміти це, ми повинні повернутися до вихідної точки нового режиму, що позначає кінець фашизму: Італійська Республіка, заснована Конституцією 1-го січня 1948 р. та його «пропорційний дух», який уже визначив спосіб голосування на виборах до Установчих зборів у 1947 р. Перші республіканські виборчі закони передбачали пропорційну систему списків виборів до законодавчих органів, і це, було винятком до 1993 р. Тільки такий метод голосування дав змогу всім антифашистським партіям створити свою легітимну базу та мати парламентське представництво. З 1993 р. і до 2005 р. система еволюціонувала у бік змішаної більшості: голосування більшості застосовувалося до трьох чвертей депутатських мандатів (більшість голосує в одномандатних округах), тоді як чверть місць розподілялася пропорційно. З 2005 року набула форми нова зміна, оскільки правоцентристська більшість створила нову систему голосування на пропорційній основі з бонусом більшості за список, або коаліцію, яка отримує відносну більшість голосів. Цей закон, відомий як «закон Кальдеролі»,

від імені ультраправого сенатора, який його провів (а потім прозваний самим його автором, «Porcellum» або «sochonnerie»), з моменту набуття ним чинності зазнавав жорсткої критики у сфері конституційності. За відсутності політичного консенсусу щодо його модифікації він залишався в силі до виборів 2013 року, потім, доки Конституційний суд не цензурував значну його частину. Новий виборчий закон, написаний у відповідь на цю чинну цензуру, був прийнятий 6 травня 2015 року та переданий на перевірку конституції протягом 2016 року. Початковою точкою цього роздуму було рішення № 35/2017, винесений Конституційним судом Італії 9 лютого 2017 року з цього приводу [192].

Конституційний перегляд виборчого законодавства, який ніколи не проводився до 2014 року з процедурних причин, які будуть детально описані далі, має важливі наслідки для незліченних аспектів конституційної системи Італії: вони варіюються від можливої мовчазної модифікації до способу доступу до конституційного правосуддя, до нового способу функціонування контролю пропорційності італійським суддею, до появи виборчої системи - типового вираження політичного рішення - вперше «написаного» конституційним суддею [222]. На виборах до Сенату система, яка виходить із цензури Закону №270 2005, частково анульована рішенням 2014 року, є пропорційною системою з високими порогами доступу до розподілу місць (8% для політичних партій та 20% для коаліцій з порогом 3% для партій, що входять до кожної коаліції). Для парламентських виборів депутатів, та система, яка виходить від цензури закону № 52 2015 по 2017 року рішення.

Щойно описаний метод голосування - це «залишковий» пристрій, сконструйований за допомогою судової практики «скальпелем» [204, с. 404], хоча Конституційний суд Італії не має такої ж компетенції у виборчих питаннях, як Рада. Незважаючи на проекти реформ, виборча суперечка так і не дійшла до Палацу Консульту. У 1997 р. спроба зробити Конституційний суд виборчим суддею не вдалася; однак мова йшла лише про те, щоб зробити його суддею виборчих спорів, а не органом, який контролює їх організацію, як це має місце з Конституційною радою, яка виконує обидві функції. Що ж стосується виборів Президента

Республіки парламентарями, то функція Суду полягала б у вирішенні апеляційних скарг у питаннях обрання, відбору та несумісності. Для законодавчих виборів, де частка набагато важливіша в парламентській системі, як в Італії, функція судді виборів залишалася б менш важливою, ніж функція Французької Ради [228]. Ця спроба конституційного перегляду з метою зміни ролі Суду, запропонована спеціальною двопалатною комісією, не вдалася, взявши із собою сам метод.

Так дещо парадоксально Суд офіційно закріплює у своїй практиці матеріальну конституційну цінність виборчого законодавства, але одночасно знімає їх з конституційного контролю. Це рішення стало предметом серйозних змін у юриспруденції. Справді до 2014 року виборче законодавство не мало шансів бути предметом судового контролю за конституційністю через відсутність попереднього рішення щодо питання конституційності, яке можна було б задати. Який спір міг породити питання про конституційність стосовно виборчого законодавства, коли не існує можливої юрисдикційної виборчої суперечки? Лише суперечка щодо самого виборчого законодавства. Але процедура доступу до Конституційного Суду виключає будь-яке пряме звернення до Конституційного Суду та встановлює попереднє питання, яке повинно бути незалежним від основного спору, в контексті якого воно було порушено. Тому ми дійшли до суперечливого висновку, що закони «необхідні» для імплементації Конституції, оскільки виборче законодавство, по суті, залишається без контролю або можливої перевірки з боку стримувань і противаг, якими є люди та конституційний суддя: була вільна зона або «сіра зона» конституційного правосуддя.

Відсутність будь-якої компетенції конституційного судді щодо виборчих спорів підкреслює певну недовіру до суддів, коли мова йде про контроль за вираженням загального виборчого права. Стаття 66 Конституції Італії покладає цю компетенцію на кожну парламентську палату щодо «приймальних звань її членів та причин невідповідності та несумісності, які можуть виникнути після цього». Отже, будь-яка юридична суперечка щодо виборчого процесу та результатів виборів також відсутня, що видається тим більш проблематичним з погляду

розподілу влади забільшістю голосів (тенденцією), ніж із повністю пропорційним голосуванням.

Традиційно італійський конституційний суддя тримався поза межами виборчої системи як конституційним текстом, так і концепцією розподілу влади, яка змушує його відмовлятися втручатися в нього. Але ті дні тепер, здається, закінчились. Щойно ми подивимося на останню судову практику, зміна очевидна: конституційний суддя наділив себе повноваженнями контролювати виборче законодавство. Тепер він втручається у це питання як «політичний», оскільки має тісний зв'язок із представництвом, так і «конституційний», оскільки стосується організації публічних повноважень. Завданням, яке тут розглядається, буде розуміння природи та джерел, а також підкреслення двозначності цього втручання конституційного судді.

Отже, виборче законодавство має особливість перебувати в нестабільному балансі між дискреційними політичними можливостями та зобов'язанням поважати Конституцію [255]. Цю нестабільність можна спостерігати як ніколи в недавній практиці Конституційного Суду щодо парламентської виборчої системи. Якщо виборче законодавство заторкує конституційні питання (I), неоднозначний судовий контроль за їх конституційністю пропонує судді взаємодіяти з установчою владою (II).

Відповідно до Конституцій 1947 року, Конституційний Суд не може і не повинен трансформувати себе в конституційну владу, доки він представляє себе охоронцем і основним тлумачем Конституції, а отже, і автономної волі конституційної влади. Це пояснюється основним демократичним запереченням: оскільки суддя не обраний, він не представляє суверена, тому він не може діяти замість нього. Конституційний суд Італії приймає цю інструкцію з формальної точки зору. Оригінально, рішенням № 35 від 2017 року, Суд залишив вільним здійснення установчої влади до такої міри, що вирішив прийняти рішення щодо нового виборчого закону. лише після результатів конституційного референдуму. Суд добре знає, що якби Конституція була переглянута і досконалий бікамералізм змінився, це вплинуло б на результат питання конституційності [238]; навпаки,

цензура виборчого законодавства в розпал кампанії референдуму могла би вплинути на результат всенародного голосування. Доказом цього є перенесення слухання з 4 жовтня 2016 року, дати, на яке воно було призначене спочатку, на 24 січня 2017 року, як тільки стала відома дата конституційного референдуму. Тому, не може бути втручання з боку судді у здійснення похідної установчої влади.

Після прийняття у травні 2015 року виборчого закону «Italicum» було здійснено напад у суді кількома групами громадян, які скаржились перед кількома судами (Мессіна, Турін тощо) на порушення їхнього виборчого права державними органами. У контексті цих суперечок судді порушили кілька питань щодо конституційності, які передали Конституційному Суду. Це об'єднує питання в одному рішенні, яке розглядало три основні скарги на неконституційність. По-перше, на думку заявників, існування премії більшості могло б створити проблему з кількох точок зору, і все це пов'язано зі спотворенням, яке це означає з точки зору репрезентативності. По-друге, поділ країни на виборчі округи та повноваження Національного центрального бюро переміщувати надлишкових кандидатів з одного округу в інший, якщо в одному списку відсутня недостатня кількість кандидатів, суперечило б принципу територіальної репрезентативності. По-третє, заявники заперечували існування іншої виборчої системи для Палати та Сенату, оскільки одна була змінена цим законом, а не іншою. Ця різниця призвела б до ймовірного формування різної політичної більшості між двома парламентськими палатами і суперечила б меті, яку переслідує законодавець щодо парламентської та урядової стабільності. Трьома статтями Конституції, на які в основному спрямовані заявники, були статті 1 (народний суверенітет), 3 (рівність) і 48 (право голосу) Конституції Італії.

