



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні



КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ І ПРОЦЕСИ ДЕМОКРАТИЧНОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

МАТЕРІАЛИ МІЖНАРОДНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ,
ПРИСВЯЧЕНОЇ 20-Й РІЧНИЦІ
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Київ, 7 - 8 жовтня 2016 року



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні



КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ І ПРОЦЕСИ ДЕМОКРАТИЧНОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

МАТЕРІАЛИ МІЖНАРОДНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ,
ПРИСВЯЧЕНОЇ 20-ІЙ РІЧНИЦІ
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Київ, 7 - 8 жовтня 2016 року

УДК 342.565.2(477)(06)
ББК 67.9(4Укр)400я431
К65

Конституційний контроль і процеси демократичної трансформації у сучасному суспільстві. Збірка матеріалів міжнародної конференції, присвяченої 20-річчю Конституційного Суду України – Київ: ВАІТЕ, 2016. – 218 с.

ISBN 978-966-2310-57-3

- © Колектив авторів
- © Координатор проектів ОБСЄ в Україні
- © Видавництво «Ваїте»

Видання цієї роботи здійснено в межах реалізації Проекту Координатора проектів ОБСЄ в Україні «Підтримка реформи конституційної юстиції».



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

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

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНА ПРОМОВА ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ПЕТРА ПОРОШЕНКА З НАГОДИ 20-Ї РІЧНИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	7
WELCOME SPEECH OF THE PRESIDENT OF UKRAINE MR. PETRO POROSHENKO ON THE OCCASION OF THE 20TH ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE.	10
Ю. Баулін, ВСТУПНЕ СЛОВО «20 РОКІВ КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВОСУДДЮ В УКРАЇНІ: ДОСЯГНЕННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ»	13
Mr. Yurii Baulin, OPENING ADDRESS «20 YEARS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN UKRAINE: ACHIEVEMENTS AND PROSPECTS IN TERMS OF TRANSFORMATION OF LEGAL MECHANISMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION»	21
О. Водянніков, ВСТУПНЕ СЛОВО	29
Frau Keller-Engels, BEGRÜSSUNG BEI DER ERÖFFNUNG VERFASSUNGSKONFERENZ KIEW 07.10.2016	31
Mr. Gianni Buquicchio, PRESENTATION AT THE CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE 20TH ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE «CONSTITUTIONAL CONTROL AND THE PROCESSES OF DEMOCRATIC TRANSFORMATION IN MODERN SOCIETY» KIEV, 7-8 OCTOBER 2016.	33
Ф. Абдуллаев, РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПУТЕМ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ	37
Д. Гараджаев, РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПОСРЕДСТВОМ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ	41

С. Іщук, ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ СВОБОДИ МИРНИХ ЗІБРАНЬ У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	47
Б. Калиновський, ДІЯЛЬНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ОРГАНІЗАЦІЇ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ	58
М. Костицький, Н. Кушакова-Костицька, ПРАВОВІ ДОКТРИНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА ТА МОЖЛИВІСТЬ ЇХ ВИКОРИСТАННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ	65
А. Крусян, КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ ТА ПРОЦЕСИ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ПЕРЕТВОРЕНЬ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ	68
М. Маркуш, ЗАСАДА ЗМАГАЛЬНОСТІ ТА РІВНОПРАВНІСТЬ СТОРІН У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ	75
Ч. Осмонова, ЗАЩИТА КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН НА ПРИМЕРЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПАЛАТЫ ВЕРХОВНОГО СУДА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ	97
О. Сергеева, РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В ПОВЫШЕНИИ ЭФФЕКТИВНОСТИ МЕХАНИЗМОВ ЗАЩИТЫ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА.	102
В. Скомороха, КОНСТИТУЦІЙНА ЮРИСДИКЦІЯ І ПРАВОВА ДОКТРИНА: ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМНОГО ВПЛИВУ В УМОВАХ ДЕМОКРАТИЧНОГО ПОСТУПУ, ПЕРСПЕКТИВИ ДЕМОКРАТІЇ	111
О. Щербанюк, КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ДІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ.	127
Prof. Rainer Arnold, DER SCHUTZ VON MENSCHENRECHTEN DURCH VERFASSUNGSGERICHTE - GEMEINSAME PRINZIPIEN IN EUROPA.	133
Dr. Brigitte Bierlein, INTERNATIONALE KONFERENZ ANLÄSSLICH DES 20-JÄHRIGEN BESTEHENS DES VERFASSUNGSGERICHTS DER UKRAINE	139

Ms. Elena Gosheva, CONSTITUTIONAL CONTROL AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA	145
Dr. Matthias Hartwig, DER VERFASSUNGSRECHTLICHE SCHUTZ DER SOZIALEN GRUNDRECHTE UND IHRE ANWENDUNG IN ZEITEN DER WIRTSCHAFTLICHEN KRISE.	153
Dr. Dieter Hömig, VERFASSUNGSKONTROLLE UND MENSCHENRECHTSSCHUTZ IM DEMOKRATISCHEN WANDEL.	164
Dr. iur. Uldis Ķiniš, THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT: IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LATVIA	169
Mrs. Desanka Lopičić, RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN MONTENEGRO	181
Mr. Justice M.M. Nicolatos, CONSTITUTIONAL CONTROL AND THE PROCESSES OF DEMOCRATIC TRANSFORMATION IN MODERN SOCIETY	184
Mr. George Papuashvili, CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE AND ITS IMPACT ON THE DEMOCRATIC PROCESS IN GEORGIA	186
Mr. Alexandru Tănase, THE EXCEPTION OF UNCONSTITUTIONALITY AS AN ELEMENT OF A FAIR TRIAL.	190
Mr. Muammer Topal, LEGAL MECHANISMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION	194
Mr. Dainius Žalimas, THE OFFICIAL CONSTITUTIONAL DOCTRINE: CONCEPT, SIGNIFICANCE AND THE MAIN PRINCIPLES OF DEVELOPMENT.	197

ВІТАЛЬНА ПРОМОВА ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ПЕТРА ПОРОШЕНКА З НАГОДИ 20-Ї РІЧНИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Вельмишановна громадо, шановні голови конституційних судів та гості!

Цього року українська Конституція відзначила своє 20-річчя. І символічно, що саме 2016-й є визначальним роком для конституційного процесу в Україні.

Більшість з нас пам'ятають ту історичну ніч в далекому 1996 році, коли Верховною Радою розглядався проект Конституції України. Пам'ятають, якими цей процес супроводжувався хвилюваннями та надіями, і як радісно зустрів Український народ її прийняття. Ухвалення Основного Закону стало відправною точкою для розвитку конституційної науки та практики в нашій державі.

В багатьох країнах світу конституційний суд є унікальним за своїми повноваженнями органом, на який покладено завдання з втілення в життя принципу верховенства права, забезпечення конституційних прав і свобод людини, збереження конституційного ладу. Його рішення не можуть бути оскаржені та мають виконуватися невідкладно.

Відтак, бути суддею Конституційного Суду України – це велика честь і велика відповідальність.

За 20 років існування Суду в його складі працювали видатні правники-конституціоналісти: Петро Мартиненко, Станіслав Яценко, Леонід Юзьков та багато інших. За це їм вічна шана і велика повага. Вони – золотий фонд українського конституціоналізму.

Є знаковим, що 20-річчя Конституції та Конституційного Суду України співпало зі стартом глибокої реформи судової гілки влади. Над цією реформою тривалий час активно та професійно працювала Конституційна Комісія.

Я хочу подякувати членам Конституційної Комісії за ефективну роботу як щодо підготовки змін до Конституції України в частині правосуддя, так і в частині децентралізації. Це два надзвичайно важливих процеси.

30 вересня цього року набули чинності зміни до Основного Закону України щодо судової системи, які є фундаментом для реформування правосуддя в цілому і Конституційного Суду зокрема.

Реформою запроваджуються норми, які суттєво посилюють незалежність Конституційного Суду. Звільняють його від неприбуткових функцій і значно розширюють повноваження Конституційного Суду. Конституційний Суд за своєю природою повинен бути винятково аполітичним органом, рівновіддаленим та повністю незалежним від усіх гілок влади, оскільки саме він є головним арбітром, який слідкує за дотриманням Конституції України в суспільно-правових відносинах.

Хочу наголосити, що Конституційний Суд в періоді реформування та впровадження сутнісних змін має неухильно стояти на сторожі принципу верховенства права і Конституції. Дуже важливо, щоб тут не було жодної фракційності, жодної підклимної боротьби. В Суді точно не має бути поділу суддів за будь-якою квотою, за походженням, за освітою, за спеціалізацією чи за іншими ознаками.

Найголовніше, щоб кожен із суддів, склавши присягу, міг працювати чесно, професійно, відповідно до букви закону і духу права, керуючись власною совістю. Це стосується як розгляду доленосних для країни справ, так і скарг звичайних громадян, яким реформа надала право звертатися до Конституційного Суду із конституційною скаргою у випадку, коли закон, застосований у кінцевому судовому рішенні щодо них, не відповідає Конституції.

Ця новація суттєво підвищує рівень захисту прав і свобод громадян. Конституційна скарга – це потужний, додатковий механізм, який успішно використовується в багатьох країнах світу. Тому потрібно якнайшвидше імплементувати цей новітній інструмент до профільного законодавства.

Сподіваюся, що тепер, коли до Конституційного Суду можуть звертатися безпосередньо громадяни, він має шанс на нове дихання, на укріплення і розбудову власного авторитету – і в очах суспільства, і в очах експертів. І саме професійність суддів та юридична бездоганність рішень стануть запорукою незалежності Конституційного Суду України та відновлення довіри до нього з боку громадян.

Тож, на суддів Конституційного Суду - як діючих, так і тих, хто прийде незабаром, - покладається величезна відповідальність за зміцнення ролі Суду в сфері захисту конституційних прав і свобод громадян. Позиції, які висловлюватиме Конституційний Суд у своїх рішеннях, мають впливати на розвиток права в країні, формувати правову культуру, правосвідомість та бути орієнтирами у професійній діяльності юристів-практиків і науковців-правників.

Отже, щиро бажаю Конституційному Суду неухильно дотримуватися високих стандартів, які ставить перед ним мудрий Український народ.

Бажаю кожному з вас бути дійсно незалежним, дійсно відповідальним і дійсно справедливим. Саме таких цінностей роками потребувала наша Держава, такою ми зараз її будуємо. Абсолютно впевнений – ми досягнемо нашої мети. Дякую вам! Слава Україні!

WELCOME SPEECH OF THE PRESIDENT OF UKRAINE MR. PETRO POROSHENKO ON THE OCCASION OF THE 20TH ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE

Dear community,

Dear chairpersons of the constitutional courts and guests,

This year the Ukrainian Constitution celebrated its 20th anniversary. And it is symbolic that 2016 is a decisive year for the constitutional process in Ukraine.

Most of us remember the historical night back in 1996, when the Verkhovna Rada was considering the draft Constitution of Ukraine. We remember that this process was accompanied by worries and hopes, and how happily the Ukrainian people greeted its adoption. The adoption of the Basic Law was the starting point for the development of constitutional science and practice in our country.

In many countries of the world, the Constitutional Court is a unique body in its powers, entrusted with the task of implementing the principle of the rule of law, ensuring the constitutional human rights and freedoms, preserving constitutional order. Its decisions can not be appealed and must be carried out immediately.

Therefore, to be a judge of the Constitutional Court of Ukraine is a great honour and a great responsibility.

During 20 years of the activity of the Court the outstanding lawyers- constitutionalists, such as Petro Martynenko, Stanislav Yatsenko, Leonid Yuzkov and many others worked in it. We should express our eternal honour and great respect to them. They are the golden fund of the Ukrainian constitutionalism.

It is significant that the 20th anniversary of the Constitution and the Constitutional Court of Ukraine coincided with the start of a profound reform of the judiciary. The Constitutional Commission has actively and professionally worked on this reform for a long time.

I want to express my gratitude to the members of the Constitutional Commission for their effective work, both for the preparation of the amendments to the Constitution of Ukraine in part of justice, and in part of decentralisation. These are two extremely important processes.

On September 30 this year the amendments to the Constitution of Ukraine concerning the judicial system that is the foundation for the

reform of judiciary in general, and the Constitutional Court in particular, became effective.

The reform introduced norms that significantly enhance the independence of the Constitutional Court. They exempt it from non-inherent functions and significantly expand the powers of the Constitutional Court. The Constitutional Court in its nature should be extremely apolitical body, equidistant and completely independent of all branches of power, since it is the chief arbiter monitoring the observance of the Constitution of Ukraine in social and legal relations.

I want to emphasise that the Constitutional Court in times of reform and implementation of essential changes should strictly uphold the principle of the rule of law and the Constitution. It is extremely important that there should be neither factionalism, nor backstage struggle. There certainly should not be any division of judges for any quota, by birth, by education, specialization or other characteristics in the Court.

The most important thing is that each of the judges, having been sworn in, could fairly and professionally work in accordance with the letter of the law and in the spirit of the law, guided by his/her own conscience. This applies both to consideration of the crucial for the state affairs and complaints of ordinary citizens who were provided for by the reform the right to appeal to the Constitutional Court with a constitutional complaint if the law applied in the final judgment on them, is not in the conformity with the Constitution.

This innovation significantly enhances the level of protection of citizens' rights and freedoms. The constitutional complaint is a powerful additional mechanism that has been applied successfully in many countries. Thus, you need to quickly implement this new tool to respective legislation.

I hope that now that the Constitutional Court may deal directly with citizens, it has a chance at a new breath, to strengthen and build its own authority - both in the eyes of society, and in the eyes of experts. And that professionalism of judges and legal excellence of decisions will ensure the independence of the Constitutional Court of Ukraine and restore confidence on the part of citizens.

Therefore, judges of the Constitutional Court both acting and those coming soon are entrusted with a huge responsibility for strengthening the role of the Court in the protection of constitutional citizens' rights and freedoms. Positions that the Constitutional Court will express in its decisions, should influence the development of law in the country, form legal culture, legal consciousness, and be guidelines in the professional activity of lawyers-practitioners and scholars-lawyers.

Therefore, I sincerely wish the Constitutional Court to strictly adhere to the high standards set by the wise Ukrainian people. I wish each of you to be really independent, really responsible and really fair. It is the values that our State needed for years, we're building it that way. I am absolutely sure that we will achieve our goal. Thank you! And Glory to Ukraine!

Ю. Баулін,
Голова Конституційного Суду України

ВСТУПНЕ СЛОВО «20 РОКІВ КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВОСУДДЮ В УКРАЇНІ: ДОСЯГНЕННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ»

Доброго дня, шановні панове! Насамперед дозвольте мені з приємністю повідомити, що в роботі нашої конференції бере участь Президент України Петро Олексійович Порошенко.

Вельмишановний Петре Олексійовичу!
Шановні учасники конференції та гості!
Пані та панове!

Відкриваючи міжнародну конференцію «Конституційний контроль і процеси демократичної трансформації у сучасному суспільстві», від імені суддів Конституційного Суду України щиросердно вітаю представників органів конституційної юрисдикції зарубіжних країн, міжнародних організацій Ради Європи, представників органів державної влади України та фахівців у галузі конституційного права з початком роботи та висловлюю подяку за згоду взяти в ній участь.

Організаторами конференції поряд з Конституційним Судом України є Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія Ради Європи), Організація з безпеки та співробітництва в Європі, Німецький Фонд міжнародного правового співробітництва. Хочу подякувати їх керівникам панам Джанні Буккікію, Вайдотасу Вербі та пані Вероніці Келлер-Енгельс, а також іншим працівникам за допомогу та розуміння важливості проведення такого зібрання.

Шановні учасники конференції!

16 жовтня цього року виповнюється 20 років від дня прийняття Верховною Радою України Закону України «Про Конституційний Суд України». З прийняттям цього справді історичного правового акта де-факто розпочалася реальна діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції в Українській державі. Річ у тім, що формально Конституційний Суд України було засновано раніше. Так, ще 24 жовтня 1990 року Верховна Рада тоді ще Української РСР прийняла Закон «Про зміни і доповнення

Конституції (Основного Закону) Української РСР» № 404-XII, відповідно до ч. 1 ст. 112 якого:

«Конституційний Суд Української РСР обирається Верховною Радою Української РСР на десять років з числа спеціалістів у галузі права у складі Голови, заступника Голови і 23 членів Суду»¹.

Втім за тих часів КСУ так і не було створено, а Верховна Рада України, до повноважень якої було віднесено формування конституційного складу цього органу, спромоглася обрати тільки Голову Суду. Ним став видатний український вчений-конституціоналіст – Леонід Петрович Юзьков (1938 - 1995), наукові напрацювання якого з теорії української доктрини конституційної юрисдикції та його внесок у практичну розробку законодавчих засад конституційного судочинства з роками не втратили актуальність і є корисними у роботі єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні.

Конституція України 1996 року визначила КСУ єдиним органом конституційної юрисдикції в нашій державі та віднесла до його повноважень:

- вирішення питань відповідності Конституції України (конституційності) законів та інших правових актів парламенту, актів Президента та Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; офіційне тлумачення Конституції та законів України (ст. 150);

- надання висновків щодо конституційності чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів України, що вносяться на ратифікацію до парламенту, додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту (ст. 151);

- надання висновків щодо відповідності законопроектів про внесення змін до Конституції України вимогам її статей 157 та 158 (ст. 159).

Таким чином, було запроваджено класичну європейську (кельзенівську) модель конституційного судового контролю, яка передбачає надання виключних повноважень з перевірки конституційності законодавчих актів спеціальному органу – конституційному суду.

У процесі становлення інституту конституційної юстиції в Україні виникла потреба врегулювання організаційних питань діяльності КСУ. Тому не дивно, що першим Рішенням, прийнятим 5 березня 1997 року,

¹ Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР: Закон УРСР від 24 жовтня 1990 року № 404-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 606.

було затверджено Регламент Конституційного Суду України, яким було визначено порядок обрання Голови Суду та його заступників, утворення колегій суддів, постійних і тимчасових комісій, призначення секретарів колегій суддів, керівника Секретаріату; повноваження та порядок проведення засідань колегій суддів, засідань і пленарних засідань; порядок підготовки матеріалів за конституційними поданнями та конституційними зверненнями до розгляду на пленарних засіданнях; порядок розгляду справ; основні правила етикету на пленарних засіданнях; особливості діловодства, інші питання внутрішньої діяльності².

Запровадження цих заходів дозволило Суду з 1 січня 1997 року почати приймати конституційні подання і конституційні звернення до розгляду і вже 17 квітня 1997 року ухвалити першу пленарну ухвалу, а 13 травня 1997 року – перше рішення у справі щодо несумісності депутатського мандата.

На цей час Судом вже було опрацьовано понад 70 тисяч документів, у тому числі понад 1 тисячу конституційних подань та більш ніж 5,5 тисяч конституційних звернень. Для їх розгляду проведено більше тисячі засідань колегій, близько 5,5 тисяч засідань і пленарних засідань.

Прийнято 309 рішень з питань конституційності законів та інших правових актів та надання офіційного тлумачення Конституції та законів України, 28 висновків щодо відповідності приписам статей 157 та 158 Конституції законопроектів про внесення змін до Основного Закону України, висновок щодо конституційності міжнародного договору України (Римського статуту) та більш ніж 1,5 тисячі процесуальних ухвал.

Згідно з Законом завданням КСУ є гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави на всій території України (ст. 2). На виконання цього завдання протягом 20 років діяльності Конституційний Суд розглянув питання щодо конституційності норм більш ніж 150 законів та інших правових актів, з яких більше 100 положень було визнано неконституційними, що відповідно до статті 152 Конституції України мало наслідком втрату ними чинності з дня прийняття відповідного рішення.

У більшості випадків підставами для визнання неконституційними зазначених норм права було порушення ними основоположних прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією, у тому числі право людини на життя³, особисту недоторканність та свободу пересу-

2 Рішення Конституційного Суду України «Про Регламент Конституційного Суду України» від 5 березня 1997 року № 2-з/1997 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 20. – С. 87.

3 Рішення Конституційного Суду України від 9 грудня 1999 року № 11-рп/1999 у справі про смертну кару // Офіційний вісник України. – 2000. – № 4. – Ст. 126. – С. 114.

вання⁴, об'єднання у професійні спілки для захисту своїх трудових та соціально-економічних інтересів⁵, соціальний захист⁶, вільно обирати та бути обраними до органів державної влади⁷ тощо.

Таким чином, виконуючи функцію наступного конституційного контролю, Конституційний Суд України де-факто удосконалює систему законодавства, усуваючи з правового поля держави правові акти або їх окремі положення, якими неконституційним способом регулювалися певні правовідносини, в тому числі у сфері реалізації конституційних прав і свобод громадян.

Починаючи з січня 1997 року Конституційний Суд України дав офіційне тлумачення майже 300 положень Конституції і законів України, що сприяло правильному застосуванню в подальшому цих норм органами влади.

Так, КСУ, керуючись Конституцією та Законом, зокрема:

- встановив вимоги до суб'єкта і форми звернення з питань відповідності вимогам Конституції України законопроектів про внесення змін до Конституції України;

- визначив, що його юрисдикція не поширюється на недійсні, недіючі і ті, що вичерпали свою дію, нормативно-правові акти, та те, що до його повноважень не належить здійснення конституційного контролю щодо законності актів органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових осіб;

- роз'яснив, що під неоднозначним застосуванням положень Конституції України або законів України як підставою для тлумачення Конституції та законів України, у випадках, коли суб'єктом звернення є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, а також юридична особа, слід розуміти різне застосування одних і тих самих норм цих правових актів судами України, іншими органами державної влади за однакових юридично значимих обставин тощо.

4 Рішення Конституційного Суду України від 29 липня 2010 року № 17-рп / 2010 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 11.

5 Рішення Конституційного Суду України від 18 жовтня 2000 року № 11-рп у справі про свободу утворення профспілок // Офіційний вісник України. – 2000. - № 43. – Ст. 1857. – С. 131.

6 Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп, від 18 червня 2007 року № 4-рп та інші.

7 Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого № 1-рп/98 у справі про вибори народних депутатів України // Офіційний вісник України. – 1998. - № 23. – С.93.

У своїй діяльності Конституційний Суд України оперує поняттям верховенства права, основною складовою якого є принцип справедливості, дотримання балансу між інтересами особи, суспільства і держави. У Рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 з цього приводу Суд вказав, що «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. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України».

Крім того, Суд як гарант верховенства Конституції на території України не може залишити без уваги встановлений у ході розгляду справи факт наявності в правовій системі країни неконституційної норми. Тому якщо в ході розгляду справи буде встановлено невідповідність Конституції, крім положення оспорюваного правового акта, також і іншого правового акта, що впливає на прийняття рішення у справі, такий акт (його окремі положення) визнаються неконституційними, навіть якщо про це не було сказано в конституційному зверненні.

Наприклад, у процесі розгляду справи про офіційне тлумачення положення Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» Суд встановив, що положення закону, яке підлягало тлумаченню, не відповідає Конституції України і визнав це положення неконституційним.

Суд також піддає обов'язковій перевірці дотримання конституційної процедури розгляду, ухвалення і набрання чинності законів.

Протягом усього строку діяльності Конституційного Суду України динамічно розвивався процес співробітництва з органами конституційної юрисдикції інших країн. За 20 років своєї діяльності Конституційний Суд України встановив і підтримує плідні відносини з органами конституційної юрисдикції багатьох іноземних держав, передусім європейських, шляхом організації спільних науково-практичних заходів, обміну делегаціями, рішеннями судів та іншою інформацією тощо.

У 1999 році Конституційний Суд України став асоційованим, а в жовтні 2000 року – повноправним членом Конференції європейських конституційних судів – міжнародної організації, що об'єднує майже усі органи конституційної юрисдикції європейського континенту, і бере активну участь у роботі її конгресів.

У 2015 році Конституційний Суд України став одним з чотирьох судів-засновників Асоціації конституційного правосуддя країн регіонів Балтійського та Чорного морів; в 2017 році Суд головуватиме у цій організації.

З метою поглиблення двосторонніх відносин Конституційний Суд України підписав меморандуми про розвиток співробітництва з 11 органами конституційної юрисдикції, в т.ч. Латвії, Литви, Молдови, Туреччини, Сербії та ін.

На регулярній основі відбуваються двосторонні зустрічі суддів Конституційного Суду України з колегами з Польщі та ФРН, налагоджується регулярний обмін делегаціями з КС Литви.

Членство у конституційному співтоваристві свідчить не тільки про визнання високого міжнародного авторитету Конституційного Суду України, а й робить його голос більш виразним як на державному, так і на міжнародному рівнях саме тоді, коли органи конституційної юрисдикції разом відстоюють принципи, які вони сповідують – незалежність судової влади, верховенство права, прав людини та демократії.

Необхідним фактором, що визначає успіх багатьох перетворень у державному і політичному житті сучасного суспільства, є рівень політичної і правової культури. Саме поняття правової, демократичної держави несумісне з проявами правового нігілізму, який особливо чітко проявився останнім часом не тільки у громадян, а й у представників державного апарату. Повага і дотримання конституції, законів усіма членами суспільства, всіма посадовими особами, органами державної влади, органами місцевого самоврядування - невід'ємна риса демократичної, правової держави.

У цьому аспекті важко переоцінити важливість видавничої та просвітницької роботи, яку проводять судді та працівники Секретаріату КСУ. До слова, характерною ознакою Суду завжди був високий професійний та науковий рівень його складу. З числа суддів, які свого часу працювали в КСУ, 9 мали науковий ступінь докторів наук, а 20 – кандидатів. Ця традиція зберігається й донині. Сьогодні із 16 суддів 6 мають ступінь докторів наук, а 8 – кандидатів, ще 22 кандидата наук працюють на різних посадах у Секретаріаті Суду.

Протягом 20 років діяльності Суду ними було опубліковано більш ніж 2,5 тисячі наукових статей, інтерв'ю та публікацій у засобах масової інформації, регулярно виходять друком збірники актів Суду українською, російською та англійською мовами, а також «Вісник Конституційного Суду України», наукові посібники, видання та монографії з актуальних

питань конституційного права. Таким чином, наполеглива робота щодо популяризації діяльності Суду, роз'яснення можливостей конституційного судочинства щодо захисту прав громадян та надання їм допомоги в оформленні відповідних документів мала наслідком суттєве збільшення кількості конституційних звернень, які відповідають вимогам Конституції і Закону України «Про Конституційний Суд України».

Водночас не можна стверджувати, що ці 20 років Конституційний Суд України працював виключно в сприятливих умовах. Навпаки, у його історії мали місце і тиск з боку інших органів влади, і навіть фізичне перешкоджання діяльності суддів.

Так склалося, що 21 рік своєї діяльності КСУ розпочне з суттєво оновленими конституційними повноваженнями, оскільки з 30 вересня 2016 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) від 2 червня 2016 року №1401-VIII».

Зазначені зміни стосуються, зокрема, повноважень Суду, гарантій незалежності, недоторканності та кваліфікаційних вимог суддів, а також їх порядку призначення та звільнення з посад.

Ще одною новелою закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) є запровадження інституту конституційної скарги.

Ми очікуємо приблизно від 7 до 10 тисяч конституційних скарг в Україні. Це для нас великий виклик. На мій погляд, для досягнення основної мети цього правового інституту – поліпшення доступу громадян до конституційного правосуддя за захистом своїх прав, свобод та законних інтересів – необхідно законодавчо врегулювати низку питань, насамперед з метою попередження можливості перевантаження Суду, що може призвести до порушення загальноновизнаного принципу розгляду судових справ у розумні строки.

Не зайве зазначити, що не менш важливим напрямом реалізації реформаторських ідей, закладених у змінах до Конституції України, є науково-теоретичне визначення змісту та суті новел, які містять нові для конституційного судочинства терміни, з метою надання законодавцю відповідних рекомендацій.

Отже, вочевидь внесення змін до Основного Закону України, по суті, є політичним рішенням, його переклад у юридичну площину вимагає системних змін чинного законодавства, що регулює діяльність не тільки Конституційного Суду України, а й інших органів державної влади України.

8 Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року №1401-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 28. – Ст. 532.

В даний час активно працює робоча група Ради щодо судової реформи, яка підготувала робочий варіант нового Закону про Конституційний Суд України, переданий Президенту України, який вже анонсував внесення цього законопроекту до Парламенту України.

У цьому контексті особливої ваги набуває вивчення досвіду органів конституційної юрисдикції зарубіжних країн під час зустрічі з зарубіжними колегами, у тому числі у формі міжнародних конференцій.

Тому хочу висловити подяку всім, хто підготував свої виступи на цій конференції, а також запевнити, що інформація, яку ми отримаємо, буде ретельно вивчена, а її використання, безумовно, сприятиме подальшому удосконаленню діяльності державного механізму захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні.

Матеріали конференції буде видано окремим збірником. Робочі мови конференції – українська, англійська, німецька та російська. Для висвітлення роботи цього форуму запрошено представників вітчизняних засобів масової інформації, ведеться онлайн-трансляція.

Бажаю всім учасникам міжнародної конференції плідної роботи!

Mr. Yurii Baulin,
Chairman of the Constitutional Court of Ukraine

OPENING ADDRESS
«20 YEARS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN
UKRAINE: ACHIEVEMENTS AND PROSPECTS
IN TERMS OF TRANSFORMATION OF LEGAL
MECHANISMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION»

Good morning, ladies and gentlemen!

First of all, it is my pleasure to announce that the President of Ukraine Mr. Petro Poroshenko is participating in the Conference.

Your Excellency Mr. President!
Dear participants and guests!
Ladies and Gentlemen!

Opening the International Conference “Constitutional Control and the Processes of Democratic Transformation in Modern Society”, on behalf of the judges of the Constitutional Court of Ukraine, I would like to congratulate the representatives of the bodies of constitutional jurisdiction of foreign countries, international organisations of the Council of Europe, representatives of the bodies of state power of Ukraine and experts in constitutional law on the beginning of our work and to thank you for agreeing to take part in it.

Along with the Constitutional Court of Ukraine the conference is co-organised by the European Commission For Democracy through Law (Venice Commission), Organization for Security and Co-operation in Europe, German Foundation for International Legal Co-operation, and I would like to thank Mr. Gianni Buquicchio, Mr. Verba, Ms. Veronika Keller-Engels respectively as well as their staff for assistance and understanding of the importance of this meeting.

Dear participants!

On October 16, 2016 we are marking 20 years since the adoption of the Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine.” With the adoption of this truly historic legal act, de facto, the real activity of a single body of constitutional jurisdiction in the Ukrainian state started. The fact is that the Constitutional Court of Ukraine had been formally established earlier. On October 24, 1990 the Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR adopted the Law “On amendments to the Constitution (Fundamental Law) of the Ukrainian

SSR" № 404-XII. Article 112.1 thereof read, "The Constitutional Court of the Ukrainian SSR shall be elected by the Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR for the period of ten years from among specialists in law composed of the Chairperson, Deputy Chairperson and 23 members of the Court."¹

Yet, at that time the Constitutional Court of Ukraine had not been established, and the Verkhovna Rada of Ukraine, the powers of which were to form the constitutional composition of the body, had only managed to elect its Chairman. He was an outstanding Ukrainian constitutionalist Leonid Petrovych Yuzkov (1938-1995), whose scientific achievements in the theory of the Ukrainian constitutional jurisdiction doctrine and his contribution to the practical development of legislative principles of constitutional justice has not outdated over the years and still retain its usefulness in the work of the single body of constitutional jurisdiction in Ukraine.

The Constitution of Ukraine of 1996 determined the Constitutional Court of Ukraine as the sole body of constitutional jurisdiction in our country and stipulated for its following competence:

- deciding on conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of laws and other acts of the Verkhovna Rada of Ukraine, acts of the President and the Cabinet of Ministers of Ukraine, legal acts of the Verkhovna Rada of the Autonomous Republic of Crimea; the official interpretation of the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine (Article 150);

- providing opinions on the constitutionality of international treaties of Ukraine or international treaties of Ukraine that are in force or the international treaties submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine for ratification, observance of the constitutional procedure of investigation and consideration of the case of removing the President of Ukraine from office by the procedure of impeachment (Article 151);

- providing opinions on conformity of the draft law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine with the requirements of Articles 157 and 158 (Article 159).

Thus, the classical European (Kelsen) model of constitutional judicial review that provides exclusive powers to review the constitutionality of legislative acts by the special body - the Constitutional Court, was introduced.

In the process of establishment of the body of constitutional jurisdiction in Ukraine there was a need of settling organisational issues related to the activity of the Constitutional Court of Ukraine. No wonder that by first decision adopted on March 5, 1997, the Court approved the Rules of Procedure

¹ Bulletin of the Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR dated November 6, 1990. № 45, P.606.

of the Constitutional Court of Ukraine. It determined the procedure for electing Chairperson of the Court and his/her deputies, establishment of the Collegia of Judges, Standing and Temporary Commissions, appointment of the secretaries of Collegia of Judges, the Head of the Secretariat; powers and procedure of holding meetings of the Collegia of Judges, meetings and plenary sessions; procedure for preparation of materials upon constitutional petitions and constitutional appeals for consideration at the plenary sessions; procedure for consideration of cases; basic rules of etiquette at the plenary session; workflow, other issues of internal operation.²

Implementation of these measures allowed the Court, starting from January 1, 1997 to accept for consideration the constitutional petitions and constitutional appeals, and on April 17, 1997 to approve the first plenary ruling, and on May 13, 1997 to adopt the first decision in the case on the incompatibility of the deputy mandate.

As of today the Court has processed more than 70,000 documents, including more than 1000 constitutional petitions and over 5,500 constitutional appeals. For their consideration more than a thousand meetings of Collegia of Judges, about 5,500 meetings and plenary sessions have been held.

309 decisions on the constitutionality of laws and other legal acts and on official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine and over 1,500 procedural rulings were adopted, 28 opinions on the conformity of the draft laws on introducing amendments to the Constitution of Ukraine with the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution, an opinion on the constitutionality of the international treaty of Ukraine (the Rome Statute) were provided.

According to the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine", the task of the Constitutional Court of Ukraine is to guarantee the supremacy of the Constitution of Ukraine as the Fundamental Law of the State throughout the territory of Ukraine (Article 2). To fulfil this task, the Constitutional Court of Ukraine for 20 years has reviewed the constitutionality of norms of over 150 laws and other legal acts, among which over a hundred provisions were declared unconstitutional, and, pursuant to Article 152 of the Constitution of Ukraine, resulted in the loss of their effect from the day of the adoption of the relevant decision.

In most of the cases, the grounds for the recognition of the above norms unconstitutional was a violation of fundamental human and citizen's rights

² Official Bulletin of Ukraine. – 1997. – № 20, – P. 87.

and freedoms guaranteed by the Constitution, including the right to life,³ personal inviolability and freedom of movement⁴, association in trade unions to protect their employment and socio-economic interests⁵, social protection⁶, freely elect and be elected to the bodies of state power and others⁷.

Thus, the Constitutional Court of Ukraine, exercising subsequent constitutional review, de facto, improves the legislation system, eliminating from the legal framework of state those legal acts or their individual provisions that regulated specific legal relationships, including the sphere of implementation of constitutional rights and freedoms in unconstitutional manner.

Since January 1997 the Constitutional Court of Ukraine has provided official interpretation of nearly 300 provisions of the Constitution and laws of Ukraine that promoted appropriate application of these norms by the bodies of power in the future.

Thus, the Constitutional Court of Ukraine, guided by the Constitution and the Law has respectively:

- set the requirements for the subject and form of appeal on the conformity of the draft laws introducing amendments to the Constitution of Ukraine with the requirements of the Constitution of Ukraine;

- defined that its jurisdiction does not extend to invalid, ineffective, and those which lost their effect normative legal acts and that its powers shall not comprise the exercise of constitutional review of the legality of acts of the bodies of state power and local self-government, their officials;

- interpreted that inconsistent application of the provisions of the Constitution of Ukraine or laws of Ukraine as the basis for interpretation of the Constitution and laws of Ukraine, where the subject of the appeal is a citizen of Ukraine, foreigner or a person without citizenship and legal entity should

3 Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated December 9, 1999 №11-rp in the case on the death penalty//Official Bulletin of Ukraine. – 2000. – № 4. – S.126. –P.114.

4 Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated July 29, 2010 № 17-rp in the case upon the constitutional petition of the Authorised Human Rights Representative of the Verkhovna Rada of Ukraine on conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of paragraph 8 of Article 11.1.5 of the Law of Ukraine "On Militia"// Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine. – 2010. – № 5, - P.11.

5 Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated October 18, 2000 №11-rp in the case on freedom to association in trade unions // Official Bulletin of Ukraine. - 2000. – № 43. – S. 1857. – P. 131.

6 Decisions of the Constitutional Court of Ukraine dated July 9, 2007 № 6-rp, June 18, 2007 № 4-rp and others.

7 Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated February 26, № 1-rp/98 in the case on the elections of People's Deputies of Ukraine // Official Bulletin of Ukraine. – 1998. – № 23. – P.93.

be understood as different application of the same norms of these legal acts by various courts of Ukraine and other bodies of state power under the same legally significant circumstances etc.

In its work the Constitutional Court of Ukraine applies the term the rule of law, the main component of which is the principle of fairness, the balance between the interests of the individual, society and state. In the Decision № 15-rp dated November 2, 2004 the Court stated that “one of the manifestations of the rule of law is that law is not limited by legislation only as one of its forms, and includes other social regulators, including morality, traditions, customs, etc., that were legitimised by the society and caused by the historically achieved cultural level of society. All these elements of law are combined with quality that corresponds to the ideology of justice, the idea of law, which was largely reflected in the Constitution of Ukraine”.

Furthermore, the Court as a guarantor of the Constitution in Ukraine can not ignore the fact of presence of unconstitutional norm in the legal system of the country established during the proceedings. So if during the consideration of the case unconformity with the Constitution is found of a legal act other than the contested legal act which also affects the decision in the case, such act (its individual provisions) shall be recognised unconstitutional, even though it was not mentioned in the constitutional appeal.

For example, during the proceedings on the official interpretation of the Law of Ukraine “On Preventing the Impact of the Global Financial Crisis on the Development of the Construction Sector and Residential Construction”, the Court stated that the provision of the law, which was not subjected to interpretation, did not correspond the Constitution of Ukraine and declared this provision unconstitutional.

The Court also subjects to mandatory examination the observance of constitutional procedure for review, approval and enactment of laws.

Throughout its activities, the Constitutional Court of Ukraine has dynamically developed cooperation with the bodies of constitutional jurisdiction of other countries. For 20 years the Constitutional Court of Ukraine has established and maintained productive relationships with the constitutional jurisdiction of many foreign countries, especially in Europe, by organising joint scientific and practical activities, exchange of delegations, decisions and other information, etc.

In 1999 the Constitutional Court of Ukraine became an associated, and in October 2000 – a full member of the Conference of European Constitutional Courts which is the international organisation that brings together almost

all bodies of constitutional jurisdiction of the European continent and has actively participated in its congresses.

In 2015 the Constitutional Court of Ukraine became one of the four court-founders of the Association of Constitutional Justice of the Countries of the Baltic and Black Sea Regions; in 2017 the Court will be chairing in this organisation.

In order to deepen its bilateral relations, the Constitutional Court of Ukraine has signed memoranda of cooperation with 11 bodies of constitutional jurisdiction, including Latvia, Lithuania, Moldova, Turkey, Serbia and others.

Bilateral meetings of judges of the Constitutional Court of Ukraine with colleagues from Poland and Germany are held on a regular basis, and regular exchange of delegations with the Constitutional Court of the Republic of Lithuania is being established.

Membership in the constitutional community reflects not only the recognition of high international authority of the Constitutional Court of Ukraine, but also makes its voice more expressive both on the national and international levels especially when the bodies of constitutional jurisdiction together defend the principles they profess: independence of judiciary, rule of law, human rights and democracy.

An essential factor that determines the success of many changes in public and political life of modern society is the level of political and legal culture. The concept of legal, democratic state is incompatible with the manifestations of legal nihilism, which is most clearly manifested in recent years not only on the part of citizens but also on the part of state apparatus. Respect and adherence to the constitution and laws by all members of society, all officials, government agencies, local government is an essential feature of a democratic constitutional state.

In this respect, it is difficult to overestimate the importance of publishing and educational work of judges and staff of the Secretariat of the Constitutional Court of Ukraine. By the way, the characteristic feature of the Court has always been a high professional and scientific level of its members. Among the judges, who once worked at the Constitutional Court, 9 of them had a Doctor of Law degree and 20 that of Candidate of Legal Sciences. This tradition is preserved today. Today, among 16 judges 6 have a Doctor of Law degree, and 8 judges are Candidates of Legal Sciences; still another 22 Candidates of Legal Sciences occupy various positions in the Secretariat of the Court.

During 20 years, the Court has published more than 2,5 thousand scientific articles, interviews and publications in the media; collections of Court acts in Ukrainian, Russian and English languages are regularly published, as well as the “Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine”, scientific manuals, publications and monographs on topical issues of constitutional law. So hard work to popularise the work of the Court, to clarifying opportunities of constitutional proceedings to protect the rights of citizens and help them to process relevant documents resulted in significant increase in the number of constitutional appeals that meet the requirements of the Constitution and the Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine”.

Yet, one can not affirm that these 20 years the Constitutional Court of Ukraine has worked exclusively in favorable conditions. On the contrary, in its history there were pressures on the part of other authorities, and even physical obstruction of judges.

It happened that the Constitutional Court of Ukraine marks the 21st year of its activity with significantly upgraded constitutional powers, since from October 2016 the Law of Ukraine “On Amendments to the Constitution of Ukraine (on justice)” №1401-VIII⁸ dated June 2, 2016 came into force.

These changes relate, in particular, to the powers of the Court, guarantees of independence, integrity and qualifications of judges and the order of their appointment and dismissal.

Another novelty of the Law of Ukraine on Amendments to the Constitution of Ukraine (on justice) is the introduction of the constitutional complaint.

We expect approximately from 7 to 10 thousands constitutional complaints in Ukraine. It is a great challenge for us. In my opinion, to achieve the main objective of this legal institution – the improvement of public access to constitutional justice for the protection of the rights, freedoms and legal interests, it is necessary to legally regulate a number of issues, primarily to prevent the possibility of overloading the Court that may affect the generally recognised principle of consideration cases within a reasonable time.

It is worth mentioning that not less important area of implementation of the reform ideas laid down in amendments to the Constitution of Ukraine is a scientific theoretical definition of the content and nature of novelties that include notions which are new for the constitutional proceedings, in order to provide the legislator with the appropriate recommendations.

Therefore, obviously the amendments to the Constitution of Ukraine, in fact, is a political decision, its translation into legal field requires systemic

8 Holos Ukrayiny № 118 dated 29.06.2016

changes of current legislation regulating not only the Constitutional Court of Ukraine but other bodies of state power of Ukraine.

Currently, a working group of the Council on judicial reform, which prepared a working version of the new Law on the Constitutional Court of Ukraine submitted to the President of Ukraine is working. The President of Ukraine has already announced submission of the draft law to the Parliament of Ukraine.

In this context, of special importance is the study of experience of bodies of constitutional jurisdiction of foreign countries during meetings with foreign counterparts, including in the form of international conferences.

So, I want to thank all who prepared their speeches for this conference and assure that the information we will receive will be carefully studied, and its application will contribute to further improvement of the state mechanism to protect human and citizen's rights and freedoms in Ukraine.

The conference materials will be published in separate collection. Working languages of the conference are Ukrainian, English, German and Russian. To highlight the work of the forum the representatives of local media were invited, online broadcasting is provided.

I wish all participants of the international conference fruitful work!

О. Водянніков,

кандидат юридичних наук, LL.M.,

Національний радник з юридичних питань Координатора проєктів

ОБСЄ в Україні

ВСТУПНЕ СЛОВО

**Ваша Високоповажносте
пане Голово Конституційного Суду України!
Шановні друзі!**

Маю честь вітати вас від імені Координатора проєктів ОБСЄ в Україні на цьому важливому заході з нагоди 20-ї річниці Конституційного Суду України.

20 років функціонування єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні – річниця, що спонукає оглянути і осмислити здобутки та проблеми, оцінити виклики сьогодення і означити напрями подальшого розвитку. Гадаю, що ці питання будуть розкриті в ході цієї конференції.

Разом з тим слід також мати на увазі, що Україна переживає **карколомні події у сфері конституційного права** держави. 2 червня 2016 року Парламент схвалив зміни до Конституції України в частині правосуддя, що набули чинності тиждень тому. Ці зміни торкнулися і Конституційного Суду – запроваджені додаткові **гарантії незалежності Суду, встановлені запобіжники проти політичного тиску на Суд**, а головне – **запроваджена конституційна скарга**. Хочу підкреслити, і, гадаю, висловлю думку всіх моїх європейських колег, що конституційна реформа в частині правосуддя – це успіх не лише України, а й Європи.

Процеси докорінних змін, що тривають в нашій державі, дають суспільству унікальну можливість бути і свідками, і учасниками конституційної реформи. Ці зміни ставлять перед Конституційним Судом чималу кількість нових викликів, зокрема і пошуку свого місця у структурі стримань та противаг в сучасній політичній системі України. Як зазначає Арон Барак: «Демократія – це делікатний баланс між правлінням більшості та фундаментальними цінностями суспільства, яким ця більшість підпорядковується. ... Коли судді тлумачать конституційні положення та визнають нечинними закони, вони надають силу фундаментальним цінностям суспільства. Таким чином вони захищатимуть конституційну демократію та утримуватимуть делікатний баланс, на якому вона заснована».

Захист Конституції – головне завдання Конституційного Суду – стає особливо актуальним у контексті реформування нашої держави. Зараз погляди всього суспільства сконцентровані на Конституційному Суді, який має сказати вирішальне слово в долі судової реформи. Це велика відповідальність, але я впевнений, що в Конституційного Суду достатньо мудрості і виваженості, аби виправдати сподівання суспільства у незворотності реформ.

Я також впевнений, що Суд готовий до викликів сьогодення. Адже в порівнянні з попередніми рішеннями, які викликали нерозуміння і негативний резонанс у суспільстві, **нові акти Конституційного Суду заслуговують на повагу**. Йдеться про **рішення у справі про психіатричну допомогу та про релігійні зібрання**. Утвердження Конституційним Судом **принципу дружнього ставлення до міжнародного права** не тільки є революційним кроком у європейській конституційній традиції, а й слугуватиме важливою гарантією імплементації конституційної скарги в Україні як ефективного механізму захисту прав і свобод від «тиранії» парламентської більшості.

Зараз Рада з питань судової реформи завершує опрацювання нової редакції Закону про Конституційний Суд. Цей проект містить багато важливих новацій для забезпечення принципу незалежності Конституційного Суду, утвердження конституційної демократії та забезпечення прав людини. Новий для конституційної юрисдикції інститут конституційної скарги стане важливим випробуванням для Конституційного Суду, для суддів і влади в цілому.

Користуючись нагодою, хочу запевнити Вас, шановний Голово Конституційного Суду і вельмишановні судді, що Координатор проектів ОБСЄ в Україні готовий і надалі розвивати і поглиблювати співробітництво з Конституційним Судом і всіляко підтримувати розвиток конституційної демократії в Україні.

Шановні колеги, як говорить східна мудрість, коли дме вітер змін, став не стіни, а вітрила. Такий вітер дме зараз над Конституційним Судом. Чи наповнить він вітрила Конституційного Суду для руху вперед або перетвориться на руйнівний для нього шторм – зараз залежить виключно від самого Конституційного Суду, мудрості і виваженості суддів. Тому хочу побажати Конституційному Суду мудрості, наснаги і витримки у цей непростий для держави час.

Дякую за увагу!

Frau Keller-Engels,
Geschäftsführerin der IRZ-Stiftung

BEGRÜSSUNG BEI DER ERÖFFNUNG VERFASSUNGSKONFERENZ KIEW 07.10.2016

**Sehr geehrter Herr Vorsitzender, lieber Herr Baulin,
sehr geehrte Damen und Herren Verfassungsgerichtsvorsitzende
und Verfassungsrichter,
meine sehr verehrten Damen und Herren,**

es ist mir eine große Ehre, an dieser Konferenz aus Anlass des 20-jährigen Jubiläums des Verfassungsgerichts der Ukraine teilnehmen zu dürfen und ich danke Ihnen, lieber Herr Baulin, sehr herzlich für die Einladung und für Ihre große Gastfreundschaft, mit der Sie uns alle hier empfangen.

Zugleich ist es mir eine große Freude in Kiew sein zu können, zumal die Ukraine seit Gründung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit im Jahre 1992 eines unserer wichtigsten Partnerländer ist.

Unsere Zusammenarbeit zum Verfassungsrecht hat schon weit vor Gründung des Verfassungsgerichts begonnen. Bereits in der ersten Hälfte der 90er Jahre wurde in der Bonner Zentrale der IRZ lange und oft an den Entwürfen zur Verfassungsänderung sowie an den Entwürfen eines Gesetzes über das Verfassungsgericht und einer Geschäftsordnung gearbeitet.

Seit Gründung des Verfassungsgerichts der Ukraine verbindet uns eine intensive Partnerschaft, in deren Rahmen wir zahlreiche Male einen fachlichen Austausch zwischen deutschen und ukrainischen Verfassungsjuristen ermöglichen konnten.

Im Rahmen seines Staatsbesuchs in der Ukraine Anfang 1998 hat dann der frühere deutsche Bundespräsident Prof. Herzog, der zuvor Präsident des Bundesverfassungsgerichts war, auch das hiesige Verfassungsgericht besucht und mit seiner Initiative für eine vertiefte Deutsch-Ukrainische Rechtspartnerschaft ganz maßgebliche Impulse für eine Intensivierung der deutsch-ukrainischen rechtlichen Zusammenarbeit gesetzt.

Eine der wichtigsten Entscheidungen des ukrainischen Verfassungsgerichts, der auch intensive Diskussionen mit Experten der IRZ vorausgegangen sind, war wohl die Abschaffung der Todesstrafe Ende 1999, eine Entscheidung von erheblicher rechtlicher und politischer Tragweite.

Uns verbindet damit eine langjährige enge und fruchtbare Zusammenarbeit, die an Wichtigkeit über die Jahre nicht verloren hat, im Gegenteil. Gerade in dieser Zeit einer – ich möchte sagen wiederholten, erneuerten Transformation mit maßgeblichen Verfassungsänderungen und einem ebenfalls im Änderungsprozess befindlichen Gesetz über das Verfassungsgericht - gewinnt diese Zusammenarbeit noch an Bedeutung; dementsprechend unterstützen das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und auch das Auswärtige Amt ganz maßgeblich die Arbeit der IRZ in der Ukraine, wofür wir diesen sehr dankbar sind.

Dankbar bin ich auch den deutschen Experten, die heute mit uns zu dieser Konferenz gekommen sind und die die ukrainischen Reformen bereits seit etlichen Jahren begleiten: Herr Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. Dr. Hömig, Herr Dr. Hartwig vom MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht sowie Herr Prof. Dr. Arnold von der Universität Regensburg. Herzlichen Dank für Ihre jahrelange Unterstützung und Mitwirkung auch bei dieser Konferenz!

In der heutigen Situation steht das Verfassungsgericht erneut vor einer großen Aufgabe: Mit Einführung der Verfassungsbeschwerde warten große Herausforderungen auf Ihr Gericht.

Die IRZ ist gerne bereit, gerade bei dieser für das gesamte rechtsstaatliche Gefüge so wichtigen Frage beratend zur Seite zu stehen, zumal wir in Deutschland seit vielen Jahren sehr gute Erfahrungen mit dem Instrument der Verfassungsbeschwerde haben sammeln können. Die IRZ hat bereits im Vorfeld der Einführung der Verfassungsbeschwerde Beratungen durchgeführt. Und auch im November erwarten wir wieder eine Delegation des Verfassungsgerichts bei uns in Bonn. Wir möchten damit einen Beitrag dazu leisten, dass die Verfassungsbeschwerde in der Ukraine ein ähnlich effektives Instrument des Grundrechtsschutzes für die Bürger wird, wie sie es in Deutschland seit langer Zeit ist. So stellt auch das Thema dieser Konferenz, „Verfassungskontrolle und Prozesse der demokratischen Transformation“ die Rolle eines Verfassungsgerichts und die ihm zur Verfügung stehenden Instrumente zur Wahrung der Verfassung gerade in politisch schwierigen Zeiten in den Vordergrund. Ein Verfassungsgericht kann und sollte hier ein wichtiger Stabilitätsfaktor sein, der zu einer inneren Befriedung der Gesellschaft und zu stabilen rechtsstaatlichen Verhältnissen beiträgt.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich komme zum Abschluss und möchte die Gelegenheit nutzen, dem Verfassungsgericht der Ukraine zum 20-jährigen Bestehen sehr herzlich zu gratulieren. Vor allem aber wünsche ich Ihnen persönlich und dem Verfassungsgericht als Institution für die Zukunft alles erdenklich Gute und viel Erfolg bei der Findung der für die Ukraine wegweisenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen!

