

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА



ВИДАННЯ РЕКОМЕНДОВАНЕ ДО ДРУКУ ВЧЕНОЮ РАДОЮ ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ
ЛЬВІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
ПРОТОКОЛ № 31 ВІД 26.12.2018 РОКУ

УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ВИДАВЕЦЬ: РЕДАКЦІЯ ЖУРНАЛУ «УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА»

ЗАСНОВНИКИ: ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ «ЦЕНТР КОНСТИТУЦІЙНИХ ІНІЦІАТИВ»
«РЕДАКЦІЯ ЖУРНАЛУ «УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА»

ГОЛОВНІ РЕДАКТОРИ: ОЛЕНА БОРИСЛАВСЬКА, СЕРГІЙ РІЗНИК

Наша місія — створення платформи для фахового обговорення сучасних проблем конституціоналізму українськими та зарубіжними вченими, обміну досвідом та результатами наукових досліджень, поширення оригінальних ідей дослідників серед широкої аудиторії науковців та практиків.

ЧАСОПИС ВНЕСЕНО ДО ПЕРЕЛІКУ НАУКОВИХ ФАХОВИХ ВИДАНЬ УКРАЇНИ
СВІДОЦТВО ПРО ДЕРЖАВНУ РЕЄСТРАЦІЮ КВ 22166-12066Р ВІД 07.06.2016 РОКУ



УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ЗМІСТ

АКТУАЛЬНЕ ІНТЕРВ'Ю /
«КОНСТИТУЦІЯ — АКТ ВЛАДИ НАРОДУ». ЧАСТИНА 1. ІНТЕРВ'Ю З ВІКТОРОМ МУСІЯКОЮ 3
Сергій Різник

ВІД РЕДАКЦІЇ /
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ БЕЛЬГІЇ 8
Барон Андре Ален

THE RULE OF LAW IN THE CASE LAW OF THE BELGIAN CONSTITUTIONAL COURT 30
Em. Prof. Dr. André Alen

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ОГЛЯД / ПРОБЛЕМИ ПОДІЛУ ВАДИ 50

СТАТТІ /
НАЦІОНАЛЬНИЙ РЕФЕРЕНДУМ В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА У СВІТЛІ ПРОПОЗИЦІЙ ЗМІН
ДО ЗАКОНУ ВІД 14 БЕРЕЗНЯ 2003 РОКУ 67
Лукаш Бучковські

NATIONAL REFERENDUM IN THE REPUBLIC OF POLAND IN THE LIGHT OF THE PROPOSALS
OF THE ACT OF 14 MARCH 2003 81
Łukasz Buczkowski

ОСОБЛИВОСТІ ТА НАСЛІДКИ ПОДІЛУ І ДУАЛІЗМУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ
В РАМКАХ РІЗНИХ ВИДІВ НАПІВПРЕЗИДЕНТАЛІЗМУ 94
Віталій Литвин

ПРЕМ'ЄР-МІНІСТР УКРАЇНИ У СИСТЕМІ СТРИМУВАНЬ ТА ПРОТИВАГ ВЛАДИ СУЧАСНОЇ
КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕЛІ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ 113
Володимир Кобрин

НАЦІОНАЛЬНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ЩОДО ЗАБОРОНИ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ 122
Богдан Бернацький

СЛОВО МОЛОДИМ НАУКОВЦЯМ /
ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ 132
Ольга Никорак

РЕЦЕНЗІЇ / ПРОТЕСТАНТСЬКА ЕТИКА І ДУХ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ
(РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ В. В. ДЖУНЯ «СОЦІОЛОГІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА») 141
Сергій Рабінович

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ 145



«КОНСТИТУЦІЯ — АКТ ВЛАДИ НАРОДУ»

Сергій РІЗНИК
/ кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права, заступник декана юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка

Віктор МУСІЯКА
/ голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, член Ради з питань судової реформи

ЧАСТИНА 1

Відомий політичний і державний діяч, заслужений юрист України, один із авторів тексту Конституції України, професор Національного університету «Киево-Могилянська академія» та провідний експерт Центру Разумкова про віртуальність та реальність Конституції в умовах сучасного розвитку суспільства та відновлення конституційного ладу в Україні.

• *Сьогодні буде йти мова про Конституцію України та про те, наскільки вона є актом установчої влади народу, — разом з Віктором Лаврентійовичем Мусіякою. Пане Вікторе, на вашу думку, Конституція України, наскільки вичерпно ми можемо сказати, що на сьогоднішній день вона є актом не парламенту, не держави, а саме народу?*

По-перше, коли мова йде про нашу Конституцію, часто говорять, що ось вона була прийнята парламентом, а треба було виносити на референдум, тому що народ має затвердити її. Справа в тому, що в той час, 1996 року, ми були останньою республікою колишнього СРСР, яка як самостійна держава прийняла власну конституцію незалежної держави. Ми ж не революцію влаштовували, тоді не було революційної ситуації, це був еволюційний процес. Була конституція УРСР, потім внесені зміни у відповідні розділи і так далі. Пізніше були зміни, можливо, Ви пам'ятаєте, у 1995 році. Був прийнятий так званий конституційний договір, в основі якого був текст Конституції, а в ньому в кінці зазначено: зміни до Конституції вносяться

Верховною Радою України. По-іншому ми зробити не могли. Тому, все це відповідає Конституції, все це нормативно, легітимно. Однак, коли мова йде про те, що Конституція має бути актом установчої влади, то мається на увазі, перш за все, влада народу. Так, у Конституції сказано, від імені українського народу Верховна Рада приймає цю Конституцію. Оці всі 22 роки після прийняття Конституції України показали, що весь час повторюється цей трагічний процес — кругообіг відносин між владою і народом — саме в такому контексті, який нас всіх не влаштовує. Деколи кажуть: «державою і народом», хоча я вважаю, що це неправильно. Бо ми якраз підійшли до моменту, коли вже є усвідомлення в суспільстві. Тому є стільки розроблених уже проектів Конституції, суспільних договорів, пропозицій у парламенті, є вже навіть зареєстрований законопроект, вдруге, між іншим. У 2008 році Тарас Стецьків зареєстрував законопроект «Про порядок скликання установчих зборів». А тепер знову у парламенті є зареєстрований цей законопроект. І все це уже давно стало зрозумілим не тільки політикам. Політики реагують на те, що відбувається у суспільстві, і хочуть

«забити» свою першість у цьому процесі. Але об'єктивно є потреба в тому, щоб Конституція як основний закон суспільства, якщо її розглядати на майбутнє як серцевину суспільного договору, була затверджена народом.

ОЦІ ВСІ 22 РОКИ ПІСЛЯ ПРИЙНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ПОКАЗАЛИ, ЩО ВЕСЬ ЧАС ПОВТОРЮЄТЬСЯ ЦЕЙ ТРАГІЧНИЙ ПРОЦЕС — КРУГООБІГ ВІДНОСИН МІЖ ВЛАДОЮ І НАРОДОМ — САМЕ В ТАКОМУ КОНТЕКСТІ, ЯКИЙ НАС ВСІХ НЕ ВЛАШТОВУЄ.

• Дуже добре, що ви цю частину теми зачепили. У контексті численних так званих втручань в текст Конституції, яка була прийнята за Вашою безпосередньою участю, (і в подальшому Ви активну участь брали в захисті Конституції), ми знаємо, що під час однієї революції, другої та проміжний період Конституція зазнавала певних втручань... і, безумовно, сьогодні маємо частину суспільства, яка вже десь орієнтується в тому, наскільки текст, який на даний час існує, справедливий має зв'язок з народом. Водночас частина людей, в тому числі фахівців, виступають категорично проти вирішення цього питання на референдумі. Що ми можемо аргументувати конструктивно і логічно цим людям, які зокрема, як мені видається, трохи безпідставно говорять, що народ не здатний приймати Конституцію, згадуючи чомусь Гітлера, який прийшов до влади через референдуми. От чому у нас значна частина професійного і політичного істеблішменту так боїться народу?

Я б сказав, народ сам дає привід для цього. На мою думку, треба говорити чесно. Справа в тому, що у загальному контексті що потрібно, аби народ врешті-решт ухвалив Конституцію?! У мене є ціла концепція, над якою я працюю зараз і, звичайно, її треба повністю і цілісно подавати. Однак справа в тому, що народ як мінімум повинен на референдумі затвердити ціль держави, яка має бути досягнена за допомогою держави як інструмента в руках суспільства. Найголовніше, звичайно, коли ми говоримо про народ, розуміємо, що в нас

люди бідують, вони ніколи в житті не заглянуть ні в яку Конституцію, їм би вижити. Є мільйони сімей, які виживають, мільйони людей тримаються на субсидіях, але ці люди — громадяни нашої держави і вони є саме тими, хто становить громадянське суспільство, тобто є найбільш активною частиною суспільства. Так от, саме громадянське суспільство, як серцевина усього суспільства, народу, є найбільш активною частиною. От на неї ми покладаємося і маємо поклатися, це десь 10–12%, скажімо, уже у нас є. Ці всі «майдани» показали, що не тільки в Києві 1,5 млн вийшли і довели, що вони готові відстоювати відповідні моральні та інші засади функціонування суспільства, а й в усій Україні це відбулось. Тому, коли мова йде про те, виносити чи не виносити це назагал, я думаю, що в цьому сенсі треба тільки одне підкреслити — перед тим, як виносити, варто не лише інформувати суспільство, але й розжовувати, простіше кажучи, пояснювати, щоб це певним чином не стало неприйнятним. Це зумовлено тим, що є частина людей, яким треба роз'яснювати, оскільки не всі мають юридичну освіту, а ми не можемо зовсім спрощувати текст Конституції, тож пояснення потрібні. З огляду на це я хочу зазначити одну річ: фактично зараз вже почався виборчий процес – і це покажуть не тільки майбутні президентські вибори, коли ми спостерігаємо всю цю когорту... запасні кандидати, які постійно беруть участь, але й парламентські вибори. Уже всі ці лідери партій «занурилися» у вибори. І тут дуже важливий момент, ми живемо по суті в умовах віртуальної Конституції. Наша Конституція є писаною, проте, на жаль, віртуальною, оскільки в житті ми бачимо зовсім інші підвалини, на яких функціонує вся система державного управління, влади і права.

ПОЛІТИКИ РЕАГУЮТЬ НА ТЕ, ЩО ВІДБУВАЄТЬСЯ У СУСПІЛЬСТВІ, І ХОЧУТЬ «ЗАБИТИ» СВОЮ ПЕРШІСТЬ У ЦЬОМУ ПРОЦЕСІ. АЛЕ ОБ'ЄКТИВНО Є ПОТРЕБА В ТОМУ, ЩОБ КОНСТИТУЦІЯ ЯК ОСНОВНИЙ ЗАКОН СУСПІЛЬСТВА, ЯКЩО ЇЇ РОЗГЛЯДАТИ НА МАЙБУТНЄ ЯК СЕРЦЕВИНУ СУСПІЛЬНОГО ДОГОВОРУ, БУЛА ЗАТВЕРДЖЕНА НАРОДОМ.

• От у цьому плані дуже важливо окреслити, не хочу вживати пафосних слів, але,

напевно, світоглядну категорію Конституції. Ви зазначили, що «народ повинен», і це логічно, якщо ми говоримо про народовладдя, демократію, визначати ціль, мету та сенс існування держави. Чи можемо ми говорити в цьому контексті, що Конституція якраз би мала бути отим набором елементів української національної ідеї, про яку часто говорять, що у нас її нібито немає. Власне національна ідея як сенс існування народу та держави, мала би і могла би якраз бути відображена в Конституції. Чи можна в такому ракурсі говорити, як ви гадаєте?

На мою думку, національна ідея і співвідношення її з ціллю держави — це ті категорії, які не можуть бути відокремлені одна від одної.

НАША КОНСТИТУЦІЯ Є ПИСАНОЮ, ПРОТЕ, НА ЖАЛЬ, ВІРТУАЛЬНОЮ, ОСКІЛЬКИ В ЖИТТІ МИ БАЧИМО ЗОВСІМ ІНШІ ПІДВАЛИНИ, НА ЯКИХ ФУНКЦІОНУЄ ВСЯ СИСТЕМА ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ, ВЛАДИ І ПРАВА.

- Так, абсолютно погоджуюсь.

У цілі держави, коли вона формулюватиметься, має бути відображена національна ідея, — все, що пов'язане із мораллю, традиціями, культурою, етикою, з усіма речами, які нас презентують в людському суспільстві як українців.

НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ І СПІВВІДНОШЕННЯ ЇЇ З ЦІЛЛЮ ДЕРЖАВИ — ЦЕ ТІ КАТЕГОРІЇ, ЯКІ НЕ МОЖУТЬ БУТИ ВІДОКРЕМЛЕНІ ОДНА ВІД ОДНОЇ.

- А не гасло якесь, бо ж шукають гасло постійно...

Звичайно. Нам уже вистачає цих «гасел»! Конкретика має бути. І чому я кажу про віртуальність. Реальне життя показує, що влада, і я ще раз хочу підкреслити, не потрібно ототожнювати, що влада — це держава, держава — це механізм, який використовує влада, в своїх, як правило, інтересах.

На жаль, зараз немає таких, щоб хоча б, скажімо, задовольняючи власні інтереси, якимось чином ще й подбали про інших. Якщо мова йде про людину, то до прикладу, ті ж субсидії, куди вони йдуть? Люди принижуються, люди пов'язують те, що вони залежні від влади, тому що вона дає субсидії. Однак питання в тому, куди йдуть ці суми субсидій?! Ніби допомагають жити людям, а фактично — відбувається перерозподіл бюджетних коштів, які йдуть знову ж до кишень тих, хто цю владу тримає в руках. Це я веду до того, що перша стаття Конституції — Україна є незалежна, соціальна, правова, демократична держава. Візьміть кожну із цих чотирьох складових, вони, на жаль, абстрактні. А реальна — ось ця, так звана «жива Конституція». Ми з вами як фахівці знаємо, що чимало людей, і до того ж наші колеги, кажуть, що життя не може повною мірою відобразитись Конституцією. Даруйте, але це має через Конституцію все одно переливатися. Якщо мова йде про те, що у нас незалежна держава, суверенна держава, відповідно, нами не мають керувати ні з Росії, ні з Вашингтону, ні з Брюсселю, нізвідки. Якщо це соціальна держава, то зрозуміло, що це ж не неолібералізм має панувати в державі, який насаджується, а фактично конституційні засади розвитку економіки. Коли мова йде про правову державу, то даруйте, але в цих умовах неможливо говорити про права і свободи, про реформи, судову і так далі... У нас маса проблем, які говорять про те, що все це поки що абстракція. Чому я зазначив раніше, що ми маємо не забувати, що знаходимось уже в передвиборчому стані. Тому що, перш за все, через засоби масової інформації потрібно доносити просвітницькі ідеї, які допомагають людям розібратися в суті отого всього життя. Знаєте, скільки засобів масової інформації в руках людей, які хочуть їх використати з заздалегідь відомим наміром, уже нав'язують нам: нумо, обговорюйте питання: а який кандидат найбільше підходить — оцей такий, той «рудий», той ще якийсь і так далі. А мова повинна йти зовсім про інше, я про те, що для початку в цьому процесі, коли ми говоримо, що він вже почався, люди мають поставити питання собі: «В якій державі я хочу жити?».

Як я уже сказав, в основі усього цього процесу має бути громадянське суспільство. Воно формується, воно не є ще таким, яке б зобов'язало, скажімо, будь-яку владу дотримуватися Конституції, але президентські вибори можуть посприяти ру-

ху до громадянського суспільства, яке буде серцевиною усього суспільного процесу. Я маю на увазі, що може з'явитися людина, і я хотів би цього, яка продукуватиме цю ідею. Насамперед, це може здійснитись найближчим часом, наступного року, оскільки відбудуться двоє виборів... Я йшов на роботу сьогодні, побачив знову на бігборді гасло — «Антикорупційний суд...», я подумав, що, може, знову ідея дострокових парламентських виборів з'явилася. Я до того, що можливі вибори і дострокові, але, перш за все, необхідно ставити питання, і хотілось би, щоб хтось із кандидатів це зробив і наполіг на цьому. Таку людину треба обрати, яка розпочне відновлення конституційного ладу відповідно до Конституції. Разом із відновленням конституційного ладу потрібно повністю зробити ревізію, насамперед, законів, які в нас є антиконституційними. Повноваження президента, повноваження парламенту, повноваження Кабінету Міністрів, всіх органів, які обираються, всі інститути треба привести у відповідність до Конституції.

МИ ПОВИННІ НЕ ЗАБУВАТИ, ЩО ЗНАХОДИМОСЬ
УЖЕ В ПЕРЕДВИБОРЧОМУ СТАНІ.
І НА ПОЧАТКУ ПРОЦЕСУ, КОЛИ МИ ГОВОРИМО,
ЩО ВІН ВЖЕ ПОЧАВСЯ, ЛЮДИ МАЮТЬ
ПОСТАВИТИ ПИТАННЯ СОБІ:
«В ЯКІЙ ДЕРЖАВІ Я ХОЧУ ЖИТИ?»

• *Вікторе Лаврентійовичу, в цьому плані, що потрібно, щоб ми вирішили проблему віртуальності Конституції? Вибори, очевидно, «засліплюють інколи очі» нашим кандидатам, бо вони бачать мету, яка досягається, коли ми ставимо крапку після слова «влада». Але влада не для того, щоб утверджувати демократію, а для якихось своїх персональних цілей. Як в тій ситуації, яка зараз є в Україні, знову ж таки, ми маємо активне громадянське суспільство, ми маємо людей, які воювали за Україну і воюють зараз, є сім'ї, які втратили своїх рідних і близьких. Як поєднати, з одного боку, цю, мені здається, досить яскраво виражену волю суспільства, волю народу, щоб цього народу влада справді працювала в Україні, і оце бажання політичної верхівки, я не маю на увазі конкретно*

тих, хто займає сьогодні посади, а тих, як Ви сказали, що в цьому коловороті перебувають, їхнє бажання панувати для своїх інтересів? Який інструментарій, окрім, звичайно, такої інформаційно-просвітницької роботи, Ви бачите? Бо, знову ж таки, якщо не знайдеться оцієї людини найближчим часом, що поставить питання про відновлення конституційного ладу... Назвіть, будь ласка, зараз ті першочергові кроки, зокрема, які мали б бути орієнтиром для активних громадян, щоб наблизити той стан взаємодії між активним народом і тими, хто може йти в політику.

Таку людину треба шукати в першу чергу, і по суті Ви відповідаєте на питання, яке щойно поставили. Активні громадяни мають для себе цей віртуальний, поки що, образ держави, який вони хочуть мати, але він має бути близьким до того, що в Конституції написано. Образ цієї влади має бути на основі отого державного «кістяку», який тут виписаний, яким має керуватися ця влада. Активний громадянин, а ще краще та добра частина громадянського суспільства мають для себе визначитись, яку вони хочуть мати державу. Чому я говорю «щоб», я би хотів, щоб на озброєння така активна частина громадян брала ідею — відновлення конституційного ладу.

У ЦІЛІ ДЕРЖАВИ, КОЛИ ВОНА
ФОРМУЛЮВАТИМЕТЬСЯ, МАЄ БУТИ
ВІДОБРАЖЕНА НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ, — ВСЕ,
ЩО ПОВ'ЯЗАНЕ ІЗ МОРАЛЛЮ, ТРАДИЦІЯМИ,
КУЛЬТУРОЮ, ЕТИКОЮ, З УСІМА РЕЧАМИ,
ЯКІ НАС ПРЕЗЕНТУЮТЬ В ЛЮДСЬКОМУ
СУСПІЛЬСТВІ ЯК УКРАЇНЦІВ.

• *Це добре сформульована, мені здається, ідея в цьому плані.*

І вже зрозуміло, що треба зробити повну ревізію. Можна собі уявити, що приходить на посаду Президента людина, яка не тільки йшла з цим гаслом, а яка відразу, прийшовши, подала до Верховної Ради цілу низку проектів законів про скасування певних положень, і де її повноваження скасовуються, нинішні, але які є антиконституційни-

ми, але вони є у Президента, де він «не лізе» у економіку. Оце все є базою, на якій за два, три роки буде підготовлений отой суспільний договір, і потім на основі цього суспільного договору або сама мета буде затверджена референдумом, або повністю уже вся Конституція. Це вже механізм — яким шляхом іти. Це має бути чіткий план руху, перш за все до нормального конституційного ладу, якщо цього не зробити, то це все буде повторюватися. Прийдуть, виберуть наступного, будь-кого, він ж сяде на ті самі речі. І знаєте, кажуть, скільки можна на ті самі граблі наступати, і розумні

інколи теж на ці граблі наступають, але наступають, щоб не нагинатися, щоб ці граблі взяти до рук. Все це уже ми знаємо, проте враховувати і не наступати, тому що все буде повторюватися. Це надзвичайно неприємна річ — говорити про те, що нас чекає, те саме, а то і гірше нас чекає, якщо ми не будемо йти таким шляхом. Базою для наших наступних кроків до нормального механізму державного управління і права має бути відновлення конституційного ладу, іншого шляху немає, інакше все буде повторюватись і цього тільки й чекають ті, хто рветься до влади.

Транскрипт підготувала:
Христина СЛЮСАРЧУК



Барон Андре АЛЕН

/ проф., д-р юрид. наук, почесний Президент Конституційного Суду Бельгії, суддя (ad hoc) в Європейському Суді з прав людини, почесний секретар Ради Міністрів Бельгії

Віллем ВЕРІДТ

/ юридичний секретар Конституційного Суду Бельгії, науковий співробітник Левенського католицького університету

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ БЕЛЬГІЇ

ABSTRACT АНОТАЦІЯ

The article aims to analyse the significance of the concept of "rule of law" in the Belgian Constitutional Court's practice and highlighting some present day challenges to the Constitutional Court's position as a guardian of the rule of law.

Despite the fact that explicit reference to the "rule of law" in the case law of the Constitutional Court is rare, it constitutes for this Court an unwritten constitutional principle underlying other principles, in particular the principle of legal certainty and the principle of proportionality, the latter both in the review of the division of powers and even more so in the review against the principle of equality and the other fundamental rights.

The article raises the problem of the existence of many overlapping human rights documents, both national and supranational, should only lead to a more extensive protection, but in reality, they often lead to confusion, as the human rights' interpretation and application might differ between national and supranational constitutional judges. The Constitutional Court systematically aims at providing legal certainty in this field, and at avoiding judgments by the ECHR and the ECJ finding a violation, by interpreting the human rights laid down in the Belgian Constitution in light of the interpretation of the Convention and the Charter by the ECHR and the ECJ.

Key words: rule of law, constitutional court, legal system of Belgium.

Метою цієї статті є аналіз значущості концепції «верховенства права» в практиці Конституційного Суду Бельгії та висвітлення деяких сьгоднішніх викликів у діяльності Конституційного Суду як захисника верховенства права. Попри те, що пряме посилання на «верховенство права» у прецедентному праві Конституційного Суду є рідкісним, воно становить для цього Суду неписаний конституційний принцип, що лежить в основі інших принципів, зокрема правової визначеності і пропорційності, два останні принципи застосовуються також при контролі за розподілом повноважень, і крім цього, під час перегляду правових актів на предмет дотримання принципу рівності та інших фундаментальних прав. Стаття порушує проблему існування багатьох документів з прав людини, які накладаються один на одного, як національних, так і наднаціональних, що часто призводить до плутанини, оскільки тлумачення та застосування прав людини національними та наднаціональними конституційними суддями можуть відрізнятися. Конституційний суд систематично прагне забезпечити правову визначеність у цій сфері, а також уникнути судових рішень ЄСПЛ та Європейського суду з визнанням порушень на основі розуміння прав людини, викладених в Конституції Бельгії, в світлі тлумачення ЄСПЛ та ЄС Конвенції та Хартії.

Ключові слова: верховенство права, конституційний суд, правова система Бельгії.

ВСТУП

Хоча «верховенство права» є центральною концепцією як при створенні конституційних судів, так і в їх щоденній діяльності, вони рідко згадують про це у своїй практиці, оскільки радше схильні посилатися на більш конкретні конституційні правила, що деталізують вказану загальну концепцію. Метою цієї публікації¹ є аналіз значущості вказаної концепції в практиці Конституційного Суду Бельгії та висвітлення деяких сьогоднішніх викликів статусу Конституційного Суду як захисника верховенства права.

I. ІСТОРІЯ

1. ВІД «НЕДОТОРКАНОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА» ДО ЙОГО ПЕРЕГЛЯДУ НА ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ТА МІЖНАРОДНИМ ДОГОВОРАМ

1. Окрім тлумачення законодавства у відповідності з Конституцією,² воно залишалося «недоторканим» або суверенним аж до 1971 року, коли Касаційний суд постановив, що чинний міжнародний договір, «за самою природою міжнародного права, встановленого договорами», має перевагу і над попереднім, і над пізніше прийнятим законодавством. Таким чином, кожен загальний і адміністративний суд повинен відмовитися від його застосування у випадку виникнення такої суперечності.³ Цей підхід прийнято називати *дифузним переглядом*.

2. Посилаючись на працю «Федераліст», Роберт БАДІНТЕР, колишній президент французької *Conseil constitutionnel* (1986–1995), справедливо вказав на дві причини конституційного перегляду законодавства в США, а саме: охорона тонкого балансу між Федерацією та штатами і захист основних прав особи.⁴

Конституційний перегляд законодавства в Бельгії був викликаний тими ж причинами, відмінність полягала лише в тому, що це повноваження було надано не кожному суду, а виключно Конституційному суду. Це модель *централізованого конституційного контролю* Кельзена, в якій визначальна місія — це, головним чином, захист основних прав і свобод.⁵

3. Як тільки суб'єкти федерації (у Бельгії: громади та регіони), наділені законодавчими повноваженнями, виникли поряд з центральними (тобто федеральними) органами державної влади, розподіл повноважень між ними зумовив необхідність контролю за їх законодавством. У 1980 році Конституцією⁶ функцію контролю за розподілом повноважень між органами влади та перегляду їх норм, що мають силу закону, закріплено за Конституційним Судом,⁷ який не вважається частиною судової влади, і половина членів якого є колишніми парламентарями. Мета полягала в забезпеченні єдиного підходу при здійсненні конституційного тлумачення у справах, що стосуються повноважень органів влади федерального рівня та суб'єктів федерації.

4. Окрім цієї першої місії Конституційного Суду, його юрисдикція згодом була поширена і на відповідність законодавства *правам і свободам особи*. З 1988 року Конституційний Суд наділений повноваженням контролювати дотримання статей 10 і 11 (принцип рівності та недискримінації) і 24 (право і свобода освіти) Конституції, а з 2003 року юрисдикція Суду була розширена на увесь Розділ II («Бельгійці та їх права») Конституції⁸, а також на статті 170, 172 і 191 (принципи законності та рівності у податкових питаннях, а також захист іноземців).⁹

⁵ Between 1985 and 2018, the Court delivered 4404 judgments, 507 of which concern the division of powers between the federal State, the Communities and the Regions. All other cases relate to rights and freedoms.

⁶ Now Article 142 of the Constitution.

⁷ Then still called the "Court of Arbitration": constitutional provision of 29 July 1980 (*Moniteur belge*, 30 July 1980, 2nd edition); changed to "Constitutional Court" by the constitutional provision of 7 May 2007 (*Moniteur belge*, 8 May 2007, 3rd edition).

⁸ Constitutional provision of 15 July 1988 (*Moniteur belge*, 19 July 1988).

⁹ Special Majority Act of 9 March 2003 (*Moniteur belge*, 11 April 2003, 1st edition).

¹ Ця праця є оновленою версією промови, проголошеної на конференції, присвяченій 25-тій річниці Конституційного Суду Республіки Словенія, що відбулася в Бледі у червні 2016 року.

² Cass. 20 April 1950 (*Waleffe*), Pas., 1950, I, 560, with conclusions by L. CORNIL.

³ Cass. 27 May 1971 (*S. A. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*), Pas., 1971, I, 886, with conclusions by W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁴ R. BADINTER, Préface, S. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, Paris, Odile Jacob, 2011, 10–11.

Крім того, Конституційний Суд суттєво збільшив сферу свого контролю у справах про права і свободи, що впливають з кожного з цих двох розширень юрисдикції Суду. По-перше, він вирішив тлумачити статті 10 і 11 Конституції у поєднанні з усіма правами і свободами, закріпленими в Конституції,¹⁰ у міжнародно-правових нормах, обов'язкових для Бельгії¹¹ або в загальних принципах права,¹² оскільки не може бути допустимим, щоби певна категорія осіб була неправомірно позбавлена гарантій, що надаються кожному. Далі, Суд *ex officio* витлумачив положення Конституції у поєднанні з міжнародно-правовими положеннями, обов'язковими для Бельгії, що гарантували аналогічні права і свободи.¹³

5. Ця подвійна техніка тлумачення конституційних норм у поєднанні з положеннями міжнародних договорів має багато переваг, таких як модернізація положень про основні права в Конституції Бельгії, багато з яких датуються 1831 роком, і врахування Люксембурзької та Страсбурзької прецедентної практики в рішеннях Конституційного Суду.¹⁴ Незважаючи на те, що Конституційний Суд не є компетентним безпосередньо переглядати міжнародні договори, його практика тлумачення конституційних положень у поєднанні з цими договорами здійснюється паралельно прямому перегляду законодавства будь-яким загальним чи адміністративним судом на предмет його відповідності міжнародним договорам прямої дії.

Таким чином, для забезпечення відповідності законодавства міжнародним договорам існують дві окремі системи перевірки: дифузний перегляд безпосередньо на предмет відповідності законодавства міжнародним договорам та централізований конституційний контроль. З метою вирішення проблеми можливого «узгодження основних прав» було внесено зміни до Спеціального Закону Про Конституційний Суд: коли перед судом ставиться питання про порушення законо-

давчим актом фундаментального права, гарантованого повністю або частково, аналогічним чином, і положеннями розділу II Конституції, положеннями європейського або міжнародного права, Суд повинен спочатку направити справу до Конституційного Суду для попереднього рішення щодо відповідності закону нормам Розділу II Конституції.¹⁵ Лише після негативної відповіді Конституційного Суду на питання про конституційність, суд, що направив звернення, може переглянути законодавчий акт на відповідність його положенням європейського чи міжнародного права. Такий же алгоритм, що встановлює порядок контролю нормативних актів, був прийнятий і французьким законодавцем. Це французьке законодавче регулювання призвело до відомого рішення Суду Справедливості у справі *Melki and Abdeli*, в якій Суд визнав відповідність, за певних умов, питання «*prioritaire de constitutionnalité*» принципу повного впливу права ЄС.¹⁶

2. ПРЯМЕ ПОСИЛАННЯ НА «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» У ПРЕЦЕДЕНТНІЙ ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ Є ДОСИТЬ РІДКІСНИМ

6. Конституційний Суд рідко вказує на «верховенство права» у своїй прецедентній практиці. Можна виділити чотири типи таких посилань.

(I) По-перше, Суд посилався на фактичне значення «*l'Etat de droit*», підкреслюючи, що не тільки ті, кими керують, але й ті, хто керує, є відпові-

¹⁵ Article 26(4) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Special Majority Act of 12 July 2009 (*Moniteur belge*, 31 July 2009, 2nd edition) and complemented by the Special Majority Act of 4 April 2014 (*Moniteur belge*, 15 April 2014, 1st edition).

¹⁶ ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10: національні суди або трибунали залишаються вільними у праві (I) звертатися до Суду справедливості за попередніми висновками, на будь-якому етапі провадження, яке вони вважають доцільним, навіть після закінчення проміжної процедури розгляду конституційності будь-якого питання, яке вони визначили необхідним (II) здійснювати будь-які заходи, необхідні для забезпечення тимчасового судового захисту прав, наданих в межах правової системи Європейського Союзу, і (III) не застосовувати, наприкінці такої проміжної процедури, національне законодавство, якщо вони вважають, що це суперечить законодавству ЄС. Якщо ж національне законодавство впроваджує зобов'язуючі положення директиви ЄС, застосовується четверта умова, а саме обов'язкове направлення до Суду справедливості питання про чинність такої директиви. See W. VERRIJDT, "Should the EU Effectiveness Principle be Applied To Judge National Constitutional Review Procedures?", in X (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme — Liber amicorum Michel Melchior*, Liège, Anthemis, 2010, 543–571.

¹⁰ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.2.

¹¹ CC no. 18/90, 23 May 1990, B.11.3; even if an international treaty is not self-executing: CC no. 106/2003, 22 July 2003, B.4.2.

¹² CC no. 72/92, 18 November 1992, B.2.1.

¹³ CC no. 136/2004, 22 July 2004, B.5.3–B.5.4.

¹⁴ Детальніше див.: A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS and W. VERRIJDT, "Cour constitutionnelle de Belgique", in R. HUPPMANN and R. SCHNABL (eds.), *La coopération entre les Cours constitutionnelles en Europe. Situation actuelle et perspectives*, Wien, Verlag Österreich, 2014, vol. 1, 293–347.

дальними перед законом. Присягу слід розуміти як урочисту заяву про те, що особа, яка здійснює державну владу, буде дотримуватися закону; сам факт, що формулювання офіційної конституційної присяги звернене до Короля, не може звільнити прихильника республіки від зобов'язання скласти цю присягу, якою він визнає свою вірність існуючій державній структурі, визначеній Конституцією.¹⁷

(II) Друге застосування принципу верховенства права Судом є безпосереднім наслідком першого. Цей принцип вимагає доступу до правосуддя¹⁸ для того, щоб за усі порушення, вчинені державними органами, наступила відповідальність, включаючи відповідальність за позовами до державних органів про відшкодування збитків.¹⁹

(III) Третє застосування принципу верховенства права Конституційним Судом є прямим наслідком другого. Доступ до правосуддя сам по собі не є достатнім: його ефективність вимагає від системи правосуддя відповідності певним вимогам. Ці характеристики, пов'язані з верховенством права, стосуються заснування трибуналу і визначення його структури Актом Парламенту,²⁰ прав на належний судовий процес,²¹ принципів судової

незалежності та безсторонності,²² дотримання адвокатської таємниці,²³ повної юрисдикції судів ("pleine juridiction"),²⁴ права на ефективне виконання остаточних судових рішень,²⁵ і права на те, щоб остаточні судові рішення не ставились під сумнів.²⁶ Якщо узагальнити, «в демократичній державі, де владарює верховенство права, принципово важливо, щоб суди і трибунали викликали довіру громадськості та сторін під час судового розгляду».²⁷

З огляду на зазначене, адвокати теж відіграють надважливу роль у збереженні верховенства права.²⁸ Беручи до уваги їхню роль і їхні привілеї, законодавець може, у зв'язку з цим, накладати на адвокатів певні зобов'язання та відповідальність у сфері належного здійснення правосуддя.²⁹

(IV) Четверте значення верховенства права в прецедентній практиці Конституційного Суду стосується «основних принципів бельгійського правового порядку», таких як поділ влади,³⁰ необхідність опублікування офіційних документів,

²² CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2; no. 153/2016, 1 December 2016, B.9.2; no. 87/2018, 5 July 2018, B.17.2.

²³ CC no. 126/2005, 13 July 2005, B.7.1-B.7.2.: "Для того, щоб бути сумісним з фундаментальними принципами бельгійської правової системи, акт скасування професійної привілеї має бути обґрунтований переконливими аргументами і бути суворо пропорційним".

²⁴ CC no. 78/98, 7 July 1998, B.9-B.10; no. 25/2016, 18 February 2016, B.37.1.

²⁵ CC no. 122/2012, 18 October 2012, B.6; no. 56/2014, 27 March 2014, B.5; no. 87/2018, 5 July 2018, B.19: "The right to an effective enforcement of definitive judicial decisions is one of the fundamental attributes of the rule of law". See also CC no. 28/2019, 14 February 2019, B.11.

²⁶ CC no. 177/2005, 7 December 2005, B.23; no. 6/2009, 15 January 2009, B.3.10; no. 199/2009, 17 December 2009, B.8. See also CC no. 172/2008, 3 December 2008, B.20; no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1; no. 9/2012, 25 January 2012, B.13.2; no. 160/2013, 21 November 2013, B.10.1; no. 113/2015, 17 September 2015, B.8.2: "Even when legislating with retroactive effect, the legislator cannot, [...], at the risk of infringing one of the essential principles of the rule of law, bring into discussion judicial decisions that have become final".

²⁷ CC no. 157/2009, 13 October 2009, B.3.1; no. 123/2011, 7 July 2011, B.8.1; no. 155/2011, 13 October 2011, B.3; no. 3/2016, 14 January 2016, B.10.1; no. 29/2017, 23 February 2017, B.9.1; no. 53/2017, 11 May 2017, B.11.1.

²⁸ CC no. 53/2017, 11 May 2017, B.21.4.

²⁹ CC no. 41/2018, 29 March 2018, B.3.

³⁰ CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2: "The principles of judicial independence and the separation of powers are basic attributes of the rule of law".

¹⁷ CC no. 151/2002, 15 October 2002, B.3.2: "The Belgian State is governed by the rule of law. One of the characteristics of the rule of law is that the leaders are subject to the law".

¹⁸ CC no. 182/2008, 18 December 2008, B.5.3; no. 19/2011, 3 February 2011, B.4.2: "The right of access to the courts, which is an essential aspect of the right to a fair trial, is a fundamental right in a State governed by the rule of law". See also CC no. 18/2012, 9 February 2012, B.9.2; no. 139/2012, 14 November 2012, B.13; no. 48/2015, 30 April 2015, B.18.1; no. 108/2015, 16 July 2015, B.11.3; no. 13/2017, 9 February 2017, B.11.1; no. 62/2018, 31 May 2018, B.79.3.

¹⁹ CC n° 99/2014, 30 June 2014, B.14. Цей випадок передбачав відшкодування збитків через правопорушення, вчинені вищими судами. Конституційний Суд зазначив: «Через недопустимість порушень, які можуть бути вчинені судом останньої інстанції та перевірені наявними правовими засобами, право особи, яка вважає, що вона постраждала внаслідок таких порушень, має визначальне значення в державі, в якій панує верховенство права». Однак виходячи з судової ієрархії та принципу правової визначеності Конституційний Суд уточнив, що лише серйозне порушення є достатнім для суду нижчої інстанції, щоб визнати факт його заподіяння одним з вищих судів.

²⁰ CC no. 62/2018, 31 May 2018, B.15.3.

²¹ CC no. 202/2004, 21 December 2004, B.27.6; no. 105/2007, 19 July 2007, B.11.1; no. 107/2007, 26 July 2007, B.7.1; no. 22/2008, 21 February 2008, B.7; no. 98/2008, 3 July 2008, B.7; no. 201/2011, 22 December 2011, B.12.1; no. 178/2015, 17 December 2015, B.77.2: "The rights of defence and the right to a fair trial are fundamental rights in a State governed by the rule of law". These judgments all involve the principle of equality of arms and the right to an adversarial trial.

перш ніж вони набирають обов'язкового характеру для суспільства,³¹ права людини, принципи рівності та недискримінації³², право обирати та бути обраним.³³

3. «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» Є НЕПИСАНИМ КОНСТИТУЦІЙНИМ ПРИНЦИПОМ І ФУНДАМЕНТАЛЬНИМ ПРИНЦИПОМ

7. Почесний суддя Конституційного суду написав, що цей суд розглядає верховенство права як елементарний неписаний конституційний принцип, а також фундаментальний принцип, який лежить в основі інших принципів, зокрема принципу правової визначеності та принципу пропорційності.³⁴ Ми дуже коротко обговоримо застосування обох цих принципів у багатій практиці Конституційного Суду.

а. Принцип правової визначеності

8.1. Принцип *правової визначеності* — невід'ємний атрибут верховенства права,³⁵ що полягає в тому, аби люди могли передбачати юридичні наслідки своїх дій.³⁶ *Принцип законності у кримінальних справах виходить з ідеї, що «кримінальне право повинно бути сформульоване в термінах, які забезпечують кожному можливість знати при прийнятті рішення щодо способу власної поведінки, чи є така поведінка караною і, якщо так, то яке саме покарання буде застосовано. Він вимагає від*

*органу законодавчої влади вказувати достатньо конкретними та зрозумілими термінами, що забезпечують принцип правової визначеності, які дії особи є караними, таким чином, щоби, з одного боку, особа перед вчиненням цих дій могла б спершу зробити належну оцінку того, які кримінальні наслідки в результаті настануть, а, з іншого, — впевнитися, що не надто багато залежатиме від розсуду судді (судової дискреції)». Під впливом судової практики Європейського суду з прав людини Конституційний Суд з 2005–2006 років доповнив власну практику наступним міркуванням: «Однак принцип *lex certa* не забороняє законодавчому органу надавати судді певну свободу розсуду через загальний характер законодавства, його застосовність до широкого кола справ та еволюцію діянь, що підлягають покаранню».*

Умова про те, що правопорушення має бути чітко визначено законом, виконується тоді, коли особа може дізнатися з формулювання відповідного положення і, якщо необхідно, за допомогою тлумачення суду, які дії та бездіяльність призведуть до притягнення її до кримінальної відповідальності.

Лише шляхом вивчення конкретного положення кримінального закону можна визначити, беручи до уваги елементи складу правопорушення, за які передбачено покарання, чи є загальні терміни, використані законодавчим органом, настільки розпливчасті, що порушують принцип законності у кримінальних справах.³⁷

8.2. Принцип незворотності дії законів є загальним принципом права.³⁸ Не беручи до уваги кримінальні закони,³⁹ тлумачні закони⁴⁰ і ратифікуючі закони, Конституційний Суд постановляє:

«Незворотність дії законів є запобіжником, призначеним для недопущення юридичної невизначеності. Цей запобіжник вимагає, щоб зміст закону був передбачуваним і доступним, щоб людина

³¹ CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.: *“Bearing in mind that publication is an essential condition for the binding effect of official texts, the ability of each person to take cognizance of those texts at any time is a right that is inherent in the rule of law, since such cognizance permits each person to comply with them”*. See also CC no. 149/2017, 21 December 2017.

³² CC no. 17/2009, 12 February 2009, B.10.3. This principle is part of the *ordre public* : e.g. CC no. 8/2012, 18 January 2012, B.15.5.: *“The principle of equality and non-discrimination is not, [...], simply a principle of good legislation and good administration. It is one of the cornerstones of a democratic State governed by the rule of law”*.

³³ CC no. 187/2005, 14 December 2005, B.5.1; no. 130/2006, 28 July 2006, B.6; no. 87/2014, 6 June 2014, B.3.2; no. 136/2015, 1 October 2015, B.9; no. 80/2010, 1 July 2010, B.5.1; no. 169/2015, 26 November 2015, B.4: *“The right to vote and the right to be elected are fundamental political rights in a State governed by the rule of law”*.

³⁴ L. P. SUTENS, *“De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”*, R.W., 1993-94, 1317-1318.

³⁵ CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.

³⁶ Наприклад : CC no. 49/1996, 12 July 1996, B.3.8. More recently: CC no. 61/2018, 31 May 2018, B.22.3.

³⁷ Наприклад : CC no. 1/2016, 14 January 2016, B.5.3.

³⁸ CC no. 7/1997, 19 February 1997, B.4.6.

³⁹ The Constitutional Court applies Article 7 of the European Convention on Human Rights and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

⁴⁰ Конституційний Суд перевіряє чи так званий тлумачний закон дійсно є «законом, який надає законодавчому положенню значення, яке у ньому закладалося законодавцем при його прийнятті і яке може бути обґрунтовано надано». В той же час, «недопущення ретроспективної дії законів не може бути досягнуто лише тим фактом, що закон з ретроспективною дією представляється як тлумачний закон» : CC no. 102/2006, 21 June 2006, B.5.2.

могла розумно передбачити наслідки того чи іншого діяння. Зворотня дія виправдана лише в тому випадку, якщо вона є необхідною для досягнення мети загального інтересу.

Якщо, крім того, виявляється, що мета або наслідок зворотньої дії полягає у впливі на результат судового розгляду в певному напрямку або в запобіганні вирішенню судом певного питання права, характер розглянутого принципу вимагає, щоби виняткові обставини або переконливі підстави загального інтересу виправдовували втручання законодавчого органу, який порушує, за рахунок однієї категорії громадян, процесуальні гарантії, що пропонуються кожному». ⁴¹

Нарешті, законодавчий акт у жодному разі не повинен порушувати остаточні рішення. Якщо ж саме такою є його мета, то це порушуватиме статті 10 і 11 Конституції, позбавляючи певну категорію осіб переваг остаточних рішень, які не можуть бути переглянуті за жодних обставин. «Це один з основних принципів верховенства права». ⁴²

Згідно з поточною прецедентною практикою Конституційного Суду, аргументи, що стосуються лише бюджетної сфери, більше не можуть обґрунтовувати зворотню дію правових актів. ⁴³

8.3. В принципі, законодавчий орган зобов'язаний розглядати при прийнятті нових норм законодавства, чи необхідно або чи доцільно включати до їх складу перехідні положення. «Принцип рівності та недискримінації порушується лише в тому випадку, якщо перехідний період або ж його відсутність призводить до відмінності в поводженні з особою без розумного обґрунтування, або якщо принцип законних очікувань надмірно порушується». ⁴⁴ Таке має місце, якщо «законні очікування конкретної категорії осіб не виправдані без будь-яких переконливих підстав, необхідних для загального інтересу, що пояснюють відсутність перехідного періоду, встановленого для їх блага». ⁴⁵

⁴¹ Наприклад: CC no.77/2015, 28 May 2015, B.4.1.

⁴² Наприклад: CC no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1.

⁴³ CC no. 54/2015, 7 May 2015, B.13. See also CC no. 1/2015, 22 January 2015, and European Court of Human Rights, 3 September 2013, *M.C. and others v. Italy*, as well as CC no. 131/2015, 1 October 2015, B.13 (“The budgetary objective invoked during the parliamentary travaux cannot release the legislator from its obligation to guarantee for every person the right to lead a life in keeping with human dignity when a foreign national needs urgent medical attention”).

⁴⁴ Наприклад: CC no. 41/2016, 17 March 2016, B.10.

⁴⁵ Наприклад: CC no. 86/2015, 11 June 2015, B.4.6 (violation as in several judgments).

в. Невпинне піднесення принципу пропорційності

9. Під таким заголовком П. Мартенс, почесний президент Конституційного Суду, описав у 1992 році піднесення принципу пропорційності в (публічному) праві. ⁴⁶ Приблизно через чверть століття принцип пропорційності міцно закріпився у прецедентній практиці Конституційного Суду, особливо стосовно прав і свобод особи, а також щодо розподілу владних повноважень.

10.1. На думку Конституційного Суду, «принцип пропорційності властивий будь-якому здійсненню повноважень». ⁴⁷

10.2. Цей принцип забороняє будь-якому нормотворчому органу здійснювати свої повноваження таким чином, щоб іншим органам стало неможливо або надмірно важко ефективно здійснювати свої повноваження. ⁴⁸

Оскільки відсутність співпраці, у зв'язку з якою Спеціальний Закон про інституційну реформу став вимагати обов'язкового співробітництва, не сумісна з принципом пропорційності, властивим будь-якому здійсненню владних повноважень, Суд може перевірити дотримання зобов'язання укладати угоди про співробітництво. ⁴⁹ Якщо повноваження держави на федеральному рівні та суб'єктів федерації пересікаються в такій мірі, що вони більше не можуть здійснюватися без взаємної співпраці, наприклад, внаслідок технологічних розробок, законодавчий орган порушить принцип пропорційності, якщо він односторонньо прийме правові акти щодо цього питання, навіть якщо Спеціальний Закон про інституційну реформу не передбачає зобов'язання у цьому випадку укласти угоду про співробітництво. ⁵⁰

Ще до прийняття Спеціального Закону про Конституційний Суд у 2014 році, коли Конституційний Суд був наділений компетенцією з перевірки відповідності законодавства принципу віддано-

⁴⁶ P. MARTENS, “L’irrésistible ascension du principe de proportionnalité”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussels, Bruylant, 1992, I, 49–68.

⁴⁷ Наприклад: CC no. 168/2004, 28 October 2004, B.5.3; no. 172/2006, 22 November 2006, B.8.

⁴⁸ Наприклад: CC no. 116/2009, 16 July 2009, B.8.

⁴⁹ Наприклад: CC no. 40/2012, 8 March 2012, B.5.

⁵⁰ CC no. 132/2004, 14 July 2004, B.6.2; no. 128/2005, 13 July 2005, B.6; no. 163/2006, 8 November 2006, B.3-B.4. See also CC no. 158/2013, 21 November 2013, B.17.7.

сті федерації,⁵¹ закріпленого в статті 143(1) Конституції,⁵² Конституційний Суд вже засвідчував свою повагу до цього принципу, тлумачачи його у поєднанні з принципом розумності та пропорційності, надавши цьому принципу такої ж ваги, як і принципу пропорційності.⁵³

Конституційний Суд також застосовує принцип пропорційності, коли законодавчий орган позбавляє муніципалітети або провінції їх окремих повноважень⁵⁴ або коли він розглядає питання, чи можуть бути вказані повноваження прийнятними, перевіряючи умови, за яких положення, прийняті нормотворчим органом поза межами його повноважень, мають лише незначний вплив на функції, які здійснює інший нормотворчий орган.

10.3. Принцип пропорційності не тільки обмежує повноваження законодавчих органів *ratione materiae*, але й їхні повноваження *ratione loci*: через сутнісний характер сприяння розвитку культури, повноваження, що стосуються цього питання, можуть мати наслідки поза територією, за яку відповідає нормотворчий орган спільноти; проте ці потенційні екстериторіальні ефекти «не повинні першкіджати культурній політиці іншої громади».⁵⁵

11.1. Принцип пропорційності відіграє важливу роль, навіть більшу, ніж при контролі за поділом влади, у перевірці відповідності законодавства принципу рівності та іншим фундаментальним правам; кількість судових процесів із цих питань складає 92 % від усієї практики Конституційного Суду.

11.2. Як і в прецедентній практиці європейських судів і вищих судів національного рівня, су-

довий перегляд з застосуванням принципу пропорційності часто є заключним етапом при розгляді питання дотримання принципу рівності та недискримінації,⁵⁶ під час якого Конституційний Суд розглядає, чи засіб та його наслідки, а також способи, використані для здобуття цих засобів, перебувають в розумній пропорції до мети, що переслідується. Суд вже почав формувати прецедентну практику з цього питання у своєму першому рішенні про принцип рівності й недискримінації.⁵⁷ У цьому рішенні Суд постановив: «Суд не зобов'язаний оцінювати відповідність або бажаність засобу, встановленого законом. Законодавчий орган повинен визначити, які засоби необхідно вживати для досягнення поставленої мети. [...] Суд не повинен розглядати питання [...] чи можна досягти мети, яку переслідує законодавча влада, за допомогою інших правових засобів».⁵⁸ На щастя, Суд відмовився від цієї думки, адже вищевикладена оцінка насправді є частиною тесту пропорційності.⁵⁹ Суд також постановив, що «він не має тих же можливостей оцінки, які є у законодавчого органу»,⁶⁰ але такі аргументи стали зараз дуже рідкісними. Крім того, термін «очевидний» («очевидно») значною мірою зник з лексики Суду. Все сказане свідчить про здійснення Судом більш комплексного перегляду за принципом пропорційності, а не про поверхневий підхід до цієї діяльності. Вимога пропорційності фактично неявно викладена у статтях 10 та 11 Конституції.⁶¹

11.3. Як уже було згадано вище (№ 4), Конституційний Суд тлумачить статті 10 і 11 Конституції у поєднанні з усіма правами і свободами, гарантованими міжнародними договорами, обов'язковими для Бельгії, і тлумачить основні права, закріплені в Конституції у поєднанні з положеннями міжнародних договорів, обов'язкових для Бе-

⁵¹ See the Articles 1(3°) and 26(1)(4°) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Articles 47 and 48 of the Special Majority Act of 6 January 2014 (*Moniteur belge*, 31 January 2014, 1st edition).

⁵² Ця стаття передбачає: «При виконанні своїх повноважень федеральна держава [і суб'єкти федерації] діють згідно з принципом відданості (лояльності) федерації, щоб запобігти конфлікту інтересів».

⁵³ «Принцип федеральної лояльності [...] означає, що кожен законодавець зобов'язаний, виконуючи свої власні повноваження, забезпечити, щоб його власні дії не робили неможливим або надто складним здійснення повноважень інших законодавчих органів»: CC no. 119/2004, 30 June 2004, B.3.3; no. 97/2014, 30 June 2014, B.4.5. See also CC no. 98/2015, 25 June 2015, B.30.3; no. 21/2016, 18 February 2016, B.12.

⁵⁴ Як у рішенні no. 95/2005, 25 May 2005, B.26.

⁵⁵ CC no. 54/96, 3 October 1996, B.7.2.

⁵⁶ Згодом, де це доречно, застосовується тест порівняльності, аналізуються поставлена мета, ціль і відповідні критерії розрізнення.

⁵⁷ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.3: “[...] the principle of equality is violated if it is found that there is no reasonable degree of proportionality between the means employed and the aim pursued”.

⁵⁸ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.2.7.

⁵⁹ Наприклад: CC no. 16/2005, 19 January 2005, B.6.2 (regarding the restriction of the right to respect for private and family life enshrined in Article 22 of the Constitution): “[...] since this aim may also be achieved in a manner that is less harmful to those concerned [...]”.

⁶⁰ Наприклад: CC no. 121/2009, 16 July 2009, B.14.6. See also CC no. 157/2005, 20 October 2005, B.7.2; no. 18/2015, 12 February 2015, B.5.

⁶¹ CC no. 40/2003, 9 April 2003, B.23.2; no. 88/2004, 19 May 2004, B.27.