Суд відреагував на ці скарги після негативних результатів конституційного референдуму рішенням № 35/2017; прагнення відокремити з часової точки зору ці два питання - конституційного перегляду та виборчого законодавства - не єдина ознака бажання зберегти установчу операцію від втручання судової влади у політичну. Щоб зрозуміти цю волю по суті, необхідно вивчити різницю в методологічному підході Конституційного Суду між двома рішеннями щодо

виборчого законодавства - 2014 та 2017 рр. У 2014 році Конституційний Суд піддав цензурі два аспекти виборчого процесу. закон, чинний тоді для обох палат: з одного боку, існування бонусу більшості, виділеного без будь-якого порогового значення, було визнано неконституційним через спотворення між поданими голосами та результатами, що призвели до надмірного представлення списку, який отримав (навіть дуже) відносну більшість; з іншого боку, відсутність можливості виражати переваги в системі списків було розглянуто як суперечить свободі голосування, що призвело до цензури правила заблокованого списку. Наполягання Суду на безпосередній дії його рішення, маючи на увазі, що частково цензурований виборчий закон залишатиметься чинним, оскільки він був переписаний суддями відсутність можливості висловити переваги в системі списків було розглянуто як суперечить свободі голосування, що призвело до цензури правила заблокованого списку. Наполягання Суду на безпосередній дії його рішення, маючи на увазі, що частково цензурний виборчий закон залишатиметься чинним, оскільки його було переписано суддями, наголосив на відсутності діалогу між законодавцем та Конституційним судом, який замінив політичну владу, не здатну реформувати виборче законодавство, принаймні щодо ліквідації бонусів більшості, які залишають фактично суто пропорційну систему голосування [239].

Рішення 2017 року, зі свого боку, набагато більше наполягало на дискреційній владі законодавця у виборчих справах: Це перший сигнал - безумовно формальний - за яким можна зрозуміти, що Конституційний Суд хотів проявляти певну самообмеженість. Що стосується методу голосування, передбаченого новим законом, Суд затвердив виправлень більшості, внесених законодавцем, до пропорційної системи: як бонус більшості за список, який набирає 40% голосів, так і поріг 3% бар'єр для пропорційного розподілу. Суд також визнав взаємозв'язок двох механізмів, хоча заявники вважали це надмірним. Він лише цензурував призначення бонусу у другому раунді (відмова), навіть якщо суддя не забороняв його як такий, а лише за способом його організації; вибір цієї організації залишався на розсуд законодавця.

Це повернення до більш суворого трактування своїх повноважень щодо повноважень політичної влади вбачається не лише у контролі за системою голосування, а й у складі списків. Згідно з указівками у рішенні №1/2014, законодавець підтримав у законі 2015 року єдиного заблокованого кандидата вгорі списку та надав решті списку можливість висловити до двох переваг. Замість того, щоб суворо тлумачити своє рішення 2014 року, яке, на думку заявників, вимагало б абсолютно вільного вибору виборців (включаючи, отже, і голову списку), Суд затвердив цю нову систему [168]. Єдина цензура з цього приводу - один із двох докорів рішення - стосувалася численних кандидатур провідних кандидатів; згідно з цензурним положенням, вони могли б обрати, якби їх обирали в кількох округах, яких вони обрали б, а також замісника в окрузі, що залишився. Цей дискреційний вибір, який не накладає жодних критеріїв на виборну посадову особу, на думку Суду, «є неналежним повноваженням» і «явно суперечить логіці особистої вказівки, обраної виборцем» (§ 12). Але ще раз, логіка самообмеження, яка впливає на цілісне рішення, завадила судді обрати замість законодавця критерій, який повинен бути покладений на виборних посадових осіб для вибору округу.

Отже, як бачимо, у порівнянні з рішенням №1/2014, Конституційний суд Італії накладає обмеження на його втручання в політичній владі, навіть коли його дія була сприйнята доктриною саме за його сміливість [231]. Тобто він мав намір, мабуть, уникнути виходу за межі своїх конституційних повноважень [201], а не створювати прецедент: Конституційний суд, який переробляє виборче законодавство. Зміна між двома рішеннями очевидна: наявність у фоновому режимі у рамках прийняття рішень 2017 року - хоч і опосередковано - похідної складової влади під час здійснення. Якщо в доктрині можна було сказати, що це самообмеження «мало на меті зарезервувати більший простір для прийняття рішень для подальшого втручання законодавця» [255], то швидше, нам здається, метою насправді було зарезервувати більший простір для маневру політика щодо виборців. Справді, часткова неконституційність виборчого закону є «дочкою історичного контексту, оскільки це логічно впливає з відсутності схвалення закону про конституційний перегляд» [168]. Ось чому ми говорили про

«обставинну неконституційність (*incostituzionalità sopravvenuta*)». Про цей виборчий закон через невдачу перегляду паритетної двопалатності. Це впливає із занепокоєння (навіть якщо це не цензура у строгому сенсі), висловлене Конституційним Судом щодо різниці в системі голосування між двома палатами. Справді, з того моменту, як Сенат зберігає свою нинішню роль і компетенцію, рівну компетенції Палати депутатів, різниця між методом голосування двох палат (наприклад, наявність єдиного туру для одного та двох турів для іншого) є набагато проблематичнішим, ніж якби обидві палати мали абсолютно різну роль або навіть неідентичний тип виборчого права (пряме та непряме загальне). Ось що конституційний суд заявив у видачі *obiter dictum* зв'язку з провалом конституційного перегляду:

Палата депутатів - одне з двох місць національного політичного представництва (ст. 67 С), поряд із Сенатом Республіки. У рівноправній позиції з останньою Палата надає довіру уряду та займає політичне (ст. 94 С) та законодавче (ст. 70 С) керівництво.

Це означає, що нерівність системи голосування між двома палатами вже не виправдана після відмови людей зробити двопалатність нерівною. На думку Суду, необхідно було поважати вибір субсидії та прийняти відповідне рішення.

Висновки до розділу 3

Досліджуючи проблеми судового конституціоналізму, ми дійшли до таких висновків:

1. Проаналізувавши природу верховенства права як основну мету судового конституціоналізму, можна стверджувати, що верховенство права виступає «міждисциплінарним підходом, який є не тільки тим фактом, що передбачає обмеження держави нормами права, але й виступає шляхом забезпечення гарантій свобод людини та раціоналізації здійснення влади державними органами створення ієрархічно інституційної та нормативної системи». Концепція верховенства права передбачає нормативний принцип легітимізації дій держави. Її основними елементами є конституція як верховна норма, підпорядкування державних повноважень нормам, розподіл і співвідношення державних повноважень і захист

прав особи. Це робить можливими обмежені дії уряду, ефективного здійснення прав і контроль за корупцією, насильством та злочинністю. Отже, верховенство права має на меті гарантувати мир, плюралізм і передбачуваність.

2. Правовий режим верховенства та прямої дії Конституції України як система судового конституціоналізму передбачає, що оскільки принцип верховенства права є конституційним, то на його підставі має розвиватися все правове життя країни: він має бути втіленим у життя в інститутах прав і свобод людини та громадянина, представницької влади, виконавчої влади, президентства, судової влади, прокуратури, референдуму в Україні тощо. Цей принцип має пронизувати правову ідеологію, правотворчість, правореалізацію, має стати основою розвитку всіх галузей права. У цьому сенсі верховенство Конституції є не формальною вимогою системного функціонування, а суттєвим питанням. Тобто наведена в Основному законі ієрархія виводиться не зі схеми, штучно підкріпленої вищою нормою як гарантією її функціонування, а з реальності, що Конституція відтворює набір оціночних і фіналістичних виборів, які роблять її еталоном, та обов'язкове дотримання чинності нормативних актів системи, що їй підпорядковується.

3. Як свідчить досвід конституційної держави, мінливе поєднання в часі демократичного принципу з принципом конституційної законності вже давно забезпечує необхідну та достатню гнучкість, щоб поглинути навіть руйнівну напруженість між одними та іншими. Однак ми не говоримо про абстрактну модель. Тому структурний дисбаланс між демократичним елементом і гарантійним елементом ніколи не може бути виключений. З ідеї обмеження влади держави вона народилася з конституціоналізмом, де з самого початку шукали модель політичної організації, засновану на повазі прав керованих та обмеженні влади. Ідея конституціоналізму безпосередньо пов'язана з концепцією та соціальною цінністю конституції, маючи на увазі, що саме через Конституцію конституціоналістський рух реалізував ідеал свободи людини. Створюються механізми обмеження політичної влади з метою запобігання виникненню довільних урядів, незалежно від часу та місця. Публічна влада обмежується конституційними правами особи. У

процесі обмеження прав, якщо в конституції можливість обмеження з основним правом, держава повинна діяти тільки у визначених рамках.