Mr. Gianni Buquicchio,
President of the Venice Commission

**PRESENTATION AT THE CONFERENCE
ON THE OCCASION OF THE 20TH ANNIVERSARY
OF THE CONSTITUTIONAL COURT
OF UKRAINE «CONSTITUTIONAL CONTROL
AND THE PROCESSES OF DEMOCRATIC
TRANSFORMATION IN MODERN SOCIETY»
KIEV, 7-8 OCTOBER 2016**

**Mr. Chairman of the Constitutional Court,
Presidents and Chairpersons of Constitutional Courts,
Judges, Ladies and Gentlemen,**

I am pleased to be in Kiev again and to have the opportunity of congratulating the Constitutional Court of Ukraine on its 20th anniversary.

During these past two decades, the Court's task has not been easy. It has had to face many conflicts, notably about the interpretation of the Constitution.

This makes it all the more important to hold a conference where we can discuss the role of the Constitutional Court.

I am pleased that we are able to support this conference through the Programmatic Co-operation Framework, established by the Council of Europe and the European Union.

Let me start by welcoming the decision of your Court approving the constitutional amendments for the reform of the judiciary.

These amendments were long overdue and they are a good basis for a reform of the judicial system in Ukraine.

The Venice Commission's recommendations have been followed in this reform: it is no longer the President, but Parliament that has the competence of establishing and abolishing courts.

The high specialised courts will be merged into the Supreme Court and the High Council of Justice will be replaced by a more independent High Council of Jurisdiction.

The vague term «violation of the oath» is no longer a ground for the dismissal of judges and judges' salaries will be increased, but their immunity limited.

Ukraine has now reached the stage at which implementation of these constitutional amendments is on the agenda. We hope that this implementation will be carried out in full respect of the principle of judicial independence, but will also establish judicial accountability.

Unfortunately, corruption remains a destabilizing factor for the court system. While the borders are often hard to draw in practice, we can distinguish between political corruption and ordinary corruption.

Political corruption seems to have been reduced since the Maidan revolution. Ordinary corruption in the judiciary, but also in other public sectors remains high on the agenda and needs to be fought efficiently.

Another problem that is linked to corruption, but also to mere incompetence, is the insufficient reasoning provided in judgments.

We have seen judgments, including by the highest courts that simply provide a bundle of references to legislation, followed by a decision in favour of one or the other party.

There was a lack of arguments that are crucial in providing a link of the facts of the case to the applicable law.

We have even heard judges say that they do not want to give arguments in their judgments, because this might enable higher courts to reverse their judgments on appeal. This attitude is inadmissible.

The very essence of judicial power is the reasoning of judgments. Without providing coherent reasons in a judgment, a judge blatantly refuses to render justice.

Such judges should not be a part of the judiciary. Together with structural reforms of the system of appointment, promotion and dismissal of judges, the main focus of judicial reform must be to turn post-holders who refuse to provide judicial adjudication into real judges.

Those who persist in such denial of justice should have no place in the reformed judiciary in Ukraine.

Another area where reform is called for in Ukraine is electoral and political party legislation. In a democracy, electoral law is crucial to bring about a fair representation of the wish of the voters.

We hope that there will be an open discussion involving civil society and national experts. The recent establishment of a working group on reform of electoral legislation by the Speaker of the Rada is a positive step.

We hope that the reform process will be accomplished successfully in a not too distant future and the Venice Commission stands ready to provide its support in this process.

Regarding political parties, the Venice Commission remains concerned about the law passed last spring that allowed political parties to bar candidates on the lists after the elections.

The Commission hopes that the recommendations in its opinion adopted last June will be seriously considered by the Ukrainian law-makers.

Mr. Chairman,

Let me turn to the Constitutional Court. Individuals can appeal to the Constitutional Court, but the object of these appeals can be normative acts only.

Repealing laws that are unconstitutional is indeed the very purpose of constitutional justice that the Austrian scholar Kelsen had in mind when he argued for the establishment of specialised constitutional courts.

As you know, unconstitutional acts are not only normative acts. Unconstitutional individual acts outnumber unconstitutional normative acts by far.

This is why we consistently call for the introduction of a full individual complaint in Ukraine, which will allow individuals to complain to the Constitutional Court against unconstitutional final judgments.

This would, of course, greatly increase the number of cases to be decided, but this burden is manageable as shown by the practice of other constitutional courts that have such a competence.

In better times, not too long ago, Turkey successfully introduced a full constitutional complaint. This move was very well prepared by the Turkish Constitutional Court.

Sometimes, such an appeal to the Constitutional Court against Supreme Court judgments is referred to as “the fourth instance,” but this criticism can be refuted by explaining the specialisation of the Supreme Court as compared to that of the Constitutional Court.

While the Supreme Court applies the law, the Constitutional Court only deals with constitutional matters.

This distinction also explains why the vast majority of constitutional complaints in countries such as Germany or Spain is inadmissible.

Weeding out these inadmissible complaints effectively is indeed a major challenge for these Courts. Once this is done, the Courts can concentrate on the real cases for which the Constitutional Courts are competent.

Another argument against a full constitutional complaint is that it can sour relations between the Constitutional Court and the Supreme Court.

This may indeed happen at the beginning, because a full constitutional complaint, let us be clear, makes the Supreme Court a little less supreme.

However, over time, both courts will find a *modus vivendi* and will adapt and work together well. A sincere and open dialogue is key in such a situation.

Therefore, *ceterum censeo*, a full constitutional complaint should be introduced in Ukraine.

This would benefit not only the applicants, but it would also provide an opportunity for the Constitutional Court to identify unconstitutional legislation, which may be hidden behind an individual act, which is the object of the complaint.

In the long run, this will result in better constitutionalism in Ukraine and of course, in a better protection of human rights.

Mr. Chairman,

Let me close by wishing much success to the Constitutional Court of Ukraine in its important work.

Thank you very much for your attention!

Ф. Абдуллаев,

Председатель Конституционного Суда Азербайджанской Республики,
доктор юридических наук

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПУТЕМ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

**Уважаемый господин Председатель,
Уважаемые участники конференции!**

Одна из важнейших задач органов конституционного контроля заключается в развитии конституции. Основной закон государства, с одной стороны, воспринимается как гарантия политической стабильности, а с другой – определяет сферы развития общества, направленные на конкретные цели. На конституционный суд возложены важные правовые обязанности по выполнению этой задачи, служащей развитию права в целом. Посредством же толкования конституция выходит за рамки статической совокупности норм. Конституционные ценности и принципы интерпретируются в соответствии с велением времени, обеспечивается их постоянное развитие. Тем самым конституция играет роль живого средства в регулировании возникающих новых потребностей общественного развития.

Конституция является юридической базой текущего законодательства Азербайджанской Республики, ее принципы и нормы определяют содержание и направленность как отдельных законов, так и всех отраслей законодательства. Без действенного же конституционного контроля Конституция Азербайджана обречена оставаться не более чем общей декларацией принципов и намерений.

Ориентация Основного Закона на приоритет прав и свобод человека и гражданина – это реализация гуманистического понимания права как объективного явления, не зависящего от воли конкретного государства. Основной Закон превращает право в развивающуюся во времени меру свободы и справедливости, выраженную в совокупности принципов. Данные принципы, в свою очередь, определяют смысл, содержание и применение законов.

Обусловленные сущностью права, принципы первоначально являются идеями, но в последующем приобретают свойство нормативности. Нормативность придает им практическую ценность в качестве основы для формирования законодательства, что, в частности, подтверждается практикой Конституционного Суда Азербайджанской Республики (далее – Конституционный Суд).

Для решения вопроса о соответствии закона Конституции Азербайджана Конституционный Суд создает в своей практике правовые позиции, выявляя их конституционный смысл на основе анализа фундаментальных конституционных принципов.

Правовые принципы устанавливают определяемые связи между первичными понятиями, лежащими в фундаменте права. Ссылаясь на выявленные конституционные смыслы, наш Суд в своих правовых позициях определяет новые, развивающие конституционную модель принципы, не обозначенные в действующей Конституции Азербайджанской Республики.

Так, в практике Конституционного Суда получил обоснование целый ряд вытекающих из Основного Закона, но формально не зафиксированных в ней ценностей, оказывающих фундаментальное воздействие на соответствующие общественные отношения, включая такие, как справедливость и правовая определенность, стабильность, устойчивость публичных правоотношений, поддержание баланса публичных интересов государства и частных интересов и другие.

Именно так из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом Конституционный Суд вывел общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности нормы права. Обосновывается это тем, что равенство всех перед законом и судом может быть обеспечено лишь при условии единого понимания и толкования нормы всеми правоприменителями.

Общеправовой критерий определенности правовой нормы как конституционное требование к законодателю был сформулирован Конституционным Судом еще в Постановлении от 6 августа 2002 года, где отмечалось: „... определенность, ясность, недвусмысленность правовой нормы как общеправовые условия следуют из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом. Такое равенство может быть обеспечено правоприменителями лишь при условии одинакового толкования и понимания нормы. Неопределенность же содержания правовой нормы, напротив, создает в процессе правоприменения условия для его ограниченного понимания и неизбежно приводит к произволу,

нарушению принципа равенства всех перед законом и судом, а также принципа верховенства закона”.

Соблюдение данного принципа пресекает неоднозначное понимание и, следовательно, непропорциональное применение юридических норм, влекущее нарушение прав и законных интересов граждан. Посредством обеспечения принципа правовой определенности в нормотворчестве создаются условия для единообразия и предсказуемости правоприменительной практики, обеспечения прав и свобод человека. Причем требование определенности распространяется не только на законодательные акты, но и на итоговые решения судов.

Так, в Постановлении от 13 июня 2008 года Конституционный Суд отметил, что доктрина конституционного права признает принцип правовой определенности в качестве одного из основных элементов верховенства закона, нашедших свое отражение в преамбуле Конституции Азербайджанской Республики. Принцип правовой определенности, наряду с другими требованиями, предусматривает ясность и определенность в отношении существующей правовой ситуации, и в судебных актах, выносимых от имени Азербайджанской Республики, не должно быть положений, ставящих под сомнение справедливое разрешение дела.

В Постановлении же от 6 июня 2014 года Конституционный Суд указал, что существование возможности обжалования вступивших в законную силу решений судов в течение неопределенного (длительного) времени противоречит принципу „*res judicata*“, являющемуся составной частью принципа правовой определенности, препятствует отправлению правосудия в разумные сроки, а также нарушает стабильность и последовательность вступивших в силу итоговых актов судов, что подрывает доверие общества к системе правосудия.

На современном этапе принцип правовой определенности должен включать формальный аспект, не только направленный на четкость, ясность, точность, логичность нормативных актов, но и предполагающий долгосрочную, предсказуемую перспективу действия правового акта, его разумную стабильность, что способствует формированию доверия к государству и его органам.

Увеличение в нормативном массиве количества научных терминов одновременно расширяет диапазон возможности возникновения недопониманий. В практике нередко встречаются недостаточно технически проработанные нормативные правовые акты, содержащие неточные и расплывчатые предписания, противоречия и пробелы.

Подводя итог, отмечу, что нормативно-правовые акты, лишенные недомолвок и двусмысленностей, являются залогом упорядоченной гармоничной деятельности органов власти. Принцип правовой определенности служит обеспечению полного соответствия выраженных в акте нормативных предписаний намерениям создателя права. Благодаря определенности нормативных актов обеспечивается устойчивость и стабильность, равновесие и гармония реализуемых на их основе правоотношений, и в этом проявляется социальная ценность права. Четкое, понятное и доступное для восприятия законодательство позволяет гражданам максимально предвидеть действия органов власти, понимать способы и процедуры защиты в случае нарушения прав, свобод и законных интересов.

И именно на Конституционный Суд возложена непростая, но почетная задача – обеспечить единство законодательной и судебной практики своей деятельностью и принимаемыми постановлениями, опирающимися на принципы, закрепленные в Конституции Азербайджанской Республики.

Благодарю за внимание.

Д. Гараджаев,

судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПОСРЕДСТВОМ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

В вопросе обеспечения справедливости в обществе, особенно в постсоветских странах, важную роль играет принцип правовой определенности. От наличия справедливости в нормативно-правовых актах и судебной практике зависит доверие каждого к правовой системе и публичной власти в целом. Поэтому в соответствии с принципом правовой определенности любой нормативный акт и судебное решение является эффективным регулятором отношений только в том случае, если носит определенный качественный, справедливый характер и содержит пропорциональные меры правового регулирования.

Справедливость в законе и судебной практике должна быть безупречной и ожидаемой. За последние пять лет (2010–2015 года) Конституционный Суд Азербайджанской Республики (далее – Конституционный Суд) более чем в 30 решениях сослался на принцип правовой определенности и отметил его важность с позиции гарантий прав и свобод человека. Строгое соблюдение принципа правовой определенности повышает в обществе веру в верховенство закона, судебную справедливость и беспристрастность. Именно поэтому принцип правовой определенности играет особенно важную роль в обеспечении защиты прав и свобод человека.

Выражающий верховенство закона принцип правовой определенности в теории права рассматривается в двух критериях: с позиций нормообразования и судебной практики. Среди первых решений Европейского суда по правам человека (далее – Европейский суд) принцип правовой определенности отмечался только с позиции его наличия в законодательстве. Позже в деле „Крюслен против Франции“ от 24 апреля 1990 года Европейский суд впервые отметил, что под словом „закон“ с точки зрения Конвенции следует понимать нормативно-правовой акт, такой как закон и судебная практика¹.

1 Case of *Kruslin v. France* // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57626>

Европейский суд, давая определение принципа правовой определенности, ставит на первое место „качество закона, указывая его важность“. Касаясь качества закона, Европейский суд отмечает, что „закон“ должен определять правовые нормы как ясные, однозначные, не противоречащие друг другу. Эти требования были указаны еще в 1979 году в решении по делу „Санди Таймс против Соединенного Королевства“². Далее Европейский суд в большом количестве решений указал на важность качества закона с точки зрения правовой определенности (см.: решения по делам: „Барановский против Польши“ (2000 год), „Йечиус против Литвы“ (2000 год), „Ракевич против России“ (2003 год), „Игнатов против России“ (2007 год), „Владимир Соколов против России“ (2007 год)³.

Конституционный Суд, проводя тестирование отдельных норм законодательства на правовую определенность, также указал на важность „качества закона“. В Постановлении Пленума Конституционного Суда о толковании статей 59.1.9 и 60 Уголовного кодекса Азербайджанской Республики указано, что „принцип правовой определенности выступает в качестве одной из особенностей верховенства права. Соответствие каждого закона или каждого его положения принципу правовой определенности крайне важно. Для его обеспечения правовые нормы должны быть определенными и недвусмысленными. Это, в свою очередь, должно создавать каждому возможность защищать свои права и свободы, и предвидеть действия правоприменителя“⁴.

Азербайджанское конституционное законодательство предъявляет особые требования к параметрам качества закона. Конституционный Закон Азербайджанской Республики „О нормативно-правовых актах“ от 21 декабря 2010 года указывает, что проекты нормативно-правовых актов должны проходить обязательную экспертизу, а правовая техника нормативно-правовых актов должна соответствовать определенным требованиям⁵.

2 Case of the Sunday Times v. the UK // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>

3 Case of Baranowski v. Poland // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58525>; Case of Jėcius v. Lithuania // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58781>; Case of Rakevich v. Russia // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61414>; Case of Ignatov v. Russia // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80643>; Case of Vladimir Solovyev v. Russia // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80633>

4 Постановление Пленума Конституционного Суда Азербайджанской Республики о толковании некоторых положений статей 59.1.9 и 60 Уголовного кодекса Азербайджанской Республики // <http://www.constcourt.gov.az/decisions/223>

5 Конституционный Закон Азербайджанской Республики „О нормативно-правовых актах“ от 21 декабря 2010 года // <http://www.constcourt.gov.az/laws/24>

Правовую определенность в нормообразовании, являющуюся качественной особенностью закона, следует отличать от амбивалентности. В процессе конституционного контроля при толковании нормы права социальная справедливость, экономическая необходимость, в общем экономические и социальные противоречия в зависимости от взглядов могут оцениваться по-разному. Например, Федеральный Конституционный Суд Германии с целью неприкосновенности права на жизнь хоть и признал криминализацию проведения абортс конституционной, но по определенным социальным причинам не исключил в особых случаях проведение абортс⁶.

Конституционный Суд, затрагивая в своих постановлениях вопрос „качества закона“, настаивает на ясности и обоснованности судебных актов с точки зрения принципа правовой определенности. Тем самым Конституционный Суд в целом считает важным наличие качества нормативно-правовых актов посредством их обоснованности.

В связи с жалобой И. Шабановой Пленум Конституционного Суда отмечает, что принцип правовой определенности, помимо других требований, в самом общем смысле подразумевает ясность и определенность в отношении существующего правового положения. С этой точки зрения в принимаемые судами решения следует внести ясность по всем вопросам, касающимся решаемого дела, устранить противоречивые моменты. В судебных актах, выносимых от имени Азербайджанской Республики, не должно быть положений, ставящих под сомнение справедливое решение дела, создающих противоречия и влияющих на конституционное право участников спора на судебную защиту⁷.

Азербайджанское законодательство в сфере гражданско-процессуального права допускает в порядке дополнительной кассации пересмотр решений суда, вступивших в законную силу, при этом не уточняя четкие грани оснований пересмотра. К примеру, Гражданско-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики (далее – ГПК АР) даже если и установил пределы полномочий суда на стадии дополнительной кассации, то статья 429.0.2 четко не определяет эти процессуальные рамки. В указанной статье отмечается, что Пленум Верховного Суда вправе внести

6 Государственное право Германии. Сокращенный перевод с немецкого издания / под ред. Топорнина Б. Н. – Т. 2. – М., 1994. – С. 246.

7 Постановление Пленума Конституционного Суда Азербайджанской Республики „По жалобе И. Шабановой о проверке соответствия постановления Гражданской коллегии Верховного Суда Азербайджанской Республики от 24 октября 2011 года Конституции и законам Азербайджанской Республики“ от 27 августа 2012 года.

определенные изменения в решение суда кассационной инстанции, однако в каких рамках допустимы эти „изменения“, ГПК АР не уточняет.

В Решении Европейского суда по делу Л. Рахмановой против Азербайджанской Республики от 10 июля 2008 года сказано, что формально Пленум Верховного Суда в своем решении от 11 января 2002 года на основании статьи 429.0.2 „изменил“ уже вступившее в законную силу решение суда, и это „изменение“ может расцениваться как „отмена“⁸. Европейский суд позитивно оценил позицию Конституционного Суда, заключающуюся в том, что на основании статьи 429.0.2 ГПК АР Пленум Верховного Суда не предоставляется право „изменять“ решение кассационной инстанции Верховного Суда по фактическим и правовым ошибкам, так как по существу это может расцениваться как новое решение, принятое по данному делу. В процессуальном порядке Пленум правомочен лишь возратить дело в нижестоящую инстанцию для нового рассмотрения. Таким образом, Пленум Верховного Суда Азербайджанской Республики на основании статьи 429.0.2 ГПК АР может лишь вносить технические изменения, не внося изменений в уже полученные результаты после рассмотрения дела по существу.

Важным элементом с точки зрения правовой определенности в судебной практике является рассмотрение дела „в разумный срок“. Европейский суд в своем постановлении по делу „Коэм и другие против Бельгии“ от 22 июня 2000 года определил, что с точки зрения принципа правовой определенности важность рассмотреть дело в „разумные сроки“ носит универсальный характер и с точки зрения права здесь не должно быть исключений. Вместе с тем требование рассматривать в „разумные сроки“ не исключает значение доказательств, создает условия для их правильной и объективной оценки⁹.

В странах, где судебный прецедент является источником права, судебная практика с позиции принципа правовой определенности не рассматривается как строгое, единое, неизменное условие. Американский ученый У. Бернам отмечает, что смена позиции Федерального Верховного Суда США по определенным делам за десятилетний отрезок времени является естественным явлением¹⁰. Однако даже в судебной практике стран, относящихся к англосаксонской правовой системе, принцип правовой определенности имеет большую ценность и значимость.

8 Case of Rahmanova v. Azerbaijan // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87418>

9 Coëme and others v. Belgium// <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194>

10 Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. – 2007. – Вып. 3. – С. 113.

Принцип правовой определенности является объективным условием в судебной системе. В правовых отношениях каждый субъект ожидает норму или судебное решение, не противоречащие конституционным ценностям, нормативно-правовым актам и в целом логике правовой системы. Эти ожидания должны быть заранее прогнозируемы. Даже ожидания, связанные с ретроспективным применением права, должны обосновываться с учетом конституционных требований.

Конституционный Суд, оценивая вопросы ретроспективности нормативно-правовых актов, в своем решении от 28 января 2014 года „О толковании некоторых положений Закона Азербайджанской Республики о государственном обязательном личном страховании военнослужащих“ отметил, что принцип правовой определенности, то есть ожидание новых правовых норм (заранее ожидаемых, не противоречащих ценностям и логике правовой системы) в законодательстве должен быть одним из основных показателей правового государства. Одним из компонентов принципа правовой определенности является недопущение обратной силы правовых норм, ухудшающих правовое положение личности¹¹.

Конституционный Суд в ряде своих постановлений с позиции защиты правовой определенности рассмотрел вопрос судебной подведомственности исков (предпочтительность подачи исков в общие либо административно-экономические суды) с позиции предмета спора¹². Таким образом, Конституционный Суд на основании обращений апелляционного и региональных административно-экономических судов, давая толкование неоднозначных (двусмысленных) норм, внес существенный вклад в защиту принципа правовой определенности в правовой системе Азербайджанской Республики.

Безусловно, Конституционный Суд, внося определенную ясность в вопрос подведомственности, не стремился заменить функции Пленума Верховного Суда, однако в рамках полномочий, предоставленных ему

11 Решение Конституционного Суда Азербайджанской Республики от 28 января 2014 года „О толковании некоторых положений Закона Азербайджанской Республики о государственном обязательном личном страховании военнослужащих“ // <http://www.constcourt.gov.az/decisions/284>

12 Постановление Пленума Конституционного Суда Азербайджанской Республики от 27 августа 2012 года „О толковании статьи 372.5 Гражданско-процессуального кодекса Азербайджанской Республики в сравнении со статьями 155, 156 и 372.4 данного кодекса“ // <http://constcourt.gov.az/decisions/239>; Постановление Пленума Конституционного Суда Азербайджанской Республики от 28 марта 2013 года „О толковании статьи 30 Гражданско-процессуального кодекса Азербайджанской Республики“ // <http://constcourt.gov.az/decisions/267>

статьей 130 Конституции, смог внести определенную контрибуцию в защиту принципа правовой определенности.

Не следует забывать, что в практике стран, где существует несколько высоких по статусу судебных органов, высшим судебным органам нельзя создавать условия для различных позиций по важным конституционным принципам.

Как отметил на открытии конференции председатель Венецианской Комиссии Дж. Букикио, при наличии в стране двух и более высших судов могут возникать противоречия в позициях. Например, в Германии, где функционируют Федеральные Верховный, Административный, Конституционный суды, возникают вопросы совместимости правовых позиций. Однако эти институты нашли эффективные формы общения, взяв за основу принцип невмешательства в компетенцию другой юрисдикции.

В заключение хочу отметить важность перехода Конституционного Суда Украины на качественно новый этап работы при наличии института конституционной жалобы.

В Азербайджанской Республике институт конституционной жалобы был введен в 2002 году после конституционных реформ и стал действенным, достаточно эффективным механизмом в обеспечении принципа правовой определенности. Так, наличие „конкретного“ конституционного контроля позволяет органам своевременно и эффективно реагировать на установление единого понимания правовой нормы и единого подхода в судебной практике.

С. Іщук,

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»

ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ СВОБОДИ МИРНИХ ЗІБРАНЬ У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Актуальність проблеми

Нещодавнє Рішення Конституційного Суду України від 8 вересня 2016 року № 6-рп/2016 (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій) додатково актуалізувало дискусію стосовно необхідності прийняття спеціального закону у сфері реалізації свободи мирних зібрань. З одного боку, базове конституційно-правове регулювання права на мирні зібрання потребує чітких концептуальних напрямів подальшої деталізації. Окрім загальної норми Основного Закону держави необхідна чітка процедура. Альтернативою такого твердження слугує ідея про те, що в сучасних умовах державотворення норми статті 39 Конституції України цілком достатньо для реалізації права на свободу мирних зібрань, а тому немає необхідності деталізувати механізм мирних зібрань у спеціальному акті. В цьому контексті варто навести позицію Європейського суду з прав людини щодо концептуального врегулювання цього права. У Рішенні у справі „Веренцов проти України“ Суд вказав, що свободу мирних зібрань слід забезпечити конституційними гарантіями, які повинні передбачати, як мінімум, наявність права і зобов'язання щодо його захисту. Крім того, в конституції слід передбачити положення, що гарантує справедливість процедур визначення встановлених у них прав. Разом з тим у положеннях конституції неможливо передбачити конкретні деталі або процедури, внаслідок чого загальні положення конституції відкривають можливості для зловживання і надають владі невинувато широку свободу дій¹.

Питання про спосіб правового забезпечення свободи мирних зібрань

Першим аспектом реалізації передбаченого статтею 39 Конституції України права є питання про те, в який спосіб повинен бути визначений

¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Веренцов проти України» від 11 квітня 2013 року (Скарга № 20372/11) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118393>

механізм реалізації конституційного права на мирні збори. Норма частини другої статті 39 Конституції України передбачає, що обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом „відповідно до закону“ і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей. Необхідність законодавчого регулювання механізму реалізації та обмеження права на мирні збори підтвердив також і Конституційний Суд України у Рішенні від 19 квітня 2001 року № 4-рп/2001 (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання). У мотивувальній частині рішення Суд чітко вказав на спосіб деталізації права на мирні збори: „Виходячи з положень пункту 1 частини першої статті 92 Конституції України про те, що виключно законами визначаються права і свободи людини і громадянина та гарантії цих прав і свобод і що лише судом відповідно до закону може встановлюватись обмеження щодо реалізації права громадян на проведення масових зібрань (частина друга статті 39), Конституційний Суд України дійшов висновку, що визначення строків завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування з урахуванням особливостей мирних зібрань, їх форм, масовості, місця і часу проведення тощо **є предметом законодавчого регулювання**”².

Іншим аспектом правила про законодавчий предмет регулювання свободи мирних зібрань в Україні є питання про можливість органів місцевого самоврядування в межах власних повноважень встановлювати механізми реалізації передбаченого статтею 39 Конституції України права, оскільки непоодинокими є випадки, коли органи місцевого самоврядування приймають рішення, якими затверджують порядок проведення мирних зібрань на території відповідної громади. Очевидно, що в такій ситуації потрібно з'ясувати два питання: по-перше, чи мають право органи місцевого самоврядування визначати порядок реалізації свободи мирних зібрань за умови відсутності спеціального закону; по-друге, чи може такий порядок носити тимчасовий характер до прийняття спеціального закону.

Відповідь на перше питання можливо отримати із судової практики, оскільки у 2012 році прийнято судове рішення, яке, на нашу думку, є показовим прикладом застосування правила про законодавчий предмет свободи мирних зібрань. Так, у справі за позовом прокурора міста Херсона до Херсонської міської ради про визнання нечинними підпунк-

2 Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 року № 4-рп/2001 (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 28. – Ст. 1379.

тів рішення ради № 1140 від 24 березня 2006 року „Про затвердження порядку організації та проведення в місті Херсоні зборів, мітингів, походів і демонстрацій“ Херсонським окружним адміністративним судом винесено постанову від 18 вересня 2012 року (набрала законної сили), якою визнано незаконним та таким, що не відповідає Конституції України, зазначене рішення ради³.

При винесенні цього судового рішення Суд зазначив, що стаття 26 Закону України „Про місцеве самоврядування“ містить перелік питань, вирішення яких віднесено до компетенції міськради, однак зазначений перелік не дає право міськраді вирішувати питання щодо врегулювання порядку організації та проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій. При цьому Суд зауважив, що Закон України „Про місцеве самоврядування“ взагалі не наділяє міськради повноваженнями врегулювати порядок організації та проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій. Згідно із нормами статті 38 Закону України „Про місцеве самоврядування“ до повноважень виконавчих органів міських рад належить вирішення відповідно до закону питань про проведення зборів, мітингів, маніфестацій і демонстрацій, спортивних, видовищних та інших масових заходів, здійснення контролю за забезпеченням при їх проведенні громадського порядку. Тобто для вирішення зазначених питань виконками мають керуватися виключно законом, який би урегулював питання, пов'язані з проведенням мирних зібрань. Оскільки на момент прийняття рішення у вказаній справі такий закон був відсутній, орган місцевого самоврядування не мав можливості здійснювати нормативне регулювання питань проведення мирних зібрань. Також Судом зазначено, що оскільки порядок здійснення права на свободу мітингів, демонстрацій і мирних зборів та порядок і підстави обмеження цього права законами України не врегульовано, у міськради не було передбачених частиною другою статті 39 Конституції України та частиною другою статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод підстав для втручання у права, гарантовані цими нормами. У розумінні статті 22 Конституції України прийняття спірного Порядку є обмеженням прав громадян, оскільки даний Порядок вказує на бажаний характер поведінки особи й уповноважує її діяти певним чином, зокрема утриматись від проведення масових зібрань в одних, визначених рішеннями, місцях і вжити заходів до їх проведення в інших, визначених рішеннями, місцях.

3 Постанова Херсонського окружного адміністративного суду від 18 вересня 2012 року у справі № 2-а-2651/12/2170 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26124845>

Ініціатива органів місцевого самоврядування щодо регулювання права на мирні зібрання та встановлення обмеження такого права, виходячи з аналізу змісту норм статей 22, 39 Конституції України, є нічим іншим, як звуженням змісту та обсягу прав і свобод, головним елементом яких є можливість особи діяти певним чином або утриматися від певних дій задля задоволення певних потреб та інтересів, застосовуючи з цієї метою певні форми і засоби діяльності. Саме тому обмеження змісту прав і свобод, зокрема шляхом зменшення часу чи місця реалізації права на свободу мирних зібрань, яке не передбачено законом, у розумінні статті 22 Конституції України є обмеженням прав і свобод, гарантованих Конституцією України.

Відповідь на питання стосовно встановлення механізмів реалізації права на мирні зібрання органами місцевого самоврядування, а саме – чи можуть мати такі механізми тимчасовий характер, здавалося б, є очевидною. Зважаючи на те, що таке регулювання є обмеженням конституційного права, орган місцевого самоврядування не повинен встановлювати порядок та обмеження при проведенні мирних заходів у жодному випадку. Однак з цього приводу судова практика містить неоднакові підходи.

Так, у справі за позовом Київської міської державної адміністрації до низки громадських організацій про обмеження реалізації права на мирні зібрання Київським апеляційним адміністративним судом було винесено постанову від 16 травня 2012 року, якою скасовано постанову суду першої інстанції щодо обмеження проведення мирних заходів⁴. У цій справі Київським апеляційним адміністративним судом винесено окрему ухвалу від 16 травня 2012 року, якою доведено до відома Київську міську раду про необхідність привести у відповідність до статті 39 Конституції України Порядок організації та проведення в м. Києві недержавних масових заходів політичного, релігійного, культурно-просвітницького, спортивного, видовищного та іншого характеру, прийнятий рішенням Київської міської ради від 24 червня 1999 року № 317/418⁵.

Однак ухвалою Вищого адміністративного суду України від 23 січня 2013 року вказана окрема ухвала була скасована. При цьому в мотивувальній частині ухвали від 23 січня 2013 року міститься суперечливий висновок стосовно правила про законодавче регулювання права на

4 Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 16 травня 2012 року у справі № 2а-17669/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24403870>

5 Окрема Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 16 травня 2012 року у справі № 2а-17669/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24403908>

мирні зібрання. З одного боку, Судом підтверджено, що визначення конкретних строків завчасного сповіщення з урахуванням особливостей форм мирних зібрань, їх масовості, місця, часу проведення тощо є предметом законодавчого регулювання. Однак поряд із таким твердженням у наступному абзаці ухвали Вищим адміністративним судом України зазначено: „Оскільки, на теперішній час, законодавчо не встановлені строки подання заяви про проведення мирних зібрань, позивач у своїй діяльності щодо забезпечення недержавних масових громадських заходів правомірно керується Порядком організації та проведення в м. Києві недержавних масових заходів політичного, релігійного, культурно-просвітницького, спортивного, видовищного та іншого характеру, в якому зазначено строк подачі повідомлення про вжиття таких заходів за 10 днів до їх проведення, про що організаторами повідомляється виконавчий орган Київської міської ради“⁶.

Наявність у системі законодавства України спеціального акта про свободу мирних зібрань

За часів незалежності, незважаючи на численні законодавчі ініціативи, в Україні не було прийнято закону, який би визначав механізм реалізації передбаченого статтею 39 Конституції України права. Питання мирних зібрань врегульовано лише стосовно окремого виду таких зібрань – релігійних (публічні богослужіння, релігійні обряди, церемонії та процесії) на підставі статті 21 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“.

Формально до чинного законодавства України у сфері свободи мирних зібрань належав Указ Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року № 9306-XI „Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР“, що застосовувався відповідно до Постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року № 1545-XII „Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР“. При цьому окремі офіційні джерела констатували можливість застосування вказаного нормативного акта при регулюванні свободи мирних зібрань⁷, окрім того, застосування

6 Ухвала Вищого адміністративного суду України від 23 січня 2013 року у справі № 2а-17669/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29023687>

7 Напр.: Практика розгляду судами справ про адміністративні правопорушення, що посягають на встановлений порядок управління [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/88DE37EDF92C0BE2C32572C900333D8F?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=88DE37EDF92C0BE2C32572C900333D8F>

Указу Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року траплялося у судовій практиці.

У своєму Рішенні від 8 вересня 2016 року № 6-рп/2016 Конституційний Суд України офіційно розставив акценти у питанні правового регулювання свободи мирних зібрань на момент прийняття вказаного рішення. По-перше, Суд визнав неконституційними положення частини п'ятої статті 21 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“ від 23 квітня 1991 року. На підставі системного аналізу норм Основного Закону України Конституційний Суд України вважає, що право на свободу світогляду та віросповідання може бути реалізоване, зокрема, у формі проведення богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій. У разі якщо такі заходи відбуваються публічно та мають мирний характер, на них повинні поширюватися вимоги статті 39 Конституції України, у тому числі щодо завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про їх проведення. По-друге, визнано неконституційним Указ Президії Верховної Ради СРСР „Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР“ від 28 липня 1988 року як такий, що суперечить нормам статті 39 Конституції України та передбачає порядок проведення громадянами мирних зібрань лише за умови отримання дозволу відповідного органу державної влади чи органу місцевого самоврядування.

Разом з тим варто підкреслити, що до офіційного визнання неконституційним Указу 1988 року застосування такого акта було поставлене під сумнів (по суті – заборонене всім адміністративним судам) Вищим адміністративним судом України у постанові Пленуму Суду від 21 травня 2012 року № 6 „Про практику застосування адміністративними судами законодавства під час розгляду та вирішення справ стосовно реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо)“.

Так, у пункті 2 Довідки, яка є додатком до вказаної постанови, Пленум Вищого адміністративного суду України зазначив, що підхід судів стосовно застосування Порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, встановленого Указом Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року № 9306-XI, є помилковим. Оскільки норми цього Указу встановлюють дозвільний (реєстраційний) порядок проведення мирних зібрань та надають право органам влади та місцевого самоврядування заборонити їх проведення, водночас як норми Конституції України передбачають повідомний порядок проведення зібрань (шляхом сповіщення органів влади) та надають повноваження заборонити проведення мирного зібрання тільки суду, зазначений

акт не підлягає застосуванню судами під час вирішення судами справ розглядуваної категорії⁸.

Додаткові аргументи щодо помилковості застосування Порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, встановленого Указом Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року № 9306-XI, до 2016 року можливо знайти в матеріалах судової практики. Так, Київським апеляційним адміністративним судом при розгляді справи про обмеження реалізації права на мирні зібрання зазначено таке. По-перше, Указ дозволяє проведення мирних зібрань лише з метою, що не суперечить Конституції СРСР та при додержанні радянських законів, а згідно з постановою Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року № 1545-XII „Про порядок тимчасової дії на території України окремих законодавчих актів Союзу РСР“ застосування актів законодавства Союзу РСР дозволяється, якщо вони не суперечать Конституції і законам України. По-друге, колегія суддів звернула увагу на те, що Конституційний Суд України при вирішенні конституційного подання Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій жодного разу не послався на Указ Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року як на нормативний акт, що підлягає застосуванню в Україні до даних правовідносин⁹.

Можливо, найважливіший аргумент про неможливість застосування Указу Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року № 9306-XI – це правова позиція Європейського суду з прав людини щодо наявності спеціального закону, який передбачає можливість втручання у право. У Рішенні Європейського суду з прав людини у справі „Веренцов проти України“ та у Рішенні у справі „Шмушкович проти України“ Суд зазначив, що „за загальним визнанням, у Постанові українського парламенту про тимчасове застосування деяких законодавчих актів Радянського Союзу йдеться про тимчасове застосування радянського законодавства,

8 Довідка Вищого адміністративного суду України щодо вивчення практики застосування адміністративними судами законодавства під час розгляду та вирішення протягом 2010-2011 років справ стосовно реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо) від 1 квітня 2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?_m=publications&t=rec&id=2322

9 Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 16 травня 2012 року у справі № 2а-17669/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24403870>

і українським парламентом досі не було прийнято жодного закону, який регулював би порядок проведення мирних демонстрацій, хоча у статтях 39 і 92 Конституції чітко вимагається, щоб таку процедуру було встановлено законом українського парламенту. Хоча Суд визнає, що країна може потребувати деякого часу для створення власної законодавчої бази протягом перехідного періоду, він не може погодитися, що затримка більше ніж на двадцять років є виправданою, особливо якщо під загрозою таке фундаментальне право, як свобода мирних зібрань. Отже, Суд робить висновок, що втручання у право заявника на свободу мирних зібрань не було передбачено законом¹⁰.

Щодо необхідності прийняття спеціального закону про свободу мирних зібрань

Питання правового регулювання свободи мирних зібрань в Україні отримало офіційну реакцію з боку Європейського суду з прав людини. У резолютивній частині Рішення у справі „Веренцов проти України“ Судом було застосовано статтю 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, норми якої покладають на державу-відповідача правове зобов'язання вжити під наглядом Комітету міністрів відповідні загальні і/або окремі заходи щодо забезпечення прав заявника, які, на думку Суду, були порушені. Такі заходи також повинні бути вжиті стосовно інших осіб, що перебувають у становищі заявника, зокрема шляхом вирішення проблем, які призвели до таких висновків Суду. Як вказано у розділі VI рішення, теоретично не Суд має визначати, які заходи правового захисту повинна вжити держава-відповідач відповідно до своїх зобов'язань за статтю 46 Конвенції. Однак Суд зацікавлений у сприянні швидкому та ефективному усуненню недоліків, знайдених у національній системі захисту прав людини.

У вказаній справі Європейський суд з прав людини установив порушення статей 11 і 7 Конвенції, що впливають із прогалин у законодавстві, що стосується свободи зібрань, які залишаються в українській правовій системі протягом понад двох десятиліть. При виявленні недоліків у національній правовій системі практика Суду полягає у тому, щоб визначити їх джерело з метою надання допомоги Договірним Державам у пошуку підходящого рішення і Комітету міністрів при здійсненні нагляду за виконанням постанов. Беручи до уваги структурну природу проблеми,

10 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Веренцов проти України» від 11 квітня 2013 року (Скарга № 20372/11) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118393>; Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шмушкович проти України» від 14 листопада 2013 року (Заява № 3276/10) // Офіційний вісник України. – 2014. – № 54. – Ст. 1494.

розкритої у цій справі, Суд підкреслив необхідність термінових конкретних реформ у законодавстві України та адміністративній практиці з метою приведення цього законодавства та практики у відповідність до висновків Суду в цій постанові і забезпечення їх відповідності вимогам статей 7 та 11 Конвенції¹¹.

В Окремій думці судді *ad hoc* С. Шевчука до Рішення Європейського суду з прав людини у справі „Шмушкович проти України“ висловлено аргументи щодо некоректної позиції Суду стосовно застосування до України статті 46 Конвенції у питанні забезпечення свободи мирних зібрань. Так, зокрема, С. Шевчук вказує, що Суд мав би зупинитися на тому етапі, коли він встановив, що порушення права заявника на свободу мирних зібрань не було передбачено законом, а не робити за національний законодавчий орган політичний вибір щодо необхідності спеціального закону про мирні зібрання, що не є належним виконанням судової функції Суду. Окрім того, в Окремій думці звертається увага Суду на те, що Конституція України не вимагає, щоб право на мирні зібрання залежало від запровадження закону, який би врегулював це право. Стверджувати протилежне означає визнання старої позитивістської ідеї про те, що положення Конституції щодо прав людини і основоположних свобод не мають прямої дії та вимагають ухвалення законів, які „активують“ відповідні права¹².

На нашу думку, дискусія щодо необхідності прийняття спеціального закону у сфері свободи мирних зібрань позбавлена практичного змісту, оскільки, як відомо, у розгляді справ Європейським судом з прав людини існує уніфікований підхід при оцінці порушення права на свободу зібрань. Такий підхід передбачає розгляд у сукупності трьох ознак обмеження досліджуваного права: 1) обмеження передбачені законом; 2) обмеження зумовлені законними цілями; 3) обмеження були необхідними в демократичному суспільстві для досягнення таких цілей. Саме наявність або відсутність усіх трьох вказаних критеріїв є підставою для невизнання / визнання порушення передбаченого статтею 11 Конвенції права. При цьому слід зауважити, що практика Європейського суду з прав людини у справах про порушення права на свободу мирних зібрань показує, що встановлення невідповідності будь-якій із названих ознак є підставою для визнання порушення.

11 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Веренцов проти України» від 11 квітня 2013 року (Скарга № 20372/11) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118393>

12 Рішення Європейського суду з прав людини у справі „Шмушкович проти України“ від 14 листопада 2013 року (Заява № 3276/10) // Офіційний вісник України. – 2014. – № 54. – Ст. 1494.

Критерій „встановлене законом“ стосовно обмеження права на свободу мирних зібрань не тільки означає те, що оскаржена міра повинна мати певну підставу в національному законодавстві, а й також стосується якості відповідних положень законодавства, про що зазначалося вище. Стосовно цього критерію необхідно, на нашу думку, наголосити на єдиному – у згадуваних рішеннях Європейського суду з прав людини щодо України Суд зробив висновок про порушення права заявника на свободу мирних зібрань лише з огляду на одну обставину: втручання у право не було передбачене законом. Дійшовши цього висновку, Суд не мав потреби встановлювати, чи були виконані дві інші вимоги (законна мета і необхідність втручання), встановлені пунктом 2 статті 11 Конвенції.

Висновки

Базове конституційне регулювання права на свободу мирних зібрань у Конституції України разом із офіційним тлумаченням статті 39 Основного Закону держави зумовлює прийняття спеціального закону про порядок організації та проведення мирних масових заходів та акцій, потреба в якому безпосередньо пов'язана з демократичними трансформаціями, що відбуваються в нашій країні і є умовою її інтеграції до загальноєвропейського правового простору. Оскільки особливістю регулювання сфери свободи зібрань є пошук балансу між забезпеченням свободи і порядку, відсутність спеціального законодавчого акта суттєво обмежує права та свободи громадян України і провокує порушення цих прав та свобод з боку державних органів і, на жаль, в тому числі судових.

Правило про законодавчий предмет правового регулювання свободи мирних зібрань зумовлює декілька ключових висновків при визначенні правового механізму цього права та можливих його обмежень. По-перше, норми статті 39 Конституції України не можуть вважатися достатніми для повноцінної реалізації права на свободу мирних зібрань, оскільки в положеннях конституції неможливо передбачити конкретні деталі або процедури, внаслідок чого загальні положення основного закону відкривають можливості для зловживання і надають владі невинуватно широку свободу дій. По-друге, на сьогодні відсутній закон, яким визначено обмеження свободи мирних зібрань у контексті практики Європейського суду з прав людини. По-третє, виходячи із правила про законодавчий предмет правового регулювання, органи місцевого самоврядування до прийняття відповідного закону не мають права самостійно визначати порядок реалізації свободи мирних зібрань.

Перед вітчизняною правовою системою постає потреба при врегулюванні права на свободу мирних зібрань врахувати міжнародні стандарти

у сфері захисту та реалізації цього права. Ці стандарти можливо об'єднати у такі блоки: 1) питання щодо якості та необхідної спрямованості такого нормативного акта; 2) питання обмеження права на свободу мирних зібрань; 3) процесуальні питання, зокрема правило про попереднє повідомлення, особливості проведення одночасних зібрань і контрзібрань.

Б. Калиновський,

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри конституційного та міжнародного права Національної академії внутрішніх справ

ДІЯЛЬНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ОРГАНІЗАЦІЇ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Реалізація місцевої публічної влади відповідно до Конституції України має бути спрямована на захист прав та законних інтересів людини і громадянина, забезпечення нормального існування та розвитку особи, законності й правопорядку в державі, а також сприяння розвитку всієї держави в усіх сферах суспільного життя та народного господарства. Для досягнення окреслених завдань необхідним є розроблення та впровадження гарантій діяльності місцевої публічної влади в Україні.

Поняття „гарантія“ в перекладі з французької „garantie“ означає „забезпечення, запорука“. Таким чином, гарантія – насамперед явище, що забезпечує досягнення визначеного результату. Мета гарантій місцевої публічної влади – безперешкодне й ефективне вирішення питань місцевого значення як органами і посадовими особами, що здійснюють свою діяльність на місцевому рівні, так і передусім територіальною громадою безпосередньо. Гарантії місцевої публічної влади визначаються поведінкою і діяльністю відповідних суб'єктів.

Важливе місце в системі юридичних гарантій місцевого самоврядування належить судовим гарантіям захисту. Вони закріплені у статті 145 Конституції України і в статті 4 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ від 21 травня 1997 року¹ та деталізовані в частині четвертій статті 71 вказаного закону, де передбачено право звернення до суду органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо визнання незаконними актів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, які обмежують права територіальних громад, повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування.

Однією з маловивчених гарантій місцевої публічної влади є діяльність Конституційного Суду України. Цей інститут має безпосереднє відношення до законодавства, адже основні його повноваження – це вирішення

¹ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснення офіційного тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Основного Закону держави.

Суб'єктами конституційного подання про неконституційність правового акта, який порушує права місцевого самоврядування, є Президент України, щонайменше сорок п'ять народних депутатів України, Верховний Суд, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим. На жаль, Конституцією України не передбачене право органу місцевого самоврядування на так звану конституційну скаргу, для цього необхідно звернутися до органу, який таке право має. Проте саме на місцевому рівні найчастіше і виявляються колізії правових норм та прогалини в законодавстві.

Конституційний Суд України розглянув низку принципових справ, зокрема про сумісництво посад народного депутата України і міського голови², поєднання посади в місцевій державній адміністрації з мандатом депутата місцевої ради³, об'єднання територіальних громад⁴, місцевого самоврядування⁵, адміністративно-територіальний устрій⁶ та інші.

- 2 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України і виконавчого комітету Вінницької міської ради щодо офіційного тлумачення положень статей 28, 78 Конституції України, статей 1, 10, 12, частини другої статті 49 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови) від 6 липня 1999 року № 7-рп/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 27.
- 3 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини другої статті 12 Закону України „Про місцеві державні адміністрації“ (справа про поєднання посади в місцевій державній адміністрації з мандатом депутата місцевої ради) від 4 грудня 2001 року № 16-рп/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 50. – Ст. 2238.
- 4 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 140 Конституції України (справа про об'єднання територіальних громад) від 18 червня 2002 року № 12-рп/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 26. – Ст. 1233.
- 5 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 6, частини першої статті 11, частини четвертої статті 16, пунктів 3, 5, 6, 9, 10, 16 частини першої статті 26, частин третьої і четвертої статті 41, частини шостої статті 42, статей 51, 52, 53, 54, частини четвертої статті 61, частини першої статті 62, частин першої, шостої, сьомої статті 63, частин четвертої, п'ятої, шостої статті 78, частин третьої, п'ятої, сьомої статті 79, абзацу третього пункту 2 розділу V „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ (справа про місцеве самоврядування) від 9 лютого 2000 року № 1-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 30.
- 6 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів „район“ та „район у місті“

Обґрунтування та висновки Конституційного Суду України засвідчують про нагальну потребу забезпечити і гарантувати місцевому самоврядуванню незалежність від органів виконавчої влади.

Особливо важливим для забезпечення верховенства Конституції України у сфері місцевого самоврядування є Рішення Конституційного Суду України у справі про місцеве самоврядування від 9 лютого 2000 року⁷. Приводом для її розгляду стало конституційне подання 46 народних депутатів України. Зокрема, підставою для розгляду цієї справи стала наявність спору щодо відповідності Конституції України окремих положень Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ у частині визначення ним статусу територіальних громад районів у містах та районних у містах рад, назви та системи виконавчих органів відповідних рад, статусу сільського, селищного, міського голови, порядку дострокового припинення повноважень місцевих рад і сільських, селищних, міських голів, а також гарантій самостійності місцевих бюджетів.

Визнавши переважну більшість оспорюваних положень цього закону такими, що відповідають Конституції України, Конституційний Суд України захистив демократичні засади місцевого самоврядування. При цьому він паралельно сформулював правові позиції доктринального характеру, які мають важливе значення для подальшого розвитку інституту місцевого самоврядування.

Звернемо увагу на частину, що стосується взаємовідносин між основними елементами системи місцевого самоврядування. Важливою є правова позиція Конституційного Суду України, яка відображає певне верховенство представницьких органів місцевого самоврядування над

які застосовуються в пункті 29 частини першої статті 85, частині п'ятій статті 140 Конституції України, і поняття „організація управління районами в містах“, яке вживається в частині п'ятій статті 140 Конституції України та в частині першій статті 11 Закону України „Про столицю України – місто-герой Київ“, а також щодо офіційного тлумачення положень пункту 13 частини першої статті 92 Конституції України, пункту 41 частини першої статті 26 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ стосовно повноважень міських рад самостійно вирішувати питання утворення і ліквідації районів у місті (справа про адміністративно-територіальний устрій) від 13 липня 2001 року № 11-рп/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 29. – Ст. 1327.

- 7 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 6, частини першої статті 11, частини четвертої статті 16, пунктів 3, 5, 6, 9, 10, 16 частини першої статті 26, частин третьої і четвертої статті 41, частини шостої статті 42, статей 51, 52, 53, 54, частини четвертої статті 61, частини першої статті 62, частин першої, шостої, сьомої статті 63, частин четвертої, п'ятої, шостої статті 78, частин третьої, п'ятої, сьомої статті 79, абзацу третього пункту 2 розділу V „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ (справа про місцеве самоврядування) від 9 лютого 2000 року № 1-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 30.

їхніми виконавчими органами, включаючи сільського, селищного та міського голову, що має принципове значення для утвердження демократичних засад місцевого самоврядування. Зокрема, Конституційний Суд України, відображаючи закономірності функціонування цілісних соціальних систем, де відбуваються процеси управління, дійшов цілком обґрунтованого висновку, що „у системі місцевого самоврядування України має місце певна субординація її елементів – територіальної громади, ради, її виконавчих органів із збереженням відповідного розмежування їх прав і повноважень“.

Зважаючи на те, що за Конституцією України від 1996 року сільський, селищний, міський голова обирається відповідною територіальною громадою для того, щоб очолювати виконавчий орган ради та головувати на її засіданнях, Конституційний Суд України у своєму рішенні визначив, що Конституція України, запровадивши обрання сільського, селищного, міського голови безпосередньо територіальною громадою, не урівноважила їхній статус зі статусом сільської, селищної, міської ради. Тому хоча спосіб формування відповідної ради та обрання сільського, селищного, міського голови однакові, проте їхній статус різний. Відповідно до Конституції України голова очолює виконавчий орган ради, інтегрований у його структуру, а тому має відповідати перед радою за наслідки роботи виконавчого органу та свою власну діяльність аж до припинення наданих йому повноважень за рішенням відповідної ради за наявності підстав, передбачених частиною другою статті 79 цього закону.

Водночас Конституційний Суд України, виходячи з того, що органи місцевого самоврядування та їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (частина друга статті 19 Конституції України), визнав таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення частини третьої статті 79 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ щодо дострокового припинення повноважень сільського, селищного, міського голови за рішенням відповідної ради „в інших випадках“, тобто з підстав, не передбачених частиною другою цієї статті, за якою його повноваження можуть бути припинені лише в разі, якщо він порушує Конституцію або закони України, права і свободи громадян, не забезпечує здійснення наданих йому повноважень.