льгії та аналогічних за сферою дії. Хартія основних прав Європейського Союзу, Європейська конвенція з прав людини та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права є найчастіше застосовуваними міжнародними конвенціями з прав людини. На відміну від Конституції Бельгії, яка формально розрізняє обмеження регулятивних заходів, репресивних заходів (і ті, і ті, в принципі, дозволені) та превентивних заходів (в принципі, заборонені), вищезгадані міжнародні конвенції використовують систему змістовних обмежень: «закон» (тобто доступне і конкретне положення національного законодавства) може передбачати встановлення певних обмежень для здійснення більшості свобод, за умови, що вони є абсолютно необхідними в демократичному суспільстві, і що вони переслідують легітимну мету. Такий обмежувальний захід має бути як релевантним (тобто задовольняти нагальну соціальну потребу), так і пропорційним до легітимної мети. Тлумачачи Конституцію Бельгії у поєднанні з положеннями міжнародного права, Конституційний Суд перевіряє, чи обмеження передбачено «законом» у формальному сенсі, якщо цього вимагає Конституція Бельгії, а також чи відповідає він змістовним умовам, передбаченим у положеннях міжнародного договору: законодавче положення має бути достатньо чітким, відповідати нагальній суспільній потребі та бути пропорційним до легітимної мети.⁶²

11.4. Як і у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини, принцип пропорційності є загальним принципом права у прецедентній практиці Конституційного Суду, тобто є критерієм для пошуку правильного балансу між захистом загальних інтересів суспільства та дотриманням основних прав людини.⁶³ Для кожного суду принцип пропорційності є ідеальним інструментом для зважування інтересів і цінностей.⁶⁴

Прецедентна практика Конституційного Суду містить багато інших застосувань принципу пропорційності, наприклад, щодо адміністратив-

них штрафів,⁶⁵ стягнень⁶⁶ та права власності.⁶⁷

4. ВИСНОВОК

12. Бельгія пройшла довгий шлях від «недоторканності закону» до можливості його перегляду на предмет відповідності Конституції Конституційним Судом, що також включає перегляд на відповідність міжнародним договорам (№ 1-5). Незважаючи на те, що пряме посилання на «верховенство права» у прецедентному праві Конституційного Суду є рідкісним (№ 6), воно становить для цього Суду неписаний конституційний принцип, що лежить в основі інших принципів (№ 7), зокрема правової визначеності (№ 8) і принципу пропорційності (№ 9), два останніх принципи застосовуються також при контролі за розподілом повноважень (№ 10), і більше того, під час перегляду правових актів на предмет дотримання принципу рівності та інших фундаментальних прав (№ 11). У прецедентній практиці Конституційного Суду верховенство права дійсно є живим і активним.

II. ВИКЛИКИ

13. Оскільки неможливо підсумувати всі наявні виклики, ми розглянемо два з них, зовсім різного характеру: з одного боку, інституційний, взаємозв'язок між правом ЄС і Конституцією; з іншого боку, змістовний виклик — боротьба з тероризмом.

1. ПРАВО ЄС

14. Членство Бельгії в ЄС стало викликом для Конституції. Її приєднання до Договору про

⁶² Встановлене прецедентне право рішенням СС no. 202/2004, 21 December 2004, B.5.4.

⁶³ M.A. EISSEN, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1988, 275–284.

⁶⁴ W. VAN GERVEN, "Het proportionaliteitsbeginsel", in *Hommage aan Marcel Storme. De norm achter de regel*, Deurne, Kluwer, 1995, 1–17.

⁶⁵ Наприклад: СС no. 25/2016, 18 February 2016, B.40.2: той факт, що Державна рада не має повноважень «скасовувати» рішення, не є достатнім для того, щоби зробити висновок, що її перевірка не відповідає вимогам повної юрисдикції у значенні статті 6 Європейської конвенції з прав людини, оскільки вона проводить поглиблений перегляд, як суд права і факту, рішення та його пропорційності.

⁶⁶ Наприклад: СС no. 13/2015, 5 February 2015, B.20: "[...], the principle of legality demands that the penalty must be in proportion to the offence committed. The penalty inflicted must be in proportion to the seriousness of the reprehensible conduct". See also СС no. 8/2010, 4 February 2010, B.12 (regarding disciplinary penalties).

⁶⁷ Article 16 of the Constitution, which only relates to expropriation, and Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights are considered by the Constitutional Court as "analogous provisions".

заснування Європейської спільноти вугілля і сталі (1951 р.), Договору про заснування Європейського економічного співтовариства (1957 р.) і Договору про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії (1957 р.) порушило принцип національного суверенітету, закріплений у статті 33 Конституції, оскільки надання повноважень у сфері здійснення законодавчих, виконавчих, судових та податкових функцій наднаціональним організаціям суперечило вимогам, що всі владні повноваження повинні здійснюватися у порядку, встановленому Конституцією, в якій не згадуються повноваження міжнародних організацій.⁶⁸ Ця проблема була вирішена лише у 1970 році, коли до Конституції було внесено нову статтю 34, яка передбачала, що «реалізація конкретних повноважень може бути покладена міжнародним договором чи законом на інститути публічного міжнародного права», що забезпечило *постфактум* конституційну основу для членства Бельгії в міжнародних організаціях.⁶⁹

На статтю 34 Конституції регулярно посилається Відділ законодавства Державної ради, який розробив п'ять кумулятивних критеріїв для перевірки конституційності подальшої передачі повноважень міжнародним організаціям.⁷⁰ По-перше, така передача стосується лише «здійснення повноважень», тоді як самі повноваження залишаються у компетенції бельгійських державних інституцій. Здійснення повноважень може бути повернуто назад у будь-який час,⁷¹ навіть якщо це може призвести до того, що Бельгія покине певну

⁶⁸ Council of State, general assembly of the Legislation Division, opinion of 12 January 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 163. *Adde* the legal opinions of G. DOR, WJ. GANSHOF VAN DER MEERSCH, P. DE VISSCHER and A. MAST of 17 April 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 696.

⁶⁹ See A. ALEN, *Hoe 'Belgisch' is het 'Belgische staatsrecht' nog?*, Antwerp, Intersentia, 2015, 21–26; P. VANDERNOOT, "Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution", in *En hommage à Francis Delpérée*, Brussels, Bruylant, 2007, 1599–1630; W. VERRIJDT, "EU Integration and the Belgian Constitution", in S. GRILLER, M. CLAES and L. PAPADOPOULOU (eds.), *Member States' Constitutions and EU Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2019 (to be published), no. 20.

⁷⁰ Наприклад: Council of State, Legislation Division, opinion of 15 February 2005, *Parl. Doc.*, Senate, 2004–2005, no. 3-1091/1 (the European Constitution); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1 (the Lisbon Treaty); opinion of 18 September 2012, *Parl. Doc.*, Flemish Parliament, 2012–2013, no. 1815/1 (the Fiscal Compact); and opinion of 3 April 2012, *Parl. Doc.*, Senate, 2011–2012, no. 5-1598/1 (the ESM Treaty). See on these criteria P. VANDERNOOT, *o.c.*, 1599–1630.

⁷¹ *Parl. Doc.*, House of Representatives, Extraordinary Session 1968, no. 16/2, pp. 4–5; P. DE STEHNE, *La revision de la Constitution belge 1968–1970*, Brussels, Larquier, 1972, no. 304.

міжнародну організацію. По-друге, передача має стосуватися лише «конкретних» повноважень, які мають бути обмеженими за обсягом і чітко визначеними. По-третє, кожне завдання вимагає «згоди законодавця», наприклад, шляхом затвердження договору про створення міжнародної організації. По-четверте, передача повноважень має відбуватися на користь «організації міжнародного публічного права», тобто не на користь іншої держави або транскордонного об'єднання муніципалітетів. По-п'яте, ця передача повноважень може відхилитися лише від конституційних положень, що стосуються саме здійснення «повноважень»: якщо ж має місце відхилення від інших конституційних положень, таких, які стосуються прав людини, міжнародний договір може бути схвалений і ратифікований лише після внесення змін до конституційних положень.⁷²

На жаль, ці критерії часто ігноруються законодавцем, який схвалив деякі з міжнародних договорів без прийняття необхідних змін до Конституції.⁷³

15. Зміст статті 34 Конституції виходить поза рамки передачі нових повноважень до Європейського Союзу. Відповідно до позиції Відділу законодавства Державної ради, це конституційне положення також передбачає, що після передачі нових повноважень уповноважені органи ЄС можуть приймати автономні рішення, не будучи обмеженими Конституцією Бельгії. Таким чином, положення Конституції Бельгії не можуть мати пріоритету над вторинним законодавством ЄС, що зобов'язує органи влади Бельгії вживати заходів, які порушують Конституцію, навіть норми про конституційні права.⁷⁴

⁷² Відділ законодавства Державної ради запропонував внести зміни до статті 195 Конституції, яка передбачає порядок внесення змін до Конституції, що дозволило б вносити такі зміни за більш швидкою процедурою, ніж нинішня, яка передбачає розпуск парламенту та парламентські вибори (Council of State, Legislation Division, opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 343). Хоча цей варіант так і не був поки реалізований.

⁷³ Що стосується Лісабонського договору, то Відділ законодавства Державної ради запропонував поправку до принципу *nullum crimen sine lege* у статті 12 Конституції, в якій "lege" стосується бельгійського законодавця, з метою забезпечити умови для заснування Європейської прокуратури, але ця конституційна поправка так і не була прийнята. Тим часом, Конституційний Суд постановив, що нормативно-правова база ЄС є достатньою правовою основою для цього, оскільки діє безпосередньо (CC № 37/2010, 22 квітня 2010 року), хоча цей висновок не поширюється на вторинне право ЄС, яке не має прямої дії.

⁷⁴ Council of State, Legislation Division, opinion no. 39.192/3 of 4 November 2005, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 2005–2006,

16. Така можливість прийняття неконституційного законодавства зростає з кожним розширенням компетенції ЄС, беручи до уваги, що воно дуже широко інтерпретується Європейським судом справедливості, який також має виключну юрисдикцію для перевірки чинності норм вторинного права ЄС. У багаторівневому правовому порядку питання, яким чином конституційні суди повинні вирішувати цю проблему, є дуже важливим.

Дві найбільш нездоланні проблеми стосовно цього включають, з одного боку, зміст національних конституційних положень, що пропонують більш широкий захист прав людини, ніж Хартія основних прав Європейського Союзу (далі — Хартія), а також, з іншого боку, ширший захист прав людини, передбачений Європейською конвенцією з прав людини (далі — Конвенція).

17. Перш ніж вирішувати ці дві проблеми, слід підкреслити, що серед європейських конституційних судів Конституційний суд Бельгії має дуже особливий підхід до права ЄС, перевіряючи, через чіткий тест дискримінації, чи відповідає національне законодавство законодавству ЄС (див. № 4), дотримуючись усіх процедурних вимог, що витікають з принципу повного впливу права ЄС,⁷⁵ а також передавши 107 попередніх питань до Європейського суду справедливості у своїх 32 рішеннях.⁷⁶

no. 51-2189/1, pp. 113–116 (a directive concerning advertising for medication); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 341 (the Lisbon Treaty). The Council of State's Administrative Tribunal Division upholds the same principle: CE 5 November 1996, *Goosse*, no. 62.921 and *Orfinger*, no. 62.922; CE 31 March 2014, *J.V.H. e.a.*, no. 226.980 (in the latter judgment, the Council of State holds that rules of secondary EU law trump constitutional provisions, insofar as these rules do not leave any margin for a measure which respects the Constitution).

⁷⁵ Наприклад, вимога тлумачення відповідно до права ЄС (CC no. 55/2011, 6 April 2011; no. 161/2012, 20 December 2012); the Factortame requirement of interim measures (CC no. 96/2010, 29 July 2010); the van Schijndel and van Veen requirement of ex officio application of EU law (CC no. 97/2011, 31 May 2011; no. 74/2012, 12 June 2012; no. 15/2015, 5 February 2015); the Winner-Wetten prohibition on the temporal maintenance of legislation violating EU law (CC no. 144/2013, 7 November 2013); etc. See J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht", in W. PAS, P. PEETERS and W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen, Bruges, die Keure*, 2015, 409–438.

⁷⁶ Наприклад, вимога тлумачення відповідно до права ЄС (CC no. 55/2011, 6 April 2011; no. 161/2012, 20 December 2012); the Factortame requirement of interim measures (CC no. 96/2010, 29 July 2010); the van Schijndel and van Veen requirement of ex officio application of EU law (CC no. 97/2011, 31 May 2011; no. 74/2012, 12 June 2012; no. 15/2015, 5 February 2015); the Winner-Wetten prohibition on the temporal maintenance of legis-

а. Право ЄС та Конституція

18. У будь-якому випадку, можливість появи неконституційних регулятивних норм законодавства ЄС залишається, і тому нам необхідно вирішувати ієрархічне співвідношення між Конституцією і законодавством ЄС.⁷⁷ Стосовно цього слід розрізняти первинне та вторинне право ЄС.

Оскільки первинне право ЄС є звичайним договірним правом, воно слідує логіці зв'язку між міжнародним правом і Конституцією. За даними Касаційного суду, всі міжнародні договори прямої дії мають пріоритет над Конституцією.⁷⁸ Однак, на думку Державної ради та Конституційного суду, Конституція має вищу юридичну силу, ніж міжнародні договори, оскільки договори можуть включатися до бельгійської системи права лише після затвердження законом, який повністю підлягає конституційному контролю Конституційного Суду. Додатковий аргумент полягає в тому, що законодавчий орган не може діяти опосередковано, схвалюючи неконституційний міжнародний договір, тобто, таким чином, прямо порушувати Конституцію.⁷⁹ Конституція не вирішує цю дискусію. Законодавець, однак, неявно приєднався до останньої думки, оскільки скоротив відкладальний період на оскарження актів, якими затверджуються міжнародні договори, до Конституційного суду з шести місяців до шістдесяти днів, і оскільки він виключив з цього переліку лише попередні посилання на акти, якими затверджуються «установчі договори ЄС», Конвенція та додаткові протоколи до неї.⁸⁰

lation violating EU law (CC no. 144/2013, 7 November 2013); etc. See J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht", in W. PAS, P. PEETERS and W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen, Bruges, die Keure*, 2015, 409–438.

⁷⁷ See A. ALEN and W. VERRIJDT, "La relation entre la Constitution belge et le droit international et européen", in I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING and G. RAVARANI (eds.), *Liber amicorum Rusen Ergec, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise*, 2016, 31–55.

⁷⁸ Cass. 9 November 2004, *Rev. Dr. Pén.* 2005, 789; Cass. 16 November 2004 *RW* 2005-06, 387. За винятком випадків, коли Конституція надає більш широкий захист (стаття 53 Конвенції). Спеціальним Законом від 12 липня 2009 року опосередковано санкціоновано цей підхід (див. № 5 щодо статті 26 (4) Спеціального Закону про Конституційний Суд).

⁷⁹ CC no. 26/91, 16 October 1991; CC no. 12/94, 3 February 1994; CC no. 20/2004, 4 February 2004; CC no. 87/2010, 8 July 2010; CC no. 117/2011, 30 June 2011; CC no. 32/2013, 7 March 2013; CC no. 62/2016, 28 April 2016; Council of State, Legislation Division, opinion no. 21.540, 6 May 1992, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1991–1992, no. 482/1, pp. 69–72; opinion no. 28.936/2, 21 April 1999, *Parl. Doc.*, Senate, 1999–2000, no. 2-329/1, pp. 94–101.

⁸⁰ Articles 3 (2) and 26 (1bis) of the Special Majority Act on the Constitutional Court.

Що стосується вторинного права ЄС, то всі «верховні суди» досягають одного і того ж висновку, хоча й виходячи з різної аргументації. Беручи до уваги, що Касаційний суд базує примат вторинного права ЄС над Конституцією на рішенні Європейського суду в справі *Internationale Handelsgesellschaft*,⁸¹ Конституційний Суд і Державна рада засновують той самий примат на статті 34 Конституції.⁸² Остання позиція означає, що, зрештою, Конституція є найвищою нормою, і що перевага права ЄС над Конституцією є дотриманням умов, визначених нею.

19. Конституційний Суд довго не висловлював позиції з приводу ролі статті 34 Конституції у вирішенні цього питання. У рішенні 2010 року він уперше застосував це положення для обґрунтування виконання імплементації законодавцем директиви, яка оспорувалася як така, що суперечить Конституції. Ця директива ЄС вимагала, щоб законодавчий орган надав великі регуляторні повноваження незалежному федеральному офісу з питань енергетики (CREG). Таким чином, законодавчі положення стосовно цього питання були поставлені під сумнів через відсутність підзвітності перед компетентним міністром і парламентом та через принципи, закріплені в статтях 33, 37 і 101 Конституції. Проте Конституційний Суд постановив, що в міру необхідності відхилення від цих конституційних норм виправдано у зв'язку зі статтею 34 Конституції.⁸³ Слід, однак, зазначити, що стаття 34 Конституції не використовувалася як єдине обґрунтування висновків Суду: вона згадувалася як підсумковий аргумент і таким чином використовувалася для того, щоб надати законодавчому органу дуже широку свободу розсуду при імплементації зобов'язань, що впливають із вторинного законодавства ЄС.

20. У нещодавньому рішенні Конституційний Суд більш чітко визначив значення статті 34 Конституції та співвідношення між Конституцією Бельгії та правом ЄС. Відхиляючи скарги на визнання нечинним Закону про затвердження Договору про Європейський механізм стабільності, оскільки

скаржники не мали повноважень, Суд додав наступний аргумент *obiter dictum*: «При ухваленні договору, який [приписує нові повноваження установам ЄС], законодавчий орган повинен дотримуватися статті 34 Конституції. Згідно з цим положенням, здійснення спеціальних повноважень може бути покладено договором або законом на установи міжнародного публічного права. Хоча ці інституції можуть згодом самостійно вирішувати, як вони здійснюють ці повноваження, статтю 34 Конституції не можна тлумачити як надання необмеженої ліцензії законодавчому органу при затвердженні цього договору або згаданих установ при здійсненні їхніх повноважень. Стаття 34 Конституції не допускає дискримінаційного пониження національної ідентичності, притаманної основним структурам, політичним та конституційним,⁸⁴ або фундаментальним цінностям захисту, що надаються Конституцією всім суб'єктам права».⁸⁵

Таким чином, Конституційний Суд чітко визнав, що ні первинне, ні вторинне законодавство ЄС не може порушувати ні національну, ні конституційну ідентичність Бельгії або основні цінності захисту прав людини. Непрямо, він також визнав, що європейські інститути не можуть діяти *ultra vires*. Ці рядки можна прочитати і як відсилання на *Bundesverfassungsgericht's Honeywell*, де захищаються ті ж аспекти німецької конституції від порушень законодавства ЄС.

Незважаючи на те, що *Bundesverfassungsgericht* розвинув цю правову аргументацію в кількох наступних рішеннях, в яких він додав кілька матеріальних і процедурних особливостей та умов, Конституційний суд Бельгії не пішов далі, аніж лише згадати принцип національної ідентичності та основні цінності конституційного захисту. Він не уточнював, чи з цих принципів свідчать про наявність повноваження з перегляду у Конституційного Суду, а також які наслідки такого перегляду були б для застосування розглянутих правил вторинного права ЄС у Бельгії.

Конституційний суд також не пояснив, чи вступатиме до попереднього діалогу з Європейським судом перед тим, як здійснювати власний

⁸¹ Cass. 2 June 2003, RCJB 2007, 24. It has also referred to the precedence of EU law over all other norms of law as a general principle of law (Cass. 4 April 2008, *Arr. Cass.* 2008, no. 205).

⁸² CC no. 130/2010, 18 November 2010; Council of State, Administrative Tribunal Division, 5 November 1996, *Goosse*, n° 62.921; *id.*, 5 November 1996, *Orfinger*, no. 62.922.

⁸³ CC no. 130/2010, 18 November 2010, B.8.1.

⁸⁴ Ця формула відображає статтю 4.2. Договору про ЄС.

⁸⁵ CC no. 62/2016, 28 April 2016, B.8.7. See M. EL BERHOUMI and others, "La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen: un arrêt sans intérêt?", *Journal des tribunaux* 2017, 565–582; Ph. GÉRARD and W. VERRIJDT, "Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse", *EuConst* 2017, 182–205.

перегляд, і чи надасть він *Fehlertoleranz* до Європейського суду. Якщо слідувати практиці *Bundesverfassungsgericht*, попередній діалог з Європейським судом є необхідним як в перегляді *ultra vires*⁸⁶, так і в перегляді ідентичності,⁸⁷ тому що це є вирішальним елементом у засвідченні поваги до повноцінної дії права ЄС та захисту сутності Конституції.

21. Конституційний Суд також уникнув найбільш делікатного обговорення стосовно цього, тобто які конституційні положення та принципи є частиною національної ідентичності Бельгії, а які — ні. Це питання ще не було предметом багатьох доктринальних дебатів, але очевидно, що рамки конституційних положень, які можуть бути використані як «щит» проти права ЄС, можуть бути не надто широкими, так що лише деякі ключові аспекти Конституції, що стосуються конкретної конституційної історії й культури Бельгії, можуть мати значення.⁸⁸ Ці конституційні аспекти можуть стосуватися, з одного боку, тих самих причин, чому Бельгія стала незалежною державою, а з іншого боку, причин, з яких вона досі існує, після подолання декількох мовних та ідеологічних напружених моментів.⁸⁹

Перший набір аспектів може бути менш значним, ніж другий, через довготривалий період часу, що пройшов з 1831 року, та еволюційні інтерпретації багатьох конституційних положень, які були сформульовані як реакція проти царювання голландського короля Віллема I. Проте ця історична довідка все ще пояснює, чому в Конституції Бельгії робиться наголос на принципі законності, що допускає втручання демократично обраного законодавчого органу в різні питання, зокрема в такі як обмеження прав людини. Це також пояснює, чому деякі права людини, які систематично ігнорував голландський король Віллем I між 1815

і 1830 роками, користуються більш широким захистом Конституцією Бельгії, ніж аналогічні права людини в Конвенції та Хартії (наприклад, свобода освіти, свобода релігії та свобода преси).⁹⁰

Другий аспект розкриває іншу особливість бельгійського державного устрою — його здатність забезпечувати досягнення компромісів.⁹¹ Історія Бельгії показує кілька прикладів біполярних протистоянь, зокрема — ідеологічне протистояння між католиками, з одного боку, і соціалістами та лібералами, з іншого боку, кульмінацією якого було «шкільне питання», вирішене Шкільним пактом у 1958 році.⁹² Ще одним прикладом є мовне протистояння між фламандцями та валлонами, що розпочалося у 1840-их роках, загострилося у бурхливих студентських протестах у 1968 році і, в кінцевому підсумку, призвело до перетворення Бельгії на федеральну державну *sui generis*. Можна стверджувати, що ці фундаментальні компроміси, які були досягнуті після складних переговорів, кожен із розглянутих аспектів у рівній мірі є частиною «фундаментальних структур Бельгії, політичних і конституційних», оскільки вони вирішили глибоко вкорінені кризи. І якби хоч окремі елементи такого тонкого компромісу зникли, це могло б призвести до втраченої всієї рівноваги.

Таким чином, основні рішення щодо вибору, які були зроблені під час процесу федералізації в Бельгії, можна вважати частиною її національної ідентичності.⁹³ Це, зокрема, стосується фундаментальних рішень в питаннях територі-

⁹⁰ See, on the historical links between the Dutch Constitution of 1815 and the Belgian Constitution of 1831, A. ALEN, A.W. HERINGA, D. HEIRBAUT and C. J. ROTTEVEEL MANSVELD (eds.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, The Hague / Bruges, Boom / die Keure, 2016.

⁹¹ A. ALEN, D. HALJAN, P. PEETERS and S. FEYEN (eds.), *International Encyclopaedia of Constitutional Law — Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, nos. 425, 456–458 and 484.

⁹² Ключові аспекти вказаного Шкільного пакту, що стосуються активної та пасивної свободи освіти та її фінансування, були закріплені у статті 24 Конституції 1988 року, і Конституційний суд був уповноважений переглядати законодавство на відповідність цій новій статті 24.

⁹³ E. CLOOTS, “Europese integratie en de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten”, in E. VANDENBOSCHEN and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *o.c.*, 25–26.

Цей автор включає вибір, чи надавати регіональним органам влади певну політичну автономію, вибір стати федеральною державою, формування федеративних утворень, визначення їх законодавчих повноважень, а також їх застосування *ratione personae* та *ratione materiae* і органів, уповноважених здійснювати ці повноваження, а також для забезпечення розподілу повноважень.

⁸⁶ Наприклад: BVerfG 14 January 2014, 2 BvR 2728/13 (*Gauweiler*). This referring judgment was followed by ECJ 16 June 2015, *Gauweiler*, C-62/14 and BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13. In the Bundesverfassungsgericht's final judgment, the OMT mechanism was only held to be consistent with the German Constitution provided some restrictive interpretations.

⁸⁷ Наприклад: BVerfG15 December 2015, 2 BvR 2735/14.

⁸⁸ H. DUMONT, “L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des états (notamment fédéraux)”, in E. VANDENBOSCHEN and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Europese voorschriften en Staatshervorming / Contraintes européennes et réforme de l'Etat*, Bruges, die Keure, 2013, 55, who limits this ambit to “ce qui fait qu'un État est lui-même et non un autre, ce qui permet de le reconnaître et de le distinguer des autres”.

⁸⁹ W. VERRIJDT, *o.c.*, no. 43.

ального федералізму, правил мовного паритету та специфічного регулювання мовних відносин⁹⁴. У цьому контексті можна також відзначити і характерний для Бельгії патисипативний та корпоративний федералізм.⁹⁵

22. Інше цікаве питання полягає в тому, чи є частиною національної ідентичності конституційні каталоги прав людини, або принаймні якщо вони залишаються дійсними як «щит» від вторинного права ЄС, оскільки вони пропонують ширший захист прав людини, ніж Хартія. У Бельгії кілька конституційних прав, які все ще надають ширший захист, ніж Хартія та Конвенція, насправді є результатом конкретних історичних умов Бельгії (див. № 21).

Відповідно до тлумачення ЄСС статті 53 Хартії, національні конституції можуть, однак, не надавати такого захисту від актів вторинного права ЄС та їхньої національної імплементації, оскільки це може поставити під загрозу «примат, єдність і ефективність» права ЄС.⁹⁶ Ця інтерпретація ЄСС піддається критиці, оскільки вона, як видається, суперечить самій редакції цього положення, ставить під загрозу рівень захисту прав людини, наданий національними конституціями, і призводить до виникнення двох різних рівнів захисту прав людини, залежних від застосовності права ЄС. Ця небезпека, а також правова невизначеність, яку вона може зумовити, може бути усунена тільки сильним діалогом між ЄСС та національними конституційними судами, а також досконалішим обґрунтуванням рішень ЄСС, які також враховують національні конституційні інтереси⁹⁷.

Рішення Федерального Конституційного суду Німеччини від 15 грудня 2015 року показує

⁹⁴ In its *Las* judgment, the ECJ has acknowledged that the protection of the official language of a federated entity is part of Belgium's national identity, but it has nevertheless stated that a Flemish Community Act requiring the contracts between employers and employees to be in Dutch, regardless their own language, went too far (ECJ 16 April 2013, *Las*, C-202/11, par. 26).

⁹⁵ H. DUMONT, *o.c.*, 66.

⁹⁶ ECJ 26 February 2013, *Melloni*, C-399/11, par. 60. Див. параграф 58: «Такі тлумачення статті 53 Хартії [надання державі-члену можливості застосовувати стандарт захисту основоположних прав, гарантованих її конституцією, коли цей стандарт є вищим, ніж той, що випливає з Хартії], підірвало б принцип примату права ЄС, оскільки це дозволить державі-члену не застосовувати правові норми ЄС, які повністю відповідають Хартії, коли вони порушують основні права, гарантовані конституцією цієї держави».

⁹⁷ A. ALLEN, *o.c.*, 36-38; J. КОМАРЕК, "The place of national constitutional courts in the EU", *ECLR* 2013, 433.

потенціал пов'язування принципу національної ідентичності з конституційним каталогом прав людини. У цьому рішенні Федеральний Конституційний Суд роз'яснив, що він захищатиме основоположні права як частину конституційного контролю, здійснюваного у провадженнях за конституційними скаргами.⁹⁸ Таке обґрунтування, як видається, означає, що якщо Основоположний Закон (Конституція Німеччини — *ред.*) пропонує ширший захист, ніж Хартія, рішення Меллоні фактично скасовується. Слід, однак, відзначити, що Федеральний Конституційний Суд буде здійснювати цю компетенцію стримано, відкрито до європейської інтеграції, і після попереднього діалогу з Європейським судом.

Оскільки Конституційний суд Бельгії ще не визначив обсяг бельгійської національної ідентичності (див. № 21), незрозуміло, чи можна було б обійти рішення Меллоні, використовуючи цю техніку.

23. На думку Європейського суду, монополія на перегляд вторинного права ЄС перебуває у Люксембурзькому суді⁹⁹ і охоплює також перегляд на предмет відповідності національній ідентичності (*national identity review* — *авт.*) у світлі статті 4.2 Договору ЄС.¹⁰⁰ З цієї точки зору, немає місця для перегляду на предмет відповідності національній ідентичності конституційними судами. Проте деякі конституційні суди вже визнали, що зобов'язання вторинного права ЄС не будуть застосовані, якщо вони суперечать елементам національної ідентичності.¹⁰¹

Прецедентна практика цих конституційних судів показує, що погляд ЄС на національну ідентичність не є єдиним, натомість має бути зба-

⁹⁸ BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14 (see no. 20).

⁹⁹ ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

¹⁰⁰ ECJ 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH t. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02; ECJ 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

¹⁰¹ E.g. BVerfG 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell* (Germany); CC n° 2006-540, 27 July 2006, *Droit d'auteur*; CC n° 2010-79 QPC, 17 December 2010, *Kamel Daoudi* (France); конституційний контроль вторинного законодавства ЄС Конституційним судом Польщі (SK 45/09, 16 November 2011). Конституційний суд Чехії вже оголосив норму вторинного права ЄС незастосовною після процедури перегляду *ultra vires* (Pl. ÚS 5/12, 14 February 2012). Див. також рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини у справі *Gauweiler*, в якому механізм ОМТ вважався узгодженим лише з німецькою Конституцією, що передбачає обмежувальні тлумачення (BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13; see no. 20).

лансований з національним поглядом на неї.¹⁰² На думку деяких авторів, Європейський суд не має достатніх можливостей для того, щоб визначити для кожної держави-члена, які аспекти її національної конституції стосуються її національної ідентичності.¹⁰³ Тому справжній діалог між національними конституційними судами та Європейським судом необхідний у кожному випадку, коли йдеться про елемент національної ідентичності.

24. Практика Конституційного суду Бельгії показує, що він не уникає діалогу з Європейським судом (див. п. 17). У принципі, Конституційний суд Бельгії поважатиме пріоритет права ЄС і перевірятиме лише конституційність актів, що імплементують норми вторинного права ЄС, враховуючи те, що вони залишають законодавчому органу вільний вибір застосовуваних засобів.¹⁰⁴ Якщо дійсність норми вторинного права ЄС оскаржуватиметься в Конституційному суді, він передасть справу до Європейського суду для попереднього рішення (*preliminary ruling — авт.*).¹⁰⁵

Цікавим прикладом такої практики є справа *Test-Achats*. Бельгійська організація захисту прав споживачів, яка не оскаржувала перед Європейським судом положення директиви, що дозволяє національним законодавцям розрізняти розміри страхових внесків зі страхування життя чоловіків і жінок, оскаржила закон, що імплементував цю можливість, до Конституційного суду. Клопотання про скасування закону було засноване на принципі рівності та недискримінації, закладеному в Конституції Бельгії, але Конституційний Суд передав справу до Європейського суду для попереднього рішення щодо принципу рівності у відношенні директиви та відповідно до законодавства ЄС.¹⁰⁶ ЄС визнав порушення цього принципу та

постановив, що положення директиви є недійсним.¹⁰⁷ Згодом Конституційний Суд скасував бельгійську транспозицію (національну норму, що імплементувала директиву — *ред.*), просто копіюючи аргументацію по суті з рішення Європейського суду.¹⁰⁸

25. Таким чином, Конституційний Суд Бельгії підтримує принцип щирої співпраці з Європейським Союзом. Забезпечення повної дії права ЄС узгоджується із забезпеченням верховенства права. І все ж забезпечення прав людини є ще більш переконливою рисою верховенства права. Якщо обидва принципи суперечать один одному, Конституційний Суд, ймовірно, використає всі існуючі методи судового діалогу, щоб уникнути проблем, але стверджує, що виходитиме з верховенства права.

б. ЄС та Європейська Конвенція прав людини

26. Європейська конституційна багатоманітність не обмежується національними конституціями та законодавством ЄС, а також містить Конвенцію, яка також повинна тлумачитися та застосовуватися відповідно до принципу *повної реалізації* (*full effect*).¹⁰⁹ Проблеми можуть виникнути, коли принцип повної реалізації права ЄС суперечить принципу повної реалізації Конвенції.¹¹⁰

З точки зору ЄСПЛ, Конвенція встановлює мінімальні стандарти захисту, які мають дотримуватися всіма державами-членами, навіть якщо їхні конституції чи зобов'язання за договорами передбачають нижчий рівень захисту. Державачлен не може відкидати ці зобов'язання просто шляхом посилання на інші міжнародні та наднаціональні зобов'язання,¹¹¹ включаючи зобов'язання, що впливають із права ЄС. За відсутності офіційного приєднання ЄС до Конвенції, ЄСПЛ не має компетенції безпосередньо переглядати акти вторинного законодавства ЄС на предмет відповідності Конвенції.¹¹² Водночас ЄСПЛ опосередковано розглядає вторинне законодавство ЄС на

¹⁰² R. ARNOLD, "The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration", in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING and P. VAN NUFFEL (eds.), *Human Rights Protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Antwerp, Intersentia, 2011, 252–253.

¹⁰³ L. BESSELINK, "National and constitutional identity before and after Lisbon", *Utrecht Law Review*, 2010, 45.

¹⁰⁴ CC no. 59/2014, 3 April 2014; no. 144/2014, 9 October 2014.

¹⁰⁵ Validity questions to the ECJ have been referred in the following eight cases: CC no. 124/2005, 13 July 2005 (*European Arrest Warrant*); no. 126/2005, 13 July 2005 (*Money Laundering*); no. 103/2009, 18 June 2009 (*Services Directive*); no. 128/2009, 24 July 2009 (*European Arrest Warrant*); no. 116/2012, 10 October 2012 (Directive 95/46); no. 172/2013, 19 December 2013 (*Universal Services Directive*); no. 165/2014, 13 November 2014 (*VAT Directive*); no. 15/2015, 5 February 2015 (*Commission decisions*).

¹⁰⁶ CC no. 103/2009, 18 June 2009.

¹⁰⁷ ECJ 1 March 2011, *Test-Achats*, C-236/09.

¹⁰⁸ CC no. 116/2011, 30 June 2011.

¹⁰⁹ ECtHR (GC) 7 February 2013, *Fabris v. France*, § 75.

¹¹⁰ Наприклад: M. BOSSUYT and W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *EuConst* 2011, 383–387.

¹¹¹ E.g. ECtHR (GC) 12 September 2012, *Nada v. Switzerland*, §§ 196–198.

¹¹² ECtHR (GC) 18 February 1999, *Matthews v. United Kingdom*, §§ 32–35.

предмет відповідності Конвенції, переглядаючи закони та рішення, якими держави-члени транспортують і впроваджують вторинне законодавство ЄС.¹¹³ У своїй відомій справі *Bosphorus* ЄСПЛ врівноважив інтереси захисту прав людини з інтересами європейської інтеграції, визнавши, що, в принципі, нижчий стандарт перевірки застосовується, якщо йдеться про зобов'язання за законодавством ЄС. У таких випадках передбачається, що держава-член, яка виконує зобов'язання законодавства ЄС, дотримувалась своїх зобов'язань за Конвенцією, але лише в частині захисту, «що стосується змістових гарантій та механізмів контролю за їх дотриманням», передбачених правом ЄС, є еквівалентним захисту за Конвенцією. Проте ця презумпція може бути спростована, якщо з обставин конкретної справи вбачається, що захист прав, зазначених у Конвенції, є явно недостатнім.¹¹⁴ Явно недосконалий захист існує і звичайний перегляд ЄСПЛ застосовується, якщо національний суддя не передав справу до ЄС для попереднього питання щодо обґрунтованості¹¹⁵ (*preliminary validity question* — *авт.*). Крім того, якщо дії держави не повністю продиктовані законодавством ЄС, оскільки державні органи мають певну дискреційну владу, презумпція *Bosphorus* не застосовується, якщо держава реалізує власну дискрецію.¹¹⁶

З точки зору Європейського суду, Конвенція не є частиною основного права ЄС і тому не є формальною підставою для перегляду вторинного права ЄС. Вона функціонує лише як інструмент для тлумачення прав людини, які є частиною первинного права ЄС, оскільки вони викладені в Хартії або тому, що вони є загальними принципами права ЄС. Тим не менш, нормативна цінність Конвенції підсилюється статтею 52.3 Хартії, яка вимагає, щоб зміст та обсяг прав Хартії, які кореспондують правам Конвенції, були такими ж, як і ті, що встановлені Конвенцією,¹¹⁷ що дає можливість ЄС надавати ширший захист. Це положення демонструє обсяг довіри ЄС до системи захисту прав людини ЄСПЛ за Конвенцією в рішенні *Bosphorus*. Правова практика Європейського суду, на-

томість, не формулює принцип еквівалентного захисту щодо системи Конвенції.¹¹⁸ Враховуючи сильну прихильність Європейського суду до принципу єдності права ЄС, він залишає за собою монополію на перевірку вторинного законодавства ЄС¹¹⁹ і не дозволяє національним суддям відкидати вторинне законодавство ЄС або його національну транспозицію для порушення Конвенції. У висновку щодо приєднання ЄС до Конвенції чітко видно, що Європейський суд також не приймає зовнішнього контролю з боку ЄСПЛ.¹²⁰

27. У цьому контексті постає питання, який підхід національні конституційні суди повинні застосовувати при перегляді Закону, що трансформує або імплементує зобов'язання вторинного права ЄС, що суперечать Конвенції в розумінні ЄСПЛ, тоді як ця норма вторинного права ЄС не суперечить Хартії у тлумаченні Європейського суду.¹²¹

28. Напруга зростає, коли Європейський суд не використовує повністю надане ЄСПЛ тлумачення конвенційних прав, аналогічних правам Хартії.¹²² До прикладу, у справі *Åkerberg Fransson* Європейський суд справедливості не слідував, і навіть не згадав, сформульований ЄСПЛ у його прецедентній практиці принцип *ne bis in idem*.¹²³ У цій справі ЄС зазначив «що стаття 50 Хартії не перешкоджає державі-члену встановити для тих самих актів невідповідності [...] поєднання податкових санкцій та кримінальних покарань. Для того, щоб забезпечити збір усіх надходжень від ПДВ і у такий спосіб захистити фінансові інтереси Європейського Союзу, держави-члени мають свободу вибирати відповідні санкції [...] Таким чином, ці покарання можуть мати форму адміністративних

¹¹⁸ G. Rosoux, *Vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux?*, Brussels, Bruylant, 2015, 777.

¹¹⁹ ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

¹²⁰ ECJ 18 December 2014, *Opinion no. 2/13 on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

¹²¹ The answer to this question would be a lot easier if the EU would accede the Convention itself.

¹²² Див. приклади у J. CALLEWAERT, "Leur sens et leur portée sont les mêmes. Quelques réflexions sur l'article 52, § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", *Journal des Tribunaux* 2012, 596.

¹²³ Пояснення, що стосуються Хартії основних прав, тим не менш, чітко вказують на статтю 50 Хартії і статтю 4 сьомого протоколу до Конвенції, що повинні мати той самий зміст і обсяг. Захист у законодавстві ЄС має бути навіть ширшим, оскільки стосується всіх юрисдикцій у всіх державах-членах.

¹¹³ ECtHR (GC) 15 November 1996, *Cantoni v. France*, § 30.

¹¹⁴ ECtHR (GC) 30 June 2005, *Bosphorus v. Ireland*, §§ 152–158.

¹¹⁵ ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 112–115.

¹¹⁶ ECtHR (GC) 21 January 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, §§ 338–340.

¹¹⁷ This includes the ECtHR's interpretation of these Convention rights (Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C-303/02, *Of* 14 December 2007, C-303/32–35).

санкцій, кримінальних покарань або поєднання цих двох покарань. [...]». Якщо ж потім залишити «для вирішення відповідним судом [...] питання, чи передбачене національним законодавством поєднання податкових санкцій з кримінальними має бути перевірене на предмет відповідності національним стандартам [...], він може, виходячи з обставин справи, визнати їх поєднання таким, що суперечить таким стандартам, в той час як інші санкції є ефективними, пропорційними та переконливими».¹²⁴ Страсбурзьке прецедентне право не передбачає виключення з правила *ne bis in idem*.¹²⁵

Конституційний суд Бельгії зіткнувся з цією розбіжною судовою практикою, розглядаючи справу про скасування Акта, що дозволяв Офісу прокуратури та податковій адміністрації вирішувати між ними питання про те, до якої відповідальності притягувати за податкове правопорушення — кримінальної чи адміністративної. Каральне переслідування було можливим після накладення за той самий проступок адміністративного штрафу, хоча адміністративний штраф не міг бути накладений доти, поки тривало кримінальне переслідування, і скасовувався, коли підозрюваний поставав перед судом. Конституційний Суд скасував цю можливу подвійну відповідальність без посилання на рішення ЄСС у справі *Åkerberg Fransson*,¹²⁶ яке могло дозволити такі процедури, посиляючись лише на жорсткішу практику ЄСПЛ, що забороняє будь-яке подвійне притягнення до відповідальності.¹²⁷

¹²⁴ ECJ 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, par. 34 and par. 36.

Висновок Генерального адвоката (п. 71–74) вказує на те, що замовчування Судом прецедентного права ЄСПЛ можна пояснити тим фактом, що не всі держави-члени ратифікували Сьомий протокол, а інші держави-члени подали застереження або заяви до статті 4 Протоколу № 7, обмежуючи його застосування до кримінальних правопорушень. Цей брак згоди між державами-членами пояснює, чому держави-члени, на відміну від рішення *Melloni*, вільні застосовувати вищі стандарти захисту основних прав.

(К. LENAERTS, “Human rights protection through judicial dialogue between national constitutional courts and the European Court of Justice”, in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN and W. VERRIJDT (eds.), *Liberæ cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerp, Intersentia, 2013, 376–377.

¹²⁵ Фактично, Швеція була засуджена ЄСПЛ у дуже схожій справі з позовом до ЄСС *Åkerberg Fransson judgment* (ECtHR 27 November 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, § 62).

¹²⁶ Проте він не ігнорував можливу застосовність права ЄС і згадав про існування статті 50 Хартії.

¹²⁷ CC no. 61/2014, 3 April 2014, referring to Article 4 of the Seventh Protocol to the Convention, which came into force in Belgium on 1 July 2012, and to ECtHR (GC) 10 February 2009, *Zolotukhin v. Russia*, § 82; ECtHR 16 June 2009, *Ruotsalainen v. Finland*, § 56.

Таким чином, Конституційний Суд застосував принцип найбільш широкого захисту. На думку автора, Конституційний Суд беззастережно визнав, що стаття 4 Сьомого протоколу та стаття 50 Хартії пропонують еквівалентний захист, як зазначено у статті 52.3 Хартії; згадуючи при цьому обидва положення договору, проте посиляючись лише на прецедентне право ЄСПЛ.¹²⁸ Однак слід зазначити, що ця справа не підпадає під сферу дії права ЄС.

29. У разі застосовності права ЄС, Конституційний суд Бельгії бере участь у попередньому діалозі з Європейським судом.¹²⁹ Цей діалог означає, що застосовується процедурна частина презумпції *Bosphorus*, щоб ЄСПЛ згодом застосував свій підхід (див. п. 26). Таким чином, навіть якщо Європейський суд не визнає порушення і Конституційний Суд обмежуватиметься виконанням рішення Європейського суду, є лише невеликий ризик того, що ЄСПЛ визнає порушення в наступному рішенні. Проте принаймні одна справа свідчить про те, що Конституційний суд Бельгії не обмежує свій наступний перегляд лише виконанням рішення Європейського суду.

Ця справа стосувалася 2-ої Директиви про відмивання грошей,¹³⁰ акт про впровадження якої був оскаржений до Конституційного Суду, головним чином, у зв'язку із порушенням статей 6 і 8 Конвенції. Суд направив цю справу до Європейського суду для попереднього розгляду питання про те, чи порушує Директива про боротьбу з відмиванням грошей статтю 6 Конвенції (і, таким чином, статтю 6 Договору ЄС), оскільки вона поширює на юристів обов'язок повідомляти про підозрілі операції.¹³¹ ЄСС не визнав порушення права на справедливий суд,¹³² але згодом Конституційний Суд вимагав, щоб правові положення, які впроваджують Директиву про відмивання грошей, тлумачилися відповідно до статті 8 Конвенції.¹³³ Якби

¹²⁸ G. ROSOUX, *o.c.*, 792.

¹²⁹ CC no. 126/2005, 13 July 2005; CC no. 165/2014, 13 November 2014. Implicitly, by only referring to Article 6 TEU without specifying the relevant Convention rights: CC no. 124/2005, 13 July 2005.

¹³⁰ Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

¹³¹ CC no. 126/2005, 13 July 2005.

¹³² ECJ 26 June 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v Conseil des ministres (belge)*, C-305/05.

¹³³ CC no. 10/2008, 23 January 2008. На думку Конституційного Суду, єдине тлумачення, яке відповідає статті 8 Конвенції,

Конституційний Суд просто застосував логіку пріоритету права ЄС, він повинен був або виконати рішення Європейського суду, не виявивши жодного порушення, або ж повторно передати ту саму справу до Європейського суду для попереднього рішення щодо відповідності Директиви ст. 8 Конвенції.

Таким чином, Конституційний Суд запропонував ширший захист прав людини, ніж ЄСС,¹³⁴ що не підтримав висновку Генерального адвоката, який також згадував про потенційні проблеми відносно статті 8 Конвенції.¹³⁵ Підхід Конституційного Суду був пізніше підтриманий ЄСПЛ у його знаменитому рішенні *Michaud*.¹³⁶

30. Конституційний Суд надає великого значення повній дії права ЄС при перевірці законодавчих положень на предмет відповідності Конвенції. Це стосується як прецедентної практики Європейського суду, так і Європейського суду з прав людини при тлумаченні прав людини, закладених у Конституції Бельгії, і проводить активний діалог з Європейським судом для подальших роз'яснень. Незважаючи на це, його практика показує, що вона застосовує принцип найширшого захисту прав людини.

с. Висновок

31. У кожній державі, яка керується верховенством права, права людини є найвищими нормами, і вони повинні поважатися всіма державними органами, включаючи всіх суддів. Існування багатьох документів з прав людини, що накладаються один на одного, як національних, так і наднаціональних, має призводити лише до ширшого захисту, але насправді вони часто призводять до плутанини, оскільки тлумачення та застосування прав людини національними та наднаціональними конституційними суддями можуть відрізнятися. Конституційний суд систематично прагне забезпечити правову визначеність у цій сфері, а також уникнути судових рішень ЄСПЛ та Євро-

вимагає, щоб інформація, яку отримав адвокат під час конфіденційного спілкування зі своїм клієнтом, у зв'язку чи незалежно від того, чи вона відбувалася під час юридичного представництва, була захищена професійною таємницею.

¹³⁴ E. CLOOTS, "Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten", in A. ALEN and J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brukes, die Keure, 2008, 28–33.

¹³⁵ Concl. Adv.-Gen. Poirares Maduro, 14 december 2006, C-305/05, par. 41.

¹³⁶ ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 126–131.

пейського суду з визнанням порушень на основі розуміння прав людини, викладених в Конституції Бельгії, в світлі тлумачення ЄСПЛ та ЄСС Конвенції та Хартії. Коли обсяг аналогічних прав людини відрізняється, Конституційний Суд, радше, вибере варіант найширшого захисту прав людини.

2. БОРОТЬБА З ТЕРОРИЗМОМ

32. Основні принципи верховенства права, такі як права людини, можуть опинитися під загрозою у зв'язку із шокуючими суспільними подіями, найбільш актуальним сучасним прикладом яких є терористичні напади. Тероризм безпосередньо і опосередковано пов'язаний з правами людини: безпосередньо, оскільки терористичні напади спрямовані на заподіяння смерті і тяжких тілесних ушкоджень, і опосередковано, коли відповідь держави на тероризм призводить до впровадження політики і практики, що обмежують права людини.¹³⁷ Незважаючи на юридичний обов'язок по боротьбі з тероризмом, держави також залишаються зобов'язаними дотримуватися меж, встановлених законодавством про права людини.

Терористичні загрози часто зумовлюють нове законодавство, яке, ймовірно, буде оскаржено до Конституційного Суду. Завдання Суду полягає в тому, щоб знайти відповідний баланс між боротьбою з тими, хто загрожує самим засадам західноєвропейського суспільства, і зберегти верховенство права, яке є однією з цих засад. Конвенція відіграє важливу роль стосовно цього, оскільки, з одного боку, юриспруденція Конституційного Суду завжди керується існуючою прецедентною практикою ЄСПЛ (див. п. 4), а також тому, що ЄСПЛ може бути покликаний розглядати, в окремих випадках, відповідність рішень Конституційного Суду Конвенції. Перш ніж розглянути детальніше ці тези, необхідно зробити два попередні зауваження.

33. Насамперед слід зазначити, що всупереч багатьом національним конституціям Конституція Бельгії не містить положень про надзвичайний стан. Стаття 187 Конституції навіть передбачає протилежне: «Конституцію не можна повністю або частково призупинити». Це свідчить про те, що Бельгія має Конституцію «мирного часу», розроблену з точки зору країни, яка має залишатися

¹³⁷ Special UN Rapporteur K. KOUFA, "Terrorism and Human Rights", UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27; UN Doc. E/CN.4 Sub.2/2001/31; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35.

нейтральною в будь-якому конфлікті.¹³⁸ Більше того, метою цього положення було уникнення переворотів, що пов'язано історично з заворушеннями у Франції в липні 1830 року. Це положення передбачає, що конституційні права, у їхньому тлумаченні в світлі Конвенції, повністю застосовуються при перегляді законодавства щодо анти-терористичних заходів.

З огляду на згадане конституційне положення, виникає питання, чи бельгійські органи влади мають право оголошувати надзвичайний стан згідно зі статтею 15 Конвенції. Оскільки права людини, викладені в Конституції Бельгії, нерозривно пов'язані з правами людини, викладеними в Конвенції (див. п. 4), кожна відмова від (деяких) прав, передбачених Конвенцією, передбачає часткове призупинення дії Конституції. Таким чином, статтю 187 Конституції можна вважати такою, що пропонує ширшу охорону прав людини, ніж стаття 15 Конвенції.

34. По-друге, в європейській літературі¹³⁹ стверджується, що балансування моделей захисту прав людини забезпечує кращу рівновагу між національною безпекою та захистом прав людини, порівняно з моделями категоризації.¹⁴⁰ Балансування надає судді можливість зважити всі обставини, як державні, так і приватні, тоді як категоризація використовує чітко визначені категорії. Контроль за дотриманням прав людини, здійснюваний Конституційним Судом, головним чином, відповідає моделі балансування, за винятком питань абсолютних прав людини, які не допускають обмежень.

35. ЄСПЛ напружував об'ємну судову практику щодо заходів протидії тероризму.¹⁴¹ Ця судова

практика виражає три ключові принципи. Перший полягає в тому, що ЄСПЛ проводить чітке розмежування між заходами, що обмежують абсолютні права людини, тобто захищені від дерогації згідно зі статтею 15 Конвенції, та заходами, що обмежують інші права людини. Це розмежування є важливішим, ніж офіційне повідомлення про надзвичайний стан згідно зі статтею 15 Конвенції, яке на позицію Суду суттєво не впливає.

Другий принцип полягає в тому, що надзвичайний стан не дозволяє державам знижувати рівень захисту невідчужуваних прав (абсолютні права, які не підлягають обмеженням — *ред.*). Однак навіть стосовно цих прав Суд демонструє певне розуміння важких обставин, за яких змушені діяти державні органи, і тому він проявляє деяку по-блажливості у визначенні того, чи був цей рівень забезпечений. До прикладу, він визнав прийнятною екстрадицію підозрюваного в тероризмі до країни, яка не є членом Конвенції, на підставі простої дипломатичної гарантії, що він не буде підданий катуванню.¹⁴² Він також визнав прийнятною одиночну камеру протягом восьми років ув'язнення особливо небезпечного терориста.¹⁴³ У справі про облогу в московському театрі чеченськими сепаратистами Суд не знайшов порушення права на життя, хоча російська влада закінчила кризу із заручниками низкою жертв.¹⁴⁴ Водночас Суд чітко підтвердив, що сфера застосування невідчужуваних прав (що не підлягають обмеженню) охоплює заходи боротьби з тероризмом, і він не соромиться виявляти порушення цих прав, навіть у контексті тероризму.¹⁴⁵

F. VANNESTE, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?", *RW* 2003–2004, 1665–1677. See also the Factsheet "Terrorism and the European Convention on Human Rights", established by the Press Unit of the European Court of Human Rights, www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf.

¹⁴² ECtHR 17 January 2012, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, §§ 192–204.

¹⁴³ ECtHR (GC) 4 July 2006, *Ramirez Sanchez v. France*, §§ 136–150.

¹⁴⁴ ECtHR 20 December 2011, *Finogenov and others v. Russia*, §§ 217–262.