ВИСНОВКИ

1. Досліджуючи еволюцію поняття судового конституціоналізму, ми дійшли висновку, що це багатогранне, складене явище суспільно-політичного життя держави, яке проявляється через становлення, розвиток таких понять, як: конституція, правосвідомість суспільства, правова освіта, справедливий суд, непорушність законів, недоторканність конституції, наявність гарантів конституції, здійснення судочинства за участі громадян (наприклад, суд присяжних), відповідальність та підзвітність суддів перед народом, наявність негативного законодавця, писані закони, відкритий доступ до правосуддя, неписана справедливість, судове право, обмежене правління, конституціоналізм, верховенство права, становлення державного ладу, міське право, народний суверенітет, рівність усіх перед законом, органи конституційного контролю, поділ влади на три гілки, правова держава, демократична держава, громадянське суспільство тощо. Політико-правовий розвиток дав можливість простежити еволюцію становлення конституцій, захист їх за допомогою судових органів, та судове забезпечення та гарантування дотримання прав і свобод людини та громадянина, дотримання конституційних цінностей, публічних інтересів тощо. Судовий конституціоналізм разом з генезою конституціоналізму тй утвердженням конституцій має певну історію. Дослідження дало нам можливості виділити такі етапи становлення та розвитку судового конституціоналізму: 1) етап додержавного (доцивілізаційного) судового конституціоналізму; 2) період Античності; 3) етап Римського права в формуванні судового конституціоналізму; 4) етап судового конституціоналізму в міському праві; 5) етап створення перших органів конституційного контролю в сучасному його розумінні. Основними етапами становлення судового конституціоналізму в Україні є: 1) утвердження засад судового конституціоналізму в Конституції Пилипа Орлика 1710 року; 2) існування державного утворення Українська Народна Республіка; 3) «радянський» період; 4) етап конституційного транзиту від формального до реального судового конституціоналізму (від радянської політичної системи до політичної системи сучасного європейського типу).

2. Методологія дослідження судового конституціоналізму є комплексною (широкою). Це система взаємозумовлених філософсько-світоглядних принципів, загальнонаукових і спеціальних галузевих методів пізнання. Судовий конституціоналізм варто розглядати як сукупність принципів, механізмів упровадження та їх дію, інституціоналізацію даних механізмів задля досягнення мети – судового забезпечення верховенства права. Запропоновано виділити два рівні наукового пізнання судового конституціоналізму: теоретичний та емпіричний (прикладний). Досліджуючи судовий конституціоналізм як режим забезпечення верховенства права ми використовували методологічний підхід, виходячи із того, що судовий конституціоналізм вважається режимом судового забезпечення верховенства права судами України та Конституційним Судом України. Тобто при дослідженні даного явища необхідно враховувати інституційні ознаки судової системи, особистісний склад суду з його особливостями, ставлення громадян до судової влади загалом, стримування та протидія трьох гілок влади та становище органу конституційної юстиції тощо. Основою дослідження судового конституціоналізму є насамперед діалектичний, історичний підходи, метафізичний метод, системний метод, синергетичний підхід, нормативістський підхід, герменевтичний підхід, принцип антропоморфізму. Методологічні засади судового конституціоналізму складають основу Конституції України, конституційного призначення судової влади та конституційного судочинства в умовах утвердження верховенства права.

3. Доведено, що важливе значення для подолання розриву між юридичним змістом і фактичною реалізацією конституції має конституційне судочинство, завдяки чому конституціоналізм перетворюється в судовий конституціоналізм. Однак лише наявність конституційного суду ще не підтверджує існування в країні судового конституціоналізму, оскільки для цього потрібна низка умов. Історія розвитку конституційних судів це підтверджує (варто згадати сумнівні рішення Конституційного Суду РФ по невиконанню рішень Європейського суду з прав людини та ін.). Судовому конституціоналізму властиві такі ознаки: конституціоналізація правової системи; судовий контроль; це заходи,

спрямовані на забезпечення єдності судової практики; можливість прямого звернення до суду та захисту його конституційних прав на основі прямої дії конституції; саме людина як носій прав і свобод є суб'єктом процесу перевірки норм законів на предмет їх конституційності за допомогою конституційної скарги.

4. Конституційна герменевтика є інтерпретаційною основою сучасного судового конституціоналізму, основні ознаки якої - амбівалентний характер, тобто змішана політико-правова природа та здійснення в певних історичних умовах; використання герменевтикою різних філософських і правових категорій; багатогалузевий характер; ціннісно зорієнтована інтерпретація норм і принципів; теоретико-прикладний характер, що проявляється в роз'ясненні правових явищ у механізмі правового регулювання або реалізації; підкріплює взаємозв'язок між конституцією, галузевими нормами, поведінкою та діяльністю суб'єктів права у процесі реалізації прав, свобод, обов'язків і повноважень.

5. Належна судова процедура є основною гарантією справедливості. Саме процесуальні гарантії належної правової процедури дають право учасникам судового процесу на справедливий процес. При цьому право на судовий захист в аспекті доктрини належної правової процедури одночасно є правом і гарантією, що забезпечує реалізацію та дотримання всіх інших прав людини і громадянина; засноване на законі в широкому значенні; захищає будь-яку особу від свавілля іншої особи (осіб) та держави; забезпечується шляхом здійснення особливої процедури - правосуддя; способом устанавлення ідеї права замість ідеї контрольованого або неконтрольованого насильства. Відповідно конституційне закріплення права на судовий захист і конституційного призначення судової влади, зокрема конституційного судочинства, є основними у визначенні судового конституціоналізму. Судовий конституціоналізм є матеріалізацією конституційної судової практики, практичним утіленням верховенства Конституції, її прямої дії та конституційних цінностей. Сила верховенства права у всьому світі в основному вимірюється ступенем незалежності судової влади. Незалежність судової влади є ключовим елементом верховенства права. Судді повинні бути незалежними від виконавчої влади. Найбільш сприятливі для незалежності суддів відносини, в яких

виконавча влада відіграє мінімальну роль у процесуальному регулюванні судової професії та у прийнятті основних рішень суддів. Крім того, надзвичайно важливо, щоб судді були не просто незалежними, а сприймалися громадськістю як незалежні. Будь-яке сприйняття упередженості послаблює довіру громадськості до судової влади.

6. На нашу думку, правова (юридична) позиція має на меті гарантувати рівність усіх перед законом у результаті однакового тлумачення Конституції України та, відповідно, застосування правових аргументів і висновків відповідно до вже сформованих правових позицій Суду, що виражає стійке ставлення Суду до конституційно-правових проблем. Але також потрібно звернути увагу на істотні ознаки правових (юридичних) позицій Конституційного Суду. Насамперед, необхідно вказати на її підконституційність, тобто відображення реального смислу Конституції України; інтерпретаційний характер, який впливає з суттєво рішень суду; загальнообов'язковість; стабільність. Виходячи з вищевикладеного, правові (юридичні) позиції Конституційного Суду України - це правові висновки, які є результатом тлумачення Конституції України та конституційно-правового змісту інших нормативно-правових актів, які є юридичним обґрунтуванням рішень Конституційного Суду України та має загальнообов'язковий та стабільний характер.

Класифікація правових (юридичних) позицій сприяє систематизації позицій Конституційного Суду за вищенаведеними критеріями, що забезпечує їх зручне використання в практичній та науковій діяльності. Практика застосування правових (юридичних) позицій Конституційного Суду України дозволяє зробити висновок про їх преюдиційне значення, насамперед для Конституційного Суду України й органів публічної влади.

7. Проаналізувавши природу верховенства права як основну мету судового конституціоналізму, можна стверджувати, що верховенство права виступає «міждисциплінарним підходом, який є не тільки тим фактом, який передбачає обмеження держави нормами права, але й виступає шляхом забезпечення гарантій свобод людини та раціоналізації здійснення влади

державними органами шляхом створення ієрархічно інституційної та нормативної системи». Концепція верховенства права передбачає нормативний принцип легітимізації дій держави. Її основними елементами є конституція як верховна норма, підпорядкування державних повноважень нормам, розподіл співвідношення державних повноважень і захист прав особи. Це робить можливими обмежені дії уряду, ефективне здійснення прав і контроль за корупцією, насильством і злочинністю. Отже, верховенство права має на меті гарантувати мир, плюралізм і передбачуваність.