Стосовно поєднання посади сільського, селищного, міського голови з іншими видами діяльності, насамперед із мандатом народного депутата України та депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим і відповідних місцевих рад, Конституційний Суд України зайняв таку позицію.

У цьому аспекті ключовим є Рішення у справі про сумісництво посад народного депутата України і міського голови від 6 липня 1999 року⁸, яке також стало своєрідним орієнтиром при вирішенні аналогічних справ. Підставою для розгляду цієї справи стала практична необхідність у з'ясуванні положень статей 38, 78 Конституції України, статей 1, 10, 12, частини другої статті 49 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ щодо можливості здійснення народним депутатом України своїх повноважень на постійній основі з одночасним перебуванням на посаді міського голови.

За результатами розгляду цієї справи Конституційний Суд України дійшов, зокрема, висновку про те, що положення частини першої статті 38 Конституції України, згідно з яким громадяни мають право „вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування“, у контексті положень частини другої статті 78 Конституції України треба розуміти так, що „громадянину України надано право вільно бути обраним до будь-якого органу державної влади, зокрема до Верховної Ради України, до органу місцевого самоврядування – сільської, селищної, міської, районної, обласної ради, а також бути обраним сільським, селищним, міським головою, але реалізувати набутий представницький мандат громадянин може тільки в одному з цих органів чи на посаді сільського, селищного, міського голови“. Хоча об'єктивно наведений висновок прямо не впливає зі змісту відповідних положень Конституції України, оскільки вона не містить такого обмеження.

Ця позиція була відтворена в Рішенні Конституційного Суду України у справі щодо сумісності посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим від 20 травня 2004 року⁹. Згідно з цим рішенням положення частини четвертої статті 12 Закону „Про місцеве самоврядування в Україні“ слід розуміти так, що сільський, селищний, міський голова як головна посадова особа від-

8 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України і виконавчого комітету Вінницької міської ради щодо офіційного тлумачення положень статей 28, 78 Конституції України, статей 1, 10, 12, частини другої статті 49 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови) від 6 липня 1999 року № 7-рп/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 27.

9 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини четвертої статті 12 Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні“ щодо сумісності посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим (справа щодо сумісності посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим) від 20 травня 2004 року № 12-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. - № 22. – Ст. 1516.

повідної територіальної громади з представницьким мандатом не може бути одночасно депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Тим часом правова позиція єдиного органу конституційної юрисдикції, за якою міський голова є „посадовою особою з представницьким мандатом“, а тому „не може мати іншого представницького мандата“, не викликає заперечень лише стосовно мандата народного депутата України, оскільки останній за змістом статті 78 Конституції України здійснює свої повноваження на постійній основі, що, звісна річ, виключає поєднання посади народного депутата України з посадою міського, отже, й сільського та селищного голови, який за змістом частини другої статті 141 Основного Закону України також має здійснювати свої повноваження на постійній основі.

Стосовно неможливості поєднання посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата місцевої ради виникають певні непорозуміння. Адже Конституція України не містить відповідних норм, які прямо або опосередковано забороняли б сільським, селищним, міським головам бути депутатами місцевих рад та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, які до того ж здійснюють свої повноваження, не пориваючи з виробничою або службовою діяльністю. Тому висновок Конституційного Суду України про те, що громадянин України може реалізувати набутий представницький мандат тільки в одному представницькому органі чи на посаді сільського, селищного, міського голови, прямо не впливає з тексту відповідних положень Конституції України, яка до того ж адресує вирішення цих питань на законодавчий рівень.

У такий спосіб Конституційний Суд України своїми рішеннями унеможливив поєднання в перспективі посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата насамперед районної й обласної ради та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, хоча ці питання, на нашу думку, мають вирішуватися виключно на законодавчому рівні. Це, зокрема, впливає зі змісту частини третьої статті 141 Конституції України, згідно з якою статус голів, депутатів (включаючи питання несумісності) і виконавчих органів ради, їхні повноваження, порядок утворення, реорганізації, ліквідації визначаються законом.

Ось чому у процесі вирішення питань щодо конституційності законів чи офіційного тлумачення Конституції і законів України з питань організації влади на місцях ключовим має бути питання про межі конституційного і законодавчого регулювання. Інакше кажучи, єдиний орган конституційної юрисдикції не повинен підміняти законодавчу владу, створюючи відповідними рішеннями перешкоди для вдосконалення

організації влади на місцях шляхом законодавчого регулювання, що особливо виразно простежується зі змісту його рішень із питань сумісництва посади в місцевих органах виконавчої влади та посади сільського, селищного, міського голови з мандатом депутата відповідної місцевої ради та Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Підтримуємо позицію В. Борденюка, який зазначив, що практика конституційного судочинства засвідчила наявність не тільки певних здобутків, а й низки проблем, які виникають унаслідок реалізації єдиним органом конституційної юрисдикції належних йому повноважень. Зокрема, до таких проблем можна віднести насамперед те, що він, ухвалюючи рішення з питань визнання неконституційними законів чи офіційного тлумачення Конституції й законів України, іноді принижує роль законодавчого регулювання у механізмі управління державними справами. Це відображається передусім в абсолютизації прямої дії норм Конституції України (особливо природно-правового характеру), унаслідок чого єдиний орган конституційної юрисдикції формулює подекуди правові позиції з питань, які об'єктивно мають вирішуватися на законодавчому рівні¹⁰.

Ми вбачаємо необхідним вдосконалення законодавчого регулювання питань правового статусу посадових та службових осіб місцевої публічної влади, а саме оскільки депутат місцевої ради отримує мандат довіри на вирішення питань місцевого значення в складі відповідної ради, ця його діяльність здійснюється нерозривно із виробничою і службовою, то з урахуванням антикорупційних механізмів (нормативної та інституційної складової) вважаємо допустимим поєднання його мандату із службовою діяльністю на будь-яких посадах місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Можна навіть говорити про низку позитивних моментів такого поєднання, оскільки людина, яка відповідає кваліфікаційним вимогам та обіймає посаду у виконавчих органах місцевих рад, краще орієнтується в питаннях реалізації місцевого самоврядування як однієї зі складових місцевої публічної влади і може вплинути на розроблення та прийняття місцевими радами законних, виважених та таких, що можуть бути реалізовані, рішень.

10 Борденюк В. І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії: монографія / В. І. Борденюк. – К.: Парламентське видавництво, 2007. – С. 390-391.

М. Костицький,

доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) НАПрН України, заслужений юрист України, суддя Конституційного Суду України у відставці

Н. Кушакова-Костицька,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заслужений юрист України, завідувач Сектору моніторингу правової інформації Секретаріату Конституційного Суду України

ПРАВОВІ ДОКТРИНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА ТА МОЖЛИВІСТЬ ЇХ ВИКОРИСТАННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ

1. Доктрина (від лат. – вчити, *doctrina* – вчення) – авторитетне вчення: сукупність принципів і система теоретичних положень у певній області, система поглядів якогось вченого чи мислителя.

Цей термін пов'язаний з християнським віровченням і першопочатково означав релігійне вчення, базоване на Біблії, яке стосується суті (змісту) самого вчення.

Можна говорити про політичну доктрину як основоположний принцип діяльності суб'єктів політичного процесу, про правову доктрину як сукупність системних наукових знань про певне правове явище.

Правові доктрини можуть бути пов'язані з державними чи правовими інституціями або з персоналіями:

- 1) доктрина інкорпорації (термін використовується в міжнародному праві при визначенні національності особи);
- 2) доктрина міжнародного права;
- 3) кримінально-правова процесуальна і т.п. доктрина;
- 4) доктрина Кальво (про неприпустимість збройного втручання у внутрішні справи);
- 5) доктрина Стімсона (про невизнання дійсності договору);
- 6) доктрина Тобра (про невизнання урядів в Латинській Америці, які прийшли до влади збройним шляхом) та ін.

Правову доктрину здебільшого розуміють як:

- 1) вчення, теорію, концепцію;
- 2) повний текст;

3) сукупність ідей.

В юридичній літературі проблема правової доктрини розроблена недостатньо. Є новітні дисертаційні дослідження А.О.Васильєва, М.В.Кармаліти та інших, але над вказаними й іншими авторами тяжіє етатизм та радянський нормативізм, і вони здебільшого ув'язують правову доктрину з поглядами, санкціонованими державою, пишуть про її загальну обов'язковість, що вона є поєднанням аксіологічної „бази“ і „наукової надбудови“ тощо.

Чи може наукова (особливо правова) доктрина відповідно до теорії наукових революцій Куна бути санкціонованою, прийнятою або затвердженою державою? На нашу, думку, може. Адже, очевидно, що вона створюється насамперед для використання державою та її інституціями. Крім того, правова доктрина пов'язана із діяльністю її розробників. І не всіх, а лише тих, вагомий внесок яких у науку визнається іншими.

2. Правова доктрина при юснатуралістичному, а не позитивістському (нормативістському) підході може трактуватися як джерело права. Поряд з:

- традиціями;
- звичаями;
- прецедентами КСУ;
- прецедентами Європейського суду з прав людини та інших міжнародних судів, рішення яких визнаються в Україні;
- нормативно-правовими актами;
- актами місцевого самоврядування;
- міжнародно-правовими актами.

При нормативістському підході головним і майже монопольним джерелом права є закон. Постає питання: чи є сенс говорити про правову доктрину (звичайно, наукову) як джерело права сьогодні?

Відповідь однозначна: звичайно, є.

Так, в певних правових системах (римського, англосаксонського права) позиції видатних вчених визнавались і визнаються джерелом права. В Римі, наприклад, це були праці Гая, Папіана, Павла, Ульпіана і Модестина. Одним із пояснень застосування наукової правової доктрини в Римі, а пізніше – в Англії є те, що судочинство відправляли понтифіки, жерці, а то й просто вибрані „судді з народу“, не обізнані з правом. Їм потрібна була допомога професіоналів.

Аналогічну ситуацію ми маємо й сьогодні. Зокрема, в практиці КСУ, який єдиний із судових органів може призначати правову експертизу

або витребувати офіційні юридичні консультації у провідних спеціалістів чи юридичних шкіл.

3. У країнах континентальної Європи, в тому числі в Україні, правова доктрина як джерело права постає (або в ній виникає потреба), коли:

- законодавство є недосконалим;
- правозастосування і судочинство стикається з проблемами, не врегульованими законом;
- завелика кількість законів, що суперечать один одному;
- коли законодавством (законотворчістю) займаються люди, які не мають довіри в народі (рейтинг ВР за різними опитуваннями від 3 до 18 %);
- у перехідні періоди.

У цьому випадку можна говорити про соціальне замовлення на юснатуралістичну філософію права та на правову доктрину як джерело права.

4. У практиці КСУ з перших днів його існування правові доктрини використовуються через застосування правових експертиз та правових консультацій, мета яких - проаналізувати обставини, що є предметом розгляду, та обґрунтувати рішення КСУ. Таким чином правові доктрини стають джерелом права при виробленні рішень КСУ так само, як і судові прецеденти виступають джерелами національного права.

Виникає запитання, а яка ситуація склалася із використанням правових доктрин у загальних судах, законотворчих та правоохоронних органах?

Видається, що і там вплив пануючої тієї чи іншої правової доктрини є визначальним. Адже практика показує, що на підставі одного й того ж закону іноді приймаються судами протилежні рішення за аналогічними обставинами. Отже, можна стверджувати, що на практиці юриспруденція тяжіє ні до верховенства права, ні до верховенства закону, а до верховенства домінуючої правової доктрини. Залишається сподіватись, що, відійшовши від радянської правової доктрини, Україна все ж таки виробить власну, оптимальну до її реалій і соціальних потреб з урахуванням міжнародного досвіду, яка не перетвориться на правову догму, а розвиватиметься відповідно до вимог часу.

А. Крусян,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри загальнотеоретичної юриспруденції, конституційного та адміністративного права Київського інституту Національного університету «Одеська юридична академія»

КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ ТА ПРОЦЕСИ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ПЕРЕТВОРЕНЬ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Політико-правові перетворення відбуваються в Україні з моменту проголошення її незалежності. За цей час пройдено складний шлях, на якому були як помилки, так і перемоги. Втім, цей шлях ознаменувався, перш за все, тим, що це був курс послідовних, поетапних перетворень з метою становлення та утвердження України як незалежної, суверенної, демократичної, правової держави. Сучасний етап політико-правового розвитку українського суспільства та держави також характеризується масштабними перетвореннями, що мають багатоаспектний, складний, поступальний характер.

Основними ознаками таких перетворень є: поетапність проведення; системність; політико-правовий характер перетворень; повне або часткове перетворення Конституції та конституційного законодавства (конституційні перетворення, тобто конституційна реформа та модернізація); динаміка конституційних правовідносин (конституційні перетворення); забезпечення прав і свобод людини і громадянина; створення функціонального механізму забезпечення і захисту конституційного правопорядку. Метою сучасного етапу політико-правових, у тому числі конституційних, перетворень є формування сучасного українського конституціоналізму.

При цьому, на нашу думку, теоретично обґрунтованим та практично виправданим буде твердження, що процеси політико-правових перетворень в державі і суспільстві мають відбуватися на основі конституційної законності (конституційності).

Сферами прояву конституційної законності є правотворчість, реалізація й охорона конституційних норм. Правотворчість, по суті, має бути процесом формування суверенної волі народу та її вираження у нормах права. І тут велике значення має конституційна законність, метою якої є забезпечення єдиної спрямованості, системності всього

масиву законодавства. Саме конституційна законність втілює в життя, перетворює на реальність принцип верховенства права і найвищої юридичної сили Конституції, що обумовлює точну відповідність поточного законодавства конституційним положенням. Саме у Конституції закріплюються ті основоположні принципи, на яких має будуватися система права, щоб забезпечити її узгодженість, єдину спрямованість. Це має вирішальну вагомість щодо процесів сучасних перетворень у державі та суспільстві. Адже при здійсненні політико-правових реформ важливим є встановлення співвідношення статичного стану зі станом змін у межах єдиного конституційного процесу, що, зокрема, забезпечує конституційна законність.

У сфері реалізації конституційних норм конституційна законність означає точне й неухильне додержання Конституції всіма правореалізуючими суб'єктами, оскільки не може бути законності взагалі, якщо не будуть здійснюватися вимоги конституційної законності. При цьому конституційна законність визначає не просто наявність Конституції як Основного Закону, а наявність правової Конституції, тобто такої, що втілює ідеї демократичного суспільства і правової держави, адекватно відображає загальнолюдські цінності та правові ідеали. При здійсненні політико-правових перетворень важливим є забезпечення додержання правових норм та, перш за все, норм Конституції.

Конституційна законність у контексті цих перетворень означає: встановлення режиму реальності Конституції, яка „пронизана ідеями конституціоналізму“ (А. Шайо), тобто її правовий характер, пряму дію її норм та ефективну її охорону; внесення змін та доповнень до тексту Основного Закону відповідно до встановлених конституційно-правових вимог; точне й неухильне здійснення положень Конституції та інших конституційно-правових актів усіма суб'єктами, яким їх адресовано; єдину спрямованість (узгодженість на основі конституційних принципів), системність законодавства; реальну дію ієрархії нормативно-правових актів, в системі яких Конституція має найвищу юридичну силу.

Звідси необхідним для досягнення мети та вирішення завдань сучасних політико-правових перетворень в державі та суспільстві є формування ефективної системи конституційного контролю в Україні, який, разом з іншими політико-правовими інститутами, є найважливішим засобом забезпечення конституційної законності (конституційності), і тут провідна роль належить конституційному правосуддю як формі конституційного контролю та спеціалізованому інструменту правової охорони Конституції.

Так, головним об'єктом конституційного контролю є Конституція, а єдиним завданням Конституційного Суду України – гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України (стаття 2 Закону України „Про Конституційний Суд України“). Конституція України, у свою чергу, є нормативною основою політико-правових перетворень у державі та суспільстві, що знаменують динаміку до демократичного суспільства та правової держави, в яких забезпечується реалізація та захист відображених у Конституції України і конституційному законодавстві принципів конституціоналізму (який, відповідно до теорії конституційного реформування, є метою сучасних вітчизняних конституційних перетворень): верховенства права; верховенства Конституції України і (правових) законів; пріоритету прав людини перед іншими соціальними цінностями та інтересами, конституційного демократизму тощо. Саме Конституційний Суд України як орган конституційної юстиції, здійснюючи свої повноваження, сприяє забезпеченню цих принципів, ґрунтуючись у процесі власної діяльності на принципі верховенства права (стаття 4 Закону України „Про Конституційний Суд України“). У свою чергу, верховенство права є ґрунтовним принципом процесу конституційних перетворень.

Тому важливого значення набуває прийняття Закону України „Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”¹, яким вносяться зміни до Основного Закону, що спрямовані на удосконалення статусу та діяльності Конституційного Суду України. Відповідно до цього Закону стаття 147 Конституції України доповнена новою частиною, в якій визначені принципи діяльності Конституційного Суду України, першим з яких є принцип верховенства права. Важливо підкреслити, що верховенство права має аксіологічне значення, отже, входить до системи конституційних цінностей, які визначають константу політико-правових перетворень.

Так, ґрунтуючись на теорії політико-правових реформ та теорії конституційних циклів, слід відзначити, що всі політико-правові перетворення, що відбуваються в суспільстві та державі, є процесом певних змін, сукупність яких дає нову якість (наприклад, удосконалення політичної, правової, економічної системи тощо). При цьому всі ці зміни мають відбуватися на певній основі з метою досягнення позитивного, стабільного результату. Такою основою є конституційні цінності – гуманістичні, демократично-правові, універсальні орієнтири (цілі та настановлення), що мають формалізоване відображення в Конституції

1 Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua/>

держави, виявляються в конституційно-оціночній, інтерпретаційній та контрольній діяльності органу конституційної юстиції та визначально впливають на конституційне законодавство, конституційну правосвідомість, конституційний правопорядок та публічно-владну практику. До таких цінностей традиційно відносять верховенство права, демократію, конституційно-правову свободу людини та інші.

„Гарантом“ цих цінностей виступає конституційний нормоконтроль, який здійснює орган конституційної юрисдикції через свою аналітичну роботу по створенню юридичних конструкцій, які розв’язують питання щодо відповідності певних правових норм положенням Конституції України. І тут важливого значення набувають правові позиції Конституційного Суду України, в яких втілено конституційні цінності. Звідси, думається, доцільним є законодавчо закріпити визначення, роль та значення правових позицій (наприклад, в новому Законі України „Про Конституційний Суд України та конституційне судочинство“).

Конституційний Суд України, визначаючи ту чи іншу норму неконституційною, позбавляє її юридичної сили, тобто скасовує її. Отже, можна зробити висновок, що відповідні рішення органу конституційної юрисдикції мають певні властивості нормативних актів, що встановлюють, змінюють або скасовують правові норми. У даному випадку Конституційний Суд уже виступає не як „квасісуд“, а „квасіправотворець“.

Зазначена позиція отримала підтримку у європейських правознавців. Так, аналіз поглядів на роль актів конституційного судочинства таких видатних учених, як Г. Кельзен, Р. де Мальбер, М. Оріу, дозволив М. Троперу дійти прийнятного висновку про те, що „суд (конституційний суд – А.К.), який контролює конституційність законів, є одночасно і законодавцем, і „засновником“ конституції“.

У цьому сенсі конституційне правосуддя є засобом (фактором) конституційного розвитку та конституційних перетворень. Адже здійснюючи конституційний нормоконтроль та офіційне тлумачення Основного Закону держави, орган конституційної юрисдикції звертається до теорії „живого права“, яка, на думку В. Бринцева, є філософською основою судового конституціоналізму та трансформована на початку ХХІ століття у доктрину „живої конституції“².

Доктрина „живої конституції“ відображає сутність (дух) Основного Закону. Відповідно до неї жива конституція – це і сам текст Основного Закону, і рішення Конституційного Суду щодо тлумачення норм Основного

2 Бринцев В.Д. Судовий конституціоналізм в Україні: доктрина і практика формування: у 2 кн. Кн. 1: монографія / В.Д. Бринцев. – Х.: Право, 2013. – С. 86–87.

Закону, конституційності законів та інших нормативно-правових актів (зокрема, доктринально-правові конструкції в актах нормоконтролю) та вся правозастосовна практика.

Доктрина „живої конституції“, під якою, як правило, розуміють зміни, перетворення змісту конституційних приписів, зокрема, про права і свободи особистості без зміни їх текстуального виразу, має як своїх прихильників, так і серйозних критиків, які вважають цю ідею непродуктивною, оскільки такий підхід веде до виправдання конституційних правопорушень.

Незважаючи на дискусійність багатьох положень доктрини „живої конституції“, вона отримала визнання на загальноєвропейському рівні. У доповіді на міжнародній конференції 2008 року було зазначено: „Через конституційний контроль конституція як правовий акт перетворюється на живе право, а конституціоналізм перетворюється на живий конституціоналізм“³.

Особливе значення має конституційний контроль, який здійснюється Конституційним Судом України в процесі формування конституційного законодавства. Зокрема, позитивним є те, що завдяки контрольній діяльності органу конституційної юрисдикції стає ефективнішою правова основа діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування як нормативної основи сучасних політико-правових перетворень, яка в сучасних умовах потребує суттєвого удосконалення.

Конституційні перетворення досягнуть своєї мети тільки за умови втілення в життя у повному обсязі конституційних положень, що означає відповідність конституційної практики конституційним нормам, тобто максимально можливий збіг фактичної та юридичної конституції держави, оскільки всеосяжна їх ідентичність є проблематичною, принаймні, на сучасному етапі розвитку Української державності. Якщо „конституційний цільовий коефіцієнт“ як співвідношення між юридичною і фактичною конституцією досягає небезпечних позначок, своєрідного „конституційного дефолту“, то це є причиною виникнення реальних загроз щодо конституціоналізму як мети конституційних перетворень. Істотні розбіжності між конституційними положеннями (конституційними принципами, конституційними нормами) і конституційними реаліями (конституційною практикою, дійсністю) девальвують конституційні перетворення, що мають демократичний вимір. Саме тут важлива роль

3 Генеральна доповідь XIV Конгресу конференції європейських судів (Вільнюс, 3–6 червня 2008 року) // Конституційне правосуддя: вісн. конф. органів конституц. контролю країн молодшої демократії. – Єреван, 2008. – Вип. 2–3. – С. 110–111.

належить конституційній юстиції, тому що Конституційний Суд України у процесі своєї діяльності має зменшувати, наскільки це можливо, ці розбіжності, використовуючи таку свою компетенцію, як перевірка на конституційність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, здійснюючи таким чином конституційний контроль, який у даному випадку спрямований на утвердження конституційного правопорядку як важливої умови конституційних перетворень.

Політико-правові перетворення в Україні матимуть сенс та визнаватимуться суспільством за умови визнання, забезпечення та охорони прав і свобод людини – найвищої соціальної цінності.

Конституційний Суд України посідає особливе місце та відіграє важливу роль у механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина. Так, реалізація Конституційним Судом України цієї функції (виходячи з його компетенції та повноважень) здійснюється в таких аспектах: шляхом здійснення конституційного контролю щодо законопроектів про внесення змін до Конституції України (стаття 159 Конституції України) на предмет того, чи не передбачають такі зміни скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина; шляхом здійснення конституційного контролю через перевірку на конституційність законів та інших правових актів (пункт 1 статті 13 Закону України „Про Конституційний Суд України“); шляхом здійснення конституційного контролю за конституційною скаргою. Особливе значення в цьому контексті має Закон України „Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)“⁴, яким вводить інститут конституційної скарги.

Так, передбачається, що „Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано“ (нова стаття 151¹ Конституції України). Крім того, Законом передбачені відповідні зміни до статті 55 Конституції України, яку доповнено новою частиною третьою, а саме: „Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом“.

4 Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua/>

Аналіз положень нової статті 150¹ та положень нової частини статті 55 Конституції України надає можливість навести модель конституційної скарги, яку буде запроваджено в Україні. Отже, це – нормативна конституційна скарга, оскільки передбачається, що здійснюватиметься контроль щодо відповідності Конституції України тільки нормативних, що застосовуються у конкретній справі, а не індивідуальних актів. При цьому, предметом оскарження є виключно закони України. Суб'єктом звернення з конституційною скаргою є „особа, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України“, тобто суб'єкт звернення – це фізична особа. Крім того, передбачені умови звернення до Конституційного Суду України, якими є наявність рішень судів, в яких було застосовано норму, конституційність якої оскаржується, та використання суб'єктом звернення всіх національних засобів юридичного захисту своїх прав.

Звідси можна визначити, що це – модель конституційної скарги, яку можна охарактеризувати як індивідуальну, нормативну конституційну скаргу з обмеженим предметом оскарження (виключно – закони України) за наявності конституційно визначених підстав її припустимості (тобто наявності рішень судів, в яких було застосовано норму, конституційність якої оскаржується, та використання суб'єктом звернення всіх національних засобів юридичного захисту своїх прав).

Отже, конституційний контроль є необхідним засобом забезпечення конституційності політико-правових перетворень. Так, Конституційний Суд України як орган, що здійснює цей контроль: гарантує верховенство Конституції України та забезпечує конституційну законність на основі принципу верховенства права, що є важливим для формування нормативно-правової основи сучасних перетворень у державі та суспільстві; здійснюючи нормоконтрольну діяльність, робить ефективнішими правові основи функціонування органів публічної влади, система та організація діяльності яких потребує удосконалення у контексті сучасного етапу політико-правових перетворень; через виконання своїх повноважень сприяє встановленню конституційного правопорядку, що є необхідною умовою конституційних перетворень; виступає „гарантом“ конституційних цінностей як статичного підґрунтя політико-правових перетворень; посідає особливе та водночас важливе місце у механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина, здійснюючи конституційний контроль щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів України за конституційною скаргою.

М. Маркуш,

кандидат юридичних наук, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України, заслужений юрист України, народний депутат України IV скликання

ЗАСАДА ЗМАГАЛЬНОСТІ ТА РІВНОПРАВНІСТЬ СТОРІН У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Протягом багатьох десятиліть вчені дають диференційоване тлумачення поняття, сутності, природи змагальності, яке ґрунтується на множинних концептуально-методологічних підвалинах. Така ситуація з визначенням змагальності склалася внаслідок того, що не було сформовано консенсусу між поглядами теоретиків і практиків щодо розуміння цього явища. Відсутність уніфікованого доктринального підходу до розуміння сутності концептуальних засад змагальності є істотною перешкодою на шляху до впровадження якісно нової моделі вітчизняного змагального судочинства.

У науці конституційного права висловлюються різні погляди з приводу наявності змагальності в конституційному судочинстві та її статусу. Зокрема, мають місце дві позиції: згідно з першою принцип змагальності в конституційному процесі відсутній, а відповідно до другої позиції змагальність у конституційному процесі не є основоположним принципом, який передбачає досягнення істини в поєдинку двох сторін, а використовується як прийом мислення, що сприяє розгляду проблеми з різних позицій¹. Необхідність вирішення низки проблем змагального судового процесу в Україні зумовлює потребу в доктринальному міжгалузевому дослідженні концептуальної моделі змагальності, яке спиралося б на наукові розробки теорії конституційного права в цій сфері та ґрунтувалося б на положеннях Основного Закону України², в якому однією з основних засад судочинства визначено змагальність сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (пункт 3 частини другої статті 129).

1 Madiot Yves. Institutions politiques de la France / Yves Madiot. – Paris: Dalloz, 1995. – P. 114. – VIII, 140; Кокотова М.А. Осуществление принципа состязательности в деятельности органов конституционного контроля (на примере последующего нормоконтроля в Конституционном совете Франции) / М. А. Кокотова // Вестник Омского Университета: Серия „Право“. – 2014. – № 4. – С. 131–135.

2 Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

1. Змінами, внесеними до Конституції України³, Конституційний Суд України (далі – КСУ) не визначено інститутом, який здійснює судочинство, на відміну від попередньої редакції Основного Закону України, за якою цей орган був наділений таким статусом (частина третя статті 124). Особливістю цих змін є і те, що на конституційному рівні не визначено статусу КСУ як єдиного органу конституційної юрисдикції, як це мало місце у попередній редакції Конституції України, а конституційними принципами його діяльності, за винятком змагальності, названо верховенство права, незалежність, колегіальність, гласність, обґрунтованість і обов’язковість ухвалених ним рішень та висновків (частини перша, друга статті 147). Основні принципи, на яких ґрунтується діяльність КСУ, визначені і в нині чинному Законі України „Про Конституційний Суд України“ (далі – Закон), але серед них також немає принципу змагальності (стаття 4). Тому сьогодні, з впровадженням інституту конституційної скарги, дослідження проблеми наявності чи відсутності принципу змагальності в конституційному судочинстві є особливо актуальним.

2. Вперше в Україні питання запровадження конституційної скарги на законодавчому рівні розглядалося у проекті Конституції України 1993 року⁴ (частина друга статті 199), який передбачав право громадянина України на звернення зі скаргою щодо конституційності законів та інших нормативних актів. Змінами до Конституції України (щодо правосуддя)⁵ було впроваджено новий конституційний інститут – інститут конституційної скарги (стаття 151¹), який є складовою галузі конституційного права, частиною комплексного інституту судового конституційного процесу, дієвим інструментом забезпечення конституційно-правового статусу особи, захисту конституційних прав і свобод. Інститут конституційної скарги встановлює правовідносини у сфері індивідуального доступу громадян до конституційного правосуддя. Цей інститут спрощує доступ індивіда до конституційного правосуддя⁶, а також надає особі можливість безпосередньо захищати свої права у конституційно-правовому спорі з державою, звинувачуючи її в тому, що внаслідок прийнятих державою законів відбулося порушення її конституційних прав. Квінтесенцією його значення в державі є те, що кожна особа, яка вважає, що застосований

3 Закон України „Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)“ від 2 червня 2016 року № 1401–VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 28. – Ст. 532.

4 Постанова Верховної Ради України „Про проект нової Конституції України“ від 8 жовтня 1993 року № 3494-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 42. – Ст. 403.

5 Закон України „Про внесення змін до Конституції України“ (щодо правосуддя) від 2 червня 2016 року № 1401–VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 28. – Ст. 532.

6 Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні: монографія / О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш, С.Г. Серьогіна, І.І. Бодрова. – К.: Атіка-Н, 2010. – С. 43.

в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України, має право звернутися з конституційною скаргою до КСУ, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано.

Конституційна скарга дає можливість громадянам України безпосередньо захистити свої конституційні права й свободи у відносинах із державою, забезпечує можливість зворотного впливу індивідів і їх об'єднань на публічну владу у разі державного свавілля і протистояти такому явищу. Конституційна скарга як інститут демократії є складовою іншого комплексного інституту демократії – конституційної юстиції, і за своєю природою є інститутом функціональним, тобто таким, що демонструє функціональне призначення КСУ у захисті прав людини й забезпеченні верховенства права у державі⁷.

Як засіб прямого індивідуального доступу до конституційного правосуддя конституційна скарга – це дієвий засіб забезпечення відповідальності держави перед громадянином, гарантування верховенства права, один із інструментів гарантування та захисту конституційних прав і свобод органами конституційної юстиції, який суттєво впливає на розвиток демократії, реалізації її функцій, зокрема контрольної функції. Права людини стають реальністю для індивідів, їхніх груп, суспільства загалом лише в умовах демократичної правової держави. Діалектичний зв'язок демократії та прав людини полягає у тому, що без демократії та верховенства права не існує реальних гарантій захисту прав і свобод людини.

3. Змагальну процедуру розгляду справ в органах конституційної юрисдикції визначено на законодавчому рівні в багатьох державах світу. Зокрема, передбачено правила щодо рівних прав сторін у процесі, а також необхідність аргументувати свою позицію перед судом, що дає підстави для висновку про змагальний конституційний процес у цих країнах. Наприклад, заява до Конституційного Суду Австрії має містити посилання на статтю Федеральної Конституції, на якій ґрунтуються звернення та викладення фактів, що становлять суть вимоги (§ 15(2) Закону про Конституційний Суд Австрії 1953 року)⁸; Закон Румунії „Про організацію і діяльність Конституційного Суду“ містить правило, за яким запит суду чи комерційного арбітражу, перед яким порушено питання про неконституційність нормативного акта, має містити позиції сторін,

7 Гультай М. Конституційна скарга забезпечує можливість зворотного впливу індивідів на публічну владу у разі державного свавілля / М. Гультай // Юридична газета. – 2016. – 23 лютого.

8 Constitutional Court Act (VfGG Bgbl Nr. 85/1953 idF Bgbl I Nr. 89/2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vfgh.gov.at/cms/vfgh-site/english/index.html4> ; <https://www.vfgh.gov.at/index.de.html>

точку зору суду і супроводжуватися доказами, наданими сторонами (частина четверта статті 29)⁹; у Законі Республіки Вірменія „Про Конституційний Суд“ від 1 червня 2006 року¹⁰ закріплено принципи розгляду справ цим Судом, зокрема принципи змагальності і рівності сторін, за якими Суд зобов'язаний неупереджено забезпечувати сторонам рівні можливості у процесі розгляду справи та надавати кожній стороні повноцінну можливість представляти свою позицію у справі (пункт 3 статті 5, стаття 21), а також визначено права сторін (статті 47, 51 тощо); Закон Республіки Білорусь „Про конституційне судочинство“ від 8 січня 2014 року № 124-З¹¹ передбачає розгляд справ у Конституційному Суді на основі змагальності (стаття 8), участь у засіданні Суду Президента Республіки, голів палат Національних Зборів, Прем'єр-міністра, голів вищих судів, Генерального прокурора і Міністра юстиції та інших осіб (статті 18, 21, частина друга статті 29); Закон про Конституційний Суд Республіки Молдова від 13 грудня 1994 року № 317-XIII¹² визначає принципи діяльності Суду, а Кодекс конституційної юрисдикції Республіки Молдова від 16 червня 1995 року № 502-XIII¹³ установив порядок конституційного судочинства в Республіці Молдова, а також положення про те, що конституційна юрисдикція здійснюється на підставі рівності сторін, та положення, які встановлюють змагальний конституційний процес (статті 11, 12, 29, частина друга статті 31); Федеральний конституційний закон „Про Конституційний Суд Російської Федерації“ від 21 липня 1994 року № 1-ФКЗ¹⁴ визначив, що сторони користуються рівними правами і можливостями з відстоювання своєї позиції на підставі змагальності в засіданні Конституційного Суду Російської Федерації, а також у випадку вирішення справ Конституційним Судом Російської Федерації у порядку, передбаченому статтею 47.1 цього Федерального конституційного закону (стаття 35).

У засіданнях КСУ часто беруть участь представники органів державної влади та інші суб'єкти, які не є сторонами, і суд заслуховує їхню думку разом із позиціями сторін (стаття 54 Закону). Призначення виступів як сторін, так і осіб, запрошених до суду, полягає в забезпеченні повноти

9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ccr.ro/Statutul-judecatorilor>; <https://www.ccr.ro/Regulamentul-de-organizare-i-funcionare>

10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.concourt.am/russian/law_cc/index.htm

11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kc.gov.by/main.aspx?guid=21735>

12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/L317_XIII_1994_ru.pdf

13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/CodJC.rus.pdf>

14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/LegalBases/FCL/Pages/default.aspx>

і всебічності розгляду справи, і суд таким чином може аналізувати матеріали справи з різних точок зору, що дає йому можливість прийняти найбільш обґрунтоване рішення.

4. У Конституції України до основних засад судочинства віднесено, зокрема, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором; забезпечення обвинуваченому права на захист (пункти 1, 2, 4, 5 частини другої статті 129). Названі засади мають принципове значення для об'єктивного розгляду справи і винесення законного, обґрунтованого і справедливого акта суду. Таким чином, Конституцією України¹⁵ встановлено змагальну модель судочинства в Україні, особливості якої визначені в галузевих процесуальних кодексах, Законі¹⁶, Регламенті Конституційного Суду України¹⁷ (далі – Регламент), яка означає змагальну діяльність рівних сторін, свободу в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні їх переконливості перед неупередженим судом.

Суть класичної змагальної моделі полягає в обґрунтуванні судом свого рішення виключно аргументами (доказами), наданими йому протилежними сторонами, рівними перед законом і судом, при цьому суд не веде самостійного розслідування і не бере активної участі в процесі; змагальність означає активне протиборство, під час якого протиставляються позиції і аргументи сторін.

Поняття „змагальність“, „принцип змагальності“ і „змагальна модель судочинства“ є близькими за суттю, однак не тотожними.

Змагальність як правове явище розглядають одночасно і як форму, модель, тип судочинства, і як метод правового регулювання, а також як засаду, принцип судочинства¹⁸. Змагальність із позиції процесуального права є процесуальною діяльністю, яка фіксує правовідносини по доказуванню – особливому процесу пізнання, спрямованому на відновлення

15 Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

16 Закон України „Про Конституційний Суд України“ від 16 жовтня 1996 року № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

17 Затверджений Рішенням Конституційного Суду України від 5 березня 1997 року (у новій редакції згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 14 жовтня 2008 року № 34-р/2008).

18 Кримінальний процес: підручник / за ред. Ю.М. Грошевого та О.В. Капліної. – Х: Право, 2010. – С. 67; Маркуш М.А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: монографія / М.А.Маркуш. – Х.: СПДФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 208 с.; Рогальська В.В. Розвиток законодавства й теоретичних поглядів на змагальність у стадії досудового розслідування / В.В.Рогальська // Право і суспільство. – № 6. – 2009. – С. 150; Михайленко О. Р. Прокурор, захисник і суд у змагальному кримінальному судочинстві / О.Р. Михайленко // Адвокат. – № 3. – 2004. – С. 10–11 тощо.

фактів, подій, що відбулися до або під час судочинства, на підставі яких суб'єкти пізнання роблять висновки про наявність або відсутність порушеного або оспорюваного права у заявника, тому діяльність по доказуванню, яка впливає із конституційної засади змагальності і рівноправності сторін, входить у зміст правовідносин при неодмінній наявності у сторін взаємних юридичних прав і обов'язків¹⁹.

Підтримуючи широке розуміння змагальності як правового явища, слід акцентувати на тому, що змагальність – це складне, системне, комплексне (багатоаспектне) явище, яке має свою будову, складається з окремих структурних елементів, володіє цілим спектром якостей і характеризує сучасний процес судочинства в Україні і механізми регулювання в цій сфері.

Змагальність передбачає розподіл процесуальних функцій сторін і суду, активне становище сторін, діяльність яких спрямована на відстоювання своєї правової позиції. Вона є гарантією здійснення справедливого судочинства, яке являє собою інструмент захисту особи, та водночас вона є засобом дослідження і оцінки доказів, спростування аргументів, відстоювання учасниками процесу своїх інтересів або інтересів осіб, які вони представляють, у тому числі – засобом реалізації трьох функцій обвинувачення, захисту та вирішення справи.

Змагальний судовий процес, побудований на правовій активності протилежних сторін, є демократичним, а його результати (рішення суду) – переконливими, якщо обов'язок із доказування покладений на ці сторони. Така побудова процесу відповідає логіці справедливого здійснення судочинства.

Принцип змагальності визначає способи і методи формування матеріалів справи, закріплює рівність і активність протилежних сторін у доведенні й обґрунтуванні ними своєї позиції в спорі, чим гарантує повне і всебічне встановлення судом обставин справи і винесення законного, обґрунтованого і справедливого рішення.

Суть принципу змагальності визначається обсягом прав сторін та їх співвідношенням і полягає в тому, що в судочинстві у процесі розгляду спору про право сторони протиставлені одна одній відповідно до своїх інтересів, які є протилежними, а розгляд справи відбувається у формі спору між ними, за якої процесуальна активність протилежних сторін визначає результати розгляду і вирішення справи судом. Відповідно до конституційної засади здійснення судочинства на основі змагальності

19 Маркуш М.А. Організаційно-структурні функції змагальності: системний аналіз / М.А. Маркуш // Часопис Київського університету права. – № 2. – 2013. – С. 389-395.

та рівноправності сторін суд, зберігаючи незалежність, об'єктивність і неупередженість, здійснює керівництво процесом, роз'яснює сторонам їх права і обов'язки, попереджає про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій, сприяє особам, які беруть участь у справі, в реалізації їх прав, створює умови для всебічного, повного й об'єктивного дослідження доказів, встановлення фактичних обставин і правильного застосування законодавства при розгляді та вирішенні справ.

Отже, суд повинен створювати необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і реалізації наданих їм прав, що впливає зі змісту конституційного принципу рівності перед законом і судом.

Права і обов'язки сторін у сфері судового доказування та розподіл обов'язків із доказування визначають зміст принципу змагальності. І хоча доведення займає в діяльності зацікавлених осіб у судовому процесі чільне місце, судочинство не зводиться виключно до нього. Як правило, доказування здійснюється у процесі розгляду і вирішення справи в першій інстанції і рідко трапляється в інших інстанціях, однак змагальність охоплює весь процес.

Зміст принципу змагальності полягає у рівності сторін – сторони рівноправні у процесі доказування та реалізації своїх функцій, наділені законом рівними можливостями для відстоювання своїх правових позицій, здійснення своїх функціональних повноважень, реалізації своїх прав, які можуть повноцінно протистояти між собою, тоді як їх права і можливості повинні кореспондуватися. Рівноправність сторін означає, що для жодної з них не можуть створюватися будь-які переваги чи обмеження незалежно від процесуального становища. Громадянин, який є стороною у процесі, повинен мати такі самі процесуальні права з відстоювання своїх інтересів, як і протилежна сторона, яка представляє державу (державний орган).

У теорії процесуального права змагальність і рівноправність сторін традиційно розглядають як два самостійних принципи, що закріплені в різних статтях кодексів, зокрема в Цивільному процесуальному кодексі України (статті 5, 10)²⁰, Кодексі адміністративного судочинства України (пункти 3 і 4 статті 7, статті 10, 11)²¹, Кримінальному процесуальному кодексі України (пункти 3 і 15 статті 7, статті 10, 22)²². Слід розмежувати процесуальну рівноправність сторін і принцип рівності сторін перед

20 Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.

21 Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35-36, № 37. – Ст. 446.

22 Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – Ст. 88.

законом і судом (частина перша статті 24, пункт 1 частини другої статті 129 Конституції України). Розглядають змагальність і рівноправність як єдиний принцип. Зокрема, Т. Морщакова вважає, що рівноправність сторін поряд із розподілом процесуальних функцій є елементом принципу змагальності²³. На нашу думку, хоча змагальність і рівноправність сторін є засадами зі своїм самостійним змістом, однак вони тісно взаємопов'язані і не можуть повноцінно реалізовуватися одна без одної: повноцінна змагальність сторін можлива виключно між рівноцінними, рівноправними сторонами, наділеними рівними можливостями здійснення своїх функцій і захисту своїх позицій²⁴. Вимога рівноправності сторін означає, що сторони судочинства користуються рівними процесуальними правами. Лише таке процесуальне становище сторін допомагає неупередженому суду об'єктивно оцінити всі обставини справи.

Конституційний Суд України не тільки розглядає рівність та недопустимість дискримінації особи конституційними принципами національної правової системи України, а й вважає, що „гарантована Конституцією України рівність усіх людей в їх правах і свободах означає необхідність забезпечення їм рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру для реалізації однакових за змістом та обсягом прав і свобод“, отже, положення статті 24 Конституції України стосовно рівності громадян у конституційних правах, свободах та перед законом у взаємозв'язку з положеннями частини першої статті 55, пункту 2 частини третьої статті 129 Основного Закону України щодо захисту судом прав і свобод людини і громадянина та рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом тлумачить як такі, що „кожен, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства, має гарантовані державою рівні права на захист прав і свобод у судовому порядку та на участь у розгляді своєї справи у визначеному процесуальним законом порядку у судах усіх юрисдикцій, спеціалізацій та інстанцій“²⁵.

Отже, принцип рівності всіх перед законом і судом є загальноправовим і поширюється на діяльність усіх органів державної влади і управління, тоді як рівноправність сторін властива саме судовій діяльності та низці

23 Морщакова Т.Г. Конституционная концепция судопроизводства / Т.Г.Морщакова // Российская юстиция. – 2001. – № 10. – С. 6-11; Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы / Т.Г. Морщакова. – М.: П. Валент, 2004. – С. 72. – 264 с.

24 Маркуш М. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / М. Маркуш. – Х., 2006.

25 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 [Електронний ресурс] . – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/9-rp/2012.doc>

квазісудових форм вирішення спорів (третейському, конституційному судочинству). У конституційному судочинстві змагальність проявляється меншою мірою, ніж в інших видах судового процесу. У зв'язку з особливою значимістю конституційної юстиції надзвичайно важливим є забезпечення незалежності, неупередженості та об'єктивності КСУ, тому вимога процесуальної рівноправності у конституційному судочинстві має вагоме значення. Принцип рівності всіх перед КСУ поширюється не тільки на сторони, а й на решту суб'єктів конституційного судового процесу: експертів, свідків та інших. Процесуальна рівноправність обумовлена не лише вимогою рівності всіх перед судом, а й необхідністю забезпечити об'єктивність і неупередженість розгляду справи з метою винесення справедливого рішення, що можливе виключно за умови, коли суд не надаватиме переваг позиції однієї зі сторін.

Таким чином, зміст принципу змагальності сторін у конституційному судовому процесі охоплює розподіл процесуальних функцій сторін і суду, процесуальну рівноправність сторін і обов'язок відстоювання своєї позиції.

5. Особливості реалізації принципу змагальності у різних видах судового процесу зумовлені специфікою цих видів судочинства.

Призначенням кримінального судочинства є захист законних інтересів від злочинів, зокрема шляхом покарання винних осіб, а також захист особи від незаконного і необґрунтованого обвинувачення і засудження. Об'єктивне, неупереджене судочинство, вільне від обвинувального спрямування, неможливе в разі поєднання функцій обвинувачення і здійснення правосуддя одним суб'єктом. Суд не повинен шукати докази вини підсудного, формулювати обвинувачення проти особи, бо тоді він буде вимушений опинитися на стороні обвинувачення і одночасно виконувати дві функції – обвинувачення і вирішення справи по суті.

У науці кримінально-процесуального права традиційною є позиція, за якою елементами принципу змагальності є розподіл процесуальних функцій захисту, обвинувачення і здійснення правосуддя²⁶; наділення представників захисту та представників обвинувачення статусом сторін – учасників, які мають протилежні процесуальні інтереси і рівні процесуальні права для відстоювання своїх аргументів і оспорування доводів протилежної сторони; рівні процесуальні права та можливості їх відстоювання; обмеження функції суду створенням необхідних умов

26 Див.: Грошевий Ю.М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю.М.Грошевий // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2. – С. 695.

для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав і винесенням рішень²⁷.

Змагальна модель кримінального процесу передбачає таку його побудову, за якої зацікавлені особи з протилежним інтересом активні в захисті своїх прав і інтересів з початку і до кінця судової діяльності. Зазначена модель ґрунтується на тому, що весь матеріал, необхідний для справедливого вирішення справи, формується сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, тоді як суд забезпечує сторонам повноцінну реалізацію їхніх функцій, здійснення ними прав і обов'язків, а також оцінює надані сторонами докази, переконливість їх аргументів, застосовує відповідні правові норми.

Цивільне судочинство здійснюється у сфері приватного права і спрямоване на захист приватного інтересу. У цивільному судочинстві сторони, як правило, мають матеріальну зацікавленість у результатах справи, тому прагнуть довести обставини, які діють на їх користь, а оскільки сторони є суб'єктами спірних матеріальних правовідносин, то їм краще відомо, який саме доказ підтвердить обставину на їх користь.

Конституційне судочинство є специфічною формою судової діяльності. У зв'язку з цією його особливістю КСУ називають квазісудовим органом, а власне конституційне судочинство – квазісудочинством, унаслідок чого визначається оптимальна модель його організації. Конституційний Суд України відрізняється від органів, які здійснюють конституційний контроль у межах американської моделі чи латиноамериканської процедури ампаро, де конституційний контроль здійснюють суди загальної юрисдикції.

Хоча в кожному із видів процесу (кримінальному, цивільному, конституційному) принцип змагальності здійснюється по-різному, він завжди означає розподіл процесуальних функцій сторін і суду та передбачає право й обов'язок сторін аргументувати і відстоювати свою позицію, спростовувати аргументи протилежної сторони, а також обов'язок суду забезпечувати реалізацію функцій сторін і вирішувати спір по суті. Процесуальну функцію фактичного обґрунтування позову або заперечень проти нього здійснює зацікавлена особа, яка бере участь у справі, а суд виконує функцію вирішення справи. Отже, сутність змагального процесу є розподіл процесуальних функцій пред'явлення позову (обви-

27 Маркуш М.А. Феномен змагальності та конституційно-правова модель змагальності у кримінальному процесі України / М.А.Маркуш // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2016. – № 2. – С. 63-69.

нувачення, звернення), захисту від позову (обвинувачення, звернення) і вирішення справи.

У багатьох країнах (Франція²⁸, Російська Федерація та інші) має місце обмеження змагального процесу в органах конституційного контролю, яке, однак, не є спрощенням процесу за рахунок погіршення його якості. Природним є те, що в конституційному судочинстві, як і в інших видах судочинства, поряд із елементами змагальної моделі існують елементи інквізиційної. Адже як змагальний, так і інквізиційний процес є теоретичними моделями, і, як будь-яка теоретична модель, не можуть бути реалізовані повною мірою в жодному виді процесу, а „будь-який позитивний процес – це продукт історичних нашарувань, який поєднує обидва порядки, і в чистому вигляді реальності невідомий ні розшуковий, ні змагальний порядок, оскільки будь-який позитивний процес складається з інститутів того й іншого типу”²⁹.

Відповідно до статті 44 Закону суб'єкт звернення до КСУ може відкликати своє звернення за письмовою заявою в будь-який час до дня розгляду цього звернення на пленарному засіданні КСУ. Правило, за яким розпочатий процес не може бути припинений за волею сторін, якщо Суд уже розпочав розгляд справи по суті на пленарному засіданні, впливає зі змісту § 51 та § 51¹ Регламенту. Провадження у справі не може бути припинено Судом і внаслідок скасування акта, що є предметом розгляду, органом, що його видав, у разі якщо на розгляді зазначеної справи наполягає один із суб'єктів звернення до КСУ. Таке правило ґрунтується на тому, що подання звернення – це право, а не обов'язок сторін, однак після прийняття Судом звернення, перевірки його на прийнятність, передачі на розгляд Суду і початку розгляду справи на своєму пленарному засіданні вступає в силу публічний інтерес – сторона вже не має права відкликати звернення, так само як і орган конституційного контролю не має права довільно, безпідставно припинити розгляд справи, інакше є можливим збереження у правовій системі норм, конституційність яких публічно поставлена під сумнів, який не усунуто.

Отже, з метою усунення сумніву в легітимності закону, досягнення істини у вирішенні проблеми конституційності спірного закону КСУ повинен розглянути справу по суті. Таке правило в конституційному судочинстві впливає передусім з основного завдання КСУ – гарантувати верховенство Конституції України як Основного Закону держави на всій

28 Даниленко Д.В. Французское конституционное судопроизводство и судебное право / Д.В. Даниленко. – М.: Nota bene, 2010. – С. 471.

29 Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2-х т. / И.Я. Фойницкий. – СПб.: Альфа. – 1996. – Т.1. – С. 61.

території України, вирішувати питання про конституційність законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, де Суд вирішує „об’єктивну“ проблему відповідності акта Конституції України³⁰, а не приймає рішення про суб’єктивне право, здійснює захист не конкретної особи, а всіх, чиї права зачіпає оспорюване положення. Коли вже виник обґрунтований сумнів у конституційності правового акта, необхідно піддати цей акт конституційному контролю, в результаті якого правовий акт буде визнано таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), або таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). Зазначене правило існує не тільки в конституційному процесі, а й там, де виникає необхідність захистити публічний інтерес, зокрема у кримінальному процесі (у справах публічного і приватно-публічного обвинувачення).

Сторони конституційного провадження є суб’єктами процесуальних правовідносин, при виникненні яких процесуальні права однієї сторони кореспондуються з процесуальними обов’язками іншої сторони. Рівність процесуальних прав сторін та забезпечення судом їх реалізації є необхідною умовою будь-якого змагального процесу, зокрема і конституційного, та означає, що обидві сторони у процесі спору мають однакову кількість процесуальних прав і можливостей. Якщо одна зі сторін надає будь-які матеріали, інша має право знайомитися з ними, а якщо одна зі сторін заявляє клопотання, інша має право заявити своє заперечення по суті цього клопотання тощо, тобто сторони повинні мати рівні можливості щодо відстоювання своєї позиції, а суд не має права надавати перевагу жодній з них. Процесуальна рівноправність сторін конституційного процесу є однією із функціональних ознак змагальності. Принцип змагальності поширюється на сторони і не зачіпає процесуальних прав і обов’язків інших учасників справи (експертів, свідків, перекладачів).