¹⁴⁵ ECtHR (GC) 28 February 2008, *Saadi v. Italy*, § 138; ECtHR (GC) 19 February 2009, *A. and others v. United Kingdom*, § 126; ECtHR 31 January 2012, *M.S. v. Belgium*, § 126; ECtHR (GC) 13 December 2012, *El-Masri v. FYROM*, § 195; ECtHR 4 September 2014, *Trabelsi v. Belgium*, § 118: "However, none of these factors have any effect on the absolute nature of Article 3. As the Court has affirmed on several occasions, this rule brooks no exception. [...] that it is not possible to make the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, a material consideration or to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of the State is engaged under Article 3".

¹³⁸ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand", *Preadviezen voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1950, 13.

¹³⁹ Американські вчені вважають, що моделі балансування занадто багато уваги приділяють питанням індивіда, отже, сприяють терористам (напр.: L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Westbury, Foundation Press, 1988, 794).

¹⁴⁰ S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 406.

¹⁴¹ Див.: F. BERNARD, "La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme", *RTDH* 2016, 43–59; S. KOWALSKA, "Human Rights Protection and Terrorism — Reflections in the Context of Strasbourg Jurisprudence", *Politické vedy* 2015, 25–42; J. P. LOOF, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005; L.-A. SICILIANOS, "The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe", *EHRLR* 2016, 121–135; S. SOTTIAUX, *o.c.*, 67–321;

Третій принцип полягає в тому, що Суд демонструє високий ступінь поблажливості щодо прав, які підлягають обмеженню, в терористичному контексті, надаючи державам-членам дуже широку свободу розсуду.

Такі заходи також мають бути безпосередньо пов'язані з переслідуваною метою.¹⁴⁶ Але відповідні заходи практично завжди приймаються без ретельного розгляду по суті,¹⁴⁷ за умови, що всі індивідуальні заяви про такі заходи мають підлягати контролю незалежним судом. Цей підхід «процедуралізації» (“*proceduralisation*”), спрямований на запобігання зловживанням законодавством, що є необхідним для боротьби з тероризмом, застосовується до методів обшуку, прослуховування телефонів, доступу до секретних файлів тощо.¹⁴⁸

36. Прецедентна практика Конституційного суду Бельгії щодо заходів протидії тероризму керується тими ж принципами. Прецедентне право щодо невідчужуваних прав обмежується справами, які стосуються статті 7 Конвенції. У випадку, коли було застосовано ретроспективне кримінальне обвинувачення¹⁴⁹ з метою притягнення до відповідальності одного підозрюваного терориста, який нібито вчинив терористичні злочини в Туреччині, але проживав у Бельгії, Конституційний Суд чітко вказав, що права, що не підлягають обмеженню, повністю застосовуються у випадках тероризму. У дуже короткому обґрунтуванні він

¹⁴⁶ ECtHR 2 December 2014, *Güler and Ugur v. Turkey*, § 53: “laws against terrorism should not be used as a pretext to limit legitimate religious activity”.

¹⁴⁷ Напр., адміністративний штраф за мультфільм, який нібито схвалював атаки 11 вересня (ECtHR 2 Octobre 2008, *Leroy v. France*, §§ 43–46), the dissolution of a political party (ECtHR 30 June 2009, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, §§ 85–91).

¹⁴⁸ ECtHR 6 September 1978, *Klass and others v. Germany*, § 56 (in that case, the review was performed by the Bundestag, instead of by a judge); ECtHR 24 April 1990, *Kruslin v. France*, § 34; ECtHR 15 June 1992, *Lüdi v. Switzerland*, § 38; ECtHR 26 May 1993, *Branigan and McBride v. United Kingdom*, § 61–65; ECtHR 18 May 2010, *Kennedy v. United Kingdom*, § 167; ECtHR (GC) 12 September 2012, *Nada v. Switzerland*, § 212.

¹⁴⁹ Правове положення поширило юрисдикцію бельгійських кримінальних судів на терористичні злочини, вчинені іноземцем за межами Бельгії, якщо цей іноземець знайдений у Бельгії. Спочатку це положення застосовувалося лише до дій, вчинених після набуття чинності цим положенням, але для того, щоб забезпечити переслідування одного з підозрюваних терористів, законодавець негайно ввів його в дію і поширив на вже триваючі кримінальні процедури. Конституційний Суд визнав це розширення юрисдикції нормою матеріального кримінального права, оскільки він дозволяв переслідувати осіб, яких не можна було переслідувати до набрання чинності цим правилом.

вказав, що стаття 7 Конвенції забороняє застосування протизаконних обвинувальних заходів на шкоду підозрюваним правопорушникам, і тому суд скасовує це положення,¹⁵⁰ не вивчаючи питання про те, чи слід більш поблажливо підходити до застосування принципу незворотності в часі у справах, пов'язаних з тероризмом.

Стосовно принципу *lex certa*, котрий залишає трохи більше маневру, ніж заборона ретроспективності відповідальності, Конституційний Суд проявив певне розуміння важких обставин, за яких діють державні органи у ході боротьби з тероризмом. Його попередня судова практика щодо принципу *lex certa* була дуже суворою, але Конституційний Суд змінив свій курс, коли мова зайшла про той самий принцип, але у справі, пов'язаній з тероризмом. Посилаючись на прецедентну практику ЄСПЛ,¹⁵¹ Конституційний суд постановив, що принцип *lex certa* не забороняє законодавчому органу надавати судді певну свободу розсуду у зв'язку із загальним характером законодавства, його застосовності до широкого кола справ та еволюції дій, які вони прагнуть санкціонувати.¹⁵² Відтак, Суд прийняв досить розпливчате визначення *терористичного злочину*, вважаючи, що під цією назвою може критися тільки спеціальний намір вчинити акт тероризму. Цей поблажливий підхід продовжує застосовуватися як у випадках, пов'язаних з тероризмом,¹⁵³ так і в інших випадках.¹⁵⁴

37. Прецедентне право Конституційного Суду, що стосується відчужуваних прав (що можуть бути обмежені — *ред.*), відображає як широку свободу розсуду, запропоновану ЄСПЛ, так і тенденцію до процедуралізації.

Найбільш помітним прикладом є розширення кола методів, які дозволяють розвідувальним службам виконувати свої завдання.¹⁵⁵ Конституційний суд визнав прийнятними ці нові методи, оскільки вони мали на меті впоратися з підвищени-

¹⁵⁰ CC no. 73/2005, 20 April 2005, B.8.

¹⁵¹ ECtHR 25 May 1993, *Kokkinakis v. Greece*, §§ 40 and 52; ECtHR 22 November 1995, *S.W. v. United Kingdom*, § 36; ECtHR 15 November 1996, *Cantoni v. France*, §§ 29 and 31.

¹⁵² CC no. 125/2005, 13 July 2005, B.6.2.

¹⁵³ CC no. 122/2014, 19 September 2014 (“*membership of a terrorist organization*”); no. 9/2015, 28 January 2015 (“*підбурювання до терористичної діяльності*”, “*вербування терористів*”, “*підготовка терористів*”); no. 8/2018, 18 January 2018 (“*traveling with a terrorist intent*”).

¹⁵⁴ Наприклад: CC no. 110/2015, 17 September 2015 (“*пластична хірургія*”); no. 72/2016, 25 May 2016 (“*сексизм*”).

¹⁵⁵ CC no. 145/2011, 22 September 2011.

ми ризиками для безпеки та новими методами, які використовуються тими, хто загрожує безпеці держави. Суд навіть підтвердив прийнятність ведення записів таємного спостереження стосовно таких осіб. Поряд із цим, він постановив, що як тільки Виконавча комісія встановить, що секретність даного файлу більше не є необхідною, відповідна особа повинна автоматично отримувати повідомлення про існування запису спостереження, що дозволить їй здійснювати свої процесуальні права.

38. Більша свобода законодавчої влади у справах, пов'язаних з тероризмом, також відображена в рішеннях Суду стосовно спеціальних методів розслідування. У 2004 році Суд ухвалив рішення щодо скарги на законодавство, яке запроваджувало нову методику розслідування кримінальними прокурорами. Оскільки ці методики могли бути використані в будь-якому кримінальному розслідуванні, рішення не стосується терористичних загроз. Застосовуючи прецедентну практику ЄСПЛ, Суд анулював деякі методики, які порушували право на приватність, наприклад, стеження, або які могли б порушити права *due process* або викликати дискримінацію, наприклад, проникнення та підбурювання співробітниками поліції. На додаток, він постановив, що судовий контроль за виконанням цих спеціальних методів не є достатнім.¹⁵⁶

У 2007 році Суд повинен був винести рішення про подальше розширення спеціальних методів розслідування з конкретною метою боротьби з тероризмом, і Суд посилається на цю мету 13 разів у своєму обґрунтуванні. Цього разу Конституційний Суд застосував набагато шанобливіший підхід, визнавши прийнятними всі методи розслідування — деякі з яких були змінені через попередні рішення Суду — і лише вказав на відсутність незалежного судового контролю над окремими частинами розслідування.¹⁵⁷

39. Такий самий підхід поширюється і на право на особисту свободу. Хоча Суд часто звертається до фундаментального характеру *habeas corpus*,¹⁵⁸ він підтвердив дійсність законодавства, що передбачає ширший режим попереднього ув'язнення у справах, пов'язаних з тероризмом.

У режимі, що застосовується до всіх злочинів, слідчий магістрат, який допитує підозрюваного в злочині, може прийняти рішення про попереднє утримання під вартою, якщо він вважає це необхідним для громадської безпеки. Якщо підозрюваний ризикує позбавленням волі на строк до 15 років, цей захід може бути вжито лише у випадку справжнього ризику того, що підозрюваний може вчинити нові злочини, що він може втекти, що він може знищити докази або що він буде спілкуватися зі своїми спільниками.

Враховуючи необхідність запобігання злочинам тероризму, що є значно кращим, ніж покарання винних, законодавець вирішив послабити ці умови у справах, пов'язаних з тероризмом. Він уточнив, що в таких випадках попереднє тримання під вартою можливе, навіть за відсутності згаданих справжніх ризиків, за умови, що підозрюваний ризикує позбавленням волі на 5 і більше років.

Конституційний Суд підтвердив правомірність цього розмежування між терористичними і нетерористичними злочинами через значні соціальні потрясіння, спричинені терористичними злочинами. Однак він наголосив, що умова «необхідності для громадської безпеки» має залишатися обов'язковою.¹⁵⁹

40. Два рішення стосовно свободи слова є, з одного боку, показовими для вищенаведеного підходу, але, з іншого боку, демонструють, що влада законодавця не є необмеженою.

Оскільки процес радикалізації терористів часто викликають молоді люди, які стикаються з одіозними текстами в Інтернеті, федеральний законодавець вважав за необхідне криміналізувати «поширення повідомлень з метою підбурювання інших до здійснення терористичних актів». Ті, хто поширюють такі повідомлення, ризикують позбавленням волі від п'яти до десяти років, навіть якщо вони буквально не закликають до вчинення терористичних актів. Законодавець, однак, поставив криміналізацію цього діяння під умову, що поширення повідомлення викликало ризик того, що злочин терориста може бути скоєно.

У 2015 році Конституційний Суд вирішив, що таке кримінальне переслідування не порушує свободу слова, оскільки законодавець мав право захищати цінності, що лежать в основі Європейської конвенції з прав людини, проти тих, хто прагне їх

¹⁵⁶ CC no. 202/2004, 21 December 2004.

¹⁵⁷ CC no. 105/2007, 19 July 2007.

¹⁵⁸ Напр.: CC no. 201/2011, 22 December 2011, B.4.2 and B.7; no. 148/2017, 21 December 2017, B.63.2 and B.75.2; no. 91/2018, 5 July 2018, B.3.4.

¹⁵⁹ CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.19.2.

підірвати. Суд, однак, додав, що суддя повинен завжди перевіряти, чи мав автор повідомлення намір підбурювати інших до вчинення терористичних злочинів, і чи було повідомлення такого характеру, що воно містило такий ризик.¹⁶⁰

У 2016 році законодавець вніс зміни до вищезазначеного законодавства, оскільки судова практика показала, що довести існування зазначеного ризику неможливо. Тому він додав, що будь-яка мета, прямо або опосередковано підбурювати до терористичних актів, є достатньою для покарання, і усунув умову ризику того, що злочин терориста може бути вчинений.

Ця версія не пережила перевірки Конституційним Судом. На думку Суду, криміналізація тепер поширюється на надмірно широку категорію повідомлень. Сама мета сприяти отриманню доказів не може виправдати кримінальне покарання строком до десяти років за повідомлення, яке не обов'язково тягне за собою будь-який ризик вчинення злочину тероризму. Таким чином, цей варіант криміналізації не можна назвати необхідним у демократичному суспільстві.¹⁶¹

41.1. У справах, пов'язаних з тероризмом, як і в інших справах, Конституційний Суд застосовує законодавство ЄС і впроваджує відповідну прецедентну практику Європейського суду. Найбільш помітним прикладом є скасування¹⁶² Судом Закону, що впроваджує Директиву про зберігання даних. Обґрунтування Суду, головним чином, складалося з копії-пейст (*copy-paste* — авт.; *копіювання* — ред.) рішення Європейського суду справедливості, яким дану Директиву визнано недійсною.¹⁶³

41.2. Проте Конституційний Суд залишається пильним щодо балансу між антитерористичними заходами та правами людини. Односторонній фокус на захист прав людини може поставити під загрозу спроби уряду захистити своїх громадян від терористичних загроз і, таким чином, парадоксально, призведе до порушень прав людини в разі вчинення злочину тероризму. Суд навіть готовий заперечити практику Європейського суду з метою збереження цього делікатного балансу.

¹⁶⁰ CC no. 9/2015, 28 January 2015, B.25.4 and B.25.5.

¹⁶¹ CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.7.6.

¹⁶² CC no. 84/2015, 11 June 2015.

¹⁶³ ECJ 8 April 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*, C-293/12 and C-594/12, *Kärntner Landesregierung and others*.

У 2016 році Суд Європейського Союзу виніс дуже суворе рішення щодо збереження даних. Він пояснив, що «загальне та невибіркоче зберігання всіх даних про дорожній рух та місцезнаходження всіх абонентів та зареєстрованих користувачів, що стосуються всіх засобів електронного зв'язку» порушує право на приватність (стаття 7 Хартії), право на захист персональних даних (стаття 8 Хартії), також свободу думки та інформації (стаття 11 Хартії). Європейський суд допускає лише «цільове утримання даних про дорожній рух і місцезнаходження, з метою боротьби із серйозними злочинами, за умови чіткого визначення категорій даних, які мають зберігатися, засобів спілкування, кола осіб, періоду зберігання, та є конче необхідними».¹⁶⁴

Національні розвідувальні служби та судові органи підкреслюють, що вони не можуть функціонувати належним чином відповідно до цієї юриспруденції. Вони стверджують, що оскільки терористи використовують передові технології, то і ті, хто бореться з тероризмом, повинні мати доступ до тих самих засобів. Більше того, зберігання масових даних є необхідним інструментом для виявлення нових терористичних загроз. Цільове утримання даних не буде достатньо ефективним для виконання завдань із боротьби з тероризмом.

У 2018 році Конституційний Суд розглянув позов про скасування нової схеми утримання даних у Бельгії, яка покладає об'ємне зберігання даних на провайдерів зв'язку. Конституційний Суд міг би просто застосувати рішення *Tele2 Sverige*, анулюючи це законодавство. Але він вирішив не робити цього.

Суд передав справу до ЄСС для нової попередньої постанови, запропонувавши Люксембурзькому суду кілька аргументів проти його суворої позиції. По-перше, він повторив твердження законодавця про те, що цільове зберігання даних не було б можливим, додавши, що переважна більшість держав-членів стикаються з серйозними труднощами в імplementації юриспруденції Європейського суду.¹⁶⁵ По-друге, він зауважив, що замість цього законодавець оточив систему зберігання даних кількома сильними гарантіями конфіденційності та судовими гарантіями. По-третє, він зазначив, що ЄСПЛ допускає масове зберігання

¹⁶⁴ ECJ (GC) 21 December 2016, *Tele2 Sverige AB a.o.*, C-203/15 and C-698/15.

¹⁶⁵ Data retention across the EU, <http://fra.europa.eu/en/theme/information-society-privacy-and-data-protection/data-retention>.

даних.¹⁶⁶ По-четверте, він зазначив, що раніше подібні звернення вже були надіслані до ЄСС суддями інших держав-членів ЄС¹⁶⁷ і що в одній із цих справ Генеральний адвокат вже визнав, що статті 7 і 8 Хартії відкриті для більш ніж одного тлумачення.¹⁶⁸ По-п'яте, він пояснив, що бельгійська схема зберігання даних переслідує широке коло цілей, таких як боротьба з організованою злочинністю і тероризмом, боротьба з дитячою порнографією та належне функціонування служб екстреної допомоги. Щодо останньої мети, то він відзначив її зв'язок з фізичною цілісністю осіб. Щодо передостанньої мети, то він послався на прецедентну практику ЄСПЛ, і на позитивні обов'язки держав-членів щодо захисту фізичної недоторканності неповнолітніх, що випливають із положень статей 3 і 8 Європейської Конвенції прав людини.¹⁶⁹ Європейський суд ще не відповів на згаданий запит Конституційного Суду.

42. Вищезгадані судові рішення доводять, що бельгійський Конституційний Суд, як і ЄСПЛ, не вважає дискурс з прав людини серйозною перешкодою для боротьби з тероризмом, а радше додатковим джерелом підтримки демократичних цінностей, окреслюючи межі, в яких має відбуватися боротьба з тероризмом.¹⁷⁰ Він бере до уваги серйозність терористичних загроз і складність боротьби з ними, у такий спосіб надаючи державним органам достатню свободу дій для вжиття відповідних заходів, але не загального дозволу: абсолютні права людини залишаються абсолютними, тоді як відчужувані права людини можуть бути обмеженими із забезпеченням наступного контролю незалежним судом. Таким же чином, як і ЄСПЛ, Конституційний Суд відмовляється визнати надуману (*false — авт.*) дилему між свободою і безпекою, а вимагає захисту обох інтересів, які обидва є необхідними аспектами верховенства права.¹⁷¹ Справді, треба мати на увазі, що верховенству права не повинно бути завдано шкоди або навіть знищено заради його ж захисту.¹⁷²

¹⁶⁶ ECtHR 19 June 2018, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*.

¹⁶⁷ Investigatory Powers Tribunal London, 31 October 2017; Audiencia provincial de Tarragona, Sección cuarta, 14 April 2016.

¹⁶⁸ Concl. Adv.-Gen. Henrik Saugmandsgaard Øe, 3 May 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*.

¹⁶⁹ CC no. 96/2018, 19 July 2018.

¹⁷⁰ F. VANNESTE, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?", *RW* 2003–2004, 1665.

¹⁷¹ L.-A. SICILIANOS, *o.c.*, 135.

¹⁷² ECtHR 6 September 1978, *Klass and others v. Germany*, § 49.

ВИСНОВОК

43. Хоча бельгійський Конституційний Суд спочатку був задуманий лише як арбітр законодавчих повноважень федерального рівня та суб'єктів федерації, згодом розширення його компетенції, а також його власна юриспруденція, зробили його важливим гравцем у сфері забезпечення верховенства права.

Хоча явні згадки про «верховенство права» у процесі роботи Конституційного Суду є досить обмеженими, цей фундаментальний принцип насправді є повсюдним. По-перше, він лежить в основі майже всіх стандартів перегляду Судом законодавства. По-друге, він є видимим, коли на карту поставлено доступ до правосуддя або стандарти належної процедури. По-третє, принципи правої визначеності та рівності, які дуже часто застосовуються Судом, можна розглядати як конкретизацію принципу верховенства права.

Верховенство права також є керівним принципом у тому, як Конституційний Суд розглядає міжнародне право та європейське право. Перш за все, Суд використовує ці норми як непрямі стандарти здійснюваного ним контролю, що гарантує їх повну дію. Але водночас він гарантує, що норми міжнародного та європейського права не посягають на верховенство права.

Сучасна терористична загроза є складним викликом для верховенства права. Хоча терористи використовують свою діяльність для того, щоб підірвати західноєвропейські цінності, такі як верховенство права, реакція держави сама по собі не повинна підірвати цей принцип. У зв'язку з цим Конституційний Суд забезпечує делікатний баланс між ефективністю антитерористичних заходів та ефективним захистом прав людини.

Переклад:
канд. юрид. наук, доцент
Олена БОРИСЛАВСЬКА,
канд. юрид. наук, доцент
Сергій РІЗНИК



Em. Prof. Dr. André ALEN

/ President of the Belgian Constitutional Court
 Professor emeritus at the KU Leuven Judge ad hoc
 at the European Court of Human Rights Honorary
 Secretary of the Belgian Council of Ministers

Willem VERRIJDT

/ Law clerk at the Belgian Constitutional Court
 Affiliated researcher at the KU Leuven

THE RULE OF LAW IN THE CASE LAW OF THE BELGIAN CONSTITUTIONAL COURT

УДК 340.131+342.562

DOI: <https://doi.org/10.30970/jcl.4.2018.1>

INTRODUCTION

Although the “*rule of law*” is a central concept in both the establishment and the daily functioning of constitutional courts, they rarely mention it in their case law, because they rather refer to specific constitutional rules concretising this overarching concept. The aim of the current contribution¹ is to analyse this concept’s significance in the Belgian Constitutional Court’s practice and to highlight some present day challenges to the Constitutional Court’s position as a guardian of the rule of law.

I. HISTORY

1. FROM THE “INVIOLABILITY OF LEGISLATION” TO ITS REVIEW AGAINST THE CONSTITUTION AND TREATIES

1. Apart from its interpretation in conformity with the Constitution,² legislation remained “invulnerable” or sovereign until 1971, when the Court of Cas-

sation ruled that a validly enacted self-executing *treaty*, “by the very nature of international law laid down by treaties”, takes precedence over both earlier and later legislation. Every ordinary and administrative court must thus refuse to apply it in case of conflict.³ This is called *diffuse review*.

2. Referring to “*The Federalist*”, Robert BADINTER, former president of the French *Conseil constitutionnel* (1986–1995), rightly pointed out the two reasons for the constitutional review of legislation in the USA, i.e. guarding the delicate balance between the Federation and the States, and protecting fundamental rights.⁴

Constitutional review of legislation in Belgium was prompted by the same reasons, the difference being that this power of review is not given to every court, but exclusively to the Constitutional Court. This is Kelsen’s model of *centralized constitutional review*, in which the principal mission is largely the protection of fundamental rights and freedoms.⁵

¹ This contribution is an updated version of the speech delivered at for the conference commemorating the 25th Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, organised in Bled in June 2016.

² Cass. 20 April 1950 (*Waleffe*), *Pas.*, 1950, I, 560, with conclusions by L. CORNIL.

³ Cass. 27 May 1971 (*S.A. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*), *Pas.*, 1971, I, 886, with conclusions by W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁴ R. BADINTER, Préface, S. BREYER, *La Cour suprême, l’Amérique et son histoire*, Paris, Odile Jacob, 2011, 10-11.

⁵ Between 1985 and 2018, the Court delivered 4404 judgments, 507 of which concern the division of powers between the federal State, the Communities and the Regions. All other cases relate to rights and freedoms.

3. As soon as federated entities (in Belgium: Communities and Regions) with legislative powers came into being alongside the central (i.e. federal) State, the *division of powers* between those authorities necessitated a review of their legislation. In 1980, the Constitution⁶ reserved the task of controlling that division of powers and reviewing the respective rules having force of statutory law for the Constitutional Court,⁷ a court which does not form part of the judiciary and half of whose members are former Members of Parliament. The purpose was to safeguard the uniformity of constitutional interpretation in matters concerning the powers of the federal State and the federated entities.

4. Besides this first mission of the Constitutional Court, its jurisdiction was subsequently extended to cover the compliance of legislation with *rights and freedoms*. As of 1988, the Constitutional Court has jurisdiction to control the observance of the Articles 10 and 11 (the principle of equality and non-discrimination) and 24 (the right to and freedom of education) of the Constitution⁸ and, as of 2003, the Court's review jurisdiction has been extended to the entire Title II ("The Belgians and their rights") of the Constitution, as well as to the Articles 170, 172 and 191 (the principles of legality and equality in tax matters, and the protection of foreigners).⁹

Additionally, the Constitutional Court substantially extended its review in matters of rights and freedoms following each of those two extensions of jurisdiction. First of all, it decided to read the Articles 10 and 11 of the Constitution in combination with all rights and freedoms enshrined in the Constitution,¹⁰ in treaty provisions binding Belgium¹¹ or in general principles of law,¹² since it cannot be accepted that a particular category of persons is wrongfully deprived from guarantees that are given to everyone. Next, the Court *ex officio* read the constitutional provisions relied upon by the parties in combination with treaty pro-

visions binding Belgium and guaranteeing analogous rights and freedoms.¹³

5. This twofold technique of reading constitutional provisions in combination with international treaty provisions has many advantages, such as a modernization of the fundamental rights provisions in the Belgian Constitution, many of which date back to 1831 and the incorporation of Luxembourg and Strasbourg case law in the Constitutional Court's judgments.¹⁴ Although this Court is not competent to review directly against international treaties, its case law of reading constitutional provisions in combination with those treaties parallels the direct review by any ordinary and administrative court of legislation against self-executing treaties.

For the compliance of legislation with treaties, two distinct review systems are thus in place: diffuse treaty review and centralized constitutional review. In order to solve the problem of a potential "concurrency of fundamental rights", the Special Majority Act on the Constitutional Court was amended: when before a court the infringement is invoked by a legislative act of a fundamental right guaranteed in an entirely or partially analogous manner by a provision of Title II of the Constitution and by a provision of European or international law, the court must in principle first refer the case to the Constitutional Court for a preliminary ruling on the compatibility with the provision of Title II of the Constitution.¹⁵ Only after the Constitutional Court's negative answer on the question of constitutionality, the referring court may review the legislative act against the provision of European or international law. This arrangement, which sets an order of review, was similarly adopted by the French legislature. This French regulation led to the famous *Melki and Abdeli* judgment of the Court of Justice, in which the latter accepted the conformity of the *question prioritaire de constitutionnalité* with the principle of full effect of EU law, provided that some conditions are met.¹⁶

⁶ Now Article 142 of the Constitution.

⁷ Then still called the "Court of Arbitration": constitutional provision of 29 July 1980 (Moniteur belge, 30 July 1980, 2nd edition); changed to "Constitutional Court" by the constitutional provision of 7 May 2007 (Moniteur belge, 8 May 2007, 3rd edition).

⁸ Constitutional provision of 15 July 1988 (Moniteur belge, 19 July 1988).

⁹ Special Majority Act of 9 March 2003 (Moniteur belge, 11 April 2003, 1st edition).

¹⁰ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.2.

¹¹ CC no. 18/90, 23 May 1990, B.11.3; even if an international treaty is not self-executing: CC no. 106/2003, 22 July 2003, B.4.2.

¹² CC no. 72/92, 18 November 1992, B.2.1.

¹³ CC no. 136/2004, 22 July 2004, B.5.3-B.5.4.

¹⁴ For further details, see A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS and W. VERRIJDT, "Cour constitutionnelle de Belgique", in R. HUPPMANN and R. SCHNABL (eds.), *La coopération entre les Cours constitutionnelles en Europe. Situation actuelle et perspectives*, Wien, Verlag Österreich, 2014, vol. 1, 293-347.

¹⁵ Article 26(4) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Special Majority Act of 12 July 2009 (Moniteur belge, 31 July 2009, 2nd edition) and complemented by the Special Majority Act of 4 April 2014 (Moniteur belge, 15 April 2014, 1st edition).

¹⁶ ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10: the

2. EXPLICIT REFERENCE TO THE “RULE OF LAW” IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT IS FAIRLY LIMITED

6. The Constitutional Court only rarely makes explicit reference to the “rule of law” in its case law. Four types of references can be distinguished.

(I) First of all, the Court has referred to the actual meaning of “*l’Etat de droit*” when stressing that not only the governed, but also those who govern, are bound by the law. An oath is to be understood as a solemn declaration that a person exercising public authority will abide by the law; the mere fact that the phrasing of the official constitutional oath refers to the King, cannot dismiss a republican from the obligation to take that oath, by which he merely acknowledges his allegiance to the existing state structure as set out by the Constitution.¹⁷

(II) The Court’s second use of the rule of law principle is an immediate consequence of the first one. This principle requires access to a judge¹⁸ in order to have all irregularities committed by governmental bodies sanctioned, including a damages action against public authorities.¹⁹

national courts or tribunals remain free (i) to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling, at whatever stage of the proceedings they consider appropriate, even at the end of the interlocutory procedure for the review of constitutionality, any question which they consider necessary, (ii) to adopt any measure necessary to ensure provisional judicial protection of the rights conferred under the European Union legal order, and (iii) to disapply, at the end of such an interlocutory procedure, the national legislative provision at issue if they consider it to be contrary to EU law. If the national law transposes the mandatory provisions of an EU directive, a fourth condition applies, i.e. a mandatory referral to the Court of Justice of a question on the validity of that directive. See W. VERRIJDT, “Should the EU Effectiveness Principle be Applied To Judge National Constitutional Review Procedures?”, in X (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l’homme — Liber amicorum Michel Melchior*, Liège, Anthemis, 2010, 543–571.

¹⁷ CC no. 151/2002, 15 October 2002, B.3.2: “*The Belgian State is governed by the rule of law. One of the characteristics of the rule of law is that the leaders are subject to the law*”.

¹⁸ CC no. 182/2008, 18 December 2008, B.5.3; no. 19/2011, 3 February 2011, B.4.2: “*The right of access to the courts, which is an essential aspect of the right to a fair trial, is a fundamental right in a State governed by the rule of law*”. See also CC no. 18/2012, 9 February 2012, B.9.2; no. 139/2012, 14 November 2012, B.13; no. 48/2015, 30 April 2015, B.18.1; no. 108/2015, 16 July 2015, B.11.3; no. 13/2017, 9 February 2017, B.11.1; no. 62/2018, 31 May 2018, B.79.3.

¹⁹ CC n° 99/2014, 30 June 2014, B.14. This case involved damages because of a tort committed by the highest courts. The Constitutional Court stated: “In the absence of any opportunity to have an irregularity allegedly committed by the court of last instance censured by available legal remedies, the right of the person who believes he is injured by that irregularity to bring an action of tort is of crucial importance in a State governed by the rule of law”. Be-

(III) The third use of the rule of law principle by the Constitutional Court is a direct consequence of the second one. Access to justice in itself does not suffice: its effectiveness requires the organization of the Judiciary to meet certain requirements. These characteristics linked to the rule of law concern the tribunal’s establishment and the determination of its composition by Act of Parliament,²⁰ the due process rights,²¹ the principles of judicial independence and impartiality,²² the professional secrecy of attorneys at law,²³ the courts’ full jurisdiction (“*pleine juridiction*”),²⁴ the right to the effective enforcement of definitive judicial decisions,²⁵ and the right that definitive judicial decisions are not called into question.²⁶ More in general, “*it is fundamentally important in a democratic State governed by the rule of law that the courts and tribunals inspire confidence in the public and in the parties to the proceedings*”.²⁷

In the same vein, attorneys-at-law play a crucial role in preserving the rule of law.²⁸ Given their role

cause of judicial hierarchy and legal certainty, however, the Constitutional Court specified that only a sufficiently serious violation suffices for a lower court to state the tort committed by one of the highest courts.

²⁰ CC no. 62/2018, 31 May 2018, B.15.3.

²¹ CC no. 202/2004, 21 December 2004, B.27.6; no. 105/2007, 19 July 2007, B.11.1; no. 107/2007, 26 July 2007, B.7.1; no. 22/2008, 21 February 2008, B.7; no. 98/2008, 3 July 2008, B.7; no. 201/2011, 22 December 2011, B.12.1; no. 178/2015, 17 December 2015, B.77.2: “*The rights of defence and the right to a fair trial are fundamental rights in a State governed by the rule of law*”. These judgments all involve the principle of equality of arms and the right to an adversarial trial.

²² CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2; no. 153/2016, 1 December 2016, B.9.2; no. 87/2018, 5 July 2018, B.17.2.

²³ CC no. 126/2005, 13 July 2005, B.7.1-B.7.2.: “*In order to be found compatible with the fundamental principles of the Belgian legal system, the act of lifting the legal professional privilege must be justified by a compelling reason and must be strictly proportionate*”.

²⁴ CC no. 78/98, 7 July 1998, B.9-B.10; no. 25/2016, 18 February 2016, B.37.1.

²⁵ CC no. 122/2012, 18 October 2012, B.6; no. 56/2014, 27 March 2014, B.5; no. 87/2018, 5 July 2018, B.19: “*The right to an effective enforcement of definitive judicial decisions is one of the fundamental attributes of the rule of law*”. See also CC no. 28/2019, 14 February 2019, B.11.

²⁶ CC no. 177/2005, 7 December 2005, B.23; no. 6/2009, 15 January 2009, B.3.10; no. 199/2009, 17 December 2009, B.8. See also CC no. 172/2008, 3 December 2008, B.20; no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1; no. 9/2012, 25 January 2012, B.13.2; no. 160/2013, 21 November 2013, B.10.1; no. 113/2015, 17 September 2015, B.8.2: “*Even when legislating with retroactive effect, the legislator cannot, [...], at the risk of infringing one of the essential principles of the rule of law, bring into discussion judicial decisions that have become final*”.

²⁷ CC no. 157/2009, 13 October 2009, B.3.1; no. 123/2011, 7 July 2011, B.8.1; no. 155/2011, 13 October 2011, B.3; no. 3/2016, 14 January 2016, B.10.1; no. 29/2017, 23 February 2017, B.9.1; no. 53/2017, 11 May 2017, B.11.1.

²⁸ CC no. 53/2017, 11 May 2017, B.21.4.

and their privileges, the legislator may therefore impose certain obligations and responsibilities upon them in the field of the good administration of justice.²⁹

(IV) The fourth meaning of the rule of law in the Constitutional Court's case law relates to the *"fundamental principles of the Belgian legal order"*, such as the separation of powers,³⁰ the necessity to have official documents published before they bind the public,³¹ and human rights such as the principle of equality and non-discrimination³² and the right to vote and to be elected.³³

3. NEVERTHELESS, THE "RULE OF LAW" IS AN UNWRITTEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLE AND A FOUNDATIONAL PRINCIPLE

7. An honorary judge in the Constitutional Court has written that this Court has conceived the rule of law as an elementary unwritten constitutional principle as well as a foundational principle, which forms the basis for other principles, more particularly the principle of legal certainty and the principle of proportionality.³⁴ We will very briefly discuss both of these principles in the abundant case law of the Constitutional Court.

a. The principle of legal certainty

8.1. The principle of *legal certainty*, an inherent attribute of the rule of law,³⁵ requires that individuals

²⁹ CC no. 41/2018, 29 March 2018, B.3.

³⁰ CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2: *"The principles of judicial independence and the separation of powers are basic attributes of the rule of law"*

³¹ CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.: *"Bearing in mind that publication is an essential condition for the binding effect of official texts, the ability of each person to take cognizance of those texts at any time is a right that is inherent in the rule of law, since such cognizance permits each person to comply with them"*. See also CC no. 149/2017, 21 December 2017.

³² CC no. 17/2009, 12 February 2009, B.10.3. This principle is part of the *ordre public*: e.g. CC no. 8/2012, 18 January 2012, B.15.5.: *"The principle of equality and non-discrimination is not, [...], simply a principle of good legislation and good administration. It is one of the cornerstones of a democratic State governed by the rule of law"*.

³³ CC no. 187/2005, 14 December 2005, B.5.1; no. 130/2006, 28 July 2006, B.6; no. 87/2014, 6 June 2014, B.3.2; no. 136/2015, 1 October 2015, B.9; no. 80/2010, 1 July 2010, B.5.1; no. 169/2015, 26 November 2015, B.4.: *"The right to vote and the right to be elected are fundamental political rights in a State governed by the rule of law"*.

³⁴ L. P. SUETENS, *"De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht"*, R.W., 1993/94, 1317–1318.

³⁵ CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.

can foresee the legal consequences of their actions.³⁶ The principle of legality in *criminal matters* proceeds from the idea that *"criminal law must be formulated in terms which ensure that everyone will know, when deciding to adopt a course of conduct, whether that conduct is punishable and, where appropriate, to know the punishment incurred. It requires the legislature to indicate, in terms which are sufficiently precise and clear and provide legal certainty, what acts are to be punished, so that, on the one hand, a person adopting a course of action may first make a due assessment of what the criminal consequences of that action will be, and, on the other hand, to ensure that not too much is left to the discretion of the judge"*. Influenced by the case law of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court has since 2005/2006 added the following considerations: *"However, the lex certa principle does not prohibit the legislature to grant a certain margin of appreciation to the judge, because of the general character of legislation, its applicability to a wide variety of cases and the evolution of the acts they aim to sanction"*.

The condition that an offence must be clearly defined by the law is satisfied when the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable".

It is only by examining a particular provision of criminal law that it is possible to determine, taking into account the elements proper to the offences it is intended to punish, whether the general terms used by the legislature are so vague as to infringe the principle of legality in criminal matters".³⁷

8.2. The principle of the *non-retroactive effect of laws* is a general principle of law.³⁸ Leaving aside criminal law,³⁹ interpretative laws⁴⁰ and validation laws, the Constitutional Court states:

³⁶ E.g. CC no. 49/1996, 12 July 1996, B.3.8. More recently: CC no. 61/2018, 31 May 2018, B.22.3.

³⁷ E.g. CC no. 1/2016, 14 January 2016, B.5.3.

³⁸ CC no. 7/1997, 19 February 1997, B.4.6.

³⁹ The Constitutional Court applies Article 7 of the European Convention on Human Rights and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

⁴⁰ The Constitutional Court verifies whether a so-called interpretative law is really *"a law that gives a legislative provision the meaning that the legislator meant to give it at the time of its adoption and that it can reasonably be given"*. Indeed, *"the safeguard of the non-retroactive effect of laws cannot be evaded by the mere fact that a law with retroactive effect is presented as an interpretative law"*: CC no. 102/2006, 21 June 2006, B.5.2.

“The non-retroactive effect of laws is a safeguard meant to prevent legal uncertainty. This safeguard requires that the content of the law is foreseeable and accessible, so that the individual can reasonably foresee the consequences of a particular act when it is carried out. Retroactivity is only justified if it is essential to achieve an objective of general interest.

If, moreover, it turns out that the purpose or consequence of the retroactivity consists of influencing the outcome of a judicial proceeding in a certain direction or to prevent the courts from deciding a specific point of law, the nature of the principle at issue requires that exceptional circumstances or compelling grounds of the general interest justify the intervention of the legislature, which infringes, at the expense of one category of citizens, the procedural safeguards that are offered to everyone.”⁴¹

Finally, a legislative act must on no account infringe on final judgments. If that is its aim, it would violate the Articles 10 and 11 of the Constitution by depriving a certain category of persons from the benefit of final judgments, which cannot be justified under any circumstance. *“This is one of the essential principles of the rule of law.”⁴²*

According to the recent case law of the Constitutional Court, mere budgetary considerations no longer seem able to justify retroactivity.⁴³

8.3. In principle, it is up to the legislature to consider, when introducing new regulations, whether it is necessary or appropriate to include *transitional provisions*. *“The principle of equality and non-discrimination is only violated if the transitional regime, or the absence thereof, results in a difference in treatment without reasonable justification, or if the principle of legitimate expectations is excessively impaired.”⁴⁴ Such is the case if “the legitimate expectations of a specific category of persons are impaired without any compelling ground of the general interest justifying the absence of a transitional regime put in place for their benefit.”⁴⁵*

⁴¹ E.g. CC no. 77/2015, 28 May 2015, B.4.1.

⁴² E.g. CC no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1.

⁴³ CC no. 54/2015, 7 May 2015, B.13. See also CC no. 1/2015, 22 January 2015, and European Court of Human Rights, 3 September 2013, M.C. and others v. Italy, as well as CC no. 131/2015, 1 October 2015, B.13 (*“The budgetary objective invoked during the parliamentary travaux cannot release the legislator from its obligation to guarantee for every person the right to lead a life in keeping with human dignity when a foreign national needs urgent medical attention”*).

⁴⁴ E.g. CC no. 41/2016, 17 March 2016, B.10.

⁴⁵ E.g. CC no. 86/2015, 11 June 2015, B.4.6 (violation as in several judgments).

b. The unstoppable rise of the principle of proportionality

9. Under this title, P. MARTENS, honorary President of the Constitutional Court, described in 1992 the rise of the principle of proportionality in (public) law.⁴⁶ About a quarter of a century later, the principle of proportionality has become firmly entrenched in the case law of the Constitutional Court, particularly with respect to rights and freedoms, but also with respect to the division of powers.

10.1. According to the Constitutional Court, *“the principle of proportionality is inherent in any exercise of powers.”⁴⁷*

10.2. This principle prohibits any legislature from exercising its powers in such a way that it becomes impossible or excessively difficult for another legislature to efficiently exercise its powers.⁴⁸

Since the *absence of cooperation* in a matter for which the Special Majority Act on Institutional Reform requires mandatory cooperation, is not compatible with the principle of proportionality inherent in any exercise of powers, the Court may verify compliance with the obligation to conclude cooperation agreements.⁴⁹ If the powers of the federal State and the federated entities have become interwoven to such an extent that they can no longer be exercised without mutual cooperation, for instance as a result of technological developments, a legislature violates the principle of proportionality if it legislates unilaterally on the matter, even if the Special Majority Act on Institutional Reform does not provide for an obligation to conclude a cooperation agreement.⁵⁰

Before the Special Majority Act on the Constitutional Court in 2014 conferred jurisdiction on the Constitutional Court to review the compatibility of legislation with the principle of *federal loyalty*⁵¹

⁴⁶ P. MARTENS, *“L’irrésistible ascension du principe de proportionnalité”*, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu, Brussels, Bruylant*, 1992, I, 49–68.

⁴⁷ E.g. CC no. 168/2004, 28 October 2004, B.5.3; no. 172/2006, 22 November 2006, B.8.

⁴⁸ E.g. CC no. 116/2009, 16 July 2009, B.8.

⁴⁹ E.g. CC no. 40/2012, 8 March 2012, B.5.

⁵⁰ CC no. 132/2004, 14 July 2004, B.6.2; no. 128/2005, 13 July 2005, B.6; no. 163/2006, 8 November 2006, B.3-B.4. See also CC no. 158/2013, 21 November 2013, B.17.7.

⁵¹ See the Articles 1(3°) and 26(1)(4°) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Articles 47 and 48 of the Special Majority Act of 6 January 2014 (*Moniteur belge*, 31 January 2014, 1st edition).

enshrined in Article 143(1) of the Constitution,⁵² the Constitutional Court already ensured the respect for that principle, read in combination with the principle of reasonableness and proportionality, by granting this principle the same significance as the principle of proportionality.⁵³

The Constitutional Court also applies the principle of proportionality when a legislature deprives the municipalities or the provinces of some of their powers⁵⁴ or when it examines whether implied powers may be accepted by verifying the condition whereby the provisions adopted by a legislature outside the scope of its powers only have a marginal impact on the powers conferred upon another legislature.

10.3. The principle of proportionality does not only limit the legislatures' powers *ratione materiae*, but also their powers *ratione loci*: because of the very nature of the promotion of culture, the powers relating to this matter may produce effects outside the territory for which a community legislature is responsible; nevertheless, those potential extraterritorial effects "must not counteract the cultural policy of the other community".⁵⁵

11.1. Even more so than in the review of the division of powers, the principle of proportionality plays an important part in the review of the compliance of legislation with the *principle of equality and with the other fundamental rights*; the litigation in those matters accounts for 92 percent of the case law of the Constitutional Court.

11.2. Just like in the case law of the European courts and the higher courts in the national order, review against the principle of proportionality is often the final stage in the examination of the observance of the *principle of equality and non-discrimination*,⁵⁶ in which the Constitutional Court examines whether a

measure, in its consequences, and the means employed to achieve that measure, are in reasonable proportion to the aim pursued. The Court had already established its case law on that matter in its first judgment on the principle of equality and non-discrimination.⁵⁷ In that judgment, the Court ruled as follows: "It is not for the Court to assess whether a measure established by law is appropriate or desirable. It is up to the legislature to determine what measures have to be taken to achieve the aim it has set itself. [...] It is not for the Court to examine [...] whether or not the aim pursued by the legislature can be achieved by different legal measures".⁵⁸ Fortunately, the Court has abandoned this view, as such examination does form part of the proportionality test.⁵⁹ The Court has also considered that "it does not have the same scope of appraisal as does the legislature",⁶⁰ yet such considerations have become very rare. Likewise, the term "*manifest(ly)*" has largely disappeared from the Court's parlance. The foregoing all suggests a more complete review of the principle of proportionality, rather than a merely marginal review. The requirement of proportionality is in fact implicitly laid down in the Articles 10 and 11 of the Constitution.⁶¹

11.3. As was already mentioned (no. 4), the Constitutional Court reads the Articles 10 and 11 of the Constitution in conjunction with all *rights and freedoms* guaranteed by international treaties binding Belgium, and reads the fundamental rights enshrined in the Constitution in combination with the treaty provisions binding Belgium which are analogous in scope. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights are the most often applied international human rights conventions. Unlike the Belgian Constitution, which makes a formal distinction as regards restrictions between regulatory measures, repressive measures (both permitted in principle) and preven-

⁵² This article provides: "In the exercise of their respective responsibilities, the federal State [and the federated entities] act with respect for federal loyalty, in order to prevent conflicts of interest".

⁵³ "The principle of federal loyalty [...] means that each legislator is obliged, in the exercise of its own powers, to ensure that its own actions do not render the exercise of the other legislatures' powers impossible or excessively difficult": CC no. 119/2004, 30 June 2004, B.3.3; no. 97/2014, 30 June 2014, B.4.5. See also CC no. 98/2015, 25 June 2015, B.30.3; no. 21/2016, 18 February 2016, B.12.

⁵⁴ As of judgment no. 95/2005, 25 May 2005, B.26.

⁵⁵ CC no. 54/96, 3 October 1996, B.7.2.

⁵⁶ After — where appropriate — the comparability test, the review of the aim pursued, the objective and the relevant criterion of distinction.

⁵⁷ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.3: "[...]; the principle of equality is violated if it is found that there is no reasonable degree of proportionality between the means employed and the aim pursued".

⁵⁸ CC no. 23/89, 13 October 1989, B.2.7.

⁵⁹ E.g. CC no. 16/2005, 19 January 2005, B.6.2 (regarding the restriction of the right to respect for private and family life enshrined in Article 22 of the Constitution): "[...] since this aim may also be achieved in a manner that is less harmful to those concerned [...]".

⁶⁰ E.g. CC no. 121/2009, 16 July 2009, B.14.6. See also CC no. 157/2005, 20 October 2005, B.7.2; no. 18/2015, 12 February 2015, B.5.

⁶¹ CC no. 40/2003, 9 April 2003, B.23.2; no. 88/2004, 19 May 2004, B.27.

tive measures (prohibited in principle), the aforementioned international conventions employ a system of substantive restrictions: “the law” (i.e. a provision of national law which is accessible and precise) may subject the exercise of most freedoms to certain restrictions, provided that they are strictly necessary in a democratic society, and that they pursue a legitimate aim. The measure must be both relevant (i.e. meet a pressing social need) and proportionate to the legitimate aim being pursued. When reading the Belgian Constitution in conjunction with a treaty provision, the Constitutional Court verifies whether the restriction is provided for by a “law” in the formal sense, if the Belgian Constitution so requires, but also whether it satisfies the substantive conditions stipulated in the treaty provision: the legislative provision must be sufficiently precise, meet a pressing social need, and be proportionate to the legitimate aim being pursued.⁶²

11.4. As in the case law of the European Court of Human Rights, the principle of proportionality is a *general principle of law* in the Constitutional Court’s case law, i.e. a criterion for finding the right balance between the protection of the general interest of the society and the respect for fundamental human rights.⁶³ For every court, the principle of proportionality is the ideal instrument to weigh interests and values.⁶⁴

The case law of the Constitutional Court contains many other applications of the principle of proportionality, for example in the matter of administrative fines,⁶⁵ penalties⁶⁶ and the right to property.⁶⁷

⁶² Established case law since CC no. 202/2004, 21 December 2004, B.5.4.

⁶³ M. A. EISSEN, “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Etudes et Documents du Conseil d’Etat*, 1988, 275–284.

⁶⁴ W. VAN GERVEN, “Het proportionaliteitsbeginsel”, in *Hommage aan Marcel Storme*. De norm achter de regel, Deurne, Kluwer, 1995, 1–17.

⁶⁵ E.g. CC no. 25/2016, 18 February 2016, B.40.2: *the mere fact that the Council of State does not have the power to “quash” decisions is not sufficient to conclude that its review does not meet the requirements of full jurisdiction within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights, since it carries out an in-depth review, in law and in fact, of the decision and of its proportionality.*

⁶⁶ E.g. CC no. 13/2015, 5 February 2015, B.20: “[...], the principle of legality demands that the penalty must be in proportion to the offence committed. The penalty inflicted must be in proportion to the seriousness of the reprehensible conduct”. See also CC no. 8/2010, 4 February 2010, B.12 (regarding disciplinary penalties).

⁶⁷ Article 16 of the Constitution, which only relates to expropriation, and Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights are considered by the Constitutional Court as “analogous provisions”.

4. CONCLUSION

12. Belgium has come a long way, from the “inviolability of the law” to its review against the Constitution by the Constitutional Court, which also involves international treaties (no. 1-5). Despite the fact that explicit reference to the “rule of law” in the case law of the Constitutional Court is rare (no. 6), it constitutes for this Court an unwritten constitutional principle underlying other principles (no. 7), in particular the principle of legal certainty (no. 8) and the principle of proportionality (no. 9), the latter both in the review of the division of powers (no. 10) and even more so in the review against the principle of equality and the other fundamental rights (no. 11). In the case law of the Constitutional Court, the rule of law is indeed alive and kicking.

II. CHALLENGES

13. As it is impossible to sum up all possible challenges, we will discuss two challenges of an entirely different nature: on the one hand, an institutional one, the relationship between EU law and the Constitution; on the other hand, a substantive challenge, the fight against terrorism.

1. EU LAW

14. Belgium’s EU membership has been a challenge for the Constitution. Its accession to the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (1951), the Treaty establishing the European Economic Community (1957) and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (1957) was said to violate the principle of national sovereignty enshrined in Article 33 of the Constitution, because the assignment of the exercise of legislative, executive, judicial and fiscal competences to supranational organizations ran counter to the requirement that all powers must be exercised in the manner laid down by the Constitution, which did not mention competences of international organizations.⁶⁸ This problem was only resolved in 1970, when a new Article 34 was inserted into the Constitution, stipu-

⁶⁸ Council of State, general assembly of the Legislation Division, opinion of 12 January 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 163. Adde the legal opinions of G. DOR, WJ. GANSHOF VAN DER MEERSCH, P. DE VISSCHER and A. MAST of 17 April 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 696.

lating that “the exercising of specific powers can be assigned by a treaty or by a law to institutions of public international law”, thus providing a *post factum* constitutional basis for Belgium’s membership of international organizations.⁶⁹

Article 34 of the Constitution is regularly invoked by the Council of State’s Legislation Division, which has developed five cumulative criteria for examining the constitutionality of further assignments of the exercise of powers to international organizations.⁷⁰ First, the assignment only concerns the ‘exercising’ of powers, whereas the powers themselves remain with the competent Belgian institutions. The exercising of powers can be taken back at any time,⁷¹ even though this will likely lead to Belgium leaving the international organization. Second, the assignment should only concern ‘specific’ powers, which must be limited in scope and clearly defined. Third, every assignment requires the ‘legislature’s consent’, e.g. by approving the treaty establishing an international organization. Fourth, the assignment must be to the benefit of an ‘institution of public international law’, i.e. not to the benefit of another State or to the benefit of a cross-border association of municipalities. And fifth, these assignments may only deviate from the constitutional provisions concerning the exercise of ‘powers’: if an assignment deviates from other constitutional provisions, such as human rights, the treaty may only be approved and ratified after amending the constitutional provisions concerned.⁷²

⁶⁹ See A. ALEN, Hoe ‘Belgisch’ is het ‘Belgische staatsrecht’ nog?, Antwerp, Intersentia, 2015, 21–26; P. VANDERNOOT, “Regards du Conseil d’Etat sur une disposition orpheline: l’article 34 de la Constitution”, in En hommage à Francis Delpérée, Brussels, Bruylant, 2007, 1599–1630; W. VERRIJDT, “EU Integration and the Belgian Constitution”, in S. GRILLER, M. CLAES and L. PAPADOPOULOU (eds.), *Member States’ Constitutions and EU Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2019 (to be published), no. 20.

⁷⁰ E.g. Council of State, Legislation Division, opinion of 15 February 2005, *Parl. Doc.*, Senate, 2004–2005, no. 3-1091/1 (the European Constitution); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1 (the Lisbon Treaty); opinion of 18 September 2012, *Parl. Doc.*, Flemish Parliament, 2012–2013, no. 1815/1 (the Fiscal Compact); and opinion of 3 April 2012, *Parl. Doc.*, Senate, 2011–2012, no. 5-1598/1 (the ESM Treaty). See on these criteria P. VANDERNOOT, *o.c.*, 1599–1630.

⁷¹ *Parl. Doc.*, House of Representatives, Extraordinary Session 1968, no. 16/2, pp. 4–5; P. DE STEXHE, *La revision de la Constitution belge 1968–1970*, Brussels, Larcier, 1972, no. 304.

⁷² The Council of State’s Legislation Division has suggested that Article 195 of the Constitution, which stipulates the procedure for amending the Constitution, would be amended in order to allow for such revisions of the Constitution following a swifter procedure than the current one, which involves the dissolution of the Parliament and legislative elections (Council of State, Legislation Division, opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 343). This path has, however, not been followed yet.