8. Правовий режим верховенства та прямої дії Конституції України як система судового конституціоналізму передбачає, що оскільки принцип верховенства права конституційний, то на його підставі має розвиватися все правове життя країни: він має бути втіленим у життя в інститутах прав і свобод людини та громадянина, представницької влади, виконавчої влади, президенства, судової влади, прокуратури, референдуму в Україні тощо. Цей принцип має пронизувати правову ідеологію, правотворчість, правореалізацію, має стати основою розвитку всіх галузей права. У цьому сенсі верховенство Конституції є не формальною вимогою системного функціонування, а суттєвим питанням. Тобто наведена в Основному законі ієрархія виводиться не зі схеми, штучно підкріпленої вищою нормою як гарантією її функціонування, а з реальності, що Конституція відтворює набір оціночних і фіналістичних виборів, які роблять її еталоном, та обов'язкове дотримання чинності нормативних актів системи, що їй підпорядковується.

9. Як свідчить досвід конституційної держави, мінливе поєднання в часі демократичного принципу з принципом конституційної законності вже давно забезпечує необхідну та достатню гнучкість, щоб поглинути навіть руйнівну напруженість між одними та іншими. Однак ми не говоримо про абстрактну модель. Тому структурний дисбаланс між демократичним елементом і гарантійним елементом ніколи не може бути виключений. З ідеї обмеження влади держави вона народилася з конституціоналізмом, де з самого початку шукали модель політичної організації, засновану на повазі прав керованих та обмеженні влади. Ідея

конституціоналізму безпосередньо пов'язана з концепцією та соціальною цінністю конституції, маючи на увазі, що саме через Конституцію конституціоналістський рух реалізував ідеал свободи людини. Створюються механізми обмеження політичної влади з метою запобігання виникненню довільних урядів, незалежно від часу та місця.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Актуальні проблеми конституційного права України : підручник / за заг. ред. проф. Олійника А.Ю. – К.: Скіф, 2012. – 552 с.
2. Антошкіна В. Кирпичов О. Минуле та сучасне українського конституціоналізму. - *Підприємництво, господарство і право*, 2009. - № 10. - С. 26-30.
3. Арутюнян Г.Г. Реальна сутність трансформаційного конституціоналізму. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2012. № 6. С. 78-85.
4. Баулін Ю.В. Правові позиції Конституційного Суду України: правова природа, поняття та розвиток : Огляд круглого столу. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2014. № 6. - С. 98-110.
5. Безуглов А.А. Конституционное право России. В трех томах / А.А. Безуглов, С.А. Солдатов. – Учебник для юридических вузов. – М. : 2001. – Т.3. – 752с.
6. Берлявский Л.Г. Концепции «живой Конституции» в Соединенных Штатах Америки. - *Конституционное и муниципальное право*. 2014, № 2. - С. 17.
7. Берлявский Л. Г. Луис Брандаиз и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки. - М. : Юрлитинформ, 2016. - 240 с.
8. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: ИНФРА- М –НОРМА, 1998. – 624 с..
9. Белов Д.М. Конституціоналізм в Україні в умовах єдиного європейського демократичного простору. - *Порівняльно-аналітичне право*, 2013. - С. 92-93.
10. Белов Д.М., Якимович Я.В. Конституціоналізм як теоретико-правова категорія: окремі аспекти. - *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, 2013. Випуск 23. Частина 1. том 1. - С. 163-168.
11. Белов Д.М., Якимович Я.В. Український конституціоналізм. - *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, 2014. - С. 38-41.

12. Бобровник С. В. Компромiс i конфлiкт: методологiчнi пiдходи до дослiдження. Правова держава. Вип. 20. – К.: Ін-т держави i права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – С. 110-117.
13. Бондарь Н. С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 2. - М.: Юрист, 2013. - 184 с.
14. Бондарь Н. С. Конституция, конституционный контроль и социальные противоречия современного общества. - Журнал российского права, 2003. № 11. - С. 55-64.
15. Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. – М. : Норма ; ИНФРА-М, 2011. - 544с.
16. Бориславська О. Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2015. - №6. – С. 48-57.
17. Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія. - Харків: Право, 2018. - С. 31.
18. Бориславська О. Сутність конституціоналізму: конституціоналізм як ідеологія, доктрина та практика обмеженого правління. - *Вісник Львівського університету*, 2015. випуск 61. - С. 247-265.
19. Бориславська О.М. Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку. - Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дис... докт. юрид. наук за спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». - Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків. 2018. - 442 с.
20. Бориславська О.М. Методологічні підходи до розуміння сутності конституціоналізму. - *Науковий вісник Харківського державного університету*, 2014. Т.1. вип.6-1. - С.70-74.
21. Бринцев В.Д. Судовий конституціоналізм в Україні: доктрина і практика формування : у 2 кн. Кн. 1 : монографія. - Х. : Право, 2013. - 392 с.

22. Буроменський М., Закоморна К. До питання про методологію дослідження проблем конституційного розвитку постсоціалістичних країн Східної Європи (на прикладі пострадянської доктрини). - *Вісник Академії правових наук України*, 2013. №1(72). - С.100-113.
23. Вавилонський Талмуд. Санґедрин. URL: http://khazarzar.skeptik.net/thalmud/_tb_ru/sanhedri.htm
24. Велика Хартія Вольностей (Magna Charta) 1215 року URL: <http://maysterni.com/publication.php?id=107962>
25. Гончаров В., П. Рабінович. Перегляд Конституційним Судом України власних правових позицій як засіб охорони функцій Основного Закону. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4-5. - С. 147-153.
26. Городовенко В. В. Принципи судової влади: моногр. - Х., 2012. - 448 с.
27. Городовенко В.В. Належна правова процедура як загальновизнаний стандарт функціонування судової влади. - *Адвокат*. № 5 (140). 2012. - С. 12-17.
28. Гудима Д. До питання про поняття та структуру вітчизняної антропології права (стаття 1). - *Вісник Львівського Університету*, 2006. № 42. - С. 19-26.
29. Гультай М. Виникнення та утвердження конституціоналізму як обов'язкової складової демократичного державного устрою. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2015. - №3. – С. 97-115.
30. Гультай М. Вітчизняний конституціоналізм радянської доби та його трансформація після здобуття Україною незалежності. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2015. - №5. - С. 59-77.
31. Данильян О.Г. Методологія наукових досліджень: підручник. - Х: Право, 2019. - 368 с.
32. Добродумов П.О. Конституціоналізм і політична еліта України: методологічні підходи. - *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2009. № 1 (2). - С. 23-27.

33. Домбровський І., Гергелійник В. Правові позиції Конституційного Суду України : окремі аспекти. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4-5. - С. 140-146.
34. Дурманов Н.Д. Советское государственное право: учебник для юридических институтов и юридических факультетов / [А.А. Аскеров, Н.Д. Дурманов, М.П. Карева и др.] ; за ред. А.Г. Поляка. – М., 1948. – 496с.
35. Забокрицький І.І. Конституціоналізм як продукт західної цивілізації. - *Юридичний науковий електронний журнал*, 2015. – № 4. – С. 47-51.
36. Завальнюк В.В. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / [Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін.]; за ред. Ю. М. Оборотова. - Одеса : Фенікс, 2015. - 488 с.
37. Завальнюк В.В. Методологія юридичної антропології: пошук ефективної дослідницької програми. - *Молодий вчений*, 2016. №8(35). - С. 84-88.
38. Завальнюк В.В. Принципи антропологічної парадигми права. - *Актуальні проблеми держави і права*, 2012. № 63. - С. 14-20.
39. Завидняк І.І. Конституційний лад України і національна безпека: співвідношення в контексті доктрини верховенства права (RULE OF LAW). - *Часопис Київського університету права*, 2010. №2. - С. 123-126.
40. Загальна теорія права: підручник. [О.В. Петришин, Д.В. Лук'янов, С.І. Максимов, В.С. Смородинський та ін.]С; за ред. О.В. Петришина. - Х.: Право, 2020. - 568 с.
41. Задорожний Ю.А. Основи римського приватного права : курс лекцій. – К. :НАУ-друк, 2009. – 92 с.
42. Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя). Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 28, ст.532.
43. Закон України «Про Конституційний Суд України» № 2136-VIII від 13.07.2017 р. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376.
44. Законы Солона, или истоки политкорректности и вмешательства государства в личную жизнь URL : <http://www.zahodi-v-internet.ru/solon.html>
45. Законы Тори URL: <http://www.torahone.com/docs/KitzurHalachot.htm>