Окремими положеннями чинного Закону та Регламенту опосередковано визначено змагальну процедуру розгляду конституційних справ, зокрема в них закріплено рівні процесуальні права та обов’язки сторін. У Законі учасники конституційного провадження не іменуються сторонами процесу; учасниками конституційного провадження є суб’єкти права на конституційне подання і конституційне звернення, їхні представники, а також залучені КСУ до участі у розгляді справи органи та посадові особи, свідки, експерти та перекладачі (стаття 55). У Регламенті визначено учасників конституційного провадження і віднесено до них: сторони

30 Abadie G. Principe du contradictoire et proces constitutionnel [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/contradictoire.pdf

конституційного провадження (суб'єкти права на конституційне подання, конституційне звернення, що звернулися до КСУ); органи або посадові особи, якими були прийняті чи підписані правові акти, конституційність яких оскаржується. У Регламенті учасниками конституційного провадження також названо осіб, залучених КСУ до участі у розгляді справи (свідків, експертів, перекладачів), визначено їх статус; встановлено, що учасники конституційного провадження мають рівні процесуальні права та обов'язки (§ 32, § 34). За змістом положень Регламенту сторони мають право знайомитися з матеріалами справи, давати усні та письмові пояснення, викладати свої доводи з питань, що розглядаються; ставити з дозволу головуючого запитання учасникам конституційного провадження, заявляти клопотання, подавати письмові пояснення, які додаються до матеріалів справи, знайомитися з поясненнями інших учасників провадження, виступати із заключним виступом, а також користуватися іншими правами, передбаченими у § 13, § 34, пунктах 3, 4 § 39, § 43, § 49 та інших Регламенту, що, по суті, означає змагальну модель конституційного процесу.

Проект Закону про Конституційний Суд України містить перелік учасників конституційного судочинства, якими є сторони конституційного провадження, а також залучені КСУ до участі у розгляді справи органи та посадові особи, свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі та інші особи, участь яких необхідна для забезпечення об'єктивного і повного розгляду справи (стаття 96); визначає сторони конституційного провадження як суб'єкти права на конституційне подання, звернення, конституційну скаргу (їхні представники) та органи або посадові особи, які ухвалили акти, що є предметом розгляду в КСУ (частина перша, друга статті 96), встановлює права та обов'язки сторін конституційного провадження (стаття 97) і містить положення про те, що сторони конституційного провадження мають рівні процесуальні права та обов'язки (частина перша статті 97).

Конституційний Суд України обов'язково залучає до участі в провадженні у справі представників органів влади, акти яких оспорюються за конституційним поданням щодо їх конституційності (стаття 72 Закону). Положеннями статті 80 названого Закону встановлено, що КСУ може також залучати до участі у розгляді справи представників органів, які призначили вибори, всеукраїнський референдум чи місцевий референдум в Автономній Республіці Крим, та представників органів, на які покладено обов'язки щодо проведення виборів чи референдумів, представника Центральної виборчої комісії, а також представників органів влади, органів місцевого самоврядування чи органів, на які покладено повноваження

щодо проведення виборів, референдумів; у разі необхідності КСУ може залучити до участі у розгляді справи представників політичних партій, інших об'єднань громадян. Кожний із суб'єктів права на конституційне подання, визначених у статті 40 Закону, може звернутися до КСУ з конституційним поданням стосовно повноважень конституційних органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування на будь-якій стадії конституційного провадження, якщо він вважає, що рішення КСУ у справі може вплинути на обсяг їх повноважень (стаття 76 Закону).

Особливістю конституційного судочинства також є активність суддів, колегії суддів та КСУ. Суддя-доповідач під час підготовки матеріалів справи, зокрема, має право витребувати від суб'єктів права на конституційне подання, конституційне звернення, відповідних органів, посадових осіб, громадян, зазначених у статті 19 Закону, необхідні документи, матеріали, інші відомості, що стосуються справи; дає доручення по справі керівникам відповідних структурних підрозділів Секретаріату КСУ; направляє конституційні подання, конституційні звернення Управлінню правової експертизи Секретаріату КСУ для підготовки науково-експертного висновку у визначений строк; залучає відповідних спеціалістів для консультацій, проведення перевірок, дослідження документів; вносить на засідання колегії суддів пропозиції щодо призначення експертизи у справі чи залучення до участі в конституційному провадженні експертів, виклику посадових осіб, експертів, свідків, представників за законом або уповноважених за дорученням, громадян, участь яких повинна забезпечити об'єктивний і повний розгляд справи; суддя-доповідач має право за необхідності залучати до підготовки та розгляду матеріалів справи спеціаліста, спеціалістів, не заінтересованих у результатах розгляду справи; суддя-доповідач у справі вирішує питання про направлення копій конституційного подання, конституційного звернення, інших документів керівникові органу, посадовій особі, які прийняли оспорюваний правовий акт, з пропозицією викласти свої пояснення щодо порушених у поданні, зверненні питань; готує пропозиції до проекту рішення, висновку КСУ у справі, а також визначає, залежно від характеру і складності справи, перелік питань, які, на його думку, мають обговорюватися під час розгляду справи на пленарному засіданні КСУ (частина друга пункту 1, пункт 3 § 13, § 18, пункт 2 § 27 Регламенту).

Активність суду виявляється як під час підготовки справи до слухання, так і її розгляду по суті на пленарному засіданні, тобто повноту розгляду справи забезпечує КСУ, а не сторони, як це має місце у змагальному процесі, зокрема: колегія суддів КСУ під час підготовки справи, КСУ

в процесі провадження у справі мають право витребувати необхідні документи, матеріали та інші відомості, що стосуються справи; в разі необхідності призначають експертизу в справі і вирішують питання щодо залучення до участі в конституційному провадженні експертів; мають право викликати посадових осіб, експертів, свідків, представників за законом та уповноважених за дорученням, громадян, участь яких повинна забезпечити об'єктивний і повний розгляд справи (стаття 54 Закону). Активність суду проявляється і через право колегії суддів, суду за необхідності залучати до підготовки та розгляду матеріалів справи спеціалістів, не заінтересованих у результатах розгляду справи; право колегії суддів, суду призначати експертизу у справі і за умови призначення експертизи заслуховувати пропозиції запрошених на засідання колегії суддів осіб, учасників конституційного провадження, враховувати їх пропозиції при прийнятті рішення (пункти 1, 2 § 15, § 18 Регламенту). Учасники конституційного провадження, які не володіють державною мовою, мають право користуватися послугами перекладача, участь якого за їх клопотанням повинен забезпечити КСУ (частина друга статті 56 Закону).

Висновок про те, що змагальність є засадою конституційного судового процесу, також впливає з правил та вимог конституційного судочинства. Перш за все, ініціювання процесу є виключною функцією зацікавленої сторони, а не КСУ. В змагальному процесі КСУ, на відміну від сторін, не має права ініціювати провадження у справі, він має право вирішувати питання, які перед ним порушені уповноваженими на те суб'єктами звернення до суду. Таке правило впливає, зокрема, із положень частини першої статті 46, частини першої статті 51, статей 75, 76, 85, 88, 89, 90, статей 93, 94, 96, 98 Закону, за змістом яких підставою для відкриття конституційного провадження і розгляду справи по суті є звернення до КСУ. На відміну від повноважень Конституційного Суду Російської Федерації, який приймає постанови і надає висновки тільки щодо предмета звернення і лише стосовно тієї частини акта чи компетенції органу, конституційність яких піддається сумніву у зверненні (частина третя статті 74 Закону про Конституційний Суд РФ³¹), КСУ відповідно до Закону має ширші повноваження, а саме: а) у разі якщо в процесі розгляду справи за конституційним поданням чи конституційним зверненням виявлено невідповідність Конституції України інших правових актів (їх окремих положень), крім тих, щодо яких відкрито

31 О Конституционном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон Российской Федерации от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.

провадження у справі, і які впливають на прийняття рішення чи дачу висновку у справі, КСУ визнає такі правові акти (їх окремі положення) неконституційними (частина третя статті 61); КСУ має право відкрити нове провадження у справі при виявленні нових обставин по справі, які не були предметом його розгляду, але які існували на час розгляду і прийняття рішення або дачі висновку у справі (стаття 68).

Принцип змагальності передбачає надання сторонам права і покладення на них обов'язку юридично аргументувати свою правову позицію. Вимоги щодо конституційного подання, конституційного звернення та обґрунтування позиції заявника стосовно правової проблеми тощо з посиланням на відповідні правовий акт, норму закону України, Конституції України визначені в Законі, а їх невиконання тягне за собою відмову заявнику в прийнятті звернення до розгляду КСУ (статті 39, 42, частина перша пункту 2 статті 45 Закону).

Конституційний Суд України обов'язково повинен залучати до участі в провадженні у справі представників органів влади, акти яких оспоруються, та суб'єктів, які оспорують конституційність таких актів. Таке положення міститься, зокрема, в статті 72 Закону. Норми названого закону опосередковано передбачають можливість надавати суду необхідні документи, матеріали та інші відомості, що стосуються справи; викладати як письмово, так і усно свою позицію по справі, а також надавати письмові пояснення щодо порушених у поданні, зверненні питань; усний судовий розгляд за участю сторін також дає їм можливість представити свою позицію перед судом, зокрема в судовому засіданні давати пояснення з наведенням правових аргументів на обґрунтування своєї позиції, які судом заслуховуються в повному обсязі; виступати із заключним словом (статті 54, 55).

Оскільки особа має право активно брати участь у конституційному процесі тільки за умови одержання інформації про хід розгляду справи, то принцип змагальності передбачає надання права особам, які беруть участь у справі, одержати таку інформацію. Реалізації цього права сприяють судові повідомлення про час і місце засідання КСУ. Ні Закон, ні Регламент не врегульовують порядок надсилання повідомлення про засідання суду, копій звернень, інших документів і пояснень щодо них, копій правових актів, які піддаються конституційному контролю, учасникам процесу, а також термін до початку засідання, пізніше якого названі копії не можуть бути надіслані, хоча Регламент передбачає вирішення суддею-доповідачем питання про направлення копій конституційного подання, конституційного звернення, інших документів керівникові

органу, посадовій особі, які прийняли оспорюваний правовий акт, з пропозицією викласти свої пояснення щодо порушених у поданні, зверненні питань (пункт 3 § 13); випадків обов'язкових усних слухань (пункт 3 § 30); прав сторін (пункт 2 § 34) тощо.

Реалізація принципу змагальності в діяльності КСУ має свої особливості, обумовлені характером конституційного судочинства. Так, наприклад, однією з таких особливостей є те, що сторонами конституційного судочинства нерідко є органи державної влади, які прагнуть захистити конституційні основи держави, у чому, власне, й полягає специфіка інтересу сторін та їх власної позиції в КСУ. Конституційне правосуддя спрямоване на охорону конституційного ладу, конституційних цінностей, але публічний інтерес часто-густо захищають і учасники провадження по інших категоріях справ (державний обвинувач у кримінальному процесі). Такі суб'єкти мають не матеріальну, а процесуальну зацікавленість у результатах справи, і саме їх протилежні процесуальні інтереси обумовлюють змагальність процесу.

Ще однією особливістю конституційного процесу є те, що в окремих процедурах розгляду справ, на перший погляд, між сторонами відсутній явний спір і заявнику не протистоїть протилежна сторона, а є бажання сторін з'ясувати зміст конституційної норми. Представників зацікавлених органів запрошують у засідання КСУ, де вони захищають свою правову позицію. На наше переконання, при розгляді цієї категорії справ також діє принцип змагальності, адже з особи, яка звернулася до суду із запитом, не знімається обов'язок аргументувати свою позицію.

У засіданні КСУ заслуховується пояснення заявника, який має можливість висловити свою думку стосовно того чи іншого розуміння норми, яка є предметом конституційного контролю. Формально у справах про надання висновків чи про тлумачення бере участь одна сторона – суб'єкт звернення. Водночас рішення по цій категорії справ зачіпає інтереси різних органів державної влади, громадян, які часто мають протилежні точки зору щодо розуміння конституційних положень, тому, на нашу думку, існує латентний спір між посадовими особами, державними органами, громадянами, які по-різному розуміють ті чи інші положення Конституції України, що спонукало їх звернутися за тлумаченням. Отже, частина запитів про неконституційність також зумовлена конфліктними розбіжностями, а це дає підстави вважати, що і тут має місце змагальність між суб'єктами, зацікавленими у вирішенні справи.

На відміну від конституційного процесу, сторони в адміністративному, кримінальному, цивільному судочинстві змагаються між собою з

приводу фактичних обставин, які мають значення для вирішення конкретної справи і юридичної кваліфікації певних (фактичних) обставин. Тому в суді загальної юрисдикції вони відповідальні тільки за фактичне обґрунтування своєї позиції. На відміну від названих судів, КСУ вирішує виключно питання права і утримується від встановлення і дослідження фактичних обставин справи в усіх випадках (стаття 14 Закону). Таким чином, особливістю змагальності сторін у конституційному судовому процесі слід вважати те, що єдиним предметом змагання тут є питання права.

Участь сторін у засіданні КСУ не є обов'язковою. Неявка сторони, за загальним правилом, не є перешкодою для розгляду справи по суті, і вирішення її наслідків віднесено на розсуд суду (частини друга–четверта статті 55 Закону). Часто КСУ, задовольняючи конституційне звернення про невідповідність Конституції України спірного нормативного положення, може погоджуватися чи не погоджуватися із доводами сторони, наводити додаткові аргументи на користь неконституційності норми чи її окремого положення, самостійно досліджувати всі питання, з'ясування яких є необхідним для прийняття рішення. Хоча Закон і визначає межі конституційного контролю правового акта, міжнародного договору, проте КСУ може вийти за межі перевірки цього акта; КСУ також здійснює конституційний контроль спірного акта по всіх визначених у законі критеріях, хоча заявник може посилатися тільки на один із них (статті 14, 61, 68 Закону). Суддя-доповідач після прийняття судом матеріалів звернення до розгляду за власною ініціативою витребує необхідні документи та інші матеріали, доручає проведення перевірок, досліджень, експертиз, направляє запити, використовує консультації спеціалістів тощо (частина друга статті 19 Закону, § 13 Регламенту). Схожою є роль судді-доповідача в органах конституційної юрисдикції Австрії, Вірменії, Російської Федерації.

Таким чином, особливістю конституційного процесу є те, що активність сторін у відстоюванні своєї позиції не відіграє вирішальної ролі при розгляді справ КСУ, який займається питаннями юридичного, а не фактичного обґрунтування справи, і абсолютно не є зв'язаним аргументами сторін і самостійно розробляє свою правову позицію.

З наведеного можна зробити висновок про те, що конституційний судовий процес має такі особливості:

– на відміну від інших видів судочинства, у конституційному процесі по-іншому визначається баланс між захистом приватного і публічного інтересів, тому в цьому виді судочинства змагальність має більш об-

межений характер, що визнається виправданим із позиції специфіки конституційного судового процесу, де суд вирішує питання права, а не питання фактів, і не має відношення до фактичних елементів, має стислі строки розгляду справи і винесення рішення, однак це не означає, що в процедурі розгляду конституційних справ відсутня засада змагальності;

– основою рішення органу конституційного контролю є переважно науково-теоретичні обґрунтування, які спираються на положення Конституції України, зокрема загальні засади, конституційні права і свободи та обов'язки людини і громадянина та інші, аналіз норм права, співставлення норм акта, який піддається конституційному контролю, тому йому не завжди необхідна інформація, яку надають сторони. Право сторін висловлювати свою позицію і обґрунтовувати її з точки зору можливості вплинути на рішення суду нівелюється тим, що орган конституційного контролю не обмежується доводами, наведеними у конституційному поданні, конституційному зверненні, конституційній скарзі, і не зв'язаний доводами сторін у засіданні. Він звертається до всього масиву законодавства і без застережень наводить також інші аргументи;

– рішення органів конституційного контролю поширюються на невизначене коло суб'єктів, які вступають у правовідносини, встановлені вказаним рішенням;

– активність суду, яка проявляється на різних стадіях розгляду справи.

б. Вітчизняний конституціоналізм розглядають як систему забезпечення гідності людини та свободи від свавільних дій влади³². І. Сліденко пропонує розуміти конституціоналізм через два аспекти: функціональний – конституціоналізм як ефективне та реальне обмеження державної влади і наявність ефективного інструментарію такого обмеження; істинний сенс – створення таких правил, які обмежували б державу з точки зору застосування нею насильства як методу управління і вторгнення у сферу громадянського суспільства, і вважає конституціоналізм конституційним способом правління, владою певних принципів, які узагальнено зводить до „верховенства права”³³.

Питання свободи лежить в основі вільного від зовнішнього тиску вибору особи та ефективності інституцій, покликаних обмежити свавілля влади, тому в новому Законі про КСУ мають бути повною мірою реалізовані цілі конституційної реформи, а саме сформований ефективно

32 Савчин М. Яким бути Конституційному Суду України / М. Савчин // Дзеркало тижня. – 2016. – № 30.

33 Сліденко І.Д. Абсолютне в праві, або аксіоматичність базисних категорій сучасного конституційного права (конституціоналізм) / І.Д. Сліденко // Вісник Конституційного Суду України. – 2016. – № 4-5. – С. 186-187, 192.

діючий інститут конституційного правосуддя, який гідно стоятиме на позиціях захисту конституційних цінностей, зокрема прав і свобод людини, спираючись на досвід зарубіжних органів конституційної юстиції (наприклад, Німеччини).

Новий Закон про КСУ має регулювати не лише підстави, умови, процедуру звернення з конституційною скаргою до КСУ, порядок розгляду КСУ такої скарги, а й принципи, на яких ґрунтується розгляд конституційної скарги, та особливості правового механізму функціонування конституційної скарги, у тому числі виконання органами державної влади рішень КСУ, прийнятих у справах за конституційними скаргами.

Запровадження конституційної скарги має змінити процедуру діяльності КСУ, тому Закон повинен досконаліше врегулювати особливості розгляду справ і техніку обґрунтування його рішень, закріпити основні засади конституційного судового процесу та їх особливості, зокрема засади змагальності. Регламентування порядку проведення засідання в законі має бути гарантією вимог належної конституційної процедури, процесуальних прав і обов'язків учасників конституційного судочинства, тому у Законі мають бути детально врегульовані права і обов'язки сторін, які мають кореспондуватися, а також особливості процесуального статусу учасників конституційного судочинства, порядок дослідження питань та проведення дебатів у судовому засіданні, питання припинення і закінчення розгляду справи, підготовки і ухвалення актів суду, їх юридичної сили і порядку виконання.

Принцип змагальності притаманний правосуддю в цілому як діяльності суду з вирішення справ, і якщо витоки процесуальної форми шукати не тільки в матеріальних галузях права, а й у режимі діяльності юрисдикційного органу, то очевидно стає обумовленість змагального характеру його процесу самою природою суду в демократичному суспільстві, а також цілями і завданнями, які він покликаний вирішувати. Здійснення судової процедури як явища має спільні принципи, властивості, витоки яких слід шукати не тільки у процесуальному праві, а й у природі суду як органу держави, в єдності структури правозастосовного процесу і прийняття рішення, в законах пізнання – гносеологічних коренях, які лежать в основі доказового права, взаємовідносинах держави і особи, які визначають становище особи в процесі розгляду справи. Тому хоча розгляд і вирішення справ КСУ має свої сутнісні, організаційні, юрисдикційні та процесуальні особливості, конституційний судовий процес має відповідати загальним засадам судочинства, визначеним Конституцією України, і забезпечувати універсальні принципи та вимоги судового

захисту прав людини: верховенство права, доступність, забезпечення права на захист, відкритість та гласність процесу, змагальність сторін та свободу у наданні ними суду своїх доказів і у доведеності перед судом їх переконливості, неупередженість (суддів), рівність сторін перед законом і судом, обов'язковість рішень суду.

У новому Законі про КСУ обов'язково повинні знайти своє закріплення механізми реалізації принципу змагальності та рівності сторін, що вимагає не лише розширення можливостей сторін – учасників конституційного провадження, у тому числі під час процедури розгляду конституційної скарги, а й чіткого визначення їх процесуального статусу у конституційному судовому процесі, деталізації прав і обов'язків. Зокрема, мають бути закріплені права заявляти відводи, знайомитися з матеріалами справи, подавати клопотання щодо проведення експертиз, залучення спеціалістів та ознайомлення з їх висновками, викладати свою позицію по справі як усно, так і письмово, ставити запитання іншим учасникам процесу тощо³⁴.

ВИСНОВКИ

1. Специфіка конституційного судочинства як самостійної процесуальної форми суттєво відрізняється від інших процесуальних форм, що обумовлено правовою природою КСУ як органу конституційного контролю, який забезпечує охорону конституційних цінностей, та його особливим статусом.
2. Принцип змагальності конституційного судочинства спрямований на реалізацію змагальної моделі конституційного судового процесу, обмеження свавілля з боку держави, виконання нею конституційного обов'язку із захисту прав людини і громадянина. Він обумовлює зміст законодавства, впливає на його розвиток і застосування та проявляється в необхідності суворого дотримання принципу поділу влади.
3. Змагальність як принцип конституційного судочинства означає, що процес розгляду справи здійснюється у формі спору між сторонами, джерелом якого є їх правові інтереси (конфлікт правових інтересів). Сторони активно і на рівних мають право наводи-

³⁴ Маркуш М.А. Проблеми запровадження конституційної скарги як інституту захисту прав людини в кримінальному процесі та її модель в Україні / М.А. Маркуш // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції з питань запровадження конституційної скарги в Україні (м. Київ, 18 груд. 2015 р.): збірка тез. / Конституційний Суд України ; за заг. ред. Ю.В. Бауліна. – К.: ВАІТЕ, 2016. – С. 102-112.

ти свої доводи, аргументувати свою позицію, активно сприяти суду у винесенні справедливого рішення.

4. Активність КСУ необхідна для захисту Конституції України як акта, що відображає публічний інтерес народу, який її прийняв. У конституційному судовому процесі публічні (суспільні) інтереси переважають над приватними, тому така роль КСУ є виправданою. Суд не тільки керує процесом, створює умови для всебічного і повного дослідження обставин справи, а й бере участь у збиранні і перевірці доказів у випадках, коли необхідно підтримати рівність сторін.
5. Принцип змагальності у процедурі розгляду конституційного провадження має певні особливості, зокрема, у справах щодо тлумачення Конституції України, перевірки конституційності законів по запитах судів, перевірки конституційності міжнародних договорів, на перший погляд, відсутній спір між сторонами, і суб'єкту, який має право звернутися до КСУ, хоча й не протистоїть процесуальний противник, однак цей суб'єкт зобов'язаний аргументувати свою позицію. Усі запити щодо тлумачення чи конституційного контролю зумовлені розбіжностями у розумінні нормативних актів, сумнівами у легітимності (конституційності) таких актів, розмежуванні повноважень між державними органами. Тому у наведених категоріях справ конфлікт інтересів має латентний характер, а принцип змагальності діє в обмеженому режимі.
6. Дія принципу змагальності в процесі розгляду конституційного провадження не обмежується виключно стадією судового розгляду і винесення судом рішення – певною мірою він наявний і в інших стадіях процесу.
7. Найбільш яскраво принцип змагальності має проявлятися у процедурі розгляду конституційної скарги, щоб цей інститут був дієвим інструментом захисту прав і свобод людини.

Ч. Осмонова,

судья Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики

ЗАЩИТА КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН НА ПРИМЕРЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПАЛАТЫ ВЕРХОВНОГО СУДА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Уважаемые участники международной конференции!

Позвольте приветствовать всех участников международной конференции и от имени Председателя Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики поздравить Конституционный Суд Украины по случаю 20-й годовщины его деятельности, а также выразить благодарность организаторам конференции за приглашение принять в ней участие и предоставленную возможность обмена опытом. Тематика конференции является весьма актуальной, поскольку обеспечение и соблюдение конституционных прав и свобод граждан рассматривается в качестве важнейшей задачи деятельности государства.

В статье 16 Конституции Кыргызской Республики (далее – Конституция) определено, что человек, его права, свободы являются высшей ценностью. Исходя из конституционных положений, государство обязано принимать все меры для создания механизма, необходимого для полного осуществления прав и свобод граждан Кыргызской Республики.

Эти базовые конституционные ценности определяют приоритеты деятельности Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики (далее – Конституционная палата). Наиболее эффективным институтом судебной защиты прав и свобод человека в демократическом государстве и обществе является конституционное правосудие. В Кыргызской Республике Конституционная палата наделена полномочиями осуществлять конституционный контроль и обеспечивать своей деятельностью верховенство конституции и приоритет прав и свобод человека.

Для правовой системы характерен новый этап развития конституционного правосудия, связанного с совершенствованием механизмов обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина. Согласно Конституции каждый вправе оспорить конституционность закона и

иного нормативного правового акта, если считает, что ими нарушаются права и свободы, признаваемые Конституцией. В свою очередь Конституция, предоставляя право обращения в Конституционную палату, не связывает это действие с непосредственным нарушением прав и свобод субъекта обращения. Такой вид конституционного контроля, именуемый абстрактным, преследует целью соблюдение нормотворческим органом Конституции и ее положений, регулирующих права и свободы человека в процессе принятия нормативно-правовых актов.

Бесспорно, абстрактный вид контроля предоставил большему числу граждан страны возможность защитить свои права посредством конституционного правосудия. Конституционная палата с момента своего формирования приняла 61 решение, прямо или косвенно связанное с защитой прав и свобод человека и гражданина.

В своих решениях Конституционная палата в пределах своих полномочий и исходя из особенностей рассматриваемых дел обращает внимание законодателя на необходимость внесения в действующее правовое регулирование изменений, направленных на совершенствование механизмов защиты прав и свобод человека и гражданина.

Так, в своем решении, направленном на защиту права на судебную защиту, Конституционная палата изложила свою позицию относительно того, что данное право является правом каждого независимо от рода профессиональной деятельности, поэтому решение о досрочном освобождении судьи от занимаемой должности не должно ограничивать право судьи обжаловать соответствующее решение. Решение о досрочном освобождении судьи должно учитывать как независимость и неприкосновенность судьи, так и ответственность судебной власти перед обществом. Поэтому решение о досрочном освобождении судьи как крайней меры дисциплинарного воздействия должно иметь юридическую возможность проверки объективности и беспристрастности обозначенного решения.

Указанное в Конституции право на судебную защиту устанавливает, что каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему Конституцией или законом. Эти конституционные положения соотносятся с положениями Всеобщей декларации прав человека. Последующее развитие нормы Всеобщей декларации прав человека, направленные на защиту его прав и свобод, получили в Международном пакте о гражданских и политических правах.

Также в нескольких своих решениях, направленных на защиту права на свободу вероисповедания и религии, Конституционная палата изложила свою позицию и указала, что каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии. Это право включает свободу иметь или принимать религию или убеждения по своему выбору и свободу исповедовать свою религию и убеждения как единолично, так и совместно с другими, публичным или частным порядком, в отправлении культа, выполнении религиозных и ритуальных обрядов и учений. Данное право следует из норм Конституции, согласно которым все религиозные объединения равны перед законом, а лицо или группа лиц, исповедующих определенную религию, не должны находиться в преимущественном положении по сравнению с представителями иной религии.

Защищая конституционные гарантии свободы мысли и слова, Конституционная палата подчеркнула, что каждый имеет право на свободу выражения своего мнения, свободу слова и печати, право свободно искать, получать, хранить, использовать информацию и распространять ее устно, письменно или иным способом. Никто не может быть подвергнут уголовному преследованию за распространение информации, порочащей и унижающей честь и достоинство личности.

Право человека свободно выражать свои мысли и слова – одно из важнейших общепризнанных прав человека, защита которого предусматривается большинством международных документов, таких как Всеобщая декларация прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах и другие.

Относительно права на социальное обеспечение Конституционная палата в своем решении отметила, что законодатель вправе вводить новое правовое регулирование в сфере социального обеспечения, но при этом такое правовое регулирование не должно противоречить конституционно-значимым целям по поддержке социально незащищенных категорий граждан, провозглашенным в Конституции, и ухудшить положение лиц, получающих социальные выплаты. В связи с этим правительству было дано поручение разработать действенный механизм повышения сумм социальных выплат в связи с переходом на новое правовое регулирование.

Перед Конституционной палатой стоят важные задачи системного обеспечения верховенства закона, обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, повышения знания граждан о конституционном правосудии.

В условиях демократической трансформации механизмов защиты прав человека и с учетом всей важности возложенных на Конституционную палату задач в 2015 году была разработана и утверждена Стратегия развития Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики на 2015–2020 годы, в которой определены перспективы развития конституционного правосудия в Кыргызской Республике.

В Стратегии в качестве своей миссии Конституционная палата определила защиту прав и свобод человека как высшую конституционную ценность, а для ее воплощения были определены следующие стратегические направления:

- обеспечение открытости и прозрачности деятельности Конституционной палаты; правовое воспитание;
- обеспечение эффективности и доступности конституционного правосудия.

Каждое из выделенных направлений содержит в себе определенные стратегические цели и задачи, которые в дальнейшем выполняются через реализацию конкретного плана мероприятий.

Полноценная реализация данной стратегии может быть достигнута только при успешном выполнении всех запланированных мероприятий, что позволит нам последовательно продвигаться к намеченным целям.

Конечно, в силу изменчивости ситуации могут возникнуть различные обстоятельства и условия, препятствующие успешному осуществлению плана мероприятий. Вместе с тем, в перспективе, мы надеемся, что посредством реализации поставленных перед нами целей и задач Конституционная палата станет бесспорным авторитетом и признанным ориентиром в деле обеспечения верховенства Конституции.

Конституционная палата, осуществляя свою миссию в интересах народа, провела специализированное исследование с целью изучения мнения населения о нашей деятельности, результаты которого показали, что одним из наиболее узких мест конституционного правосудия остается слабая информированность населения о деятельности Конституционной палаты, ее роли и функциях. Существует проблема слабой обратной связи Конституционной палаты с населением. О деятельности Конституционной палаты информированы и знает только узкий круг экспертного сообщества, специалисты госорганов, имеющие непосредственное отношение к этой работе.

Наличие указанных проблем породило необходимость проведения независимого социологического исследования по изучению мнения

граждан, государственных структур о текущем состоянии конституционного правосудия, об уровне знаний и степени доверия к Конституционной палате. Мы полагаем, что прозрачность и открытость деятельности Конституционной палаты и выстраивание ее стратегических коммуникаций с обществом позволит повысить доверие к институту.

Спасибо за внимание!

О. Сергеева,

заместитель Председателя Конституционного Суда Республики Беларусь

РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В ПОВЫШЕНИИ ЭФФЕКТИВНОСТИ МЕХАНИЗМОВ ЗАЩИТЫ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА

В настоящее время права и свободы человека имеют особое значение, исходя из нового понимания самой природы возможностей человека, их ключевого места в системе ценностей демократического правового государства.

Соблюдение и гарантированность прав и свобод человека, а также состояние их защищенности являются наиболее объективным отражением уровня зрелости демократии, экономической безопасности, социальной политики государства. От того, насколько гарантированы права и свободы, можно судить о том, реальны или декларативны положения Конституции.

В принятой в 1994 году Конституции Республики Беларусь (далее – Конституция) как суверенного демократического социального правового государства установлены основы взаимоотношений личности, общества и государства. Гражданские, политические, социально-экономические и культурные права, закрепленные на конституционном уровне, базируются на положениях Всеобщей декларации прав человека и других основополагающих международно-правовых актов, определивших международные стандарты в области прав человека.

Согласно Конституции человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства, а обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь – высшей целью государства (статьи 2 и 21). Признание человека, его прав и свобод высшей ценностью и их гарантированность со стороны государства означает придание им приоритета по отношению к иным ценностям.

Во Всеобщей декларации прав человека провозглашено, что каждый человек для определения его прав и обязанностей имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено

гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом (статья 10). Согласно Международному пакту о гражданских и политических правах каждый имеет право при определении его прав и обязанностей на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (статья 14); каждое государство, участвующее в данном Пакте, обязуется развивать возможности судебной защиты (статья 2).

Учитывая рассмотрение права на судебную защиту в международно-правовых документах и юридической доктрине в качестве неотъемлемого права человека, присущего природе отношений между государством и индивидуумом, построенных на демократических правовых принципах, в Конституции закреплена норма, согласно которой каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом (статья 60).

Право на судебную защиту, которое выступает одновременно и правом-гарантией, и механизмом реализации обязанности государства гарантировать права и свободы граждан Республики Беларусь, закрепленные в Конституции, законах и предусмотренные международными обязательствами государства, признается одним из наиболее эффективных способов защиты прав человека. Судебная защита среди всего спектра юридических гарантий является основной, что обусловлено юридической природой судебной ветви власти, местом суда в структуре государственных органов, его функциональным назначением.

При этом в правозащитном судебном механизме особая роль принадлежит Конституционному Суду Республики Беларусь (далее – Конституционный Суд), который обеспечивает верховенство Конституции и ее непосредственное действие на территории Республики Беларусь. Осуществляя контроль за конституционностью нормативных правовых актов, Конституционный Суд утверждает конституционную законность в нормотворчестве и правоприменении, способствует полной реализации гарантированных Конституцией прав и свобод человека и гражданина.

Опыт развития конституционной юстиции в различных государствах и регионах мира позволил в Заключительной декларации I Конгресса Всемирной конференции по конституционному правосудию (январь 2009 г., г. Кейптаун) подчеркнуть, что конституционное правосудие является важным фактором в деле укрепления и развития основных ценностей, воплощенных в конституциях, а решения конституционных судов и советов имеют решающее влияние на общество.

Следует отметить, что учреждение специального органа конституционного контроля в Республике Беларусь с закреплением его независимого статуса и полномочий непосредственно в Основном Законе (статья 116) предопределило его значимость в системе органов государственной власти как конституционного арбитра, исключительную роль в защите конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Положения Конституции о Конституционном Суде получили системное развитие на законодательном уровне в Кодексе Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей 2006 года и в 2014 году – дальнейшее развитие в Законе „О конституционном судопроизводстве“, обеспечившем путем усовершенствования правового регулирования порядка рассмотрения дел, принятия по ним заключений или решений, совершения участниками конституционного судопроизводства процессуальных действий прозрачность и последовательность процессуальных процедур.

С учетом конституционной функции Конституционного Суда – осуществлять контроль за конституционностью нормативных актов в государстве и предусмотренных Кодексом о судоустройстве и статусе судей задач, Конституционный Суд в течение всего периода его деятельности стремится найти и обеспечить оптимальное сочетание различных форм конституционного контроля.

Конституционный Суд в соответствии со статьей 116 Конституции наделен полномочием по осуществлению последующего контроля конституционности нормативных правовых актов всех уровней.

Последующий конституционный контроль осуществляется Конституционным Судом по предложению уполномоченных субъектов: Президента Республики Беларусь, палат Парламента, Правительства и Верховного Суда.

За немногим более чем 20-летний период деятельности Конституционного Суда уполномоченные субъекты 67 раз обращались с предложениями о проверке конституционности нормативных правовых актов, затрагивающих конституционные права и свободы граждан, в числе которых права на жизнь, труд, жилище, судебную защиту, свободу передвижения, защиту собственности, социальное обеспечение и другие. В 50 заключениях Конституционный Суд признал положения законов и иных нормативных правовых актов не соответствующими Конституции. Тем самым из правового поля были исключены неконституционные нормы, прямо или опосредованно препятствующие полной реализации прав и свобод граждан.

Обеспечение и защита прав и свобод граждан, эффективное восстановление их в случае нарушения являются конституционной обязанностью государственных органов, поэтому обращения уполномоченных органов в Конституционный Суд относительно проверки конституционности нормативных правовых актов представляет собой важный способ достижения данной цели.

С 2008 года Конституционный Суд осуществляет обязательный предварительный контроль конституционности всех законов, принятых Парламентом, до подписания их Президентом, то есть до вступления законов в силу. Это направление деятельности Суда в настоящее время является основным.

За указанный период Конституционным Судом принято более 800 решений, которыми проверенные законы признаны соответствующими Конституции.

При проверке конституционности законов в порядке обязательного предварительного контроля Конституционный Суд исходит из необходимости создания законодательного механизма эффективной реализации конституционных прав и свобод граждан, укрепления гарантий защиты прав и свобод человека как высшей ценности и цели общества и государства. При этом Конституционный Суд обращает внимание на необходимость развития конституционных принципов и норм при регулировании конкретных правоотношений, недопустимость несоразмерного ограничения прав граждан на законодательном уровне.

В практике конституционного правосудия мы учитываем, что права и свободы человека, с одной стороны, предоставляются и гарантируются Конституцией, а с другой – согласно статье 23 Конституции могут быть законом ограничены в определенной мере в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц при безусловном соблюдении принципа пропорциональности; юридической и социальной оправданности и необходимости таких ограничений.

В случае, если законом вводятся ограничения в отношении некоторых прав и свобод граждан, Конституционным Судом оценивается их соответствие целям, принципам и нормам Конституции, а также соблюдение принципа пропорциональности с точки зрения недопущения умаления прав и свобод. При этом Конституционный Суд учитывает практику Европейского Суда по правам человека в части необходимости соблюдения разумного баланса интересов личности, общества и государства; документы и исследования Европейской комиссии за демократию

через право (Венецианской комиссии), в которых аккумулируется опыт конституционно-правового развития на европейском пространстве.

В решениях, принимаемых в порядке обязательного предварительного контроля конституционности законов, Конституционный Суд формулирует правовые позиции по выявлению конституционно-правового смысла норм проверяемых законов. Изложение таких правовых позиций имеет целью не допустить искажения содержания нормативных предписаний, устранить правовую неопределенность при реализации конституционных прав и свобод граждан.

Осуществление предварительного контроля конституционности законов направлено на упреждение действия неконституционных норм и способствует формированию уверенности граждан в конституционности норм принятых законов, повышению доверия к закону. Практика деятельности Конституционного Суда подтверждает также положительное влияние предварительного контроля на повышение степени ответственности парламентариев за соблюдение конституционных принципов и норм при принятии законов, касающихся прав и свобод граждан.

Конституционный Суд в своих ежегодных посланиях Президенту Республики Беларусь и палатам Национального собрания о состоянии конституционной законности в Республике Беларусь неоднократно указывал на значение излагаемых им в решениях правовых позиций по различным вопросам как одного из инструментов обеспечения закрепления и реализации правовых норм в соответствии с положениями Конституции. В частности отмечалось, что правовые позиции формулируются им через призму таких конституционных ценностей, как демократическое социальное правовое государство, права и свободы человека, верховенство права, справедливость и равенство, парламентаризм, конституционная экономика, с учетом необходимости их дальнейшего развития. Конституционный Суд формулирует в решениях правовые позиции, интерпретируя конституционные принципы и нормы применительно к конкретным правоотношениям. Такая деятельность Конституционного Суда способствует обеспечению эффективности конституционно-правового регулирования, укреплению конституционной законности.

На защиту прав и свобод граждан направлена также деятельность Конституционного Суда по выявлению в законодательстве пробелов, коллизий и правовой неопределенности, правом на осуществление которой он наделен в соответствии с Кодексом о судостроительстве и статусе судей.

Решения об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности выносятся Конституционным Судом чаще всего на основании обращений граждан и организаций по определенным правовым проблемам, которые рассматриваются последними в качестве способа реализации конституционного права каждого на судебную защиту.

Принимая решения по указанным вопросам, Конституционный Суд исходит из возложенных Конституцией на государственные органы, должностных лиц обязанностей по принятию мер для осуществления и защиты прав и свобод личности и гарантий их реализации и вытекающей из этого необходимости выработки законодательного механизма, обеспечивающего полноту, ясность и недвусмысленность правового регулирования. Такие недостатки правового регулирования, как неопределенность содержания правовой нормы, наличие пробела, коллизии в нормативных правовых актах допускают возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведут к нарушению принципов верховенства права и равенства.

В то же время, например, пробел в законодательстве может иметь конституционно-правовой характер, если отсутствием правовой нормы или нормативного правового акта нарушаются конституционные права и свободы человека и гражданина либо указанное отсутствие способно повлечь такое нарушение. Исходя из этого, деятельность Конституционного Суда, направленная на устранение пробелов, включает также проверку наличия в нормативных правовых актах конституционно-правовых пробелов при рассмотрении различных категорий дел, в том числе при даче заключений о конституционности нормативных правовых актов в порядке последующего контроля, а также обязательном предварительном контроле конституционности законов.

При выявлении пробелов, коллизий и правовой неопределенности Конституционный Суд предлагает нормотворческим органам устранить данные недостатки. При этом Конституционный Суд действует в пределах своего конституционного статуса, не подменяя законодателя или иной нормотворческий орган, но в некоторой мере выполняет функции „позитивного законодателя“ с целью выработки надлежащих механизмов реализации конституционных прав и свобод граждан.

Действенность решений Конституционного Суда по данным вопросам зависит от организации эффективной нормотворческой работы компетентными органами по результатам этих решений, поскольку исполнение принятых Конституционным Судом решений – один из

элементов системы защиты прав и свобод личности. Так, Парламентом исполнено 57 решений Конституционного Суда путем внесения изменений в законы, Советом Министров – 23 решения посредством внесения изменений в постановления Правительства.

Важнейшим условием эффективности осуществления конституционного контроля, защиты прав и свобод человека является обеспечение доступа граждан к конституционному правосудию.

В Республике Беларусь доступ граждан к конституционному правосудию осуществляется не непосредственно путем подачи конституционной жалобы, а опосредованно или косвенно – через уполномоченных субъектов, правомочных вносить предложения в Конституционный Суд (статья 22 Кодекса о судоустройстве и статусе судей).

Механизм реализации положений Кодекса о судоустройстве и статусе судей об инициативных обращениях в рамках косвенного доступа к конституционному правосудию закреплен в соответствующих статьях Закона „О конституционном судопроизводстве“.

В Исследовании по вопросу доступа граждан к конституционному правосудию Венецианской комиссии (2010 год) отмечается, что косвенный доступ граждан к конституционному правосудию является важным инструментом обеспечения прав человека на конституционном уровне, достоинством которого выступает информированность органов, уполномоченных направлять жалобы в конституционный суд, наличие у них необходимых юридических навыков, чтобы сформулировать аргументированный запрос.

В соответствии со статьей 116 Конституции к уполномоченным субъектам, как уже отмечалось, относятся Президент Республики Беларусь, обе палаты Национального собрания – Палата представителей и Совет Республики, Верховный Суд, Совет Министров. В случае внесения ими предложений в Конституционный Суд на основании инициативных обращений граждан или организаций Конституционный Суд дает заключение о конституционности нормативного правового акта в порядке последующего конституционного контроля.

Право на инициативное обращение в уполномоченные органы в порядке косвенного доступа к конституционному правосудию реализуется гражданами достаточно активно: ежегодно в уполномоченные органы поступает около 70 инициативных обращений граждан и юридических лиц.

На конституционном уровне предусматривается возможность для суда в случае, если при рассмотрении конкретного дела он приходит к выводу о несоответствии нормативного акта Конституции и принимает решение в соответствии с Конституцией, поднимать в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным (статья 112 Конституции). Обращения судов общей юрисдикции направляются Верховному Суду как органу, уполномоченному вносить предложения о проверке конституционности нормативного акта в Конституционный Суд.

Указанные способы косвенного доступа граждан и организаций к конституционному правосудию позволяют гражданам и при отсутствии права на индивидуальную конституционную жалобу реально инициировать рассмотрение в Конституционном Суде дел о конституционности нормативных правовых актов, нарушающих, по их мнению, конституционные права и свободы.

Необходимо отметить наличие перспектив для совершенствования, в том числе дальнейшего расширения возможностей, косвенного доступа к правосудию в Республике Беларусь.

В настоящее время в Парламенте на рассмотрении находится проект закона, предусматривающий уточнение компетенции Конституционного Суда в части рассмотрения им предложений уполномоченных органов, основанных на инициативных обращениях граждан и организаций. Предполагается закрепление на законодательном уровне конкретного нормоконтроля. При такой форме косвенного доступа устанавливается возможность обращения граждан и организаций к уполномоченным субъектам относительно проверки конституционности акта, примененного в конкретном решении государственного органа, постановлении суда общей юрисдикции, в результате чего, по мнению гражданина, организации, нарушаются их права, свободы и законные интересы.

Кроме того, Конституционным Судом совместно с заинтересованными государственными органами прорабатывается вопрос о подходах к законодательному регулированию преюдициального запроса в Конституционный Суд, при котором суд при наличии у него или сторон по делу сомнений в конституционности нормативного правового акта, подлежащего применению в деле, вправе приостановить рассмотрение дела и обратиться в Верховный Суд для решения вопроса о наличии оснований для обращения в Конституционный Суд с предложением проверить конституционность данного акта. При этом принципиально важным является урегулирование обязанностей субъектов преюди-

циального запроса, сроков и правовых последствий использования в конституционном судопроизводстве данного вида косвенного доступа. Введение в конституционное судопроизводство механизма преюдициального запроса позволит судам общей юрисдикции разрешать сомнения в конституционности нормативных правовых актов до принятия решения по делу, что будет способствовать вынесению законных и обоснованных судебных постановлений, защищающих права, свободы и законные интересы граждан и организаций.

Отмечу, что институт преюдициального запроса распространен в европейской юстиции, способствует эффективному взаимодействию конституционных судов с верховными судами в общих целях. Как отмечает Венецианская комиссия, „прежде всего именно суды общей юрисдикции первыми применяют обычные (и конституционные) законы, и их роль в обеспечении верховенства Конституции невозможно переоценить. Суды общей юрисдикции первыми выявляют конституционные пробелы, связанные с применением законов“.

Изложенное свидетельствует о том, что в настоящее время в Республике Беларусь совершенствуются формы конституционного контроля, идет поиск новых подходов к осуществлению конституционного судопроизводства в целях повышения его эффективности, обеспечения верховенства Конституции, реализации и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина.

В заключение хочу подчеркнуть, что деятельность Конституционного Суда по обеспечению верховенства Конституции и ее непосредственного действия на территории Республики Беларусь направлена на достижение главной конституционной цели – построения в Республике Беларусь демократического социального правового государства, высшей ценностью которого является человек, его права и свободы, а высшей целью – обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь.

В настоящее время при всем многообразии практики конституционных судов и органов равной юрисдикции различных стран мира рождается общее понимание того, что, несмотря на самостоятельные пути конституционно-правового развития, органы конституционного контроля объединены единством цели – обеспечить верховенство права, защиту прав и свобод человека, становление конституционной законности.

В. Скомороха,

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, суддя Конституційного Суду України у відставці, Голова Конституційного Суду України (1999–2002 роки)

КОНСТИТУЦІЙНА ЮРИСДИКЦІЯ І ПРАВОВА ДОКТРИНА: ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМНОГО ВПЛИВУ В УМОВАХ ДЕМОКРАТИЧНОГО ПОСТУПУ, ПЕРСПЕКТИВИ ДЕМОКРАТІЇ

*Право – дорогоцінне досягнення,
квінтесенція людського інтелекту,
розмислу і співчуття, захисник прав і гідності,
„належна процедура“, „рівний захист“,
„принцип панування права“.*

Лон Л. Фуллер¹

Конституційне правосуддя як форма конституційного контролю, здійснюваного конституційним судом, належить до міжнародно визнаних стандартів демократії і є новим інститутом в історії Української держави. Його запровадження зумовлено переходом України до будівництва громадянського суспільства, суверенної і незалежної, соціальної, демократичної, правової держави і є закономірним явищем. Становлення та функціонування конституційної юрисдикції породжує багато питань, які потребують наукового обґрунтування і практичного вирішення. Доктрина конституційного контролю донедавна в соціалістичних країнах, де не існувало судового конституційного контролю, не була достатньо розроблена. Наглядним прикладом вкрай неналежного врегулювання окремих питань діяльності Конституційного Суду України став казус 2007 року зі звільненням главою держави суддів цього Суду. Саме він, на думку І.Сліденка, став яскравим свідченням якості українського законодавства стосовно конституційного контролю².

Створення органу конституційної юрисдикції майже збіглося із прийняттям Основного Закону держави. Суд, безперечно, став одним із

1 Фуллер Лон Л. Анатомія права / пер. з англ. ; Лон Л. Фуллер. – К.: Сфера, 2004. – С. 11.

2 Сліденко І. Д. Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, практиологічних, синергетичних аспектів: монографія / І. Д. Сліденко. – К.: Істина, 2010. – С. 246.

головних і дієвих засобів реалізації конституційних положень, захисту засад суспільного і державного ладу, утвердження верховенства і прямої дії Конституції України, чим сприяв зваженому розв'язанню наявних проблем у суспільстві та запобіганню появі нових.

За визначенням Ю. Тодики, як Основний Закон держави і суспільства Конституція України вирішує п'ять основних блоків проблем: форма правління і засади конституційного ладу, основи правового статусу людини і громадянина; форма державного устрою; система органів державної влади і місцевого самоврядування; створення політико-правових умов формування структур громадянського суспільства³.

Здійснюючи конституційний контроль, ще у перші роки своєї діяльності Конституційний Суд України розв'язав низку конституційно-правових конфліктів, які іноді набували досить гострого характеру. Зокрема, прийнято рішення та дано висновки щодо: несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності; віднесення до юрисдикції Конституційного Суду України питань про конституційність правових актів органів Верховної Ради України, прийнятих до набрання чинності Конституцією України; повноважень Рахункової палати України; тимчасового виконання обов'язків посадових осіб; фінансування судів; приватизації державного житлового фонду; утворення парламентських фракцій; позачергово розгляду Верховною Радою України законопроектів, визнаних Президентом України невідкладними; порядку підписання зовнішньоекономічних договорів; статусу народного депутата України; свободи утворення профспілок; конституційності законопроектів про внесення змін до Основного Закону держави тощо.

Розглянуто значну кількість справ, які стосувалися вирішення правових спорів щодо захисту закріплених у Конституції України основних прав і свобод людини та громадянина, особистих, економічних і соціальних прав.

Визначальним, на нашу думку, є Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року у справі про призначення судом більш м'якого покарання, у якому Судом проаналізовано принцип верховенства права. Суд, зокрема, зазначив, що „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

3 Тодика Ю. Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Харьков: Факт, 2000. – С. 9.

бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з 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. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України⁴.

Аналізуючи зазначене рішення, професор М.Орзіх стверджує, що Суд „спираючись на світову та вітчизняну науку, доктринально та офіційно (у формі правової позиції) ... зробив спробу визначити зміст основоположного конституційного принципу верховенства права через панування права в суспільстві”⁵. „Одночасно конституційна юстиція є вагомим, „споживачем” доктрини та нерідко використовує її як вирішальний аргумент для прийняття рішення”; – стверджує М. Орзіх, посилаючись на окрему думку судді Конституційного Суду України В. Кампа стосовно Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 2010 року № 4-рп/2010.

С.Шевчук стверджує, що термін „верховенство права” широко вживається в українському законодавстві та міжнародних договорах, стороною яких є Україна. Проте слід мати на увазі, що зміст принципу верховенства права в Україні як у доктрині, так і на практиці залишається остаточно не визначеним.

Термін верховенства права (*rule of law*) вперше запропоновано англійським ученим та політичним діячем Дж.Гаррінгтоном у 1656 році як „імперія законів, а не людей”.

Інший дослідник історії західного права Г.Бергман вважає, що вперше термін „верховенство, пріоритет права” вжив англійський король Карл I, який у 1649 році за вчинення державної зради був засуджений до страти спеціальним трибуналом, створеним із членів парламенту для здійснення правосуддя над королем. Захищаючи себе, король наголошував на тому, що згідно з принципом верховенства права парламент не мав повноважень вчиняти такі дії. Крім того, судовий процес порушує „фундаментальне право королівства”. Трибунал при винесенні вироку також

4 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 // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2004. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 314.

5 Орзіх М. Доктрина в діяльності Конституційного Суду України / М. Орзіх // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4-5. – С. 57–58.

послався на принцип верховенства права, оскільки „король здійснював свої повноваження, ігноруючи верховенство права та повністю змінивши порядок правління, при якому королівство процвітало“⁶.

У зв'язку з наведеним слушною є думка відомого конституціоналіста, професора Ю. Тодика стосовно особливостей співвідношення принципу верховенства права з конституцією та законами. На його думку, розгляд принципу верховенства права поза верховенством конституції і законів – це шлях до беззаконня та всюдозволеності, а визнання тільки принципу верховенства закону поза системним розумінням принципу верховенства права – шлях до прийняття несправедливих, негуманних, недемократичних законів, інших нормативно-правових актів⁷. Чи не опиниться український скаржник на неконституційність закону відповідно до статті 151¹ Конституції України, в редакції Закону України від 2 червня 2016 року № 1401–VIII, у становищі гіршому, ніж згаданий король? Адже відповідно до її приписів Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано⁸.

Відразу виникає запитання, що розуміти під остаточним судовим рішенням та під усіма іншими національними засобами юридичного захисту? На нашу думку, відповідь на них має надати Конституційний Суд України офіційним тлумаченням. Разом з тим виникає запитання щодо суб'єкта відповідного звернення.