Unfortunately, these criteria are often ignored by the legislature, who has approved some of these treaties without passing the necessary constitutional amendments.⁷³

15. The significance of Article 34 of the Constitution stretches beyond the assignment of new competences to the European Union. According to the Council of State’s Legislation Division, this constitutional provision also implies that, after the assignment of new competences, the empowered EU bodies may take autonomous decisions, without being bound by the Belgian Constitution. Therefore, the provisions of the Belgian Constitution cannot take precedence over secondary EU law that obliges the Belgian authorities to take actions violating the Constitution, even including constitutional rights.⁷⁴

16. This possibility of having to adopt unconstitutional legislation increases with every extension of the EU’s competences, taking into account that they are interpreted very extensively by the ECJ, which also has exclusive jurisdiction for examining the validity of norms of secondary EU law. In a multi-layered legal order, the question how constitutional courts should deal with this challenge, is a very important one.

The two most compelling problems in this regard involve, on the one hand, the position of the national constitutional provisions offering a more extensive human rights protection than the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: the Charter), and, on the other hand, the wider human rights protection offered by the European Convention on Human Rights (hereinafter: the Convention).

⁷³ Concerning the Lisbon Treaty, the *Conseil d’Etat’s* Legislation Division had suggested the prior amendment of the principle *nullum crimen sine lege* in Article 12 of the Constitution, in which ‘lege’ refers to a Belgian legislator, in order to allow for the creation of a European Public Prosecutor’s Office, but this constitutional amendment has never been adopted. Meanwhile, the Constitutional Court has accepted that an EU regulation suffices as a legal basis, because of its direct applicability (CC no. 37/2010, 22 April 2010), but this argument cannot be used for secondary EU law lacking direct applicability.

⁷⁴ Council of State, Legislation Division, opinion no. 39.192/3 of 4 November 2005, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 2005–2006, no. 51-2189/1, pp. 113–116 (a directive concerning advertising for medication); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 341 (the Lisbon Treaty). The Council of State’s Administrative Tribunal Division upholds the same principle: CE 5 November 1996, Gooze, no. 62.921 and *Orfinger*, no. 62.922; CE 31 March 2014, *J.V.H. e.a.*, no. 226.980 (in the latter judgment, the Council of State holds that rules of secondary EU law trump constitutional provisions, insofar as these rules do not leave any margin for a measure which respects the Constitution).

17. Before addressing these two problems, it should be stressed that, among European constitutional courts, the Belgian Constitutional Court has a very particular approach towards EU law, by examining, through the lens of its discrimination test, whether legislation respects EU law (see no. 4), by respecting all procedural requirements derived from the principle of full effect of EU law by the ECJ,⁷⁵ and by having referred 107 preliminary questions to the ECJ in 32 judgments.⁷⁶

a. EU law and the Constitution

18. Nevertheless, the possibility of unconstitutional obligations of EU law remains, and hence, the hierarchical relation between the Constitution and EU law must be addressed.⁷⁷ A distinction should, in this regard, be made between primary EU law and secondary EU law.

As primary EU law is plain treaty law, it follows the logic of the relation between international law and the Constitution. According to the Court of Cassation, all self-executing treaties have precedence over the Constitution.⁷⁸ According to the Council of State and the Constitutional Court, however, the Constitution ranks higher than international treaties, because treaties can only enter the Belgian legal order after being approved by an Act which is fully subjected to the Constitutional Court's constitutional

⁷⁵ E.g. the Marleasing requirement of interpretation in conformity with EU law (CC no. 55/2011, 6 April 2011; no. 161/2012, 20 December 2012); the Factortame requirement of interim measures (CC no. 96/2010, 29 July 2010); the van Schijndel and van Veen requirement of ex officio application of EU law (CC no. 97/2011, 31 May 2011; no. 74/2012, 12 June 2012; no. 15/2015, 5 February 2015); the Winner-Wetten prohibition on the temporal maintenance of legislation violating EU law (CC no. 144/2013, 7 November 2013); etc. See J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht", in W. PAS, P. PEETERS and W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Bruges, die Keure, 2015, 409–438.

⁷⁶ See A. ALEN and W. VERRIJDT, "Le dialogue préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l'Union européenne", in P. D'ARGENT, D. RENDERS and M. VERDUSSEN (eds.), *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Brussels, Bruylant, 2016, 33–74.

⁷⁷ See A. ALEN and W. VERRIJDT, "La relation entre la Constitution belge et le droit international et européen", in I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING and G. RAVARANI (eds.), *Liber amicorum Rusen Ergec*, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise, 2016, 31–55.

⁷⁸ Cass. 9 November 2004, Rev. Dr. Pén. 2005, 789; Cass. 16 November 2004 RW 2005-06, 387. Except if the Constitution offers a more extensive protection (Article 53 of the Convention). The Special Majority Act of 12 July 2009 has implicitly sanctioned this position (see no. 5, concerning Article 26 (4) of the Special Majority Act on the Constitutional Court).

review. An additional argument is that the legislature may not do indirectly, by approving an unconstitutional treaty, what he may not do directly, i.e. violate the Constitution.⁷⁹ The Constitution does not resolve this discussion. The legislature has, however, implicitly subscribed to the latter view, as he has shortened the delay for challenging Acts approving treaties before the Constitutional Court from six months to sixty days, and as he has only precluded preliminary references concerning Acts approving the 'constituent EU Treaties' and the Convention and its additional protocols.⁸⁰

Concerning secondary EU law, all 'supreme courts' reach the same outcome, albeit based on a different reasoning. Whereas the Court of Cassation bases the primacy of secondary EU law over the Constitution on the ECJ's *Internationale Handelsgesellschaft* judgment,⁸¹ the Constitutional Court and the Council of State base that same primacy on Article 34 of the Constitution.⁸² The latter reasoning implies that, in the end, the Constitution is the highest norm, and that the precedence of EU law over the Constitution is constraint to the conditions defined in the Constitution.

19. The Constitutional Court has long been silent about the role of Article 34 of the Constitution in this regard. In a 2010 judgment, it has, for the first time, used this provision to justify the legislature's implementation of a directive which was alleged to violate the Constitution. That EU directive required the legislature to confer vast regulatory powers upon the independent federal energy regulatory office (CREG). The legal provisions concerned were challenged because of a lack of accountability towards the competent Minister and towards the Parliament, principles anchored in the Articles 33, 37 and 101 of the Constitution. The Constitutional Court, however, ruled that, insofar as necessary, the deviation of

⁷⁹ CC no. 26/91, 16 October 1991; CC no. 12/94, 3 February 1994; CC no. 20/2004, 4 February 2004; CC no. 87/2010, 8 July 2010; CC no. 117/2011, 30 June 2011; CC no. 32/2013, 7 March 2013; CC no. 62/2016, 28 April 2016; Council of State, Legislation Division, opinion no. 21.540, 6 May 1992, Parl. Doc., House of Representatives, 1991-1992, no. 482/1, pp. 69-72; opinion no. 28.936/2, 21 April 1999, Parl. Doc., Senate, 1999-2000, no. 2-329/1, pp. 94-101.

⁸⁰ Articles 3 (2) and 26 (1bis) of the Special Majority Act on the Constitutional Court.

⁸¹ Cass. 2 June 2003, RCJB 2007, 24. It has also referred to the precedence of EU law over all other norms of law as a general principle of law (Cass. 4 April 2008, Arr.Cass. 2008, no. 205).

⁸² CC no. 130/2010, 18 November 2010; Council of State, Administrative Tribunal Division, 5 November 1996, Goosse, n° 62.921; id., 5 November 1996, Orfinger, no. 62.922.

these constitutional rules was justified because of Article 34 of the Constitution.⁸³ It must be noted, however, that Article 34 of the Constitution was not used as the sole justification in the Court's reasoning: it was mentioned as a final argument and it was thus used to grant the legislature a very broad margin of appreciation when transposing the obligations following from secondary EU law.

20. In a recent judgment, the Constitutional Court was more explicit about the meaning of Article 34 of the Constitution and the relation between the Belgian Constitution and EU law. Rejecting actions for annulment against the Act approving the ESM Treaty, because the petitioners lacked standing, the Court added the following *obiter dictum* argument: "When approving a treaty which [attributes new competences to EU institutions], the legislature must respect Article 34 of the Constitution. By virtue of that provision, the exercising of specific powers can be assigned by a treaty or by a law to institutions of public international law. While these institutions may subsequently decide autonomously about how they exercise these competences, Article 34 of the Constitution cannot be interpreted as granting an unlimited licence to the legislature, when approving that treaty, or to the said institutions, when exercising their attributed powers. Article 34 of the Constitution does not allow a discriminating derogation to the national identity inherent in the fundamental structures, political and constitutional,⁸⁴ or to the basic values of the protection offered by the Constitution to all legal subjects".⁸⁵

The Constitutional Court has thus explicitly acknowledged that neither primary nor secondary EU law may violate the Belgian national and constitutional identity or the basic values of human rights protection. Implicitly, it has also acknowledged that the European institutions may not act *ultra vires*. These lines can be read as a subscription to the German *Bundesverfassungsgericht's* *Honeywell* jurisprudence, which protects the same aspects of the German Constitution against infringements by EU law.

Whereas the *Bundesverfassungsgericht* developed this jurisprudence in several subsequent judgments, in which it added several material and procedural specifications and conditions, the Belgian Con-

stitutional Court did not go further than mentioning the principle of national identity and the basic values of constitutional protection. It did not specify whether these principles imply a review competence for the Constitutional Court, nor what the consequences of such a review would be for the applicability of the examined rule of secondary EU law in Belgium.

Nor did the Constitutional Court explain whether it would enter into a preliminary dialogue with the ECJ before conducting its possible review and whether it would grant a *Fehlertoleranz* to the ECJ. If the *Bundesverfassungsgericht's* practice is followed, a preliminary dialogue with the ECJ is necessary both in the *ultra vires* review⁸⁶ and in the identity review,⁸⁷ because this is a crucial element in atoning respect for the full effect of EU law and the protection of the essence of the Constitution.

21. The Constitutional Court also avoided the most delicate discussion in this regard, i.e. which constitutional provisions and principles are part of Belgium's national identity and which ones are not. This question has not yet been the subject of much doctrinal debate, but it is clear that the ambit of the constitutional provisions which could be used as "a shield" against EU law, may not be too broad, so that only some key aspects of the Constitution, relating to Belgium's specific constitutional history and culture, can come into play.⁸⁸ These constitutional aspects could relate to, on the one hand, the very reasons why Belgium became an independent State, and, on the other hand, the reasons why it still exists, after surviving several linguistic and ideological tensions.⁸⁹

The first set of aspects may be less significant than the second one, because of the long time passed since 1831 and the evolutionary interpretations of many of the constitutional provisions which were framed as a reaction against the Dutch King Willem I's reign. Nevertheless, this historical background still

⁸⁶ E.g. BVerfG 14 January 2014, 2 BvR 2728/13 (*Gauweiler*). This referring judgment was followed by ECJ 16 June 2015, *Gauweiler*, C-62/14 and BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13. In the *Bundesverfassungsgericht's* final judgment, the OMT mechanism was only held to be consistent with the German Constitution provided some restrictive interpretations.

⁸⁷ E.g. BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14.

⁸⁸ H. DUMONT, "L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des états (notamment fédéraux)", in E. VANDENBOSSCHE and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Europese voorschriften en Staatshervorming / Contraintes européennes et réforme de l'Etat*, Bruges, die Keure, 2013, 55, who limits this ambit to "ce qui fait qu'un État est lui-même et non un autre, ce qui permet de le reconnaître et de le distinguer des autres".

⁸⁹ W. VERRIJDT, o.c., no. 43.

⁸³ CC no. 130/2010, 18 November 2010, B.8.1.

⁸⁴ This formulation reflects Article 4.2 TEU.

⁸⁵ CC no. 62/2016, 28 April 2016, B.8.7. See M. EL BERHOUMI and others, "La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen: un arrêt sans intérêt?", *Journal des tribunaux* 2017, 565–582; Ph. GÉRARD and W. VERRIJDT, "Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse", *EuConst* 2017, 182–205.

explains why the Belgian Constitution puts so much emphasis on the legality principle, requiring the intervention of a democratically elected legislature in several matters, such as limitations to human rights. It also explains why several human rights which were systematically ignored by the Dutch King Willem I between 1815 and 1830, benefit from a more extensive protection by the Belgian Constitution than analogous human rights in the Convention and the Charter (e.g. the freedom of education, the freedom of religion and the freedom of the press).⁹⁰

The second set of aspects reveals another particularity of the Belgian polity, i.e. its talent for reaching compromises.⁹¹ The Belgian history shows several examples of bipolar oppositions, such as the ideological opposition between Catholics, on the one hand, and Socialists and Liberals, on the other hand, culminating in the 'School Issues', which were resolved by the *School Pact* in 1958,⁹² and the linguistic opposition between Flemish and Walloons, starting as soon as the 1840's, cumulating in violent student protests in 1968 and eventually leading to Belgium's transformation into a federal state *sui generis*. Arguably, these fundamental compromises, which were reached after difficult negotiations, and every single aspect of equal importance to the pacifying compromise, are part of Belgium's "fundamental structures, political and constitutional", because they have resolved deeply rooted crises. If some elements of a delicate compromise would perish, the whole equilibrium could be lost.

Therefore, the basic choices made during Belgium's federalisation process can be considered to be part of its national identity.⁹³ In that respect, the

⁹⁰ See, on the historical links between the Dutch Constitution of 1815 and the Belgian Constitution of 1831, A. ALEN, A.W. HERINGA, D. HEIRBAUT and C.J. ROTTEVEEL MANSVELD (eds.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, The Hague / Bruges, Boom / die Keure, 2016.

⁹¹ For more details, see A. ALEN, D. HALJAN, P. PEETERS and S. FEYEN (eds.), *International Encyclopedia of Constitutional Law — Belgium, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International*, 2013, nos. 425, 456-458 and 484.

⁹² The essential aspects of this School Pact, regarding the active and passive freedom of education and its financing, were anchored in Article 24 of the Constitution in 1988 and the Constitutional Court was empowered to review the compliance of legislation with this new Article 24.

⁹³ E. CLOOTS, "Europese integratie en de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten", in E. VANDENBOSSCHE and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *o.c.*, 25–26. This author includes the choice whether or not to grant regional authorities a degree of political autonomy, the choice to become a federal State, the circumscription of the federated entities, the definition of their

fundamental choices for territorial federalism, the rule of linguistic parity, and the specific linguistic regulations⁹⁴ are relevant. The specific choices, typical for Belgian federalism, regarding the operation of participative and cooperative federalism can also be mentioned in this context.⁹⁵

22. Another interesting question is whether the constitutional catalogues of human rights are part of the national identity, or at least if they remain valid as "a shield" against secondary EU law insofar as they offer a more extensive human rights protection than the Charter. In Belgium, several constitutional rights which still offer a more extensive protection than the Charter and the Convention, are indeed the result of Belgium's specific historical context (see no. 21).

According to the ECJ's interpretation of Article 53 of the Charter, the national constitutions may, however, not offer such a protection against acts of secondary EU law and their national implementation, because that would jeopardize the "primacy, unity and effectiveness" of EU law.⁹⁶ This interpretation by the ECJ is criticized because it seems to contradict the very wording of that provision, to jeopardize the level of human rights protection offered by the national constitutions and to lead to the emergence of two different levels of human rights protection, depending on the applicability of EU law. This danger, and the legal uncertainty it would bring along, can only be contained by a strong dialogue between the ECJ and the national constitutional courts, and by a stronger reasoning of the ECJ's judgments, which also takes into account national constitutional interests.⁹⁷

legislative powers, as well as their applicability *ratione personae* and *ratione materiae*, and the organs competent for exercising these powers and for safeguarding the division of competences.

⁹⁴ In its *Las* judgment, the ECJ has acknowledged that the protection of the official language of a federated entity is part of Belgium's national identity, but it has nevertheless stated that a Flemish Community Act requiring the contracts between employers and employees to be in Dutch, regardless their own language, went too far (ECJ 16 April 2013, *Las*, C-202/11, par. 26).

⁹⁵ H. DUMONT, *o.c.*, 66.

⁹⁶ ECJ 26 February 2013, *Melloni*, C-399/11, par. 60. See par. 58: "That interpretation of Article 53 of the Charter [giving to a Member State to apply the standard of protection of fundamental rights guaranteed by its constitution when that standard is higher than that deriving from the Charter] would undermine the principle of the primacy of EU law inasmuch as it would allow a Member State to disapply EU legal rules which are fully in compliance with the Charter where they infringe the fundamental rights guaranteed by that State's constitution".

⁹⁷ A. ALEN, *o.c.*, 36–38; J. KOMAREK, "The place of national constitutional courts in the EU", *ECLR* 2013, 433.

A judgment of the German *Bundesverfassungsgericht* dated 15 December 2015 shows the potential of linking the principle of national identity with the constitutional human rights catalogue. In that judgment, the *Bundesverfassungsgericht* explained that it will protect fundamental rights as part of identity review in *Verfassungsbeschwerde* proceedings.⁹⁸ Such a reasoning seems to imply that, if the *Grundgesetz* offers a wider protection than the Charter, the *Melloni* judgment is *de facto* set aside. It should, however, be noted that the *Bundesverfassungsgericht* will exercise this competence with restraint, with an open mind to European integration, and after a preliminary dialogue with the ECJ.

As the Belgian Constitutional Court has not yet defined the scope of the Belgian national identity (see no. 21), it is unclear whether it would circumvent the *Melloni* judgment using this technique.

23. In the ECJ's view, the monopoly for the review of secondary EU law resides in the Luxembourg Court,⁹⁹ and includes the national identity review in light of Article 4.2 TEU.¹⁰⁰ In this view, there is no room for national identity review by constitutional courts. Nevertheless, several constitutional courts have already acknowledged that they would declare obligations of secondary EU law inapplicable if they would run counter to elements of national identity.¹⁰¹

The case law of these constitutional courts shows that the EU's perspective of national identity does not stand alone, but should be balanced with the national perspective on the same principle.¹⁰² According to some authors, the ECJ is not very well

⁹⁸ BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14 (see no. 20).

⁹⁹ ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

¹⁰⁰ ECJ 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH t. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02; ECJ 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

¹⁰¹ E.g. BVerfG 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell* (Germany); CC n° 2006-540, 27 July 2006, *Droit d'auteur*; CC n° 2010-79 QPC, 17 December 2010, *Kamel Daoudi* (France); comp. with a direct constitutionality review of secondary EU law by the Polish Constitutional Court (SK 45/09, 16 November 2011). The Czech Constitutional Court has already declared a norm of secondary EU law inapplicable after an *ultra vires* review (Pl. ÚS 5/12, 14 February 2012). See also the recent decision of the *Bundesverfassungsgericht* in the *Gauweiler* case, in which the OMT mechanism was only held to be consistent with the German Constitution provided some restrictive interpretations (BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13; see no. 20).

¹⁰² R. ARNOLD, "The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration", in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING and P. VAN NUFFEL (eds.), *Human Rights Protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Antwerp, Intersentia, 2011, 252–253.

placed to determine, for each Member State, which aspects of its national constitution relate to its national identity.¹⁰³ A genuine dialogue between the national constitutional courts and the ECJ is therefore called for whenever an element of national identity is in play.

24. The Belgian Constitutional Court's practice shows that it does not avoid dialogue with the ECJ (see no. 17). In principle, the Belgian Constitutional Court will respect the precedence of EU law, and it will only examine the constitutionality of Acts transposing norms of secondary EU law insofar as they leave the legislature a free choice of means.¹⁰⁴ If the validity of a norm of secondary EU law is challenged before the Constitutional Court, it will refer the case to the ECJ for a preliminary ruling.¹⁰⁵

An interesting example of this practice concerns the *Test-Achats* case. The Belgian consumer protection organization, which did not have standing before the ECJ in order to challenge a directive provision allowing the national legislatures to distinguish between men and women for the height of life insurance premiums, challenged the Act transposing that possibility before the Constitutional Court. The petition for annulment was based on the principle of equality and non-discrimination laid down in the Belgian Constitution, but the Constitutional Court referred the case to the ECJ for a preliminary ruling on the directive's respect for the principle of equality laid down in EU law.¹⁰⁶ The ECJ found a violation of this principle and ruled the directive's provision was invalid.¹⁰⁷ Subsequently, the Constitutional Court annulled the Belgian transposition, by merely copying the reasoning on the merits from the ECJ's judgment.¹⁰⁸

25. The Belgian Constitutional Court thus subscribes to the principle of sincere cooperation with the European Union. Ensuring the full effect of EU law

¹⁰³ L. BESSELINK, "National and constitutional identity before and after Lisbon", *Utrecht Law Review* 2010, 45.

¹⁰⁴ CC no. 59/2014, 3 April 2014; no. 144/2014, 9 October 2014.

¹⁰⁵ Validity questions to the ECJ have been referred in the following eight cases: CC no. 124/2005, 13 July 2005 (*European Arrest Warrant*); no. 126/2005, 13 July 2005 (*Money Laundering*); no. 103/2009, 18 June 2009 (*Services Directive*); no. 128/2009, 24 July 2009 (*European Arrest Warrant*); no. 116/2012, 10 October 2012 (*Directive 95/46*); no. 172/2013, 19 December 2013 (*Universal Services Directive*); no. 165/2014, 13 November 2014 (*VAT Directive*); no. 15/2015, 5 February 2015 (*Commission decisions*).

¹⁰⁶ CC no. 103/2009, 18 June 2009.

¹⁰⁷ ECJ 1 March 2011, *Test-Achats*, C-236/09.

¹⁰⁸ CC no. 116/2011, 30 June 2011.

accords with upholding the rule of law. Nevertheless, ensuring human rights is an even more compelling feature of the rule of law. If both principles run counter to each other, the Constitutional Court is likely to use all existing techniques of judicial dialogue in order to avoid problems, but it has suggested that it will take the rule of law into account.

b. EU law and the European Convention on Human Rights

26. European constitutional pluralism is not limited to national constitutions and EU law, but also comprises the Convention, which must also be interpreted and applied according to a principle of full effect.¹⁰⁹ Problems may arise when EU law's principle of full effect conflicts with the Convention's principle of full effect.¹¹⁰

From the ECtHR's perspective, the Convention sets minimum standards of protection, which must be met by all Member States, even if their constitutions or other treaty obligations grant a lower threshold of protection. A Member State cannot set aside these obligations simply by referring to its other international and supranational obligations,¹¹¹ including its obligations imposed by EU law. In the absence of the EU's formal accession to the Convention, the ECtHR lacks competence to directly review acts of secondary EU law against the Convention.¹¹² By contrast, the ECtHR indirectly reviews secondary EU law against the Convention by reviewing the Acts and decisions with which the Member States transpose and implement secondary EU law.¹¹³ In its famous *Bosphorus* case, the ECtHR balanced the interests of human rights protection with the interests of European integration by accepting that, in principle, a lower standard of review applies if obligations of EU law are at stake. In such cases, it will presume that a Member State which implements an obligation of EU law, has respected its obligations under the Convention, but only insofar as the protection, "as regards both the sub-

stantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance", offered by EU law is "equivalent" to the protection under the Convention. This presumption can, however, be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient.¹¹⁴ A manifestly deficient protection exists, and the ECtHR's ordinary review applies, if the national judge has failed to refer the case to the ECJ for a preliminary validity question.¹¹⁵ Also, if the State's action is not fully dictated by EU law, because the State organs had some discretionary power, the *Bosphorus* presumption does not apply where a State exercised State discretion.¹¹⁶

From the ECJ's perspective, the Convention is not part of primary EU law and therefore not a formal review norm for secondary EU law. It only operates as a tool to interpret the human rights which are part of primary EU law because they are laid down in the Charter or because they are general principles of EU law. The normative value of the Convention is nevertheless strengthened by Article 52.3 of the Charter, which requires that the meaning and scope of Charter rights which correspond to Convention rights, shall be the same as those laid down by the Convention,¹¹⁷ provided the EU's possibility to grant a more extensive protection. This provision articulates the EU's dimension of the faith put in the EU's human rights protection by the ECtHR in the *Bosphorus* judgment. The ECJ's jurisprudence, by contrast, does not articulate a principle of equivalent protection towards the Convention system.¹¹⁸ Given the ECJ's strong attachment to the principle of the unity of EU law, it reserves the monopoly for examining the validity of secondary EU law¹¹⁹ and does not allow the national judges to set aside secondary EU law or its national transposition for violating the Convention. The Opinion on the accession of the EU to the Convention additionally makes clear that the ECJ does not accept an exterior control by the ECtHR either.¹²⁰

¹⁰⁹ ECtHR (GC) 7 February 2013, *Fabris v. France*, § 75.

¹¹⁰ E.g. M. BOSSUYT and W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *EuConst* 2011, 383–387.

¹¹¹ E.g. ECtHR (GC) 12 September 2012, *Nada v. Switzerland*, §§ 196–198.

¹¹² ECtHR (GC) 18 February 1999, *Matthews v. United Kingdom*, §§ 32–35.

¹¹³ ECtHR (GC) 15 November 1996, *Cantoni v. France*, § 30.

¹¹⁴ ECtHR (GC) 30 June 2005, *Bosphorus v. Ireland*, §§ 152–158.

¹¹⁵ ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 112–115.

¹¹⁶ ECtHR (GC) 21 January 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, §§ 338–340.

¹¹⁷ This includes the ECtHR's interpretation of these Convention rights (Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C-303/02, OJ 14 December 2007, C-303/32–35).

¹¹⁸ G. Rosoux, *Vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux?*, Brussels, Bruylant, 2015, 777.

¹¹⁹ ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

¹²⁰ ECJ 18 December 2014, *Opinion no. 2/13 on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

27. In this context, the question arises what approach the national constitutional courts should follow when reviewing an Act transposing or implementing an obligation of secondary EU law which runs counter to the Convention, as interpreted by the ECtHR, whereas that norm of secondary EU law does not run counter to the Charter, as interpreted by the ECJ.¹²¹

28. The tension increases if the ECJ does not fully implement the interpretation given by the ECtHR to Convention rights which are analogous to Charter rights.¹²² In its *Åkerberg Fransson* case, for example, the ECJ did not follow — and did not even mention — the ECtHR's case law concerning the *ne bis in idem* principle.¹²³ In this case, the ECJ noted “that Article 50 of the Charter does not preclude a Member State from imposing, for the same acts of non-compliance [...], a combination of tax penalties and criminal penalties. In order to ensure that all VAT revenue is collected and, in so doing, that the financial interests of the European Union are protected, the Member States have freedom to choose the applicable penalties [...] These penalties may therefore take the form of administrative penalties, criminal penalties or a combination of the two. [...]”. It then left it “for the referring court to determine, [...], whether the combining of tax penalties and criminal penalties that is provided for by national law should be examined in relation to the national standards [...], which could lead it, as the case may be, to regard their combination as contrary to those standards, as long as the remaining penalties are effective, proportionate and dissuasive”.¹²⁴ The Strasbourg case law does not

provide for an exception to the *ne bis in idem* rule.¹²⁵

The Belgian Constitutional Court was confronted with this divergent case law when adjudicating an action for annulment against an Act allowing the Public Prosecution's Office and the tax administration to decide between them whether a tax offence would be prosecuted criminally or administratively. A punitive prosecution remained possible after an administrative fine was imposed for the same facts, albeit that the administrative fine could not be enforced as long as the criminal prosecution was pending and that it was lifted when the suspect was referred to the trial judge. The Constitutional Court annulled this possible double jeopardy, without referring to the ECJ's *Åkerberg Fransson* judgment,¹²⁶ which might allow such procedures, while only referring to the stricter ECtHR jurisprudence, which disallows any double jeopardy.¹²⁷

The Constitutional Court thus applied the principle of the most extensive protection. According to an author, the Constitutional Court has implicitly acknowledged that Article 4 of the Seventh Protocol and Article 50 of the Charter offer an equivalent protection, as referred to in Article 52.3 of the Charter, by mentioning both treaty provisions, while only referring to the ECtHR's case law.¹²⁸ It must be noted, however, that this case did not fall under the ambit of EU law.

29. When EU law is applicable, the Belgian Constitutional Court engages in a preliminary dialogue with the ECJ.¹²⁹ This dialogue implies that the procedural limb of the *Bosphorus* presumption applies, so that the ECtHR will subsequently apply its deferential approach (see no. 26). Therefore, even if the ECJ does not find a violation and the Constitutional Court would limit itself to implementing the ECJ's judgment,

between national constitutional courts and the European Court of Justice”, in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN and W. VERRIJDT (eds.), *Liberæ cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerp, Intersentia, 2013, 376–377.

¹²¹ The answer to this question would be a lot easier if the EU would accede the Convention itself.

¹²² See the examples mentioned by J. CALLEWAERT, “Leur sens et leur portée sont les mêmes. Quelques réflexions sur l'article 52, § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne”, *Journal des Tribunaux* 2012, 596.

¹²³ The Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights nevertheless explicitly mention Article 50 of the Charter and Article 4 of the Seventh Protocol to the Convention to have the same meaning and scope. The protection in EU law should even be more extensive, as all jurisdictions in all Member States are concerned.

¹²⁴ ECJ 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, par. 34 and par. 36. The Advocate General's conclusion (par. 71–74) indicates that the Court's not mentioning the ECtHR's case law might be explained by the fact that not all Member States have ratified the Seventh Protocol and other Member States have lodged reservations or declarations to Article 4 of Protocol no. 7, restricting its application to criminal offences. This lack of agreement between the Member States explains why Member States are — as opposed to the *Melloni* judgment pronounced the same day — free to apply higher standards of fundamental rights protection (K. LENAERTS, “Human rights protection through judicial dialogue

¹²⁵ In fact, Sweden was condemned by the ECtHR in a very similar case posterior to the ECJ's *Åkerberg Fransson* judgment (ECtHR 27 November 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, § 62).

¹²⁶ It did, however, not disregard the possible applicability of EU law, and it did mention the existence of Article 50 of the Charter.

¹²⁷ CC no. 61/2014, 3 April 2014, referring to Article 4 of the Seventh Protocol to the Convention, which came into force in Belgium on 1 July 2012, and to ECtHR (GC) 10 February 2009, *Zolotukhin v. Russia*, § 82; ECtHR 16 June 2009, *Ruotsalainen v. Finland*, § 56.

¹²⁸ G. ROSOUX, *o.c.*, 792.

¹²⁹ CC no. 126/2005, 13 July 2005; CC no. 165/2014, 13 November 2014. Implicitly, by only referring to Article 6 TEU without specifying the relevant Convention rights: CC no. 124/2005, 13 July 2005.

there is only little risk of the ECtHR finding a violation in a subsequent judgment. Nevertheless, at least one case indicates that the Belgian Constitutional Court does not limit its subsequent review to a mere implementation of the ECJ's judgment.

This case concerned the second Money Laundering Directive,¹³⁰ the transposing Act of which was challenged before the Constitutional Court, mainly because of a violation of the Articles 6 and 8 of the Convention. The Court had sent this case to the ECJ for a preliminary ruling on whether the Money Laundering Directive violates Article 6 of the Convention (and thus Article 6 TEU) insofar as it extends the duty to report suspect transactions to lawyers.¹³¹ The ECJ found no violation of the right to a fair trial,¹³² but subsequently, the Constitutional Court did require the legal provisions transposing the Money Laundering Directive to be interpreted in conformity with Article 8 of the Convention.¹³³ If the Constitutional Court would have simply applied the logic of the primacy of EU law, it should either have implemented the ECJ's judgment, finding no violation, or have referred the same case to the ECJ again for a preliminary ruling on the directive's compliance with Article 8 of the Convention.

The Constitutional Court thus offered a more extensive human rights protection than the ECJ,¹³⁴ which had not followed the conclusion of its Advocate-General, who had also mentioned potential problems under Article 8 of the Convention.¹³⁵ The Constitutional Court's approach was later upheld by the ECtHR in its famous *Michaud* judgment.¹³⁶

30. The Constitutional Court attaches a great importance to the full effect of EU law when con-

¹³⁰ Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

¹³¹ CC no. 126/2005, 13 July 2005.

¹³² ECJ 26 June 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v Conseil des ministres* (belge), C-305/05.

¹³³ CC no. 10/2008, 23 January 2008. According to the Constitutional Court, the only interpretation which respects Article 8 of the Convention requires that the information the lawyer receives during a confident discussion with his client, whether or not in the course of legal representation, is protected by professional secrecy.

¹³⁴ E. CLOOTS, "Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten", in A. ALEN and J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Bruuges, die Keure, 2008, 28-33.

¹³⁵ Concl. Adv.-Gen. Poirares Maduro, 14 december 2006, C-305/05, par. 41.

¹³⁶ ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 126-131.

ducting its review of legislative provisions against the Convention. It refers both to ECJ and ECtHR case law when interpreting the human rights laid down in the Belgian Constitution, and engages in an active dialogue with the ECJ for further clarifications. Irrespective, its practice shows that it applies the principle of the most extensive human rights protection.

c. Conclusion

31. In any State governed by the rule of law, human rights are the highest norms and they must be respected by all State organs, including all judges. The existence of many overlapping human rights documents, both national and supranational, should only lead to a more extensive protection, but in reality, they often lead to confusion, as the human rights' interpretation and application might differ between national and supranational constitutional judges. The Constitutional Court systematically aims at providing legal certainty in this field, and at avoiding judgments by the ECtHR and the ECJ finding a violation, by interpreting the human rights laid down in the Belgian Constitution in light of the interpretation of the Convention and the Charter by the ECtHR and the ECJ. When the scope of analogous human rights differs, the Constitutional Court is likely to choose for the most extensive human rights protection.

2. THE FIGHT AGAINST TERRORISM

32. Fundamental rule of law principles such as human rights can come under threat after shocking societal events, the most relevant contemporary example of which are terrorist attacks. Terrorism is directly and indirectly linked to human rights: directly, as terrorist attacks aim to cause death and severe bodily harm, and indirectly, when a State's response to terrorism leads to the adoption of policies and practices which limit human rights.¹³⁷ While under the legal obligation to combat terrorism, States also remain under the obligation to respect the boundaries set by human rights law.

Terrorist threats often spark new legislation, which is likely to be brought before the Constitutional Court. The Court's task is then to find a proper balance between combatting those who threaten the very foundations of the Western European society and pre-

¹³⁷ Special UN Rapporteur K. KOUFA, "Terrorism and Human Rights", UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/31; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35.

servicing the rule of law, which is one of these foundations. The Convention plays an important role in this regard, because, on the one hand, the Constitutional Court's human rights jurisprudence is always guided by the existing ECtHR case law (see no. 4), but also because the ECtHR can be called upon to examine, in individual cases, the conformity of the Constitutional Court's judgments with the Convention. Before addressing these standards, two preliminary remarks must be made.

33. It should first be noted that, contrary to many national constitutions, the Belgian Constitution does not contain an emergency clause. Article 187 of the Constitution even provides for the opposite: "*The Constitution cannot be wholly or partially suspended*". This shows that Belgium has a peacetime Constitution, drafted from the point of view of a country which was to remain neutral in any conflict.¹³⁸ Moreover, this provision's aim was avoiding *coups d'état*, and is historically linked to the turmoil in France in July 1830. This provision implies that the constitutional rights, as interpreted in the light of the Convention, fully apply in the review of counter-terrorism measures.

Given this constitutional provision, one might wonder whether the Belgian authorities are entitled to declare the state of emergency under Article 15 of the Convention. As the human rights laid down in the Belgian Constitution are inextricably linked to the human rights laid down in the Convention (see no. 4), every derogation to (some of) the rights laid down in the Convention implies a partial suspension of the Constitution. Article 187 of the Constitution can thus be seen as offering a more extensive human rights protection than Article 15 of the Convention.

34. Secondly, it has been contended in the European¹³⁹ literature that balancing models of human rights adjudication offer a better equilibrium between national security and human rights protection, compared to categorization models.¹⁴⁰ Balancing offers the judge the possibility to outweigh all relevant stakes, both public and private, whereas categorization

uses clearly defined categories. The human rights review operated by the Constitutional Court mainly follows the balancing model, apart from its review against absolute human rights, which do not allow for limitations.

35. The ECtHR has developed a massive jurisprudence regarding counter-terrorism measures.¹⁴¹ This case law expresses three leading principles. The first one is that the ECtHR maintains the clear distinction between measures limiting the absolute human rights, i.e. the ones protected from derogation under Article 15 of the Convention, and the measures limiting other human rights. This distinction is more important than a formal notification of a state of emergency under Article 15 of the Convention, which does not significantly alter the Court's review.

The second principle is that a state of emergency does not allow the States to lower the threshold of the non-derogable rights. Nevertheless, even concerning these rights, the Court shows some understanding for the difficult circumstances under which the State authorities have to operate, and it therefore shows some leniency in its adjudication of whether the threshold has been reached. It has, for example, accepted the extradition of a terrorism suspect to a non-Convention country, based on mere diplomatic assurances that he would not be subjected to torture.¹⁴² It has also accepted the solitary confinement for eight years of an extremely dangerous terrorist.¹⁴³ In a case concerning the siege in a Moscow theatre by Chechen separatists, it did not find a violation of the right to life, although the Russian authorities ended the hostage crisis with several casualties.¹⁴⁴ Nevertheless, the Court has clearly reaffirmed that the scope of application of non-derogable rights does encompass mea-

¹³⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand", *Preadviezen voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1950, 13.

¹³⁹ American scholars rather believe that balancing models put too much emphasis on individual concerns and therefore give leeway to terrorists (e.g. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Westbury, Foundation Press, 1988, 794).

¹⁴⁰ S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 406.

¹⁴¹ See F. BERNARD, "La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme", *RTDH* 2016, 43–59; S. KOWALSKA, "Human Rights Protection and Terrorism — Reflections in the Context of Strasbourg Jurisprudence", *Politické vedy* 2015, 25–42; J.P. LOOF, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005; L.-A. SICILIANOS, "The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe", *EHRLR* 2016, 121–135; S. SOTTIAUX, *o.c.*, 67–321; F. VANNESTE, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?", *RW* 2003–2004, 1665–1677. See also the Factsheet "Terrorism and the European Convention on Human Rights", established by the Press Unit of the European Court of Human Rights, www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf

¹⁴² ECtHR 17 January 2012, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, §§ 192–204.

¹⁴³ ECtHR (GC) 4 July 2006, *Ramirez Sanchez v. France*, §§ 136–150.

¹⁴⁴ ECtHR 20 December 2011, *Finogenov and others v. Russia*, §§ 217–262.

sures of counter-terrorism and it does not hesitate to find a violation of these rights, even in a terrorist context.¹⁴⁵

The third principle is that the Court shows a large degree of leniency towards limitations to the derogable rights in a terrorist context, granting the Member States a very broad margin of appreciation.

Such measures must still be directly relevant for the goal pursued.¹⁴⁶ But relevant measures are virtually always accepted,¹⁴⁷ without a thorough review on the merits, provided that all individual applications of such measures must be subjected to the control of an independent judge. This ‘proceduralisation’ approach, which aims to prevent abuses of legislation which is in itself necessary for combatting terrorism, applies to techniques of infiltration, telephone tapping, access to classified files, etc.¹⁴⁸

36. The Belgian Constitutional Court’s case law concerning counter-terrorism measures is guided by the same principles. The case law about non-derogable rights is limited to cases involving Article 7 of the Convention. In a case in which a retrospective criminal indictment¹⁴⁹ was enacted in order to prosecute

¹⁴⁵ E.g. ECtHR (GC) 28 February 2008, Saadi v. Italy, § 138; ECtHR (GC) 19 February 2009, A. and others v. United Kingdom, § 126; ECtHR 31 January 2012, M.S. v. Belgium, § 126; ECtHR (GC) 13 December 2012, El-Masri v. FYROM, § 195; ECtHR 4 September 2014, Trabelsi v. Belgium, § 118: “However, none of these factors have any effect on the absolute nature of Article 3. As the Court has affirmed on several occasions, this rule brooks no exception. [...] that it is not possible to make the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, a material consideration or to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of the State is engaged under Article 3”.

¹⁴⁶ ECtHR 2 December 2014, Güler and Ugur v. Turkey, § 53: “laws against terrorism should not be used as a pretext to limit legitimate religious activity”.

¹⁴⁷ E.g. an administrative fine for a cartoon which seemed to approve the 9/11 attacks (ECtHR 2 October 2008, Leroy v. France, §§ 43–46), the dissolution of a political party (ECtHR 30 June 2009, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, §§ 85–91).

¹⁴⁸ ECtHR 6 September 1978, Klass and others v. Germany, § 56 (in that case, the review was performed by the Bundestag, instead of by a judge); ECtHR 24 April 1990, Kruslin v. France, § 34; ECtHR 15 June 1992, Lüdi v. Switzerland, § 38; ECtHR 26 May 1993, Brannigan and McBride v. United Kingdom, § 61–65; ECtHR 18 May 2010, Kennedy v. United Kingdom, § 167; ECtHR (GC) 12 September 2012, Nada v. Switzerland, § 212.

¹⁴⁹ A legal provision extended the Belgian criminal courts’ jurisdiction to terrorist crimes committed by a foreigner outside Belgium, if that foreigner could be found in Belgium. At first, that provision was only applicable to acts committed after its entry into force, but in order to secure the prosecution of one alleged terrorist, the legislator subsequently granted it an immediate effect in ongoing procedures. The Constitutional Court qualified this extension of jurisdiction as a rule of material criminal law, because it allowed for the prosecution of persons who could not be prosecuted before this rule’s enactment.

one suspected terrorist who had allegedly committed terrorist crimes in Turkey, but resided in Belgium, the Constitutional Court made clear that the non-derogable rights fully apply in terrorism cases. In a very short reasoning, it noted that Article 7 of the Convention prohibits retroactive criminal indictments to the detriment of suspected offenders, and therefore annulled this provision,¹⁵⁰ without examining whether the principle of non-retroactivity should be applied more leniently in terrorism-related cases.

Concerning the *lex certa* principle, which leaves a bit more manoeuvring room than the prohibition on retroactivity, the Constitutional Court did show some understanding for the difficult circumstances under which the State authorities have to operate when combatting terrorism. Its prior case law concerning the *lex certa* principle had been very strict, but the Constitutional Court changed its course when it had to apply this very same principle in a terrorism-related case. Referring to the ECtHR’s case law,¹⁵¹ it ruled that the *lex certa* principle does not prohibit the legislature to grant a certain margin of appreciation to the judge, because of the general character of legislation, its applicability to a wide variety of cases and the evolution of the acts they aim to sanction.¹⁵² The Court therefore accepted the rather vague definition of a “terrorist crime”, considering that only a specific intention to commit an act of terrorism could be sanctioned under this heading. This lenient approach has continued to apply, both in terrorism-related cases¹⁵³ and in unrelated cases.¹⁵⁴

37. The Constitutional Court’s case law concerning derogable rights reflects both the broad margin of appreciation offered by the ECtHR and the tendency towards proceduralisation.

The most notable example concerns the extension of the techniques allowed for the intelligence services to exercise their missions.¹⁵⁵ The Constitutional Court accepted these new techniques, because they aimed to cope with elevated security risks and new techniques used by those threatening the secu-

¹⁵⁰ CC no. 73/2005, 20 April 2005, B.8.

¹⁵¹ ECtHR 25 May 1993, Kokkinakis v. Greece, §§ 40 and 52; ECtHR 22 November 1995, S.W. v. United Kingdom, § 36; ECtHR 15 November 1996, Cantoni v. France, §§ 29 and 31.

¹⁵² CC no. 125/2005, 13 July 2005, B.6.2.

¹⁵³ CC no. 122/2014, 19 September 2014 (“membership of a terrorist organization”); no. 9/2015, 28 January 2015 (“incitement to terrorist activities”, “recruiting terrorists”, “training terrorists”); no. 8/2018, 18 January 2018 (“traveling with a terrorist intent”).

¹⁵⁴ E.g. CC no. 110/2015, 17 September 2015 (“plastic surgery”); no. 72/2016, 25 May 2016 (“sexism”).

¹⁵⁵ CC no. 145/2011, 22 September 2011.

rity of the State. The Court even accepted the keeping of secret surveillance records concerning all persons of interest. Nevertheless, it did require that once the Executive Commission had ruled that the secrecy of a given file was no longer necessary, the person concerned must automatically be notified of the surveillance record's existence, allowing him to exercise his procedural rights.

38. The greater latitude for the legislature in terrorism-related cases is also reflected in the Court's judgments concerning special techniques of investigation. In 2004, the Court ruled upon an action for annulment against legislation granting the criminal prosecutors a new set of techniques of investigation. As these techniques could be used in any criminal investigation, the judgment does not refer to terrorist threats. Applying the ECtHR's case law, the Court annulled some techniques which infringed upon the right to privacy, such as the observation, or which could violate due process rights or spark discriminations, such as infiltrations and incitement by police officers. In addition, it ruled that the judicial control on the exercise of these special techniques did not suffice.¹⁵⁶

In 2007, the Court had to rule upon a further extension of the special techniques of investigation with the specific aim of combatting terrorism, and the Court refers to this aim 13 times in its reasoning. In this case, the Constitutional Court applied a much more deferential approach, accepting all techniques of investigation — some of which were modified because of the Court's prior judgment — and only sanctioning the lack of independent judicial control of the classified parts of the case file.¹⁵⁷

39. The same latitude applies to the right to personal freedom. Although the Court often recalls the fundamental nature of the *habeas corpus*,¹⁵⁸ it has validated legislation providing for a broader preliminary custody regime in terrorism-related cases.

In the regime applicable to all crimes, the investigating magistrate interrogating a crime suspect may decide to order his preliminary custody if he deems it necessary for public safety. If the suspect risks a prison sentence below 15 years, this measure may only be taken in case of a genuine risk that the sus-

pect may commit new crimes, that he might flee, that he might destroy evidence or that he would talk to his accomplices.

Considering that terrorist crimes should rather be prevented than punished, the legislator decided to relax these conditions in terrorism-related cases. He specified that in such cases, preliminary custody is possible even if none of the four aforementioned genuine risks is present, provided that the suspect risks a prison sentence of 5 years or more.

The Constitutional Court accepted that distinction between terrorist and non-terrorist crimes, because of the significant societal turmoil caused by terrorist crimes. It did, however, stress that the condition of 'necessity for the public safety' must remain applicable.¹⁵⁹

40. Two judgments concerning the freedom of speech are on the one hand indicative of the aforementioned latitude, but on the other hand show that the legislator's margin of appreciation is not without limits.

As the radicalisation process of terrorists is often sparked by youngsters being confronted with odious texts on the internet, the federal legislator deemed it necessary to criminalize the '*spreading of messages with the aim of inciting others to commit terrorist acts*'. Those who spread such messages risk a prison sentence of five to ten years, even if they do not literally call for committing terrorist acts. The legislator did, however, subject the criminalisation to the condition that the message's spreading has caused a risk that a terrorist crime could be committed.

In 2015, the Constitutional Court decided that this criminal indictment did not violate the freedom of speech, because the legislator was right to protect the values underlying the European Convention of Human Rights against those who aim to undermine them. The Court nevertheless added that the judge must always examine whether the message's author had the intention to incite others to commit terrorist crimes and whether the message was of such a nature that it did contain such a risk.¹⁶⁰

In 2016, the legislator amended the aforementioned legislation, because the case law demonstrated that it was impossible to prove the existence of said risk. He therefore added that any aim to directly or indirectly incite to terrorist acts suffices for being

¹⁵⁶ CC no. 202/2004, 21 December 2004.

¹⁵⁷ CC no. 105/2007, 19 July 2007.

¹⁵⁸ E.g. CC no. 201/2011, 22 December 2011, B.4.2 and B.7; no. 148/2017, 21 December 2017, B.63.2 and B.75.2; no. 91/2018, 5 July 2018, B.3.4.

¹⁵⁹ CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.19.2.

¹⁶⁰ CC no. 9/2015, 28 January 2015, B.25.4 and B.25.5.

punished, and he removed the condition of a risk that a terrorist crime could be committed.

This version did not survive the Constitutional Court's scrutiny. According to the Court, the criminalisation now applied to an overly broad category of messages. The mere aim to facilitate the production of evidence cannot justify a criminal punishment of up to ten years for a message which does not necessarily entail any risk of a terrorist crime being committed. This version of the criminalisation could therefore not be called necessary in a democratic society.¹⁶¹

41.1. In terrorism-related cases, as in other cases, the Constitutional Court applies EU law and implements the relevant case law of the ECJ. The most notable example is the Court's annulment¹⁶² of the Act transposing the Data Retention Directive. The Court's reasoning mainly consisted of a copy-paste of the ECJ's judgment invalidating that directive.¹⁶³

41.2. But the Constitutional Court nevertheless remains vigilant about the balance between counter-terrorism measures and human rights. A unilateral focus on human rights protection may jeopardize the government's attempts to protect its citizens against terrorist threats and may thus, paradoxically, lead to human rights violations if a terrorist crime is committed. The Court is even prepared to challenge ECJ caselaw in order to preserve this delicate balance.

In 2016, the ECJ delivered a very stringent judgment concerning data retention. It explained that a *'general and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communication'* violates the right to privacy (Article 7 of the Charter), the right to personal data protection (Article 8 of the Charter) and the freedom of opinion and of information (Article 11 of the Charter). The ECJ only allows the *'targeted retention of traffic and location data, for the purpose of fighting serious crime, provided that the retention of data is limited, with respect to the categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, to what is strictly necessary'*.¹⁶⁴

¹⁶¹ CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.7.6.

¹⁶² CC no. 84/2015, 11 June 2015.

¹⁶³ ECJ 8 April 2014, Digital Rights Ireland Ltd., C-293/12 and C-594/12, Kärntner Landesregierung and others.

¹⁶⁴ ECJ (GC) 21 December 2016, Tele2 Sverige AB a.o., C 203/15 and C 698/15.

The national intelligence services and judicial authorities stress that they cannot function properly under that jurisprudence. They claim that, as terrorists make use of advanced technologies, those who fight terrorism should have access to the same means. Moreover, bulk data retention is a necessary tool in order to detect new terrorist threats. A targeted retention would simply not be sufficiently effective.

In 2018, the Constitutional Court adjudicated an action for annulment against a new Belgian data retention scheme, which does impose a bulk data retention to the communication providers. The Constitutional Court could simply have applied the *Tele2 Sverige* judgment, annulling that legislation out of hand.

But it chose not to do so. It referred the case to the ECJ for a new preliminary ruling, offering the Luxembourg Court several arguments against its stringent position. First, it repeated the legislator's assertion that a targeted data retention would not be possible, adding that a vast majority of Member States seem to face severe difficulties in implementing the ECJ's jurisprudence.¹⁶⁵ Second, it noted that instead, the legislator had surrounded the data retention with several strong privacy guarantees and judicial guarantees. Third, it noted that the ECtHR does allow a bulk data retention.¹⁶⁶ Fourth, it noted that similar preliminary references had already been sent to the ECJ by judges in other EU Member States¹⁶⁷ and that, in one of these cases, the Advocate-General had already admitted that the Articles 7 and 8 of the Charter are open for more than one interpretation.¹⁶⁸ Fifth, it explained that the Belgian data retention scheme pursues a wide variety of aims, such as the fight against organized crime and terrorism, the fight against child pornography and the proper functioning of emergency services. Concerning the latter aim, it noted its link to the physical integrity of persons. Concerning the penultimate aim, it referred to the ECtHR's caselaw deriving from the Articles 3 and 8 ECtHR a positive obligation for the Member States to protect the physical integrity of minors.¹⁶⁹ The ECJ has not yet answered the Constitutional Court's preliminary reference.

¹⁶⁵ Data retention across the EU, <http://fra.europa.eu/en/theme/information-society-privacy-and-data-protection/data-retention>.

¹⁶⁶ ECtHR 19 June 2018, Centrum för Rättvisa v. Sweden.

¹⁶⁷ Investigatory Powers Tribunal London, 31 October 2017; Audiencia provincial de Tarragona, Sección cuarta, 14 April 2016.

¹⁶⁸ Concl. Adv.-Gen. Henrik Saugmandsgaard Øe, 3 May 2018, C-207/16, Ministerio Fiscal.

¹⁶⁹ CC no. 96/2018, 19 July 2018.

42. The aforementioned judgments prove that the Belgian Constitutional Court, as does the ECtHR, does not consider the human rights discourse a strong obstacle for combatting terrorism, but rather a supplementary source of upholding the democratic values, drawing the borders in which the fight against terrorism is to be fought.¹⁷⁰ It takes into account the seriousness of terrorist threats and the complexity of combatting them, therefore granting the State organs a sufficient leeway to take appropriate measures, but not a blanket permission: absolute human rights remain absolute, whereas derogable human rights can only be limited provided the *ex post* control by an independent judge. In the same way as the ECtHR, the Constitutional Court therefore refuses to acknowledge the false dilemma between freedom and security, but rather requests the protection of both interests, which are both necessary aspects of the rule of law.¹⁷¹ Indeed, one must bear in mind that the rule of law is not to be harmed, or even destroyed, for the sake of its protection.¹⁷²

CONCLUSION

43. Although the Belgian Constitutional Court was originally only conceived as an arbiter of the legislative competences of the federal level and the federated entities, later extensions of its competences, as well as its own jurisprudence, have established it as an important player in the field of upholding the rule of law.

Although the explicit mentions of the “rule of law” in the Constitutional Court’s caselaw are rather scarce, this foundational principle is in fact omnipresent. First, it underlies almost all standards of review. Second, it is visible whenever the access to a judge or the due process standards are at stake. And third, the principles of legal certainty and of equality, which are very frequently applied by the Court, can be seen as concretisations of the rule of law principle.

The rule of law is also a guiding principle in how the Constitutional Court deals with international law and European law. First and foremost, the Court uses these norms as indirect standards of review, thus guaranteeing their full effect. But at the same time, it makes sure that norms of international and European law themselves do not encroach upon the rule of law.