46. История политических и правовых учений : хрестоматия [текст] / Сост. и общ. ред. проф., д-р ист. Наук Г.Г. Демиденко. – Харьков: Факт, 1999. – 1080с.
47. Іванов В. М. І. Історія держави і права України : підручник. - К. : КУП НАНУ, 2013. - 892с.
48. Кампо В. М. Правові позиції Конституційного Суду України як необхідний елемент забезпечення судово-правової реформи. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 2. - С. 112-122. С.
49. Кампо В. М., Овчаренко В.А. Деякі теоретичні проблеми конституційного контролю за додержанням парламентом процедури внесення змін до Конституції України. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 3 - С. 64-76.
50. Кампо В.М. Європейські спільні демократичні цінності в практиці Конституційного Суду України. - *Європейські студії і право*. 2013. № 1. - С. 25-34.
51. Каримов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). - М.: Аванта+, 2000. - 560с.
52. Кельзен Г. Судебная практика конституции (конституционная юстиция). - *Право и политика*. 2006. № 9. - С. 7.
53. Кириченко Ю.М. Поширення Магдебурзького права та його особливості в містах України. - *Форум Права*. – 2011. - № 4. – С. 361-366.
54. Кокорев И.В. Муниципальное право зарубежных стран (сравнительно-правовой анализ) : Учебное пособие для вузов / И.В. Кокорев, В.В. Еремян, Д.О. Ежеский и др. – М.: Академический Проект; Фонд «Мир». 2006– 752с.
55. Кокоша Д.Ю. Конституціоналізм та верховенство права як запорука демократичного розвитку суспільства. URL: <http://sworld.com.ua/konferm2/21.pdf>
56. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
57. Конституційна юрисдикція : підручник / Ю. Г. Барабаш, І. І. Дахова, О. П. Євсєєв та ін. / за ред. Ю. Г. Барабаша та А. О. Селіванова. - Х. : Право, 2012. - 168 с.

58. Конституція України від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

59. Конституція Української Народньої Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0002300-18>

60. Концептуально-методологический алгоритм конституционных преобразований в Украине. Конституционные преобразования в Украине: история, теория и практика: монография/М.Ф. Орзих, А.Р. Крусян, В.Н. Шаповал [и др]; под ред. М.В. Орзиха. - К.: Юринком Интер, 2013. - 512 с.

61. Копейчиков В.В. Українська РСР – невід’ємна складова частина союзу РСР / [С.Л. Фукс, А.Й. Рогожин, В.А. Барахтян] ; за ред. А.Й. Рогожина. – К. : Вища школа, 1974. - 216с.

62. Костицький М.В. Деякі питання методології юридичної науки. Науковий вісник національної академії внутрішніх справ, 2013. - №1. - С. 3-11.

63. Костюк В.О. Загальна теорія держави і права : навч. посібник. – К. : Атіка, 2005. - 592 с.

64. Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2005. – 675 с.

65. Кравец И.А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики). - М: ЮКЭА, 2002. 362 с. - С. 266.

66. Кравец И.А. Формирование российского конституционализма: Проблемы теории и практики : Дис. . . . д-ра юрид. наук : 12.00.02 .- М.: РГБ, 2003 (Из фондов Российской Государственной библиотеки). - С. 52-61.

67. Кравченко В. В. Конституційне право України: Навчальний посібник. Вид. 3-тє, виправл. та доповн.- К.: Атіка, 2004- 512 с. - С. 69.

68. Крусян А.Р. Генезис науково-практичної парадигми конституціоналізму. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.:

С. В. Ківалов (голов. ред.), В. М. Дрьомін (заст. голов. ред.), Ю. П. Алєнін [та ін.] ; МОН України, НУ ОЮА. – Одеса : Юрид. л-ра, 2011. – Вип. 63. – С. 41-50.

69. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм : монографія. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 560 с.

70. Крусян А.Р. Методологія сучасного українського конституціоналізму. - *Юридичний Вісник*, 2012. № 12. - С. 4-12.

71. Крусян А.Р. Проблеми сучасної конституціоналістика : навч. посібник / [М.В. Афанасьєва, О.В. Батанов, А.А. Єзеров та ін.] ; за ред А.Р. Крусян. - О. : Фенікс, 2015. Вип. 3 : Сучасний український конституціоналізм. – 526 с.

72. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм : монографія. - К. : Юрінком Інтер, 2010. 560 с. - С. 8

73. Лапкін А. В. Судове право України : навч. посіб. у схемах. - Х.: Право, 2016. - 148 с.

74. Лафитский В. Конституционный строй США. 2-е изд., перераб. И доп. – М.: Статут, 2011. - 351 с.

75. Локк Дж. Два трактати про врядування / пер. з англ О. Терех, Р. Тимирець . К.:Основи, 2001. – 265с.

76. Лукаш С.Ю. Окремі питання становлення та розвитку соціального складника українського конституціоналізму часів козацької доби. - С. 29-45. URL: <http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/8314/1/6.pdf>

77. Львова Є.О. До питання про формування та розвиток новітнього конституціоналізму в умовах глобального урядування. - *Вісник Центральної виборчої комісії*, 2013. №2. - С. 44-47.

78. Макиавелли Н. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия URL: http://www.lib.ru/POLITOLOG/MAKIAWELLI/livij.txt_with-big-pictures.html

79. Мала енциклопедія конституційного права / За заг. ред. проф. Ю.Л. Бошицького; Київський університет права НАН України – К.: Кондар-Видавництво, 2012. – 462с.

80. Малиновський В.Я. Магдебурзьке право на Волині у контексті європейських традицій. - *Науковий вісник Волинського національного університету імені Лесі Українки*. – 2009. - №. 22. – С. 158-162.

81. Маловицька Н.А. Становлення і розвиток конституційного правосуддя. URL: https://law.knu.ua/images/abook_file/verkh2010_osn_myalovytska.pdf

82. Мартинюк Р.С. Природа правових позицій органів спеціалізованого конституційного контролю: теоретико-правовий аспект. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2014. № 1. - С. 76-86.

83. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. – М.: Проспект, 2009. – 512с.

84. Махніцький О.І. Судовий конституціоналізм і судова влада: до постановки питання про поняття та співвідношення. - *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. - С. 24-31.

85. Меленко С.Г. Гносеологічні витоки українського конституціоналізму. *Порівняльно-аналітичне право*, 2014. - № 8. – С. 222-226.

86. Мироненко О.М. Конституційний суд України: історія і сучасність, доктрина і практика. – К., 2011. – 910с.

87. Міль, Джон Стюарт. Про свободу: Есе / Пер. з англ. К: Основи, 2001. - 463 с.

88. Мірило верховенства права (правовляддя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». - К., 2020. - 144 с.

89. Москвич Л. М. Удосконалення судової процедури як складова підвищення ефективності функціонування суду. - *Вісник Верховного Суду України*. 2012. № 3 (139)

90. Нерсисянц В.С. История политических и правовых учений. Краткие учебные курсы. – М.: Норма, 2000. – 352с.
91. Освяннікова О. Належна правова процедура як гарантія довіри громадськості до судової влади. - *Право України*. 2015. № 7. - С. 128-135.
92. Основи методології та організації наукових досліджень: Навч. посіб. для студентів, курсантів, аспірантів і ад'юнтів / за ред. А. Є. Конверського. — К.: Центр учбової літератури, 2010. — 352 с.
93. Основи римського приватного права: Підручник / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. — Х.: Право, 2008. — 224 с.
94. Підпригора, О.А., Харитонов, Є.О. Римське право : підруч. / О.А.Підпригора, Є.О.Харитонов. - 2ге вид. - К. : Юрінком Інтер, 2009. - 528 с.
95. Платон. Собрание сочинений в 4 т. / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. Ф. Лосева, В. Ф. Асмуса, А. А. Тахо-Годи и др. – М.: Мысль, 1994. – Т. 4. – 830 с.
96. Подорожна Т.С. Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. - К.: Юрінком Інтер, 2016. - 536 с.
97. Посібник зі статті 6 Право на справедливий суд (Цивільна частина): Рада Європи. Європейський Суд з прав людини, 2013. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf
98. Правда руська. Тексти на основі 7 списків та 5 редакцій. Склав та підготував до друку проф. С. Юшков. — К.: ВУАН, 1935. — Редакція IV. — С. 137-144. URL: <http://litopys.org.ua/yushkov/ya.htm>.
99. Прилуцький С.В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава): Монографія. - К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. - 317 с.
100. Приходько Х.В. Роль правових позицій Конституційного Суду України і становленні та розвитку доктрини конституційного процесу. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 2. - С.43-54.
101. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції :

Законом України. Відомості Верховної Ради України. – Закон від 17.07.1997 № 475/97-ВР. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр.