Наведений текст щодо права особи на звернення до органу конституційної юрисдикції стосовно неконституційності закону, застосованого в остаточному судовому рішенні у її справі, свідчить про запровадження в Україні часткової конституційної скарги, оскільки вона стосуватиметься лише застосування судами норми закону відносно конкретного суб'єкта. Натомість Венеціанська Комісія висловлюється на користь інституту повної конституційної скарги не лише тому, що вона забезпечує всеосяжний захист конституційних прав, а також з погляду субсидіарного

6 Шевчук С. Основи конституційної юрисдикції / С. Шевчук. – К.: Український центр правничих студій, 2001. – С. 107–112.

7 Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины / Ю. Тодыка. – Харьков: Факт. – 1999. – С. 67–68.

8 Офіційний вісник України. – 2016. – № 51. – Ст. 1799.

характеру правового захисту в Європейському суді з прав людини та побажань вирішувати проблеми з прав людини на національному рівні⁹.

Тим самим з урахуванням позбавлення Конституційного Суду України повноваження офіційного тлумачення законів відбулося обмеження об'єктів конституційної скарги, адже відповідно до статті 94 Закону України „Про Конституційний Суд України“ підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України є наявність неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод. Відповідно до положень статті 95 Закону у разі якщо при тлумаченні Закону України (його окремих положень) була встановлена наявність ознак його невідповідності Конституції України, Конституційний Суд України у цьому ж провадженні вирішує питання щодо неконституційності цього Закону.

На думку члена Венеціанської Комісії Ради Європи Г. Арутюняна, яку ми поділяємо, у наведеному випадку питання стосується не індивідуального акта, а тлумачення нормативного акта. Таким чином, конституційне звернення, по суті, виконує функцію нормативної конституційної скарги¹⁰.

Конституційний Суд України у Висновку від 14 березня 2001 року № 1-в/2001 у справі про внесення змін до статей 84, 85 та інших Конституції України зазначив, що позбавлення Конституційного Суду України повноваження офіційно тлумачити закони України та перенесення переліку суб'єктів звернення з частини першої статті 150 до частини другої цієї ж статті, як це пропонується в законопроекті, призведе до скасування існуючого права громадян звертатися до Конституційного Суду України з питань офіційного тлумачення Конституції і законів України. Мабуть, Суд, надаючи висновок, виходив насамперед із викладення (юридичної конструкції) запропонованих правових приписів проекту – недоліків законодавчої техніки, а не його тексту.

Здійснюючи детальний аналіз повноваження Конституційного Суду України офіційно тлумачити Конституцію і закони України, В.Шаповал

9 Арутюнян Г. Индивидуальная конституционная жалоба: европейские тенденции системного развития / Г. Арутюнян // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу: матеріали міжнар. конф. (м. Київ, 16 вересня 2011 р.). – К.: Логос. 2011. – С. 271.

10 Арутюнян Г. Индивидуальная конституционная жалоба: европейские тенденции системного развития / Г. Арутюнян // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу: матеріали міжнар. конф. (м. Київ, 16 вересня 2011 р.). – К.: Логос. 2011. – С. 270.

посилався на превентивний характер офіційного тлумачення Основного Закону держави, забезпечення Конституції України від порушення та гарантування її верховенства на всій території України. Це саме завдання виконує Конституційний Суд України, здійснюючи офіційне тлумачення законів. По суті, здійснення офіційного тлумачення законів завжди співвіднесене і навіть прямо залежить від одночасного вирішення питань про їх відповідність Конституції України¹¹. Прикметно, що В.Шаповал посилається на поширений підхід, за яким відповідне повноваження хоча б щодо законів має належати Верховній Раді України як єдиному органу законодавчої влади¹².

Слід погодитися з позицією В.Кампа, який вважає, що до виключних повноважень Конституційного Суду України, з огляду на функціональну спрямованість його діяльності, має належати офіційне тлумачення лише тих законів, які стосуються саме сфери конституційних правовідносин¹³.

Запровадження конституційної скарги як альтернативи тлумаченню Судом законів України є політичним рішенням. Наскільки ефективними виявляться зміни до Конституції України (щодо правосуддя), як вони позначаться на захисті прав і свобод людини та громадянина, покаже час.

Власне, ефективність конституційного контролю залежить передусім від того, якою мірою Конституційний Суд України забезпечує захист прав і свобод людини та громадянина.

Досить резонансними щодо захисту прав і свобод людини і громадянина були рішення Конституційного Суду України у справах про смертну кару від 29 грудня 1999 року № 11-рп/99; щодо прописки від 14 листопада 2001 року № 15-рп/2001, про заміну смертної кари довічним позбавленням волі від 26 січня 2011 року № 1-рп/2011 та інші.

З урахуванням правових позицій Суду прийнято Закон України „Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні“ від 11 грудня 2003 року № 1382-IV, відповідно до частини другої статті 2 якого реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути умовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією, законами чи міжнародними договорами України, або підставою для їх обмеження.

11 Шаповал В. Конституційний Суд України / В. Шаповал // Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / за ред. Ю. С. Шемшученка: монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2001. – С. 205.

12 Там само. – С. 213–214.

13 Кампо В. До питання меж предметної компетенції у діяльності Конституційного Суду України / В. Кампо // Вісник Конституційного Суду України. – 2008. – № 4. – С. 96.

Як слушно наголошує академік В.Тацій, юрисдикційна природа Конституційного Суду України не викликає сумнівів, адже Суд не лише надає формальне тлумачення основоположних норм Конституції України та їх застосування, а й розвиває конституційно-правову доктрину і законодавство¹⁴.

Визначаючи поняття конституційно-правової доктрини, В.Колісник дійшов висновку, що це – сукупність усталених та визнаних науковим середовищем ідей, положень, наукових поглядів і теоретичних узагальнень, що в сукупності становлять логічно завершене та внутрішньо узгоджене бачення, розуміння й пояснення сутності, особливостей, головних ознак та закономірностей (або тенденцій) розвитку певного конституційно-правового явища (феномену)¹⁵.

Далі В.Колісник стверджує, що доктрина – це не акти Конституційного Суду України, а ті загальноприйняті науково-теоретичні доктринальні положення, що були покладені в їх основу.

Доктрина в діяльності конституційної юстиції потребує правильного розуміння її змісту й ролі, подолання її необмеженості. Образно кажучи, доктринальною є теорія „перекинута“ на практику, „вплетена“ в неї¹⁶.

В окремих рішеннях Конституційний Суд України безпосередньо посилався на правову доктрину. Суперечливим є питання, чи зобов'язаний Суд зважати на раніше сформульовані правові позиції, послідовно дотримуватися їх правового значення стосовно певного випадку. Професор А.Селіванов вважає, що більш прийнятною є доктрина незмінюваності правових позицій, оскільки Суд відповідно до чинного Закону України „Про Конституційний Суд України“, який визначив його статус, має зважати на власні правові позиції під час прийняття наступних рішень¹⁷. Науковці П. Рабінович і В. Гончаров стверджують, що Конституційний Суд України неодноразово змінював свої правові позиції на протилежні, на жаль, не оприлюднюючи у ревізуючому рішенні причини радикального перегляду попередньої позиції, щоб попередити виникнення думки про

14 Тацій В. Правозахисний напрям інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України / В. Тацій // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4-5. – С. 32.

15 Колісник В. Поняття конституційно-правової доктрини та формування конституційного ладу / В. Колісник // Правова доктрина – основа формування правової системи держави: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України та обговоренню п'ятитом. моногр. „Правова доктрина України“ (м. Харків, 20–21 листопада 2013 р.) / Нац. акад. прав. наук України. – Х., 2013. – С. 207–210.

16 Орзіх М. Доктрина в діяльності Конституційного Суду України / М. Орзіх // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 59.

17 Селіванов А. Характерні ознаки доктринального верховенства та незмінюваності правових позицій Конституційного Суду України / А. Селіванов // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 56.

приховування цих причин. Такими причинами можуть бути: соціальна неефективність попередніх правових позицій (або виявлені практикою їх негативні наслідки); зміна соціального контексту, зокрема виникнення нових політичних реалій тощо¹⁸.

Тому, на нашу думку, є нагальна потреба у всеохоплюючій систематизації правових позицій, які становлять собою, по суті, нормативну основу теорії конституційного права України. Такої теорії раніше просто не могло бути, оскільки за радянських часів конституція практично розглядалась не як юридичний регулятор поведінки людей, органів влади, інших організацій, а як політична декларація, спрямована головним чином назовні. Сьогодні Конституція України – реально діючий (хоча і не повною мірою, але дедалі ширше) юридичний документ, який безпосередньо застосовується судами, і наука конституційного права – реальна наука, що стала такою значною мірою завдяки функціонуванню Конституційного Суду України та використанню світового досвіду.

За минулі два десятиліття Конституційний Суд України не лише вносив вклад у створення і розвиток теорії конституційного права, а й вирішував і продовжує вирішувати проблеми захисту самої конституційної юрисдикції від впливу на суддів та намагань ліквідувати Суд у той чи інший спосіб.

Нагадаємо, що з осені 2005 року Конституційний Суд України протягом року не функціонував у зв'язку з непризначенням парламентом суддів за своєю квотою та неприведенням до присяги суддів, призначених з'їздом суддів та Президентом України. Ще гірше становище спостерігається в судах загальної юрисдикції. За свідченням Голови Верховного Суду України Я. Романюка, близько двох років Верховна Рада України не вирішує питання обрання суддів на посади безстроково. Орієнтовно 900 суддів у місцевих судах не здійснюють правосуддя у зв'язку із закінченням 5-річного терміну їх призначення на посаду. Це п'ята частина суддів, які працюють у місцевих судах. Близько 700 із них пройшли всі необхідні перевірки і процедури для безстрокового обрання, отримали позитивні рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Подання для обрання їх на посади внесені до парламенту, проте не розглядаються¹⁹. Це є порушенням приписів статті 55 Основного Закону України щодо права на судовий захист. Отже, парламент неналежно виконує конституційні

18 Рабінович П. Перегляд Конституційним Судом України власних правових позицій як засіб охорони функцій Основного Закону / П. Рабінович, В. Гончаров // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 147–153.

19 Собко Я. Итоги работы судов и кадровый коллапс / Я. Собко // Судебно-юридическая газета. – 2016. – № 8 (326).

обов'язки і продовжує практику блокування функціонування судової влади в Україні. Це має бути підставою для конституційної відповідальності, на запровадженні якої ми наголошували раніше²⁰.

Проблема забезпечення виконання рішень Конституційного Суду України, які згідно із законодавством мають загальнообов'язковий характер, є остаточними, не підлягають оскарженню і набирають чинності з дня прийняття, є однією з найскладніших.

Незважаючи на роз'яснення, надані Рішенням Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 року № 15-рп/2000 у справі про порядок виконання рішень Конституційного Суду України, стан справ із виконанням рішень залишився незадовільним. Ця проблема актуальна як у теоретичному, так і в практичному плані. Її актуальність зумовлена, по-перше, спеціальною природою цих актів. За наслідками і механізмом реалізації вони схожі з іншими нормативно-правовими актами (парламенту, Президента України тощо), якими відмінюються ті чи інші норми права. Тому забезпечення їх виконання має бути схожим із виконанням законів України, указів Президента України і гарантуватися передусім главою держави. Другою обставиною є відсутність системних наукових досліджень практики, механізму виконання рішень Суду. І третьою, головною, є відсутність відповідальності за невиконання чи неналежне виконання рішень Конституційного Суду України осіб з особливим статусом, яким адресовано акти Суду. На нашу думку, для глави держави, парламенту, уряду має наставати конституційна відповідальність.

Нині вищі органи державної влади, їх посадові особи не несуть відповідальності за порушення Конституції України, оскільки відсутній реальний механізм охорони Основного Закону держави.

Політичні протистояння в суспільстві не повинні накопичуватися до таких меж, коли єдиним їх вирішенням є громадська непокора. Превентивну роль мають забезпечити конституційно закріплені права на мирні збори, мітинги, походи і демонстрації тощо, належна їх організація. Ще 19 квітня 2001 року Рішенням № 4-рп/2001 у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання Конституційний Суд України надав офіційне тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України, яке треба розуміти так, що організатори таких мирних зібрань мають сповістити зазначені органи про проведення цих заходів заздалегідь, тобто у прийнятні строки, що передують даті їх проведення. Ці строки не повинні обмежувати право громадян, передбачене статтею 39

20 Скомороха В. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики / В. Скомороха. – К.: М. П. Леся, 2007. – С. 624–627.

Конституції України, а мають служити його гарантією і водночас надавати можливість відповідним органам виконавчої влади чи органам місцевого самоврядування вжити заходів щодо безперешкодного проведення громадянами зборів, мітингів, походів і демонстрацій, забезпечення громадського порядку, прав і свобод інших людей.

Визначення конкретних строків завчасного сповіщення з урахуванням особливостей форм мирних зібрань, їх масовості, місця, часу проведення тощо є предметом законодавчого врегулювання.

З часу постановлення рішення минуло 15 років, а відповідного закону парламентом не прийнято. На нашу думку, наведені проблеми є наслідком переважно відсутності чи недоліків загальної, політичної і правової культури суспільства. Вирішення їх суто правовими засобами недостатньо ефективне. Поки не буде досягнуто її необхідного рівня, а в суспільстві і державі не утвердиться конституційна законність, не дотримуватимуться принципи верховенства права і Конституції України, права та свободи людини як вищі цінності, будь-які заходи, спрямовані на боротьбу з корупцією, сваволею чиновників, будуть малорезультативними. Але поступ не залишає нам часу на очікування. На системні зміни законодавства у зв'язку із запровадженням конституційної скарги відведено лише три місяці, на чому наголосив Голова Конституційного Суду України Ю.Баулін²¹.

Отже, розробникам змін до Закону України „Про Конституційний Суд України“ варто пам'ятати українську приказку: „Скоро роблять – сліпих родять“. На жаль, так сталося з проектом Закону України „Про Конституційний Суд України“ станом на 5 вересня 2016 року, який розглядався на круглому столі на тему „Конституційний Суд України: імплементація конституційних змін“ 12 вересня 2016 року²².

Загальне зауваження стосується невизначеності авторів стосовно змісту окремих норм, про що свідчить суперечливість приписів щодо однієї й тієї самої проблеми. Наприклад, всупереч частині третій статті 148 Конституції України, в редакції Закону України від 2 червня 2016 року, про відбір кандидатів на посаду суддів Конституційного Суду України на конкурсних засадах у частині другій статті 15 законопроекту стверджується, що призначення суддів з'їздом суддів може здійснюватися без

21 Баулін Ю. Новий конституційний формат Конституційного Суду України: конституційна скарга / Ю. Баулін // Право України. – 2016. – № 7. – С. 19–23.

22 Круглий стіл „Конституційний Суд України: імплементація конституційних змін“ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.org.ua/news/20871663-yaki-syurprizichekaynt-gromadyan-u-zakonoproekti-pro-konstitutsiyinyi-sud>

урахування результатів конкурсу, який з'їзд може ігнорувати й винести на голосування і ті кандидатури, які не рекомендовані конкурсною комісією.

Положення статті 13 щодо призначення судді Президентом України з урахуванням результатів конкурсного відбору супроводжується фразою „Незрозуміло, чи обмежений Президент результатами конкурсу. Відповідно до нових конституційних положень Президент має бути обмежений результатами конкурсу“. На нашу думку, положення закону про призначення на посаду судді не пізніше двох місяців від дня припинення повноважень або звільнення судді має бути доповнено нормою про продовження виконання обов'язків суддею, який досяг вікового обмеження, до закінчення розгляду справи, розпочатої за його участі, та призначення на його місце іншої особи. В іншому разі можна отримати повторення припинення діяльності Суду в 2005 році. До речі, у первинній редакції Закону України „Про Конституційний Суд України“ Президент України та Верховна Рада України у разі припинення повноважень судді призначають іншу особу на цю посаду у місячний строк, а з'їзд суддів – у тримісячний (статті 6, 7, 8)²³.

У законопроекті порушено логічну структуру розділів. Так, глава 5 „Організація діяльності Конституційного Суду України“ містить норми щодо Голови Суду, його заступника, їх звільнення з посад (статті 33–35). Незрозумілою новелою є поява у Суді, крім учасників конституційного провадження, їх представників та залучених Конституційним Судом України до участі у розгляді справи органів та посадових осіб, свідків, експертів та перекладачів „будь-якої особи, яка не є учасником конституційного провадження, має право подати до Конституційного Суду письмову обґрунтовану позицію (*amicus curie*) з питань, винесених на розгляд Суду“ (стаття 70).

За процедурою конституційного судочинства ті, чиїх повноважень або прав може торкнутися рішення, повинні мати право подати короткий письмовий виклад справи як *amicus curiae* або виступити для захисту своїх інтересів²⁴.

Так само невизначеним є положення статті 79 щодо забезпечувального наказу, можливості заміни одного способу забезпечення конституційної скарги іншим. Проте жоден із способів чи заходів забезпечення не наведено. Можливо, мається на увазі зупинення дії рішення? Треба це зазначити, але мати на увазі, що Суд може наразитися на підозру в

23 Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 року № 422/96ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – С. 272.

24 Штайнбергер Г. Модели конституционной юрисдикции / Г. Штайнбергер // Издание Совета Европы. – 1994. – С. 41.

односторонності, упередженості. Незрозуміло, в якості кого при розгляді конституційної скарги Суд залучає до участі в конституційному провадженні представників Верховної Ради України та Верховного Суду (стаття 80).

Помилковим, на нашу думку, є положення законопроекту стосовно того, що якщо голоси суддів Великої палати та Сенату Конституційного Суду України поділилися порівну, конституційне провадження у справі вважається відкритим (статті 67, 68). До речі, це положення суперечить не тільки правовій позиції Суду, яка полягає в тому, що у таких випадках судові колегії передавали справу на розгляд Суду, а й приписам, що містяться у тих самих наведених статтях: „Ухвала Великої палати Суду (Сенату Суду) вважається прийнятою, якщо за неї проголосувала більшість суддів, які брали участь у засіданні“.

З практики Федерального Конституційного Суду Німеччини відомо, що у випадку поділу голосів порівну розгляд справи у палаті (сенаті) припиняється, а неконституційність не може бути проголошена. За Законом Республіки Вірменія „Про Конституційний Суд“ якщо Конституційний Суд на закритій нараді не приймає постанови чи висновку з питання, що розглядається, заява вважається відхиленою.

Отже, в законопроекті закладено внутрішні суперечності процедури провадження. Це, зокрема, стосується і відмови Сенату Суду від розгляду справи на користь Великої палати Суду, якщо за це проголосувала більшість суддів, які брали участь у його засіданні. А якщо не проголосувала? Виникнуть розбіжності у позиціях Суду.

Непродуктивними є положення про утворення в Суді шести колегій (по три судді) з можливістю тимчасового залучення судді з іншої колегії у разі неповноважності складу колегії суддів, адже неповноважною у цьому випадку стає склад судової колегії, з якої залучено суддю. Сумнівним є положення про остаточність ухвали колегії суддів про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою, за яку проголосували троє суддів, адже стаття 151¹ Конституції України наділяє повноваженням вирішити питання конституційності Конституційний Суд України.

Виходячи з фундаментальних принципів правосуддя, притаманних демократичним конституціям, заснованих на верховенстві права, вважаємо неприпустимим формування персонального складу Сенату Суду, колегій суддів шляхом жеребкування. Адже необхідно представити в сенатах (колегіях) представництво різних суб'єктів формування Суду та професійну орієнтацію суддів, галузеву спеціалізацію, унеможливити

випадкову представницьку більшість, уникнути зосередження в одному сенаті (колегії) фахівців з однієї галузі права, можливого впливу групових, політичних інтересів. Жеребкування, за Новим тлумачним словником української мови, – це вирішення чогось, встановлення прав та обов'язків на що-небудь витягуванням жеребків²⁵. Принагідно згадаємо залучення В. Далем прислів'я „Жеребей дурак: родного отца в солдаты отдаст”²⁶.

Вважаємо неприпустимим запровадження інституту генеральних адвокатів сенатів Конституційного Суду України за рішенням Суду для експертної допомоги в конституційних провадженнях за конституційною скаргою шляхом надання висновків, обов'язкових до розгляду Сенатом або Великою палатою. Залучення генеральними адвокатами суддів у відставці органів конституційної юрисдикції іноземних держав, представників міжнародних організацій тощо з наділенням правами учасника конституційного провадження поставить під сумнів професійну кваліфікацію в галузі права суддів Конституційного Суду України. Адже Суд має вирішувати питання конституційності законів України (їх окремих положень), як вирішував до запровадження конституційної скарги і продовжує вирішувати, різниця лише у суб'єкті звернення. Суддя-доповідач у справі, колегія суддів, Сенат Суду, Велика палата Суду мають право викликати на засідання посадових осіб, спеціалістів, призначати у разі необхідності експертизу в справі та залучати спеціалістів, участь яких необхідна для забезпечення об'єктивного і повного розгляду справи.

Якщо мається на увазі покращення діяльності патронатної служби суддів, варто скористатися досвідом Федерального Конституційного Суду Німеччини, де суддя має три юриста-клерка (це, як правило, прикомандировані судді цивільних, кримінальних, адміністративних, соціальних, фінансових судів), яких він призначає на певний строк, і вони опрацьовують проекти рішень, а сенати збираються на декілька днів на місяць для прийняття рішень.

Інший недолік полягає в повторенні положень статті 90 законопроекту про Конституційний Суд України щодо документів та матеріалів, які додаються до подання Верховної Ради України у справі про додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту. Зокрема, наявність отриманого висновку Верховного Суду України про те, що діяння, в яких звинувачується Президент України, містять ознаки державної зради або іншого злочину, є складовою додержання конституційної процедури

25 Новий тлумачний словник української мови. – К.: Аконіт. – Т. 1. – 2008. – С. 668.

26 Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка / В. Даль. – СПб.: Диамант. – Т. 1. – 1997. – С. 534.

розслідування і розгляду справи про імпичмент. Безумовно, крім перелічених документів і матеріалів до Конституційного Суду України має направлятися текст висновку Верховного Суду. Проте у пункті 5 статті 54 законопроекту про нього згадки немає. Зазначимо, що законопроект правильно відтворив припис Основного Закону України про форму: звернення Верховної Ради України, а не конституційне подання, як це має місце у відповідній статті чинного закону.

Бажано доповнити закон нормою про припинення розгляду обвинувачення у випадку прийняття Конституційним Судом України висновку про недотримання конституційної процедури розслідування і розгляду справи.

Однією з багатьох проблем функціонування судової влади, і Конституційного Суду України зокрема, є її залежність від стороннього впливу. На жаль, чинний Закон України „Про Конституційний Суд України“ і законопроект лише відтворюють припис Конституції України про заборону впливу на суддів у будь-який спосіб. При цьому незалежність пов'язується лише з судочинством: „Судді Конституційного Суду України при здійсненні своїх повноважень є незалежними...“. Однак положення Конституції України про заборону „у будь-який спосіб“ дає підстави трактувати його як необхідний елемент незалежності судді і поза судочинством. Нагадаємо, що раніше діючі судді Конституційного Суду України регулярно відзначали політичний тиск на них за прийняті в часи президентства В.Януковича рішення, спростовуючи при цьому всі обвинувачення у сприянні „узурпації влади“²⁷.

Окремі урядовці висловлюються стосовно повторного внесення на розгляд парламенту закону, визнаного Судом неконституційним. На нашу думку, в законі необхідно закріпити положення про те, що суддя виступає від себе особисто і не є виразником інтересів політичних партій, органів влади, установ чи організацій, посадових осіб чи органів, які його призначили на посаду.

Положення закону щодо юридичної сили рішень, висновків Суду має бути доповнене нормою про неможливість подолання чи спростування повторним прийняттям законів, ідентичних за змістом із визнаними неконституційними. Адже, як слушно зазначає Г. Штайнбергер, юридична сила актів конституційного суду прямо ґрунтується на верховенстві Основного Закону²⁸. Безумовно, юридична сила рішень, прийнятих кон-

27 Хрипун В. Битва за правосудие / В. Хрипун // Судебно-юридическая газета. – 2015. – № 42 (310).

28 Штайнбергер Г. Структурные элементы западноевропейской конституционной юрисдикции / Г. Штайнбергер. – М., 1995. – С. 9–10.

ституційними судами, вважається вищою від тих нормативних правових актів, визнаних неконституційними, які втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність (частина друга статті 152 Основного Закону України).

Вияткове значення рішень Суду щодо офіційного тлумачення Конституції України полягає в тому, що органи влади, посадові особи не можуть видавати нормативні акти, які суперечать витлумаченим Судом у своїх рішеннях конституційним положенням.

Непоодинокі випадки ігнорування рішень Конституційного Суду України суб'єктами, яким адресовані ці рішення, пояснюються, очевидно, психологією багатьох політиків і чиновників, для яких суд, якщо він незалежний і вирішує справи не завжди на їх користь, – інститут незручний, навіть шкідливий. А Конституційний Суд України, крім того, викликатиме ревності судів загальної юрисдикції, розглядаючи конституційність закону, застосованого в остаточному судовому рішенні у справі скаржника. Такі реалії сьогодення. Але є всі підстави вважати, що психологія суспільства змінюватиметься в напрямі сприйняття цінностей, визнаних суспільством у розвинутих країнах, насамперед прав і свобод людини та громадянина. У цьому процесі чільне місце належить юстиції, конституційній насамперед. Саме конституційна юрисдикція орієнтує законодавця і правозастосувачів на послідовну реалізацію норм і принципів Основного Закону держави, роз'яснює зміст його положень, корегує в необхідних випадках поточне законодавство.

Усе це прямо свідчить про потенційну можливість та реальну участь єдиного органу конституційної юрисдикції як у процесі формування (зокрема наповнення реальним змістом) національної доктрини конституційної держави, так і в її реалізації на практиці²⁹.

Сумнівним, на нашу думку, є положення законопроекту про неможливість судді бути нагородженим державними нагородами України, відзнаками, спеціальними званнями тощо. Суддю може бути нагороджено державними нагородами лише за проявлену ним особисту мужність і героїзм в умовах, пов'язаних із ризиком для життя. На наше глибоке переконання, не треба вимагати від судді героїзму. На завершення декілька запитань. Чому Німеччина відзначила першого Голову діючого Конституційного Суду України І. Тимченка „Великим Хрестом за заслуги“ за вагомий внесок у розвиток міжнародного співробітництва між кон-

29 Стецюк П. Роль Конституційного Суду України у процесі формування та реалізації національної доктрини конституційної держави / П. Стецюк // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 73.

ституційними судами Німеччини і України? Чому працівник Секретаріату Суду може стати заслуженим юристом, а суддя – ні? Навіть кваліфікаційні класи суддів не відновлено.

З жалем констатуємо, що з двадцяти пропозицій, запропонованих свого часу щодо зміни законодавства про конституційне судочинство з метою підвищення його ефективності, реалізована лише одна стосовно місця приведення до присяги новообраного судді³⁰. Одним словом, для того, щоб отримати Конституційний Суд України нової якості, потрібно багато працювати.

30 Скомороха В. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики / В. Скомороха. – К.: М. П. Леся, 2007. – С. 628-648.

О. Щербанюк,

доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правосуддя
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ДІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

Конституційне право та міжнародна конституційна практика надають особливе значення гарантуванню безпосередньої дії прав людини. Тільки так можна гарантувати верховенство права та верховенство конституції.

Теорія прав людини достатньо повно розроблена в юридичній літературі та публіцистиці. Проте останнім часом актуальним є питання безпосередньої дії основних прав та формування відповідної доктрини Конституційним Судом України.

Постановка завдання є виправданою, оскільки забезпечення безпосередньої дії прав людини вимагає чіткої позиції Конституційного Суду України з таких питань: 1) у чому полягає зміст поняття „безпосередня дія прав“; 2) якими є гарантії безпосередньої дії прав людини; 3) як у судовій практиці можна гарантувати безпосередню дію прав людини.

У міжнародній конституційній практиці відсутній єдиний підхід до характеру прав, які діють безпосередньо. Якщо в деяких країнах, зокрема Німеччині, Португалії, такими є основні права і свободи людини, то в інших (Болівія) – всі права.

Конституція України містить західну концепцію прав людини, відповідно до якої права індивіда переважають над суспільством. Для створення справжньої свободи людини недостатньо проголосити її права і свободи, потрібно їх реалізувати. Для реального здійснення прав людини їх необхідно забезпечити.

У цьому контексті слід зазначити, що Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях прямо не звертався до питання безпосередньої дії прав, однак вказував на безпосередню дію прав, закріплених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод.

Наприклад, у Рішенні від 18 січня 1978 року „Ірландія проти Сполученого Королівства“ Суд чітко встановив, що змінивши термін „зобов’язується забезпечити“ на термін „забезпечують“ розробники Конвенції

хотіли уточнити, що встановлені в розділі I Конвенції права і свободи безпосередньо будуть забезпечуватися для кожного, хто перебуває під юрисдикцією сторін, що домовляються¹. Тому встановлені в розділі I Конвенції права і свободи в державах – членах Ради Європи є правами, що діють безпосередньо.

Аналогічний підхід існує в документах Європейського Союзу: права, закріплені в договорах Європейського Союзу, а також у регламентуваннях, для держав-учасниць є такими, що діють безпосередньо.

Використання даного поняття підтверджує конституційну спробу уточнити мету та основну гарантію її реалізації. Її основна гарантія – закріплення обов'язкового, обмежувального характеру цих прав для державної влади.

Виходячи із сучасного розуміння доктрини народного суверенітету, навіть народ, який є єдиним джерелом влади в Україні, не може прийняти таку конституцію, в якій верховенство права не гарантовано. Тобто безпосередня дія прав людини є обмежувальним фактором і для народу при здійсненні належної йому влади. При цьому досягнення балансу між владою та правом забезпечується органом конституційної юрисдикції².

Сучасна Українська держава поки що не реалізувала ліберальні принципи, проголошені Конституцією України, але тенденції державно-правового розвитку переконують: щоб уникнути реставрації авторитаризму в нашій країні, їх слід ретельно дотримуватися³.

Відповідно до доктринальних підходів Конституційного Суду України безпосередня дія прав людини передбачає таке: людина може сподіватися на рівноцінний захист; на конституційному рівні повинні створюватися функціональні та інституціональні гарантії судового захисту прав людини, які діють безпосередньо.

Як бачимо, в національному і міжнародному праві гарантування безпосередньої дії прав людини є найважливішою умовою гарантування верховенства права.

Конституція повинна закріплювати ті вимоги, які отримали загальне визнання в сучасному конституційному праві, а також у частині першій статті 52 Хартії основних прав Європейського Союзу. Насамперед це

1 Ireland v. United Kingdom, (5310/71) [1978] ECHR 1 (18 January 1978) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695383"\],"ite mid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

2 Щербанюк О.В. Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави: монографія / О.В. Щербанюк. – К.: Логос, 2013. – Кн. 2. – С. 67.

3 Щербанюк О.В. Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави: монографія / О.В. Щербанюк. – К.: Логос, 2013. – Кн. 2. – С. 80.

стосується принципу співрозмірності, визначеності та непорушності сутності права. Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) на своєму 86-му пленарному засіданні, яке відбулося 25–26 березня 2010 року, затвердила доповідь щодо верховенства права⁴. Комісія зазначила, що однією зі складових верховенства права є, зокрема, правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій і правовідносин, що виникають (пункти 41, 46 Доповіді).

При цьому практика Європейського суду з прав людини дозволяє виокремити три групи вимог, які включає принцип правової визначеності, а саме: вимоги до визначеності законодавства, вимоги до визначеності повноважень та вимоги до визначеності судових рішень⁵.

Водночас Конституція України повинна встановлювати особливі вимоги до законів, які регулюють основні права, метою яких є створення процедурних передумов ефективної дії основних прав. Відповідно до статті 92 Конституції України права і свободи визначаються виключно законами України⁶. Згідно зі статтею 22 Конституції України конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані (частина друга), при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (частина третя). Скасування конституційних прав і свобод – це їх офіційна (юридична або фактична) ліквідація. Звуження змісту та обсягу прав і свобод є їх обмеженням. У традиційному розумінні визначальними поняттями змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Обсяг прав людини – це їх сутнісна властивість, виражена кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідними і загальними. Загальновизнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена⁷.

4 О верховенстве права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.soe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-rus.pdf](http://www.venice.soe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-rus.pdf)

5 Богачова ЛЛ. Принцип правової визначеності в європейському та національному праві (змістовна характеристика) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/6063/1/Bogachova.pdf>

6 Конституція України від 28 червня 1996 року в редакції від 2 червня 2016 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

7 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х „Перехідні положення“ Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

Як слушно зазначає суддя Конституційного Суду України, доктор юридичних наук М. Гультай, „одним із головних напрямів діяльності Конституційного Суду України та сферою застосування правової визначеності є охорона та захист прав і свобод людини і громадянина у відносинах між особою та державою, її органами. Щодо цього Конституційний Суд України висловив свою позицію у Висновку від 2 червня 1999 року № 2-в/99 у справі про внесення змін до статті 46 Конституції України: „Однією з найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою, гарантією закріпленого у статті 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини є стабільність Конституції, яка, крім інших чинників, значною мірою визначається правовим змістом Основного Закону“ (абзац перший пункту 4 мотивувальної частини)⁸.

Конституційний Суд України формує конституційну доктрину в сфері прав та свобод людини і громадянина. Одним із принципів конституційно-правового статусу особи є принцип рівності прав людини, який передбачає неможливість встановлення привілеїв та обмежень прав і свобод особи з огляду на ознаки, передбачені частиною другою статті 24 Конституції України. У Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) Конституційний Суд України наголосив, що із конституційних принципів рівності та справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі⁹.

Важливим у контексті захисту прав і свободи людини є Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України „Про психіатричну допомогу“ (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу)¹⁰, в якому Суд використав доктрину дружнього

8 Гультай М. Правова визначеність у рішеннях Конституційного Суду України / М. Гультай // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 84.

9 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х „Перехідні положення“ Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

10 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України „Про психіатричну допомогу“ (справа про судовий контроль за гос-

відношення до міжнародного права. Конституційний Суд України вважає, що держава, виконуючи свій головний обов'язок – утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) – повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, а й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посилена увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб, до яких належать, зокрема, особи з психічними розладами.

Європейський суд з прав людини, застосовуючи статтю 5 Конвенції, виходить із того, що ця стаття встановлює позитивний обов'язок держави щодо захисту свободи осіб, які перебувають під її юрисдикцією, інакше існувала б значна прогалина в захисті від свавільного затримання, що було б несумісним з важливістю особистої свободи у демократичному суспільстві, тому держава повинна вживати заходів, що забезпечують ефективний захист вразливих осіб (пункт 102 Рішення у справі „Шторк проти Німеччини“ від 16 червня 2005 року; пункт 120 Рішення у справі „Станев проти Болгарії“ від 17 січня 2012 року). Конституційний Суд України вважає за необхідне вказати такий порядок виконання цього рішення: до моменту законодавчого врегулювання питання забезпечення судового контролю за госпіталізацією до психіатричного закладу недієздатної особи на прохання або за згодою її опікуна за рішенням лікаря-психіатра така госпіталізація можлива лише за рішенням суду¹¹.

Це рішення узгоджене з європейськими стандартами у сфері прав людини та підкреслює авторитетну роль Конституційного Суду України в системі захисту прав і свобод людини.

При цьому нормативне включення принципів та норм міжнародного права в українську правову систему передбачає вдосконалення гарантій захисту прав людини, максимально наближує їх до європейських стандартів. Суб'єкти правозастосування (судді) повинні приймати рішення,

піталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 48. – Ст. 1724.

11 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України „Про психіатричну допомогу“ (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 48. – Ст. 1724.

засновані на кращому розумінні та аналізі принципів, які стосуються справи. На підтвердження даної тези слід зазначити, що Конституційний Суд Федеративної Республіки Німеччина прийняв постанову, в якій визначив 15 принципів, які Німеччина вважає частиною своєї правової системи. Німецькі судді при вирішенні справ лише роблять посилання на неї. На нашу думку, аналогічно вирішити дане питання міг би Конституційний Суд України, який здійснює офіційне тлумачення Конституції України.

Окрім цього, варто вказати, що встановлення необхідних конституційних механізмів для реалізації принципу безпосередньої дії основних прав інститутами правосуддя можливе за допомогою інституту конституційної скарги в Україні. Нині найбільш ефективною формою реалізації безпосередньої дії прав людини є інститут конституційної скарги. Як слушно вказує у зв'язку з цим професор А. Селіванов, „конституційна скарга громадян через реформу судової влади 2016 року нарешті стала новим базовим елементом правового життя, підтвердженням пріоритету прав і свобод людини перед будь-яким законом, який їх обмежує, має властивість примусити владу до самообмеження і рухатися з вищими правовими – конституційними цінностями”¹².

Конституційний Суд України за індивідуальними конституційними скаргами оцінює конституційність правозастосовної практики, що є додатковою гарантією забезпечення безпосередньої дії основних прав. Цей доктринальний підхід закріплений у статті 151¹ Конституції України¹³, відповідно до якої Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано. Дане конституційне положення опосередковано зробить можливою оцінку конституційності судових рішень та мінімізує інституціональні протиріччя в судовій владі.

12 Селіванов А.О. Право на „конституційну скаргу“ доповнило систему гарантій захисту прав і свобод людини / А.О. Селіванов // Голос України. – 2016. – № 115 (6369). – С. 4.

13 Конституція України від 28 червня 1996 року в редакції від 2 червня 2016 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996.– № 30. – Ст. 141.

DER SCHUTZ VON MENSCHENRECHTEN DURCH VERFASSUNGSGERICHTE - GEMEINSAME PRINZIPIEN IN EUROPA

1. Der anthropozentrische, auf den Menschen bezogene Grundansatz im Verfassungsrecht

Der gegenwärtige Konstitutionalismus ist durch die Tendenz der *Individualisierung* gekennzeichnet: der Mensch wird in steigendem Maße anerkannt als Zentrum der Politik und auch des Verfassungsrechtes. Die Zielsetzung des Rechts, wie sie sogar aus römischrechtlicher Perspektive als „*constitutum hominum causa*“¹ beschrieben wird, ist heute auch im Verfassungsdenken anerkannt: das Recht besteht *um des Menschen willen*.

Die *Würde des Menschen* ist die echte Basis einer demokratisch-liberalen Verfassungsordnung von heute, unabhängig davon ob dieser Basiswert im Text der Verfassung geschrieben ist oder nicht.

Die Würde des Menschen impliziert notwendig die *Freiheit des Individuums als Prinzip*, Freiheit, die auf der Grundlage der Gleichheit mit anderen Individuen geteilt werden muss.

Das Ziel öffentlicher Gewalt ist aus dieser Perspektive ausschließlich das Ziel, dem Individuum zu dienen, sei es direkt oder indirekt. Öffentliche Interessen sind deshalb nur legitim, wenn sie mit dieser auf die Freiheit des Individuums gegründeten Zielrichtung im Einklang stehen.

Einschränkungen der Freiheit zur Verwirklichung öffentlicher Interessen müssen als *Ausnahmen* zum Prinzip der Freiheit gesehen werden, Ausnahmen, die legitimiert sein müssen: in ihrer *Substanz* dadurch, dass sie direkte oder indirekte Mittel im Dienste des Individuums sind, und in ihrer *Modalität* dadurch, dass Beschränkungen der Freiheit nur dann erfolgen, wenn sie notwendig und moderat sind, also dem Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* entsprechen.

Dieser *anthropozentrische Ansatz* - die Akzeptanz der auf die Würde des Menschen gegründeten Freiheit des Individuums, das Einschränkungen nur unterliegt, wenn sie in Substanz und Modalität legitimiert sind – ist den demokratisch-liberalen Systemen in Europa und auch darüber hinaus

1 Hermogenianus libro primo iuris epitomarum, Dogest I 5.2, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-01.htm#5>

gemeinsam. Dies kann allerdings nur festgestellt werden für Systeme, die nicht die substantielle Demokratie in eine rein formale Demokratie, eine Scheindemokratie, deformieren.

Demokratie und Freiheit bilden eine „funktionale Einheit“; Demokratie ist der Ausdruck individueller Selbstbestimmung in der Gesellschaft und Ausdruck auch der menschlichen Würde, somit auch die Grundlage der Freiheit. Diese funktionale Verbindung wurde mit Recht vom deutschen Bundesverfassungsgericht, speziell in seiner Entscheidung über den Vertrag von Lissabon (2009), zum Ausdruck gebracht².

Verfassungstexte konkretisieren das Prinzip der Freiheit durch ein Spektrum von Menschen- und Grundrechten, vielfältig im Detail, aber ähnlich und konvergent in der Grundidee.

Die Grundrechte bilden den Werteteil einer Verfassung und sind deshalb in besonderer Weise Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsgerichte (oder in einigen Ländern Oberste Gerichtshöfe) sind die (höchsten) Hüter der Verfassungsordnung und entwickeln Prinzipien hinsichtlich der *Substanz* (den Inhalt der Menschen- und Grundrechte betreffend) und hinsichtlich der *Funktion* (also der Art und Weise der Interpretation und des Verständnisses dieser Rechte).

2. Die vier Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen des Schutzes der Menschen- und Grundrechte

Der Schutz der Grundrechte ist Aufgabe eines jeden Zweiges der Gerichtsbarkeit, insbesondere derjenigen Gerichte, die über Angelegenheiten mit besonderem Bezug zum Verhältnis zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt entscheiden, also die Verwaltungsgerichtsbarkeit und, betreffend die Gesetzgebung, die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Überprüfung von Gesetzen ist regelmäßig bei Verfassungsgerichten konzentriert (oder, wie in Frankreich, bei Verfassungsräten – Conseil constitutionnel – oder bei Oberen/Obersten Gerichten wie in der Schweiz und in Irland). Eine dezentrale Form der Gesetzeskontrolle ist selten und beschränkt sich allenfalls auf die Feststellung der Unanwendbarkeit eines Gesetzes, schließt aber die Annullierung eines Gesetzes aus.

a) Die Funktion der Dynamisierung der Grund- und Menschenrechte

Die Verfassung ist ein lebendes Instrument („*living instrument*“). Sie wird in einem bestimmten historischen Zeitpunkt geschaffen, aber ist dazu bestimmt,

² http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html (English version), recitals 211, 212.

für die Zukunft effizient Wirksamkeit zu entfalten. Die Verfassung muss ihren Inhalt den größeren sozialen Veränderungen anpassen. Grundrechte müssen aus verschiedenen Perspektiven, die sich im Lauf der Zeit verändern können, betrachtet werden. Das Verständnis des Inhalts der Rechte hängt von den Überzeugungen der Gesellschaft, vom „Zeitgeist“ ab. Sicherlich, Normen, auch Verfassungsnormen, haben *direktiven*, regulierenden Charakter, mit Gestaltungswirkung für die Gesellschaft. Da aber solche Normen zu einem beträchtlichen Teil unbestimmt, offen sind, erhalten sie Impulse von außen, von den tatsächlichen Entwicklungen. Sie haben sich in ihrer regulativen Dimension diesen Entwicklungen anzupassen, dies zu einem gewissen Grade, natürlich nicht total. Recht ist nicht statisch, Recht ist seiner Natur nach *evolutiv*.

Der dynamische, evolutive Charakter des Rechts ist in besonderem im Verfassungsrecht sichtbar, und noch mehr im „transnationalen Verfassungsrecht“, der supranationalen Rechtsordnung der Europäischen Union mit seiner Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention.

b) *Die Funktion der Effektivierung der Grund- und Menschenrechte*

Das Prinzip der Freiheit, wie es oben dargestellt wurde, erfordert das Bestehen wirkungsvoller Rechte, *effizient in substanzieller* und in *funktionaler* Hinsicht³.

Der Schutz des Individuums durch Grundrechte muss *lückenlos, umfassend* sein. Das Prinzip der Freiheit erfordert dies und ist die (geschriebene oder ungeschriebene) Grundlage für diese Vollständigkeit des Schutzes. Aus dem Prinzip der Freiheit, das jeder demokratisch-liberalen Verfassung zu Grunde liegt, resultiert die Kompetenz und sogar die Verpflichtung der Richter, insbesondere der Verfassungsrichter, den geschriebenen Verfassungstext durch Interpretation in diesem Sinne zu ergänzen. Die Aufgabe und die Pflicht zur *Kompletzierung* des Grund- und Menschenrechtsschutzes ist ganz wesentlicher Bestandteil des gegenwärtigen Verfassungsrechts.

Die Beispiele, die man dafür anführen kann, dass Gerichte diese Aufgabe erkannt haben und auch wahrnehmen, sind zahlreich, und dies nicht nur im Bereich des nationalen, sondern auch des transnationalen Verfassungsrechts. Man denke nur an die Ergänzung des geschriebenen Textes des Grundgesetzes durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, das die

3 R. Arnold, Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus, in: Von der Kultur der Verfassung. Festschrift für Friedhelm Hufen, 2015, 1 ff.

verfassungsrechtliche Verankerung des Schutzes persönlicher Daten in wichtigen Entscheidungen bekräftigt hat.⁴

Die Komplettierung des geschriebenen Schutzes durch Interpretation ist wesentliche Dimension der *substanzielle* Effektivierung der Grund- und Menschenrechte.

Substantielle Effizienz muss durch *funktionelle* Effizienz, die Stärkung der *Funktion* der Rechte, ergänzt werden. Ihre Funktion muss durch Interpretation „optimiert“ werden, dies im Einklang mit dem Prinzip des „*effet utile*“, wie es von den europäischen Gerichten entwickelt worden ist. Dieser Prozess der Optimierung gilt für geschriebene ebenso wie für ungeschriebene Garantien. Optimierung heißt, dass das Optimum an Schutz durch das betreffende Recht im Wege der Interpretation angestrebt wird. Dies ist nicht notwendig das Maximum, sondern kann sich aus der Abwägung mit anderen Rechten und den Rechten anderer als das „optimal Erreichbare“ ergeben. Dies ist letztlich das Ergebnis eines Prozesses, der mit Herstellung der „praktischen Konkordanz“ bezeichnet wird.⁵

Den Grundrechtsschutz effizient zu machen bedeutet aus der funktionalen Sicht auch, dass die Einschränkungen der Freiheit selbst wieder eingeschränkt werden: so ist es inzwischen verfassungsrechtliches Gemeingut, dass der Gesetzgeber, der Grundrechte einschränkt, deren *Wesensgehalt* zu beachten hat. Dies mag, wie in Art. 19 Abs. 2 GG, eine geschriebene Anforderung sein, dies kann sich aber auch aus der Rechtsprechung selbst ergeben. Vor allem aber ist es das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (welches sich nicht nur in Europa, sondern universell etabliert hat), das sorgfältig zu beachten ist. Mehr noch als im Verfassungstext ausdrücklich geschrieben ist dieses Prinzip in der Rechtsprechung entwickelt worden. Beispiele aus zahlreichen Ländern belegen dies.

c) *Die Funktion der Integration von Freiheit und Rechtsstaatlichkeit*

Das moderne Konzept der Rechtsstaatlichkeit ist *wertgebunden*. Dies bedeutet, dass Rechtsstaatlichkeit als notwendige Bestandteile diejenigen Werte einschließt, die durch die Grund- und Menschenrechte garantiert werden. Schutz der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit sind miteinander verbunden und bilden (wie dies oben für Demokratie und Freiheit gesagt wurde) eine „funktionale Einheit“.⁶

4 BVerfGE 65, 1; vgl. auch BVerfGE 115, 320; 120, 274; 125, 260;

5 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1991, Rn. 317, 318 (S. 133/134).

6 FR. Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, *Revue française de droit constitutionnel*, numéro spécial, 25 ans de droit constitutionnel, no 100 (Décembre 2014), pp. 769 – 776.

Auch die wichtigen Einzelaspekte der Rechtsstaatlichkeit, wie sie durch die Rechtsprechung entwickelt wurden, sind unersetzlich auch für den Schutz der Freiheit: Rechtssicherheit, insbesondere Klarheit und Bestimmtheit des Gesetzes, Verhältnismäßigkeit, Rückwirkungsverbot, verfahrensrechtliche Anforderungen, die Justizlabilität der Beschränkungen der Freiheit usw.

Die Verfassungsrechtsprechung hat die Aufgabe, diese funktionale Einheit zu verwirklichen; nur so lässt sich die anthropozentrische Finalität des Rechts erfassen.

d) *Die Funktion der Internationalisierung der Grund- und Menschenrechte*

Diese Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet, die nationalen Rechtsgarantieren mit denjenigen des internationalen Rechts zu harmonisieren, insbesondere mit denjenigen die in regional-internationalen Instrumenten wie der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert sind.

Die Internationalisierung des Individualschutzes ist eine notwendige Konsequenz des Vorranges des internationalen Rechtes über das nationale Recht, Vorrang, der auch der Tendenz zur Globalisierung entspricht. Dieser Prozess begünstigt die regionale und universelle Harmonisierung der Schutzstandards. Die Vervielfältigung des Grund- und Menschenrechtsschutzes auf verschiedenen Ebenen – in der nationalen Rechtsordnung, im supranationalen Recht und auf Konventionsebene⁷ - und die Harmonisierung der Standards sollen die Schutzintensität nicht schwächen, etwa durch Reduzierung eines hohen auf einen niedrigeren Standard, sondern müssen im Gegenteil den Schutz verstärken.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Harmonisierungstendenz in seiner Entscheidung im Fall „Görgülü“ (2004)⁸ wesentlich vorangebracht. Es hat darin die Regel aufgestellt, dass die nationalen Grundrechte, soweit dies möglich ist, im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu interpretieren sind. Die Nichtbeachtung des internationalen Standards der Menschenrechtskonvention führe zu einer Verletzung sogar der nationalen Grundrechte und eröffne den Weg der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht.

7 Miruna Tudorascu, *The Protection of Human Rights in European Union*, Zeszyty Luksemburskie, Lublin 2013, Kulturowe i cywilisacyjne uwarunkowania x statusu jednolitego ; R. Arnold, *Protección de los derechos fundamentales (en Europa)*, in: Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coord.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, ISEG Roma-Perugia-México, 2013, S. 555 – 565; D. Merten, H.-J. Papier, R. Arnold (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa, 2016

8 http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html, Rn.32,33

Dieses Phänomen der Internationalisierung des Individualschutzes ist eine gemeinsame europäische Tendenz, die entweder im Text der Verfassung selbst zum Ausdruck kommt, wie in Art. 10 der spanischen Verfassung, oder die durch die Verfassungsrechtsprechung entwickelt wird.

Die Frage der Internationalisierung ist eingebettet in die Dichotomie von nationaler Verfassungsautonomie (gelegentlich auch Verfassungsidentität genannt) und der Rezeption internationaler Standards, die der universellen Gemeinschaft oder einer regionalen Staatengruppe, die auf einer kohärenten Rechtskultur wie in Europa beruht, gemeinsam sind.

Diese Dichotomie potentiell gegensätzlicher und widerstreitender Wertevorstellungen muss ausbalanciert werden im Sinne eines moderaten Subsidiaritätskonzeptes, das die grundlegenden, unverzichtbaren Standards aufrecht erhält und die nationale und internationale Perspektive zu einer Harmonie optimiert.

In meiner kurzen Präsentation habe ich versucht, vier grundlegende Prinzipien, vier Tendenzen aufzuzeigen, wie Grund- und Menschenrechte von der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa durch Interpretation erfasst werden.

Dr. Brigitte Bierlein,
Vizepräsidentin
Verfassungsgerichtshof Österreichs

INTERNATIONALE KONFERENZ ANLÄSSLICH DES 20-JÄHRIGEN BESTEHENS DES VERFASSUNGSGERICHTS DER UKRAINE

Verfassungsgerichtsbarkeit als ständiger Prozess

Zunächst herzlichen Dank für die Einladung, bei dieser wichtigen internationalen Konferenz sprechen zu können. Präsident *Gerhart Holzinger*, der wegen der zeitgleich stattfindenden Beratungen im österreichischen Verfassungsgerichtshof verhindert ist, wünscht der Konferenz einen erfolgreichen Verlauf.

Anlass für das heutige Zusammentreffen ist das nunmehr 20-jährige Bestehen des Verfassungsgerichts der Ukraine.¹ Im Namen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes gratuliere ich den Kolleginnen und Kollegen des ukrainischen Verfassungsgerichts herzlich zu diesem besonderen Jubiläum.

1. Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa

Der österreichische Verfassungsgerichtshof, der mit der republikanischen Verfassung vom 1. Oktober 1920 geschaffen wurde und damit auf eine bald 100-jährige Geschichte zurückblickt, war entwicklungsgeschichtlich gesehen weltweit das erste spezialisierte Verfassungsgericht.² Die entscheidende Neuerung bestand darin, dass die Kompetenz, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu prüfen und Gesetze im Fall ihres Widerspruchs zur Verfassung als verfassungswidrig aufzuheben, bei einem institutionell eigenständigen, auf verfassungsrechtliche Fragen spezialisierten Gericht konzentriert und damit bei diesem monopolisiert wurde.