The contemporary terrorist threat poses a complex challenge to the rule of law. While terrorists employ their activities in order to undermine Western European values such as the rule of law, the State’s reaction should not in itself jeopardize this principle. In this regard, the Constitutional Court ensures the delicate balance between the effectiveness of counter-terrorism measures and the effective protection of human rights.

¹⁷⁰ F. VANNESTE, “Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?”, RW 2003–2004, 1665.

¹⁷¹ L.-A. SICILIANOS, *o.c.*, 135.

¹⁷² ECtHR 6 September 1978, *Klass and others v. Germany*, § 49.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ОГЛЯД: ПРОБЛЕМИ ПОДІЛУ ВАДИ

Підготувала Ірина Павленко



| ПОЛЬЩА ТА ЛИТВА ВІДНОВЛЯТЬ ПАРЛАМЕНТСЬКУ АСАМБЛЕЮ ПІСЛЯ 9 РОКІВ ПАУЗИ

Литовські парламентарі прибудуть до Варшави на консультації щодо відновлення польсько-литовської Парламентської асамблеї. Востаннє зустріч цього органу відбулася 9 років тому.

Про це пише «Польське радіо» з посиланням на BNS.

Віце-голова литовського Сейму Арвідас Некросіус висловив надію, що під час зустрічі у Варшаві вдасться узгодити дату засідання асамблеї. Він сподівається, що перша зустріч може відбуватися до кінця цього року в польській столиці.

У Варшаві планується обговорити питання співпраці в економічній, енергетичній, культурній сферах та проблеми національних меншин.

Польсько-литовська Парла-

ментська асамблея зустрічалася двічі на рік, проте останнє засідання відбулося 11 травня 2009 року. Польська сторона вважає, що охолодження взаємних пов'язане з тим, що Литва нібито не захотіла вирішити проблеми поляків, які живуть у цій країні.

Польська влада заявляє про необхідність радикальних змін в організаціях польської меншини в Литві. Нагадаємо, польські служби заарештували секретаря Спільноти поляків у Литві, найбільшої польської організації у країні, через порушення при розрахунку грошової допомоги. Голови та секретареві цієї організації вирішено висунути звинувачення. Вони стосуються подробиць документів та розтрати коштів. Голову арештувати не вдалося, оскільки він не перебуває в Польщі.

| ПАРЛАМЕНТ ФІНЛЯНДІЇ ЗМІНИВ КОНСТИТУЦІЮ, ЩОБ РОЗШИРИТИ МОЖЛИВОСТІ СПЕЦСЛУЖБ

Парламент Фінляндії в прискореному порядку схвалив поправку до статті конституції про захист конфіденційної інформації, дозволивши скасовувати такий захист у разі загрози нацбезпеці. Про це повідомляє телерадіокомпанія Yle.

За поправку проголосували 178 депутатів, 13 були проти. Проти проголосували депутати Союзу лівих сил і депутат шведської народної партії Ева Біоде.

Внесення в прискореному порядку змін до конституції дозволить парламенту прийняти



новий закон про розвідку ще до закінчення терміну повноважень нинішнього уряду, тобто до парламентських виборів у квітні 2019 року.

Стаття 10 конституції Фінляндії нині дозволяє обмежувати таємницю листування, телефонних переговорів та інших конфіденційних повідомлень при розслідуванні злочинів, які посягають на безпеку особистості або суспільства, в ході судового розгляду, а також для ув'язнених.

Відповідно до рішення Конституційної комісії парламенту, таємниця конфіденційної інформації може бути обмежена в тому випадку, якщо об'єктом розвідки є інформація про діяльність, що представляє серйозну загрозу нацбезпеці.

| СЕНАТ США ВИЗНАВ ГОЛОДОМОР ГЕНОЦИДОМ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ

Сенат США одностайним рішенням ухвалив двопартійну резолюцію, в якій Голодомор 1932–1933 рр. визнається геноцидом українського народу. Про це йде-

ться у повідомленні посольства України у США у Facebook.

«Сенат США одностайним рішенням ухвалив двопартійну резолюцію, яка стала першим в історії правовим актом Конгресу США, де Голодомор 1932–1933 рр. визнається геноцидом українського народу», — йдеться у повідомленні.

Зокрема, до документа включили визнання Сенатом висновків Урядової комісії США щодо Голоду в Україні (від 22 квітня 1988 р.) про те, що «Сталін та його оточення вчинили у 1932–1933 роках геноцид проти українців».

Резолюція також засуджує систематичні порушення прав людини, у тому числі права на самовизначення та свободу слова, вчинені радянським урядом проти українського народу. Висловлюються найглибші співчуття жертвам, тим, хто пережив Голодомор, та їхнім родинам, а також міститься заклик до розповсюдження інформації з метою підвищення обізнаності у світі про штучну природу цієї трагедії.

«Дана резолюція стала результатом плідної взаємодії Посольства України в США, українсь-

кої громади Америки та друзів України в Сенаті США», — повідомили в посольстві.

Проект подібної резолюції був також затверджений комітетом із закордонних справ Палати представників Конгресу США і наразі очікує розгляду під час пленарного засідання



| СЕЙМ ЛАТВІЇ УХВАЛИВ ЗАКОН ПРО ПУБЛІКАЦІЮ ДО КІНЦЯ РОКУ ДОКУМЕНТІВ КДБ

Сейм Латвії в остаточному читанні ухвалив законопроект про публікацію документів Комітету держбезпеки (КДБ) в інтернеті в цьому році. Про це повідомляє портал Delfi.

Планується опублікувати журнали реєстрації особистих і робочих справ агентів КДБ, виключених з органів агентів і резидентів і матеріали невдалого вербування, а також оперативні справи КДБ та інші документи КДБ і його попередників.

Центру документування наслідків тоталітаризму планується доручити до 3 грудня передати документи Латвійського національного архіву для публікації на сайті до 31 грудня 2018 року.

Із закону виключена норма про те, що документи КДБ після їх наукового вивчення будуть



публічно доступні в установленому Кабінетом міністрів обсязі та порядку.

31 травня 2018 року Комісія з наукового вивчення документів КДБ Латвійської РСР подала до Кабінету Міністрів заключну доповідь про оприлюднення документів КДБ. Комісія склала графік публікації цих документів на кілька років, але він носить лише рекомендаційний характер.

Спецслужби Латвії виступили проти публікації документів КДБ в інтернеті, оскільки вважають, що вона може підірвати довіру до спецслужб.



| У РУМУНІЇ НА РЕФЕРЕНДУМІ ВИРІШУЮТЬ ДОЛЮ ОДНОСТАТЕВИХ ШЛЮБІВ

У Румунії розпочався дводенний референдум щодо зміни Конституції, яка може ускладнити легалізацію одностатевих шлюбів.

Як повідомляє Associated Press, плебісцит ініціював консервативний рух «Коаліція за сім'ю», голосування підтримує і впливова Румунська православна церква. Під ініціативою проведення референдуму підписались 3 мільйони людей.

Запропонована зміна пропонує визначити у Конституції

шлюб як «об'єднанням між чоловіком і жінкою» замість гендерно нейтрального поняття «подружжя», яке використовується зараз.

Румунське законодавство сьогодні забороняє одностатеві шлюби чи одностатеві цивільні партнерства. Запропонована зміна до Конституції унеможливить будь-які спроби легалізації одностатевих шлюбів в рамках законодавства.

Групи із захисту прав гомосексуалістів стверджують, що зміна Конституції сприятиме гомофобії, стверджуючи, що тільки шлюби протилежної статі є законними, а одностатеві відношення не гідні визнання або захисту.

Аби референдум визнали дійсним, явка має скласти 30%.

| У БОСНІЇ ТА ГЕРЦЕГОВИНІ ПРОХОДЯТЬ ЗАГАЛЬНІ ВИБОРИ

У Боснії й Герцеговині в неділю проходять загальні вибори, в результаті яких на чолі країни може опинитися проросійський націоналіст Мілорад Додік. Про це повідомляє AP.

Країна складається з сербського регіонального уряду і цент-

рального мусульмансько-хорватського уряду.

Виборці у неділю мають можливість проголосувати за президію, яка у Боснії та Герцеговині представлена трьома особами, президента Республіки Сербської, членів двох палат парламенту, а також місцеві органи влади.

Як зазначає агентство, ця кампанія була затьмарена суперечливою риторикою і твердженнями про порушення, які підігрівали напругу.

Головною інтригою кампанії є те, хто увійде до нового складу президії. На посаду представника в президії цього року претендують 15 кандидатів. Президент Республіки Сербської, проросійський націоналіст Мілорад Додік, який виступає за відділення сербської частини від решти Боснії, балотується від Союзу незалежних соціал-демократів на пост члена президії від сербів. Його конкурентом є чинний представник сербів в президії Боснії і Герцеговини, представник партії «Союз за зміни» Младен Іваніч, який характеризується поміркованими поглядами.

Хорватський кандидат Драган Чович виступає за Боснію як мультиетнічний союз, а також хоче створення окремого хорватсь-



кого уряду, що може призвести до ще більшої фрагментації країни.

Ліберальні сили, які виступають за громадянське суспільство, вільне від етнічних конфліктів, на виборах практично не представлені.

Оглядачі відзначають апативізм виборця, попри безробіття і корупцію, і не очікують від виборів значних сюрпризів.



| ПРАВО ПЕРЕДУМАТИ І ПРОГОЛОСУВАТИ ЗНОВУ: ЯК ОРГАНІЗОВАНІ ВИБОРИ У ШВЕЦІЇ

Прозора політична система у Швеції розпочинається з виборів. Відкритість виборчої системи проявляється в усьому: починаючи від декларативної реєстрації кандидатів у депутати і закінчуючи тим, що кожен має право без акредитації спостерігати за процесом підрахунку голосів.

З 1998 року було впроваджено преференційне голосування (відкриті списки). Щоб змінити місце у партійному списку, кандидату необхідно набрати більше 5% голосів виборців. Право голосу мають громадяни Швеції віком від 18 років, але на місцевих виборах голосують і не громадяни. Необхідною умовою є проживання у місцевій громаді не менше трьох років.

Парламент складається з 349 депутатів, 310 з яких обираються у 29 багатомандатних округах. Округи збігаються з ленами (областями) та територією трьох найбільших міст — Стокгольма, Мальме та Гьотеборга. Також партія отримує мандати, якщо в окремому окрузі набере понад 12% голосів.

У Швеції немає жодних правил, які б регламентували реєстрацію політичної партії. Партією вважається будь-яке, навіть неформальне об'єднання трьох і більше виборців для участі у виборах. Єдина площина легалізації — реєстрація назви партії (щоб ніхто більше не зміг нею скористатись), для якої необхідно зібрати певну кількість підписів.

Така декларативна реєстрація назви дає можливість для друку окремого партійного бюлетеня.

Враховуючи одночасність виборів до різних рівнів влади, є 3 види бюлетенів, які відрізняються кольором: жовті — для виборів у парламент (Riksdag), сині — обласні (landsting), білі — муніципалітети (kommuner).

Виборча активність у Швеції дуже висока та не опускається нижче 85% (87,18% на останніх виборах). В умовах політичної стабільності це означає, що з виборцями системно працюють як політичні партії, так і урядові інституції.

Високий рівень голосування досягається також можливістю завчасно віддати свій голос за межами «рідної» виборчої дільниці за допомогою процедури попереднього голосування.

Щоби проголосувати, кожен виборець повинен бути включений до списку виборців на виборчій дільниці. Кожному виборцю надсилається запрошення (карт-

ка виборця), яка є також обов'язковою умовою для голосування. Не є проблемою, якщо виборець загубить або не візьме з собою це запрошення — нове можна надрукувати на будь-якій виборчій дільниці.

У зв'язку з такими лояльними правилами виникає логічне запитання: як забезпечується неможливість подвійного або багаторазового голосування? Адже на попередньому голосуванні можна прийти на одну виборчу дільницю — проголосувати з власним запрошенням, а на іншій стверджувати, що запрошення загубилось. Надрукувати нове і знову проголосувати.

Відповідь проста: можна проголосувати безліч разів, але буде зарахований один голос, адже бюлетені запаковуються у два конверти та відправляються для підрахунку на «рідну» виборчу дільницю з зазначеним унікальним номером зі списку виборців. А вже виборча комісія, завдяки позначці у списку виборців, побачить, чи виборець вже здійснив волевиявлення. Зараховується останній за часом надходження голос.

Цікавою особливістю шведських виборів є також можливість проголосувати без документа, який ідентифікує особу, але за обов'язкової умови, що інший виборець підтвердить, що знає цю людину.

| ПРЕМ'ЄР-МІНІСТР ВІРМЕНІЇ ПОДАВ У ВІДСТАВКУ

Прем'єр-міністр Вірменії Нікол Пашинян у вівторок, 16 жовтня, заявив про свою відставку.

Про це повідомляє видання «Новости Армении».



рів. Пашинян заявляв, що склад парламенту не відображає політичну реальність.

І НОВИЙ УРЯД ЛЮКСЕМБУРГУ ФОРМУВАТИМЕ ЧИННИЙ ПРЕМ'ЄР

Пашинян оголосив про своє рішення з метою проведення у країні дострокових виборів у грудні цього року. За вірменським законодавством протягом двох тижнів після відставки прем'єра парламент має обрати нового голову кабінету міністрів. Якщо цього не трапиться, парламент розпустять.

Пашинян заявив про відставку після того, як парламентські сили запевнили його у відсутності намірів висунути свого кандидата на крісло глави уряду. Якщо вони дотримають слова і новий прем'єр Вірменії не буде обраний, країну чекають дострокові вибори. Орієнтовною датою їх проведення називають 9 грудня.

Колишній лідер опозиції Нікол Пашинян став прем'єром у травні після масових протестів. З того часу в країні не було вибо-

Великий князь Люксембургу Анрі попросив прем'єр-міністра Ксав'є Беттеля спробувати сформувати наступний уряд після парламентських виборів, які відбулися у неділю. Про це повідомляє Politico.

Демократична партія Беттеля та її союзники — Зелені і Люксембурзька соціалістична робітничка партія — разом отримали 31 з 60 місць в парламенті за підсумками виборів.

Великий князь заявив, що всі три коаліційні партії висловили бажання почати переговори про новий уряд. Найбільше голосів на виборах в Люксембурзі отримала Консервативна Християнсько-соціальна партія, у якої 21 місце в парламенті. Якщо Беттелю не вдасться сформувати уряд, це право перейде до консерваторів.

Беттель став прем'єром Люксембургу в 2013 році після шпигунського скандалу за участю секретної служби, через який пішов у відставку уряд на чолі з Жан-Клодом Юнкером, котрий обіймає тепер пост президента Європейської комісії.

І СЕЙМ ЛИТВИ ОГОЛОСИВ РЕФЕРЕНДУМ ПРО ПОДВІЙНЕ ГРОМАДЯНСТВО

Парламент Литви вирішив, що референдум про розширення інституту подвійного громадянства відбудеться в травні наступного року одночасно з президентськими виборами. За таку постанову проголосували 66 депутатів, четверо утрималися, це пише Delfi.

Згідно з прийнятою постановою, на обов'язковому референдумі відбудеться голосування щодо зміни тексту 12 статті Конституції.

«Громадянство Литовської Республіки набувається за народженням та на інших підставах, передбачених конституційним законом. Громадянин Литовської Республіки за походженням, який набув громадянство держави, яка відповідає критеріям обраної Литвою європейської та трансатлантичної інтеграції, не втрачає громадянства Литовської Республіки. В інших випадках громадянин Литовської Республіки не може бути одночасно і громадянином іншої держави, за винятком передбачених конституційним законом випадків. Порядок отримання і позбавлення громадянства встановлює конституційний закон», — йдеться у ній.

Критерії європейської та трансатлантичної інтеграції бу-





дуть встановлені в конституційному Законі про громадянство. Референдум про розширення інституту подвійного громадянства відбудеться 12 і 26 травня наступного року, коли плануються перший і другий тур президентських виборів.

Оскільки Сейм прийняв постанову про підготовку референдуму, планується звернутися до Конституційного суду (КС) за оцінкою відповідності референдуму основному закону країни. Однак у четвер проект звернення не був представлений Сейму. Представники опозиції і колишній суддя КС Вітаутас Сінкявічюс висловлювали сумніви в зв'язку з тим, що рішення Сейму про проведення референдуму протягом двох днів із двотижневою перервою може порушити конституційний принцип рівноправності осіб (оскільки громадяни, які голосуватимуть в другий день референдуму, будуть володіти більшою інформацією про нього, ніж ті, хто голосував у перший день).

Зараз Конституція передбачає, що за винятком окремих передбачених законом випадків ніхто не може бути одночасно громадянином Литви і іншої держави. Це положення Конституції можна змінити тільки шляхом референдуму. Поправки до Конституції, якщо їх підтримають на

референдумі, наберуть чинності 1 січня 2020 року.

| ПАРЛАМЕНТ МОЛДОВИ НЕ ПІДТРИМАВ ВКЛЮЧЕННЯ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ ДО КОНСТИТУЦІЇ

Депутати парламенту Молдови на засіданні 18 жовтня не підтримали ініціативу Демократичної партії включити курс на євроінтеграцію в Конституцію країни. Про це повідомляє Newsmaker.

У першому і в другому читанні за проект проголосувало тільки 54 депутати, а для зміни Конституції потрібно мінімум 67 голосів. «У цієї країни був шанс, але,

здається, це справа наступного покоління», — заявив спікер Андріан Канду.

Під час голосування у другому читанні депутати від Ліберальної та Ліберально-демократичної партій на знак протесту залишили залу засідань. «Ми так розуміємо, ліберали відмовилися від європейської інтеграції. Виборці, які проголосували за них, повинні запам'ятати цей день», — сказав Андріан Канду. Також у голосуванні не брали участь представники Партії соціалістів і Партії комуністів, які назвали пропозиції неконституційними.

Минулого тижня поправки до Конституції винесли на розгляд, але після тривалих обговорень голосування вирішили перенести на цей тиждень. Тоді спікер Андріан Канду висловив жаль, що політичні інтереси і розчарування опозиції, в особі ліберал-демократів і соціалістів, заважають утвердженню важливих для Молдови стратегій. Не підтримали проект і ліберали з комуністами.





ПАРЛАМЕНТ МАКЕДОНІЇ ПРОГОЛОСУВАВ ЗА ЗМІНУ НАЗВИ КРАЇНИ, РОЗБЛОКОВУЮЧИ ЇЇ ВСТУП ДО НАТО

Пізно ввечері депутати Народних зборів Македонії схвалили пропозиції уряду про початок внесення змін до конституції щодо зміни назви країни. Як повідомляє македонський Kanal5, за це проголосувало 80 депутатів із 120.

Таким чином, рішення про внесення змін до конституції було ухвалено мінімально можливою кількістю голосів (2/3 від складу парламенту). Назва держави має бути змінена попри провал референдуму з цього ж питання.

Нагадаємо, що таке голосування було би неможливим без підтримки перейменування частиною депутатів опозиційної партії VMRO-DPMNE. У самій партії раніше заявляли, що готові підтримати зміни до конституції лише у разі схвалення нової назви країни на референдумі. Втім, цей

референдум було визнано таким, що не відбувся, через низьку явку виборців.

Зміну назви країни на Північну Македонію, а разом із тим — можливість вступити до НАТО та розпочати діалог про набуття членства у ЄС підтримали 91,46% громадян, які взяли участь в голосуванні. Проти виступили 5,65%. Такі дані дали підставу прем'єр-міністру Зорану Заєву внести це питання на розгляд парламенту, пригрозивши у разі негативного результату достроковими виборами.

Напередодні голосування помічник держсекретаря США у справах Європи і Євразії Вес Мітчелл звернувся із відкритим листом до македонської опозиції, закликавши її підтримати зміну назви. У РФ це назвали «грубим втручанням» у внутрішні справи Македонії, запропонувавши їм вступати у Євразійський союз.

Для остаточного внесення змін парламентаріям ще треба провести два голосування — простою та конституційною більшістю — вже напругу щодо внесення змін у конституцію. Втім, нічне успішне голосування дає

підстави очікувати успіху й у наступних.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД ПОЛЬЩІ У ЛИСТОПАДІ РОЗГЛЯНЕ ЗМІНИ ДО ЗАКОНУ ПРО ІНП

Конституційний суд Польщі наступного місяця розглядатиме зміни до закону про Інститут національної пам'яті, які не задовольняють Київ. Про це 23 жовтня заявив міністр закордонних справ України Павло Клімкін у ході зустрічі з польським колегою Яцеком Чапутовичем. «Для всіх українців було б важливо, щоб рішення, як буде прийняте, відповідало тому справжньому сенсу нашої історії, нашої дружби і нашого розуміння, яким чином йти вперед», — сказав очільник українського МЗС. «Зараз у цьому законі лише українці згадуються окремо, і насправді це, я вважаю, несправедливо. І, звичайно, від цього не повинні страждати ані поляки, ані українці», — зазначив Клімкін.

Нагадаємо, 6 лютого президент Польщі Анджей Дуда підписав скандальні поправки в закон, який серед іншого передбачає покарання за заперечення «злочинів українських націоналістів» і штрафи та тюремні терміни за публічні заяви про причетність



поляків до Голокосту. Водночас Дуда попросив Конституційний суд перевірити статті закону, в яких згадуються «українські націоналісти» і термін «Східна Малопольща».

Ізраїль виступив категорично проти нових поправок до закону про Інститут національної пам'яті, заявляючи, що Польща переписує історію.

У червні Сейм Польщі ухвалив зміни до оновленого закону про Інститут національної пам'яті, скасувавши статтю, що передбачає кримінальну відповідальність за приписування польському народу злочинів нацистів. Тель-Авів привітав це рішення, проте Київ висловив розчарування, адже згадка про «злочини українських націоналістів» у законі залишилася.



| УГОРЩИНА ЗАПРОПОНУВАЛА УКРАЇНІ УКЛАСТИ УГОДУ ПРО ЗАХИСТ НАЦМЕНШИН

Угорщина пропонує Україні укласти угоду про захист нацменшин. Про це заявив угорський міністр закордонних справ та торгівлі Петер Сійярто після бесіди з українським колегою Павлом Клімкіним у кулуарах Варшавського безпекового форуму, пише прес-служба уряду Угорщини.

Згідно з оголошеною пропозицією, дві країни повинні утримуватися від політики, яка могла б призвести до асиміляції національних меншин і зміни національного складу у певному регіоні. «Українська сторона обіцяла розглянути пропозицію», — зазначив він, висловивши сподівання, що угорська і українська сторони обговорять деталі пропозиції на черговій зустрічі в Мілані, яка запланована на 7 грудня. «Зрозуміло, що шлях до відновлення довіри між двома країнами має бути досягнутий невеликими кроками», — підкреслив міністр. Він зазначив, що вважає позитивним те, що петицію із закликом до депортації представників угорської національної меншини з Закарпаття вилучили з веб-сайту українського парламенту. «Ми також вважаємо надзвичайно позитивним те, що українська сторона сприйняла серйозно той факт, що це питання цілком недоречно у Європі 21 століття», — заявив міністр закордонних справ.

Сійярто привітав і розпочав розслідування щодо «неправдивих рекламних щитів, спрямованих проти лідерів угорської національної меншини». «Було досягнуто домовленості про те, що український уряд призначить посадовця, відповідального за транскордонне економічне співробітництво», — сказав міністр. «У інтересах забезпечення плавного продовження Програми економічного розвитку Закарпаття заступник міністра закордонних справ Левенте Мадьяр та призначений український чиновник зустрінуться найближчим часом», — зазначив він.

Сійярто повідомив Клімкіну, що Угорщина готова активізувати кредитну лінію на 50 мільйонів

доларів для фінансування будівництва доріг на Закарпатті, йдеться у повідомленні. «Угорщина також готова продовжувати програму, в рамках якої вона вже забезпечила тисячі дітей, постраждалих від війни на сході України, безкоштовними відпустками на озері Веленце», — продовжував він.



| УРЯД БОЛГАРІЇ ВИТРИМАВ ТРЕТЄ ГОЛОСУВАННЯ ЗА НЕДОВІРУ У ПАРЛАМЕНТІ

Парламент Болгарії не зміг відправити у відставку уряд, як того вимагала опозиційна Соціалістична партія.

Про це повідомляє BNT.bg.

Голосування було ініційовано 15 жовтня підписами всіх 79 депутатів Болгарської соціалістичної партії (БСП) в зв'язку з провалом уряду, на думку соціалістів, в області охорони здоров'я.

У середу ввечері 99 депутатів парламенту проголосували за недовіру правоцентристському коаліційному уряду, який очолює прем'єр-міністр Бойко Борисов, в той час як 133 депутати висловилися проти.

Це вже третє голосування за недовіру кабінету Борисова. Попе-

редні два з них мали відношення до діяльності в сфері антикорупції й безпеки, також провалилися.



| ПРЕЗИДЕНТ ВІРМЕНІЇ РОЗПУСТИВ ПАРЛАМЕНТ І ПРИЗНАЧИВ ДОСТРОКОВІ ВИБОРИ

Президент Вірменії Армен Саркісян у четвер підписав указ про розпуск парламенту і призначення позачергових виборів на 9 грудня 2018 року. Про це йдеться у відповідному документі на сайті президента Вірменії. «З огляду на статті 92 і 93 Конституції, а також згідно статті 149 Конституції, Національне зібрання Вірменії розпущене» — йдеться в указі. Позачергові вибори призначені на 9 грудня 2018 року.

Як повідомлялося, Національні Збори Вірменії на спеціальному засіданні 1 листопада вдруге не обрали прем'єр-міністра країни єдиного претендента — Ніколу Пашиняна.

Сам Пашинян пішов у відставку 16 жовтня, прямо озвучивши головну мету — проведення дострокових парламентських виборів в грудні.

Колишній лідер опозиції Нікол Пашинян став прем'єром у травні після масових протестів. З того часу в країні не було виборів. Пашинян заявляв, що склад

парламенту не відображає політичну реальність.

| ЗАМОРСЬКА ТЕРИТОРІЯ ФРАНЦІЇ НА РЕФЕРЕНДУМІ ВІДМОВИЛАСЬ ВІД НЕЗАЛЕЖНОСТІ

Попередні результати референдуму щодо незалежності французької заморської території Нової Каледонії свідчать, що більшість виборців вирішили залишитися частиною Франції. Як повідомляє Le Figaro з посиланням на місцеві ЗМІ, після підрахунку 90% голосів 56,8% виборців відкинули незалежність Нової Каледонії.

Явка на референдумі була дуже високою і склала 81%. Для порівняння, під час останніх місцевих виборів 2014 року на дільниці прийшли 58,1% від тих, хто має право голосу.

Нова Каледонія — архіпелаг з десятків островів в південній частині Тихого океану, за 15 тисяч кілометрів від Парижа, що увійшов до складу Французької імперії в 1853 році.

З 1998 року є особливим адміністративно-територіальним

утворенням Франції. Згідно з Нумейськими угодами, підписаними цього ж року після насильницької кампанії з боку сепаратистів з корінного населення, до 2018 року в Новій Каледонії повинен був пройти референдум про статус території.

Згідно з угодами 1998 року, в разі поразки прихильників незалежності на першому референдумі, у них буде можливість ініціювати ще два аналогічних референдуми до 2022 року.

| РЕФЕРЕНДУМ ЩОДО ІЗОЛЯЦІЇ: ШВЕЙЦАРІЯ ГОЛОСУВАТИМЕ ЗА ВІДХІД ВІД СВОЇХ МІЖНАРОДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

25 листопада вже вчетверте цього року в Швейцарії відбудеться день голосування, коли швейцарці мають можливість висловитися щодо питань як місцевого, так і загальнодержавного значення.

Для цього у Швейцарії діє такий механізм прямої демократії, як референдум. В тому числі він дає можливість внесення змін до Конституції за народною ініціа-





тивою. Для його проведення ініціатори повинні протягом 18 місяців зібрати мінімум 100 тисяч підписів (з поміж приблизно 5,2 млн громадян з правом голосу). Ініціатива вважається схваленою, якщо в день голосування її підтримає більшість із тих, хто взяв участь у голосуванні, і при цьому вона отримає більшість у щонайменше в половині з 26 швейцарських кантонів.

Цієї неділі, серед іншого, швейцарці будуть визначатися щодо так званої «Ініціативи із самовизначення», яка ставить під загрозу міжнародні зобов'язання Швейцарії. Ініціатива пропонує надавати результатам референдумів більшої ваги, ніж міжнародним зобов'язанням країни.

Ця ініціатива виходить від Швейцарської народної партії — правопопулістської партії, що на останніх виборах до парламенту у 2015 році отримала майже 30% голосів. Зважаючи на минулі ініціативи популістів, що зупинилися через вимоги міжнародного права, під загрозою — навіть базові міжнародні угоди.

Так, попри підтримку на референдумі 2014 року, не була впроваджена «Ініціатива з протидії масовій міграції», щодо обмеження вільного пересування робочої сили між ЄС та Швейцарією (мотив тих, хто це підтримав, багато в чому був подібний до мотиву британців, які голосували

за Brexit). Рішення референдуму тоді не виконали, адже наслідком став би розрив усього пов'язаного пакету двосторонніх угод Швейцарії з ЄС, відомого як Bilateral I — а в нього входять і економічні, і торговельні угоди, і домовленість про вільний рух.

Інший приклад — під загрозою опиняється Європейська конвенція з прав людини. Ще у 2010 році на референдумі перемогла «Ініціатива з депортації кримінальних іноземців», де йшлося про дуже спрощений механізм депортації тих, хто вчинив кримінальний злочин. Але через суперечність із Конвенцією її реалізували із винятками.

Народна партія вважає ці рішення «помилками» та бажає їх виправити.



| РАДА ПІДТРИМАЛА ЗМІНУ КОНСТИТУЦІЇ ЩОДО НАТО І ЄС: РОЗПОДІЛ ГОЛОСІВ

Український парламент схвалив у першому читанні законопроект про внесення змін до Конституції, який закріплює прагнення України до повноцінного членства в Євросоюзі та НАТО. Про це повідомляє «Європейська правда».

Законопроект був поставлений на голосування після отри-

мання схвального висновку Конституційного суду (за даними, оголошеними у ВР, його підтримали 14 з 18 суддів КС). У четвер відбулися також дебати у парламенті, під час яких представники БПП, «Народного фронту» та «Батьківщини» заявили про беззастережну підтримку цього законопроект. Ще кілька фракцій запропонували переглянути ці зміни, додавши до них також прямий дозвіл на розміщення в Україні військового контингенту держав-членів Альянсу.

У підсумку за схвалення змін до Конституції у редакції, запропонованій Петром Порошенком, проголосували 311 депутатів, проти — 21, інші утрималися, не голосували або були відсутні.

За його підтримку проголосувало 124 членів БПП (всього у фракції 135 депутатів), 73 — з «Народного фронту» (всього 81), 17 — з «Самопоміч» (25), 19 — з Радикальної партії (21), 18 — з «Батьківщини» (20), 14 — з «Волі народу» (19), 13 — з «Відродження» (24) та 33 з 57 позафракційних. Опоблок не дав жодного голосу.

Для остаточного внесення змін до Конституції цей законопроект має бути схвалений 300 голосами на наступній сесії парламенту.

| ВЕРХОВНА РАДА ПРОГОЛОСУВАЛА ЗА ЗАПРОВАДЖЕННЯ ВОЄННОГО СТАНУ В 10 ОБЛАСТЯХ УКРАЇНИ

Верховна Рада затвердила запровадження воєнного стану в низці областей України на 30 днів, починаючи від 28 листопада.



«За» висловилися 276 народних депутатів.

Зокрема, від БПП документ підтримали 120 депутатів, від «Народного фронту» — 64, від «Самопоміччя» — 23, від Радикальної партії — 16, від «Батьківщини» — 13, від групи «Воля народу» — 8, від групи «Відродження» — 3. Від «Опозиційного блоку» жоден нардеп не підтримав закон.

Відповідно до указу Президента України, воєнний стан оголошується з 9-ої години 28 листопада. Він триватиме 30 днів, тобто до 27 грудня.

Воєнний стан запроваджується не по всій території України, а лише в 10 областях, які розташовані вздовж кордону з Росією, із невизнаною Придніпровською республікою та на узбережжі Чорного й Азовського морів. Тобто — в Одеській, Миколаївській, Херсонській, Запорізькій, Луганській, Донецькій, Сумській, Харківській, Чернігівській і Вінницькій областях.

Також парламент призначив чергові президентські вибори на неділю, 31 березня 2019 року. Рішення підтримали 298 депутатів.

ВИБОРИ ПРЕЗИДЕНТА ГРУЗІЇ ВИГРАЛА КАНДИДАТ ВІД ПРАВЛЯЧОЇ ПАРТІЇ — ЕКЗИТ-ПОЛ

У Грузії оприлюднили результати екзит-полу за підсумками голосування виборців у другому турі президентських виборів. Про це повідомляє Грузія Online.

Результати свідчать про те, що перемогу здобула кандидат від правлячої партії «Грузинська мрія» Саломе Зурабішвілі, за яку проголосували 55% виборців.



Її конкурент — опозиційний кандидат Григол Вашадзе — отримав 45% голосів.

Опитування проводила американська компанія Edison Re-

search. Ця ж компанія проводила екзит-пол і в ході першого туру виборів, і його результат був дуже близьким до реальних результатів голосування.

Нагадаємо, у першому турі 28 жовтня за результатами голосування відрив між лідерами гонки становив менше 1%. Зурабішвілі отримала 38,66% голосів виборців, Вашадзе — 37,7%.

УКРАЇНА ЗАПРОПОНУВАЛА УГОРЩИНІ УГОДУ ПРО ЗАПОБІГАННЯ МНОЖИННОМУ ГРОМАДЯНСТВУ

Україна передала на розгляд угорської сторони проект угоди, метою якої є налагодження взаємодії сторін для запобігання випадкам множинного громадянства. Документ був переданий у ході українсько-угорських консульських консультацій, які у середу відбулися в Києві, повідомили в МЗС України.



Одним із ключових питань порядку денного консультацій було вироблення механізмів взаємодії України та Угорщини для уникнення випадків безгромадянства та множинного громадянства, повідомили у міністерстві.

Державний секретар МЗС Андрій Заяць на початку зустрічі наголосив, що сторони мають перевести це питання з політичної у правову площину.

За результатами обговорення на розгляд угорської сторони передали проект угоди, спрямованої на налагодження взаємодії сторін для запобігання випадкам безгромадянства та множинного громадянства. Сторони також обговорили питання взаємодії для захисту прав та інтересів громадян, відзначили належне функціонування безвізу між Україною та ЄС, малого прикордонного руху між Україною та Угорщиною, а також досягнули практичних домовленостей у консульсько-правовій сфері, повідомили в МЗС. Консультації відбулися на виконання домовленостей міністрів закордонних справ України та Угорщини у зв'язку з видачею

угорських паспортів мешканцям Закарпаття.

Нагадаємо, у вересні у відносинах України та Угорщини розпочалася нова криза. Її викликало відео з церемонії прийняття закарпатських мешканців у громадянство, яка проходила у консульстві в Береговому. На відео закарпатців закликали приховувати угорське громадянство від української влади.

У зв'язку зі скандалом України та Угорщина обмінялися видворенням консульських співробітників. Угорщина наполягає, що в Україні не заборонено приховувати подвійне громадянство.



| ВИБОРИ ПРЕЗИДЕНТА ГРУЗІЇ ВИГРАЛА КАНДИДАТ ВІД ПРАВЛЯЧОЇ ПАРТІЇ

За даними з 100% виборчих ділень, що надійшли до Центральної виборчої комісії Грузії, Саломе Зурабішвілі — незалежний кандидат, підтриманий «Грузинською мрією», отримала 59,52% голосів виборців. Про це пише «Грузія Online».

За попередніми даними, кандидат об'єднаної опозиції Григол Вашадзе отримав 40,48% голосів.

Президент Литви Даля Грибаускайте вже привітала Зурабішвілі з перемогою на виборах,

побажавши успіху Грузії.

За даними прес-секретаря ЦВК Анни Микеладзе, явка під час другого туру була вищою, ніж у першому — 56,23%.



| ПРЕМ'ЄР-МІНІСТР ЛЮКСЕМБУРГУ РОЗПОЧАВ ДРУГИЙ ТЕРМІН НА ПОСАДІ

Прем'єр-міністр Люксембургу Ксав'є Бетель у середу був приведений до присяги на другий термін.

Про це повідомляє Reuters.

Бетель сформував уряд після того, як його ліберальна коаліція перемогла на виборах в жовтні.

Уряд Бетеля планує посилити екологічну активність, зокрема запровадити деякий безкоштовний громадський транспорт з 2020 року, більше інвестувати в державні послуги та легалізувати рекреаційне використання каннабіса.

Зовнішня політика другої найменшої держави Європейського Союзу навряд чи сильно зміниться, оскільки Жан Ассельборн залишиться на посаді міністра закордонних справ. П'єр Грамегна залишиться міністром фінансів у новій адміністрації.





| У ШВЕЙЦАРІЇ ОБРАЛИ НОВОГО ПРЕЗИДЕНТА

Федеральні збори Швейцарії обрали Велі Маурера президентом у 2019 році. Про це повідомляє видання *Basler Zeitung*.

Кандидатуру Велі Маурера підтримали 201 з 209 депутатів, чий бюлетені були визнані дійсними. Це один з кращих результатів в історії виборів швейцарських президентів. Президент Ален Берсет, чий строк повноважень добігає кінця, переміг з результатом 190 з 210. Велі Маурер вже вдруге буде президентом Швейцарії. Перший його строк припав на 2012 рік.

Президента Швейцарії обирають за принципом «перший серед рівних» серед членів уряду. Кожен міністр стає президентом не частіше одного разу на сім років, строком на один рік.

Президент Швейцарії не є главою держави, оскільки функції глави держави виконують колективно всі члени Федеральної ради. Однак президентський голос є вирішальним при обговоренні питань на рівні уряду.

| У ВІРМЕНІЇ ВІДБУЛИСЯ ПЕРШІ В ІСТОРІЇ ПОЗАЧЕРГОВІ ПАРЛАМЕНТСЬКІ ВИБОРИ

Вірмени в неділю проголосували на позачергових парламентських виборах, що мають остаточно завершити повну зміну влади в країні. Про це пише ВВС.

Одинадцять партій та політичних блоків взяли участь у виборчій гонці, блок прем'єра Нікола Пашиняна «Наш крок», як очікується, отримає парламентську більшість.

Голосування почалося о 06:00 за київським часом і завершилося о 18:00. Результати очікують в понеділок. Явка була низькою, однак остаточної цифри ЦВК наразі не опублікувала, пишуть вірменські ЗМІ.

Пашинян, 43-річний редактор газети, який став опозицій-

ним політиком, подав у відставку у жовтні з метою проведення у країні дострокових виборів, хоча залишається діючим прем'єр-міністром.

«Усі політичні партії були позбавлені часу, щоб добре підготуватися до виборів», — сказав віце-президент Республіканської партії Армен Ашотян, яка раніше керувала Вірменією і досі домінує в парламенті.



| КС МОЛДОВИ ВП'ЯТЕ ВІДСТОРОНИВ ДОДОНА З ПОСАДИ ПРЕЗИДЕНТА

Конституційний суд Молдови вп'яте відсторонив Ігоря Додона з посади президента через його відмову підписати низку законів. Про це повідомляє *News-maker*.

Таким чином новий Кодекс про телебачення і радіо, закони про продаж Республіканського стадіону, перейменування свята 9 травня і про Генінспекторат карабінерів замість Ігоря Додона промудрує спікер парламенту або прем'єр.

КС в черговий раз визнав, що повторна відмова президента промудрувати закон являє собою тимчасову нездатність президента виконувати свої обов'язки, при якій необхідне тимчасове виконання обов'язків.



З вимогою усунути президента від посади в КС звернулися спікер парламенту Андріан Канду і депутат ДПМ Серджіу Сирбу. У своєму зверненні від 7 грудня депутати попросили КС дозволити спікеру Андріану Канду чи прем'єру Павлу Філіпу ввести у дію замість президента Ігоря Додона п'ять законопроектів, ухвалених парламентом і не промульгованих президентом.

Конституційний суд відсторонив Додона з посади вже в'яте. Попереднє відсторонення сталося 24 вересня через відмову затвердити кандидатури двох міністрів.

| ЄВРОПАРЛАМЕНТ СХВАЛИВ ПРИЄДНАННЯ РУМУНІЇ ТА БОЛГАРІЇ ДО ШЕНГЕНУ

Європейський парламент у вівторок схвалив резолюцію, що підтримує заявки Румунії та Болгарії на приєднання до Шенгенської зони, незважаючи на відсутність консенсусу між членами Європейської ради.

Про це пише Balkan Insight. Згідно з документом, приєд-

нання до Шенгенської угоди не повинно бути пов'язаним з верховенством права в обох країнах.

У резолюції також міститься заклик до Ради активізувати процес прийняття рішень у справі Хорватії.

Прем'єр-міністр Голландії Марк Рютте 13 вересня заявив у Бухаресті, що його країна виступає проти вступу Румунії до Шенгену через її проблеми з корупцією.

З 2011 року це вже п'ята резолюція Європарламенту з рекомендаціями про прийняття Румунії та Болгарії до Шенгенського простору.

Президент Єврокомісії Жан-Клод Юнкер також заявляв, що Румунія ризикує приєднанням до Шенгенської угоди у разі продовження урядової програми із впровадження суперечливої реформи у сфері судочинства.

| ПАРЛАМЕНТ ФРАНЦІЇ У ЧЕТВЕР ГОЛОСУВАТИМЕ ЗА НЕДОВІРУ УРЯДУ

У парламенті Франції 13 грудня відбудеться голосування про вотум недовіри уряду прем'єра Едуара Філіпа.



Про це пише Bloomberg.

Три ліві партії внесли у парламент Франції питання про недовіру. Утім, голосування, як зазначає агентство, швидше за все, завершиться на користь уряду: так, партія президента Еммануеля Макрона «Вперед, Республіко!» має 309 депутатів у 577-місцевій нижній палаті парламенту, і до того ж, серед її союзників є центристи, а це ще близько 74 голосів. Водночас ліві партії мають лише 62 мандати.

Філіп заявив, що перед голосуванням представить детальний план бюджету Франції на майбутній рік. Він підтримав план Макрона, який оголосив низку заходів щодо поліпшення соціально-економічного становища у країні на тлі протестів.

Виконання економічних заходів, запропонованих президентом після масштабних протестів «жовтих жилетів», можуть коштувати державі 8–10 млрд євро.

| ПРЕМ'ЄР ПОЛЬЩІ ІНІЦІЮВАВ ВОТУМ ДОВІРИ

Прем'єр-міністр Польщі Матеуш Моравецький заявив у середу, що він ініціює голосування за довіру до уряду, щоб забезпечити мандат на свої реформи перед самітом лідерів Європейського Союзу цього тижня.

Про це пише Reuters.





Моравецький хоче, щоб Сейм відповів на запитання, чи пропонує ним програма реформ має бути продовжена. Націоналістичну і євроскептичну партію «Право і справедливість» (PiS) Моравецького у ЄС звинувачують у підриві верховенства права через суперечливу судову реформу і тиск на ЗМІ.

«Пройшло три роки після того, як PiS прийшов до влади, і ми побачили вирішальну зміну у розгляді економічної і соціальної політики в Польщі», — заявив Моравецький парламентарям.

PiS є дедалі більш ізольованою в ЄС через звинувачення в країні та за кордоном у схильності до авторитаризму, зазначає агентство.

За останні місяці стався корупційний скандал з фінансовим регулятором, а також гнів серед деяких виборців викликало



рішення влади відсвяткувати століття незалежності Польщі разом з ультраправими групами.

УРЯД ПОЛЬЩІ ОТРИМАВ ВОТУМ ДОВІРИ ПАРЛАМЕНТУ

Після кількох годин дискусій уряд Польщі отримав вотум довіри парламенту.

Про це повідомляє RMF24.

За довіру уряду Матеуша Моравецького проголосував 231 депутат Сейму, проти був 181, двоє утрималися.

Прем'єр-міністр Польщі Матеуш Моравецький заявив у середу, що він ініціює голосування за

довіру до уряду, щоб забезпечити мандат на свої реформи перед самітом лідерів Європейського Союзу.

Опозиція закидала уряду брак контролю над Комісією фінансового нагляду, яка восени опинилася в центрі корупційного скандалу, невдалу реформу освіти і запровадження додаткових податків і зборів.

БУНДЕСТАГ УХВАЛИВ ЗАКОН ПРО ВИЗНАННЯ ТРЕТЬОЇ СТАТІ

Німецький парламент схвалив закон, за яким органи реєстрації актів цивільного стану невдовзі зможуть офіційно фіксувати третю статтю у свідоцтвах про народження. Про це повідомляє Spiegel Online.

Згідно з новим законом, у свідоцтвах з'явиться графа «інша» щодо статі, яку зможуть обрати собі інтерсексуали — люди, які не відносять себе ані до чоловічої, ані до жіночої статі.

Графа «інша» вживатиметься разом з чинними досі графами «чоловіча стаття» і «жіноча стаття».

Дотепер єдиною можливістю для людей, що не визначили-



ся зі статтю, було не вказувати статтю взагалі. Ця можливість збережеться і у майбутньому. Крім того, згідно із законопроектом, громадяни зможуть змінювати за бажанням вказану раніше статтю, а також своє ім'я.

Раніше на запровадженні цього пункту наполягав Федеральний конституційний суд ФРН. Ще 10 жовтня 2017 року його судді визнали чинні дотепер норми щодо визначення статі порушенням закріпленої на законодавчому рівні заборони дискримінації.



| КОРОЛЬ БЕЛЬГІЇ ПРИЙНЯВ ВІДСТАВКУ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА

Король Бельгії Філіп прийняв відставку прем'єр-міністра Шарля Мішеля. Про це повідомляє RTBF.

Прем'єр у вівторок ввечері подав королю, що є формальним главою держави, заяву про відставку.

Король протягом двох з половиною днів проводив консультації з основними гравцями бельгійської політики, після цього прийняв відставку Мішеля. «Король прийняв відставку уряду і довірив йому виконання обов'язків уряду», — йдеться у повідомленні королівського палацу.

Минулого тижня Мішель втратив підтримку найбільшої

партії в своїй коаліції, фламандської N-VA, яка вийшла з неї на знак протесту проти його підтримки міграційного пакту ООН.

У вівторок Мішель попросив підтримки у лівих опозиційних партій, щоб втримати владу до парламентських виборів в травні. Натомість соціалісти і зелені висунули пропозицію проголосувати за недовіру уряду.

«Я повинен поважати ситуацію. Тому я приймаю рішення подати у відставку і піду до короля», — заявив парламенту Мішель, який займався політикою з 18 років.

| В УКРАЇНІ ЗАВЕРШИВСЯ ВОЄННИЙ СТАН

26 грудня о 14:00 президент Петро Порошенко заявив про закінчення воєнного стану в Україні

Про це він заявив на засіданні Ради національної безпеки та оборони України.

«Зараз рівно 14 година, і зараз припиняється воєнний стан. Це моє принципове рішення. Воно ґрунтується на аналізі всіх складових поточної ситуації безпекової в державі, незважаючи

на те, що ситуація навколо України не дуже змінилася», — сказав він.

Порошенко зазначив, що за час воєнного стану оборонні можливості ЗСУ та інших підрозділів сектору оборони отримали абсолютно інший вимір. Проведена величезна робота з передислокації, скорочення термінів бойового злагодження, доукомплектації за рахунок резервів першої черги, поставок озброєння.

«На жаль, не все вдалося. Не вдалося повернути додому 24 моряка воєнно-морських сил України. Але я хочу передати слова підтримки президента Верховного головнокомандувача, членів Ради національної безпеки і оборони і українського народу. Україна сьогодні з вами, хлопці», — сказав Порошенко.



СТАТТІ





д-р Лукаш БУЧКОВСКИ
/ кандидат наук Державної Вищої Школи
Державного університету інформаційних
технологій та підприємництва
в м. Ломжі, Польща

НАЦІОНАЛЬНИЙ РЕФЕРЕНДУМ В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА У СВІТЛІ ПРОПОЗИЦІЙ ЗМІН ДО ЗАКОНУ ВІД 14 БЕРЕЗНЯ 2003 РОКУ

ABSTRACT

The aim of the article is to present the origins, types, and practice of carrying out a national referendum in the Republic of Poland (Rzeczpospolita Polska — RP). Apart from the analysis of the current legal status regarding the subject scope and the mode of referendum management, the implementation of its individual stages and legal consequences of voting, and the referendum practice under the 1997 Constitution of the Republic of Poland, some proposals for changes will be presented, raised by the doctrine of constitutional law and electoral administration bodies in relation to some selected provisions of the Act on the National Referendum of 14 March 2003. The main functions of the referendum are also defined. The article underscores the unconditional necessity of the legislative regulation of the referendum institute, and only under such conditions can we talk about its application in practice, and especially the implementation of its results. A referendum should be an institution that should serve as a basis for sovereignty.

Key words: referendum, direct democracy, forms of direct democracy, Basic Law of the Republic of Poland, elections, types of referendum.

АНОТАЦІЯ

Метою статті є представлення походження, видів та практики проведення національного референдуму в республіці Польща (Rzeczpospolita Polska — RP). Окрім аналізу поточного правового статусу щодо предметної сфери та способу адміністрування референдуму, реалізації його окремих етапів та правових наслідків голосування, а також практики референдуму відповідно до Конституції республіки Польща 1997 року, представлено деякі пропозиції щодо змін, подані доктриною конституційного права та органами виборчої адміністрації, щодо окремих положень Закону про національний референдум від 14 березня 2003 року. Також визначається основні функції референдуму. У статті підкреслено безумовна необхідність законодавчого врегулювання інституту референдуму і лише за таких умов може йти мова про його застосування на практиці, а особливо втілення його результатів. Референдум повинен бути інститутом, який мав би в основі служити суверенітету.

Ключові слова: референдум, пряма демократія, форми прямої демократії, Основний Закон республіки Польщі, вибори, види референдуму.

ВСТУПНІ ЗАУВАЖЕННЯ

Пропозиції щодо запровадження національного референдуму в польську політичну систему датуються першими роками після того, як Польща відновила свою незалежність. Вже на етапі роботи над березневою Конституцією 1921 року, в проектах, поданих деякими політичними групами, було сигналізовано про необхідність конституціоналізувати цю форму прямої демократії; постулат про закріплення референдуму в положеннях нового Основного Закону містився в концепціях Польської соціалістичної партії (Польська Партія Соціалістична — PPS), Польської Народної Партії «Визволення» (Polskie Stronnictwo Ludowe “Wyzwolenie” — PSL “Wyzwolenie”), Національної робітничої партії (Narodowa Partia Robotnicza — NPR) та Клубу конституційної праці (Klub Pracy Konstytucyjnej — KPK). Проект PPS, який передбачав можливість проведення референдуму (так званого народного голосування) стосовно кожного закону і постанови, прийнятої Сеймом, слід розглядати як особливо цікавий і детальний. Суб'єктами, уповноваженими ініціювати проведення національного референдуму, були Сейм, Трудова палата (проектодавці мали намір замінити нею другу палату парламенту), Президент Республіки Польща, Рада Міністрів (ці суб'єкти повинні були отримати схвалення принаймні 1/3 складу палати депутатів) і — що варто підкреслити з погляду на сутність інституту референдуму — група кількістю не менше 100 000 громадян, що мають активне виборче право¹. У цікавий спосіб регламентовано також пропозицію про конституціоналізацію референдуму в проекті Клубу конституційної праці, відповідно до якої — в умовах відродженої після розподілу державності країни це рішення не було позбавленим глузду — конституційний референдум, що стосувався затвердження сувереном Основного Закону або внесення до нього змін, можна було проводити тільки на території, де відсоток неписьменних серед тих, хто має право голосу, не перевищував 10%. Внаслідок

суперечок у парламенті, що супроводжували прийняття березневої Конституції, жодна з запропонованих пропозицій щодо запровадження референдуму до положень Основного Закону не була прийнята². Обговорювана інституція прямої демократії також не була регламентована в положеннях квітневої Конституції 1935 року.

Після закінчення Другої світової війни, в період боротьби за владу на звільнених польських землях, з'явилася концепція національного референдуму, натхненна Польською робітничою партією (Polska Partia Robotnicza — PPR) і Польською соціалістичною партією (Polska Partia Socjalistyczna — PPS), наміром яких було у такий спосіб відкласти парламентські вибори³. Дострокові вибори до Законодавчого Сейму значно збільшили б шанси на перемогу Польської Народної Партії (Polskie Stronnictwo Ludowe — PSL), яка представляла себе альтернативою комуністичному табору, повністю залежному від СРСР, який втілювався в PPR і PPS. Метою референдуму, крім відкладення виборів до майбутньої Установчої Асамблеї⁴, було також переконати громадськість у програмній послідовності партії комуністичного походження з PSL, яка користувалася великою підтримкою і яку очолював Прем'єр-міністр польського уряду у вигнанні у 1943–44 рр. Станіслав Міколайчик. Зазначені наміри мали бути реалізовані завдяки кон'юнктурному характеру питань: 1) скасування Сенату як другої палати парламенту; 2) конституційна підтримка соціально-економічної системи держави на основі вже проведених реформ; 3) підтвердження державних кордонів у Балтійському морі, на Одрі і Нисі Лужицькій. Варто зазначити, що референдум не був регламентований Конституцією та був проведений 30 червня 1946 року на підставі Закону від 27 квітня 1946 року про народне голосування (Dz. U. 1946, Nr 15, poz. 104), а також Закону від 28 квітня 1946 р. про проведення народного голосування (Dz. U. 1946, Nr 15, poz. 105) — актів, прийнятих невиборчим органом, Державною національною радою (Krajową Radę Narodową — KRN), яка у 1943–47 рр. функціону-

¹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 20.

² Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 3.

³ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law],

Publ. by the University of Wrocław, Wrocław, 2001. — P. 24; Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 68.

⁴ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by “Palestra”*, 2003, issues 5–6. — P. 17.

⁵ Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego

вала як самопроголошений парламент, проти якого польський уряд у вигнанні рішуче виступав. Як наслідок заклику PSL до своїх прихильників — всупереч очікуванню PPR — проголосувати «проти» у відповідь на питання про Сенат з метою протистояти комуністичному блоку⁵, офіційні результати голосування були сфальсифіковані: на думку істориків, не більше 26,9% учасників референдуму проголосували «за» 3 рази⁶. Досвід, який набув кристалізуючий правлячий табір під час організації народного голосування, був використаний під час виборів 19 січня 1947 р. до Законодавчого Сейму, проголошені результати якого — котрі суперечили фактичному стану — призвели до перемоги так званого Демократичного блоку, що складався з PPR, PPS, Народної партії (Stronnictwo Ludowe — SL) і Демократичної партії (Stronnictwo Demokratyczne — SD) (394 мандати), при цьому роль Польської народної партії була маргіналізована (28 мандатів).

Інституція національного референдуму не була конституціоналізована в оригінальній редакції положень Конституції Польської Народної Республіки (Polska Rzeczpospolita Ludowa — PRL) від 22 липня 1952 року. Однак відповідна новела, що не була наслідком фактичного бажання надати громадянам право висловлювати свою волю з питань, що мають ключове значення для держави, а була реакцією влади на активізацію економічних проблем держави та пов'язане з цим зростання соціальної напруженості⁷, була впроваджена лише 6 травня 1987 року. Відповідно до положень зміненої ст. 2 Конституції ПНР, здійснення державної влади трудящими полягало також у висловленні своєї волі шляхом референдуму⁸. Внаслідок прийнятих змін того ж дня Сейм ПНР прийняв Закон про суспільні консультації

та референдум (Dz. U. 1987, Nr 14, poz. 82), що регулював принципи та проведення голосування⁹. Не вдаючись до детального обговорення вищезазначених положень Закону, слід однак вказати — крім принципу непроведення референдуму за межами країни¹⁰ — на специфічне формулювання умов його дії, що відрізняють референдум відповідно до Закону 1987 року від голосувань, проведених за чинним правовим статусом. Відповідно до змісту ст. 19 Закону, результат референдуму був обов'язковим, якщо за одне з поданих рішень проголосувало більше половини тих, хто має право голосу¹¹. Такий високий поріг необхідної підтримки для одного з варіантів — про це йшлося вже під час роботи над законом — виявився надто жорстким навіть у реаліях ПНР, коли була висока відвідуваність¹². На референдумі, призначеному Сеймом на 29 листопада 1987 року, з посиленням на необхідність глибоких економічних реформ і необхідність демократизації політичного життя, незважаючи на участь 67,32% тих, хто має право голосу, на жодне з запитань не було отримано відсоток відповіді, необхідний для дійсності референдуму (відповідно 44,28% голосів «за» і 18,57% голосів «проти» щодо повного виконання програми радикального економічного підйому, поданої Сейму, та 46,29% голосів «за», з 16,48% голосів «проти» щодо питання про легітимність реалізації моделі глибокої демократизації політичного життя, наслідком якої мало бути зміцнення самоврядування, розширення прав громадян і збільшення їхньої участі в управлінні державою). Таким чином, замість надання суверену можливості реального права висловитись щодо напрямку політичних та економічних реформ, референдум став інструментальним фасадом демократії¹³.

bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 73.

⁶ Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 75.

⁷ Jaskiernia J., Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 86.

⁸ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *“Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”* Year LXXVI, journals 2. — 2014. — P. 144.

⁹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 31.

¹⁰ Jaskiernia J., Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 80.

¹¹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 32.

¹² Jaskiernia J., Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 86.

Конституційний закон про взаємні відносини між законодавчими та виконавчими органами Республіки Польща та місцевого самоврядування (Dz. U. 1992, Nr 84, roz. 426 ze zm.), прийнятий 17 жовтня 1992 року та названий Малою Конституцією, підтримав положення Конституції ПНР стосовно народного голосування, присвятивши йому додатково ст. 19, згідно з якою референдум, ініційований Сеймом або Президентом РП, що діє за згодою Сенату, може проводитися з питань, що мають особливе значення для держави. Слід зазначити, що творці Малої Конституції, усвідомлюючи проблеми, пов'язані з отриманням обов'язкового результату референдуму відповідно до Закону 1987 року як умови його дії, змінили вимогу на «більшість тих, хто взяли участь в голосуванні при явці більше половини тих, хто має право голосу», лібералізуючи тим самим попередні вимоги.

Подальші референдуми, відомі як референдуми про надання голосів, були проведені на основі положень нового Закону про референдум, прийнятого 29 червня 1995 року (Dz. U. 1995, Nr 99, roz. 487 ze zm.). Як референдум щодо загального виборчого права громадян, призначений Президентом РП 29 листопада 1995 року, так і голосування щодо деяких напрямків використання державного майна, проведене з ініціативи Сейму (постанова від 21 грудня 1995 року), відбулися 18 лютого 1996 року. В обох випадках недостатня явка виборців перешкождала визнанню результатів референдуму обов'язковими¹⁴: умовою чинності голосування була участь не менше 14004858 виборців. На референдумі, призначеному главою держави, взяли участь лише 9076004 осіб, з яких 94,54% висловилися за надання загального виборчого права громадян. У голосуванні, ініційованому Сеймом, явка становила 9085145 осіб, що, як і у випадку референдуму, призначеного Президентом РП, призвело до його недійсності¹⁵.

¹³ Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej [Referendum in Poland and Eastern Europe] (ed. M. T. Staszewski, D. Waniek), Warszawa, 1996. — P. 112.

¹⁴ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues]. Publ. by "Palestra", 2003, issues 5–6. — P. 18.

¹⁵ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 144.

¹⁶ Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal and Structural Entanglement], (in:) Referendum konstytucyjne

Конституційний закон про спосіб підготовки та прийняття Конституції Республіки Польща

(Dz. U. 1992, Nr 67, roz. 336 ze zm.), прийнятий 23 квітня 1992 р., передбачав у тексті ст. 9, абз. 1 і 2, що протягом 14 днів з дня прийняття Національною асамблеєю Конституції РП Президент РП повинен скликати референдум про затвердження Основного Закону, визначивши його датою вихідний день в межах чотирьох місяців з дати голосування¹⁶. Відповідно до положень ст. 11, абз. 1 Конституційного закону, Конституція РП вважалась прийнятою на референдумі, якщо більшість виборців проголосували за це. Зазначене положення стало причиною дискусії між представниками науки конституційного права щодо розуміння поняття більшості голосів, необхідного для затвердження нової Конституції¹⁷. Було зазначено, що відповідно до положень ст. 19 зазначеного вище Конституційного закону від 17 жовтня 1992 року, референдум був чинним, якщо в ньому брало участь більше половини тих, хто має право голосу — отже, положення Закону про спосіб підготовки та прийняття Конституції РП мало б посилатися, на думку деяких експертів, лише на розподіл голосів за і проти, а умовою дійсності голосування була явка, що перевищувала половину людей з активним виборчим правом. Тож таке положення справедливо вважалась несанкціонованим. По-перше, слід згадати, що ст. 11 абзацу 1 Закону від 23 квітня 1992 року діяла раніше, ніж норма Малої Конституції, і тому не видавалось можливим передбачити майбутнього напрямку законодавчої роботи. По-друге, на етапі формулювання положень Закону про спосіб підготовки та прийняття Конституції РП кворум не був встановлений цілеспрямовано як умова обов'язкової сили конституційного референдуму. Було вирішено, що затвердження нового Основного закону сувереном є ключовим питанням, а отже, рішення про прийняття цього закону з найвищою юридичною

w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 94.

¹⁷ Wawrzyniak J., Aksjologia referendum konstytucyjnego [Axiology of the Constitutional Referendum], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 195.

¹⁸ Jarosz Z., Prawne problemy referendum konstytucyjnego [Legal Issues of the Constitutional Referendum], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 49.

¹⁹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law],

силою, що визначає основи політичної, соціальної і економічної системи держави, повинні бути прийняті активними громадянами, які беруть участь у державних справах, і знають про зміст положень Конституції, за які голосують, а не пасивними, не зацікавленими в участі у референдумі¹⁸. Як важливий аргумент на користь прийняття тлумачення ст. 11, абзац 1 Конституційного Закону про відмову від умови кворуму, було також вказано, що інше розуміння призведе до патової ситуації, в якій внаслідок неможливості отримати необхідну явку та обов'язковий результат референдуму, Конституція не буде прийнята або відкинута народом, що поставить під сумнів подальшу долю Закону, що готується та приймається Національною асамблеєю¹⁹. У результаті публічного обговорення стаття 11 абзац 1 Конституційного закону від 23 квітня 1992 року вважається *lex specialis* (спеціальною нормою) стосовно до ст. 19 абзац 3 Малої Конституції, і це — як свідчить майбутнє — призвело до затвердження нового Основного Закону.

Після прийняття Національною асамблеєю Конституції РП 2 квітня 1997 року, Президент РП наказав провести конституційний референдум 25 травня. Право участі в голосуванні мали 28324965 громадян, явка виборців — 42,86%, більшість учасників референдуму, необхідна для прийняття Конституції, була встановлена на рівні 6 069 896 осіб. За прийняття Основного Закону проголосували 6 398 316 осіб з активним правом голосу, що становило 52,7% виборців, 5 571 439 (45,8%) виборців проти, а 170 035 голосів вважалися недійсними. У світлі вищевикладених висновків Національної виборчої комісії і після того, як Верховний суд заявив про дійсність проведеного референдуму, Президент РП підписав Конституцію 16 липня 1997 року²⁰. Основний закон набув чинності 17 жовтня 1997 року, до п'ятої річниці прийняття Малої Конституції.

¹⁸ Publ. by the University of Wrocław, Wrocław, 2001. — P. 60.

²⁰ Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal and Structural Entanglement], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 122.

²¹ Sarnecki P., Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym na tle Konstytucji RP [The Act of 14 March 2003 on National Referendum on the Background of the Constitution of the Republic of Poland], "Przegląd Sejmowy" 2003, issue 3. — P. 12, 21.

²² Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] Publ. by "Palestra", 2003, issues 5–6. — P. 12.

НАЦІОНАЛЬНИЙ РЕФЕРЕНДУМ У СВІТЛІ ПОЛОЖЕНЬ КОНСТИТУЦІЇ РП ВІД 2 КВІТНЯ 1997 РОКУ ТА ЗАКОНУ ВІД 14 БЕРЕЗНЯ 2003 РОКУ

Наразі питання, пов'язані з інституцією національного референдуму, регулюються ст. 125, ст. 90, абз. 3, та ст. 235, абз. 6 Конституції РП. Згідно з положеннями першого з вищезазначених положень, які загалом регулюють предмет і основи організації голосування, національний референдум може проводитися з питань, що мають особливе значення для держави, а суб'єктами, уповноваженими на його скликання, є Сейм РП та Президент РП, після отримання згоди Сенату (така норма визнається деякими представниками науки конституційного права обмеженням свободи Глави держави у реалізації конституційних прерогатив)²¹. Слід зазначити, що неточна редакція Конституції щодо предмету референдуму провокує критику доктрини. Вказується, що на референдум, передбачений у ст. 125 Основного Закону, можуть бути винесені лише загальні питання, які «без заміщення діями компетентних державних органів мають визначати пізніший зміст дій, здійснених цими органами»²². Конституційна редакція «питання, що має особливе значення для держави» — це загальне положення, яке може бути важко інтерпретувати в конкретних випадках. Тим не менш, предмет національного референдуму за ст. 125, безумовно, не може стосуватись тільки певної категорії громадян або частини території держави — тобто не стосуватись держави в цілому; такі питання не вписуються в перелік, який можна віднести до волі суверена, висловленої в голосуванні народу²³.

Обидві палати приймають вищезгадані постанови абсолютною більшістю голосів, за наявності принаймні половини встановленої законом кількості депутатів або сенаторів. Референдум є обов'язковим за умови, що в голосуванні беруть участь більше половини тих, хто має право голосу, тоді як його чинність — як і у випадку парла-

²³ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 149; Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], Publ. by Wyd. Sejmowe, Warszawa, 2001. — P. 5.

ментських і президентських виборів та виборів до Європейського парламенту — підтверджується Верховним судом.

Ст. 90, абзац 3, сформульований творцями Конституції для потреб майбутнього процесу європейської інтеграції, передбачає, що згода на ратифікацію міжнародного договору, яким Республіка Польща передає міжнародній організації чи міжнародному органу компетенцію державних органів у певних питаннях, може надаватися шляхом проведення національного референдуму відповідно до ст. 125 Конституції²⁴. Це положення було використане для проведення референдуму про приєднання, що підтверджує вступ Республіки Польща до Європейського Союзу, організованого 7–8 червня 2003 року.

Ст. 235, абзац 6 Основного закону стосується конституційного референдуму, що має трохи відмінний характер від класичного національного референдуму. Конституційний референдум може стосуватися затвердження загальним голосуванням лише змін, внесених до положень Розділів I — «Республіка», II — «Свободи, права і обов'язки людини і громадянина», а також XII — «Зміна Конституції». У випадку конституційного референдуму різниця полягає як у суб'єкті, що ініціює голосування народних депутатів — голові Сейму, так і в групі суб'єктів, які мають право скликати його: відповідно до ст. 235, абзац 6 у зв'язку зі ст. 235, абзац 1 Основного Закону, легітимність забезпечують: 1/5 статутного складу палати депутатів (92 депутати), Сенат і Президент РП, що діють протягом 45 днів з дня прийняття Закону про внесення змін до Конституції Сенатом. Важливо відзначити, що голова Сейму не має права на вільну оцінку підстав такого скликання, згідно з конституційними нормами, у разі ініціативи щодо проведення референдуму уповноваженим суб'єктом, спікер «негайно скликає» референдум протягом 60 днів з дати подання заяви²⁵. Слід також зазначити, що на відміну від національного референду-

му з питань, що становлять особливий інтерес для держави, конституційний референдум є чинним незалежно від явки: зміни до Конституції вважаються прийнятими, якщо більшість виборців проголосувала «за»²⁶. Ця процедура спрямована на те, щоб трансформація змісту Основного Закону залежала від волі громадян, зацікавлених у напрямі правових змін, а не блокувалась пасивністю частини електорату.

Конституція делегувала детальне врегулювання питань, пов'язаних з підготовкою, проведенням та встановленням результатів референдуму, закону. Відповідно до чинного законодавства (2018 рік) цей інститут врегульований Законом від 14 березня 2003 року про національний референдум.

Відповідно до змісту ст. 3 абзаци 1 і 2 Закону про референдум, які дублюють положення ст. 62, абзаци 1 і 2 Конституції РП, громадяни Польщі, яким найпізніше у день голосування виповниться 18 років, мають право брати участь у голосуванні. Перелік позбавлення права голосу на референдумі включає випадки позбавлення громадянських або виборчих прав та втрати дієздатності на підставі юридично обов'язкового рішення суду. Варто зауважити, що Конституція РП надає громадянам право «брати участь» у референдумі, а не право «на референдум». Остаточне рішення щодо предмету голосування, його дати або відхилення заяви громадян належить представницькому органу. Це провокує зауваження щодо напівпрямого характеру національного референдуму²⁷, що проявляється у нездатності суверена ефективно ініціювати референдум²⁸. Про неохоче ставлення законодавця до інструментів безпосередньої участі громадян у процесі державного управління, що негативно впливає на використання інструментів прямої демократії, свідчить також відсутність обов'язкових референдумів у положеннях Основного закону та позбавлення суверена права брати участь у провадженні, спрямованому на

²⁴ Piłat M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], "Studia Iuridica Lublinensia", 2004, vol. 3. — P. 153; Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], "Acta Universitatis Wratislaviensis", *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63. — P. 80.

²⁵ Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) Referendum ogólnokrajowe

w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University*, 2016. — P. 13.

²⁶ Grabowska M., Polska ustawa o referendum ogólnokrajowym (referenda akcesyjne) [Polish Act on National Referendum (Accession Referenda)], "Studia Europejskie", 2003. — P. 104.

²⁷ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by "Palestra"*, 2003, issues 5–6. — P. 12–13.

²⁸ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 8.

внесення змін до Конституції РП: громадяни не мають ні права народної конституційної ініціативи, ні можливості ініціювати референдум про затвердження змін²⁹.

Голосування може проводитися протягом одного-двох днів — у першому випадку — у вихідний день, у другому — також за день до цього. Одноденне голосування відбувається з 6:00 до 22:00, а дводенне голосування відбувається з 6:00 до 20:00 щодня. Голосування на референдумі проводиться на виборчих дільницях країни, тобто на постійних дільницях, визначених на підставі положень Виборчого кодексу від 5 січня 2011 року, та на окремих дільницях, створених в лікарнях, установах соціального забезпечення, пенітенціарних установах, установах попереднього слідства та ув'язнення і зовнішніх дільницях для польських громадян, які перебувають на польських морських судах, а також на виборчих дільницях, створених для громадян Польщі, які перебувають за кордоном. Також допускається створювати виборчу дільницю в студентських гуртожитках або їхніх комплексах, якщо в день голосування присутні щонайменше 50 осіб, які мають право брати участь у референдумі, а ректор закладу вищої освіти, що керує студентським гуртожитком, поінформований про це.

Закон передбачає трирівневу систему компетентних органів у справах національного референдуму: Національна виборча комісія, виборчі комісії та окружні виборчі комісії для проведення референдуму.

Центральний виборчий орган відповідає за організацію та проведення референдуму, зокрема: здійснює нагляд за підготовкою референдуму та дотриманням правил, що регулюють його виконання, роз'яснення способу голосування, розгляд скарг на діяльність членів виборчих комісій, підготовку звітів про перебіг голосування; а також надає публічний доступ до результатів референдуму та оголошує їх у Офіційному віснику Республіки Польща.

До завдань членів виборчих комісій, що належать до сфери їх компетенції, належать: забез-

печення — у співпраці з територіальними органами самоврядування — належної підготовки та проведення референдуму, перевірка на відповідність положенням Закону про референдум діяльності окружних комісій та розгляд скарг на їхню діяльність, надання окружним виборчим комісіям бюлетенів, визначення результатів голосування та їх передачі до Національної виборчої комісії.

Окружні комісії для референдуму призначаються сільським, міським головою з осіб, які мають право на участь у референдумі, постійно проживають на території гміни, у складі: 4–8 осіб у разі одноденного голосування, і 6–10 у випадку дводенного голосування. В обох ситуаціях одна особа, зазначена виконавчим органом гміни, додатково призначена в склад окружної комісії: для постійних виборчих дільниць — з місцевих державних службовців, а у випадку окремих дільниць, створених у лікарнях, установах соціального забезпечення, в'язницях, слідчих ізоляторах та студентських гуртожитках — зі службовців цих установ. Окружні комісії несуть відповідальність за проведення голосування, забезпечення дотримання положень Закону про референдум у час і місце голосування, визначення результатів голосування на окрузі та оприлюднення та передачі протоколу голосування компетентному члену виборчої комісії.

Як уже зазначалося вище, референдум з питань, що становлять особливий інтерес для держави, скликається Сеймом або Президентом Республіки Польща за згодою Сенату.

Варто зазначити, що Сейм, приймаючи рішення про віднесення даного питання до загального голосування, може діяти за власною ініціативою або за поданням Ради Міністрів, Сенату і групи зі щонайменше 500 000 громадян. Важливо зауважити, що таке подання уповноваженою особою (із зазначенням пропозицій щодо питань або варіантів рішення у розглянутому випадку на референдумі) не означає — на відміну від конституційного референдуму — зобов'язання призначити референдум³⁰. У разі відмови Сейму призначити на-

²⁹ Uziębło P., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego na wniosek grupy wyborców [Ordering National Referendum, at Request of Voters' Group], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected issues]. Publ. by the Gdańsk University, Gdańsk 2016. — P. 35.; Koziełło T., Ogólnokrajowa obywatelska inicjatywa referendalna w Polsce, [National Civic Referendum Initiative in Poland], "Polityka i Społeczeństwo", 2010, issue 7. — P. 113.

³⁰ Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" 2003/2004, issue 50. — P. 72; Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 151.

ціональний референдум, спікер Палати зобов'язаний повідомити про це суб'єкта подання. Варто також підкреслити, що подання про референдум з конкретного питання, подане громадянами, не може стосуватися питань, пов'язаних з державною обороною, амністією та доходами та витратами держави, зокрема податками та іншими державними зборами³¹ (про детальну процедуру, що стосується подання групи громадян про проведення національного референдуму)³²,

У разі референдуму, призначеного Президентом РП, Глава держави представляє Сенату питання або варіанти вирішення та дату його виконання³³, а друга палата парламенту приймає рішення про голосування або відхилення його протягом 14 днів з дня подання проекту рішення Президента РП³⁴.

Як у випадку референдуму, призначеного Сеймом, так і при голосуванні, проведеному з ініціативи Глави держави, постанова або рішення у справі повинні містити: правові підстави для проведення референдуму, пропозиції щодо питань або варіантів вирішення, дату голосування та календар заходів, пов'язаних з референдумом³⁵. Відповідно до положення ст. 65 абзац 4 Закону від 14 березня 2003 року, референдум проводиться не пізніше ніж через 90 днів з моменту оголошення постанови Сейму РП або рішення Президента РП. Як уже зазначалося, результат референдуму з питань, що мають особливе значення для держави, є обов'язковим, якщо в ньому взяли участь більше половини тих, хто має право голосу. Є чимось

іншим натомість вирішальний характер плебісциту: він має місце, якщо на поставлене запитання більшість відповідей у дійсних бюлетенях було «за» чи «проти», або якщо один із запропонованих варіантів отримує найбільшу кількість дійсних голосів³⁶. Обов'язковий результат референдуму зобов'язує державні органи негайно прийняти необхідні нормативні акти або здійснити інші дії, не пізніше ніж через 60 днів з дня оголошення рішення Верховного Суду про визнання результатів референдуму у Журналі законів РП. Зазначається, що це зобов'язання, зокрема, покладається на органи влади, конституційні завдання і компетенції яких стосуються даної категорії справ³⁷. Слід підкреслити, що у разі невиконання вищезгаданого зобов'язання правові наслідки не передбачені: у науці конституційного права висловлюється думка, що забезпечення відповідальності за невиконання обов'язкового результату референдуму можливе лише виборцями у ході наступних виборів; стосовно Президента також у формі здійснення конституційної відповідальності³⁸, яка — зважаючи на занадто загальне визначення зобов'язання виконати обов'язковий результат референдуму³⁹, і форму польської моделі провадження у справі про конституційні правопорушення — не дуже ймовірна.

Відмінності, пов'язані з процедурою проведення референдуму щодо надання згоди на ратифікацію міжнародного договору, зазначеного у ст. 90, абз. 3 Конституції РП, регулюються розділом 9 Закону про референдум⁴⁰ (відмінності щодо консти-

³¹ Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" 2003/2004, issue 50. — P. 53.

³² Mordwiłko J., W sprawie trybu postępowania Sejmu z wnioskiem grupy obywateli o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego [On the Procedure of the Sejm with the Request by a Group of Citizens to Hold a National Referendum], "Biuletyn EiOP" 2000, issue 1. — P. 94.

³³ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], Publ. by Wyd. Sejmowe, Warszawa, 2001. — P. 8.

³⁴ Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected Issues], Publ. by the Gdańsk University, 2016. — P. 26.

³⁵ Wrzalik M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the

President of the Republic of Poland on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], "Przegląd Prawa Konstytucyjnego", 2017, issue 4. — P. 35.

³⁶ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 153.

³⁷ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 154.

³⁸ Skotnicki K., Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej [Opinion on a Citizen's Request to the Sejm to Adopt a Resolution on Holding a National Referendum on Changes in the Political System of the Republic of Poland], "Przegląd Sejmowy", 2005, issue 3. — P. 117.

³⁹ Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected Issues], Publ. by the Gdańsk University, 2016. — P. 28

⁴⁰ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], Publ. by Wyd. Sejmowe, Warszawa, 2001. — P. 14.

туційного референдуму вже обговорювалися в попередній частині цієї статті). Про підписання міжнародного договору, згідно з яким Республіка Польща передала міжнародній організації або міжнародному органу компетенцію державних органів у певних питаннях, повідомляє Прем'єр-міністр Голові Сейму. Згода на ратифікацію такої угоди може бути виражена парламентським шляхом, шляхом прийняття закону в обох палатах більшістю у 2/3 голосів, за присутності принаймні половини встановленої законом кількості депутатів чи сенаторів або на національному референдумі. Спосіб надання згоди визначається Сеймом постановою, прийнятою абсолютною більшістю голосів⁴¹. Суб'єктами, уповноваженими призначати референдум, як це передбачено законом, є Сейм та Президент РП за згодою Сенату. Якщо органом, що ініціює голосування, є Сейм, треба зауважити, що Палата зобов'язана прийняти окрему постанову з цього питання — діяльність, пов'язана з визначенням способу погодження на ратифікацію міжнародного договору, є недостатньою⁴². Варто підкреслити, що на відміну від референдуму з питань, що мають особливе значення для держави за ст. 125 Конституції, Сейм розглядає це питання лише за власною ініціативою, тому подання про проведення референдуму інших суб'єктів неприпустимі. Щодо референдуму за ст. 90, абзац 3 Конституції, також імається, щоб у ньому брало участь більше половини тих, хто має право голосу, як умова його обов'язкового характеру, з яким пов'язані наслідки голосування. Якщо результат референдуму є обов'язковим, і більшість дійсних голосів було подано «за», Президент РП може ратифікувати міжнародну угоду як легітимну⁴³; переважання негативних голосів при одночасному обов'язковому характері референдуму виключає можливість для глави держави вчиняти дії для взяття Республікою Польща на себе зобов'язань дотримуватись положень договору⁴⁴. Ситуація трактується інакше у випадку необов'язкового результату голосування:

відповідно до ст. 75 Закону від 14 березня 2003 року, якщо необхідна явка не забезпечена, Сейм може знову прийняти постанову про спосіб надання згоди на ратифікацію конкретного виду міжнародного договору, укладеного польською державою.

Витрати, пов'язані з організацією та проведенням національного референдуму, покриваються з державного бюджету як частина цільових резервів. Вони включають, зокрема, витрати, пов'язані з виконанням завдань Національної виборчої комісії, Національного виборчого бюро, виборчих комісій та окружних виборчих комісій, а також коштів, витрачених у зв'язку з виконанням обов'язків органів державної адміністрації та їх центральних органів, а також зі завданнями, що виконуються органами місцевого самоврядування.

Проти дійсності загальнонаціонального референдуму може бути поданий протест до Верховного суду за порушення положень Закону про референдум щодо голосування, встановлення результатів голосування чи визначення результатів референдуму або через вчинення злочину проти порядку проведення референдуму⁴⁵. Право на оскарження легітимності референдуму залежить від підстави протесту: якщо вона ґрунтується на звинуваченні в скоєнні злочину або порушенні положень закону Національною виборчою комісією (Państwowa Komisja Wyborcza — PKW), право подавати скаргу належить кожному, хто має право брати участь у голосуванні, а у разі протесту на підставі порушення положень Закону про референдум щодо голосування або встановлення результатів голосування в окрузі або членом виборчої комісії, право оскарження дійсності референдуму має особа, включена до списку виборців у конкретному окрузі або в межах компетенції іншої виборчої комісії, до якої належить член виборчої комісії. Протест подається у письмовій формі протягом 7 днів з дати оголошення результату референдуму Національною виборчою комісією

⁴¹ Piłat M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *“Studia Iuridica Lublinensia”*, 2004, vol. 3. — P. 153.

⁴² Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *“Acta Universitatis Wratislaviensis”*, *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63. — P. 84

⁴³ Piłat M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *“Studia Iuridica Lublinensia”*, 2004, vol. 3. — P. 160.

⁴⁴ Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *“Acta Universitatis Wratislaviensis”*, *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63. — P. 95.

⁴⁵ Див.: Jachimowicz M., Przestępstwa z ustawy o referendum ogólnokrajowym [Offences under the Act on the National Referendum], *“Przegląd Sejmowy”*, 2008, issue 1. — P. 65; Wrzaliak M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the President of the Republic of Poland on Matters of Special Importance to the State (Selected

у журналі законів, а Верховний суд, розглядаючи скарги, у повному складі всієї палати з питань надзвичайного контролю та громадських справ, приймає рішення про дійсність референдуму не пізніше ніж через 60 днів з моменту оприлюднення результату референдуму (підтвердження дійсності референдуму є необхідним елементом процедури референдуму, незалежно від того, чи було опротестовано плебісцит чи ні)⁴⁶. Рішення негайно подається Президентові РП, головам Сейму та Сенату, прем'єр-міністру, а також публікується в Журналі законів РП і надсилається до Національної виборчої комісії. Якщо Верховний суд анулює голосування в окрузі або округах, і якщо анулювання не вплине на результат референдуму, Національна виборча комісія переглядає результати референдуму шляхом прийняття ухвали. Якщо встановлено, що порушення закону, згадане в протестах, вплинуло на кінцевий результат плебісциту, Верховний суд постановляє повторне голосування в конкретному окрузі або округах, або вказує дії, з яких слід поновити процедуру референдуму. Після виконання встановлених дій Національна виборча комісія визначає скориговані результати голосування та результат референдуму шляхом прийняття ухвали, яка буде опублікована у Журналі законів РП.

Протягом періоду дії Конституції РП від 2 квітня 1997 року відбулися два національні референдуми. Перший з них, що стосується схвалення народом ратифікації Договору про вступ Республіки Польща до Європейського Союзу, був проведений 8 червня 2003 року. Було прийняте рішення про голосування протягом двох днів: 7 та 8 червня 2003 року через характерні для польських виборів та референдумів проблеми із забезпеченням високої явки. У референдумі про приєднання взяли участь 59% тих, хто має право голосу, що визначило його обов'язковий характер. Переважна більшість (77%) висловилися за приєднання Польщі до ЄС, що дозволило Президенту РП провести урочисту ратифікацію Договору про вступ 23 липня 2003 року.

Problems]], "Przegląd Prawa Konstytucyjnego", 2017, issue 4. — P. 39.

⁴⁶ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], Publ. by Wyd. Sejmowe, Warszawa, 2001. — P. 11.

⁴⁷ Osiecki G., Potocki M., Referendum przeszło do historii [Referendum Passed into History]. "Dziennik Gazeta Prawna", 8 September 2015. — P. A4.

Другий і останній референдум на сьогоднішній день (2018 р.), скликаний Президентом РП 17 червня 2015 р., відбувся 6 вересня 2015 року. Виборці відповіли на 3 запитання: 1) Чи підтримуєте ви введення одномандатних виборчих округів на виборах до Сейму РП; 2) Чи ви підтримуєте збереження існуючого способу фінансування політичних партій з державного бюджету? 3) Чи ви погоджуєтесь із запровадженням загального правила розв'язання сумнівів щодо тлумачення податкового права на користь платника податків? Що стосується першого і останнього запитань, то відповіді «за» були явно переважаючими: 78,75% і 94,52% голосів, відповідно, а на друге запитання учасники референдуму відповіли негативно (82,63% голосів). Незважаючи на однозначну позицію виборців у справах, винесених на референдум, його результати не могли вважатися обов'язковими через незабезпечення необхідної явки — 7,8% тих, хто має право голосу, брали участь у плебісциті, що було найгіршим результатом серед всіх європейських всезагальних голосувань, що проводилися після Другої світової війни⁴⁷.

Для порядку варто зазначити, що відповідно до Конституції Польщі 1997 року також планувалися інші референдуми, загалом ініційовані громадянами, але вони зрештою не відбулися (тільки в 2007–2012 роках було зроблено 9 спроб; їх не допускав Сейм, не приймаючи постанов щодо референдуму, а деякі Сенат, який не дав згоди на ініціативу Президента РП про референдум⁴⁸. Як приклад: у 2005 році мав відбутися референдум щодо Конституції ЄС, але після негативних результатів референдумів у Франції та Нідерландах ідея його проведення була відкинута. Дві ініціативи Президента РП про проведення референдуму виявилися неефективними: проект постанови про ухвалення національного референдуму щодо пенсійного віку, функціонування державних лісів та обов'язкового шкільного віку шестирічних дітей, внесений Главою держави в Сенат 17 серпня 2015 року, був відхилений другою палатою 4 вересня 2015 року⁴⁹, а ініціатива про проведення

⁴⁸ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 144; Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referenda ogólnokrajowe w Polsce. Opracowanie tematyczne OT-620 [Outline of the Institution of the Referendum as a Form of Direct Democracy. National Referenda in Poland. Thematic Studies OT-620], the Office of the Senate, May, 2013. — P. 13.

⁴⁹ Leszczyńska K., Instytucja referendum ogólnokrajowego zarzą-

конституційного референдуму 10–11 листопада цього року, включаючи 10 питань політичного характеру, не отримала згоди Сенату під час голосування 25 липня 2018 року.

ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ЗАКОНУ ПРО РЕФЕРЕНДУМ

Вищезгадане чітке обговорення положень Закону «Про національний референдум» 2003 року дозволяє зробити висновок, що більшість його положень побудовано прозоро, що не викликає сумнівів у тлумаченні. Тим не менш, існують деякі положення, формулювання яких вимагає змін для об'єднання з нормами Виборчого кодексу та деякі положення, які можуть, у нинішній редакції, створювати труднощі у їх практичному застосуванні.

По-перше, необхідно гармонізувати час голосування на референдумі з часом голосування на виборах до Парламенту, виборах Президента, виборах до органів місцевого самоврядування та виборах до Європарламенту⁵⁰. Як уже зазначалося, голосування на референдумі відбувається з 6:00 до 22:00 у випадку одноденного плебісциту та з 6:00 до 20:00 у разі голосування, яке здійснюється протягом 2 днів. Щодо виборів, то законодавцем встановлено час голосування з 7:00 до 21:00. (Стаття 39 § 2 Виборчого кодексу). Крім того, слід підкреслити, що у разі проведення одноденного референдуму виборча тиша триває до 22:00, а на виборах — до 21:00, якщо жодна з окружних виборчих комісій не продовжить голосування через виникнення надзвичайних випадків. Це може призвести до виникнення колізій у проведенні виборів і референдуму в той же день. Подібні ускладнення, пов'язані з часом голосування, участю у голосуванні чи тишею у день референдуму і виборів призведуть до дводенного голосування на референдумі та до проведення одночасних виборів на другий день.

Також потребує уваги питання списку виборців, що використовується на референдумі, який проводиться разом з виборами. Відповідно до чин-

ної редакції ст. 90, абз. 1 пункту 1 Закону «Про референдум», у розглянутому випадку використовуються списки виборців, складені для потреб конкретних виборів, натомість у зв'язку з пропозиціями виборчих органів⁵¹, у разі одночасного проведення виборів і референдуму необхідно було б вимагати від учасників окремого підтвердження отримання виборчої та референдумної картки, тому може бути розглянута зміна зазначеного положення у напрямі надання компетентному міністру права визначати нову форму списку виборців.

Необхідно також гармонізувати з положеннями Виборчого кодексу терміни публічного оприлюднення інформації про кількість і межі виборчих округів та місцезнаходження окружних виборчих комісій у постійних та окремих округах. Беручи до уваги діючу редакцію ст. 6, абзац 5 Закону від 14 березня 2003 року, таку інформацію надають не пізніше ніж на 40-ий день до референдуму, а відповідно до диспозиції ст. 6, абз. 3 Закону про референдум, положення Виборчого кодексу застосовуються до окремих виборчих округів, створених у лікарнях, установах соціального забезпечення, в'язницях та слідчих ізоляторах. Відповідно до змісту ст. 12 абзац 10 Кодексу, створення окремих округів відбувається не пізніше 35-го дня до дня виборів. Беручи до уваги зазначене вище, слід зауважити, що наразі Закон «Про референдум» вимагає опублікування інформації про межі та номери виборчих округів та місця окружних виборчих комісій не пізніше ніж за 5 днів до закінчення терміну формування окремих округів на референдумі. Також було б доцільно узгодити найменування підрозділів, в яких створюються окремі округи для проведення референдуму, з назвами, що впливають з положень Виборчого кодексу (пункт 1 абзац 1 ст. 6 Закону «Про референдум» у зв'язку з абзацом 4 ст. 10 Виборчого кодексу).

Необхідно також звернути увагу на потребу доповнення положень Закону «Про референдум» нормами про голосування через представника і про кореспонденційне голосування. Хоча ст. 5, абзац 5 Закону про референдум вимагає, щоб положення Виборчого кодексу застосовувалися до

dzanego przez Prezydenta RP za zgodą Senatu [Institution of the National Referendum Ordered by the President of the Republic of Poland with the Consent of the Senate], *“Studia Politologiczne”* 2016, issue 42. — P. 85.

⁵⁰ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information

on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 19.

⁵¹ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 20.

процедури голосування, слід зазначити, що, поперше, ст. 5, абзац 1 Закону про референдум безпосередньо висловлює лише можливість особистого голосування (Закон не висловлює застережень щодо ст. 38 § 1 Виборчого кодексу), подруге, немає посилання на конкретні положення Кодексу чи підзаконні акти, пов'язані з цим⁵², що регулюють кореспонденційне голосування та голосування через представника.

Також варто розглянути питання про розширення норм про референдум такими, що стосуються надання інформації про дату референдуму, годин і способу голосування для тих, хто має право на участь у референдумі в постійних округах. Аналогічне положення Виборчого кодексу (ст. 37d) набрало чинності з 1 січня 2016 року і передбачає обов'язок члена виборчої комісії надати виборцям цю інформацію у вигляді безадресних листівок, які розміщуються в поштових скриньках.

Наприкінці зауважень щодо бажаних напрямків змін до Закону про референдум слід запропонувати уточнити положення, що визначають правові підстави для подання протесту проти дійсності референдуму. Нинішнє нормативне регулювання важко вважати однозначним і зрозумілим для учасників голосування, оскільки диспозиція ст. 34, абзац 2 Закону посилається на належне застосування положень Виборчого кодексу у питаннях, що стосуються умов та порядку подання протесту, а також його розгляду, засад прийняття рішень Верховним судом у вирішенні цього питання, без вказівки однак, щодо яких виборів ці положення мають застосовуватися⁵³. Беручи до уваги відсутність цієї інформації, слід чітко застосовувати положення, що регулюють порядок оскарження дійсності конкретної виборчої процедури (парламентські та президентські вибори), або детально регулювання правил подання протестів на референдум в Законі від 14 березня 2003 року.

ВИСНОВКИ

Принцип суверенітету народу, виражений у ст. 4 абзац 1 Конституції РП від 2 квітня 1997 року, реалізується (ст. 4 абзац 2) при здійсненні повноважень вищого рівня опосередковано або безпосередньо. Беручи до уваги, що детальна си-

стематика Основного Закону не є випадковою і базується на конкретній конституційній концепції, вирішальне значення має відігравати представницька демократія, коли народ шляхом вільних виборів визначає склад представницьких органів, що виражають його волю. Тим не менш, повнота демократичної конституційної системи виражається у наданні суверену можливості висловитися безпосередньо з питань, що мають для нього ключове значення — в сучасних демократіях цю мету має обслуговувати інститут референдуму. Незважаючи на застереження, висловлені в доктрині про всенародне голосування, підкреслення його потенційно антипарламентського характеру, здатності маніпулювати волею виборців через ненадійне формулювання питань референдуму, зниження інтересу до референдуму та його значення там, де інститут використовується надто часто, або високих витрат на організацію, які часто не призводять обов'язкових результатів, можна з упевненістю відзначити, що інкорпорація інституту референдуму до змісту сучасних конституцій має бути однозначно оцінена позитивно. Безпосередня участь суверена у прийнятті рішень, які мають істотне політичне та соціальне значення, є найбільш повним проявом демократії, важливим засобом побудови громадянського суспільства та додатком до представницького правління. Референдум також має важливу освітню функцію, активізуючи політичне суспільство та переконуючи громадян у можливості прямого впливу на хід державних справ. Для того, щоб уможливити вищезазначені переваги, що випливають з доповнення представницької демократії інструментами безпосередньої участі суверена в здійсненні влади, органи державної влади, які вирішили забезпечити ефективне всенародне голосування, повинні продемонструвати свою зрілість та розсудливість при його скликанні. Беручи до уваги попередній польський досвід організації національного референдуму, слід зазначити, що цей інститут не користується особливим соціальним визнанням, оскільки влада трактує референдум опортуністично і з суто політичних причин, не мотивованих потребами, про які сигналізують громадяни. Такі дії, замість того, щоб виробляти в суспільстві переконання про реальний зміст волі, висловленої суве-

⁵² National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 21.

⁵³ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 22.

реном під час голосування, призвели до знецінення інституту референдуму та зниження інтересу до цієї форми прямої демократії. Крім того, варто вказати додатково на незадовільний стан правового регулювання референдуму в польському конституційному ладі: відсутність ефективної ініціативи референдуму групою принаймні 500 000 громадян, бо вона залежить від рішення Сейму та супроводжується відсутністю обов'язкових референдумів на національному рівні, виключення су-

верена з процесу ініціювання конституційного референдуму та недоліки Закону про референдум, зазначені у цій статті як пропозиції щодо внесення змін. Без законодавчого втручання в обговорювані питання та використання референдуму лише у випадках, що мають реальне значення для громадян, важко буде змінити соціальне сприйняття інституту, який мав би в основі служити суверену.

Переклад: Ольга НИКОРАК

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001.
2. Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001.
3. Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995.
4. Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by "Palestra"* 2003, issues 5–6.
5. Jaskiernia J. Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995.
6. Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2. — 2014.
7. Malinowski A., Społeczne uwarunkowania referendum [Social Conditions of the Referendum], (in :) *Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej* [Referendum in Poland and Eastern Europe] (ed. M. T. Staszewski, D. Waniek), Warszawa, 1996.
8. Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal and Structural Entanglement], (in:) *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa 1997.
9. Wawrzyniak J., Aksjologia referendum konstytucyjnego [Axiology of the Constitutional Referendum], (in:) *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997.
10. Jarosz Z., Prawne problemy referendum konstytucyjnego [Legal Issues of the Constitutional Referendum], (in:) *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa 1997.
11. Sarnecki P., Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym na tle Konstytucji RP [The Act of 14 March 2003 on National Referendum on the Background of the Constitution of the Republic of Poland], *"Przegląd Sejmowy"*, 2003, issue 3.
12. Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) *Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia* [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University* 2016.
13. Piłat M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *"Studia Iuridica Lublinensia"*, 2004, vol. 3.
14. Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *"Acta Universitatis Wratislaviensis"*, *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63.

15. Grabowska M., Polska ustawa o referendum ogólnokrajowym (referenda akcesyjne) [Polish Act on National Referendum (Accession Referenda)], *“Studia Europejskie”*, 2003.
16. Uziębło P., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego na wniosek grupy wyborców [Ordering National Referendum, at Request of Voters' Group], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected issues]. *Publ. by the Gdańsk University*, Gdańsk, 2016.
17. Koziełło T., Ogólnokrajowa obywatelska inicjatywa referendalna w Polsce, [National Civic Referendum Initiative in Poland], *“Polityka i Społeczeństwo”*, 2010, issue 7.
18. Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], *“Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”*, 2003–2004, issue 50.
19. Mordwiłko J., W sprawie trybu postępowania Sejmu z wnioskiem grupy obywateli o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego [On the Procedure of the Sejm with the Request by a Group of Citizens to Hold a National Referendum], *“Biuletyn EiOP”*, 2000, issue 1.
20. Wrzałik M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the President of the Republic of Poland on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], *“Przegląd Prawa Konstytucyjnego”*, 2017, issue 4.
21. Skotnicki K., Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej [Opinion on a Citizen's Request to the Sejm to Adopt a Resolution on Holding a National Referendum on Changes in the Political System of the Republic of Poland], *“Przegląd Sejmowy”* 2005, issue 3.
22. Jachimowicz M., Przepięstwa z ustawy o referendum ogólnokrajowym [Offences under the Act on the National Referendum], *“Przegląd Sejmowy”*, 2008, issue 1.
23. Osiecki G., Potocki M., Referendum przeszło do historii [Referendum Passed into History]. *“Dziennik Gazeta Prawna”*, 8 September 2015.
24. Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referenda ogólnokrajowe w Polsce. Opracowanie tematyczne OT-620 [Outline of the Institution of the Referendum as a Form of Direct Democracy. National Referenda in Poland. Thematic Studies OT-620], the Office of the Senate, May 2013.
25. Leszczyńska K., Instytucja referendum ogólnokrajowego zarządzanego przez Prezydenta RP za zgodą Senatu [Institution of the National Referendum Ordered by the President of the Republic of Poland with the Consent of the Senate], *“Studia Politologiczne”*, 2016, issue 42.
26. National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016.



Dr Łukasz Buczkowski
/ Łomża State University
of Applied Sciences

NATIONAL REFERENDUM IN THE REPUBLIC OF POLAND IN THE LIGHT OF THE PROPOSALS OF THE ACT OF 14 MARCH 2003*

*Consolidated text Journal of Laws of 2018, item 754, as amended.

The aim of the article is to present the origins, types, and practice of carrying out a national referendum in the Republic of Poland (Rzeczpospolita Polska — RP). Apart from the analysis of the current legal status regarding the subject scope and the mode of referendum management, the implementation of its individual stages and legal consequences of voting, and the referendum practice under the 1997 Constitution of the Republic of Poland, some proposals for changes will be presented, raised by the doctrine of constitutional law and electoral administration bodies in relation to some selected provisions of the Act on the National Referendum of 14 March 2003.

INTRODUCTORY REMARKS

Proposals for the introduction of a national referendum into the Polish political system date back to the first years after Poland regained its independence. Already at the stage of work on the March Constitution of 1921, in the projects submitted by some political groups, the need to constitutionalize this form of direct democracy was signalled; the postulate of anchoring the referendum in the provisions of the new Basic Law was contained in concepts by the Polish Socialist Party (Polska Partia Socjalistyczna — PPS), the Polish People's Party "Liberation" (Polskie Stronnictwo Ludowe "Wyzwolenie" — PSL "Wyzwolenie"), the National Workers' Party (Narodowa Partia Robotnicza — NPR), and the Constitutional Work Club (Klub Pracy Konstytucyjnej — KPK). The PPS project, which provided for the possibility of holding a referendum (called a popular vote) in relation to each statute and resolution adopted by the Sejm, should be

considered as particularly interesting and elaborate. The entities authorized to submit an application for the ordering of a national referendum were the Sejm, the Labour Chamber (with the intention of the project promoters to replace the second Chamber of the Parliament), the President of the Republic of Poland (Rzeczpospolita Polska — RP), the Council of Ministers (these entities had to obtain the approval of at least 1/3 of the Deputies' Chamber composition) and — what is worth emphasizing due to the essence of the referendum institution — a group of at least 100,000 Polish citizens having an active electoral right¹. In an interesting way, the proposal to constitutionalize the referendum in the KPK project was normalized, according to which — and in the conditions of the reviving, post-partition statehood was not a senseless solution — a constitutional referendum referring to the sanctioning of the Basic Law or its amendment by the Sovereign, could be held only in the territory where the percentage of illiterates among those entitled to vote did not exceed 10%. As a result of the disputes inside the Parliament accompanying the adoption of the March Constitution, none of the moved proposals of introducing the referendum to the provisions of the Basic Law was accepted². The discussed institution of direct democracy was not standardized in the provisions of the April Constitution of 1935, either.

¹ Jaboński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław 2001. — P. 20.

² Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa 2001. — P. 3.

After the end of World War II, during the period of the struggle for power on the liberated Polish lands, there appeared a concept of a national referendum, inspired by the Polish Workers' Party (Polska Partia Robotnicza — PPR) and the Polish Socialist Party (Polska Partia Socjalistyczna — PPS), with the intention of its originators to postpone parliamentary elections³. Early elections to the Legislative Sejm would significantly increase the chances for the victory of the Polish People's Party (Polskie Stronnictwo Ludowe — PSL), presenting itself as an alternative group to the communist camp fully dependent on the Soviets, concentrated around the PPR and the PPS. The aim of the referendum, apart from postponing elections to the future Constituent Assembly⁴, was also to convince the public about the programme coherence of the communist-origin party with the PSL, which enjoyed a great support and was led by Stanisław Miłkołajczyk, Prime Minister of the Polish Government-in-Exile in 1943–44. The indicated intention was to be implemented by the catchy character of the questions: a) the abolition of the Senate as the second Chamber of the Parliament; 2) the constitutional support of the socio-economic system of the State on the basis of the reforms already implemented, and 3) the confirmation of the State borders on the Baltic Sea, the Oder and the Lusatian Neisse. It should be indicated that the referendum had no constitutional authorization and was carried out on 30 June 1946, on the basis of the *Act of 27 April 1946 on People's Vote* (Journal of Laws of 1946, No. 15, item 104), and the *Act of 28 April 1946 on Carrying out the People's Vote* (Journal of Laws of 1946, No. 15, item 105) — the Acts passed by a non-electoral body, the National Council (Krajowa Rada Narodowa — KRN), in 1943–47 functioning as a self-proclaimed parliament, which was strongly opposed by the Polish Government-in-Exile. As a result of the PSL calling to its supporters — contrary to the ex-

pectations of the PPR — to vote “against” in answer to a question about the Senate in order to confront the communist bloc⁵, the official results of the people's vote were falsified: in the opinion of historians no more than 26.9% of those taking part in the referendum voted “in favour” 3 times⁶. The experience gained by the crystallizing ruling power camp during the organization of the people's vote was used during the elections on 19 January 1947 to the Legislative Sejm, the announced results of which — inconsistent with the reality — brought about a definite victory of the so-called Democratic Bloc, consisting of the PPR, the PPS, the People's Party (Stronnictwo Ludowe — SL) and the Democratic Party (Stronnictwo Demokratyczne — SD) (394 seats), while marginalizing the role of the Polish People's Party (Polskie Stronnictwo Ludowe — PSL) (28 seats).

The institution of the national referendum was not constitutionalized in the original wording of the provisions of the Constitution of the Polish People's Republic (Polska Rzeczpospolita Ludowa — PRL) of 22 July 1952. A relevant amendment, however, not resulting from the actual desire to provide citizens with the right to express their will on matters of key importance to the State, but being a reaction of the authorities to intensifying economic problems of the country and the related increase in social tensions⁷, was introduced only on 6 May 1987. According to the provisions of the transformed Art. 2 of the Constitution of the PRL, the exercise of the State power by working people consisted also in expressing their will by the way of referendum⁸. As a consequence of the adopted changes, the same day the Sejm of the PRL adopted the *Act on Public Consultations and Referendum* (Journal of Laws 1987, No. 14, item 82), governing the principles and conduct of voting⁹. Without going into a detailed discussion of the aforementioned Act provisions, it should be pointed out — apart from the principle of

³ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław 2001. — P. 24; Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 68.

⁴ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by "Palestra"*, 2003, issues 5–6. — P. 17.

⁵ Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 73.

⁶ Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 75.

⁷ Jaskiernia J., Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 86.

⁸ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2. — 2014. — P. 144.

⁹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 31.

non-conducting a referendum outside the country¹⁰ — the specific shaping of its validity conditions, distinguishing the referendum managed under the Act of 1987 from voting held under the current legal status. According to Art. 19 of the Act, the result of the referendum was binding, if one of the submitted solutions was voted for by more than half of those entitled¹¹. Such a high threshold of the required support for one of the variants — which was already pointed out during the work on the Act — proved to be a condition too rigorous even in the realities of the PRL, characterized by high attendance¹². In the referendum ordered by the Sejm on 29 November 1987, referring to the necessity of deep economic reforms and the need to democratize the political life, despite the participation of 67.32% of those entitled to vote, none of the questions was given the percentage of responses necessary for the validity of the referendum (respectively 44.28% of people's votes "in favour" and 18.57% of people's votes "against" when asked about the position on *the full implementation of the programme of radical economic recovery presented to the Sejm*, and 46.29% of votes "in favour", with 16.48% of people's votes "against" in relation to the question about the legitimacy of implementing a *model of deep democratization of the political life*, the effect of which was to strengthen self-government, expand citizens' rights and increase their participation in governing of the country. In this way, instead of providing the Sovereign with the opportunity to present a real statement on the desired direction of the political and economic reforms, the referendum was made an instrumentally treated facade of democracy¹³.

The Constitutional Act on Mutual Relations between the Legislative and Executive Powers of the Republic of Poland and the Local Government (Journal of Laws 1992, No. 84, item 426 as amended.) adopted on October 17, 1992 and called the Small Constitution, upheld the provisions of the Constitution of the PRL with reference to the people's vote, with Art. 19 being additionally devoted to it, according to which

a referendum managed by the Sejm or by the President of the RP, acting with the consent of the Senate, could be held in matters of special significance for the State. It is worth pointing out that the creators of the Small Constitution, being aware of the problems with obtaining the binding outcome of the referendum under the 1987 Law as a condition of its validity, introduced the participation of more than half of those entitled to vote, liberalizing the previous requirements in the discussed area.

Subsequent referenda, known as enfranchisement referenda, were conducted based on the provisions of the new *Referendum Act*, adopted on 29 June 1995 (Journal of Laws of 1995, No. 99, item 36 as amended). Both the *Referendum on Universal Enfranchisement of Citizens* ordered by the President of the RP on 29 November 1995 and the vote on *Some Use Directions of the State Property*, carried out on the initiative of the Parliament (resolution of 21 December 1995) took place on 18 February 1996. In both cases, insufficient voter turnout stood in the way of recognizing the referendum results as binding¹⁴, the condition for the vote's validity was the participation of at least 14,004,858 voters. The referendum ordered by the Head of State was attended only by 9,076,004 of those entitled, out of whom 94.54% were in favour of carrying out the universal enfranchisement of citizens. In the vote ordered by the Sejm, the turnout was 9,085,145 people, which — as in the case of the referendum ordered by the President of the RP — resulted in its invalidity¹⁵.