102. Проблеми конституційного транзиту в Україні / С. О. Янішевський, О. А. Фісун [та ін.] ; за ред. В. М. Яблонського, С. О. Янішевського. – К. : НІСД, 2011. – 52 с.

103. Пушкарев С.В. Толкование конституций сравнимаемых государств как один из методов кампаративного исследования. - *Вектор науки Тольяттинского государственного университета*. 2010. № 2. - С. 135.

104. Рабцевич О. И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. - М. : Лекс-Книга, 2005. - 318 с.

105. Рассоха І. М. Конспект лекцій з навчальної дисципліни «Методологія та організація наукових досліджень» для студентів 5 курсу денної форми навчання освітнього-кваліфікаційного рівня «магістр» спеціальностей 8.050106, 8.03050901 «Облік і аудит», 8.050201 «Менеджмент організацій», 8.03060101 «Менеджмент організацій і адміністрування (за видами економічної діяльності)» - Х.: ХНАМГ, 2011. - 76 с.

106. Растоу Д. А. Переходы к демократии: попытка динамической модели. Полис, 1995. № 5. - С. 5-15.

107. Різник С.В. Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні: монографія. - Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2020. - 542 с.

108. Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213–VIII від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p2_2020.pdf

109. Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень розділу I, пункту 2 розділу III „Прикінцеві положення“ Закону України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення“ від 2 березня 2015 року № 213–VIII від 23 січня 2020 року № 1-п/2020 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-20#Text>

110. Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року № 7-п/2020. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/7_p1_2020.pdf

111. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text>

112. Рішення Конституційного Суду України у справі у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) № 11-рп/99 від 29.12.1999 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99#Text>

113. Ролз Д. Теорія справедливості/пер. з англ. О. Мокровальського. - К.: Основи, 2001. - С. 326-336.

114. Рудакевич О. Культурні та ідеологічні засади національної моделі конституціоналізму. - *Віче*. 2012. № 19. - С. 12-15.

115. Русакова І.Г. Історія становлення судової влади в Київській Русі. - Молодий вчений, 2014. - №12(15). – С. 278-281.

116. Савчин М. В. Конституційне право України : підручник / відп. ред. проф., д.ю.н. М.О. Баймуратов. - К. : Правова єдність, 2009. - 1008 с.
117. Савчин М.В. 2013, Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації. Автореф. дис... докт. Юрид. наук за спец. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Національна академія внутрішніх справ - К. – 47с.
118. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: Монографія. Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с.
119. Савчин М.В. Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму: монографія 2-у вид. - Ужгород: Гельветика, 2020. - 648 с.
120. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. - Х. : Право, 2010. - 256 с.
121. Себайн Джорж Г., Торсон Томас Л. Історія політичної думки / пер. з англ. – К.: Основи, 1997. – 838с.
122. Селіванов А. О. Верховенство права в Конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції. - К. ; Х. : Акад. прав. наук України, 2006. - 400 с.
123. Селіванов А.О. Судовий конституціоналізм як ціннісна категорія інтеграційного напрямку конституціоналізації. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2015. №3. - С. 116-119.
124. Селіванов В. Людський вимір політики трансформації державного управління в Україні. - *Право України*. 2004. № 10.
125. Селіванов О.А. Конституційний судовий контроль за актами органів державної влади України. Дис... канд. юрид. наук за спец. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Інститут законодавства Верховної Ради України, Київ, 2017. С. 48.
126. Скомороха В. Судовий конституціоналізм в аспекті співвідношення конституційної та конвенційної юрисдикції. - *Вісник Конституційного Суду України*, 2015. №1. - С.40-48.

127. Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практика реалізації. – К., 2005. – 170 с.
128. Скрипнюк О.В., Прокопов Д.Є. Методологічні проблеми теорії конституційного права. Проблеми теорії конституційного права України. За заг. редакцією Ю.С. Шемшученка. - К.: Парламентське видавництво, 2013.- 616 с.
129. Сліденко І.Д. До проблеми номінального та реального конституціоналізму, теорії «*reine rechtslehre*» та онтології конституційного контролю. - *Проблеми філософії права*, 2008-2009. том 6-7. - С. 135-146.
130. Сліденко І.Д. Феменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, сенергетичних аспектів: Монографія. – К.: Істина, 2010. – 624 с.
131. Слінько Т.М. Правові позиції Конституційного Суду України з питань діяльності судів загальної юрисдикції. - *Проблеми законності*. 2011. Вип. 117. - С. 3-13.
132. Словник української мови: в 11 томах / Наук. думка. 1970–1980. – К.: 1975. — Том 6. — С. 521.
133. Соціологія права. Підручник / За заг. ред. Л.М. Гераскіної, М.І. Панова. К., 2003.
134. Спиноза Б. Богословско-политический трактат. URL: http://www.civisbook.ru/files/File/Spinoza_B-P_tr.pdf
135. Степанков В.Г. Правовая позиция: общетеоретические и прикладные аспекты/ Дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.01. – Н.Новгород, 2003. 218с.
136. Стецюк П. Про дефініцію категорії «конституціоналізм». Вісник Львівського університету, 2004. URL: <http://radnuk.info/home/24642-----qq--c.html>
137. Тарахонич Т.І. Методологічні підходи та принципи дослідження правового регулювання. - *Часопис Київського університету права*, 2009. №3. С. - 15-19.
138. Терлецький Д.С. Проблеми сучасної конституціоналістики : навч. посіб. / М. П. Орзіх, М.В. Афанасьєва, В.Р. Барський та ін. ; за ред. М.П. Орзіха. - К. : Юрінком Інтер, 2011. - 272 с.

139. Терміновий спільний висновок Венеціанської комісії та Генерального директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи щодо законодавчої ситуації навколо антикорупційних механізмів щодо рішення №13-Р/2020 Конституційного суду України (переклад українською мовою).URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/bddc77fbf7f0844888dd_file.pdf

140. Тесленко М. В. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2003. № 4. - С. 36-41.

141. Ткачук П. М. Правові позиції Конституційного Суду України. - *Вісник Конституційного Суду України*. 2006. № 2. - С. 10-21.

142. Федоренко В. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наук. доповідь. *НАПрН України, Київський регіональний центр*. - К. 2015. - С. 13.

143. ФРГ. Конституция и законодательные акты. Под общ. Ред. Ю.П. Урьяса. - М., 1991. - С. 302-335.

144. Фрийдман Л. Введение в американское право: Пер. с англ. / Под ред. М. Калантаровой. - М.: Прогресс, 1992. - 291 с.

145. Хабриева Т.Я. Этапы и основные направления конституционализации современного российского законодательства. - *Журнал конституционного правосудия*. 2013. № 6 (36). - С. 25-30.

146. Цехмістрова Г.С. Основи наукових досліджень. Навчальний посібник. - К.: Слово, 2004. - 240 с.

147. Циверенко Г.П. Основні підходи до визначення поняття «конституціоналізм» у сучасній науковій думці. - *Держава та регіони, Серія: Право*, 2009 р. № 1. - С. 171–175.

148. Циганюк Ю. В. «Належна правова процедура» як системна правова категорія вітчизняного кримінального процесу. - *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 3. - С. 217-219

149. Цимбалістий Т. О. Конституційна юстиція в Україні : навч. посіб. К. : Центр учб. л-ри, 2007. - 200 с.

150. Циппеліус Р. Філософія права: Підручник. - К.: Тандем, 2000. - 300 с.
151. Шаповал В.М. Конституційний контроль в Україні: концепт та інститути. - *Право України*. 2016. №10. - С.127-130.
152. Шаповал В.М. Проблеми сучасної конституціоналістика : навч. посібник / [М.В. Афанасьєва, О.В. Батанов, А.А. Єзеров та ін.] ; за ред А.Р. Крусян. О. : Фенікс, 2015. Вип. 3 : Сучасний український конституціоналізм. - 526 с.
153. Шевчук І.М. Правові позиції Конституційного Суду України. - *Форум права*. 2012. № 4. - С. 1064-1069.
154. Шевчук С. Доктрина верховенства права і конституціоналізму: історична генеза і співвідношення. - *Право України*, 2010. - №3. – С. 52-61.
155. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. Х., 2002. 296 с
156. Шемшученко Ю. Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму та державного управління в Україні. - *Право України*, 2009. № 11. - С. 19-25.
157. Шемшученко Ю.С. Методологічні засади оновлення Конституції України. *Конституція і виборчий процес в Україні : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. - К., 25 червня 2015 р. - С. 9-13.
158. Шлейермахер Ф. Герменевтика. Перевод с немецкого А.Л.Вольского. Науч. ред. Н.О.Гучинская. СПб.: Европейски Дом. 2004. -242 с.
159. Шмитт К. Государство. Право и политика / К. Шмитт. - пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова; сост. В.В. Анашвили, О.В. Кильдюшов. М.: Территория будущего, 2013 (Серия «Университетская библиотека Александра Погорельского»). - 448 с.
160. Щербанюк О.В. Народний суверенітет у теорії політико-правових вчень: історична школа: монографія. Книга 1. – К.:Логос, 2013. – 182с.
161. Щербанюк О.В. Самостійність і незалежність судової влади як умова конституційно-правового прогресу. - *Альманах права. Право і прогрес: складові забезпечення в сучасних умовах*. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2016. Випуск 7. - С. 79-82.