1 Die Aufgaben und Kompetenzen sind in der ukrainischen Verfassung und dem ukrainischen Gesetz vom 16.10.1996 über den Verfassungsgerichtshof der Ukraine festgelegt, veröffentlicht im Amtsblatt der Werchowna Rada 1996, Nr. 49, S 272 – vgl. *Muraviov*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IX, 2016, § 284, 999 (1002 ff.).

2 Lediglich die damalige Tschechoslowakische Republik hatte schon einige Monate vor der Schaffung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes ein Verfassungsgericht eingerichtet, das jedoch in der Folge keine praktische Bedeutung erlangte. Im Jahr 1921 wurde im Fürstentum Liechtenstein ein als "Staatsgerichtshof" bezeichnetes Verfassungsgericht geschaffen.

Diese staatsrechtliche Neuschöpfung war maßgeblich vom bedeutenden österreichischen Rechtsgelehrten *Hans Kelsen* beeinflusst; zunächst stieß dieses Modell in anderen Ländern auf wenig Resonanz. Erst nach Ende des Zweiten Weltkrieges entfaltete die Verfassungsgerichtsbarkeit österreichischer Prägung eine bemerkenswerte internationale Vorbildwirkung. So sahen etwa die Verfassungen von Italien und der Bundesrepublik Deutschland, später jene der Türkei, Spaniens, Portugals und Frankreichs die Einrichtung eines Verfassungsgerichts vor. Eine Art „sozialistischer Verfassungsgerichtsbarkeit“ existierte seit den 1960er-Jahren in Jugoslawien, in den 1980er-Jahren auch in Polen und Ungarn – allerdings auf Grundlagen, die dem *Kelsen'schen* Konzept wesensfremd waren. Diese Art von Verfassungsgerichtsbarkeit konnte aber in eine „echte“ Verfassungsgerichtsbarkeit münden, wie etwa in den Nachfolgestaaten Jugoslawiens.³

Nach dem politischen Umbruch in Mittel-, Ost- und Südosteuropa in den Jahren 1989 und 1990, dem Fall des Eisernen Vorhangs und dem Zerfall der Sowjetunion, ist in den neu errichteten europäischen Demokratien eine große Zahl von Verfassungsgerichten entstanden. In der Folge verbreitete sich die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit rasch über die ganze Welt. Das Verfassungsgericht der Ukraine hat seine wichtige Aufgabe im Dienste von Rechtsstaat und Demokratie im Jahr 1996 aufgenommen.

Den Verfassungsgerichten, die nach dem Fall des Eisernen Vorhangs und dem Ende der Sowjetunion entstanden sind, kam die eminent wichtige Aufgabe zu, die jeweiligen neuen Verfassungen zu interpretieren. Die schwierigste Herausforderung, die die Verfassungsgerichtsbarkeit in dieser Zeit des Übergangs von Diktatur oder autoritärem Regime zu einem demokratischen Rechtsstaat zu bewältigen hatte, war die verfassungsrechtliche Handhabung des „Systemwechsels“ selbst. Besondere Problemfelder bildeten wohl die „strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung“, eigentumsrechtliche Rückstellungs- und Entschädigungsfragen sowie die Interpretation der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechte und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung.

Von entscheidender Bedeutung war damals auch die Bestimmung der eigenen Position des Verfassungsgerichts im Gefüge der Verfassungsorgane insgesamt – bis hin zur Entscheidung der zentralen Frage, welche Institution in Verfassungsfragen „das letzte Wort“ haben sollte. Wie die politische Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte in den meisten Reformstaaten

3 *Sólyom*, Mythen und Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit – am Beispiel ihrer Entwicklung in Mittel-, Ost- und Südosteuropa, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hrsg.), Verfassungstag 2011, 2011, 18.

zeigt, haben sich die dortigen Verfassungsgerichte überwiegend eine durchaus starke Position erkämpft.

Die „neuen“ Verfassungsgerichte vollbrachten großartige und mutige Leistungen: Mit begrenzten Kompetenzen und in Ermangelung einschlägiger Verfassungsbestimmungen entwickelte etwa das polnische Verfassungstribunal – ohne gesetzliche Grundlage – u.a. seine Kompetenz zur Gesetzesprüfung. Oder das ungarische Verfassungsgericht verweigerte – gegen das Verfassungsgerichtsgesetz – die Prüfung von Gesetzesentwürfen, weil es dies nicht als Aufgabe eines Verfassungsgerichts betrachtete. Fast alle damals entstandenen Gerichte gestalteten mit großer Kreativität das eigene Verfahren.⁴

Zwei Jahrzehnte nach der Gründung und der nunmehr erfolgten Etablierung stellt sich – nicht nur in der Ukraine – die Frage nach den Möglichkeiten und Wegen einer Weiterentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und des Grundrechtsschutzes im Besonderen. Dazu möchte ich in der gebotenen Kürze folgende Überlegungen anstellen:

2. Dialog und Rezeption

Die Verfassungsgerichte Europas sind in zunehmendem Maße mit dem Phänomen der Internationalisierung konfrontiert. Staatliches Recht und Völkerrecht stehen nicht mehr isoliert nebeneinander, sondern sind immer mehr miteinander verbunden. Dieses Zusammenwirken von Rechtsnormen unterschiedlichen Ursprungs beeinflusst auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung. Dies gilt vor allem im Bereich der Grundrechte: Neben den nationalen Grundrechtsgarantien stellt auf völkerrechtlicher Ebene die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) eine verbindende Klammer dar, die auf unionsrechtlicher Ebene durch die (primärrechtlich verankerte) Europäische Grundrechte-Charta (GRC) ergänzt wird. Diese Kodifikationen werden auf Ebene des Europarates u.a. durch die Europäische Sozialcharta, das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) sowie das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin ergänzt. Festzustellen ist eine zunehmende Parallelität grundrechtlicher Gewährleistungen auf nationaler und internationaler Ebene.

Grundrechtsschutz ist daher sowohl in rechtlicher als auch in faktischer Hinsicht – das hat nicht zuletzt die Flüchtlingsbewegung im Herbst des

⁴ *Sólyom*, *Mythen und Wirklichkeit* (FN 3), 22 f.

vergangenen Jahres gezeigt – keine autonom innerstaatliche Angelegenheit, sondern bedarf eines gemeinsamen, grenzüberschreitenden Wirkens.

Welche aktive Rolle können Verfassungsgerichte in diesem Zusammenhang einnehmen?

Zum einen erachte ich den Erfahrungs-, Meinungs- und Gedankenaustausch sowie die Kooperation zwischen den einzelnen Verfassungsgerichten als überaus wichtig. Der Umstand, dass Verfassungsgerichte nicht mehr auf die Auslegung des jeweiligen innerstaatlichen Verfassungsrechts beschränkt sind, macht einen Blick über den „eigenen Tellerrand hinaus“ unerlässlich. Mehr denn je ist eine verstärkte Zusammenarbeit und Dialogbereitschaft aller dem Grundrechtsschutz verpflichteten Akteure gefragt und wird auf Veranstaltungen wie dieser praktiziert. Bedeutsame Einrichtungen sind die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, deren letzter Kongress im Mai 2014 in Wien stattgefunden hat, und die Venedig-Kommission. Der österreichische Verfassungsgerichtshof darf für sich in Anspruch nehmen, beim Aufbau und Ausbau eines „Europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“⁵ eine Vorreiterrolle einzunehmen; er fordert und fördert den Dialog zwischen Wien und anderen nationalen Verfassungsgerichten innerhalb und außerhalb Europas.

In bilateraler Hinsicht ist es mir an dieser Stelle ein besonderes Anliegen, hervorzuheben, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof seit Jahren ganz hervorragende Beziehungen zum Verfassungsgerichtshof der Ukraine unter der Leitung seines Präsidenten *Yuri Baulin* (*Chairman of the Constitutional Court of Ukraine*) unterhält. Ich bin überzeugt, dass dieses von gegenseitiger Achtung und großem Respekt getragene Verhältnis auch künftig hervorragend gedeihen wird.

Zum anderen können Verfassungsgerichte auch durch ihre Rechtsprechung eine verbindende Funktion einnehmen: Nationale Lösungen, insbesondere im Grundrechtsbereich, können Vorbildfunktion für internationale Lösungen haben.

Zudem stellt die Publikation höchstgerichtlicher Entscheidungen – sowohl der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes als auch jener des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte – sicher, dass sich die Wissenschaft aktiv am Diskurs um den gerichtlichen Grundrechtsschutz beteiligen und die Entscheidungen maßstabbildend für die nationalen Gerichte wirken können.

5 Zu dem vom Präsidenten des deutschen Bundesverfassungsgerichtes geprägten Begriff vgl. *Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1.

3. Ausweitung des Zuganges des Einzelnen

Die Effektivität des Grundrechtsschutzes steht in engem Zusammenhang mit der Möglichkeit des Einzelnen, die Einhaltung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte bei einem dafür spezialisierten Gericht einzufordern. Für die Fortentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit wesentlich ist daher der Abbau von Hürden beim Zugang zum Verfassungsgericht. Auch im österreichischen Verfassungsgefüge sind – trotz seiner bald 100-jährigen Tradition – regelmäßig Adaptierungen notwendig, um auftretende Rechtsschutzlücken zu schließen.

Nach dem System der österreichischen Bundesverfassung dürfen Gerichte (ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte) nicht selbst die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen beurteilen und diese im Fall der Verfassungswidrigkeit unangewendet lassen; sie sind vielmehr berechtigt und verpflichtet, bei Zweifeln hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines anzuwendenden Gesetzes beim österreichischen Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung zu stellen.

Der Instanzenzug im Bereich der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit führt letztlich zum Obersten Gerichtshof, dessen Entscheidungen nicht beim österreichischen Verfassungsgerichtshof anfechtbar sind. Demgegenüber können Entscheidungen (Erkenntnisse und Beschlüsse) der Verwaltungsgerichte sowohl beim Verfassungs- als auch beim Verwaltungsgerichtshof angefochten werden. Um dieses Ungleichgewicht zwischen dem Rechtsschutzsystem der Verwaltung und jenem der Gerichtsbarkeit zu schließen, hat der österreichische Verfassungsgesetzgeber im Jahr 2015 mit dem sogenannten „Parteienantrag auf Normenkontrolle“ ein neues Instrument eingeführt, das den Parteien eines Zivil- oder Strafprozesses nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens die Möglichkeit einräumt, von sich aus die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer im Verfahren angewendeten Norm an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. Der Zugang der Prozessparteien zur Verfassungsgerichtsbarkeit erfolgt damit nicht mehr bloß in mediatisierter Form (durch die Gerichte), sondern steht dem Betroffenen unmittelbar offen.

Ein umfassender Grundrechtsschutz ist nur dann gegeben, wenn die Initiative zur Prüfung genereller Normen von den Rechtsunterworfenen selbst ausgeht.

4. Überlange Verfahrensdauer

Ein letzter Punkt, auf den ich kurz eingehen möchte, ist das Gebot der angemessenen Verfahrensdauer: Nach Art. 6 Abs. 1 der Europäischen

Konvention für Menschenrechte das Gericht „innerhalb angemessener Frist“ zu entscheiden. In diese Pflicht bezieht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die nationalen Verfassungsgerichte mit ein.⁶ Diese Garantie ist einerseits Bestandteil des Gebots effizienten gerichtlichen Rechtsschutzes, steht andererseits aber in einem Spannungsverhältnis zu den einzelnen Gewährleistungen des fairen Verfahrens, da ein Mehr an Verfahrensrechten regelmäßig das Verfahren verlängert.

Für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer entscheidend sind die Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer, die Komplexität des Falles, das Verhalten des Beschwerdeführers sowie das Verhalten der Behörde.⁷ Kommt es im Einzelfall zu einer Überschreitung der angemessenen Verfahrensdauer, so muss dies zwar nicht notwendig zur Feststellung einer Verletzung führen, vielmehr kann der Staat für derartige Fälle auch kompensatorische Maßnahmen vorsehen, wie zB die Herabsetzung von Strafen, die Einstellung eines Strafverfahrens oder die Zahlung einer Entschädigung. Aber auch Rechtsbehelfe präventiver Natur sind denkbar und deren Einführung allenfalls geboten (zB Fristerstreckungsanträge, Antrag auf Einstellung eines Ermittlungsverfahrens, Verjährungsbestimmungen).

Aus dem Gebot angemessener Verfahrensdauer folgert der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber auch eine Pflicht des Staates, seine Gerichtsbarkeit so zu organisieren, dass Verfahren innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens abgeschlossen werden können. Weder die Komplexität eines Falles noch Schwierigkeiten im Verfahren befreien die Mitgliedstaaten, von ihrer Verantwortung, Mechanismen zur Sicherstellung einer angemessenen Verfahrensdauer bereitzustellen. Der Staat ist daher verpflichtet, gesetzgebende, aber auch sonstige organisatorische und budgetäre Maßnahmen zu ergreifen.

Damit darf ich meine Ausführungen schließen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

6 EGMR 25.2.2000, Gast und Popp gegen Deutschland, 29357/95.

7 Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK6 (2016) § 24 Rz 81 ff.

Ms. Elena Gosheva,

President of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia

CONSTITUTIONAL CONTROL AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Dear Chairman,

Dear colleagues, ladies and gentlemen,

Allow me, on behalf of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia and on my personal behalf, to congratulate you on this significant jubilee - the 20th anniversary of the Constitutional Court of Ukraine, and to thank you for the invitation extended to our Court to participate in the International Conference organised by the Constitutional Court of Ukraine on this occasion. I would like to convey to the colleagues from the Constitutional Court of Ukraine the regards from the judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia and their sincere wishes for success in your future work and for further deepening of the already established bilateral cooperation and friendly relations between our courts.

Not only will the participation in this meeting enable us to exchange experiences and information on the exercise of our functions related to the topic of the Conference, but it is also an opportunity for closer acquaintance and creation of closer mutual contacts between the participants and the institutions represented at this Conference.

With the Constitution of the Republic of Macedonia as a modern civil state created the need for reaffirmation of the system for civil and personal responsibility combined with the principles of social and ruled-by-law state. The civil concept of building a democratic state, which follows the principle of citizenship, requires primary valuation of the freedoms and rights of human and citizen. The citizen is at the heart of the constitutional and political system, and Article 2 paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Macedonia defines that: "In the Republic of Macedonia sovereignty derives from the citizen and belongs to the citizen". The Constitution of the Republic of Macedonia defines and outlines the freedoms and rights and creates constitutional-legal frameworks for their exercise. However, the Constitution, in this domain, is not declarative but contains all the prerequisites for ensuring effectiveness for their exercise and their full protection.

Our Constitution conceptually is designed in a way that it gives human freedoms and rights paramount importance in two of their aspects: **first**, fundamental freedoms and rights of human and citizens recognised in international law and set down in the Constitution are determined as basic, fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia, and **second**, their constitutional-legal determination in the normative part of nearly 60 articles which are systematised and precede the statutory provisions relating to the organisation of state powers emphasise their paramount relevance.

Unfortunately, in recent years and especially in recent months we have witnessed frequent terrorist attacks posing a global threat to democratic societies which rest on the principles of the rule of law and protection of human rights.

After the tragic events of 11 September 2001, the countries have stepped up their efforts to combat the global threats of terrorism and violent extremism. The measures taken for this purpose often threaten and restrict human freedoms and rights, including the right to a fair trial and the rights to privacy and freedom of expression and association. These measures have a basis in international human rights documents which set forth limitations on certain human rights because of the need to protect national interests and public security, such as the rights guaranteed by Article 8 (right to privacy), Article 9 (freedom of religion), Article 10 (freedom of expression) and Article 11 (freedom of peaceful assembly), which rights may be restricted due to national security or public safety. However, although national security and public safety may justify restrictions on the exercise of certain human rights, such justifications must be subject to strict conditions, which means the measures restricting the right must be prescribed by law and be necessary in a democratic society, that is, proportionate to the purpose for which they are applied.

The limits of the exercise of human rights and freedoms arise from the indisputable truth that no matter how democratic, all-inclusive, extensive and comprehensive they are not absolute. The reason for their relativity is that they are not an end in itself, they are not always exercised personally and individualistically, but in interdependence with the rights and freedoms of others and the interests of the community as a whole.

The constitutional system of the Republic of Macedonia establishes the limits and restrictions on the exercise of human rights and freedoms in volume and measure, with an act and method which prove their reality and feasibility. In this regard, the Constitution approaches very restrictively and

cautiously, in accordance with the principle that “in the Republic of Macedonia everything is allowed that is not prohibited by the Constitution and law.”

The key constitutional provision which dimensions the issue of restrictions and limitations on the enjoyment of the rights and freedoms of the individual and citizen is Article 54 of the Constitution of the Republic of Macedonia, which is contained in Section 3, Chapter II of the Constitution entitled “Restrictions of the fundamental freedoms and rights”. Under this provision, the freedoms and rights of the individual and citizen may be restricted only in cases determined by the Constitution. The freedoms and rights of the individual and citizen may be restricted during a state of war or state of emergency under the provisions of the Constitution. The restriction of the freedoms and rights may not discriminate on grounds of sex, race, color of skin, language, religion, national or social origin, property or social status. The restriction of freedoms and rights cannot apply to the right to life, prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, the legal determination of punishable offences and sentences, as well as the freedom of belief, conscience, thought, public expression of thought and religion.

Hence, it can be concluded that the Constitution of the Republic of Macedonia provides for two types of restrictions on the rights and freedoms of the individual and citizen: a) the restrictions stipulated by separate provisions governing individual rights and freedoms, and b) restrictions during states of war and emergency.

Thus, for instance, Article 12 of the Constitution guarantees the inviolability of human freedom, thereby stipulating that human freedom may, nevertheless, be restricted on the basis of a court decision and in cases and procedure defined by law.

There may be exception from the freedom and confidentiality of correspondence and all other forms of communication guaranteed by Amendment XIX to the Constitution only on the basis of a court decision, and provided that it is necessary to conduct criminal proceedings or if the interests of defence of the Republic require that.

Article 20 of the Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the citizens the freedom of association with a view to exercising and protecting their political, economic, social, cultural and other rights and convictions. Citizens may freely set up associations of citizens and political parties, join them or resign from them. However, the Constitution provides for an indirect exception, that is, derogation from this guaranteed freedom of association in a manner that it stipulates that the set up of associations of citizens and political parties whose programmes are directed at the violent overthrow of

the constitutional order of the Republic, or at encouragement or incitement to military aggression or ethnic, racial or religious hatred or intolerance is prohibited. Military or paramilitary associations which do not belong to the Armed Forces of the Republic of Macedonia are also prohibited.

Article 26 of the Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the inviolability of the home, but this right may be restricted by a court decision in the detection or prevention of criminal offences or the protection of people's health. The right to free movement on the territory of the Republic, guaranteed by Article 27 of the Constitution, may be restricted based on a law only in cases where it is necessary for the protection of the security of the Republic, conduct of a criminal procedure or protection of people's health.

In addition to these restrictions stipulated by the Constitution for the individual rights and freedoms, there is a general restriction of freedoms and rights in the event of states of war or emergency. This restriction is strictly time-dimensioned and may be stipulated under the provisions of the Constitution, which means that there must be a state of war or emergency and the same be declared under the Constitution.¹

From the analysis of these provisions it may be noted that in regulating the question of when and under what terms and criteria the freedoms and rights of the individual and citizen may be restricted, the Constitution takes as a starting point one of the fundamental legal principles known and applicable in the case-law, in particular in the case-law of the European Court of Human Rights. Namely, the interpretation of these provisions leads to the conclusion that these rights and freedoms may be subject to restrictions only on the basis of a court decision (or law) and under the conditions and procedures prescribed by law. This means that the Constitution refers to the court's decision and the law as an institutional tool determining the need to restrict the freedoms and rights if there is necessity to protect, achieve or satisfy any interest of a "bigger, broader" relevance. This means that the restriction may "enter into force" only when and if there is a real and pressing need for the introduction of the restriction itself as a necessary and only measure whose application would allow protection of that "broader" interest. Obviously the Constitution takes as a starting point the necessity to ensure a balance between various competing interests. The restriction

1 Under Article 124 of the Constitution, a state of war exists when direct military danger of an attack on the Republic is impending or when the Republic is attacked or war is declared on it. A state of war is declared by the Assembly by a two-third majority vote of the total number of Representatives, upon the proposal of the President of the Republic, the Government or at least 30 Representatives. The same procedure is provided for the state of emergency which is defined as a state when major natural disasters or epidemics occur.

of the freedom or right is in relation to the need for implementation of a legitimate aim, the interest in achieving this aim and democracy. The protection of the security and defence of the state, the protection of the public interest, disclosure or prevention of crimes, prevention of the violent overthrow of the constitutional order, are all legitimate aims provided for in the Constitution and for the exercise of which the freedoms and rights of the individual and citizen may be restricted.

According to the above constitutional provisions, the restriction of the rights and freedoms is very restrictive, in terms that it cannot be discriminatory, but also because the Constitution defines certain freedoms and rights that may not be restricted. These are the rights considered to be inviolable and untouchable, such as the right to life, prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, legal determination of punishable offences and sentences, and freedom of belief, conscience, thought, public expression of thought and religion.

The constitutional jurisdiction of the Constitutional Court to ensure the exercise and protection of the rights and freedoms of the individual stems from the very constitutional guarantee of freedoms and rights, which is contained in Article 50 of the Constitution. Under this Article, every citizen may invoke the protection of freedoms and rights defined by the Constitution, before the courts and the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, in a procedure based upon the principles of priority and urgency. The Constitutional Court accomplishes the protection of the rights and freedoms of the individual and citizen in two ways, directly and indirectly. The indirect protection of freedoms and rights is exercised through the protection of the principle of constitutionality and legality, that is, through the abstract control of the laws and bylaws. This means that all legal acts and provisions envisaging restrictions on freedoms and rights be subject to assessment of their constitutionality by the Constitutional Court, whose task is to assess whether in the legal regulation the legislator adhered to the frameworks of the Constitution and the strict provisions referring to the possibility of restricting certain freedoms and rights. Although, as I have said before, for the purposes of protecting national security and public safety the restriction of certain human rights and freedoms may be justified, such justification must be subject to certain strict conditions, which restrictions must be defined in a clear and precise manner and be necessary and proportionate to the goals desired to be achieved.

The very assessment of that balance, that is, the balance between national security and the enjoyment of human rights and freedoms is the

task of the Constitutional Court, which thereby takes as a starting point the national law, that is, the national Constitution and its interpretation, but also international norms and standards and case-law of international courts, first of all the case-law of the European Court of Human Rights, which provides guidelines and criteria for the assessment of the balance between public and private interests. As an example of the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia I would note the Court's Decision U.no.139/2010 of 15 December 2010 annulling several provisions of the Law on Electronic Communications. In its decision the Court pointed to the following: "Although the methods and techniques for interception are secret and are aimed at identifying the content of the communication in order to prevent or detect crimes, allow the conduct of criminal proceedings or when the interests of security and defence of the Republic require that, the Court finds that the impugned provisions of the Law do not contain sufficient safeguards against possible abuse by the authorised body with the given technical possibility for continuous and independent monitoring of the content of communications, as well as collecting the required data related to the realised communication. This for a reason that the provisions governing the area of monitoring must be sufficiently precise and predictable, may not allow improvisation and interpretation in order not to pose threat to monitor everyone to whom the law may be applied and not to encroach unconstitutionally and illegally the citizens' right to freedom of correspondence and communication. More specifically, the legal regulation referring to the application of measures to monitor communications should include a crystal clear idea of the circumstances and conditions under which a public authority is entitled to resort to the use of this measure, the manner in which the interception is conducted, the cases in which interception of communications is justified, the authority issuing the order for interception of communications. Everything else goes in the direction of unlimited power and is in contradiction with the principle of the rule of law."

Notwithstanding the requirement for clarity and precision of legal provisions on interception of communications, the Court in this decision clearly pointed out the need to respect the constitutional provision which stipulates a 2/3 majority for the adoption of the law that regulates the interception of communications, and the need to regulate by law the right to protection against abuse, and the supervision of the implementation of the measure - interception of communications.

Regarding the right to public assembly, which is one of the rights that can be restricted in order to ensure national security in a state of emergency, from the constitutional case-law of the Constitutional Court of the Republic

of Macedonia I would single out the case U.no.31/2006 in which the Court assessed the constitutionality of several provisions of the Law on Public Assemblies, which envisaged restriction of the exercise of the right of peaceful assembly. In this case the Court stated that “any restriction on the exercise of the freedom of public assembly must pass the test of proportionality, achieve a fair balance between the rights of citizens exercising their freedom of peaceful assembly and the rights and interests of other citizens, that is, other values and protected public interest as a legitimate aim of the restriction”... and that “restricting the right of public assembly is justified only when it is necessary to protect a defined and prescribed public interest, that is, when those inconveniences gain the character of a serious violation of values of public interest, and of the rights and freedoms of others.

In this case, the Constitutional Court *inter alia* evaluated the constitutionality of the provision stipulating certain restrictions on public assembly near health institutions, kindergartens and schools and highways. The Court concluded that: “the legislator envisaged certain restrictions on the right of peaceful assembly, which related to the manner and timing of public assemblies in certain locations which due to their nature and purpose are important to the society and legally protected interests. In that sense, the regulation of the place, time and manner of exercising the right of peaceful assembly is justified due to the need to take into account all interests competing with the freedom of assembly. The restrictions provided for in the contested provision of Article 2-a of the Law on Public Assemblies, according to the Court, are minimal and contain a clear and understandable criterion of necessity. .. they do not constitute excessive and disproportionate restriction of the right to peaceful assembly, as a result of which it did not question the conformity of this challenged provision with Article 21 of the Constitution.”

Finally, I would like to summarise: current challenges such as terrorism and threats to national security of states impose the need for countries to use a wide range of legislative, administrative and political measures, and strategies and policies which should be firmly based and in accordance with the international law covering the area of human rights. This applies especially to measures that restrict the enjoyment of certain human rights and freedoms, which restrictions must have a basis in the Constitution, and be justified, proportionate and non-discriminatory, because that is the only way to achieve democracy and the rule of law, which are the fundamental principles on which the democratic society rests.

Welcoming the Chairman, Judges and the full composition of the Constitutional Court of Ukraine, once again I congratulate you on the jubilee and wish you success in further activity.

Thank you for your attention.

DER VERFASSUNGSRECHTLICHE SCHUTZ DER SOZIALEN GRUNDRECHTE UND IHRE ANWENDUNG IN ZEITEN DER WIRTSCHAFTLICHEN KRISE

1. Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialen Grundrechten

Die ersten Grundrechtskataloge in der Geschichte waren bekannterweise Leben, Freiheit, Gleichheit und Eigentum gewidmet.¹ Geprägt waren diese Grundrechtskataloge von dem Menschenbild des selbstbestimmten Bürgers, dem der Staat in hinreichendem Umfang Entfaltungsmöglichkeiten lassen musste, und dies tat er am besten, indem er sich einer Einmischung in die Angelegenheiten des Bürgers weitestgehend enthielt. Die sogenannten Grundrechte der ersten Generation waren dementsprechend darauf gerichtet, eine Privatsphäre des Bürgers gegenüber dem Staat zu sichern. In ihrem Inhalt waren sie darauf aus, den Staat in seinem Handeln zu beschränken. Derartige Verbote werfen in der Regel in ihrer Implementierung keine großen dogmatischen Probleme auf.

Die Grundrechte der zweiten Generation, die sogenannten sozialen Grundrechte bildeten eine Antwort auf die Änderung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Mehrheit der Bevölkerung entsprach nicht dem Ideal des – auch wirtschaftlich – selbstbestimmten Bürgers, sondern wurde gebildet von einem in Lohnabhängigkeit stehenden Proletariat, dessen wirtschaftliche Grundlage sehr oft nicht hinreichte den Lebensunterhalt für den einzelnen bzw. seine Familie zu sichern, und der in Notlagen bedingt durch Unfälle, Krankheit oder Alter in große Bedrängnis geriet. Dies bedrohte oft die Existenz, in jedem Fall erlaubten die prekären Lebensumstände nicht, die Rechte wahrzunehmen, die einem freien Bürger eigentlich zustanden. Der Staat sollte sicherstellen, dass für die Bürger die materiellen Grundlagen geschaffen werden, dass sie die Rechte eines freien Bürgers wahrnehmen können. Damit wurden die sozialen Grundrechte oder Grundrechte der zweiten Generation geboren. Die Diskussion um sie befeuerten die russische Revolution. Ihren ersten verfassungsrechtlichen Niederschlag fanden sie in

¹ Es sollte allerdings nicht vergessen werden, dass in der schließlich nicht angewendeten französischen Verfassung aus dem Jahr 1793 bereits soziale Grundrechte in erheblichem Umfang garantiert worden sind, s. dort insbesondere Art. 21 bis 23

der Weimarer Verfassung des Deutschen Reiches. Allerdings waren sie nach allgemeinem Verständnis keine unmittelbar anwendbaren Rechte, sondern stellten Richtlinien für den Gesetzgeber auf, an denen er sich in seiner Sozialgesetzgebung zu orientieren hatten. Justiziabilität genossen diese Rechte nicht. Es findet sich in der Geschichte der Weimarer Republik nicht eine Gerichtsentscheidung, die sich auf die sozialen Grundrechte stützte.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Frage der sozialen Grundrechte neu aufgeworfen. Allerdings fanden sie in den ersten nach dem Krieg in Westeuropa erlassenen Verfassungen keinen Niederschlag. Weder das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland noch die italienische Verfassung noch die französischen Verfassungen aus dem Jahr 1946 und 1958 enthielten eine Aufzählung sozialer Grundrechte. Dies änderte sich erst in den siebziger Jahren mit dem Erlass der portugiesischen² und der spanischen Verfassung³, die gegenüber solchen Rechten keine so große Zurückhaltung mehr zeigten wie die früheren westeuropäischen Verfassungen. Allerdings ist auch hier eine Schwäche in der Durchsetzung derartiger Rechte zu beobachten. Während die portugiesische Verfassungsordnung überhaupt keine Möglichkeit für den Bürger vorsieht, sich an das Verfassungsgericht zur Durchsetzung von Grundrechten zu wenden – was deren Effektivität dementsprechend schmälert –, erlaubt die spanische Verfassung solches – gewissermaßen in der Übernahme der deutschen Verfassungsbeschwerde in das Amparo-Verfahren –, schloss aber bezeichnenderweise dieses Rechtsmittel für die sozialen Grundrechte aus.⁴ Der Gedanke hinter dieser unterschiedlichen Behandlung von sozialen und anderen Grundrechten liegt daran, dass, wie oben aufgeführt, bei den Grundrechten der ersten Generation idR ein Verbot staatlichen Handelns zu ihrem Schutz ausreiche, während bei den Grundrechten der zweiten Generation positive staatliche Maßnahmen erforderlich seien, die zudem zumeist auch noch Geld kosteten. Ohne diese Mittel ließen sich die sozialen Grundrechte nicht implementieren. Damit aber wird die Implementation der Grundrechte zu einer bedingten, was dem postulierten unbedingten Charakter von Grundrechten, wie er dem verbreiteten Grundrechtsverständnis im Westen entspricht, widerspricht.

In vielen Verfassungen mittel- und osteuropäischer Staaten folgte man diesem Ansatz nicht, sondern schuf Kataloge sozialer Grundrechte, die grundsätzlich auch vor einem Gericht eingeklagt werden können.⁵ Ähnli-

2 S. Teil I Titel 3 der portugiesischen Verfassung

3 S. Kapitel 3 der spanischen Verfassung

4 Art. 53 Abs. 2 der spanischen Verfassung

5 Art. 42 ff. der Verfassung der Ukraine; Art. 37 ff. der Verfassung der Russischen Föderation; Art. 64 ff. der Verfassung Polens; vgl. aber die Änderungen zum ungarischen Verfassungsgerichtsgesetz, wonach jetzt der Schutz im Bereich der sozialen Rechte

che Entwicklungen lassen sich übrigens auch in den lateinamerikanischen Staaten beobachten, wo den Verfassungsgerichten in zunehmenden Maße die Funktion zugesprochen wird, Reparaturen in der Sozialstaatlichkeit vorzunehmen, die durch Unterlassungen des Gesetzgebers entstehen.⁶

Die in Westeuropa anzutreffende Zurückhaltung gegenüber sozialen Grundrechten findet ihre Entsprechung auf der völkerrechtlichen Ebene. Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält im Wesentlichen einen Katalog der klassischen Grundrechte der ersten Generation. Soziale Grundrechte finden sich darunter nicht. Dies soll zwar durch die Europäische Sozialcharta kompensiert werden. Aber zum einen besteht diese Charta aus Bestimmungen, unter denen die Mitgliedstaaten sich eine Anzahl aussuchen dürfen,⁷ die sie befolgen wollen. Weiter sind die dortigen Verpflichtungen so formuliert, dass sich unmittelbare Rechte von Einzelnen daraus nicht ergeben. Und schließlich findet sich in der Europäischen Sozialcharta kein Pendant zum Europäischen Menschenrechtsgerichtshof. Die sozialen Grundrechte lassen sich also auf internationaler Ebene nicht einklagen.

Das universelle Völkerrecht hat die beiden UN-Pakte über bürgerliche und politische Rechte einerseits und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte andererseits hervorgebracht. Beide unterscheiden sich nicht unerheblich voneinander. Während der erstere Pakt klare einklagbare Rechte formuliert und mit dem Menschenrechtskomitee ein Organ geschaffen hat, an das sich auch Individuen wenden können, schafft der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte Bemühensverpflichtungen, die idR keine individuellen Ansprüche verleihen; und erst seit 2013 gibt es ein Organ, an welches sich der einzelne wenden kann, um die sozialen Menschenrechte geltend zu machen.⁸ Allerdings ist das Zusatzprotokoll, auf dem es beruht, erst von 22 Staaten ratifiziert worden.

2. Der Schutz der sozialen Grundrechte in den westlichen Verfassungsordnungen

beschränkt ist. Das Verfassungsgericht kann über den Staatshaushalt, Steuergesetze oder Gesetze über die Beiträge zur Gesundheitsfürsorge nur entscheiden, wenn eine Verletzung des Rechts auf Leben, der Würde, des Datenschutzes, der Meinungsfreiheit oder der Religionsfreiheit vorgetragen werden, Art. 24 Abs. 3 der Verfassung.

6 S. Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Los derechos sociales y su justiciabilidad directa, Mexico 2014

7 S. Teil III Art. A der Europäischen Sozialcharta

8 Es wurde zwar 1985 ein Komitee für den Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geschaffen; dieses erhielt auch ein über ein 2013 in Kraft getretenes Optional Protocol die Kompetenz, über Mitteilungen von Einzelnen zu entscheiden. Das Optional Protocol wurde bislang aber erst von 22 Staaten ratifiziert. Die Ukraine hat es nur unterzeichnet, Deutschland hat es noch nicht einmal unterzeichnet.

Die westlichen Staaten zeigten zwar eine große Zurückhaltung bei der Einführung einklagbarer sozialer Grundrechte. Desungeachtet bauten aber alle ein sehr umfassendes Sozialstaatssystem mit sehr weitreichenden sozialen Garantien auf. Dies schließt Alters-, Krankheits-, Unfall- und Arbeitslosenversicherungen, Unterstützung für Familien, Menschen mit Behinderungen und Menschen in sozialer Not. Die Sozialausgaben machen inzwischen den bei weitem größten Posten in den nationalen Haushalten aus.⁹

2.1. Der Schutz der sozialen Grundrechte über die Menschenwürde

Die Verfassungsgerichte blieben von diesen Entwicklungen nicht unberührt. In zunehmendem Maße bezogen sie auch soziale Absicherungen in den grundrechtlichen Schutz mit ein. Dies begann mit der Interpretation der Menschenwürde in einem materiellen Sinn dahingehend, dass sie auch einen Anspruch auf eine Garantie des Existenzminimums umfasst. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht entschied bereits in den fünfziger Jahren, dass die Sozialhilfe, welche Personen ohne eigenes Einkommen und Vermögen eine Grundversorgung sichern sollte, nicht als ein Gnadentat des Staates verstanden werden dürfe, sondern dass der Einzelne darauf einen individualrechtlichen Anspruch habe.¹⁰ Dogmatisch stützte sich das deutsche Bundesverfassungsgericht bei der Begründung einer grundrechtlichen Absicherung sozialer Ansprüche auf die Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip. Dieses gewährt für sich genommen keinen individualrechtlichen Anspruch, liefert aber gewissermaßen den sozialrechtlichen Inhalt für die Menschenwürde. Berühmte Entscheidungen in diesem Zusammenhang sind etwa die Entscheidung über das vom Staat zu leistende Minimum an materiell bedürftige Menschen¹¹ oder die Entscheidung zu den materiellen Zuwendungen an Asylbewerber¹². Das Bundesverfassungsgericht schreibt dazu in einem Leitsatz: „Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.“

9 In Deutschland machen die gesamten Sozialausgaben kann 30% des Bruttosozialprodukts aus, <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Neue-Rekordmarke-Sozialausgaben-um-3-8-Prozent-gestiegen-4441862>; der Anteil der Sozialausgaben am Bundeshaushalt beträgt gut 40%, <https://www.bundshaushalt-info.de/#/2016/soll/ausgaben/einzelplan.html>

10 Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 1954, BVerwGE 1, 159

11 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010, 1 BvL 01/09; 03/09, 04/09

12 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2012 1 BvL 10/10; 02/11

In gleicher entschied etwa auch das lettische Verfassungsgericht, dass der Staat verpflichtet sei, einen Lebensstandard zu garantieren, welcher der Menschenwürde gerecht wird.¹³

Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof hat diese Begründung von sozialen Grundrechten aus dem Menschenwürdekern implizit aufgenommen, auch wenn die Europäische Menschenrechtskonvention einen Schutz der Menschenwürde – im Gegensatz zur Grundrechtscharta der Europäischen Union - nicht kennt. Der Gerichtshof hat aber im Fall Larioschina vs. Russland erklärt, dass „ein völlig unzureichender Betrag an Renten- und sonstigen Sozialleistungen grundsätzlich die Frage nach einer Verletzung von Art. 3 der Konvention aufwirft, der eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung verbietet.“¹⁴ „

In dem späteren Fall Budina vs. Russländische Föderation hat er dabei ausdrücklich auf die Verletzung der Menschenwürde abgehoben.¹⁵

2.2. Der Schutz von sozialen Grundrechten über den Gleichheitsgrundsatz

Ein weiterer Ansatz zur Begründung verfassungsrechtlich verankerter sozialrechtlicher Ansprüche liegt im Rekurs auf den Gleichheitssatz. Soziale Not zeigt sich häufig in der Benachteiligung gegenüber anderen Gruppen der Bevölkerung. Der Gleichheitssatz kann dazu dienen, diesen „diskriminierten“ Gruppen einen Anspruch zu vermitteln, der jenem der anderen sich zumindest annähert. In diesem Sinn entschied das Bundesverfassungsgericht, dass es gegen den Gleichheitssatz – in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Familienschutzes, Art. 6 GG – verstoße, wenn das Rentensystem nicht berücksichtige, dass erziehende Eltern auch einen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Rentensystems leisten. Das deutsche Rentensystem beruht auf einem Umlageverfahren, d.h. die heutige arbeitende Generation erbringt die Leistungen für die aus dem Arbeitsleben ausgeschiedenen, und die noch in Ausbildung befindliche Generation soll, wenn sie in das Arbeitsleben einsteigt, für die jetzt noch arbeitende Beiträge zahlen. Das System lebt somit einerseits von den finanziellen Beiträgen, andererseits aber davon, dass genügend qualifizierte Personen nachwachsen, welche die Leistungen erbringen können. Die Leistungen, die eine Person im Rentenalter erhält, hängt allein von den eingezahlten Beiträgen ab.

Die mit der Erziehung von Kindern beschäftigten Personen, idR die Mütter stehen nicht oder nur eingeschränkt im Berufsleben. Sie zahlen also nur eingeschränkt in das System ein und haben dementsprechend auch

13 Fall Nr. 2006-07-01 vom 2. November 2006 Rdnr. 18

14 Entscheidung des Falles Laroshina vs. Russländische Föderation vom 23. April 2002

15 Entscheidung Budina vs. Russländische Föderation vom 18. Juni 2009

nur einen eingeschränkten Anspruch auf Rentenleistungen, obwohl sie durch die Erziehung eines leistungsbereiten Nachwuchses ebenfalls einen substantiellen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Systems leisten, der in seiner Bedeutung hinter den finanziellen Rentenbeiträgen nicht zurücksteht. Trotzdem hat das deutsche Rentensystem diesen Beitrag lange Zeit nicht gewürdigt. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass der Ausschluss der Mütter von dem Rentensystem, einer sozialen Sicherung, gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Schutz der Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG verstoße. Es verpflichtete den Gesetzgeber, bei der Ausgestaltung des Rentensystems künftig den Beitrag der Mütter – oder des erziehenden Vaters – bei der Bemessung der Rentenzahlungen zu berücksichtigen. In gleicher Weise hat das portugiesische Verfassungsgericht die Frage, ob die Kürzung von Beamtengehältern in der Wirtschaftskrise verfassungsmäßig sei, mit dem Argument verneint, dass hier Beschäftigte im öffentlichen Dienst in besonderer Weise belastet würden.

Eine soziale Sicherung wird schließlich noch über eine neue Auslegung eines weiteren Grundrechts herbeigeführt, nämlich des Eigentumsrechts. Die Gewähr des Eigentums dient klassischer Weise einem vorhandenen Besitzstand, also dem Schutz dessen, was man besitzt. Insofern mag es überraschen, dass ausgerechnet dieses Grundrecht auch dem Schutz derjenigen dienen soll, die, weil sie nicht genug haben, einer sozialen Sicherung bedürfen. Darin mag eine dialektische Wendung in der Verfassungsauslegung gesehen werden. Die Verfassungsrechtsprechung hat sich aber in den meisten Ländern von einer Interpretation des verfassungsrechtlich gesicherten Eigentums im Sinne des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs entfernt. Vielmehr wird der Eigentumsbegriff dahin verstanden, dass gegen staatliche Eingriffe geschützt werden soll, was der Mensch zum Zwecke seines Lebensunterhalts und seiner Lebensführung erwirbt oder besitzt. Während dies in früheren Zeiten idR das Eigentum war, insbesondere das Grundeigentum sind spätestens seit der industriellen Revolution die Löhne die wesentliche Lebensgrundlage der meisten Menschen, die nämlich in wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnissen arbeiteten. Die Verfassungsrechtsprechung reagierte darauf, dass sie auch fällige Lohnforderungen als durch die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie geschützt ansah, obwohl sie nach dem Zivilrecht nicht dem Eigentum iSd Sachenrechts, sondern dem Schuldrecht unterfallen. Die dieser Entwicklung zugrunde liegende Logik wird nun auch auf soziale Leistungen erstreckt. Da in heutiger Zeit vielfach weder das Eigentum noch der Lohn ausreichen, um den Lebensunterhalt zu garantieren, sondern auch soziale Sicherungssysteme dafür notwendig sind, werden auch Ansprüche des einzelnen gegenüber diesen Systemen einer

verfassungsrechtlichen Garantie unterstellt, obwohl sie mit dem klassischen Eigentumsbegriff im Sinne des Zivilgesetzbuchs gar nichts mehr gemeinsam haben. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht einen behutsamen Weg eingeschlagen, indem es bislang nur diejenigen sozialen Sicherungen der Eigentumsgarantie unterstellte, für welche der Anspruchsberechtigte eine Gegenleistung erbracht hat. Dazu zählt etwa die Kranken- vor allem aber auch die Rentenversicherung.¹⁶ Dies hat zur Folge, dass Eingriffe des Staates in diese Rechte – etwa eine Verminderung der Rentenhöhe oder eine Heraufsetzung des Rentenalters einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht darstellen kann, wogegen also ein Schutz besteht.

Der Ansatz ist vom Europäischen Menschenrechtsgerichtshof übernommen worden. Auch in seiner Rechtsprechung wurden soziale Sicherungen unter den menschenrechtlichen Schutz von Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls gestellt, nämlich den Schutz des Eigentums. Allerdings ging der Europäische Menschenrechtsgerichtshof noch einen Schritt darüber hinaus, indem er auch solche sozialen Sicherungen dem Eigentumsschutz unterstellte, für die der Einzelne keine Leistung erbracht hatte.¹⁷ Dies formulierte er in seiner Entscheidung *Stec vs. Vereinigtes Königreich* folgendermaßen: in einem modernen demokratischen Staat "können viele Personen in manchen oder allen Lebensphasen nur aufgrund von Versicherungs – oder Sozialleistungen ihre Lebensgrundlage sichern. ..Da die nationale Gesetzgebung dem Einzelnen einen Anspruch auf eine Sozialleistung zuerkennt, ist es folgerichtig, dass sich die Bedeutung dieses Anspruchs darin wiederfindet, dass Artikel 1 des Ersten Protokolls für anwendbar anerkannt wird."¹⁸ Zwar leitet der Europäische Menschenrechtsgerichtshof aus Art. 1 des Ersten Protokolls keinen Anspruch auf die Schaffung von Sozialleistungen ab, aber er verbietet – unter Heranziehung von Art. 14 EMRK – eine Diskriminierung bei der Gewährleistung von grundsätzlich bestehenden Sozialleistungen.¹⁹

3. Schutz von Sozialleistungen in Krisenzeiten

Es stellt sich nun die Frage, wieweit die Sozialleistungen gewissermaßen krisenfest sind, ob sie also auch dann noch gezahlt werden, wenn die dem Staat zur Verfügung stehenden Mittel weniger werden. Im Rahmen von Finanz-

¹⁶ Vgl. dazu BVerfGE 53, 257

¹⁷ *Gaygumusz vs. Österreich* vom 16. September 1996

¹⁸ *Stec vs. Vereinigtes Königreich* vom 6. Juli 2005; in diesem Sinne auch *Andrejeva vs. Lettland* vom 18. Februar 2009

¹⁹ Art. 14 EMRK ist nur auf solche Rechte anwendbar, die unter dem Schutz durch die EMRK unterliegen; die Anwendung des Diskriminierungsverbotes ist also auf Sozialleistungen nur anwendbar, wenn diese als Eigentum iSd der EMRK verstanden werden; dazu *Françoise Tulkens, La Convention européenne des droits de l'homme et la crise économique*, *Journal européen des droits de l'homme* 2013, S. 8 ff.

und Wirtschaftskrisen – insbesondere im Zusammenhang mit der letzten - hatten viele Verfassungsgerichte in Europa Gelegenheit, sich dazu zu äußern, inwieweit Sozialleistungen aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten – und aufgrund des Drucks von internationalen Kreditgebern²⁰ - beschnitten werden können. Das lettische Verfassungsgericht übte eine besonders strenge Kontrolle aus und erklärte 25% der vorgelegten Gesetze, die im Zusammenhang mit der Finanzkrise ergangen waren, für verfassungswidrig.²¹ Im Hinblick auf den Schutz von sozialen Grundrechten in Krisenzeiten erklärte das Gericht: „Unter den Bedingungen eines wirtschaftlichen Niedergangs, ist das Kriterium, welches zur Überprüfung von Normen im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit und auf ihre Übereinstimmung mit allgemeinen höheren Prinzipien des Rechts angewandt wird, ob die durch den Gesetzgeber gewählte Lösung unter sozialen Gesichtspunkten verantwortlich ist. Eine sozial verantwortliche Lösung ist eine solche, die sicherstellt, dass die rechtlichen Interessen von Einzelnen mit den öffentlichen Interessen in Einklang gebracht wird.“²² Das lettische Verfassungsgericht schloss aus, dass die Notwendigkeit einer Haushaltskürzung nicht gewissermaßen automatisch auch die Beschneidung von sozialen Grundrechten rechtfertigen kann.²³ Allerdings anerkannte das Verfassungsgericht auch an, dass eine Wirtschaftskrise solche Ausmaße annehmen kann, dass der Staat Maßnahmen treffen darf, die in die sozialen Grundrechte eingreifen.²⁴ Hinter dieser Argumentation stand im Wesentlichen der Gedanke der Verhältnismäßigkeit.

In Spanien wurde die Frage der Sicherung von Rechten – vornehmlich solcher, die unter den Eigentumsschutz fielen, in den wenigen die Wirtschaftskrise betreffenden Entscheidungen des Verfassungsgerichts unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes behandelt.²⁵

20 Man denke hier an die Memoranda of Understanding, welche zwischen dem Internationalen Währungsfonds, der Europäischen Zentralbank und der Kommission der Europäischen Union einerseits und den Krisenstaaten wie Griechenland, Spanien oder Irland vereinbart worden sind. Sie schreiben eine sehr strikte Wirtschaftspolitik vor und verlangen auch weitreichende Einschnitte bei Sozialleistungen.

21 Vgl. dazu Ringolds Balodis und Janis Pleps, *Financial Crisis and the Constitution in Latvia*, in Xenophon Contiades (Hrsg.), *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Farnham, 2013, S. 115 ff.

22 Fall Nr. 2009-44-01 vom 15. März 2010, Rdnr. 22

23 Fall Nr. 2009-43-01 vom 21. Dezember 2009, Rdnr. 29.2

24 Fall Nr. 2009-43-01 vom 21. Dezember 2009, Rdnr. 29.2

25 Vgl. dazu Augstín Ruiz Robledo, *The Spanish Constitution in the Turmoil of the Global Financial Crisis*, in Xenophon Contiades (Hrsg.), *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Farnham, 2013, S. 141 ff.; Cristina Fasone, *The reaction of Constitutional Courts towards Euro-crisis law – The protection of social rights in Italy, Portugal and Spain*, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/.../w4-fasone.pdf>

Das italienische Verfassungsgericht erklärte etwa, dass die Zuweisungen staatlicher Gelder in die jeweiligen Bereiche staatlicher Aufgaben nur einer geringen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen. Die gesetzgeberische Freiheit stoße allerdings auf Grenzen, wo das Handeln offensichtlich willkürlich sei; der Schutz des Kernbestandes der sozialen Grundrechte müsse gesichert werden.²⁶

Zuletzt hat auch der Europäische Gerichtshof in Luxemburg entschieden, dass Maßnahmen, die ein Staat im Rahmen der Finanzkrise getroffen hat, grundsätzlich unter der Grundrechtecharta der Europäischen Union überprüft werden können.²⁷

Welche Garantien geben die Verfassungsrechte, die zwar keine ausdrücklichen sozialen Grundrechte sind, aber doch solche schützen?

Unangetastet bleibt sicherlich das Existenzminimum, d.h. die von der Garantie der Menschenwürde geforderte staatliche Leistung, die notwendig ist, um das Überleben zu sichern.

Einem Eingriff offen stehen hingegen die Sozialrechte, welche über den Gleichheitssatz geschaffen wurden. Denn aus dem Gleichheitssatz leitet sich kein Anspruch auf eine bestimmte Leistungshöhe ab, sondern nur, dass gleiche Personengruppen gleich behandelt werden. Die Gleichheit kann auch bei einem niedrigeren Leistungsniveau gegeben sein. Allerdings wäre es nicht möglich, um bei dem oben beschriebenen Beispiel zu bleiben, die Erziehungszeiten, welche idR von den Müttern erbracht worden sind, bei der Rentenberechnung unberücksichtigt zu lassen. Das Gebot der Gleichheit bleibt immer erhalten. Das portugiesische Verfassungsgericht hat in seiner bereits oben erwähnten Entscheidung dementsprechend festgestellt, dass die Belastung einer Bevölkerungsgruppe – im konkreten Fall die Beamten – mit den Maßnahmen zur Bekämpfung der Finanzkrise verstoße gegen das Gleichheitsgebot und verstoße daher gegen die Verfassung.²⁸ Das italienische Verfassungsgericht hat mehrfach die Beschneidung von sozialen Leistungen mit der Finanzkrise gerechtfertigt und dabei auf das Solidaritätsprinzip, das für alle gelte und also im Gleichheitssatz verankert sei, abgehoben.²⁹ Diese Überlegungen hat es allerdings nicht in allen Entscheidungen konsistent durchgehalten. Die Frage, ob die Beschneidung von Gehältern von Professoren verfassungswidrig sei, wies es zurück unter Hinweis auf die jetzt in der

26 Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichts 251/2008

27 Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 20. September 2016

28 Vgl. zum Folgenden Cristina Fasone, The reaction of Constitutional Courts towards Euro-crisis law – The protection of social rights in Italy, Portugal and Spain, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/.../w4-fasone.pdf>

29 S. z.B. Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichts 264/2012

Verfassung niedergelegte Pflicht zu einem ausgeglichenen Haushalt.³⁰ Das portugiesische Verfassungsgericht hat in einer Entscheidung über die Kürzung von Beamtengehältern keine Gleichheitsverletzung gegenüber anderen Bevölkerungsgruppen festgestellt, dabei aber auf den vorübergehenden Charakter der Maßnahme abgehoben.³¹ Als allerdings klar wurde, dass die Gehaltskürzungen von dauerhafter Natur waren, erklärte das portugiesische Verfassungsgericht die zugrundeliegenden Gesetzes wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für verfassungswidrig.³² Allerdings wurde die Krisensituation noch insofern in Rechnung gestellt, als die Wirkung dieser Entscheidung keine Auswirkung auf den laufenden Haushalt haben sollte.