The Constitutional Act on the Mode of Preparation and Adoption of the Constitution of the Republic of Poland (Journal of Laws of 1992 No. 67, item. 336 as amended.) adopted on 23 April 1992, provided in the text of Art. 9 para. 1 and 2 that within 14 days of the adoption of the Constitution of the RP by the National Assembly, the President of the RP should order the referendum approving the Basic Law, setting its date on a day off work, in the period of no longer than four months from the date of ordering the voting¹⁶.

¹⁰ Jaskiernia J. Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 80.

¹¹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 32.

¹² Jaskiernia J. Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) Referendum w Polsce współczesnej [Referendum in Contemporary

Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995. — P. 86.

¹³ Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej [Referendum in Poland and Eastern Europe] (ed. M. T. Staszewski, D. Waniek), Warszawa, 1996. — P. 112.

¹⁴ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues]. *Publ. by "Palestra"*, 2003, issues 5–6. — P. 18.

¹⁵ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"*, Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 144.

¹⁶ Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal

Pursuant to the provisions of Art. 11 para. 1 of the Constitutional Act, the adoption of the Constitution of the RP in a referendum, followed, if the **majority** of voters opted for it. The aforementioned provision became a cause of a dispute among the representatives of constitutional law as to the understanding of the concept of majority necessary to approve a new Constitution¹⁷. It was pointed out that pursuant to the provisions of the aforementioned Art. 19 of the *Constitutional Act of 17 October 1992*, the referendum was valid if more than half of those entitled to vote took part in it — hence the provision of the Act on the mode of preparation and adoption of the Constitution of the RP was supposed to refer, in the opinion of some experts, only to the distribution of votes for and against, and a condition for the validity of the voting was a turnout exceeding half of the legitimated. This position was rightly considered as unauthorized. Firstly, it should be pointed out that the content of Art. 11 section 1 of the Act of 23 April 1992, was established earlier than the norm of the Small Constitution, and therefore it could not anticipate the future direction of legislative work. Secondly, at the stage of constructing the provisions of the Act on the mode of preparation and adoption of the Constitution of the RP, no quorum was established purposefully as a condition of the binding force of the constitutional referendum. It was decided that the approval of the new Basic Law by the Sovereign is a key issue, and therefore the decision on the adoption of the Act with the highest legal force, defining the basis of the political, social and economic system of the State, should be taken by active citizens involved in public affairs and aware of the content of the provisions of the Constitution to be voted on, and not by passive citizens, uninterested in participating in the referendum¹⁸. As an important argument in favour of accepting the interpretation of Art. 11 para. 1 of the Constitutional Act to abandon the quorum condition, it was also pointed out that a different understanding of it would lead to a stalemate in which, as a result of failure to obtain the required turnout and the non-binding outcome of the referendum, the

and Structural Entanglement], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 94.

¹⁷ Wawrzyniak J., Aksjologia referendum konstytucyjnego [Axiology of the Constitutional Referendum], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 195.

¹⁸ Jarosz Z., Prawne problemy referendum konstytucyjnego [Legal Issues of the Constitutional Referendum], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 122.

Constitution would not be either accepted or rejected by the Nation, which would put into question the further fate of the Act worked on and passed by the National Assembly¹⁹. As a result of the public discussion, Article 11 para. 1 of the Constitutional Act of 23 April 1992 was considered the *lex specialis* in relation to Art. 19 para. 3 of the Small Constitution, and as the future showed it determined the approval of the new Basic Law.

After the adoption of the Constitution of the RP by the National Assembly on 2 April 1997, the President of the RP ordered the constitutional referendum on 25 May. 28 324,965 citizens were entitled to participate in the voting, the voter turnout was 42.86%, the majority participating in the referendum, necessary for the adoption of the Constitution, was established on the level of 6 069,896 people. The adoption of the Basic Law was voted for by 6,398,316 entitled persons, which accounted for 52.7% of the voters, 5,571,439 (45.8%) of the people voted against, and 170,035 votes were considered invalid. In the light of the above findings of the National Electoral Commission and after the Supreme Court stated the validity of the carried-out referendum, the President of the RP signed the Constitution on 16 July 1997²⁰. The Basic Law came into force on 17 October 1997, on the fifth anniversary of the adoption of the Small Constitution.

NATIONAL REFERENDUM IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS OF THE CONSTITUTION OF THE RP OF 2 APRIL 1997 AND OF THE ACT OF 14 MARCH 2003

Currently, issues related to the institution of a national referendum are regulated in Art. 125, Art. 90, para. 3, and Art. 235 para. 6 of the Constitution of the RP.

Pursuant to the regulations of the first of the abovementioned provisions, generally governing the

tuczynie w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 49.

¹⁹ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001. — P. 60.

²⁰ Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal and Structural Entanglement], (in:) Referendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997. — P. 122.

subject and basic organization of a people's vote, a national referendum may be held in matters of special significance for the State, whereas the Sejm of the RP and the President of the RP, after obtaining the Senate's consent (such a solution is recognized by some representatives of constitutional law as tying up the freedom of the Head of State in the implementation of the constitutional prerogatives²¹). It should be noted that the imprecise wording of the Constitution regarding the subject of the referendum provokes criticism of the doctrine. It is indicated that under the referendum laid down in Art. 125 of the Basic Law, only general and directional matters may be subjected, which "without substituting actions of competent state authorities, are to specify the later content of solutions undertaken by these authorities"²². The constitutional wording of "a matter of special significance for the State" is a general clause, which can be difficult to be interpreted in specific cases. Nevertheless, the subject of a national referendum under Art. 125 cannot certainly be relevant only to a certain category of citizens or parts of the national territory — not concerning the State as a whole; they do not fit into the list of issues that can be referred to the will of the Sovereign expressed in a people's vote²³.

Both Chambers adopt the aforementioned resolutions by an absolute majority of votes, in the presence of at least half of the statutory number of deputies or senators. The referendum is binding on the condition that more than half of those entitled to vote participate in the vote, whereas its validity — as in the case of parliamentary and presidential elections as well as elections to the European Parliament — is confirmed by the Supreme Court.

Art. 90 para. 3, constructed by the creators of the Constitution for the needs of the future European integration process, provides that a consent to the ratification of an international agreement, by which the Republic of Poland conveys the competence of

State authorities in certain matters to the international organization or international authorities, may take place by means of a national referendum, pursuant to Art. 125 of the Constitution²⁴. This regulation was used to carry out the accession referendum, confirming the accession of the Republic of Poland to the European Union, organized on 7–8 June 2003.

Art. 235 para. 6 of the Basic Law refers to the constitutional referendum, with a slightly distinctive character from the classical national referendum. The constitutional referendum may concern the approval by universal vote only of changes introduced in the provisions of Chapter I — "Republic", II — "Freedom, Rights and Obligations of Man and Citizen", XII — "Amendment to the Constitution". In the case of a constitutional referendum the difference lies in both the entity ordering the people's vote — the Speaker of the Sejm, as well as the group of entities entitled to submit a request regarding its implementation: pursuant to Art. 235 para. 6 first sentence in connection with Art. 235 para. 1 of the Basic Law, the following have legitimacy in this respect: 1/5 of the statutory composition of the chamber of deputies (92 deputies), the Senate and the President of the RP, acting within 45 days of the adoption of the Act amending the Constitution by the Senate. Importantly, the Speaker of the Parliament does not have the right of free assessment of the application merits, in accordance with the constitutional order; in the case of an initiative to hold a referendum by the qualified entity, the Speaker "orders immediately" a referendum within 60 days from the date of submission of the application²⁵. It should also be pointed out that, contrary to a national referendum on matters of particular interest to the State, a constitutional referendum is valid regardless of the turnout: an amendment to the Constitution is deemed to be accepted if the majority of voters were in favour²⁶. This procedure is aimed at making transformations in the content of the Basic

²¹ Sarnacki P, Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym na tle Konstytucji RP [The Act of 14 March 2003 on National Referendum on the Background of the Constitution of the Republic of Poland], *"Przegląd Sejmowy"*, 2003, issue 3. — P. 12, 21.

²² Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by "Palestra"*, 2003, issues 5–6. — P. 12.

²³ Winczorek P, Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 149; Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 5.

²⁴ Piłat M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z

Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *"Studia Iuridica Lublinensia"*, 2004, vol. 3. — P. 153; Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *"Acta Universitatis Wratislaviensis", Przegląd Prawa i Administracji* 2004, issue 63. — P. 80.

²⁵ Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) *Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia* [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University*, 2016. — P. 13.

²⁶ Grabowska M., Polska ustawa o referendum ogólnokrajowym (referenda akcesyjne) [Polish Act on National Referendum (Accession Referenda)], *"Studia Europejskie"*, 2003. — P. 104.

Law dependent on the will of citizens interested in the direction of legal changes, and not to be blocked through the passivity of part of the electorate.

The Constitution delegated a detailed regulation of issues related to the preparation, carrying out and establishing the results of a referendum to be resolved by a statutory way.

Under the current legal status (2018), this delegation is fulfilled by the *Act of 14 March 2003 on the National Referendum*.

According to the contents of Art. 3 paragraphs 1 and 2 of the *Act on the Referendum*, as a repetition of the provisions of Art. 62, paragraphs 1 and 2 of the Constitution of the RP, Polish citizens, who will turn 18 years of age the latest on the voting day, are entitled to participate in the vote. The exclusion catalogue of referendum rights includes cases of deprivation of public or electoral rights and incapacitation with a legally binding court decision. It is worth noting that the Constitution of the RP grants citizens the right “to participate” in the referendum, and not the right “to a referendum”. The final decision as to the subject matter of voting, its date, or rejection of the citizens’ application belongs to the representative body. This provokes comments about the semi-direct nature of the national referendum²⁷, manifested in the inability of the Sovereign to initiate effectively a referendum²⁸. The legislator’s reluctant approach to instruments of direct participation of citizens in the State’s governance, negatively affecting their use, is also evidenced by the lack of mandatory referendums in the provisions of the Basic Law and depriving the Sovereign of the right to participate in proceedings aimed at amending the Constitution of the RP: citizens have neither the right of people’s constitution initiative, or the possibility of initiating a referendum approving an amendment²⁹.

Voting may be conducted within one or two days — in the first case it takes place on a day off work, in the second case it also includes the day before it — one-day voting takes place between 6.00 a.m. and 10.00 p.m., and two-day voting takes place between 6.00 a.m. and 8.00 p.m. each day. Voting in a referendum is carried out both in the voting stations

in the country, i.e. in permanent stations designated on the basis of the provisions of the *Electoral Code* of 5 January 2011³⁰, separate stations established in hospitals, social welfare institutions, penitentiaries, pretrial detention centres and external stations organized for Polish citizens staying on Polish sea ships, as well as in the voting stations established for Polish citizens staying abroad. It is also acceptable to create a voting station in student hostels or their complexes if at least 50 people entitled to take part in the referendum are present on the day of voting and the rector of the higher school that runs the student hostel has been informed about it.

The Act provides for a three-tier system of competent authorities in matters of a national referendum: The National Electoral Commission, electoral commissioners, and Circuit Electoral Commissions for the Referendum.

The central electoral authority is responsible for organizing and conducting the referendum, in particular by: supervising the preparation of the referendum and compliance with the rules governing its implementation, explanation of the mode of voting, consideration of complaints about electoral commissioners’ activities, preparation of reports on the course of voting, as well as making the result of the referendum publicly available and announcing them in the Official Journal of the Republic of Poland.

The tasks of electoral commissioners, in the area belonging to their competence, include: ensuring — in cooperation with territorial self-government bodies — the proper preparation and conduct of the referendum, verifying of compliance with the provisions of the *Referendum Act* by regional referendum commissions and considering complaints about their activities, providing Circuit Electoral Commissions with ballot papers and determining the results of voting and their transfer to the National Electoral Commission.

Circuit Referendum Commissions are appointed by the commune head (mayor, president of the city) out of the persons entitled to participate in the referendum, permanently residing in the given commune, composed of: 4–8 of persons in the event of one-day voting, and 6–10 in the case of two-day voting. In both

²⁷ Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by “Palestra”*, 2003, issues 5–6. — P. 12–13.

²⁸ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 8.

²⁹ Uziębło P., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego na wniosek

grupy wyborców [Ordering National Referendum, at Request of Voters’ Group], (in:) *Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia* [National Referendum in Poland. Selected issues]. *Publ. by the Gdańsk University*, Gdańsk, 2016. — P. 35. Koziełło T., Ogólnokrajowa obywatelska inicjatywa referendalna w Polsce, [National Civic Referendum Initiative in Poland], *“Polityka i Społeczeństwo”*, 2010, issue 7. — P. 113.

³⁰ Consolidated text *Journal of Laws* of 2018, item 754, as amended.

³¹ Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogóln-

situations, one person indicated by the executive body of the commune is additionally appointed to be in the composition of the Circuit Commission: in relation to permanent voting stations out of local government employees, and in the case of separate stations established in hospitals, social welfare homes, prisons, pre-trial detention centres and student hostels — out of the employees of these institutions. The circuit commissions are responsible for conducting the voting, ensuring compliance with the provisions of the *Act on the Referendum* at the time and place of the voting, determining the results of the voting in the station and making them public and passing the voting protocol to the competent electoral commissioner.

As already indicated above, the referendum on matters of particular interest to the State is ordered by the Sejm or by the President of the Republic of Poland, with the consent of the Senate.

It is worth noting that the Sejm, deciding on referring a given issue to a common vote, may act on its own initiative or at the request of the Council of Ministers, the Senate, and a group of at least 500,000 citizens. Importantly, the submission of a request by the authorized entity (specifying the proposals for questions or variants of the solution in the case considered in a referendum) does not mean — contrary to the situation in the case of a constitutional referendum — the obligation to take account of it³¹. In the event of rejection of the request for a national referendum by the Sejm, the Speaker of the Chamber is obliged to inform the proposer of that fact. It should also be emphasized that the request for reference to a referendum of a specific matter submitted by citizens cannot concern matters related to State defence, amnesty, and State income and expenses, in particular taxes and other public levies³² (for the detailed

procedure concerning the request of a group of citizens to conduct a national referendum³³).

In the case of a referendum ordered by the President of the RP, the Head of the State presents the Senate with questions or solution options and the date of its implementation³⁴, and the second Chamber of the Parliament adopts a resolution to vote or denies it within 14 days since the date of submitting the draft decision by the President of the RP³⁵.

Both in the case of a referendum ordered by the Sejm and a vote conducted on the initiative of the Head of the State, the resolution or decision in the case must contain: the legal grounds for a referendum, proposals for questions or solution options, the voting date and a calendar of activities related to the referendum³⁶. In accordance with the provision of Art. 65 para. 4 of the Act of 14 March 2003, the referendum is carried out no later than 90 days from the announcement of the resolution of the Sejm of the RP or the decision of the President of the RP. As already indicated, the result of the referendum on matters of special importance to the State is binding if more than half of those entitled to vote took part in it. The conclusive nature of the plebiscite is something different and it occurs if most of the answers to the question are given in a valid way in favour or against it, or if one of the proposed variants obtains the largest number of valid votes³⁷. The binding result of the referendum imposes on the State authorities the obligation to implement it immediately by issuing the necessary normative acts or through other actions, no later than within 60 days from the date of announcement of the Supreme Court's resolution stating the validity of the referendum in the Journal of Laws of the RP. It is pointed out that this obligation rests, in particular, on the authorities whose

nokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, 2003/2004, issue 50. — P. 72; Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 151.

³² Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, 2003/2004, issue 50. — P. 53.

³³ Mordwiłko J., W sprawie trybu postępowania Sejmu z wnioskiem grupy obywateli o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego [On the Procedure of the Sejm with the Request by a Group of Citizens to Hold a National Referendum], *"Biuletyn EiOP"*, 2000, issue 1. — P. 94.

³⁴ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 8.

³⁵ Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) *Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia* [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University*, 2016. — P. 26.

³⁶ Wrzalik M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the President of the Republic of Poland on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], *"Przegląd Prawa Konstytucyjnego"*, 2017, issue 4. — P. 35.

³⁷ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 153.

constitutional tasks and competences are to take a given category of cases³⁸. It should be emphasized that the legal consequences are not foreseen for failing to comply with the above-mentioned obligation: in the science of constitutional law a view is expressed that enforcing the responsibility for failure to implement the binding result of the referendum is possible only by voters in the course of subsequent elections; in respect to the President also in the form of the implementation of constitutional responsibility³⁹, which — bearing in mind both the too general definition of the obligation to implement the binding result of the referendum⁴⁰, and the shape of the Polish model of proceedings in the matter of constitutional torts — is not very likely.

Differences related to the procedure of holding a referendum on granting consent for the ratification of an international agreement, referred to in Art. 90 para. 3 of the Constitution of the RP, is regulated by Chapter 9 of the *Referendum Act*⁴¹ (the differences accompanying the constitutional referendum have already been discussed in the earlier part of this article). Signing of an international agreement under which the Republic of Poland has given the international organization or the international authority the competence of State authorities in certain matters is announced to the Speaker of the Sejm by the Prime Minister. The consent to the ratification of such an agreement may be expressed in a parliamentary manner, by the way of a statute passed in both Chambers by a majority of 2/3 of votes, in the presence of at least half of the statutory number of deputies and senators or by a national referendum. The mode of consent is determined by the Sejm by a resolution passed by the absolute majority⁴². The entities authorized to order a referendum as provided by the statute are the Sejm and the President of the RP, with the consent of the Senate. If the ordering body of the

³⁸ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *“Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”* Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 154.

³⁹ Skotnicki K., Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej [Opinion on a Citizen's Request to the Sejm to Adopt a Resolution on Holding a National Referendum on Changes in the Political System of the Republic of Poland], *“Przegląd Sejmowy”*, 2005, issue 3. — P. 117.

⁴⁰ Rytel-Warzocha A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) *Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia* [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University*, 2016. — P. 28.

⁴¹ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitu-

popular vote is the Sejm, it should be noted that the Chamber is obliged to adopt a separate resolution in this matter — the activities related to determining the mode of consenting to the ratification of an international agreement are insufficient⁴³. It is worth noting that, unlike in the case of a referendum on matters of special significance for the State under Art. 125 of the Constitution, the Sejm acts on the matter only on its own initiative, and requests from other entities to hold a referendum are inadmissible. Regarding the referendum under Art. 90 para. 3 of the Constitution, it is also required that more than half of those entitled to vote participate in it as a condition of its binding nature, with which the consequences of the vote are connected. If the result of the referendum is binding, and the majority of valid votes were cast for the consent, the President of the RP obtains legitimacy to ratify an international agreement⁴⁴; the predominance of negative votes with the binding nature of referendum excludes the possibility for the Head of State to undertake efforts to bind the Republic of Poland by the provisions of the agreement⁴⁵. The situation is different in the case of a non-binding result of the vote: pursuant to Art. 75 of the Act of 14 March 2003, if the required turnout is not obtained, the Sejm may again adopt a resolution regarding the mode of consent to the ratification of a specific type of an international agreement concluded by the Polish State.

The expenses related to the organization and conduct of a national referendum are paid from the State budget, as part of the specific reserves. They include in particular costs related to the implementation of tasks by the National Electoral Commission, the National Electoral Office, electoral commissioners, and Circuit Electoral Commissions, as well as funds spent in connection with the performance of duties by the government administration authorities and

tion of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 14.

⁴² Piąt M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *“Studia Iuridica Lublinensia”*, 2004, vol. 3. — P. 153.

⁴³ Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *“Acta Universitatis Wratislaviensis”*, *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63. — P. 84

⁴⁴ Piąt M. Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *“Studia Iuridica Lublinensia”*, 2004, vol. 3. — P. 160.

⁴⁵ Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on

their central offices, as well as tasks commissioned to be performed by local government units.

Against the validity of a national referendum, a protest may be submitted to the Supreme Court for violating the provisions of the Referendum Act regarding voting, establishing the results of voting, or determining the results of a referendum, or for committing a crime against a referendum⁴⁶. The right to challenge the legitimacy of a referendum depends on the basis of the protest: if it is based on the charge of committing a crime or violating the provisions of the statute by the National Electoral Commission (Państwowa Komisja Wyborcza — PKW), the right to file a complaint is vested in everyone entitled to participate in the voting, and in the case of a protest based on violation of the provisions of the *Referendum Act* regarding voting or establishing results of voting in a circuit or by an election commissioner, the right to challenge the validity of a referendum is vested in a person included on the list of voters in a specific circuit or in the area of activity of a given electoral commissioner. The protest is filed in writing within 7 days from the date of the announcement of the referendum result by the PKW in the Journal of Laws, and the Supreme Court, after examining complaints, acting as the entire Extraordinary Control and Public Affairs Chamber, passes a resolution regarding the validity of the referendum no later than 60 days from the announcement of the result of the referendum (the confirmation of the referendum validity is a necessary element of the referendum procedure, regardless of the fact whether the plebiscite was protested or not⁴⁷). The resolution is immediately presented to the President of the RP, the Speakers of the Sejm and the Senate, the Prime Minister, and published in the Official Journal of the RP, and sent to the National Electoral Commission. If the Supreme Court annuls the vote in a circuit or circuits, and if the annulment does not affect the result of the referendum, the PKW revises the results of the referendum by the way of a resolution. If it is determined that the violation of law raised in the protests influenced the final result of the plebiscite, the Supreme Court orders re-voting in a specific circuit or circuits, or indicates an action

the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *Acta Universitatis Wratislaviensis*, Przegląd Prawa i Administracji, 2004, issue 63. — P. 95.

⁴⁶ Див.: Jachimowicz M., Przestępstwa z ustawy o referendum ogólnokrajowym [Offences under the Act on the National Referendum], *Przegląd Sejmowy*, 2008, issue 1. — P. 65; Wrzalik M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the President of the Republic of Po-

land on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2017, issue 4. — P. 39.

from which the referendum proceedings should be repeated. After carrying out the prescribed actions, the PKW determines the adjusted results of the voting and the result of the referendum by the way of a resolution to be announced in the Journal of Laws of the RP.

During the period of the Constitution of the RP of 2 April 1997, two national referenda took place. The first of them, concerning the Nation's approval of the ratification of the *Treaty on the Accession of the Republic of Poland to the European Union*, was ordered on 8 June 2003. Bearing in mind the problems of obtaining high attendance, characteristic of Polish elections and referenda, it was decided to vote within two days: on 7 and 8 June 2003. The accession referendum was attended by 59% of those entitled to vote, which determined its binding nature. The clear majority (77%) was in favour of the accession of Poland to the EU, which allowed the President of the RP to hold a solemn ratification of the Accession Treaty on 23 July 2003.

The second and last referendum to date (2018), ordered by the President of the RP on 17 June 2015, took place on 6 September 2015. The voters answered 3 questions: 1) *Are you in favour of the introduction of single-member constituencies in elections to the Sejm of the RP?*; 2) *Are you in favour of maintaining the current method of financing political parties from the State budget?* 3) *Are you in favour of introducing the general rule of resolving doubts about the interpretation of tax law in favour of the taxpayer?* With respect to the first and last questions, the answers "in favour" were clearly predominant: 78.75% and 94.52% of the votes, respectively, and the second question was answered negatively by the participants of the referendum (82.63% of the votes). Despite the unambiguous position of voters in cases referred to a referendum, its results could not be considered binding due to a failure to achieve the required turnout — 7.8% of those entitled to vote took part in the plebiscite, which was the worst result in all European popular votes conducted after the Second World War world⁴⁸.

land on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2017, issue 4. — P. 39.

⁴⁷ Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001. — P. 11.

⁴⁸ Osiecki G., Potocki M., Referendum przeszło do historii [Referendum Passed into History]. *"Dziennik Gazeta Prawna"*, 8 September 2015. — P. A4.

For the proper record, it should be noted that under the Polish Constitution of 1997 other referenda were also planned, mainly postulated by citizens, but they eventually did not take place (only in the years 2007–2012, 9 attempts were made; some of them torpedoed by the Sejm, without adopting resolutions regarding the referendum, and some by the Senate which did not consent to the referendum initiative of the President of the RP. See more on this topic⁴⁹). The following concepts can be given as an example: in 2005, a referendum on the EU Constitution was to be held, but after the negative results of the referenda in France and The Netherlands, the idea of carrying it out was abandoned. Two initiatives of the President of the RP to hold a referendum turned out to be ineffective: the draft resolution on ordering a national referendum regarding the retirement age, functioning of state forests and the compulsory school age of six-year-old children, submitted by the Head of State to the Senate on 17 August 2015, was rejected by the second Chamber on 4 September 2015⁵⁰, while the initiative to conduct a constitutional referendum on 10-11 November this year, including 10 questions of a political nature, did not obtain the Senate's consent during the vote on 25 July 2018.

PROPOSALS FOR AMENDMENTS TO THE REFERENDUM ACT

The above-described, concise discussion of the provisions of the *2003 National Referendum Act* allows to formulate a conclusion that most of its provisions were constructed in a transparent manner that would not give rise to any doubts in interpretation. Nonetheless, there are some provisions, whose current wording requires a change towards unification with the provisions of the *Electoral Code* and some regulations that may, in its current wording, imply difficulties in their practical application.

First, one should signal the need to harmonize

voting times in the referendum with the voting times for parliamentary, presidential, local government and European Parliament elections⁵¹. As already indicated, referendum voting takes place from 6.00 a.m. to 10.00 p.m. in the case of the one-day plebiscite, and from 6.00 a.m. to 8.00 p.m. in the case of voting carried out within 2 days. Regarding the electoral proceedings, the legislator established voting hours from 7.00 a.m. to 9.00 p.m. (Art. 39 § 2 of the *Electoral Code*). In addition, it must be emphasized that in the case of a one-day referendum, the election silence lasts until 10.00 p.m., and in the elections, it ends at 9.00 p.m., if none of the circuit electoral commissions extends the voting due to the occurrence of extraordinary events. This may cause a collision in the event of ordering elections and a referendum on the same day. Similar complications related to voting times, participation in the voting and the referendum and electoral silence would result in a two-day voting in the referendum and simultaneous elections ordered for the second of these days.

The issue of the electoral register used in the referendum carried out together with the elections also requires attention. According to the current wording of Art. 90 section 1 point 1 of the *Referendum Act*, in the case discussed, electoral registers drawn up for the needs of specific elections are used, while in connection with the suggestions from electoral authorities⁵² that in the event of simultaneous holding of elections and referendum it would be necessary to require the participants to take separate confirmation of receipt of the electoral and referendum card, it may be considered to change the said provision in the direction of granting the competent minister the right to determine a new pattern of the electoral register.

It also seems necessary to harmonize the deadlines for public disclosure of information on the numbers and boundaries of voting circuits and on the seats of Circuit Electoral Commissions in permanent and separate circuits with the provisions of the

⁴⁹ Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2 — 2014. — P. 144; Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referenda ogólnokrajowe w Polsce. Opracowanie tematyczne OT-620 [Outline of the Institution of the Referendum as a Form of Direct Democracy. National Referenda in Poland. Thematic Studies OT-620], the Office of the Senate, May 2013. — P. 13.

⁵⁰ Leszczyńska K., Instytucja referendum ogólnokrajowego zarządzanego przez Prezydenta RP za zgodą Senatu [Institution of the National Referendum Ordered by the President of the Republic of Poland with the Consent of the Senate], *"Studia Politologiczne"*,

2016, issue 42. — P. 85.

⁵¹ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 19

⁵¹ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 20.

⁵² National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 21.

Electoral Code. Bearing in mind the current wording of Art. 6 para. 5 of the Act of 14 March 2003, such information is provided no later than on the 40th day before the referendum, while pursuant to the instruction of Art. 6 para. 3 of the *Referendum Act*, the provisions of the *Electoral Code* are applicable to separate voting circuits created in hospitals, social welfare homes, prisons, and pre-trial detention centres. According to the content of the Art. 12 section 10 of the *Code*, the creation of separate circuits takes place no later than on the 35th day before the election day. Bearing in mind the above, it should be noted that in the current legal status, the *Referendum Act* requires public information on the boundaries and numbers of voting circuits and the seats of the Circuit Electoral Commissions no later than 5 days before the deadline for formation of separate circuits in the referendum. It would also be advisable to standardize the naming of units in which separate circuits for the needs of a referendum are created, with the names resulting from the provisions of the *Electoral Code* (Art. 6 para.1 point 2 of the *Referendum Act* in connection with Art. 10 § 4 of the *EC*).

Attention should also be paid to the need to supplement the provisions of the *Referendum Act* with the provisions regarding voting by proxy and correspondence voting. Although Art. 5 para. 5 of the *Referendum Act* requires that the provisions of the *Electoral Code* should be applied to the voting procedure, it should be pointed out that, firstly, Art. 5 para. 1 of the *Referendum Act* directly expresses only the possibility of personal voting (the Act does not make any reservations following Art. 38 § 1 of the *Electoral Code*), and secondly, there are no references to specific provisions of the Code, regulating correspondence voting and voting by proxy and implementing acts, including templates of documents related to this⁵³.

Consideration should also be given to extending the list of referendum provisions with a regulation concerning the transfer of information on the date of the referendum, the hours, and the method of voting to those entitled to participate in the referendum in permanent circuits. A similar provision of the *Electoral Code* (Art. 37d) has been in force since 1 January 2016, ordering the election commissioner to provide voters with this information in the form of a non-addressed print, placed in post boxes.

⁵³ National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. — P. 22.

At the end of the comments on the desired directions of the amendments to the *Referendum Act*, it should be suggested clarifying the provisions defining the legal grounds for filing protests against the validity of the referendum. The current legal status is difficult to be considered as unambiguous and understandable for the participants of the voting, because by the disposition of Art. 34 para. 2, the Act refers to the proper application of the provisions of the *Electoral Code* in the issues pertaining to the conditions and procedure for filing a protest and its consideration, and the rules of adopting a resolution in this matter by the Supreme Court, without indicating, however, which provisions are to be applied in relation to which voting (26, p. 22). Bearing in mind this lack, one should either apply explicitly to the provisions governing the procedure for challenging the validity of a particular electoral proceeding (parliamentary and presidential elections) or for a detailed regulation of the rules for filing referendum protests in the Act of 14 March 2003.

CONCLUSIONS

The principle of the Sovereignty of the Nation is expressed (Art. 4 para. 2), expressed in Art. 4 para. 1 of the Constitution of the RP of 2 April 1997, is realized in the exercise of the superior authority powers by representatives or directly. Bearing in mind that the detailed systematics of the Basic Law is not accidental and is based on a specific constitutional concept, the decisive importance should be attributed to representative democracy, in which the Nation through the free elections decides on the composition of representative bodies expressing its will. Nevertheless, the fullness of the democratic constitutional system is expressed in granting the Sovereign the opportunity to speak directly on issues of key importance to it — in modern democracies this goal is to be served by the institution of referendum. Despite the reservations expressed in the doctrine about the people's vote, highlighting its potentially anti-parliamentary character, the ability to manipulate the will of voters through unreliable wording of referendum questions, decline in interest in the referendum and lowering its rank where the institution is used too often, or high costs of organizing the undertaking, often without binding results, it should be pointed out with force that the incorporation of the referendum institution into the content of con-

temporary constitutions should be assessed unambiguously positively. The direct participation of the Sovereign in the decision taking of the essential political and social importance is the most complete manifestation of democracy, an important means of constructing civil society and a complementary measure to the representative government. The referendum has also an important educational function by activating society politically and making citizens aware of a possible direct impact on the course of public affairs. In order to make possible the abovementioned benefits, stemming from complementing representative democracy with instruments of direct participation of the Sovereign in the exercise of power, public authorities deciding to reach for people's voting must demonstrate their maturity and prudence in its ordering. Bearing in mind the Polish experience so far in organizing a national referendum, it should be stated that this institution does not enjoy special social recognition because the authorities use a referendum opportunistically and for purely political reasons, not

motivated by the needs signalled by citizens. Such actions, instead of making the conviction in the society of the real meaning of the will expressed by the Sovereign in the voting, lead to the depreciation of the referendum institution and the decline in interest in this form of direct democracy. In addition, the unsatisfactory state of referendum legal regulation in the Polish constitutional order should be pointed out: the lack of an effective referendum initiative by a group of at least 500,000 citizens, dependent on the decision of the Sejm, is accompanied by the lack of mandatory referendums at the national level, excluding the Sovereign from the process of initiating a constitutional referendum and the deficiencies of the *Referendum Act* indicated in this article as suggestions for amendments. Without the legislative interference in the discussed issues and the use of a referendum only in cases of real importance for citizens, it will be difficult to change the social perception of the institution, which in its founding is supposed to serve the Sovereign.

REFERENCES

1. Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym, [National Referendum in Polish Constitutional Law], *Publ. by the University of Wrocław*, Wrocław, 2001.
2. Garlicki L., Uwagi do art. 125 [Comments on Article 125], (in:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. Commentary], *Publ. by Wyd. Sejmowe*, Warszawa, 2001.
3. Paczkowski A., Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu, [Referendum of 30 June 1946. An Attempt of Initial Result], (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Modern Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995.
4. Jabłoński M., Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, [National Referendum. Selected Issues] *Publ. by "Pa-lestra"*, 2003, issues 5–6.
5. Jaskiernia J., Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29 listopada 1987 r. [Legal, Systemic and Socio-Political Experience of the Referendum of 29 November 1987] (in:) *Referendum w Polsce współczesnej* [Referendum in Contemporary Poland] (ed. D. Waniek and M. T. Staszewski), Warszawa, 1995.
6. Winczorek P., Kilka uwag o polskich referendach [Some Remarks on the Polish Referenda], *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"* Year LXXVI, journals 2. — 2014.
7. Malinowski A., Społeczne uwarunkowania referendum [Social Conditions of the Referendum], (in:) *Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej* [Referendum in Poland and Eastern Europe] (ed. M. T. Staszewski, D. Waniek), Warszawa, 1996.
8. Gebethner S., Referendum konstytucyjne — uwikłania społeczne i prawnoustrojowe [Constitutional Referendum — Social, Legal and Structural Entanglement], (in:) *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997.
9. Wawrzyniak J., Aksjologia referendum konstytucyjnego [Axiology of the Constitutional Referendum], (in:) *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997.
10. Jarosz Z., Prawne problemy referendum konstytucyjnego [Legal Issues of the Constitutional Referendum], (in:) *Refe-*

- rendum konstytucyjne w Polsce [Constitutional Referendum in Poland] (ed. M. T. Staszewski), Warszawa, 1997.
11. Sarnecki P., Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym na tle Konstytucji RP [The Act of 14 March 2003 on National Referendum on the Background of the Constitution of the Republic of Poland], *"Przegląd Sejmowy"*, 2003, issue 3.
 12. Rytel-Warzocho A., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP [Ordering National Referendum by the President of the Republic of Poland], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected Issues], *Publ. by the Gdańsk University*, 2016.
 13. Piłat M., Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską [National Referendum in the Integration Process of Poland with the European Union], *"Studia Iuridica Lublinensia"*, 2004, vol. 3.
 14. Dubicka A., Uwagi o ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym w świetle prac nad jej projektem [Comments on the Act of 14 March 2003 on the National Referendum in the Light of Work on its Draft], *"Acta Universitatis Wratislaviensis"*, *Przegląd Prawa i Administracji*, 2004, issue 63.
 15. Grabowska M., Polska ustawa o referendum ogólnokrajowym (referenda akcesyjne) [Polish Act on National Referendum (Accession Referenda)], *"Studia Europejskie"*, 2003.
 16. Uziębło P., Zarządzanie referendum ogólnokrajowego na wniosek grupy wyborców [Ordering National Referendum, at Request of Voters' Group], (in:) Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Wybrane zagadnienia [National Referendum in Poland. Selected issues]. *Publ. by the Gdańsk University*, Gdańsk, 2016.
 17. Koziełło T., Ogólnokrajowa obywatelska inicjatywa referendalna w Polsce, [National Civic Referendum Initiative in Poland], *"Polityka i Społeczeństwo"*, 2010, issue 7.
 18. Grabowska S., Inicjatywa ludowa w sprawie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum wpływającego na ustawodawstwo (na przykładzie uregulowań szwajcarskich, włoskich i polskich [The People's Initiative for a National Referendum Affecting Legislation (Examples of the Swiss, Italian and Polish Regulations)], *"Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska"*, 2003/2004, issue 50.
 19. Mordwiłko J., W sprawie trybu postępowania Sejmu z wnioskiem grupy obywateli o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego [On the Procedure of the Sejm with the Request by a Group of Citizens to Hold a National Referendum], *"Biuletyn EiOP"*, 2000, issue 1.
 20. Wrzalik M., Zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Prezydenta RP w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (wybrane problemy) [Ordering a National Referendum by the President of the Republic of Poland on Matters of Special Importance to the State (Selected Problems)], *"Przegląd Prawa Konstytucyjnego"*, 2017, issue 4.
 21. Skotnicki K., Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej [Opinion on a Citizen's Request to the Sejm to Adopt a Resolution on Holding a National Referendum on Changes in the Political System of the Republic of Poland], *"Przegląd Sejmowy"*, 2005, issue 3.
 22. Jachimowicz M., Przepisy z ustawy o referendum ogólnokrajowym [Offences under the Act on the National Referendum], *"Przegląd Sejmowy"*, 2008, issue 1.
 23. Osiecki G., Potocki M., Referendum przeszło do historii [Referendum Passed into History]. *"Dziennik Gazeta Prawna"*, 8 September 2015.
 24. Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referenda ogólnokrajowe w Polsce. Opracowanie tematyczne OT-620 [Outline of the Institution of the Referendum as a Form of Direct Democracy. National Referenda in Poland. Thematic Studies OT-620], the Office of the Senate, May 2013.
 25. Leszczyńska K., Instytucja referendum ogólnokrajowego zarządzanego przez Prezydenta RP za zgodą Senatu [Institution of the National Referendum Ordered by the President of the Republic of Poland with the Consent of the Senate], *"Studia Politologiczne"*, 2016, issue 42.
 26. National Electoral Commission, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany [Information on the Implementation of the Electoral Code and the Proposals of Amendments], ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016.



Віталій ЛИТВИН

/ доктор політичних наук, доцент кафедри
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ ТА НАСЛІДКИ ПОДІЛУ І ДУАЛІЗМУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В РАМКАХ РІЗНИХ ВИДІВ НАПІВПРЕЗИДЕНТАЛІЗМУ

ABSTRACT

The article is devoted to analysis of the peculiarities and consequences of the executive separation and dualism within the various types of semi-presidentialism, in particular through the prism of theoretical and practical, constitutional and political dimensions, as well as within the framework of Constitutional Law and Comparative Political Science.

The author argued that semi-presidentialism is always definitively and practically outlined by the executive dualism, although the latter is affected by various peculiarities, dynamics and consequences within the various types of the analyzed form/system of government. At the same time, based on the peculiarities of hierarchical and transactional inter-institutional relations, it is substantiated that the executive dualism within the framework of semi-presidentialism is characterized by a dual nature of the executive formation and implementation, but not by a dual nature of the executive responsibility.

Key words: *form/system of government, semi-presidentialism, separation of powers, the executive, the executive dualism.*

АНОТАЦІЯ

Крізь призму теоретичних і практичних, конституційних і політичних вимірів, а також в рамках конституційного права і порівняльної політології проаналізовано особливості та наслідки поділу і дуалізму виконавчої влади в рамках різних видів напівпрезиденталізму. Аргументовано, що напівпрезиденталізм дефінітивно та практично завжди окреслюється дуалізмом виконавчої влади, хоча останній і позначається різними особливостями, динамікою та наслідками у рамках різних видів цієї форми/системи державного правління. Водночас на підставі особливостей ієрархічних і транзакційних міжінституційних відносин обґрунтовано, що дуалізм виконавчої влади в рамках напівпрезиденталізму характеризується здебільшого не подвійною природою відповідальності виконавчої влади, а подвійною природою її формування та здійснення.

Ключові слова: *форма/система державного правління, напівпрезиденталізм, поділ влади, виконавча влада, дуалізм виконавчої влади.*

Проблематика поділу влади є багатогранною і зумовлює чимало теоретичних та практичних, а також конституційних і політичних наслідків, але в рамках що конституційного права, що порівняльної політології вона здебільше обертається довкола форм (переважно у юриспруденції) або систем (переважно у політології) державного правління. Серед них типово, але не вичерпно виокремлюють такі, як президентська республіка (президенталізм), парламентська республіка та монархія (парламентаризм) та змішана чи напівпрезидентська республіка (напівпрезиденталізм), і з цього приводу позиція учених та практиків переважно є чіткою і відрізняється несуттєво. Зокрема, здебільшого узвичаєною стала констатація, згідно з якою під змішаною або напівпрезидентською формою/системою державного правління (ми науково окреслених і пояснених причин¹ надалі апелюватимемо до категорії «система державного правління» або «система правління») розуміють передусім конституційну і політичну конструкцію міжінституційних відносин у трикутнику «глава держави — уряд / прем'єр-міністр — парламент»), в рамках якої усереднено передбачено інститути президента, виборного всенародно і на фіксований термін, та прем'єр-міністра й урядового кабінету, які не отримують владу на фіксований термін на підставі всенародних виборів, але обов'язково колективно відповідальні хоча б перед парламентом (або перед парламентом та перед президентом)². Натомість думки дослідників суттєво відрізняються з приводу інституційного, процесуального, політичного і поведінкового наповнення та верифікації сутності, а відтак і типів напівпрезиденталізму, оскільки, будучи безпроблемно, об'єктивно та диспозиційно дефініюваною, ця система державного правління на практиці може проводити вкрай варіативні наслідки та гетерогенні варіації, які можуть її наближувати і до президенталізму, і до парламентаризму тощо. Причому зумовлено це головню ще однією диспозиційною та об'єктивною дефінітивною ознакою напівпрезиденталізму, яку не завжди беруть до уваги вчені, зокрема поділом, суміщенням та ду-

алізмом виконавчої влади між інститутами президента та прем'єр-міністра/урядового кабінету. Відповідно, магістральним завданням представленої наукової статті є обґрунтування та пояснення того факту, що напівпрезиденталізм і дефінітивно, і практично завжди окреслюється дуалізмом виконавчої влади, хоча останній і позначається різними особливостями, динамікою та наслідками у рамках різних видів цієї системи державного правління.

Це і теоретико-методологічно, і практично-емпірично очевидно на підставі наукових доробків різних дослідників. Однак вони не вичерпно та не системно, а доволі часто побіжно й описово апелюють до феномену, особливостей і наслідків дуалізму виконавчої влади в рамках напівпрезиденталізму і не завжди зважають на той факт, що ця система державного правління є гетерогенною. Відповідно, не відкидаючи наукових заслуг різних дослідників, а натомість розширюючи і доповнюючи їх, у статті здійснено спробу систематизованого та різновекторного окреслення особливостей та наслідків поділу і дуалізму виконавчої влади в рамках різних видів напівпрезиденталізму.

У цьому контексті ми виходимо із загальновідомої наукової позиції, згідно з якою форма і/чи система державного правління, будучи передусім правовою, але неодмінно і політичною характеристикою держави й загалом політичної системи, детермінується умовами формування/«походження» і структури вищих інститутів чи центрів влади та поділу повноважень між ними³. Відповідно, не є винятком і напівпрезидентська форма або система державного правління, оскільки для неї також притаманна специфічна конструкція поділу влади, яка здатна проводити різні правові та політичні наслідки. Причому це помічено у цілому комплексі наукових доробків з проблематики напівпрезиденталізму, на підставі чого можна констатувати, що уявлення про специфіку та наслідки поділу влади в рамках напівпрезиденталізму суттєво еволюціонували з часом.

Ініціально це відображено у зауваженні дослідників, згідно із яким систему правління напів-

¹ Литвин В. Концептуалізація і теоретична дистинкція понять «форма державного правління» та «система державного правління» у політичній науці / Віталій Литвин, Анатолій Романюк // Науковий часопис Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова. Серія 22 : Політичні науки та методика викладання соціально-політичних дисциплін : збірник наукових праць. — 2016. — Вип. 20. — С. 3–12.

² Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія : Дослідження структур, мотивів і результатів / Джовані Сарторі. — Київ : АртЕк, 2001. — С. 125; 3–10.

³ Андреева Г. Конституционное право зарубежных стран : учебник / Галина Андреева. — М. : Эксмо, 2005. — С. 323; Арановский К. Государственное право зарубежных стран : учебник для вузов / К. В. Арановский. — М. : Форум-Инфра-М, 1998. — С. 154–155.

президентського типу доцільно відмежовувати і протиставляти класичному («чистому») президенталізму та парламентаризму на підставі індикатора так званого дуалізму виконавчої влади, який останнім формально не властивий (навіть попри інші дефінітивні відмінності напівпрезиденталізму, про які йшлося вище). Відтак саме поділ і дуалізм виконавчої влади в умовах напівпрезиденталізму засвідчує, що ця система правління зовсім не є простим поєднанням чи синтезом президенталізму та парламентаризму, а натомість їхнім «посередником» і опцією чергування. Річ у тому, що дуальна (подвійна), а не моністична правова і політична природа виконавчої влади у напівпрезиденталізмі⁴ похідна від набуття легітимності влади двох головних інститутів держави — президента і парламенту — на підставі всенародних виборів⁵. Однак і на противагу, дуальна (подвійна) виконавча влада в умовах напівпрезиденталізму не обов'язково ґрунтується на патерні міжінституційного протистояння глави держави/президента та прем'єр-міністра і його урядового кабінету⁶. Хоч доволі часто трапляється саме так, що в рамках напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади всенародно виборний президент або призначений прем'єр-міністр — це не просто, відповідно, глава держави або глава уряду, які відчують нестачу чи надмір політичної влади, але й не головні керівники виконавчої влади та загалом держави внаслідок протистояння один одному. Все це означає, що міжінституційні відносини президента із прем'єр-міністром та урядом у рамках дуалізму виконавчої влади, складу парламенту та тріадної системи поділу влади загалом можуть суттєво змінюватись і набувати різноманітних форм та виявів, при цьому не порушуючи дефінітивного означення напівпрезиденталізму⁷. Відповідно, саме завдяки дефінітивним параметрам та ознаці перманентного, проте гнучкого дуалізму виконавчої влади (похідного від змінювальної композиції парламентів) напівпрезиденталізм позиціонується як система державного правління, котра найбільше піддається конституційній та політичній інженерії⁸.

⁴ Романюк А. Порівняльний аналіз політичних інститутів країн Західної Європи : монографія / Анатолій Романюк. — Львів, 2007. — С. 226.

⁵ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // European Journal of Political Research. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 166.

⁶ Blondel J. Dual Leadership in the Contemporary World : A Step towards Executive and Regime Stability / Jean Blondel // Kavanagh D. Comparative Government and Politics / Dennis Kavanagh, Gillian

З огляду на це, цілком очевидно, що напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади і поділ влади загалом є такою комбінацією інституційних, процесуальних, політичних і поведінкових атрибутів міжінституційних відносин, що неодмінно приводить до появи нової якості самої системи державного правління. Відповідно, особливо зважаючи на варіативність підходів до визначення напівпрезиденталізму, цілком очевидно, що поділ влади загалом та дуалізм виконавчої влади зокрема можуть продукувати доволі відмінні правові та політичні наслідки, оскільки і самі вони згідно з різними дефініціями напівпрезиденталізму та в рамках відмінної уповноваженості різних політичних інститутів й акторів є доволі специфічними. Наприклад, якщо дефінітивною ознакою напівпрезиденталізму (як у деяких вчених) є «довсить значні» повноваження президентів (що сьогодні здебільшого розуміють як помилку універсалізму та реляційності) або йдеться про напівпрезидентську систему правління винятково з сильними президентами, то автоматично властиве «заохочення приросту» рівня конфліктності в рамках дуалізму виконавчої влади. Натомість якщо дефінітивною ознакою напівпрезиденталізму (як у більшості вчених) є наявність посади всенародно виборного на фіксований термін президента, причому незалежно від його уповноваженості (що диспозиційно і значно об'єктивніше), або йдеться про напівпрезидентську систему правління з сильними, помірними чи церемоніальними за повноваженнями президентами, то, на противагу, притаманне «зменшення напруги» і рівня конфліктності в рамках дуалізму виконавчої влади. Загалом це означає, що незалежно від підходу до дефініювання напівпрезиденталізму, уповноваженості різних політичних інститутів й акторів, а також вибору держав, конфігурації міжінституційних відносин яких є напівпрезидентськими, ця система державного правління, зокрема на підставі закладеної специфіки легітимності, формування, відповідальності і поділу влади, неодмінно характеризується поділом і дуалізмом виконавчої влади. Причому

Peele. — Boulder, 1984. — P. 162–172; Bogdanor V. Semi-presidential Systems / Vernon Bogdanor // Bogdanor V. The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions / Vernon Bogdanor. — Oxford : Basil Blackwell Publishers, 1987. — P. 561–562.

⁷ Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // French Politics. — 2005. — Vol. 3. — No 3. — P. 323–351.

⁸ Pasquino G. Nomination : Semi-presidentialism : A Political Model at Work / Gianfranco Pasquino // European Journal of Political Research. — 1997. — Vol. 31. — No. 1. — P. 129.

(як буде зазначено нижче) відобразитись напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади може по-різному, але найчастіше, принаймні номінально та формально, він зводиться до конструкції, коли, з одного боку, прем'єр-міністр відповідальний за повсякденну роботу уряду, але з іншого боку, президент щонайменше зберігає за собою роль та мандат «оглядового і відповідального» за закордонні й оборонні справи, а також деякі надзвичайні повноваження. Інакше кажучи, напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади є цілком реальним і постійно наявним, адже президент може впливати якщо не на особливості формування, то на специфіку функціонування виконавчої влади (уряду та прем'єр-міністра), а виконавча влада якщо не відповідальна перед президентом, то обов'язково відповідальна перед парламентом⁹. Відтак один полюс дуалізму виконавчої влади в умовах напівпрезиденталізму нагадує виконавчу владу в рамках президенталізму, а натомість інший полюс — в рамках парламентаризму. Хоч навіть попри це дуалізм виконавчої влади у напівпрезиденталізмі не робить цю систему правління змішаною за своєю сутністю, функціональністю та наслідками, бо вона характеризується властивими винятково їй ієрархічними і транзакційними міжінституційними відносинами у трикутнику «глава держави-уряд/прем'єр-міністр-парламент», які є визначальними в атрибутизації сутності, різновидів та ефектів напівпрезиденталізму¹⁰.

Однак природа, особливості та наслідки поділу і дуалізму виконавчої влади та ієрархічних і транзакційних відносин в умовах напівпрезиденталізму можуть бути відмінними. Насамперед потрібно зважати на той дефінітивно закладений факт, що прем'єр-міністр і його урядовий кабінет в рамках напівпрезиденталізму можуть бути або дуально (подвійно) відповідальними перед всенародно виборним президентом і парламентом, або

моністично відповідальними винятково перед парламентом¹¹. Відтак доволі поширеною є опція напівпрезиденталізму, коли президент, з одного боку, є не просто главою держави, а наділений певною політичною владою, проте, з іншого боку, не є однозначним учасником та носієм виконавчої влади, адже поряд зі собою має прем'єр-міністра, що як глава уряду не обов'язково відповідальний перед президентом. На підставі ж врахування складу парламенту специфіка системи поділу влади і варіативність дуалізму виконавчої влади зумовлюють потребу виділення інституційного та поведінкового підходів до розуміння, атрибутизації та типологізації напівпрезиденталізму. Особливо з огляду на те, що поділ та дуалізм виконавчої влади (і влади загалом) поміж президентом та прем'єр-міністром є аж ніяк не статичним, а динамічним¹², адже конституції напівпрезидентських держав визначають, а вияви політичної практики коригують особливості того, як президент обов'язково повинен ділитись своєю владою з прем'єр-міністром й урядом і навпаки, а прем'єр-міністр й уряд змушені бути наділені достатньою підтримкою у парламенті¹³.

Відповідно, можна виокремити декілька засадничих констатацій з приводу розуміння особливостей дуалізму виконавчої влади в рамках напівпрезиденталізму. По-перше, дуалізм виконавчої влади у форматі діархії президента (обов'язково як глави держави) і прем'єр-міністра (обов'язково як глави уряду) притаманний напівпрезиденталізму навіть незалежно від сили та уповноваженості головних політичних інститутів (глави держави, уряду та парламенту). І навіть незалежно від того, чи така діархія за природою міжінституційних відносин у трикутнику «глава держави-уряд-парламент» є конфронтаційною або консенсусною, тобто чи вона ускладнює або спрощує відносини в рамках дуалізму виконавчої влади¹⁴. По-друге,

⁹ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 165–187; Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // *French Politics*. — 2005. — Vol. 3. — No 3. — P. 323–351; Amorim Neto O. Breaking the Parliamentary Chain of Delegation : Presidents and Non-partisan Cabinet Members in European Democracies / Octavio Amorim Neto, Kaare Strøm // *British Journal of Political Science*. — 2006. — Vol. 36. — No. 4. — P. 619–643; Elgie R. Semi-Presidentialism : Concepts, Consequences and Contesting Explanations / Robert Elgie // *Political Studies Review*. — 2004. — Vol. 2. — No. 3. — P. 314–330.

¹⁰ Baylis T. Presidents versus Prime Ministers : Shaping Executive Authority in Eastern Europe / Thomas A. Baylis // *World Politics*. — 1996. — Vol. 48. — No. 3. — P. 297–323; Kirschke L. Semipresiden-

tialism and the Perils of Power-Sharing in Neopatrimonial States / Linda Kirschke // *Comparative Political Studies*. — 2007. — Vol. 40. — No. 11. — P. 1372–1394.

¹¹ Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // *French Politics*. — 2005. — Vol. 3. — No 3. — P. 323–351.

¹² Ginsburg T. Dismantling the «Developmental State»? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea / Tom Ginsburg // *American Journal of Comparative Law*. — 2001. — Vol. 49. — No. 4. — P. 585–625.