162. Щербанюк О.В. Становлення концепції судового права. - *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, 2015. вип. 23. Том 1. - С. 157-160.
163. Юридична енциклопедія: а 6 т. Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. - К.: Укр.енцикл., 2001. Т. 3. 792с. - С. 619.
164. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр.енцикл., 2003. – Т.5. : П-С. – 736 с.
165. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр.енцикл., 1998 – Т.2. : Д-Й. – 744 с.
166. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. К.: Укр.енцикл., 1999. т. 2. 744 с. - С.429.
167. Ярош Д.В. Конституція Української народної республіки 1918 року про права і свободи людини: історичний досвід і сучасність. - *Університетські і наукові записки*, 2006. - №1 (7). - С. 6-11.
168. A. Morrone, «Dopo la decisione sull’Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale», *Forum Costituzionale*, 13 février 2017, p. 4.
169. Allan Hutchinson and Patrick Monahan, *The Rule of Law: Ideal or Ideology* (1st ed, 1987)
170. Andreescu M., Puran A., *Drept constituțional. Teoria generală și instituții constituționale*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 29-80.
171. Australian Security Intelligence Organisation Legislation Amendment (Terrorism) Bill 2002 (Cth); George Williams, 'Our rule of law is under attack' *The Age* (Melbourne), November 23rd 2001, 15.
172. B. Mathieu, «Le Conseil constitutionnel “législateur positif” ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative », *RIDC*, 62, 2010, p. 507-531.
173. Barr v Matteo (1959) 360 US 564 (US). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/360/564/>

174. Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Neoconstitucionalismo*, p. 55.

175. Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA region, 1995.

176. Bethany A. Cook, Lisa C. Kahn. Justice Scalia Justice Scalia's Due Process Model: A History Lesson in Constitutional Interpretation. *Journal of Civil Rights and Economic Development*. Volume 6, Spring 1991, Issue 2. URL: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1569&context=jcred>

177. Better In Than Out: When Constitutional Courts Rely on the Charter. Volume 16, Issue 1. March 2020, pp. 1-7.

178. Bobbio N., «La crise permanente», *Pouvoirs*, 18, 1981, p. 8

179. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. João Ferreira et alii. Brasília: Editora da UnB, 1986.

180. Brandon J. Murrill. Modes of Constitutional Interpretation. March 15, 2018. Congressional Research Service. P. 2. URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf>

181. BVerfGE 35, 311, at 320, BVerfGE 74, 102, at 121, BVerfGE 74, 358, at BVerfGE 82, 106, at 114. URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Entscheidungen/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE.html>

182. BVerfGE 59, 280, at 283, 286.

183. BVerfGE 7, 198. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>

184. BVerfGE, 92, 320, 323.

185. BvR 74/60 (1961) BVerfGE 12, 81 (Ger). URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=24.01.1961&Aktenzeichen=2%20BvR%2074%2F60>

186. C. De la Torre, In the Name of the People: Democratization, Popular Organizations, and Populism in Venezuela, Bolivia, and Ecuador, in *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, n. 95/2013, pp. 27-48.

187. C. Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 567.
188. C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma Bari, Laterza, 1979, p. 151.
189. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. 9^a imp. Coimbra: Almedina, 2003.
190. Charles M. Hough. *Due Process of Law: To-Day*. *Harvard Law Review* , Jan., 1919, Vol. 32, No. 3 (Jan., 1919), pp. 218-233. URL: <https://www.jstor.org/stable/1328129>
191. *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration* (1992), 176 CLR 1. URL: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/chu-kheng-lim-and-others-v-minister-immigration-local-government-and-ethnic-affairs-and>
192. Corte costituzionale della Repubblica italiana, arrêt no 35 de 2017, 9 février 2017, disponible en ligne : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Une version abrégée de la décision est également disponible en traduction anglaise : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/2017_35_EN.pdf.
193. D. Thym, ‘Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft’, 145 *Archiv des Öffentlichen Rechts* (2020), forthcoming; and H. Vorländer, ‘Integration durch Verfassung?’, in H. Vorländer (ed.), *Integration durch Verfassung* (Springer 2002) p. 9-40.
194. Daniel Thym. *Friendly Takeover, or: the Power of the ‘First Word’*. The German Constitutional Court Embraces the Charter of Fundamental Rights as a Standard of Domestic Judicial Review. *European Constitutional Law Review*. Volume 16 Issue 2. P. p. 187-212.
195. David Kinley, *Constitutional Brokerage in Australia: Constitutions and the Doctrines of Parliamentary Supremacy and the Rule of Law*, 1994, 22(1) *Federal Law Review*, 194, 195
196. Deacon Șt. *Instituții politice*. București: C. H. Beck, 2012, pp. 103-104.

197. Deleanu I. Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și dreptul comparat, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 208-223.

198. Dicey, A., Introduction to the Study of the law of the Constitution, 10a. édition, Londres, 1885, reprint McMillan, 1967, notamment le chapitre XII: Rule of Law compared with Droit administratif, pp. 328-405.

199. Diescho JB, 'The Paradigm of an Independent Judiciary: Its History, Implications and Limitations in Africa' in Horn, N, and Bösl, A, *The Independence of the Judiciary in Namibia* (Konrad-Adenauer-Stiftung 2008) 17.

200. DRiG, The Judiciary Act: 19 April 1972.

201. E. Bottini, «Le juge et la (re)définition de la démocratie : l'arrêt no 1/2014 de la Cour constitutionnelle italienne» URL: <http://juspoliticum.com/article/Le-juge-et-la-re-definition-de-la-democratie-l-arret-n-1-2014-de-la-Cour-constitutionnelle-italienne-915.html>

202. Eberle, Edward J., Procedural Due Process: The Original Understanding. (1987). *Constitutional Commentary*. 293. <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/293>

203. Epstein, L, 'Shedding (Empirical) Light on Judicial Selection' (2009) 74 *Missouri Law Review* 567-568.

204. F. Laffaille, «La "disgrâce du droit". La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 70, 2007, p. 381-440.

205. Ferrajoli, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002

206. G. Cahin, « L'évolution de la République italienne », RFDC, 48, 2001, p. 705

207. Galligan D.J. Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures. – *Oxford University Press Inc.*, New York. – Reprinted. 2004. p.8

208. Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 90 S. Ct. 1011, 25 L. Ed. 2d 287. 1970. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/>

209. Grundgesetz. URL: <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/>

210. Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, D. F., Porrúa-UNAM, 2006.
211. Hayek F. *The Constitution of Liberty*. Chicago, 1960.
212. *Herb v. Pitcairn*, 324 U.S. 117 (1945). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/324/117/>
213. I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, vol. I, p. 41-45
214. *Incal v Turkey (Merits and Just Satisfaction) (ECtHR) (9 June 1998) App 22678/93*. URL: <http://echr.ketse.com/doc/22678.93-en-19980609/>
215. Jean-Eric Gicquel, *Jean Gicquel Droit constitutionnel et institutions politiques*. 34e édition. P. L.G.D.J. 2020. 976 p.
216. Jed Rubenfeld, 1998: *Legitimacy and Interpretation. Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Ed. Larry Alexander. Cambridge: *Cambridge University Press*. 194–234.
217. Jellinek, G., *L'État moderne et son droit*. 1904.
218. Jones, T, ‘Judicial Bias and Disqualification in the Pinochet Case’ (1999) *Public Law* 395.
219. Keith Mason, *The Rule of Law*, in PD Finn (ed), *Essays on Law and Government, Volume 1: Principles and Values* (1995)
220. La paternité du terme est attribuée généralement à R. von Mohl dans son ouvrage *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. 1832.
221. Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 *FORDHAM L. REV.* 453 (2013) P. 408.
222. M. D’amico, S. Catalano, *Prime riflessioni sulla « storica » sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milan, Franco Angeli, 2014.
223. McCrudden, C. (2000). *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 499-532.

224. McIlwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Solozábal Echaarria. Madrid: Centre de Estudios Constitucionales, 1992.
225. Myers III, WG, 'The Role of Special Interest Groups in the Supreme Court Nomination of Robert Bork' (1989) 17 *Hastings Const LQ* 399.
226. Norbert Foulquier «Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n 2 URL: <http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html>
227. *Oxford companion to the Supreme Court of the United States/ editor in chief, Kermit L. Hall; editors, James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman. Oxford University Press. 2005. P. 212.*
228. P. Costanzo, «La “francisation” de la justice constitutionnelle italienne : dans quel sens?», *ConsultaOnline*, 3 décembre 2009, disponible en ligne : <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoParis.htm>
229. Prieto Sanchis, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista española de derecho constitucional*, n° 71, p. 56.
230. *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 2) [1999] UKHL 1 (UK). 289I. URL: https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_155.htm
231. R. Bin, «Zone franche e legittimazione della Corte », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 mai 2014, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/1-2014.pdf>.
232. R. Dix, Populism: Authoritarian and Democratic, in *Latin American Research Review* vol. 20, n. 2/1985, pp. 29-52.
233. *Reed Elsevier, Inc., Et Al., Petitioners v. Irvin Muchnick Et Al.* URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/154/>.
234. Ríos-Figueroa, J, 'Judicial Independence and Corruption: An Analysis of Latin America' (28 June 2006) Department of Politics; Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). 5.
235. Ríos-Figueroa, J, and Staton, JK, 'An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence' (2012) 30 *The Journal of Law, Economics, and Organization* 106-107.

236. Rivka Weill. Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care. *BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* [Vol. 30:2012]. P.349-411.

237. Rotunda R., Nowak J. Treatise on Contional Law: Substance and Procedure. Washington, 1990. Vol. 1. Pocket part. P. 182.

238. S. Ceccanti, «I sistemi elettorali per elezioni politiche dopo la 35/2017 : una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti», *Federalismi.it*, 15 février 2017, p. 3.

239. S. Lieto & P. Pasquino, « La Corte costituzionale e la legge elettorale : la sentenza n.1 del 2014 », URL: www.forumcostituzionale.it, 3, 2014

240. Sarlet, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

241. Scalia, A matter of interpretation, *supra* note 17, at 23-38.

242. Seibert-Fohr, A, 'Constitutional Guarantees of the Independence of the German Judiciary' in Wolfrum, R, and Riedel, E, (eds), *Recent Trends in German and European Constitutional Law* (Springer 2006) 267. RiZ (R) 4/71 (1971) BGHZ 57, 344 (Ger).

243. Shetreet, S, 'Judicial Independence and Accountability in Israel' (1984) 33 *International and Comparative Law Quarterly*. 998.

244. Shetreet, S, 'The Normative Cycle of Shaping Judicial Independence in Domestic and International Law: The Mutual Impact of National and International Jurisprudence and Contemporary Practical and Conceptual Challenges' (2009) 10 *Chicago J of Intl Law* 275.

245. Shetreet, S, *Judges on Trial: a Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (North Holland 1976).

246. Solum, Lawrence B., Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate (January 11, 2019). *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, No. 6, 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3324264> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3324264>

247. Swart, M, 'Should Judges Disclose their Financial Interests?' (13 February 2012) Business Day.

248. Swart, M, 'To Recuse or not to Recuse: How Independent are the Judges of the International Criminal Tribunals?' (2003) 8 *South African Yearbook of International Law* 185.

249. The Constitution of the United States of America Analysis and Interpretation. Washington. 1990 Supplement. P. 187-206\$ Analysis and Interpretation of the Constitution. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States. Senate Document № 108-17. 2002 Edition Cases Decided to June 28, 2002; 2008 Supplement: Cases Decided to June 26, 2008. Senate Document № 110-17. Washington, 2008. P. 163-168.

250. The Organic Law of the Constitutional Court (Current version) amended by Organic Laws 15/2015. URL: <https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx>

251. The Road to Serfdom: Text and Documents--The Definitive Edition (The Collected Works of F. A. Hayek, Volume 2) Paperback – January 1, 2003 p.295 URL:

252. Tjombe, N, 'Appointing Acting Judges to the Namibian Bench: A Useful System or a Threat to the Independence of the Judiciary?' in Horn, N, and Bösl, A, The Independence of the Judiciary in Namibia (Konrad-Adenauer-Stiftung 2008) 233, 234.

253. Troper, M., Le concept d'État de droit, cit., pp.35-36.

254. Tuori, K., «Four Models of the Rechtsstaat», in Sakslin, M., The Finnish Constitution in Transition, Hermes-Myynti Oy, 1991, pp. 31-41.

255. V. Tondi Della Mura, « Ma la discrezionalità legislative non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 et n. 35/2017 », *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 14 avril 2017, p. 4,

256. Valente v The Queen (1985) 2 SCR. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/108/index.do?r=AAAAAQAOVmFsZW50ZSB2LiBUaGUgUXVlZW4gWzE5ODVdIDIgUy5DLlIuIDY3MwAAAAAB>

257. Van Marrseveen H., vonden TangG. Written Constitutions: A Comparative Computerized Study, 1978. P. 105.

258. Venice Commission 'Report on the Independence of the Judicial System, Part I: The Independence of the Judges' (16 March 2010) CDL-AD(2010)004-e. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)

259. Webb v The Queen (1994) 181 CLR 41 (Austl). URL: <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/webb-and-hay-v-r-1994-181-clr-41/>

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

*Статті у наукових фахових виданнях України з юридичних наук,
зокрема внесених до міжнародних наукометричних баз даних:*

1. Рожок Л. П. Поняття «правові позиції Конституційного Суду України» та їх місце в процесуальних актах суду. *Право і суспільство*. - 2015. - № 5.2(2). - С. 74-78
2. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму в епоху Античності. *Публічне право*. - 2016. - № 2. - С. 71-77.
3. Печевиста Л.П. Ефективна судова влада як основа формування судового конституціоналізму в Україні. *Конституційно-правові академічні студії*. 2017. Вип. 2. С. 67-72.
4. Рожок Л.П. Глобалізація і стандарти здійснення конституційного тлумачення. *Часопис Київського університету права*. № 2. 2020. С. 164-168.

Статті в наукових періодичних виданнях інших держав:

5. Rojok Lidia. Due process as a condition of judicial constitutionalism. *Visegrad Journal on Human Rights*. № 4 (volume 1). 2020. С. 111-115.

1. Оpubліковані праці апробаційного характеру:

6. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму через призму конституційного транзиту в незалежній Україні. Принципи сучасного конституціоналізму та Основний Закон України. IX Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (4-5 листопада 2016 року). За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Харків: ТОВ Права людини, 2016. С. 98-99.

7. Рожок Л.П. Становлення судового конституціоналізму в контексті взаємодії судової та законодавчої влади в Україні. Вибрані роботи учасників шостої щорічної міжнародної наукової конференції «Парламентські читання», 18-19 листопада 2016 року. Київ: Лабораторія законодавчих ініціатив, USAID: Програма «Рада», Фонд «Східна Європа», С. 120-124.
8. Печевиста Л.П. Новітня судова реформа як шлях формування судового конституціоналізму в Україні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали Міжнародної наукової конференції (Чернівці, 26-27 жовтня 2017 р.). - Чернівці: Технодрук, 2017. С. 101-104.
9. Печевиста Л.П. Проблема становлення судового конституціоналізму. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці, 18-19 жовтня 2018 р.). - Чернівці: Технодрук, 2018. С. 75-79.
10. Печевиста Л.П. Проблеми розуміння поняття конституціоналізму. Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиківські читання: зб. тез наук. доп. і повідомлень Міжнар. наук. конф. (26-27 жовт. 2018 р.). Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. - Харків: Права людини, 2018. С. 241-242.
11. Рожок Л.П. Генеза політико-правових ідей про формування судового конституціоналізму. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні; [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), А.С. Цибуляк-Кустевич (відпов. секр.) та ін.] Матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці, 24-25 жовтня 2019 р.). – Чернівці: Чернів. нац. ун-т, 2019. С. 78-81.
12. Рожок Л.П. Європейський конституціоналізм - інтеграційне явище. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні; Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (Чернівці,

16 жовтня 2020 р.). [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), Л.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін.] Київ: ВАІТЕ, 2020. С. 195-198.