Soweit Sozialleistungen durch das Eigentumsgrundrecht geschützt werden, läuft die Diskussion anders. Das Eigentumsgrundrecht nennt in beinahe allen Verfassungsordnungen und auch in der EMRK die Möglichkeit staatlicher Eingriffe. Dabei stellt die klassische Enteignung nur den Extremfall eines Eingriffs dar. In den meisten Fällen steht das Eigentumsgrundrecht unter einem Gestaltungsvorbehalt durch den Gesetzgeber. Art. 14 des deutschen Grundgesetzes ist insofern unmissverständlich: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“ Darüber hinaus heißt es dort: „Eigentum verpflichtet.“ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Bestimmung dessen hat, wie das Eigentum gestaltet wird. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Gesetzgeber völlig frei ist. Vielmehr hat auch er zu berücksichtigen, dass das Eigentum grundrechtlich geschützt ist. Das heißt aber, dass sie einer Rechtfertigung bedürfen und insbesondere der Eingriff im Verhältnis zum damit verfolgten Ziel stehen muss. Dies gilt auch für soziale Sicherungsleistungen, soweit sie als Eigentum verstanden werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu festgestellt: „Eine Unabänderlichkeit der bei ihrer Begründung bestehenden Bedingungen widerspräche dem Rentenversicherungsverhältnis, das im Unterschied zu einem privaten Versicherungsverhältnis von Anfang an nicht allein auf dem Versicherungsprinzip, sondern auch auf dem Gedanken der Verantwortung und des sozialen Ausgleichs beruht (vgl. BVerfGE 116, 96 <125>). Eingriffe in rentenrechtliche Anwartschaften müssen einem Gemeinwohlzweck dienen und verhältnismäßig sein (vgl. BVerfGE 53, 257 <293>; 100, 1 <38>; 117, 272 <294>; stRspr). Sie müssen zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich sein. Insbesondere dürfen sie den Betroffenen

30 S. Art. 81 der italienischen Verfassung

31 Entscheidung des portugiesischen Verfassungsgerichts 396/2011 vom 21. September 2011

32 Entscheidung des portugiesischen Verfassungsgericht 353/2012 vom 5. Juli 2012; in diesem Sinn auch Entscheidung des portugiesischen Verfassungsgerichts 187/2013 vom 5. April 2013

nicht übermäßig belasten und für ihn deswegen unzumutbar sein (vgl. BVerfGE 72, 9 <23>; 75, 78 <97 f.>)“

4. Zusammenfassung

Die obigen Darlegungen haben gezeigt, dass soziale Grundrechte heute entweder ausdrücklich über die Verfassungsordnungen anerkannt werden oder, wo dies nicht der Fall ist, über die Verfassungsrechtsprechung aus der Menschenwürde, dem Gleichheitssatz oder dem Eigentumsschutz abgeleitet werden. In Krisenzeiten haben die Staaten die Möglichkeit, die aus solchen Rechten fließenden Ansprüche zu kürzen. Damit laufen die Garantien nicht leer. Vielmehr muss der Staat jeweils nachweisen, dass die von ihm ergriffenen Maßnahmen im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs in das Grundrecht gerechtfertigt ist und ob die Gleichheit bei der dadurch verursachten Belastung gewahrt wird. Dies wird von den Gerichten, insbesondere von den Verfassungsgerichten überprüft. Somit bleiben soziale Grundrechte auch in Krisenzeiten nicht gänzlich ungeschützt.

VERFASSUNGSKONTROLLE UND MENSCHENRECHTSSCHUTZ IM DEMOKRATISCHEN WANDEL

I. Einleitung

Vor fünf Jahren wurde hier in Kiew das 15-jährige Bestehen des Verfassungsgerichts der Ukraine gefeiert und über den „Schutz der Menschenrechte durch die Verfassungsjustiz“ diskutiert.¹ Seitdem hat sich in der Ukraine auch auf dem Gebiet des Verfassungsrechts vieles getan. Die Verfassungsänderungen von 2004 sind seit dem Februar 2014 reaktiviert. Und ganz aktuell ist die verfassungsrechtliche Neugestaltung des Justizwesens in der Ukraine, die gerade in Kraft getreten ist und erstmals den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze vor-sieht, die in letztinstanzlichen fachgerichtlichen Entscheidungen angewandt werden.²

In Deutschland kann man die Verfassungsbeschwerde auch als Grundrechtsklage des Bürgers bezeichnen, weil sie nach der dort geltenden Verfassung, dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,³ zum deutschen Bundesverfassungsgericht von jedem erhoben werden kann, der glaubt, durch die öffentliche Gewalt – wie in der Ukraine den Gesetzgeber, aber darüber hinaus auch die Exekutive und die allgemein zuständigen Fachgerichte - in einem seiner Grundrechte oder einem grundrechts-gleichen Recht wie dem Wahlrecht zur Volksvertretung, zum Deutschen Bundestag, verletzt worden zu sein.⁴

II. Das Bundesverfassungsgericht als Wahrer der Grund- und Menschenrechte

Schon diese Regelung in der Verfassung macht deutlich, dass der Verfassungsbeschwerde nach deutschem Recht eine Doppelfunktion

1 Siehe dazu die Beiträge in dem vom Verfassungsgericht der Ukraine heraus-gegebenen Band „The Protection of Human Rights by Bodies of Constitutional Justice: Possibilities and Problems of Individual Access“, 2011.

2 Vgl. Artikel 151 (1) der Verfassung der Ukraine in der Fassung des Gesetzes der Ukraine Nr. 1401-VIII „Zur Änderung der Verfassung der Ukraine (bezüglich der Rechtsprechung)“ vom 2. Juni 2016.

3 Im Folgenden abgekürzt: GG.

4 Siehe Artikel 93 Absatz 1 Nr. 4a GG mit dem Verweis auf die Wahlrechtsnorm des Artikels 38 GG.

zukommt. Sie dient einmal in subjektiver Hinsicht dem individuellen Grund- und Menschenrechtsschutz des Bürgers und ist insoweit ein außerordentlicher Rechtsbehelf zur Sicherung und Durchsetzung individueller verfassungsrechtlicher Rechtspositionen durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.⁵ Zum anderen ist die Verfassungsbeschwerde in ihrer objektiven Dimension ein spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts, dessen Ziel es ist, das Verfassungsrecht um seiner selbst willen zu wahren, es letztverbindlich auszulegen und fortzubilden und insbesondere die verschiedenen Funktionen der jeweils betroffenen Grundrechtsnorm zu erschließen.⁶

III. Grund- und Menschenrechtsschutz als Motor und Stabilisator des demokratischen Prinzips

In beiden Funktionen fördern und stabilisieren die Verfassungsbeschwerde und die durch sie ausgelöste Judikatur des Bundesverfassungsgerichts das Prinzip der repräsentativen, der mittelbaren Demokratie, wie es in Deutschland in Artikel 20 Absatz 2 GG verfassungsrechtlich verbrieft ist.

1. Wahlrecht der Bürger als Voraussetzung und Fundament der repräsentativen Demokratie

Zum wesentlichen Inhalt dieses Prinzips gehört eine Volksvertretung, die wie der Deutsche Bundestag über umfassende Gesetzgebungsrechte verfügt, die (Bundes-)Regierung als die Spitze der Exekutive kontrolliert und von der Bevölkerung in demokratischen, das heißt allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen periodisch gewählt wird.⁷ Für die demokratische Legitimation der Volksvertretung zentral ist danach das Wahlrecht, das im demokratischen Staat das vornehmste Recht des wahlberechtigten Bürgers darstellt und ihm einen subjektiven, in Deutschland mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbaren Anspruch auf demokratische Mitbestimmung im Staatsverband garantiert.⁸ Es ermöglicht dem Wahlbürger, durch Teilnahme an der Wahl seine politischen und gesellschaftlichen Vorstellungen gegenüber den zu wählenden Abgeordneten im freien und offenen Prozess der Meinungs- und Willensbildung zur Geltung zu bringen und im Wettbewerb der politischen Parteien um Wählerstimmen Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments zu nehmen. Damit das so bleibt, müssen nicht nur die genannten fünf Wahlrechtsgrundsätze durch Verfassun

5 Vgl. etwa Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – im Folgenden abgekürzt: BVerfGE – (Band) 96, (Seite) 251 (257).

6 Siehe zum Beispiel BVerfGE 108, 282 (295); 126, 1 (17).

7 Vgl. BVerfGE 1, 14 (33); 123, 267 (349 ff.).

8 Dazu siehe BVerfGE 123, 267 (340 f.).

gsgerichtsrechtsprechung strikt verteidigt und funktionsgerecht interpretiert werden, wie das in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht regelmäßig geschieht.⁹ Nach deutschem Verfassungsrecht geboten ist vielmehr auch, dass dem das Staatsvolk repräsentierenden Bundestag – nicht nur im fort-schreitenden Prozess der europäischen Integration – ein maßgeblicher Einfluss auf die politische Entwicklung im Lande verbleibt. Das setzt voraus, dass der Deutsche Bundestag als der institutionelle Mittelpunkt des politischen Lebens in Deutschland¹⁰ Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht behält. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Rechtsprechung mehrfach entschieden¹¹ und so die Stellung des Bundestages immer wieder gestärkt.

2. Flankierender Schutz durch Grundrechtsentfaltung

Der Bürger hat im freiheitlichen demokratischen Staat aber nicht nur alle paar Jahre die Gelegenheit zu aktiver politischer Teilhabe. Denn zur freiheitlichen Demokratie gehört in Deutschland auch die Möglichkeit freier politischer Meinungs-bildung zwischen den Wahlen.¹² Grundlagen dafür sind vor allem die Grund- und Menschenrechte der Presse-, Rundfunk-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit.¹³

Diese Freiheitsrechte sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“.¹⁴ Eine freie, vor dem Eindringen des Staates in die Vertrauenssphäre des Mediums geschützte und deshalb auch keiner Zensur unterworfenen Presse¹⁵ und ein gleichermaßen freier, der Meinungsvielfalt verpflichteter und möglichst staatsfern zu organisierender Rundfunk,¹⁶ der das Fernsehen als bildhaft wahrnehmbares, besonders nachhaltig wirkendes Medium mit umfasst,¹⁷ sind für den freiheitlichen Staat von besonderer, ja existentieller Bedeutung.¹⁸

Beide sind als Kontrolleure und Wissensvermittler unverzichtbare Faktoren im permanenten geistigen Prozess der freien und umfassenden individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildung¹⁹ und als solche durch die

9 Vgl. als Beispiel BVerfGE 71, 81 (94).

10 Andreas Voßkuhle, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. Februar 2012, S. 7.

11 Siehe BVerfGE 89, 155 (207 ff.); 123, 267 (356 ff.); 126, 55 (69 ff.).

12 Vgl. insbesondere BVerfGE 20, 56 (98 f.).

13 Geregelt und garantiert in den Artikeln 5 und 8 GG.

14 Siehe beispielsweise BVerfGE 7, 198 (208); 20, 56 (97); 77, 65 (74) mit weiteren Nachweisen.

15 BVerfGE 20, 162 (174, 176); 50, 234 (239); 113, 63 (76).

16 BVerfGE 57, 295 (320); 60, 53 (64); 136, 9 (28 ff.).

17 Vgl. BVerfGE 12, 205 (259 ff.).

18 Vgl. BVerfGE 20, 162 (174); 50, 234 (239 f.); 117, 244 (258).

19 Dazu siehe näher zum Beispiel BVerfGE 60, 53 (63 f.); 83, 238 (295 f.); 91, 125 (134).

Verfassung auch institutionell garantiert.²⁰ Als Massenkommunikationsmitteln kommt ihnen eine Scharnierfunktion im Kommunikationsprozess zu: Einerseits informieren sie den Bürger meinungsbildend über alles, was von öffentlichem und damit auch politischem Interesse ist.²¹ Andererseits bringen sie den politischen Entscheidungsträgern im Dienste der freien und offenen Meinungsbildung von unten nach oben, vom Volk zu den Staatsorganen hin, die Auffassungen, Wertungen, Stimmungen und sozialen Bedürfnisse der Bürger nahe.²²

Dieses ist mit dem Grund- und Menschenrecht der Meinungsfreiheit auch das Recht gewährleistet, in Wort, Schrift und Bild zu dem politischen Geschehen im Lande Stellung zu nehmen. Da-bei ist der Begriff der Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit zu verstehen. Es spielt danach grundsätzlich keine Rolle, ob die geäußerte Meinung begründet oder grundlos, emotional oder rational, wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos ist.²³ Gerade die kritische Auseinandersetzung im offenen Meinungskampf um die beste Lösung für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen gehört zum Wesen des Menschenrechts auf freie Äußerung der eigenen Meinung.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht wacht in seiner Rechtsprechung streng darüber, dass dieses Recht in Deutschland nicht durch hoheitliche Maßnahmen unangemessen eingeschränkt wird.²⁵

Besonders nachhaltig wirkt das Recht der freien Meinungsäußerung, wenn es, wie in der Ukraine die Maidan-Demonstrationen gezeigt haben, zusammen mit anderen öffentlich auf Versammlungen und in Demonstrationen wahrgenommen wird. Gerade derartige Vorgänge sind auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet.²⁶ Die kollektive Meinungskundgabe ist aber verfassungsrechtlich nur geschützt, wenn sie entsprechend den Regeln einer freien geistigen Auseinandersetzung²⁷ friedlich mit geistigen Mitteln erfolgt.²⁸ Gefährden Versammlungen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, können sie nach deutschem Recht verboten oder kann ihre Durchführung von der Einhaltung von Auflagen abhängig gemacht werden.²⁹ Hier achtet das Bundesverfassungsgericht beharrlich darauf, dass diese

20 BVerfGE 20, 162 (175); 77, 65 (74).

21 So für die Presse BVerfGE 20, 162 (174 f.)

22 Siehe BVerfGE 8, 104 (113); 20, 56 (98 f.); 20, 162 (175).

23 BVerfGE 124, 300 (320).

24 Vgl. BVerfGE 82, 272 (282).

25 Siehe zum Beispiel BVerfGE 50, 234 (241); 71, 162 (1819; 82, 272 (282); 120, 180 (199 ff.).

26 BVerfGE 104, 92 (104); 128, 226 (250).

27 Siehe dazu BVerfGE 69, 315 (344 f.); 102, 370 (398).

28 Vgl. BVerfGE 104, 92 (105 f.).

29 Die Einzelheiten regelt § 15 des deutschen Versammlungsgesetzes.

Schranken von der Exekutive und den Gerichten nicht zu großzügig und damit die Freiheit unverhältnismäßig begrenzend gehandhabt werden.³⁰

Ob allein oder gemeinsam mit anderen ist es in diesem Rahmen jedermann möglich, als Teilnehmer an der öffentlichen Diskussion kritisch, aber friedlich auf die Entscheidungsfindung im Parlament und in der Regierung Einfluss zu nehmen.³¹ Ohne diese Möglichkeit wäre die Demokratie als Herrschaft des Volkes nicht lebensfähig und zum Scheitern verurteilt. Eine frei sich bildende und möglichst gut informierte öffentliche Meinung ist demgemäß das Salz in der Suppe einer funktionierenden freiheitlichen Demokratie.

IV. Konsequenzen für Transformationsstaaten?

Dieses Modell hat sich in Deutschland nicht zuletzt dank der vom Bürger veranlassten Verfassungskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht bewährt. Auf andere Staaten lässt es sich schon wegen derer je eigener Rechtskultur und Verfassungsordnung nicht 1:1 übertragen.³² Und trotzdem erscheint es angebracht, für die dem Modell zugrunde liegende Grundidee zu werben. Jedes Verfassungsgericht, auch das Verfassungsgericht der Ukraine, hat nach Maßgabe der ihm eingeräumten Kompetenzen die Möglichkeit, die das Demokratieprinzip stützenden Verfassungsnormen so zu interpretieren, dass die Demokratie sich im Wandel der Verhältnisse durchsetzt als die Staatsform, die, wie *Winston Churchill* einmal gesagt hat, „die schlechteste aller Regierungsformen“ ist, – abgesehen von all den anderen Formen, die von Zeit zu Zeit ausprobiert worden sind.“³³ Es ist dem ukrainischen Verfassungsgericht zu seinem 20. Geburtstag zu wünschen, dass es diese Möglichkeit kraftvoll und beharrlich nutzen kann zum Wohl des ukrainischen Staates und seiner Bürgerinnen und Bürger.

30 Vgl. vor allem BVerfGE 69, 315 (348 f., 353); 111, 147 (157).

31 Siehe BVerfGE 107, 339 (360 f.).

32 Vgl. auch Dieter Hömig, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Garant von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, dargestellt am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts, in: Stefan Hülshörster/Dirk Mirow (Hrsg.), Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland. 20 Jahre Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit, 2012, S. 77 (85),

33 Zitiert nach Hans Vorländer, Demokratie – die beste Herrschaftsform, in: Informationen zur politischen Bildung Nr. 284/2004, S. 56 (56).

Dr. iur. Uldis Ķiniš,

assoc. prof., Vice-President of the Constitutional Court of the Republic of Latvia

THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT: IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LATVIA

1. The constitutional complaint as an instrument of fundamental rights entered into force in the Constitutional Court Law on 1 July 2011. Pursuant to Section 17 of this Law, a person has the right to submit an application in the case of infringement upon his fundamental rights that have been established in the Satversme [Constitution] of the Republic of Latvia. A person may submit a constitutional complaint only if he can substantiate that the fundamental rights provided for in the Satversme have been infringed upon by a legal norm that is incompatible with a legal norm of higher legal force. Moreover, the person must substantiate the existence of the infringement, i.e., the infringement must be real. This means that the contested norm must have been actually applied, and the person must substantiate in what way, in his subjective opinion, the contested norm causes an infringement upon his fundamental rights.

In this stage the submitter of the constitutional complaint must not yet prove the infringement, but only must substantiate his own objective opinion on the existence of an infringement. The panels of the Constitutional Court have quite frequently debated, whether any complaint that complies with the formal criteria for initiating a case, are grounds for initiating constitutional legal proceedings. However, the established case law reveals the trend, rather clearly, that cases are initiated if the complaint complies with the formal criteria that have been set for such a complaint by the Constitutional Court Law: 1) the contested norm must have been actually applied; 2) all other legal remedies must be exhausted or the absence of such remedies must be substantiated; 3) a complaint may be submitted within six months after the final ruling has come into force or the contested norm has entered into force; 4) legal substantiation must be provided that the applicant's fundamental rights have been violated; 5) documents necessary for establishing the facts of the case must be annexed.

2. To prove the effectiveness of this instrument, I shall refer to some numbers, spanning the period from 2010 to 2016. In 2010 75 cases were

initiated, of these 64 cases on the basis of a constitutional complaint. In 2011, respectively, 21 cases initiated, of these 12 having regard to a constitutional complaint; in 2012 – 26 cases, 16 having regard to a constitutional complaint; in 2013, 21 and 13 on the basis of a constitutional complaint; in 2014, 36 and 31, respectively.

In 2015 Constitutional Court initiated 24 cases among them 15 cases where initiated on the basis of constitutional complaint. Whereas in 2015 as from 30 September court initiated 19 cases, of which 15 on the basis of constitutional complaint. In the recent years a clear trend can be observed that the quality of applications submitted to the Court constantly improves, since the number of applications, on the basis of which constitutional legal proceedings are initiated, is growing.

3. The dynamics in the development of constitutional complaint. During the first years the constitutional complaints predominantly were submitted with regard to such infringements that were linked to social security, the right to a fair trial, conditions at the institutions for deprivation of liberty and other issues of law, where the violation had to be reviewed through the classic scheme of restrictions upon fundamental rights. Basically, these were restrictions related to the right to a fair trial (Article 92 of the Satversme) and the right to own property (Article 105 of the Satversme).

Whereas the current practice shows that constitutional complaints are submitted with regard to issues of copyright, data protection, taxes, business activities, state support, the right of society to association, penal policy and other issues in the field of public law, where the legislator enjoys broad discretion et.c. The aforementioned proves that society in general is becoming better educated and trusts the Constitutional Court. Initially, after the constitutional complaint was introduced, it was predominantly submitted by specialised law offices and persons serving their sentences at penitentiary institutions; however, now one can say that the constitutional complaint as a mechanism for protecting one's rights is extensively used both by individual natural persons and by legal persons, including public and political organisations.

4. The limits of review in examining constitutional complaints. Two conditional categories could be singled out in this regard: 1) the classic cases of restrictions upon fundamental rights, where the review is carried out in accordance with the test of restrictions upon fundamental rights, and 2) cases that are related to rights, where the legislator enjoys broad discretion, for example, penal policy and taxation, etc. In the first case the Court examines, whether a restriction exists, whether it has been established

by law, whether it has a legitimate aim and whether it is proportional, and I shall not dwell upon these issues.

Whereas in those cases that are linked to the field of public law and where the State enjoys much broader discretion, the Court, essentially, had to elaborate a new doctrine, basically founded upon the classic proportionality test, however, putting another content into this test.

5. Case law:

I would like to share more extensively with the participants of the conference those findings that the Constitutional Court has made in adjudicating such cases that are related to collection and processing of genetic data, right of National Bank - Case 2015-11-03 to issue binding regulations, constitutionality of obligation for person to hang out Latvian flag, indiscriminate discrimination doctrine and finally cases related to status of insolvency administrators.

5.1. Case concerning competence of the Latvian National Bank to issue binding enactments. Development of ultra vires doctrine- case-2015-11-03. In this case court examined legitimacy of Bank to issue binding enactments. Actually judgment has considerable impact in accessing status of Bank. Whether Bank has right to issue any binding enactments for capital companies, whose business related to cash transactions.

On 17 July 2008 the Saeima adopted the Law on Prevention of Money Laundering and Terrorism Financing (hereinafter Law on Prevention), which entered into force on 13 August 2008. This law regulates the rights of supervisory and control authorities. According to law the Bank of Latvia, pursuant to Section 47(3) of Law on Prevention, on 15 September 2014 issued Regulation No. 141 "Requirements Regarding Prevention of Money Laundering and Financing of Terrorism in Buying and Selling Foreign Currency Cash" para 19 states: 19. If the transaction is not unusual or suspicious and business relations are not initiated, but the sum of the transaction is equal to **2 000** – 7 999.99 euro, the capital company shall identify the client or the true beneficiary as follows: 19.1. shall make copies of the client's identity documents; 19.2. shall verify, whether a client's identity documents are authentic and valid; 19.3. shall immediately inform a competent law enforcement institution, if substantiated doubts arise regarding forgery of the submitted identity document.

The Applicant is Capital Company which as part of its business activities is engaged in buying and selling foreign currency cash. Allegedly, pursuant to the valid regulatory enactments, this service is provided only by capital

companies, which have received a licence from the Bank of Latvia, and credit institutions as one kind of financial services.

However, credit institutions- banks, whose part of business also is trading in cash, have obligation to identify a client in cases when of trading cash in the amount equal to 8 000 euro or more.

The application comprised a request to review compatibility of the contested norms with Article 1 and Article 64, as well as the first sentence of Article 91 of the Satversme. Article 1 of the Satversme: "Latvia is an independent democratic republic." Article 64 of the Satversme the right to legislate is vested in the Saeima and also the people, in accordance with the procedures and to the extent provided for by the Satversme and the first sentence of Article 91 of the Satversme, in turn, provides that all human beings in Latvia are equal before the law and the courts.

At first court examined compatibility with Article 91 - sentence one. The Applicant holds that the feature, which points to the fact that both the aforementioned groups are in similar and according to concrete criteria comparable circumstances, should be linked to the operations of both groups in the same market, i.e., that of services of trading cash. Moreover, the subjects belonging to both groups are capital companies, which should be regarded as competitors. Court considers that both groups capital companies and credit institutions provide akin services, the market of services of trading cash, are to be considered as being competitors. Court also considers that contested norm imposes upon capital company obligation to identify the client from 2000, but credit institutions from 8000. Court found that obligation upon capital companies was issued by the Bank of Latvia. Applicant holds that the Bank of Latvia does not have right to issue external regulatory enactment, but it even has such rights then contested norm exceeded the authorisation granted by law.

That's why court in this case examines whether right of the Bank of Latvia to issue external regulatory enactments follows from Satversme and whether it has sufficient democratic legitimization. Court finds: the Bank of Latvia is an autonomous institution of public administration. Further court examined principle of separation of powers derived from Article 1 of the Satversme. Pursue to Article 64 of the Satversme right to legislate, right to regulate an issue by law, is vested into the Saeima, as well people, in the procedure established by the Saeima.

Pursuant to the principle of separation of powers, general passing of laws on any issues of state policy falls within the legislator's competence. However, to make legislative process more effective as well respond faster the Saeima

may authorise to issue binding regulation to the Cabinet of Ministers and other autonomous institutions of public administration, like the Bank of Latvia. However, Satversme allows for the right of autonomous institutions of public administration to issue external regulatory enactments in the framework of governance activities, if such institutions have received appropriate democratic legitimization- namely, specific authorisation from legislator. Finally, court concludes that Bank of Latvia has right to issue binding external regulation, but within frame of authorisation given by Parliament.

In this case the Saeima has decided that credit institutions and capital companies, which are engaged in trading cash, have the obligation to identify the client or the true beneficiary in particular cases and this minimal threshold is 8000 euro.

According to contested norms Latvian Bank without proper authorisation of legislator created new binding criteria for capital companies, namely- obligation to identify every cash trade operation equal to 2000 euros or more.

Finally, court finds that Bank of Latvia in adopting the contested norms, has acted contrary to the principle of separation of powers and has exceeded authorisation granted by the legislator and issued norms has been consider ultra vires are incompatible with Article 1 and 64 first sentence of Article 91 of Satversme.

5.2. The second case what I put in my presentation was so called "Flag case". Findings of this case in my opinion is important, because court first time examines - negative aspect of right of freedom of expression and whether state has right to impose punishment for situation when person demonstrates his/her refusal to comply with the law.

Latvian flag case - 2015-01-01. Contested law. The second part of Section 7 of Law on the National Flag provides: (2) The national flag of Latvia in mourning presentation shall be placed on public buildings, buildings of legal persons governed by private law and associations of persons, as well as on residential buildings, on 25 March, 14 June[day of commemoration of victims of communist genocide], 17 June, 4 July and on the first Sunday of December." 2) Article 201 43 of the Latvian Administrative Violations Code (hereinafter – the contested LAVC norm) provides:

"A warning shall be issued for failing to raise the national flag or other state flags on dates and occasions specified by the Saeima, the Cabinet of Ministers, councils of republican cities or regional councils, as well as in the case of violation of the method or procedures for raising the Latvian national flag. A warning shall be issued or a monetary fine in an amount up to forty euros shall be imposed for the same actions if such are

committed repeatedly within a year after an administrative sanction had been imposed."

Applicant on 14 June 2013 in her property, which was also her place of residence, celebrated a family reunion. The Applicant had not placed on the residential building the Latvian national flag in mourning presentation because it would have hindered the celebrations. Administrative commission of Riga city issued decision and imposed penalty warning upon the Applicant. Applicant appealed this decision, however, court leaves this unmanned. Applicant submitted constitutional complaint arguing that contested law violates her right of freedom of expression - Article 100 of Satversme. The applicant underscores that the use of National flag as symbol of the state is a way, in which a person expresses his or her opinion in a non-verbal form. The freedom of speech should be applied both to persons, who use the national flag as a means of expression, and to persons, who choose not to use it.

Court concludes:

1) Since the Applicant is a natural person, who owns a residential building; it should be held that the limits of the claim are defined by the possible infringement upon her rights – those of a natural person, owner of a residential building. It means that court will not consider admissibility for public buildings, buildings of legal persons governed by private law and associations of persons.

2) The Constitutional Court, in interpreting Article 100, finds that the freedom not to express one's opinion falls with the scope of Article 100 of the Satversme. The Applicant exercised her right to the freedom of speech in its negative aspect and whereas the contested norm provides administrative penalty for failure to perform this obligation. That's why contested norm restrict the applicant right freedom of expression in negative aspect.

3) To examine whether restriction upon fundamental rights has been appropriate, court examined that contested norm has legitimate aim- to protect the democratic structure of the State of Latvia and it also is proportional.

4) Court finds that restrictions upon fundamental right imposed by application of Art. 201 - 43 of the Latvian Administrative Violations Code shall be considered as an obligation. Contested norm forces Applicant to perform the obligation- – on the dates specified in law, to place the Latvian national flag on his residential building (primary impact), but also causes a negative impact upon the manifestations of the freedom of speech in society in general (secondary impact). The contested LAVC norm, leaves an impact upon an individual's freedom of speech and therefore should

be recognised as a disproportional restriction upon an individual's rights, which is not necessary in a democratic society. Establishing a sanction for not expressing one's opinion is inadmissible in a democratic society. Restriction is incompatible with Article 100 of Satversme.

5.3. Case Nr. 2015-10-01 on indirect discrimination on neutral ground.

On Compliance of Section 7(3) of the Law on Prevention of Conflict of Interest in Activities of Public Officials with the first sentence of Article 91 and Article 110 of the Satversme of the Republic of Latvia." The idea why I would like to put emphasis for this case is, because first time in court jurisprudence court examined question of indirect discrimination. Applicant was judge who according to contested norm has status of public official. Conflict of interest law states that judge may combine office of judge only with the work of teacher, scientist, professional athlete and creative work.

1) Applicant has disabled child, who requires special care. She considered the possibility of combining the office of a judge with performing the obligations of her child's assistant. It is impossible to involve other members of the family in performing the assistant's duties, because it is difficult for the child to establish a psychological contact with any other person, except her mother. However, contested norm prohibits her as a judge to assume the duties of her child's assistant and to receive remuneration for it. She holds that contested norm "imposes ungrounded and disproportional restrictions" and violates equality of rights and family rights of Article 110 of Satversme- The State shall protect and support marriage – a union between a man and a woman, the family, the rights of parents and rights of the child. The State shall provide special support to disabled children, children left without parental care or who have suffered from violence."

2) Court finds that there is doubt that Article 110 imposes upon the State the obligation to guarantee to families with children at least the minimum of internationally recognised rights, including care for disabled children. Court also found that state fulfils this positive obligation to establish and maintain system which ensures to disabled children access to education, vocational training, medical care, measures for restoring health is ensured to a child with disability, as well as to ensure as complete as possible socialisation of such child and facilitate the development of his personality, at the same time relieving the stress for his parents (para 13).

Court also concludes that Article 110 of the Satversme does impose the obligation upon the State to support the family, but **does not create subjective right to a person to receive concrete state support in a specific way** (see, for example, Judgement of 2 November 2006 by the Constitutional

Court in Case No. 2006-07-01, Para 13.1). For given reason contested norm has been considered as compatible with Article 110 of Satversme.

3) Applicant also holds that contested norms are incompatible with principle of equality (Art. 91) sentence one. Court examined compatibility with second sentence of Article 91 of the Satversme, which provides that human rights shall be realised without discrimination of any kind, supplements the first sentence of the same Article (see para 15). Prohibition of discrimination is an auxiliary element included in the principle of equality, which in certain situations specifies this principle and helps to apply it in concrete situations. The aim of the prohibition of discrimination, is to eliminate unequal treatment. The catalogue of prohibited criteria reflects society's choice of those differences between its members that are inadmissible as the grounds for differential treatment. Court also concluded that differential treatment, which is based on any of the prohibited criteria, creates the so-called direct discrimination. In some cases differential treatment may be based upon a neutral criterion, but in fact this treatment affects a certain group of people, to which this neutral criterion typically applies, **causing the so-called indirect discrimination** (see para 15). Indirect discrimination may be established when an apparently neutral rule, criterion or practice places a group of persons, which can be identified by a certain feature, in a more disadvantageous state, unless this rule, criterion or practice cannot be justified by objective factors that do not follow from the prohibited criteria (see, for example, Judgement of 3 October 2006 by the Court of Justice of the European Union in Case C-17/05, Para 30 and Para 31).

Further court considers that the legislator has the obligation to draft such provisions that provide for differential treatment of persons, who are in different circumstances, unless there are reasonable and objective grounds for not doing so. Thus also a neutral legal regulation must comply with this understanding of the principle of equality.

All disabled children have the right to assistant's services paid for by the State. (para 17.1.) Regulation No 942 defines requirements of assistant services. According to this Regulation any natural person, who has work related or personal experience in communicating with disabled persons, may be an assistant. Regulation does not provide any restrictions. However, this is not allowed to those parents of disabled children, who are judges.

Court further considers that all parents, who need to provide assistant's services to their disabled child themselves, are in similar and comparable circumstances. Aim of the contested norm is to ensure that all public officials act in the interests of society, preventing that the personal or material interests

of a public official and public trust. The contested norm equally applies to all officials that are referred to, judges including, without recognising any differences. Thus, the contested norm as such is neutral towards all judges. However, it places a judge in a different situation, if he needs to provide assistant's services to his/her disabled child. Finally, court concluded inadmissibility of norm with regard to judge who is not allowed to provide assistant's services to his/her own disabled child, the legitimate aim of the restriction upon fundamental rights caused by the contested norm is not reached.

Insolvency administrator case - Nr. 2015-03-01 In beginning of analysis, I would like to admit that the most contested law recently is "Law on prevention of conflict of interest in the activities of public officials". Main reason why it happened is aim of Government and legislator to improve insolvency administration process, increase responsibilities for administrators. In order to do so, legislator decided that administrators of insolvency proceedings in performing their activities of office shall be equal to public officials. I don't know who has right to perform insolvency administrator functions in your countries, but in Latvia more than half from administrators staff are sworn advocates, who combine the activities of advocate with performing the duties of an administrator of insolvency proceedings.

The greatest concern what advocates hold in this case is obligation to submit public official income declaration to the State revenue service. As you can imagine this declaration oblige state officials to provide more detailed information not only about income, but also sources and beneficiaries. Applicants argued that contested norm infringed their rights to freely choose their employment and are incompatible with the principle of legal certainty that follows from Article 1 of the Satversme, because advocate has obligation not to disclose data related with particular client, including royalties etc.

The CC already in its jurisprudence recognized that the concept "employment", included in Article 106 of the Satversme, is to be understood as a type of work that requires appropriate qualification and is a source of human existence, as well as a profession, which is linked to the personality of each individual in general. It could be applicable to any occupation in both private and public sector, regulated or not regulated by contract. (para 14.1) It means that right established in the first sentence of Article 106 of the Satversme is applicable to both offices – that of an administrator and a sworn advocate (para 14.1).

Court further examines term "right to choose" and concludes that this term includes equal rights for labour market to all persons and the State has

obligation to abstain from creating other restricting criteria for persons than certain requirements regarding their abilities and qualifications, without which a person would be unable to perform the duties of office. The scope of the right to freely choose one's employment covers also the right to choose several employments and to practice them simultaneously.

In analysing Law on prevention of conflicts, court considers that criteria pursue to which person can be considered as a state official are to be applicable also to the persons who are not holding any official position in public administration. For instance, if the State or local government has permanently or temporarily delegated to them any of the functions similar to public authority, e.g., executive officers, managing directors of state companies or state- private companies.

The Satversme does not prohibit the legislator to define, which persons are to be recognised as being public officials in the meaning of the Law on Prevention of Conflict of Interest. However, the legislator, in establishing restrictions, prohibitions and obligations that are binding upon public officials, must examine, whether a person's fundamental rights, including the rights established by Article 106 of the Satversme, are not disproportionately restricted. It means that court concluded that generally persons who are working as an insolvency administrators can be attributed to status of public official.

Court also says that the fact that an administrator is a public official in the meaning of the Law on Prevention of Conflict of Interest, does not lead to a prohibition to combine this office with activities of an advocate.

As I have previously mentioned that main concern for advocates duties imposed by status of public official relates to obligation to submit Declaration to the State revenue service. In accordance with Section 24 of the Law on Prevention of Conflict of Interest, the declaration must include, inter alia, information about other offices that the public official holds in addition to the office of a public official, information on all kinds of income and transactions conducted, if the sum thereof exceeds 20 minimum monthly wages, indicating the amount and parties of these transactions. Declaration consist by confidential part available only for State revenue service, Corruption Prevention Bureau and prosecutor and investigatory of state security institutions and publically accessible part. The Applicants hold that the obligation to submit a declaration of public official, where information about their clients must be published, restricts their right to perform obligations of an advocate, since they do not protect an advocate's independence and do not guarantee that in their relationships with clients' confidentiality is observed.

Court considered that status of Advocate is special. The advocate is an independent and professional lawyer, who provides legal assistance in defending and representing the lawful interests of persons in court proceedings and pre-trial investigations, providing legal consultations, preparing legal documents and performing other legal activities. Principle that state obliges advocates - administrators to disclose above mentioned information may put under risk advocates in situation if they acted as defence counsel for accused persons, especially in situations when criminal delinquencies are initiated and processed by investigators of Corruption prevention Bureau, because Bureau has right to request and receive information and documents from relevant public official that are indicated in the relevant declaration. Bureau also has right, concerning Declarations, to impose administrative or criminal sanctions against public persons.

In court's opinion, such situation in cases where advocates fulfil duties of defence counsel may create some risk of independence and impartiality of defence council. An advocate's independence is necessary, inter alia, to ensure in criminal proceedings protection of the defendant's rights and interests and procedural equality of parties. Therefore the advocate's independence and confidentiality is an essential precondition for exercising a person's right to fair trial. (see para 21.2.1.) The principle of an advocate's confidentiality follows from Section 6 of the Advocacy Law, which prohibits to interfere in the professional activities of advocates.

Finally, court concludes that contested norms restricted Advocates' rights to retain their employment. Considering whether contested norms have been proportionate, court concludes: legitimate aim - protection of other person's rights and public welfare, is possible to achieve with use of alternative means that would be restricted to a lesser extent (para 27.) Court found evidence does not prove that the legislator, in adopting the contested norms, had duly considered the consequences caused by the application thereof to those administrators, who are simultaneously also advocates, and whether the restrictions, prohibitions and obligations that the contested norms impose upon administrators are not contrary to the principles of independence and confidentiality in an advocate's activities. For given reason court decided contested norms, to the extent they do not ensure to administrators- advocates, guarantees for professional activities to retain the chosen employment, and are incompatible with the principle of proportionality and incompatible with the first sentence of Article 106 of Satversme.

Due to the time limits of my presentation I was not able to present you DNA case, which in my view, will serve for coming data protection regulations, which state shall amend in order to harmonize legislation in compliance with EU New Data protection regulation and Police directive.

Currently, there are a number of cases in the competence of the Constitutional Court that are linked to examining the legality of restricting state guaranteed support in different fields of business activities. Moreover, all of them have been initiated on the basis of constitutional complaints. Recently last summer chamber received more than 50 applications from physical and legal persons where Law on Solidarity tax had been contested and constitutional proceedings initiated. Those cases are still in process. Thus, on the basis of these judgements, it can be said that the Constitutional Court of Latvia has marked out for itself the way for examining any kind of restrictions of the fundamental rights, irrespective of assumption whether legislator has broad margin of appreciations or limited one.

Concluding my presentation coming back to the title of my presentation we could say that Constitutional complaint proves that it is essential instrument, which every person in Latvia can use for purpose to defend their fundamental rights and freedoms. People addressed their complaints not only for purpose to contest incompatibility of legislative norms to Constitution, but also municipal mandatory regulations and as you can understand from presentations also binding enactments issued by independent autonomous institutions.

Mrs. Desanka Lopičić,

President of the Constitutional Court of Montenegro

RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN MONTENEGRO

Dear President,

Dear colleagues, ladies and gentlemen,

Thank you for inviting me and honoring me with this opportunity to take part in the conference that commemorates the 20th anniversary of the Constitutional Court of Ukraine.

On behalf of the Constitutional Court of Montenegro I congratulate this anniversary to my colleagues from the Constitutional Court of Ukraine and I wish them great success in their professional pursuits.

Constitutional courts have a complex and difficult task to enact together provisions of constitution, its principles and spirit and international legislation, to insulate themselves from the politicization of jurisdiction, to make democratic theory and societal transformation viable.

Every state has unique experience when it comes to the operation of constitutional judiciary. Constitutional theory generates different interpretations of those unique practices and constitutional courts' position towards "norms and values" on one side and "realities" on the other. That is why good constitutional practice can only be developed in the context in which constitutional provisions meet good constitutional practice (that is a decisive element for a good constitutional control) and constitutional theory. This has been the guiding principle of the Constitutional Court of Montenegro for more than 50 years.

The Constitutional Court of Montenegro has been working continuously across a whole variety of constitutional formats for more than 50 years. Over that time its role has been to work towards the paradigm of ideal state by means of ensuring observance of constitutionality and legality.

After the new Constitution was adopted in 2007, our constitutional democracy started its pursuit of the ideal of rule of law with greater commitment and zeal.

This period of the development of constitutional judiciary in Montenegro could be considered a period of ushering and developing European

constitutional standards. It coincides with the second stage of developing independent Montenegrin state as it was marked with the processes of internal democratization and reform processes towards delivering on commitments ensuing from ratified international treaties and EU accession process.

The Constitution of Montenegro enshrines a long catalogue of human rights and freedoms that reflected country's strive to develop an open society modeled after Western democracies.

Such a choice implied vesting the Constitutional Court of Montenegro with competencies that put it a distance away from the Kelzen's "negative legislator" and transformed it into "freedom jurisdiction". Through its promotion of the concept of human rights and freedoms of individuals, Constitutional Court of Montenegro has been building an objective system of binding guidelines for operation of state authorities within the constitutional framework.

Its core competence is abstract control of constitutionality of laws, control of constitutionality and legality of legislation and general acts - where Constitutional Court has cassatory competencies but also concrete control of individual acts of government and public administration that is enabled through the institute of constitutional complaint, all for the sake of protection of human rights and freedoms enshrined by the Constitution. Constitutional court's decisions are binding for all and have to be respected by every physical and legal person.

Deciding the cases coming from these two areas of competencies much more than deciding about all other cases has more direct implications for the protection of rights and freedoms, political and societal context and has more crucial role in the legal setup of the state.

Petition for the constitutional control of acts of legislative branch is broadly defined and easily accessible. Along with many legitimate petitioners, citizens and legal persons can without limitations or conditionalities, request constitutional control from the Court.

In its most recent practice, the Constitutional Court of Montenegro has often come into position to decide about disputes that are not authentically legal i.e. more or less political disputes and even some disputes over constitutionality of laws that regulated some most sensitive political issues.

Court is legitimately expected to bring constitutional principles and tenets into a rational and sensible correlation with democratic constitutional setup, specially in the situations when constitutional norms and realities are in disharmony. The disharmony between normative values and realities

i.e. state of play, which is only too obvious in transition countries, such as Montenegro, is something that constitutional courts of transition countries encounter on daily basis. That is why the interpretation of constitutional norms by constitutional courts nowadays becomes a highly complex intellectual pursuit.

That is why the Constitutional Court of Montenegro has been more than ever before called upon to interpret so called basic principles i.e. basic tenets of the Constitution while invoking international standards, which enables the Court to go far in its function of the guardian of Constitution and constitutional controller.

The Constitutional court of Montenegro, as a sui generis body, is entrusted a significant role to eliminate violation of human rights and fundamental freedoms in its procedure of deciding about constitutional complaints in the very last instance.

By invoking the jurisprudence of the European Court for Human Rights from Strasbourg in its proceedings on constitutional complaints, the Constitutional Court of Montenegro fills Montenegrin constitutional framework with concrete ingredients that make democratic states.

This competence has considerably changed the character of constitutional justice so far. The Constitutional Court of Montenegro has (successfully) passed that turning point in constitutional control in general.

In modern, united Europe, the period of self-sufficient constitutional justice belongs to the past as it has been replaced with the period of constitutional complementarity that rests upon the European standards of the protection of constitutionality and human rights and freedoms.

This earned the Constitutional Court of Montenegro its important position and vested it with a difficult and responsible role in helping build the state of Montenegro as an independent and democratic state and to build its domestic legal setup in the best tradition of European values and standards by invoking them in its decisions.

Such a position of the Constitutional Court is not easy to enact. It is a part of a rule of law in its ever developing form. Having in mind the fact that ever more people are filing complaints to the court, we can infer that the constitutional justice has become ever more attractive. The attraction comes from the moral power that it has in the eyes and minds of its citizens who believe that the court can guard constitutional order and efficiently protect rights and freedoms of our citizens.

Thank you for your attention!

Mr. Justice M.M. Nicolatos,
President of the Supreme Court of Cyprus

CONSTITUTIONAL CONTROL AND THE PROCESSES OF DEMOCRATIC TRANSFORMATION IN MODERN SOCIETY

Dear Guests, Ladies and Gentlemen,

In most European Constitutions there are provisions for the protection of human rights and democratic freedoms.

Some Constitutions, such as the Constitution of the Republic of Cyprus, are modelled on the European Convention for the protection of Human Rights.

The effective protection of human rights and democratic freedoms by Constitutional or Supreme Courts, depends on a number of factors.

The first important factor is the independence of the Judiciary. Citizens cannot expect to have their human rights and democratic freedoms protected by the Courts, if the judiciary of their country is not independent from the Executive and Legislative Powers.

Independence of the Judiciary presupposes that the doctrine of separation of powers is entrenched in the Constitutional order of the country, and is respected in fact.

Another important factor for the protection of human rights and democratic freedoms in a country, is the respect for the Rule of law. Two cardinal principles of the Rule of law are that “nobody is above the law” and that “everybody is equal before the law”. The relevant Check List on the Rule of Law, prepared by the Venice Commission of the Council of Europe, contains all the important elements for compliance with the Principles of the Rule of Law, according to Contemporary European Legal Culture.

The application of the Rule of law in a country depends on an independent and impartial Judiciary, but, foremost, it depends on judges with honesty and integrity.

There can be no Rule of law and no protection of human rights and democratic freedoms in a country where the Judges are corrupted. Therefore, the main consideration for every civilised society is to have a judicial

and legal system that safeguard and protect the honesty and integrity of its Judges. Judicial corruption wherever it exists, should be totally combated and uprooted.

The honesty and integrity of the Judges may be safeguarded, protected and strengthened in many ways, among others by having provisions for their security of tenure and security for their remuneration and other benefits, at least during their term of office.

A country that respects itself and intends to have human rights and democratic freedoms protected for all its citizens, should have also Judges with courage. Judicial courage is a predominant feature of the administration of justice. Especially in periods of economic or social crisis, a country needs Judges who will impose the law and the protection of human rights and democratic freedoms for everyone, without fear or prejudice.

Apart from the constitutional and legal protection of human rights and democratic freedoms in the Constitution and the laws of a country, adequate protection of human rights and democratic freedoms presupposes proper culture and mentality of the people and the media of the country. The people and the media should learn to respect the integrity, the independence and the impartiality of the judges, and this depends, to a great extent, on the judges themselves, who should teach the people and the media, by their own lifestyle and example, that nobody should expect favourable treatment from the Courts but only equal treatment for all, in accordance with the law. Equality, does not mean arithmetical equality, but treatment of same situations in the same manner, and different situations in different manner.

Changes in Constitutions and laws may be easier and quicker than changes in the mentality and culture of the people. It takes years to educate the people to respect the Judiciary, but their respect may be lost in minutes. This is why the Judges should be extremely careful about their judicial and personal conduct and behaviour so that trust and confidence in the Judiciary is built and maintained and never lost.

Mr. George Papuashvili,

President of the Constitutional Court of Georgia (2006-2016)

CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE AND ITS IMPACT ON THE DEMOCRATIC PROCESS IN GEORGIA

Ladies and Gentlemen, Dear Colleagues,

I would like to congratulate the Constitutional Court of Ukraine, as well as all the Ukrainians on the 20th anniversary of your constitutional court. Let me also express gratitude to President Yurii Baulin and the judges for the invitation to such a high-level conference in the beautiful city of Kiev. I am excited to be able to speak before this engaging audience of outstanding legal experts and practitioners and share with you my thoughts and experience.

This event serves the purpose of exchanging views on the role that constitutional control bodies have been able to play in transition from old-line authoritarian rule to modern-day liberal democracy. After the downfall of the Soviet Union, our region in Eastern Europe saw changes of enormous magnitude; many countries regained their independence and went on to construct a rules-based, democratic model of governance. As part of this process, constitutional review bodies were introduced all across the region in order to ensure the supremacy of the basic law by keeping governments within constitutionally limited powers. Nonetheless, the notion of judicial review faced many challenges and it had proved particularly difficult from the very beginning to see constitutional courts function properly. Over the years though, constitutional justice has become the determinant of democracy and the rule of law in the region.

Coincidentally, we also celebrated the 20th anniversary of constitutional court in Georgia just few weeks ago. Constitutional Court has been consistently developing these two decades in my country; we have been able to accumulate significant experience and helped to create rich constitutional case-law, which continues to serve as a basis for strengthening the rule of law in the country.

I would like to refer to some of the constitutional cases that, in my opinion, have had a significant impact on the evolving democratic process in Georgia. For the purpose of my presentation, it is my intention to keep the focus on the cases, which, given the subject matter of the constitutional dispute,

have largely influenced the political landscape in the country. In the end, I will conclude with my observations on these cases, as well as give my take on the overall situation of constitutional justice in Georgia.

Back in 2011, in the midst of hectic political situation in the country, upon the complaints of several societal groups (including political parties), the constitutional court invalidated the legislation, which prohibited holding an assembly and manifestation in the vicinity of 20-meters¹ from the entrances of certain administrative buildings. The court by overruling its old case-law went on to indicate that normal functioning of administrative and public bodies falls within the interest of society. The realisation of freedom of assembly and manifestation may conflict with this interest and therefore these fundamental freedoms may become the subject of limitation. For instance, prohibition of manifestations and assemblies near administrative buildings such as military units or penitentiary and police establishments might be admissible and justified. In other circumstances however, limitation of freedom of assembly ought to be decided on a case-by-case basis. Furthermore, the court took into account the landscape of cities and populated areas, considering the location of some administrative bodies and institutions, the realisation of the right of assembly and demonstration, could have been practically impossible. Public and administrative buildings in certain cases are located so closely to each other that the 20 meters from one building might well overlap with the 20 meters radius of another administrative building. The court found the challenged legislation unconstitutional as it introduced blanket restrictions without giving due account to individual cases.

As a result of this decision, the entire spectrum of political opposition were given the opportunity to protest in front of government buildings freely. In light of the existing political situation then, large number of people did continually hold gatherings, which greatly influenced the developing social discourse in Georgia.

In another case², the court had to decide whether foreigners were entitled the constitutionally guaranteed right to access to the court. In this instance, the legislation regulating the procedure of the constitutional adjudication only allowed Georgian citizens to bring the case before the court. This provision was quashed by the Constitutional Court, on the basis that constitutional provision on the right to apply to the court comprised

1 "Political Union of Citizens "Movement for Unified Georgia", Political Union of Citizens "Conservative Party of Georgia", Citizens of Georgia - Zviad Dzidziguri and Kakha Kukava, Georgian Young Lawyers' Association, Citizens - Datchi Tsaquria and Jaba Jishkariani, Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia", Decision, 18.04.2011

2 "Public defender of Georgia v Parliament of Georgia", Decision, 28.06.2010

every person, regardless of their nationality or citizenship. Importantly, this right is meant to be equally guaranteed in the courts of general jurisdiction at the same time.

With this landmark decision, the Constitutional Court has greatly extended the scope of constitutional protection to the foreign citizens and stateless persons. The court clearly stated that the constitutional right to a fair trial is essential to guarantee the individual's access to the court and not the law itself.

In more recent case,³ the constitutional court found unconstitutional the key provisions of the electoral law, which set out the redistricting rules about single parliamentary mandates. Namely, it was argued that amount of population in various electoral districts differed significantly and parliamentary mandates were so unequally divided, it resulted in depreciation of electorate's voting value.

Constitutional Court of Georgia indicated that electoral system has to ensure each citizen's will is adequately reflected on the outcome of elections. For that purpose to be achieved, legislator is obliged to provide proper guarantees so that citizens have equal access to elections and equal abilities to influence the outcome of elections. Legislation on elections must tend to redistrict in a way that voter equality and adequate representation is ensured. The state has to take into account the number of registered voters in each municipality and effort has to be made to form as roughly equal electoral districts as possible. Only under such system it could be possible to actually realise democratic representation with sufficient public legitimation.

The court concluded that the disputed provisions formed electoral geography in a way that parliamentary mandates were equally distributed among electoral districts, which in turn had significantly unequal registered voters. Such a diversion inadequately reflected citizens' representation in the Parliament. The court has referred to the Venice Commission opinions recommending to reduce discrepancies as it undermines the principle of equality of suffrage.

Subsequent to this case, the legislator introduced the changes in law⁴ aiming to minimise the intolerable disparity of voters between electoral districts. Under the new system, borders between single-mandate constituencies are redrawn in a way that attempts to fairly close a gap and balance the number of registered voters. The fresh parliamentary elections are due to take place in accordance with these rules.

3 "Citizen of Georgia – Ucha Nanuashvili and Mikheil Sharashidze vs. Parliament of Georgia", Decision, 22.05.2015

4 <http://www.civil.ge/eng/article.php?id=28868>

The other landmark case⁵ concerned the former mayor of Tbilisi, whereby the court declared unconstitutional the respective provisions of Criminal Procedure Code (CPC), which prescribed the procedure of suspending elected local self-government individuals from their official capacity by the decision of the court. The court also deemed unconstitutional another CPC provision, whereby it was allowed to decide on the suspension from office without oral hearing.

The Constitutional Court noted that suspension or termination from office of the elected officials simultaneously constitutes the suspension or termination of people's mandate and may gravely infringe upon autonomy of self-governance. The court went on to consider that suspension or removal from office of persons, holding democratic legitimacy is solely possible in case of a tangible threat to justice. Yet such interference may only be allowed under exceptional circumstances under clear, strictly defined procedure, for the purpose of ensuring legitimate aims and provided that the fair balance of interests is ensured. The failure to meet these requirements will unequivocally violate the interests of the voters.

The said decision introduces important guarantees for directly elected officials in local self-government, thus reinforcing the constitutional principle of elective representation in practice.

These cases are good manifestation of how the constitutional court has been able to contribute into the process of democratization in Georgia. Given its statutory mandate, the constitutional court seems to be at the forefront of acute political and social debate. This is particularly true as of the moment. Through the years the court proved to be resolute and loyal in preserving the principles of constitution. In parallel with the progression of the country as a whole, the abundant constitutional jurisprudence in place provides for formidable legal framework and is going to help consolidate the existing democratic system in future.

Thank you very much!

⁵ "Citizen of Georgia Giorgi Ugulava vs. Parliament of Georgia", Decision, 23.05.2014.

Mr. Alexandru Tănase,

President of the Constitutional Court of the Republic of Moldova

THE EXCEPTION OF UNCONSTITUTIONALITY AS AN ELEMENT OF A FAIR TRIAL

The exception of unconstitutionality, with all its peculiarities, represents the most spread and efficient means of indirect access of individuals to a constitutional court. In states with such a mechanism in place, most complaints pending before constitutional courts emerge from trial courts of law.

Nevertheless, in 21 years of activity of the Constitutional Court of the Republic of Moldova out of the total number of complaints only **6% were exceptions of unconstitutionality**. For instance in Romania, since the Constitutional Court was established until 31 January 2016, the number of exceptions of unconstitutionality raised by trial courts constituted 98.7% out of the total of complaints lodged with the Constitutional Court of Romania. These statistical data clearly show a persistence of certain system functioning deficiencies of the institution of the exception of unconstitutionality in the Republic of Moldova.

The issue is not a new one, as the Constitutional Court of the Republic of Moldova has been requested on numerous occasions to clarify the role of the Supreme Court of Justice when an exception of unconstitutionality is raised. The great majority of these complaints targeted mainly the same issue – **possibility of trial courts to raise exceptions of unconstitutionality independently from the Supreme Court of Justice**.

Article 135 para(1) let.b) of the Constitution of the Republic of Moldova grants the Constitutional Court exclusive competence to establish the genuine and complete meaning of constitutional provisions, through textual and functional interpretation, to the extent it may be construed based on the text of the Constitution, considering the generic nature of the provisions, concrete situations the legislator could not foresee when drafting the provision, the subsequent regulations (whether related or contradictory), and the complex situations where the provision is to be applied etc.

In its previous case law the Court mentioned the need for an evolutionary interpretation of the Constitutional Court powers in order to enhance and extend the mechanisms employed by the Court. Any restrictive interpretation

of the Supreme Law (that would limit, eliminate or reduce the powers of the Constitutional Court), would result in Court's deviation from the goal to enhance constitutional democracy, pursued by Constitution's framers themselves.

In the same context, it deems necessary to recall that a court should check on the solutions it delivered in its case law and whether these were functional or not, and if necessary, to depart from its own case law.

Following the case law of the Constitutional Court on this subject, we shall ascertain a very interesting evolution, from *restrictive* interpretation (Judgment of the Constitutional Court no. 15 of 6 May 1997 and Decision no. 186 of 26 March 2007) to *evolutionary* interpretation of the procedure of raising the exception of unconstitutionality (Judgment of the Constitutional Court no. 2 of 9 February 2016).

The arguments held by the Court in its case law, according to which the right to submit applications before the Constitutional Court in order to examine an exception of unconstitutionality belongs exclusively to the Supreme Court of Justice, **proved to have lack of practical support - the institution of exception of unconstitutionality remained inoperative.**

The analysis of the institution of exception of unconstitutionality is inconceivable failing to understand the importance of the respect for human rights and the mechanisms used by constitutional courts to protect these rights.

Considering the subsidiary nature of ECHR mechanisms, the issue of individual access to the constitutional court is for a long time outside the theoretical or hypothetical areas. Stemming from the commitments deriving from the process of streamlining the ECtHR, acknowledged within the Conferences held in Interlaken (18-19 February 2010), Izmir (26-27 April 2011) and Brighton (19 to 20 April 2012), **the Republic of Moldova is compelled to extend, at the national level, human rights protection mechanisms.**

The legislation of the Republic of Moldova does not provide for direct individual access to the jurisdiction of the Constitutional Court by way of individual complaint. Article 135 para.(1) let.g) of the Constitution of the Republic of Moldova regulates the competence of the Constitutional Court to solve the exceptions of unconstitutionality of legal acts, upon referral by the Supreme Court of Justice.

Absence of the individual complaint interconnected with an extremely restrictive interpretation of the procedure of raising the exception of unconstitutionality was always ascertained as a shortcoming in the context

of the review of constitutionality of laws, in terms of the right of individuals to defend their rights and freedoms guaranteed by the Constitution, by means of removing the application of a regulation that is contrary to the Constitution.

This indirect way allowing citizens to access the constitutional justice also offers the Constitutional Court the possibility, as guarantor of the supremacy of the Constitution, to exercise control over the legislative power in terms of respecting fundamental rights and freedoms.

The term «exception» originates from the fact that normative acts of public authorities enjoy a presumption of constitutionality, while allegations of the parties in judicial proceedings or the uncertainties of the judge on their unconstitutionality represents an exceptional situation. Thus, **the exception of unconstitutionality is a procedural action of defence, by means of which the Constitutional Court is requested to state on the inconsistency with the Constitution of the provisions applicable in the case pending before the trial court.**

Stemming from the fact that the provision challenged by means of exception of unconstitutionality is subject to constitutional control as applied within a specific case pending before the trial court, the procedure of solving the exception of unconstitutionality represents a **substantive control of constitutionality.**

No law may restrict access to justice. Under Article 20 of the Constitution, any individual is entitled to effective satisfaction from the part of competent trial courts against actions infringing upon his/her legitimate rights, freedoms and interests. Failure to have an effective access to a court, the rights granted to individuals are illusory. Thus, the right to access to justice is perceived **as a right to substantive and effective access**, implying that the litigants shall benefit from clear and substantive possibility to challenge an act that represents a violation of his rights.

In order to guarantee effective protection of human rights, it is not sufficient to enshrine substantive rights and to specify in a constitutional way the minimum requirements for carrying out fair justice; it is also necessary to establish some **procedural safeguards aimed at consolidating the functionality of these mechanisms.** By way of these procedural safeguards the right to a fair trial shall be guaranteed, hence, in an effective and efficient manner.

The right to a fair trial implies also the presumption of conformity of interpreted normative acts applied by the trial court while carrying out justice with the constitutional provisions and international law. Therefore,

the resolution of a dispute cannot involve promotion of a right by means of unconstitutional provisions.

In order to understand the authentic meaning, which the constituent legislator provided for in Article 135 para.(1) let.g) of the Constitution, it is necessary to analyse and to point out the constitutional status of a judge.

According to Article 115 of the Constitution, justice shall be administered by the Supreme Court of Justice, courts of appeal and courts of law. Similarly, under Article 116 of the Supreme Law, judges sitting in trial courts are independent and shall abide only by the law. **The independence of judges is one of the fundamental principles of organizing and carrying out justice. In applying the law, independence of judges excludes the notion of hierarchy and subordination. Having the role to settle disputes in an objective manner, according to the law, and being a power *per se*, judges cannot receive orders, instructions or suggestions of any kind regarding their judicial activity, neither inside nor outside the judiciary.**

In this context, the Court held that judges shall have sufficient powers and shall be able to exercise these powers in order to perform their tasks. Therefore, the provisions of Article 135 para.(1) let.a) and let.g) of the **Constitution cannot be interpreted as restricting the right of other trial courts to submit complaints to the court of constitutional jurisdiction.** Namely, such an interpretation guarantees the constitutional principle of independence of all judges in judicial proceedings and the supremacy of the Constitution in the defending the fundamental rights and freedoms.

Mr. Muammer Topal,

Member of the Constitutional Court of the Republic of Turkey

LEGAL MECHANISMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

**Dear Participants,
Ladies and Gentlemen,**

I would like to thank Mr. Yuriy BAULIN for the invitation extended to us on the occasion of the activities regarding “*The 20th Anniversary of the Constitutional Court of Ukraine*” and for the warm hospitality.

I would like to express that I feel happy to be here and to address to this community composed of my distinguished colleagues.

I congratulate the Constitutional Court of Ukraine on its 20th Anniversary.

The Constitution, guaranteeing fundamental rights and freedoms, is a social contract which specifies the exercise of power of sovereignty within the framework of democratic principles. To ensure the functionality of this social contract is the main task of the Constitutional Court.

It is prescribed in Article 12 of the Constitution of the Republic of Turkey that *everyone possesses inherent fundamental rights and freedoms, which are inviolable and inalienable.*

The most effective way in protection of fundamental rights and freedoms is to guarantee them legally and constitutionally. However, the fact that there are rules in the laws and in the Constitution in an abstract way does not mean that rights and freedoms are protected effectively. In that case, the main function of Constitutional Courts as organs of constitutional review arises.

In fact, the Constitutional Court as the organ of constitutional review reviews the constitutionality of constitutional amendments, laws, decree laws and the Internal Regulations of the Turkish Grand National Assembly by way of abstract norm review. Hence, Constitutional Courts have emerged in consequence of the idea that fundamental rights and freedoms should be protected against the elected legislative organ as well. In this way, constitutional equality (justice) is provided through review of constitutionality of laws.

On the other hand, if a Court hearing a case considers that provisions of a decree law or of a law to be applied are unconstitutional, or if that Court is

of the view that the allegation of unconstitutionality put forward by one of the parties is serious, the mentioned Court can apply to the Constitutional Court in request for annulment of the relevant rule. Thus, the Constitutional Court can examine the regulation coming before it by way of concrete norm review, and protect fundamental rights and freedoms.

The third and the main mechanism of review is the individual application. Individual application plays an important role in enhancing the standards of rights and freedoms, and transformation of the Constitutional Court and perhaps all the judicial system. In this context, our Court has had the chance to assume a more effective role in protection of fundamental rights and freedoms as from 23 September 2012, and has been a domestic remedy to be exhausted before applying to the European Court of Human Rights. Since the said date, 45.000 applications among 70.000 individual applications lodged to the Constitutional Court have been finalized, and it has been concluded in 1.248 decisions that at least one of the fundamental rights and freedoms was violated. Throughout the four-year period, during which the Constitutional Court finalized the individual applications, the applications lodged against our country to the ECtHR have decreased considerably. The liberal approach to protection of fundamental rights and freedoms shown recently by our Court by means of individual applications in particular, and the judgments rendered by our Court accordingly are met with delight and appreciation in both our country and international community. Owing to the fact that decisions of the Constitutional Court have a binding effect on legislative, executive, judicial organs and administrative authorities; individual application as the mechanism of constitutional review has an important role in protection of fundamental rights and freedoms, in interpretation of these rights and freedoms in universal standards and in their application throughout the country in the same meticulous way.

On the other hand, Constitutional Court also fulfils an important function in protection of democratic constitutional order. As is known, our country has recently experienced a coup attempt. Fortunately, owing to the brave and democratic resistance displayed by the Turkish Nation taking action by the calls of the President and the Prime Minister of the Republic of Turkey, the constitutional democratic regime and our Court being the main guardian of this regime has managed to survive. Without doubt, this coup attempt which was realized a very short while ago has gone in history as one of the most serious threats that our constitutional democracy has encountered until now. As the Constitutional Court, we showed reaction at once and took immediate actions during and after the coup attempt. At this stage, it was understood that the organization having attempted to realize this coup

was a terrorist organization known as "*Parallel State Structure*" or "*Fethullahist Terrorist Organization*" having a secret and devious structure in the public institutions, particularly in the army, security agency, intelligence agency and judiciary. In this regard, the Constitutional Court, which has not given the least sign of hesitation as to the fact that it stands beside democratic constitutional regime and the state of law, dismissed its two Members who were determined to have connections with the organization having attempted to realize the coup and about whom criminal proceedings were launched and who were taken into custody and arrested; and removed a considerable number of its Rapporteur Judges and Assistant Rapporteur Judges and its administrative staff from office until a final evaluation is made.

Throughout this process, like France, Turkey has resorted to the right of derogation for limitation of the obligations prescribed in Article 15 of the European Convention on Human Rights for a period of 3 months.

In conclusion, I should state that, regarding protection of fundamental rights and freedoms, the Constitutional Court has entered a different phase since September in 2012 particularly when it started to accept individual applications, and impersonated as the Court of Human Rights of Turkey. Indeed, even though our country provides shelter for three million Syrian refugees in Turkey and becomes the target of terrorism of foreign origin constantly, the Constitutional Court working with the principle "*Justice is the Foundation of the State*" esteems also foreign immigrants as the first class citizens without making any discrimination between a citizen and a foreigner; values fundamental rights and freedoms of individuals above anything; and believes that it will not be possible to enable the state to live without enabling the person to live.

Before I end my speech, I would like to express that the Constitutional Court of the Republic of Turkey continues to protect universal human rights by way of abstract and concrete norm review and individual application, in spite of the coup attempt posing the most serious and the most severe threat to the democratic system.

Taking this opportunity, we congratulate the Constitutional Court of the Republic of Ukraine on its 20th Anniversary once again, and on behalf of our President in particular and our Justices and on behalf of myself, we, as the Constitutional Court of the Republic of Turkey, present our greetings and regards to everybody.

Thank you for your attention.

Mr. Dainius Žalimas,

President of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania,
professor at the Faculty of Law of the Vilnius University

THE OFFICIAL CONSTITUTIONAL DOCTRINE: CONCEPT, SIGNIFICANCE AND THE MAIN PRINCIPLES OF DEVELOPMENT¹

This article deals with the main issues of the official constitutional doctrine – its concept, significance and the main principles of development. The article also reveals the differences and similarities between the official and academic constitutional doctrine.

During twenty-three years of its activity, the Constitutional Court of the Republic of Lithuania has developed the official constitutional doctrine by interpreting and disclosing the content of the Constitution in more than five hundred acts – rulings, decisions and conclusions². However, although the findings presented in this article are based on the practice of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, they can be applied in the broader theoretical context. Indeed, there is no reason to understand the official constitutional doctrine in an essentially different way in Ukraine or in any other country.

Concept of the Official Constitutional Doctrine

The concept of “constitutional doctrine” encompasses two meanings. According to the first meaning, “doctrine” may be understood as conceptions and theories formulated by legal scholars; in other words, one has in mind the academic doctrine of constitutional law. The second meaning refers to the constitutional doctrine, formulated by constitutional courts and other institutions performing constitutional review; it is namely this kind of constitutional doctrine that is called official.

The word “official” implies that this type of constitutional doctrine provides the ultimate and binding interpretation of constitutional norms, whereas other

1 This text prepared on the basis of the report presented on 8 October 2016 in Kiev at the international conference “Конституційний контроль і процеси демократичної трансформації у сучасному суспільстві” devoted to the 20th anniversary of the Constitutional Court of Ukraine.

2 All the acts of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (including those referred thereafter) are available in English at the official website of the Court: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/rulings-conclusions-decisions/171/y2016>.

interpretations, even those provided by the most authoritative scholars, are opinions about law, but not law itself. Here one can find the first difference between the official and academic constitutional doctrine. However, the official and academic constitutional doctrine is also interrelated as the official constitutional doctrine cannot emerge in a vacuum. It can be maintained that the official constitutional doctrine unites academic legal doctrine with the text of the constitution, i.e. it is the result of the application of achievements of the academic doctrine to the interpretation of the constitution in the course of administration of constitutional justice. Thus, the official constitutional doctrine may be defined as the outcome of the interpretation of the constitution by the competent and authorised institution (constitutional court), which is based on the academic legal doctrine, has legally binding effect and aims at the uniform perception of the constitutional provisions.

The necessity of the official interpretation of the constitution (official constitutional doctrine) is determined by the very fact that though constitutional texts of different states vary in their exhaustiveness, their textual expression is unavoidably limited and multimeaningful. At the same time, the perception of the constitution as supreme law without gaps, comprising both explicit and implicit provisions, implies the necessity to reveal the systemic interrelations of its provisions, as well as the necessity to look beyond its text into its deeper meaning. In the states where institutions exercising constitutional review (constitutional courts) are established, including Lithuania, the meaning of the Constitution is revealed in the course of administering constitutional justice and, in particular, in verifying the compliance of legal acts with the Constitution (determining constitutionality of the disputed legislation). It is obvious that any legal text, not excluding the Constitution, cannot be applied without interpreting its content, i.e. disclosing the meaning of its provisions sometimes by choosing the most acceptable way of understanding from a number of possible options. Besides, the necessity to secure the integrity of the legal system determines that the official interpretation of the Constitution cannot be entrusted to different institutions, and this kind of interpretation therefore constitutes an immanent and exclusive function of institutions performing constitutional review (constitutional courts). The interpretation of constitutional provisions applicable or relevant to a particular case results in emerging the corresponding fragments of the official constitutional doctrine.

Significance of the Official Constitutional Doctrine

One can characterise the significance of the official constitutional doctrine by several interrelated features: (1) it results in the disclosure of the content

of the Constitution, (2) it has the binding nature, and (3) it serves as a means to ensure the supremacy of the Constitution. The official constitutional doctrine together with the text of the Constitution are the main sources of constitutional law and make up the Constitution in the “wide” sense.

First, regarding the disclosure of the real content of the Constitution one can note that the interpretation of the Constitution provided by the Constitutional Court unfolds the “living” content of the Constitution, i.e. the content of the Constitution that evolves, to a certain extent, together with the development of the state and society itself. This evolution opens the door to the necessary changes, while, at the same time, preserving the stability of the text of the Constitution as well as the fundamental constitutional values. Therefore, the official constitutional doctrine formulated by the Constitutional Court can be regarded as “the living Constitution”.

Secondly, as regards the binding nature of the official constitutional doctrine, the acts of the Constitutional Court are binding on all state institutions, courts, all enterprises, organisations, officials and citizens. Therefore all law-making and law-applying subjects must pay regard to the official constitutional doctrine when they apply the Constitution; they may not interpret the provisions of the Constitution differently from the interpretation provided in the acts of the Constitutional Court³. Thus, any interpretation of the Constitution by other public institutions or officials is subordinated to the interpretation by the Constitutional Court.

Thirdly, as regards the role of the official constitutional doctrine in ensuring the supremacy of the Constitution, one can emphasise the necessity of the uniform understanding of the Constitution in order to perceive the Constitution as the highest standard of legality. Therefore disregard of the official constitutional doctrine that aims at uniform understanding of the constitutional provisions could lead to different application of the Constitution by different institutions and, as a consequence, could constitute a serious threat to the supremacy of the Constitution. For example, without the compliance with the official constitutional doctrine, it would not be

3 See: the 20 September 2005 decision of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania on the 4 August 2005 Petition of the Klaipėda Regional Court requesting an Investigation into whether Item 89 of the Instructions for Execution of Decisions as confirmed by the Order (No. 432) “On confirming the Instructions for Execution of Decisions” of 31 December 2002 issued by the Minister of Justice of the Republic of Lithuania is not in Conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1310/content>); the 5 September 2012 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 8/2012 on the Compliance of Paragraph 5 (Wording of 22 March 2012) of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on Elections to the Seimas with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1055/content>).

possible to implement properly the rulings of the Constitutional Court, in particular those requiring positive legislative action.

Certainly, the official interpretation of the Constitution does not in any way preclude alternative interpretations on the academic level. In analysing the official interpretation of the Constitution and providing its evaluations, the academic legal doctrine identifies the strengths and weaknesses of the official constitutional doctrine; it can propose the possible directions and inspire the progressive development and sometimes even the correction of the official constitutional doctrine. The characteristic feature of the academic legal doctrine is its plurality: academic views may be both supporting and critical towards the official constitutional doctrine. In a free society the right to criticize certain aspects of the existing official constitutional doctrine or to provide alternative interpretations is an inviolable right, guaranteed by the Constitution itself. However, scholarly conclusions may not change or challenge the binding nature of the acts adopted by the Constitutional Court, i.e. they cannot be placed on an equal footing with the official constitutional doctrine. Thus, the academic legal doctrine and the official constitutional doctrine do perform different functions.

Main Principles of the Development of the Official Constitutional Doctrine

One can highlight the following main principles of the development of the official constitutional doctrine: 1) the principle of gradual development; 2) the principle of consistency; 3) the inadmissibility of interpretation of the Constitution based on lower-ranking legal acts; 4) the principle of harmonisation with international and EU law; 5) the application of different methods of the interpretation of the Constitution.

Principle of gradual development. The official constitutional doctrine on a certain issue is not formulated all “at once”, but “case by case”, by supplementing the elements disclosed in previous constitutional justice cases with new elements. New doctrine is formulated on the basis of the existing doctrine. This process is uninterrupted and is never fully finished, because the possibility of the necessity to disclose new aspects of the constitutional legal regulation, which have not been disclosed in previous constitutional justice cases, never disappears⁴. Thus, having originated

4 See, inter alia, the 28 March 2006 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 33/03 on the Compliance of Item 2 of Paragraph 1 of Article 62, Paragraph 4 (Wording of 11 July 1996) of Article 69 of the Republic of Lithuania’s Law on the Constitutional Court and Paragraph 3 (Wording of 24 January 2002) of Article 11, Paragraph 2 (Wording of 24 January 2002) of Article 96 of the Republic of Lithuania’s Law on Courts with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta925/content>).

as the interpretation of the Constitution in its narrow sense, the official constitutional doctrine with time becomes better developed not only on the basis of the original text of the Constitution alone, but also on its own basis. The saying “grows like coral”, or layer by layer, perfectly fits to describe the process of the development of the official constitutional doctrine. As new official constitutional doctrinal provisions are formulated, the diversity as well as completeness of the legal regulation consolidated in the Constitution is disclosed⁵. As famously noted by Charles Evans Hughes, “we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”, that is as much as there is the official constitutional doctrine.

As an example of the gradual development, one can refer to the development of the official constitutional doctrine regarding the status of international law in the Lithuanian legal system. Article 135(1) of the Constitution refers to the respect for international law only in the context of Lithuanian foreign policy. It is stated that, “in implementing its foreign policy, the Republic of Lithuania shall follow the universally recognised principles and norms of international law”. However, in its ruling of 9 December 1998 concerning the death penalty, relying on the overall interpretation of the Constitution, in particular on the principles of open civil society and the rule of law, the Constitutional Court held that, by recognising the principles and norms of international law, the State of Lithuania cannot apply to its people any standards that would substantially differ from international ones⁶. In this way, the Constitutional Court has extended the scope of application of the constitutional provision beyond the chapter of the Constitution regarding the foreign policy by recognising international law as the minimum constitutional standard for human rights protection under national law. In the subsequent constitutional jurisprudence, Article 135(1) has been interpreted as the constitutional provision enshrining the constitutional principle of *pacta sunt servanda*, which means the imperative of fulfilling, in good faith, the obligations assumed by the Republic of Lithuania under international law, including under international treaties and customary

5 See, inter alia, the 28 March 2006 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 4) and the 11 July 2014 ruling No. KT36-N10/2014 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 16/2014-29/2014 on the Compliance of the Provisions of the Republic of Lithuania’s Law on Referendums with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta859/content>).

6 The 9 December 1998 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 2/98 on the Compliance of the Death Penalty provided for by the Sanction of Article 105 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1135/content>).

international law. Moreover, in its ruling of 24 January 2014 concerning the constitutionality of constitutional amendments, the Constitutional Court held that the Constitution does not permit any such amendments to the Constitution that would deny the international obligations of the Republic of Lithuania and, at the same time, the constitutional principle of *pacta sunt servanda* as long as the said international obligations are not denounced in accordance with the norms of international law⁷.

Another example of gradual development of the official constitutional doctrine is related to the constitutional requirements for the calling of referendums. In one of its first rulings the Constitutional Court noted that the Parliament's duty to call a referendum could not be subject to any additional conditions or decisions, which are not indicated in the Constitution⁸. Otherwise, allegedly the supreme sovereign power of the Nation would be limited. Subsequently, elaborating on this doctrine twenty years later, in its ruling of 11 July 2014, the Constitutional Court held that the statements from the ruling of 22 July 1994 may not be interpreted without taking account of other provisions of the Constitution, as well as of the entire official constitutional doctrinal context and its development⁹. It was emphasised that the requirement that the Constitution must be observed when referendums are called may not be regarded as an additional condition, which is not provided for in the Constitution. The Constitution is equally binding on the civil Nation itself. Therefore, the provisions of the Constitution may not be interpreted to mean that the Nation may, by referendum, establish any legal regulation it requests, including a legal regulation not complying with the requirements stemming from the Constitution (including the substantive limitations on constitutional amendments). Accordingly, the Constitutional Court held that the imperative derives from the principle of the supremacy of the Constitution not to put to a referendum any such possible decisions that would not be in line with the procedural or substantive requirements inherent in the Constitution, even if these requirements are not

7 The 24 January 2014 ruling of of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 22/2013 on the Compliance of the Republic of Lithuania's Law Amending Article 125 of the Constitution and Article 170 (Wording of 15 March 2012) of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta850/content>).

8 The 22 July 1994 ruling of of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 18/94 on the Compliance of the Provisions of Items 1, 9, 12 and 39 of the Law "On Amending and Supplementing the Republic of Lithuania's Law on Referendums" of 15 June 1994, by Which Articles 1, 9, 12 and 32 of the Law on Referendums Have Been Amended or Supplemented, with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta963/content>).

9 The 11 July 2014 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 5).

consolidated *expressis verbis*. In addition, the Constitutional Court emphasised the importance to consolidate by law the requirements stemming from the Constitution for the content and form of an issue submitted to a referendum, including the requirement that issues submitted to a referendum must be formulated in a clear and not misleading manner, also that they may not include several unrelated questions or provisions, etc. The Constitutional Court also underlined that the substantive limitations on the amendment of the Constitution, which protect the core of the Constitution, the constitutional identity of the state, as well as the integrity and inner unity of the Constitution, are equally applicable in the event of the amendment of the Constitution by referendum.

The gradually evolving nature of the official constitutional doctrine (and, at the same time, of the Constitution) sometimes leads to the emergence of certain concerns that the Constitutional Court is becoming the “owner of the Constitution”. However, it is important to emphasise that the binding nature of the official constitutional doctrine means that it is binding on the Constitutional Court itself. More than once the Constitutional Court held that the legal position of the Constitutional Court (*ratio decidendi*) in constitutional justice cases has the significance of the precedent¹⁰. The Constitutional Court must follow the existing precedents and the official constitutional doctrine so as to ensure the continuity of the constitutional jurisprudence (its consistency and non-discrepancy), as well as the predictability of its decisions¹¹.

10 See, inter alia, the 22 October 2007 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 38/04-39/04 on the Compliance of Article 4 (Wordings of 2 July 2002, 4 November 2004, 19 May 2005 and 8 June 2006) of the Republic of Lithuania’s Law on the State Pensions of Judges with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta927/content>); the 10 December 2012 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 44/2010 on the Compliance of Paragraph 1 (Wording of 7 July 1999) of Article 48 of the Republic of Lithuania’s Law on the Organisation of the National Defence System and Military Service with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1044/content>).

11 See, inter alia, the 28 March 2006 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 4); the 21 November 2006 decision of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 24/05-04/06 on the Construction of a Provision of Item 6.3 of Chapter II of the Reasoning Part of the Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania “On the Compliance of Paragraph 3 (Wording of 22 December 1998) of Article 73 of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania” of 4 April 2006 (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1328/content>); the 22 October 2007 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 10); the 5 September 2012 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 3); the 13 March 2013 decision of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 40/03; 45/03-36/04 on the Construction of the Provisions of the Constitutional Court’s Rulings of 30 December 2003 and 13 November 2006 (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta911/content>).

Principle of consistent development. It should be singled out as the second fundamental principle of the formation of the official constitutional doctrine. One can emphasise that consistency is an essential feature of the constitutional jurisprudence in a consolidated democracy. Thus, though the correction of the official constitutional doctrine is an exclusive competence of the Constitutional Court, in order to ensure legal certainty, the Constitutional Court has formulated the self-restraining doctrine in this respect. The prerogative of the Constitutional Court to reinterpret (or correct) the official constitutional doctrine is reserved only for exceptional cases when it is objectively inevitable. Such a constitutional necessity may be determined by the need to enhance the protection of human rights and other values enshrined in the Constitution, or the need to expand the possibilities of constitutional control in order to guarantee constitutional justice.

Among the few examples of the correction of the official constitutional doctrine, the case law related to the interpretation of the principle of the equality of all persons before the law can be mentioned. In one of its first rulings (the ruling of 8 November 1993) the Constitutional Court took a purely formal approach based solely on the literal text of the Constitution and held that this principle is applicable only to natural persons¹². The Constitutional Court reasoned that Article 29 of the Constitution, where this principle is established, belongs to Chapter II of the Constitution, which is entitled as "The Human Being and the State"; therefore, the notion of "a person" in this context can only be a synonym of "a human being". Thus, in this constitutional justice case (which concerned the alleged violations of the equality of political parties and public political movements), the Constitutional Court did not find any legal ground for a more extensive interpretation of the notion of "a person". This position was corrected two and a half years later, in the ruling of 28 February 1996, where the Constitutional Court, relying on the overall constitutional regulation (that is, taking into account that the principle of the equality of all persons before the law is closely interrelated with other constitutional principles and provisions, including the principle of the rule of law), made a conclusion that this principle should be applied not only to natural persons but also to legal persons (according to the Court's position expressed in that ruling, as a rule, legal persons are associations of natural

¹² The 8 November 1993 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 6 on the Compliance of the Republic of Lithuania's Law "On a Partial Amendment and Supplement to the Republic of Lithuania's Law on Elections to the Seimas" of 16 March 1993 with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta947/content>).

persons)¹³. This corrected concept of persons as subjects of the principle of equality entailed the possibility to defend the rights of legal persons in cases where they are faced with discriminative treatment.

Nevertheless, as mentioned before, the correction of the official constitutional doctrine should be regarded as an exception to the general rule. The restrained approach to this possibility is necessary, among other things, due to the fact that the existing official doctrine forms an integral system, and a change in one part of the system affects the whole system. That is why the Constitutional Court has identified particular instances when the correction of the official constitutional doctrine would be impermissible. In particular, it would be constitutionally unjustified to correct the official constitutional doctrine where such a correction would change the system of values entrenched in the Constitution or would deny its inner unity, reduce the guarantees of the protection of the supremacy of the Constitution in the legal system, undermine the guarantees of constitutional human rights and freedoms, or change the model of the separation of powers enshrined in the Constitution¹⁴.

For example, after the judgment in the case of *Paksas v. Lithuania* was delivered by the European Court of Human Rights, the Constitutional Court declined to correct the official constitutional doctrine concerning the impermissibility to stand for election as a member of the Seimas if a person was removed from office under impeachment proceedings for a gross violation of the Constitution and a breach of the oath¹⁵. In the case law of the Constitutional Court it was held that such a person could not again take the oath to be loyal to the Republic of Lithuania and acquire the rights of a representative of the Nation as the committed breach of the oath had resulted in a reasonable doubt in trustworthiness of this person. That is the established system of values according to the Constitution currently in force. Therefore the mere reinterpretation on the basis of the judgment

13 The 28 February 1996 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 10/95 on the Compliance of the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania (No. 1164) "On the Capitalisation of the Credits of Some Enterprises of the Ministry of Agriculture" of 30 August 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania, as well as with Article 13 of the Republic of Lithuania's Law on Budgeting, Article 9 of the Republic of Lithuania's Law on State Regulation of Economic Relations in Agriculture, and Paragraph 1 of Article 43 of the Republic of Lithuania's Company Law (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1000/content>).

14 See, inter alia, the 28 March 2006 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 4); the 5 September 2012 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 3).

15 The 5 September 2012 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 3).

of the European Court of Human Rights would inevitably change this system (would distort the existing balance between the individual electoral rights and requirement of loyalty to the Constitution) and diminish the significance of the constitutional oath. In view of the existing incompatibility between the obligations of the Republic of Lithuania under the European Convention on Human Rights and the constitutional regulation in question, the Constitutional Court held that this incompatibility has to be removed only by amending the Constitution.

As regards the importance of consistency of the jurisprudence (the official constitutional doctrine), one can recall that the Constitutional Court is a legal and not a political institution, whose case law must be foreseeable. Thus, no correction of the official constitutional doctrine may be determined by accidental (from the perspective of law) factors, such as, for example, a mere change in the composition of the Constitutional Court¹⁶, or political expediency, or public opinion. Otherwise, a threat would arise to the stability of the official constitutional doctrine and the Constitution itself. It should also be mentioned that consistency in the development of the constitutional doctrine and judicial self-restraint with regard to corrections of the constitutional doctrine helps to ensure that the interpretation of the Constitution, as well as decisions based on it, will not be arbitrary or based on individual attitudes, emotions, or purely political reasons, including change of political power. Strict adherence to the principle of consistency serves as a safeguard against attempts of political pressure aimed at the Constitutional Court.

Inadmissibility of interpretation of the Constitution based on lower-ranking legal acts. This principle of the development of the official constitutional doctrine is related to the constitution-centric concept of the Lithuanian legal system, determining that the interpretation of the Constitution must be based on the logic of the Constitution itself, on the interrelations between its norms and principles, and not on the laws or other lower-ranking legal acts¹⁷. From the viewpoint of constitutional law, it is not the Constitution that

¹⁶ Ibid., note 14.

¹⁷ See, inter alia, the 12 July 2001 Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 13/2000 14/2000-20/2000-21/2000-22/2000-25/2000-31/2000-35/2000-39/2000-8/01-31/01 on the Compliance of Paragraphs 1 and 2 of Article 4, Paragraphs 1 and 3 of Article 5, Item 1 of Paragraph 3, Paragraphs 4, 5 and 6 of Article 7 of the Republic of Lithuania's Law on the Work Pay of State Politicians, Judges and State Officials, as well as Chapter II of the Appendix to the same Law, Appendix 6 to the Republic of Lithuania's Law on the Approval of the Financial Indicators of the 2000 State Budget and Municipal Budgets, Article 9 of the Republic of Lithuania's Law amending the Law on the Approval of the Financial Indicators of the 2000 State Budget and Municipal Budgets, the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania (No. 499) "On the temporary experimental Procedure for the Work Pay of Heads and other Officials of

must be interpreted on the grounds of laws, but laws must be interpreted on the grounds of the Constitution. Only if doing so, it is possible to assess laws from the perspective of the Constitution as the apex of the legal system¹⁸.

Harmonisation with international and EU law. In this context, the question may arise as to the role of international law in the process of constitutional interpretation. According to the official constitutional doctrine, ratified international treaties acquire the legal force of a law. However, the legal nature of binding international norms cannot be fully equated to that of the acts adopted by the legislature. Constitutional principle of respect for international law (*pacta sunt servanda*), principle of an open, just and harmonious civil society, principle of geopolitical orientation of the state serve as bridges between the Constitution and international law. In other words, they lead to the openness of the Constitution towards the international legal system, i.e. the duty of the Constitutional Court to see the Constitution in the broader international and, in particular, European context by applying not less favourable standards to the people of the country. Therefore, in deciding constitutional justice cases, relevant international legal regulation is much more significant than mere contextual data. It can be held that the mentioned constitutional principles, which also constitute an important part of Lithuanian constitutional traditions, give rise to the constitutional presumption of compatibility of international law (and EU law) with the Constitution. This presumption is also indirectly confirmed by the doctrine developed in the Constitutional Court's ruling of 24 January 2014 in relation to unconstitutional amendments to the Constitution¹⁹. In this ruling the Constitutional Court pointed out that the Constitution does not permit any such amendments to the Constitution that would deny the international obligations of the Republic of Lithuania as long as these international obligations are not denounced in accordance with the norms of international law.

State Authority, State Administration and Law Enforcement Bodies" of 29 November 1991, the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania (No. 666) "On the Work Pay of Judges of Courts, Officials and other Employees of the Prosecutor's Office and the State Security Department of the Republic of Lithuania" of 24 June 1997, the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania (No. 1494) "On a partial Amendment of the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania (No. 689) "On the Work Pay of Chief Officials and Functionaries of Law and Order Institutions and of Law Enforcement and Control Institutions" of 30 June 1997" of 28 December 1999 with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta941/content>).

18 Sinkevičius, V. Konstitucijos interpretavimo principai ir ribos [The Principles and Limits of Interpretation of the Constitution]. *Jurisprudencija*, 2005, vol. 67(59), pp. 7–19.

19 The 24 January 2014 ruling of of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 7).

Thus, the constitutional presumption of the compatibility of international law and EU law with the Constitution implies the duty of the Constitutional Court, when interpreting the provisions of the Constitution, to pay regard to the international and European legal context, i.e. to harmonise the relevant constitutional and international (European) legal provisions. The principle of harmonisation with international and EU law leads to several implications, including, for instance, the necessity to interpret the provisions of the Constitution in such a manner that their content would not deny any corresponding international and EU legal norms; also, favourable regard has to be given to international and European case law (including that of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union); where several versions of interpretation are possible, the choice should be made in favour of the one which is in the greatest accord with the international and EU legal provisions.

The jurisprudence of the Lithuanian Constitutional Court makes it clear that, in cases where the official constitutional doctrine on a specific issue is not sufficiently developed (for example, the constitutional conception of family, or constitutional standards of the protection of state secrets), the Lithuanian Constitutional Court internalises the provisions of relevant international or EU law. In other words, international and EU law serves as a direct source of inspiration for the Constitutional Court in forming and developing the official constitutional doctrine. At the same time, constitutional law is continuously supplemented with the elements derived from international and EU law.

There is no doubt, however, that the principle of consistent interpretation is not absolute. The application of this principle may not threaten the supremacy of the Constitution. Thus, this principle should not be applied in cases where it would lead to the denial of the fundamental constitutional values or the constitutional standards of human rights protection that are higher than the respective international or European legal standards.

Application of different methods of the interpretation of the Constitution. The Constitutional Court has more than once noted that the nature of the Constitution as an integral act, which provides the guidelines for the entire legal system, determines that the Constitution may not be interpreted purely literally, that is, by applying the sole linguistic (verbal) method. When interpreting the Constitution, various methods of legal interpretation must be applied, including systemic, logical, teleological, historical, comparative, and other methods²⁰. It is clear that all these methods are “borrowed” from legal science, including the academic constitutional doctrine.

²⁰ The 25 May 2004 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 24/04 on the Compliance of Article 1(1) (Wording of 4 May 2004) and Paragraph 2 (Wording of 4 May 2004) of Article 2 of the Republic of Lithuania’s Law on Presidential

While applying the comparative method, the Constitutional Court analyses the jurisprudence of constitutional courts of other states, which may serve as a source of inspiration concerning the direction, content, and form of the interpretation of particular provisions of the Constitution. The decisions of the constitutional courts of foreign states may be referred to in order to provide a wider context of the considered situation, or to reinforce the adopted line of reasoning. For example, in the case concerning the constitutional concept of family, the Constitutional Court referred to relevant case law of the constitutional control institutions of Croatia, the Czech Republic, France, Hungary, Germany, and Slovenia as testifying to the fact that a family is defined by taking account of the variety of family forms existing in society at a given period of time, as well as of the relevant demographic, economic, and social changes taking place in the life of society²¹.

The historical method gives the opportunity to examine the origin and development of the constitutional regulation in question and to identify constitutional traditions relevant to establish the exact meaning of the existing constitutional provision. For example, one of such traditions, emanating from the first democratic Constitution of the Republic of Lithuania of 1922, is the prohibition of multiple nationality. It was one of the arguments for the Constitutional Court to support the interpretation of the current prohibition of multiple nationality under Article 12(2) of the Constitution as allowing for nationals of the republic of Lithuania to possess nationality of another state only in exceptional cases²².

The systemic method is probably the most important in interpreting the Constitution. Its importance derives from the very perception of the Constitution as the integral whole of explicit and implicit provisions. That is why also the integral application of the whole range of methods in the interpretation of the Constitution is essential for balancing various constitutional provisions, creating the conditions for the realisation of the purpose of the Constitution as a social contract and ensuring that the spirit

Elections with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1269/content>).

21 The 28 September 2011 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 21/2008 on the Compliance of the Provisions of the State Family Concept as Approved by Resolution of the Seimas of the Republic of Lithuania No. X-1569 "On the Approval of the State Family Concept" of 3 June 2008 with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1112/content>).

22 The 13 November 2006 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 45/03-36/04 on the Compliance of the Provisions of the Legal Acts Regulating the Citizenship Relations with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1331/content>).

of the Constitution (the meaning of the overall constitutional regulation) will not be denied.

In this context the constitutional justice case concerning the membership of the Republic of Lithuania in NATO can be mentioned. In 2011 a group of parliamentarians disposed against NATO submitted a petition requesting to recognise that certain provisions of the Law on International Operations, Exercises and Other Events of Military Co-operation, relevant to Lithuania's membership in NATO and participation in the NATO military operations, were in conflict with the Constitution. The petitioners argued that due to Article 137 of the Constitution, according to which there may not be any foreign military bases on the territory of the Republic of Lithuania, the provisions of the Law regulating the deployment of foreign allied forces in Lithuania were unconstitutional. Thus, the petitioners relied on a purely verbal (and taken out of broader context) interpretation of the Constitution, which would have implied the refusal of international assistance (including that from the NATO Allies) in the event of aggression.

In its ruling of 15 March 2011, the Constitutional Court applied the systemic method and interpreted the constitutional prohibition on the establishment of foreign military bases on the territory of the Republic of Lithuania in the light of constitutional imperatives and aims to ensure the independence and security of the state as well as welfare of its people²³. Therefore Court came to the conclusion the constitutional prohibition to deploy foreign military bases could not be understood only literally and had to be restricted so as to ensure the most effective means of defence of the country. The Court held that this prohibition cannot preclude the State of Lithuania to seek assistance from the allied foreign forces as well as to establish on the Lithuanian soil the allied military bases that are directed and controlled by the Republic of Lithuania and its Allies. In other words, the prohibition to deploy foreign military bases must be understood as safeguarding rather than precluding the protection of the independence of Lithuania, democracy and other constitutional values. In addition this interpretation can be supported by applying historical method: the prohibition to deploy foreign military bases was established in 1992 when the Russian military forces had still been deployed illegally in Lithuania; therefore the aim of the prohibition was to state about the illegality of presence of those forces

²³ The 15 March 2011 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 23/08 on the Compliance of Paragraphs 1, 2, 3, 4 of Article 5, Paragraphs 2, 3, 4 of Article 6, Paragraphs 1, 2, 3 of Article 10 (Wording of 12 May 2005), Paragraphs 2, 3, 5 of Article 14 of the Law on International Operations, Exercises and Other Events of Military Co-operation (Wording of 15 January 2002) with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1099/content>).

and to outlaw any other deployment of other forces which could threaten the independence and security of Lithuania.

Thus, the Constitutional Court made it clear that under the Constitution the forces and military bases of NATO allies may be deployed to the Republic of Lithuania. The systemic interpretation of the Constitution in this case did not allow converting the Constitution, to use the famous phrase coined by the US Supreme Court judge Robert Jackson, "into a suicide pact".

Another significant case that can be mentioned as an example of the application of different methods of the interpretation of the Constitution is the constitutional justice case concerning the death penalty. This case was considered in 1998²⁴. In terms of the purely formal point of view, the Constitutional Court could decide that the Constitution was silent about and therefore did not prohibit the death penalty, as there is no mention of it in the text of the Constitution at all; moreover, at that time Lithuania was not yet a party to Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights concerning the abolition of the death penalty.

However, the Constitutional Court, as it is clear from its reasoning, adopted an approach based on respect for innate human rights and openness to trends of humanisation of international law. The Constitutional Court noted from the outset that, in deciding on the constitutionality of death penalty, regard should be paid to the fact that the Constitution is an integral act, consolidating the protection of human life in a number of its provisions. According to the Constitutional Court, it was also important to assess the relevant trends in the attitude of the international community regarding the death penalty, the international obligations of the State of Lithuania, and the experience of the historical development of the State of Lithuania in establishing this punishment in criminal laws. Thus, it was held that the lawfulness of the death penalty must be investigated from various aspects.

Applying the historical method, the Constitutional Court overviewed the legal regulation concerning the death penalty starting from the 16th century Statutes of the Grand Duchy of Lithuania up to the present times and drew the conclusion that even the early legal regulation provided restrictions limiting the application of this punishment; and, at the beginning of the 20th century, following the creation of the modern Lithuanian state, the death penalty was regarded as inadmissible in the absence of extreme circumstances.

In using the systemic method, the Constitutional Court paid special attention to the constitutional provisions consolidating the recognition of

²⁴ The 9 December 1998 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (note 6).

the innate nature of human rights, the right to life, and the prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment. The Constitutional Court noted that the death penalty ceases human life, and there is no possibility of rectifying a mistake if a person who does not deserve it is sentenced to death. Besides, it was held that the death penalty deprives the convict of human dignity, as the state in this case treats the person as a mere object that needs to be eliminated from the human community.

The systemic method also created the preconditions for the Constitutional Court to take account of the development of international standards with regard to human rights protection and, in particular, of the emergence of the European standard concerning the inadmissibility of the death penalty. In this respect the Constitutional Court invoked the striving for an open, just, and harmonious civil society and a state under the rule of law, as established in the Preamble to the Constitution, and drew on the constitutional provisions consolidating the obligation of Lithuania to follow international legal norms and principles. After considering the relevant international treaties and multiple *soft law* documents adopted by the UN General Assembly, the Council of Europe, and the European Parliament, the Constitutional Court came to the conclusion that the abolition of the death penalty was increasingly regarded in Europe as a universally recognised norm. In this context, it was noted that Lithuania at that time was one of the only five states of the Council of Europe that had not yet signed Protocol No. 6. Based on the comparative method, the Constitutional Court also pointed to the “evident trend” in criminal law of European states towards the humanisation of criminal punishments.

Thus, the application of the whole range of different methods of the interpretation of the Constitution enabled the Constitutional Court to provide the arguments supporting the conclusion on the unconstitutionality of the penalty, which, in the words of the Council of Europe, serves “no purpose in a civilised society governed by the rule of law and respect for human rights”²⁵.

Conclusions

To sum it up, as follows from the Lithuanian practice, the official constitutional doctrine is the doctrine consisting of gradual and consistent interpretation of the constitution by the Constitutional Court, which is legally binding and essential for ensuring the supremacy of the Constitution.

The discussed principles of the development of the official constitutional doctrine make it clear that the official interpretation of the Constitution

²⁵ Abolition of the Death Penalty. Council of Europe website: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Others_issues/Death_Penalty/default_en.asp.

shares certain common features with scientific legal analysis and exert mutual influence. Similar methods of interpretation of law are used in both developing the official constitutional doctrine and conducting scientific research; they are taken from the legal science. Also inevitably the official interpretation of the Constitution employs certain legal scientific concepts as usually there is no reason to give to those concepts different meaning under the Constitution. For instance, such concepts as state institutions²⁶, judicial control over municipal activities²⁷, and the aggravating and mitigating circumstances of a crime came to the official constitutional doctrine from the academic legal doctrine²⁸. In addition, the academic legal doctrine forms a valuable source for developing the official constitutional doctrine and determining the regulatory tendencies in particular areas of law. The inevitable interrelationship of the official constitutional doctrine with the scientific legal doctrine is also determined by the fact that a large part of the justices of constitutional courts come from academic background. As a result of these factors, the academic legal doctrine provides a useful cognitive context and suggests scientific insights into the problems examined in particular constitutional justice cases. Therefore, quite often the conclusions of legal science are directly or indirectly reflected in the constitutional jurisprudence.

At the same time, constitutional jurisprudence provides a rich source for legal thought and legal science. Sometimes it can even happen that the

26 The 21 April 1998 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 13/97 on the Compliance of the Republic of Lithuania's Law on the Implementation of the Law on Amending Article 29 of the Law on the Provision of Information to the Public and the Resolution of the Seimas of the Republic of Lithuania "On Dismissing V. Nikitinas from the Post of the Prosecutor General" of 25 February 1997 with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1125/content>).

27 The 18 February 1998 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 2/97 on the Compliance of the Republic of Lithuania's Law "On the Amendment of and Supplement to the Law on the Governing of a County, as well as the Recognition of the Law on the Government Representative as Null and Void", as well as the Resolution of the Seimas of the Republic of Lithuania "On the Supplement to the Republic of Lithuania's Civil Service List of the Positions of 'A' Level Functionaries" of 12 December 1996 with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1121/content>).

28 The 15 November 2013 ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in case No. 12/2010-3/2013-4/2013-5/2013 on the Compliance of Paragraph 2 (Wording of 10 April 2002) of Article 255, Paragraph 1 (Wordings of 28 June 2007 and 22 December 2011) and Paragraph 4 (Wordings of 28 June 2007 and 22 December 2011) of Article 256, Paragraph 3 of Article 320, and Item 4 of Paragraph 1 (Wording of 28 June 2007) of Article 326 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania (English text: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta903/content>).

development of the official constitutional doctrine can provoke and move forward new trends in the academic legal doctrine (for example, the topics of constitutionality of constitutional amendments and eternal constitutional values has become the theme of academic research in Lithuania mostly after the consideration of the relevant cases by the Constitutional Court, in which the corresponding official constitutional doctrine has been formulated).

On the other hand, there are obvious differences between the official constitutional doctrine and the academic legal doctrine. First of all, the official constitutional doctrine is formulated by a special (authorised under the Constitution) institution whose right and duty to interpret officially the Constitution derives from the Constitution itself. This doctrine is a part of the constitutional legal reality and is binding on all persons. Therefore, even the Constitutional Court as the official interpreter of the Constitution is bound by the existing official constitutional doctrine; it is also obliged to follow the principles of gradual and consistent development of that doctrine so as to ensure the uniform application of the Constitution. It is natural, as in each case the Court has to make decision what way of interpretation to choose. Whereas, it is also natural, the academic legal doctrine is multidirectional and pluralistic; it is rare that one can find completely identical and uniform scientific views on the same subject. However, it is clear that the more the main elements of the official constitutional doctrine correspond with the conclusions provided and prevailing in the legal science, the more the official constitutional doctrine is convincing and the better it is accepted by the legal community and society at large.

In concluding, I would like to summarise that strict adherence to the principles of the gradual and consistent development of the official constitutional doctrine is an essential precondition for ensuring the stability of the Constitution and the effective role of the Constitutional Court as the guardian of the Constitution and the rule of law. At the same time, this constitutes a precondition for the Constitutional Court to remain independent from changes in political power, public pressure, or various subjective factors. Independent and based on the supremacy of the Constitution in the legal system and the precedence of the spirit over the letter as well as the dynamic interpretation of the Constitution in consistency with international obligations can ensure such a perception of the Constitution that could prevent the destruction of statehood and democratic constitutional order and secure the European constitutional identity of the State.



*З вітальним словом до присутніх звернувся Президент України Петро Порошенко
President of Ukraine Petro Poroshenko delivered a welcome speech*



*Голова Конституційного Суду України Юрій Баулін виступив з вітальним словом
Chairman of the Constitutional Court of Ukraine Yurii Baulin presented an opening address*



*Гостей привітав Голова Європейської Комісії «За демократію через право»
(Венеціанська Комісія) Джанні Букіккіо*

*The guests were welcomed by the President of the European Commission for Democracy
through Law (Venice Commission) Gianni Buquicchio*



*Брифінг Голови Конституційного Суду України Юрія Бауліна та Голови Європейської
Комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) Джанні Букіккіо*

*Briefing of the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine Yurii Baulin and the
President of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)
Gianni Buquicchio*



*Церемонія спеціального гашення марки пам'ятним штампем
Special cancellation ceremony*





Учасники конференції
Conference participants