¹³ Литвин В. До оцінювання класичних і посткласичних та формулювання оновленого і синтетичного визначень напівпрезиденталізму / Віталій Литвин // *Вісник Дніпропетровського університету. Серія : Філософія, соціологія, політологія*. — 2016. — № 3 (31). — С. 30–46.

рівень дуалізму виконавчої влади у рамках напівпрезиденталізму не є сталим, а залежить від розстановки політичних сил і композиції парламенту. Порівняно з іншими системами державного правління це виявляється у тому, що для президенталізму і парламентаризму властива відсутність дуалізму виконавчої влади, а натомість для напівпрезиденталізму завжди притаманна гіпотетична можливість дуалізму виконавчої влади навіть попри його нереалізованість або відсутність у певний момент часу. Це означає, що напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади виявляється щонайменше як потенціал або можливість глави держави чи парламенту піддати обструкції прем'єр-міністра й урядовий кабінет або ж як конституціоналізована та реальна можливість конкуренції між главою держави та главою уряду¹⁴. Відтак саме внаслідок факту і специфіки дуалізму виконавчої влади напівпрезиденталізм окреслюється автономністю й неможливістю нейтралізувати вплив президента та прем'єр-міністра¹⁵. По-третє, атрибут дуалізму виконавчої влади в умовах напівпрезиденталізму не є суб'єктивним, тобто не визначається рівнем діархії президента та прем'єр-міністра, а натомість є об'єктивним, адже визначається самим фактом чи навіть можливістю такої діархії президента і прем'єр-міністра, зокрема на підставі врахування їхньої підтримки чи не підтримки у парламенті. А це, своєю чергою, означає, що верифікація дуалізму виконавчої влади є інструментом зіставлення конституційної і політичної природи системи державного правління напівпрезидентського типу.

Водночас критично важливо, що зосередження уваги лише на повноваженнях одного політичного інституту (приміром, президента чи прем'єр-міністра) в умовах дуалізму виконавчої влади спричиняє нехтування інших політичних ін-

ститутів і загалом інституційної, процесуальної, політичної та поведінкової зумовленості і природи напівпрезиденталізму, а тому й недопустиме¹⁷. Річ у тім, що поділ і асигнування повноважень між усіма гілками влади (політичними інститутами) в умовах напівпрезиденталізму впливає на цілісну систему взаємин між ними, а тому й зумовлює структуру та визначає рамки їх політичної влади і впливу. Відтак напівпрезиденталізм є системою правління, у якій, на відміну від президенталізму та парламентаризму, конституційно і політично (хоча й по-різному) вбудовано можливості поділу та дуалізму виконавчої влади між всенародно виборним президентом і прем'єр-міністром/урядом, який відповідальний перед всенародно виборним парламентом¹⁸. Щоправда, із тією особливістю, що конституційна регламентація поділу та дуалізму виконавчої влади в міжінституційних відносинах часто модифікується й уточнюється політично і залежна від різної легітимності влади президента та парламенту¹⁹, що знецінює зауваження про «превалювання природи нульової суми президентських виборів»²⁰, але виявляє довгострокову стійкість системи стримувань і противаг у напівпрезиденталізмі²¹. На практиці це виявляється у тому, що в рамках напівпрезиденталізму конституційно сильні президенти іноді політично слабкі (і домінують прем'єр-міністри), а конституційно слабкі президенти іноді політично сильні (і домінують над прем'єр-міністрами), чи взагалі ні конституційно, ні політично не визначено, хто повинен превалювати у політичній системі. Відповідно встановлено, що концепт напівпрезиденталізму є настільки евристичним, наскільки евристичним є опис конкретного набору, а відтак і варіантів конституційних та політичних важелів міжінституційних відносин і поділу та дуалізму виконавчої влади²². Інакше кажучи, конституційно

¹⁴ Pasquino G. Nomination : Semi-presidentialism : A Political Model at Work / Gianfranco Pasquino // *European Journal of Political Research*. — 1997. — Vol. 31. — No. 1. — P. 128-146.

¹⁵ Siaroff A. Comparative presidencies : the inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction / Alan Siaroff // *European Journal of Political Research*. — 2003. — Vol. 42. — No. 3. — P. 287-312.

¹⁶ Барабаш Ю. Президентська влада у змішаних республіках : окремі питання теорії та практики / Ю. Г. Барабаш // *Право України*. — 2014. — № 8. — С. 67-76.

¹⁷ Cheibub J. Making Presidential and Semi-Presidential Constitutions Work / Jose Antonio Cheibub // *Texas Law Review*. — 2009. — Vol. 87. — No. 7. — P. 1375-1407; Stacey R. Semi-presidential government in the post-authoritarian context / R. Stacey, S. Choudhry. — *The Center for Constitutional Transitions at NYU Law*, 2014. — 20 p.

¹⁸ Stacey R. Semi-presidential government in the post-authoritarian context / R. Stacey, S. Choudhry. — *The Center for Constitutional Transitions at NYU Law*, 2014. — 20 p.; Elgie R. Variation in the Durability of Semi-Presidential Democracies / Robert Elgie, Petra Schleiter // Elgie R. *Semi-Presidentialism and Democracy* / Robert Elgie, Sophia Moestrup, Y-S. Wu. — London : *Palgrave*, 2011. — P. 42-60.

¹⁹ Elgie R. The Politics of Semi-Presidentialism / Robert Elgie // Elgie R. *Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 1-21; Anderson C. Losers' Consent : Elections and Democratic Legitimacy / C. Anderson, A. Blais, S. Bowler, T. Donovan, O. Lijphart. — Oxford : *Oxford University Press*, 2005. — P. 96.

²⁰ Lijphart A. Constitutional Design for Divided Societies / Arendt Lijphart // *Journal of Democracy*. — 2004. — Vol. 15. — No. 2. — P. 102.

²¹ Roeder P. Power Dividing as an Alternative to Ethnic Power Shar-

(інституційно) та політично (поведінково) напівпрезиденталізм атрибується доволі варіативно, але передусім залежно від наявності двох «базових агентів» — президента і парламенту, — через яких виборці як «принципали» потенційно можуть впливати на політичну систему²³. Як наслідок, напівпрезиденталізм окреслюється неповним поділом влади, бо президент та парламент, детермінуючись подвійною легітимністю своєї влади, фігурують в якості спільних «принципалів» урядового кабінету, а тому в зрізі логіки, структуризації і впорядкування процесів його формування/«походження», функціонування, а інколи й відповідальності/«виживання» вони повинні з його приводу домовлятися та його контролювати системно²⁴ (див. табл. 1).

Усе це означає, що системною і постійною ознакою напівпрезиденталізму як системи державного правління з інститутами всенародно виборного на фіксований термін президента та колективно відповідальних перед парламентом прем'єр-

міністра й урядового кабінету завжди є дуальна (подвійна) природа походження і здійснення виконавчої влади, а не дуальна (подвійна) природа відповідальності виконавчої влади (адже уряд та прем'єр-міністр в умовах напівпрезиденталізму колективно відповідальні, тобто можуть бути достроково відправлені у відставку, обов'язково перед парламентом або ж і перед парламентом, і перед президентом). Відтак дефініювання напівпрезиденталізму обов'язково є конституційно-правовим й інституційно детермінованим, але емпіричне та практичне наповнення, а тому й типологізація напівпрезиденталізму можуть бути як конституційно-правовими та інституційними, так і політикоправовими та поведінковими. Головне, щоби вони не порушували дефінітивного механізму формування/«походження» та відповідальності/«виживання» політичних (владних) інститутів у системі поділу і дуалізму (конфронтаційного або консенсусного) виконавчої влади президента та прем'єр-міністра.

Таблиця 1

ЛОГІКА ДЕФІНІЮВАННЯ НАПІВПРЕЗИДЕНТАЛІЗМУ ТА ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ/«ПОХОДЖЕННЯ» І ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ/«ВИЖИВАННЯ» ПОЛІТИЧНИХ (ВЛАДНИХ) ІНСТИТУТІВ У СИСТЕМІ ДУАЛІЗМУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Індикатори дефініювання й інститути напівпрезиденталізму	Президент	Прем'єр-міністр/уряд
Обов'язкова логіка формування/«походження» інститутів	Всенародні (прямі або непрямі) вибори	Вотум інвестиції чи мовчазна згода/довіра парламенту
Обов'язкова логіка відповідальності/«виживання» інститутів	Часово фіксований мандат	Вотум довіри і/або недовіри парламенту

Загалом же напівпрезиденталізм визначається та зумовлюється стриманою моделлю поділу (балансів, стримувань і противаг) влади, у якій простежуються характерні ознаки «жорсткої» (як у президенталізмі) і «м'якої» (як у парламентариз-

мі) моделі системі²⁵, а виконавча (президентська і урядова) влада є дуальною (подвійною) за особливостями легітимності, формування, здійснення та/чи відповідальності. Як наслідок, напівпрезиденталізм характеризується: фактичним забезпе-

ing / Philip G. Roeder // *Roeder P. Sustainable Peace, Power and Democracy after Civil War* / Philip G. Roeder, Donald Rodichild. — Ithaca : *Cornell University Press*, 2005. — P. 52.

²² Duverger M. *Bréviaire de la cohabitation* / Maurice Duverger. — Paris : *Presses Universitaires de France*, 1986. — P. 349.

²³ Pasquino G. *Nomination : Semi-presidentialism : A Political Model at Work* / Gianfranco Pasquino // *European Journal of Political Research*. — 1997. — Vol. 31. — No. 1. — P. 128–146; Nousiainen J. *From Semi-Presidentialism to Parliamentary Government : Political and Constitutional Developments in Finland* / Jaakko Nousiainen // *Scandinavian Political Studies*. — 2001. — Vol. 24. — No. 1. — P. 101.

nen // *Scandinavian Political Studies*. — 2001. — Vol. 24. — No. 1. — P. 101.

²⁴ Schleiter P. *Party Government in Europe? Parliamentary and Semi-presidential Democracies Compared* / Petra Schleiter, Edward Morgan-Jones // *European Journal of Political Research*. — 2009. — Vol. 48. — No. 5. — P. 665–693; Shugart M. *Comparative Executive-Legislative Relations* / Matthew S. Shugart // *Rhodes A. The Oxford Handbook of Political Institutions* / A. W. Rhodes, S. Binder, B. Rockman. — *Oxford University Press*, 2006. — P. 358.

²⁵ Процюк І. *Змішана республіка : поняття та ознаки* / Ігор Про-

ченням президента внаслідок його представницького мандата, отриманого безпосередньо від народу, від втручання у його діяльність інших інститутів та гілок державної влади; фактичною чи принаймні формальною, проте різноступеневою і різною у структурно-функціональному зрізі, внаслідок різної динаміки міжінституційних відносин, деконцентрацією і дуалізацією виконавчої влади між президентом та прем'єр-міністром; формальною та принаймні інколи фактичною повною або частковою неналежністю президента до жодної з гілок державної влади за умови можливості відігравати ним активну роль у політичному житті країни та суттєво впливати на функціонування державного механізму; фактичним та здебільшого неформальним генеруванням не триєдиної, а чотиригілкової (четвертою гілкою влади постає президент) моделі державної влади. Це в рамках напівпрезидентської логіки поділу влади, з одного боку, допомагає збалансувати державну владу та встановити дієву систему стримувань і противаг, а відтак запобігти значному посиленню чи домінуванню будь-якого з суб'єктів міжінституційних політичних відносин, проте, з іншого боку, спричиняє конфлікти усередині державного механізму, які безумовно не сприяють політичній стабільності²⁶. Відповідно, в рамках напівпрезиденталізму стабілізується система влади через поєднання різних взаєморівноважуючих засад міжінституційних відносин²⁷, через що для цієї системи правління майже завжди притаманні функціональний, інституційний та суб'єктний аспекти поділу влади загалом і дуалізму виконавчої влади зокрема.

Це, наприклад, очевидно з огляду на те, що напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади головно виявляється у: формальному і фактичному динамічному суміщенні виконавчої (президентської та урядової) влади президентом і прем'єр-міністром, причому залежно не від їхньої сили й уповноваженості, а від простого факту наявності виконавчих повноважень у кожного із

них; формальному та фактичному генеруванні ситуацій різного балансу і зміщення/поширення влади у рамках виконавчих структур за строгої умови, що потенціал автономії кожної одиниці виконавчої влади насправді співіснує; формальній незалежності президента від парламенту; здебільшого формальній незалежності або частковій залежності прем'єр-міністра та його урядового кабінету від президента, а натомість їхній формальній обов'язковій залежності від парламенту. Якщо спрощено, то дуалізм виконавчої влади в умовах напівпрезиденталізму неодмінно детермінується тим, що президент обов'язково повинен «ділитися» своєю владою з прем'єр-міністром і навпаки, а прем'єр-міністр змушений бути наділений достатньою підтримкою парламенту і президента (в умовах президентськопарламентського різновиду напівпрезиденталізму) чи винятково парламенту (в умовах прем'єр-президентського чи парламентсько-президентського різновиду напівпрезиденталізму)²⁸.

Відтак президент-парламентаризм (президентсько-парламентський різновид напівпрезиденталізму, в якому прем'єр-міністр та уряд колективно відповідальні перед президентом і парламентом) усереднено, теоретично та практично, частіше критикують за те, що він детермінований і двозначністю, і невизначеністю, яка випливає з дуальної (подвійної) природи відповідальності уряду та, вочевидь, спроможна підривати легітимність влади²⁹. Адже двозначність дуальної відповідальності уряду в умовах президентпарламентаризму дефектує атрибут «влади обраних над урядом». Це зумовлено тим, що дуально (подвійно) відповідальна виконавча влада (найперше урядовий кабінет) генерує конфлікти із приводу формування, функціонування та відставки уряду між президентом та парламентом, відсутність чітко визначених параметрів влади і домінування над урядом зі сторони президента і парламенту, а в кінцевому результаті — сумніви щодо того, кому слугує та чий інтереси (президента чи парламен-

цюк // Актуальні проблеми права : теорія і практика. — 2012. — № 25. — С. 462–471; Радченко О. Особливості застосування принципу розподілу державної влади у змішаних республіках / Олександр Радченко // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2010. — № 1. — С. 202–209.

²⁶ Радченко О. Особливості застосування принципу розподілу державної влади у змішаних республіках / Олександр Радченко // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2010. — № 1. — С. 202–209.

²⁷ Серьогіна С. Витоки концепції «змішане правління» в ан-

тичній політико-правовій теорії та практиці / С. Г. Серьогіна // Проблеми законності. — 2006. — № 78. — С. 35.

²⁸ Литвин В. Критика классического и постклассического определения полупрезидентализма и ее роль в построении синтетического концепта полупрезидентской системы правления : теоретико-методологический анализ и верификация на примере стран Центрально-Восточной Европы / Віталій Литвин // Studia Politologiczne. — 2017. — № 44. — С. 28–52.

²⁹ Shugart M. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics / Matthew S. Shugart, John M. Carey. — Cambridge University Press, 1992. — P. 30, 165.

ту) реалізовує урядовий кабінет. Окрім того, президент-парламентаризм може зумовити затяжний конфлікт між президентом і парламентом³⁰, бо в рамках дуалізму формування та відповідальності виконавчої влади «ані президент, ані парламент не мають стимулу вести переговори» про уряд³¹. Тим паче, що у випадку залучення президента та парламенту до формування і припинення повноважень уряду частим явищем стає змішування лояльності й політичних уподобань, бо відповідальність уряду від цього чіткішою й регламентованішою не стає, а сам уряд як «агент» має двох «принципалів»³².

Натомість прем'єр-президенталізм (прем'єр-президентський чи парламентсько-президентський різновид напівпрезиденталізму, в якому прем'єр-міністр та уряд колективно відповідальні лише перед парламентом) у цьому контексті є суттєво варіативнішим за особливостями і наслідками поділу та дуалізму виконавчої влади, зокрема залежно від врахування конституційної і політичної культури, особливостей структуризації правлячої еліти та інституційних і персональних ознак президентства й прем'єрства на тлі складу парламенту. Так, у випадку належності президента і прем'єр-міністра до ідентичних чи суміжних (при формуванні коаліційних урядів) партій, які мають більшість у парламенті, відносини між президентом і парламентом є незначною мірою конфліктними, а виконавча влада «візуально» та поведінково є менше дуалізованою, ніж у випадку, коли президент і прем'єр-міністр користуються підтримкою різних партій парламенту та є політичними опонентами один одного, внаслідок чого президент і прем'єр-міністр не можуть співпрацювати у рамках єдиної конфігурації більшості в парламенті. Водночас загалом компетенційною та функціональною специфікою прем'єр-президенталізму є той факт, що прем'єр-міністр/урядовий кабінет і президент формально та здебільшого фактично наділені окремими (проте не обов'язково несуміжними) повноваженнями у виконавчій владі,

внаслідок чого майже завжди незаперечною виявляється дуальна (подвійна) природа виконавчої влади. Виявляється це у тому, що прем'єр-міністр, зі згодою чи без згоди президента, традиційно формує урядовий кабінет і керує його роботою насамперед у сфері соціально-економічної політики, а президент, що може навіть призначати окремих міністрів уряду, головню визначає зовнішньополітичний курс держави та відповідає за національну безпеку й оборону (хоч, звісно, може впливати і на формування соціально-економічної політики). Визначальним тут є той факт, що коли більшість у парламенті діє проти президента, то останній значною мірою втрачає можливість домінувати у системі дуалізму виконавчої влади. Хоча, від протилежного, не виключено, що у такій конструкції виконавчі повноваження глави держави можуть і зростати.

Загалом це демонструє, що оскільки президент-парламентаризм визначений більшою конфліктністю у системі дуалізму виконавчої влади, а тому й більшою міжінституційною незбалансованістю, то він генерує умови, за яких уряду складніше проводити узгодженішу й ефективнішу політику, аніж це властиво для прем'єр-президенталізму. Відтак це унаслідуються в спокусі апробації й інституціоналізації екстраконституційної політики президента чи інших акторів здебільше в умовах саме президент-парламентаризму, а не прем'єр-президенталізму, бо президенти в умовах першого стартово можуть бути президентіалізованими конституційно та формально, а тому легше персоналізують владу політично і фактично³³. Наслідком, для прикладу, є позиція, згідно з якою рівень конфліктності у системі дуалізму виконавчої влади в умовах президент-парламентаризму, на відміну від прем'єр-президенталізму, виявляється важливим чинником невдалої демократизації. Хоча загалом релевантним залишається зауваження про критику дуалізму виконавчої влади як механізму, який підриває перспективи і результати демократизації³⁴. Адже: дуальна (подвій-

³⁰ Shugart M. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics / Matthew S. Shugart, John M. Carey. — Cambridge University Press, 1992. — P. 121; Reiter D. Public, Legislative, and Executive Constraints on the Democratic Initiation of Conflict / Dan Reiter, Erik R Tillman // Journal of Politics. — 2002. — Vol. 64. — No. 3. — P. 810.

³¹ Elgie R. Semi-Presidentialism : Sub-Types and Democratic Performance / Robert Elgie. — Oxford : Oxford University Press, 2011. — P. 35.

³² Morgan-Jones E. Governmental change in a president-parliamen-

tary regime : The case of Russia 1994–2003 / Edward Morgan-Jones, Petra Schleiter // Post-Soviet Affairs. — 2004. — Vol. 20. — No. 2. — P. 132–163.

³³ Samuels D. The «Semi-presidential» model and its subtypes : Party presidentialization and the selection and deselection of prime ministers / David Samuels, Matthew S. Shugart // Paper presented at the Committee of the 10th Congress of the French Political Science Association. — Grenoble, September 7–9, 2009. — 20 p.

³⁴ Linz J. Presidential or Parliamentary Democracy : Does It Make a Difference? / Juan Linz // Linz J. The Failure of Presidential De-

на) виконавча влада накладає непотрібний та додатковий елемент конкуренції за уряд, що виявляється у політиканстві, затримці процесу прийняття рішень і суперечливій політиці, а тому й генерує неясність з приводу того, кому підпорядковані деякі впливові політичні гравці, та нестійкий баланс політичної змагальності і загрозу демократичної стабільності; протистояння різноідеологічних та різнопартійних президента й прем'єр-міністра приводить до конфлікту з непередбачуваними наслідками всередині виконавчої влади, а тому й до зниження керованості політичним процесом і зменшення інституційної стабільності.

Відповідно, саме інформація про поділ влади між президентом і парламентом в умовах напівпрезиденталізму є засадничою у генеруванні теоретичних очікувань про позиціонування прем'єр-міністра в рамках поділу влади і континууму ідеального «розташування» глави держави та парламенту³⁵. Це особливо помітно у випадку, коли парламент є надмірно внутрішньо поляризованим та фракціоналізованим, що суттєво посилює та стабілізує конфронтацію між виконавчою і законодавчою гілками влади, а також суперечки про поділ повноважень між президентом та прем'єр-міністром у виконавчій вертикалі. Враховуючи ж, що напівпрезиденталізм перебуває у стані компліментарного взаємоподілу повноважень між інститутами президента, прем'єр-міністра/уряду та парламенту³⁶, очевидно, що дуалізм виконавчої влади цієї системи державного правління може окреслюватись переважанням або президента (як типово, хоча не завжди у випадку президентаризму), або прем'єр-міністра і уряду (як типово, але не завжди у випадку прем'єр-президенталізму), або й жодного із них. Хоча, на противагу, варто завжди зважати на той факт, що для напівпрезиденталізму критично важливими є компенсаційні повноваження парламенту і президента в напрямі забезпечення достатньої кількості стримувань і противаг та стимулів поділу влади³⁷.

mocracy : Comparative Perspectives / Juan Linz, Arturo Valenzuela. — Johns Hopkins University Press, 1994. — P. 55.

³⁵ Protsyk O. Prime ministers' identity in semi-presidential regimes : Constitutional norms and cabinet formation outcomes / Oleh Protsyk // European Journal of Political Research. — 2005. — Vol. 44. — No. 5. — P. 721–748.

³⁶ Shugart M. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics / Matthew S. Shugart, John M. Carey. — Cambridge University Press, 1992. — P. 23.

³⁷ Elgie R. Variation in the Durability of Semi-Presidential Democra-

У цьому контексті вкрай цікава позиція, згідно з якою напівпрезидентський дуалізм виконавчої влади зумовлюється та стає варіативним із огляду на те, чи президент і прем'єр-міністр/уряд користуються підтримкою ідентичних політсил у парламенті³⁸. Відтак напівпрезиденталізм (незалежно, чи він президентсько-парламентського або прем'єр-президентського типу) треба дихотомувати на системи уніфікованого (нерозділеного) та неуніфікованого (розділеного) правління. Перші характеризуються тим, що і президент, і прем'єр-міністр належать або тяжіють до ідентичних чи коаліційно-споріднених («близьких») політсил у парламенті, а тому й суттєво обмежують дуалізм виконавчої влади. Натомість другі окреслюються тим, що президент і прем'єр-міністр є політичними супротивниками один одного, належать або тяжіють до різних і неспоріднених («неблизьких») політичних сил у парламенті, а тому й суттєво посилюють дуалізм виконавчої влади. Через це доволі релевантною є позиція, згідно з якою якщо партія наділена і президентством, і більшістю у парламенті, то це практично звужує конституційний поділ влади, і навпаки, якщо посада президента та більшість у парламенті перебувають в руках різних партій, то за рахунок суперництва між протиборчими силами суттєво розширюється конституційний поділ влади³⁹. Узагальнено це означає, що поділ влади у напівпрезиденталізмі є безпосереднім наслідком поєднання партійної системи і конституційних рамок міжінституційних відносин в трикутнику «глава держави–уряд / прем'єр-міністр–парламент»⁴⁰, а також що функціональність і динаміка напівпрезиденталізму одночасно залежать від інституційно-конституційних норм та політично-поведінкових чинників⁴¹. Крім того, це означає, що конфліктність дуалізму виконавчої влади в умовах напівпрезиденталізму може простежуватись не лише у випадку систем неуніфікованого (розділеного) правління, коли головні політичні інститути намагаються модифікувати традиційні канали політичного процесу й усталені патерни міжпартій-

cies / Robert Elgie, Petra Schleiter // Elgie R. Semi-Presidentialism and Democracy / Robert Elgie, Sophia Moestrup, Y-S. Wu. — London : Palgrave, 2011. — P. 42–60.

³⁸ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // European Journal of Political Research. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 186.

³⁹ Duverger M. Los Partidos Politicos / Maurice Duverger. — Mexico : Fondo de Cultura Econmica, 1957. — P. 422.

⁴⁰ Duverger M. Los Partidos Politicos / Maurice Duverger. — Mexico : Fondo de Cultura Econmica, 1957. — P. 420.

ної змагальності⁴², але й у випадку систем уніфікованого (нерозділеного) правління, коли президент і прем'єр-міністр належать до ідентичних, але фрагментованих партій у парламенті⁴³, або коли президентські вибори генерують змагальність популістсько орієнтованих кандидатів⁴⁴. Відтак потенційна і реальна конфліктність напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади зумовлена тим, що ця система державного правління охоплює «латентну політичну і навіть конституційну кризу» та змагальність.

Доповнюється це логікою, згідно з якою композиціонування парламентів, формування і функціонування різних типів урядових кабінетів, а також поділ і конструювання дуалізму виконавчої влади і загалом міжінституційних відносин у рамках напівпрезиденталізму (теж незалежно, чи він президентсько-парламентського або прем'єр-президентського типу) відбуваються залежно від відносин більшості та меншості у парламенті і безпосередньо від правління або ситуацій більшості чи меншості (яке найпростіше перевірити фактом формування урядів більшості чи меншості)⁴⁵. Відтак конституціоналізований поділ та дуалізм виконавчої влади унеможлиблює чітке розмежування повноважень прем'єр-міністрів і президентів у більшості випадків напівпрезиденталізму, а тому часто веде до конституційної та політичної двозначності цієї системи державного правління. Як наслідок, коли повноваження глав держав та глав урядів у системі дуалізму виконавчої влади (у випадках урядів більшості чи меншості, а також систем уніфікованого чи розділеного правління) відчутно розбіжні і неузгоджені, то конституційно і тим паче політично не зовсім зрозуміло, хто із центрів чи носіїв виконавчої влади (передусім президент або прем'єр-міністр) уповноважений реалізовувати остаточні рішення, навіть у таких сферах політики, як національна оборона, міжнародні відносини, соціально-економічна політи-

ка тощо. Це значно посилюється тим, що легітимність, партійна приналежність і відповідальність центрів чи носіїв виконавчої влади теж суттєво різні, адже: прем'єр-міністр й уряд у своєму функціонуванні та відповідальності (але не завжди у формуванні) залежать від процедур делегування повноважень і зобов'язань парламентом; президент на підставі електоральної і раціоналізованої легітимності має незалежний і всенародний мандат, автономний від парламенту та може діяти за відсутності його підтримки чи схвалення. Відповідно, апіорі напружені відносини інститутів президента, прем'єр-міністра/уряду і парламенту (навіть якщо вони поділяють політичну програму) в умовах напівпрезиденталізму зумовлені своєрідним «додатковим поділом» (дуалізмом) виконавчої влади, а тому є потенційно-безумовними, структурними та навіть постійними, адже спричинені конституційною і політичною конструкцією та логікою цієї системи правління⁴⁶. Вона ж набуває різноманітного вигляду та наслідків, зокрема в рамках дуалізму виконавчої влади, залежно від апробації в системах уніфікованого чи розділеного правління, які можуть відбуватись в умовах урядів більшості чи меншості. Звісно, з огляду на відоме теоретичне зауваження, згідно з яким парламентські ситуації та уряди більшості, на відміну від ситуацій і урядів меншості, зменшують, втім числі і у випадку напівпрезиденталізму, вірогідність переростання внутрішньо-властивих для нього напружених міжінституційних відносин у серйозні конфлікти в системі дуалізму виконавчої влади.

А це, своєю чергою, є умовою виокремлення та ієрархізації кількох варіантів співіснування (балансів, дисбалансів та конфліктів) центрів і носіїв виконавчої влади в рамках її напівпрезидентського дуалізму, зокрема систем повністю або частково уніфікованої (нерозділеної) більшості, повністю або частково уніфікованої (нерозділеної)

⁴¹ Bogdanor V. *Semi-presidential Systems* / Vernon Bogdanor // Bogdanor V. *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions* / Vernon Bogdanor. — Oxford : Basil Blackwell Publishers, 1987. — P. 561–562.

⁴² Linz J. *Problems of Democratic Transition and Consolidation : Southern Europe, South America and Post-Communist Europe* / Juan Linz, Alfred Stepan. — Johns Hopkins University Press, 1996. — P. 282.

⁴³ Protsyk O. *Politics of Intra-executive Conflict in Semipresidential Regimes in Eastern Europe* / Oleh Protsyk // *East European Politics and Societies*. — 2005. — Vol. 19. — No. 2. — P. 135–160.

⁴⁴ Linz J. *Presidential or Parliamentary Democracy : Does It Make a Difference?* / Juan Linz // Linz J. *The Failure of Presidential Demo-*

cracy : Comparative Perspectives / Juan Linz, Arturo Valenzuela. — Johns Hopkins University Press, 1994. — P. 61.

⁴⁵ Skach C. *Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic* / Cindy Skach. — Princeton : Princeton University Press, 2005. — 151 p; Skach C. *Constitutional origins of dictatorship and democracy* / Cindy Skach // *Constitutional Political Economy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 4. — P. 347–368; Skach C. *The «newest» separation of powers : semi-presidentialism* / Cindy Skach // *International Journal of Constitutional Law*. — 2007. — Vol. 5. — No. 1. — P. 93–121.

⁴⁶ Литвин В. Система уніфікованої меншості як варіативний різновид напівпрезиденталізму : перевірка доцільності виокремлення та концептуалізації / Віталій Литвин // Тези звітної

меншості, розділеної (неуніфікованої) більшості і розділеної (неуніфікованої) меншості⁴⁷. Конструкції систем уніфікованої більшості означені тим, що президент є членом (повністю уніфікована більшість) чи партнером (частково уніфікована більшість) партії прем'єр-міністра, який очолює урядовий кабінет більшості, через що і глава держави, і глава уряду підтримуються ідентичною більшістю у парламенті, роблячи такий різновид напівпрезиденталізму найменш конфліктним у системі дуалізму виконавчої влади. Дещо конфліктнішою в рамках напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади є опція систем уніфікованої меншості, де президент є членом (повністю уніфікована меншість) чи партнером (частково уніфікована меншість) партії прем'єр-міністра, який очолює урядовий кабінет меншості, через що і глава держави, і глава уряду опираються на ті самі політсили у парламенті (зокрема для того,

щоби більшість у парламенті хоча б ситуативно, якщо не формально, підтримувала президента і прем'єр-міністра уряду меншості). Ще конфліктнішою опцією напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади є системи розділеної більшості, в яких президент не є членом чи партнером партії прем'єр-міністра, який очолює урядовий кабінет більшості, через що глава держави, на відміну від прем'єр-міністра, не наділений підтримкою більшості у парламенті. Нарешті, найконфліктнішим сценарієм дуалізму виконавчої влади у рамках напівпрезиденталізму є системи розділеної меншості, у яких ні президент, ні прем'єр-міністр урядового кабінету меншості, які є політичними супротивниками, а не членами чи партнерами партій один одного, не мають (здебільше ні формально, ні ситуативно) підтримки більшості у парламенті (див. табл. 2).

Таблиця 2

ЛОГІКА ВИОКРЕМЛЕННЯ ТИПІВ НАПІВПРЕЗИДЕНТАЛІЗМУ І ВАРІАНТІВ СПІВІСНУВАННЯ ЦЕНТРІВ ТА НОСІЇВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В РАМКАХ СИСТЕМИ ЇЇ ДУАЛІЗМУ

Індикатори виокремлення типів напівпрезиденталізму та варіантів співіснування центрів і носіїв виконавчої влади		Системи і типи урядових кабінетів, яким надають підтримку парламенти	
		Система/уряд більшості	Система/уряд меншості
Кореляції партійної приналежності президента та прем'єр-міністра	Система уніфікованого правління	Система (повністю або частково) уніфікованої більшості	Система (повністю або частково) уніфікованої меншості
	Система розділеного правління	Система розділеної більшості	Система розділеної меншості

У цьому контексті примітно, що виокремлені варіанти співіснування центрів і носіїв виконавчої влади в рамках її напівпрезидентського дуалізму або загалом різновиди напівпрезидентської системи державного правління є безпосереднім наслідком поєднання, з одного боку, конституційних повноважень політичних інститутів у трикутнику «глава держави-прем'єр-міністр /

уряд-парламент» та формалізованих особливостей виборчих систем, а з іншої сторони — фактичних результатів президентських та парламентських виборів, партійно-політичної приналежності центрів і носіїв виконавчої влади та складу парламенту, а тому є динамічними⁴⁸. Відповідно, у такому «сузір'ї розгортання» напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади президенти та

наукової конференції філософського факультету / Відп. за випуск Л. Рижак, О. Квас. — Дрогобич : ТзОВ «Трек-ЛТД», 2017. — С. 117-122.

⁴⁷ Skach C. The «newest» separation of powers : semi-presidentialism / Cindy Skach // International Journal of Constitutional Law. — 2007. — Vol. 5. — No. 1. — P. 104-105; Литвин В. Система уніфікованої меншості як варіативний різновид напівпрезидент-

талізму : перевірка доцільності виокремлення та концептуалізації / Віталій Литвин // Тези звітної наукової конференції філософського факультету / Відп. за випуск Л. Рижак, О. Квас. — Дрогобич : ТзОВ «Трек-ЛТД», 2017. — С. 117-122.

⁴⁸ Skach C. Constitutional origins of dictatorship and democracy / Cindy Skach // Constitutional Political Economy. — 2005. — Vol. 16. — No. 4. — P. 347-368; Skach C. The «newest» separation of

прем'єр-міністри можуть по-різному претендувати на ті чи інші виконавчі повноваження, модифікуючи різні варіанти міжінституційних відносин⁴⁹ (які, як зазначено вище, можуть окреслюватись і в рамках президентського-парламентського, і в рамках прем'єр-президентського чи парламентсько-президентського різновидів напівпрезиденталізму). А це, своєю чергою, означає, що параметрами чи патернами напівпрезиденталізму можуть бути різні варіанти як поділу, так і поєднання повноважень, а також як змагальності, так і конфлікту у системі дуальної (подвійної) виконавчої влади, внаслідок чого цілком очевидно, що напівпрезидентська система правління апіорі детермінується більше чи менше конфліктною системою дуалізму виконавчої влади⁵⁰.

Однією із визначальних причин такого стану справ є той факт, що навіть попри відносну гомогенність конституцій напівпрезидентських країн (особливо окремішньо у випадку президент-парламентаризму і прем'єр-президенталізму) повноваження їхніх президентів й інших політичних акторів, а відтак і особливості дуалізму виконавчої влади є гетерогенними, у тім числі і формально/законодавчо, і фактично/політично (що вкрай зрідка співпадає) детерміновано⁵¹. Найбільше на тлі врахування складу парламентів і типів урядових кабінетів, які очолюють прем'єр-міністри і з якими співпрацюють чи конфліктують, а загалом співіснують, президенти, адже, як би це не було парадоксально: у випадку урядів меншості та відсутності парламентської більшості відбувається найбільший збіг між формальною конституцією і політичною практикою, що зумовлює безумовний і чіткий поділ виконавчої влади президента та

прем'єр-міністра⁵²; у випадку урядів більшості та наявності парламентської більшості простежується суттєва відмінність між формальною конституцією і політичною практикою, що спричиняє нечіткий та компліментарний поділ влади президента та прем'єр-міністра, зокрема на користь когось із них. Відповідно, виконавча влада в умовах напівпрезиденталізму може концентруватись більшою (хоч не повною) мірою за президентом або прем'єр-міністром, а може означатись і явним конфліктним, конкурентним та мінливим поділом і дуалізмом. Тому поділ і дуалізм виконавчої влади властивий напівпрезиденталізму перманентно, але він у рамках балансу чи дисбалансу політичного або виконавчого лідерства може змінюватись на користь того чи іншого політичного інституту⁵³, детермінуючи в умовах «подібності правил, але різноманітності ігор»⁵⁴ різні опції аналізованої системи державного правління, зокрема президентіалізований, парламентаризований (прем'єризований) та збалансований напівпрезиденталізм.

Президентіалізований напівпрезиденталізм (особливо у випадку президент-парламентаризму) характеризується зміщенням дуалізму формування/«походження», функціонування і відповідальності/«виживання» прем'єр-міністра й уряду перед президентом та парламентом винятково або здебільшого до глави держави, через що така система правління інтуїтивно і політично (але не конституційно) часто тяжіє до президенталізму. Натомість парламентаризований чи прем'єризований напівпрезиденталізм (особливо у випадку прем'єр-президенталізму) окреслюється, навіть попри значну раціонально-легальну легітимність влади та конституційну уповноваженість президента,

powers : semi-presidentialism / Cindy Skach // *International Journal of Constitutional Law*. — 2007. — Vol. 5. — No. 1. — P. 93–121.

⁴⁹ Baylis T. Presidents versus Prime Ministers : Shaping Executive Authority in Eastern Europe / Thomas A. Baylis // *World Politics*. — 1996. — Vol. 48. — No. 3. — P. 297–323; Барабаш Ю. Президентська влада у змішаних республіках : окремі питання теорії та практики / Ю. Г. Барабаш // *Право України*. — 2014. — № 8. — С. 67–76; Protsyk O. Politics of Intra-executive Conflict in Semipresidential Regimes in Eastern Europe / Oleh Protsyk // *East European Politics and Societies*. — 2005. — Vol. 19. — No. 2. — P. 135–160; Fabbrini S. Presidents, Parliaments, and Good Government / Sergio Fabbrini // *Journal of Democracy*. — 1995. — Vol. 6. — No. 3. — P. 128–138; Gherghina S. The Failure of Co-habitation : Explaining the 2007 and 2012 Institutional Crises in Romania / Sergiu Gherghina, Sergiu Miscoiu // *East European Politics & Societies*. — 2013. — Vol. 27. — No. 4. — P. 668–684.

⁵⁰ Protsyk O. Intra-Executive Competition between President and Prime Minister : Patterns of Institutional Conflict and Cooperation under Semi-presidentialism / Oleh Protsyk // *Political Studies*. — 2006. — Vol. 54. — No. 2. — P. 219–244.

⁵¹ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 182–186; Chang C.-H. The Competition/Cooperation Relationship in Executive Power Operating of Semi-presidentialism / Chun-Hao Chang // *International Journal of Social Sciences and Humanity Studie*. — 2011. — Vol. 3. — No. 2. — P. 105–116; Elgie R. Semi-Presidentialism and Comparative Institutional Engineering / Robert Elgie // Elgie R. *Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 281–299.

⁵² Elgie R. *Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 281–299.

⁵³ Харченко О. Напівпрезидентська форма правління : становлення і розвиток : дис. ... канд. наук : 23.00.02 / Олена Харченко. — К. : Ін-т політичних і етнонац. дослідж. ім. І. Ф. Кураса, 2008. — С. 37.

⁵⁴ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 167.

зміщенням дуалізму виконавчої влади на користь прем'єр-міністра й урядового кабінету, відповідає перед парламентом⁵⁵, через що така система правління інтуїтивно і політично, зокрема підмінюючи конституційні норми та регламентації політичними конвенціями⁵⁶, набуває парламентськоподібної форми, конституційно/дефінітивно залишаючись напівпрезидентською⁵⁷. Відтак у президентіалізованому та парламентаризованому (прем'єризваному) напівпрезиденталізмі поділ і дуалізм виконавчої влади президента та прем'єр-міністра конституційно властивий і зарезервований, але політично він значною мірою є варіативним, зокрема найменше вираженим у випадку систем уніфікованого правління, а найбільше вираженим у випадку систем розділеного правління⁵⁸. Врешті, збалансований напівпрезиденталізм позначається найбільшою мірою на конституціоалізованому та/чи політичному балансуванні повноважень владних акторів, передусім президента і прем'єр-міністра, у поділі та дуалізмі виконавчої влади, через що така система правління детермінується процесами різнорівневої персоналізації міжінституційних відносин за допомогою повноважень та ролей окремих політичних акторів, а відтак і ускладненням дуалізму виконавчої влади. З одного боку (особливо у випадку систем розділеного правління), це може слугувати причиною «блокованого» конституційного та міжінституційного конфліктів, політичної кризи у системі дуалізму виконавчої влади, втрати чи зменшення рівня керованості політичним й управлінським процесом і зниження легітимності державної влади⁵⁹. З іншого боку (зокрема у випадку щонайбільшого співпадіння конституції і політичної практики), це може слугувати причиною максимально об'єктивної і регламентованої апробації певної конфігурації напівпрезидентської системи

державного правління на практиці.

Все значною мірою залежить від врахування та поєднання цілого масиву конституціоалізованих (формальних) і політичних (фактичних та фактичних) детермінант структуризації напівпрезиденталізму, які дають підстави виокремити різні варіанти і механізми балансування та дуалізації виконавчої влади. Зокрема, за каналами та векторами балансування і паралелізацією або непаралелізацією здійснення повноважень різних політичних акторів дуалізм виконавчої влади, особливо у випадку збалансованого напівпрезиденталізму, буває: винятково горизонтальним — тобто на підставі одночасного, змішаного та взаємодоповнювального використання політичними акторами своїх повноважень у рамках системи дуалізму виконавчої влади; винятково вертикальним — тобто на підставі різночасного, розмежованого та альтернативного використання політичними акторами своїх повноважень у рамках системи дуалізму виконавчої влади; водночас вертикальним і горизонтальним — тобто на підставі одночасного і різночасного, змішаного і розмежованого, а також взаємодоповнювального і альтернативного використання політичними акторами своїх повноважень у рамках дуалізму виконавчої влади.

Загалом у дослідженні аргументовано, що напівпрезиденталізм дефінітивно і практично завжди окреслюється дуалізмом виконавчої влади, хоча останній і позначається різними особливостями, динамікою і наслідками у рамках різних видів цієї системи державного правління. Усереднено, зокрема на підставі різних особливостей ієрархічних і транзакційних міжінституційних відносин, виявлено, що система напівпрезидентського дуалізму виконавчої влади характеризується: формальною і фактичною дуалізацією чи деконцентрацією виконавчої влади між президентом (гла-

⁵⁵ Gallagher M. Review of Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? By Margit Tavits / Michael Gallagher // *West European Politics*. — 2010. — Vol. 33. — No. 2. — P. 204–205.

⁵⁶ Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 167; Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // *French Politics*. — 2005. — Vol. 3. — No. 3. — P. 336; Protsyk O. Intra-Executive Competition between President and Prime Minister : Patterns of Institutional Conflict and Cooperation under Semi-presidentialism / Oleh Protsyk // *Political Studies*. — 2006. — Vol. 54. — No. 2. — P. 220.

⁵⁷ Литвин В. Напівпрезидентські системи з номінальними президентами у країнах Європи / Віталій Литвин // Тези звітної

наукової конференції філософського факультету / Відп. за випуск проф. В. П. Мельник. — Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2013. — Вип. 10. — С. 402–407.

⁵⁸ Литвин В. До проблеми розрізнення напівпрезиденталізму та парламентаризму : напівпрезидентські системи з номінальними президентами у Центральній Європі (на прикладі Болгарії, Словаччини, Словенії та Чехії) / Віталій Литвин // *Rozwój polityczny i społeczny państw Europy Środkowej i Wschodniej / Praca zbiorowa pod red. Zbigniewa Białoblockiego i Anoliya Romanyuka*. — Kutno, 2013. — S. 149–171; Tavits M. Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? / Margit Tavits. — Oxford : *Oxford University Press*, 2009. — P. 31.

⁵⁹ Skach C. Constitutional origins of dictatorship and democracy / Cindy Skach // *Constitutional Political Economy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 4. — P. 60–63.

вою держави) і прем'єр-міністром (главою уряду); дуальною (подвійною) природою формування/«походження» і здійснення виконавчої влади, а не її відповідальності/«виживання». Відтак усі ризики та перспективи апробації напівпрезиденталізму залежать від його різновидів й особливостей і наслідків поділу та дуалізму виконавчої влади, які, своєю чергою, детерміновані конституційними повноваженнями політичних інститутів у три-

кутнику «глава держави–прем'єр-міністр/уряд–парламент», формалізованими й актуалізованими особливостями партійних і виборчих систем, результатами президентських та парламентських виборів, партійно-політичною приналежністю центрів і носіїв виконавчої влади та складом парламенту. Однак вони повинні бути предметом спеціалізованого й окремого дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Литвин В. Концептуалізація і теоретична дистинкція понять «форма державного правління» та «система державного правління» у політичній науці / Віталій Литвин, Анатолій Романюк // Науковий часопис Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова. Серія 22 : Політичні науки та методика викладання соціально-політичних дисциплін : збірник наукових праць. — 2016. — Вип. 20. — С. 3–12.
2. Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія : Дослідження структур, мотивів і результатів / Джованні Сарторі. — Київ : АртЕк, 2001. — 224 с.
3. Cheibub J. Beyond Presidentialism and Parliamentarism / Jose Antonio Cheibub, Zachary Elkins, Tom Ginsburg // *British Journal of Political Science*. — 2014. — Vol. 44. — No. 3. — P. 515–544.
4. Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 165–187.
5. Elgie R. Semi-Presidentialism : Sub-Types and Democratic Performance / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 2011. — 206 p.
6. Elgie R. The Politics of Semi-Presidentialism / Robert Elgie // Elgie R. *Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 1–21.
7. Elgie R. Variations on a theme : a fresh look at semi-presidentialism / Robert Elgie // *Journal of Democracy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 3. — P. 1–21.
8. Pasquino G. Nomination : Semi-presidentialism : A Political Model at Work / Gianfranco Pasquino // *European Journal of Political Research*. — 1997. — Vol. 31. — No. 1. — P. 128–146.
9. Shugart M. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics / Matthew S. Shugart, John M. Carey. — *Cambridge University Press*, 1992. — 316 p.
10. Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // *French Politics*. — 2005. — Vol. 3. — No 3. — P. 323–351.
11. Андреева Г. Конституционное право зарубежных стран : учебник / Галина Андреева. — М. : Эксмо, 2005. — 320 с.
12. Арановский К. Государственное право зарубежных стран : учебник для вузов / К. В. Арановский. — М. : Форум-Инфра-М, 1998. — 488 с.
13. Романюк А. Порівняльний аналіз політичних інститутів країн Західної Європи : монографія / Анатолій Романюк. — Львів, 2007. — 391 с.
14. Blondel J. Dual Leadership in the Contemporary World : A Step towards Executive and Regime Stability / Jean Blondel // Kavanagh D. *Comparative Government and Politics* / Dennis Kavanagh, Gillian Peele. — Boulder, 1984. — P. 162–172.
15. Bogdanor V. Semi-presidential Systems / Vernon Bogdanor // Bogdanor V. *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions* / Vernon Bogdanor. — Oxford : *Basil Blackwell Publishers*, 1987. — P. 561–562.
16. Amorim Neto O. Breaking the Parliamentary Chain of Delegation : Presidents and Non-partisan Cabinet Members in European Democracies / Octavio Amorim Neto, Kaare Strøm // *British Journal of Political Science*. — 2006. — Vol. 36. — No. 4. — P. 619–643.

17. Elgie R. Semi-Presidentialism : Concepts, Consequences and Contesting Explanations / Robert Elgie // *Political Studies Review*. — 2004. — Vol. 2. — No. 3. — P. 314–330.
18. Baylis T. Presidents versus Prime Ministers : Shaping Executive Authority in Eastern Europe / Thomas A. Baylis // *World Politics*. — 1996. — Vol. 48. — No. 3. — P. 297–323.
19. Kirschke L. Semipresidentialism and the Perils of Power-Sharing in Neopatrimonial States / Linda Kirschke // *Comparative Political Studies*. — 2007. — Vol. 40. — No. 11. — P. 1372–1394.
20. Ginsburg T. Dismantling the «Developmental State»? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea / Tom Ginsburg // *American Journal of Comparative Law*. — 2001. — Vol. 49. — No. 4. — P. 585–625.
21. Литвин В. До оцінювання класичних і посткласичних та формулювання оновленого і синтетичного визначень напівпрезиденталізму / Віталій Литвин // *Вісник Дніпропетровського університету. Серія : Філософія, соціологія, політологія*. — 2016. — № 3 (31). — С. 30–46.
22. Siaroff A. Comparative presidencies : the inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction / Alan Siaroff // *European Journal of Political Research*. — 2003. — Vol. 42. — No. 3. — P. 287–312.
23. Барабаш Ю. Президентська влада у змішаних республіках : окремі питання теорії та практики / Ю. Г. Барабаш // *Право України*. — 2014. — № 8. — С. 67–76.
24. Cheibub J. Making Presidential and Semi-Presidential Constitutions Work / Jose Antonio Cheibub // *Texas Law Review*. — 2009. — Vol. 87. — No. 7. — P. 1375–1407.
25. Stacey R. Semi-presidential government in the post-authoritarian context / R. Stacey, S. Choudhry. — *The Center for Constitutional Transitions at NYU Law*, 2014. — 20 p.
26. Elgie R. Variation in the Durability of Semi-Presidential Democracies / Robert Elgie, Petra Schleiter // *Elgie R. Semi-Presidentialism and Democracy / Robert Elgie, Sophia Moestrup, Y.-S. Wu*. — London : *Palgrave*, 2011. — P. 42–60.
27. Anderson C. Losers' Consent : Elections and Democratic Legitimacy / C. Anderson, A. Blais, S. Bowler, T. Donovan, O. Lijphart. — Oxford : *Oxford University Press*, 2005. — 240 p.
28. Lijphart A. Constitutional Design for Divided Societies / Arendt Lijphart // *Journal of Democracy*. — 2004. — Vol. 15. — No. 2. — P. 96–109.
29. Roeder P. Power Dividing as an Alternative to Ethnic Power Sharing / Philip G. Roeder // *Roeder P. Sustainable Peace, Power and Democracy after Civil War / Philip G. Roeder, Donald Rodichild*. — Ithaca : *Cornell University Press*, 2005. — P. 51–82.
30. Duverger M. Bréviaire de la cohabitation / Maurice Duverger. — Paris : *Presses Universitaires de France*, 1986. — 150 p.
31. Nousiainen J. From Semi-Presidentialism to Parliamentary Government : Political and Constitutional Developments in Finland / Jaakko Nousiainen // *Scandinavian Political Studies*. — 2001. — Vol. 24. — No. 1. — P. 95–109.
32. Schleiter P. Party Government in Europe? Parliamentary and Semipresidential Democracies Compared / Petra Schleiter, Edward Morgan-Jones // *European Journal of Political Research*. — 2009. — Vol. 48. — No. 5. — P. 665–693.
33. Shugart M. Comparative Executive-Legislative Relations / Matthew S. Shugart // *Rhodes A. The Oxford Handbook of Political Institutions / A. W. Rhodes, S. Binder, B. Rockman*. — *Oxford University Press*, 2006. — P. 344–365.
34. Процюк І. Змішана республіка : поняття та ознаки / Ігор Процюк // *Актуальні проблеми права : теорія і практика*. — 2012. — № 25. — С. 462–471.
35. Радченко О. Особливості застосування принципу розподілу державної влади у змішаних республіках / Олександр Радченко // *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. — 2010. — № 1. — С. 202–209.
36. Серьогіна С. Витоки концепції «змішане правління» в античній політико-правовій теорії та практиці / С. Г. Серьогіна // *Проблеми законності*. — 2006. — № 78. — С. 29–38.
37. Литвин В. Критика классического и постклассического определения полупрезидентализма и ее роль в построении синтетического концепта полупрезидентской системы правления : теоретико-методологический анализ и верификация на примере стран Центрально-Восточной Европы / Віталій Литвин // *Studia Politologicae*. — 2017. — № 44. — С. 28–52.
38. Reiter D. Public, Legislative, and Executive Constraints on the Democratic Initiation of Conflict / Dan Reiter, Erik R Tillman // *Journal of Politics*. — 2002. — Vol. 64. — No. 3. — P. 810–826.
39. Morgan-Jones E. Governmental change in a president-parliamentary regime : The case of Russia 1994–2003 / Edward

- Morgan-Jones, Petra Schleiter // *Post-Soviet Affairs*. — 2004. — Vol. 20. — No. 2. — P. 132–163.
40. Samuels D. The «Semi-presidential» model and its subtypes : Party presidentialization and the selection and deselection of prime ministers / David Samuels, Matthew S. Shugart // Paper presented at the Committee of the 10th Congress of the French Political Science Association. — Grenoble, September 7–9, 2009. — 20 p.
41. Linz J. Presidential or Parliamentary Democracy : Does It Make a Difference? / Juan Linz // Linz J. *The Failure of Presidential Democracy : Comparative Perspectives* / Juan Linz, Arturo Valenzuela. — *Johns Hopkins University Press*, 1994. — P. 3–87.
42. Protsyk O. Prime ministers' identity in semi-presidential regimes : Constitutional norms and cabinet formation outcomes / Oleh Protsyk // *European Journal of Political Research*. — 2005. — Vol. 44. — No. 5. — P. 721–748.
43. Duverger M. *Los Partidos Politicos* / Maurice Duverger. — Mexico : Fondo de Cultura Econmica, 1957. — 461 p.
44. Linz J. Problems of Democratic Transition and Consolidation : Southern Europe, South America and Post-Communist Europe / Juan Linz, Alfred Stepan. — *Johns Hopkins University Press*, 1996. — 479 p.
45. Protsyk O. Politics of Intra-executive Conflict in Semipresidential Regimes in Eastern Europe / Oleh Protsyk // *East European Politics and Societies*. — 2005. — Vol. 19. — No. 2. — P. 135–160.
46. Skach C. Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic / Cindy Skach. — Princeton : *Princeton University Press*, 2005. — 151 p.
47. Skach C. Constitutional origins of dictatorship and democracy / Cindy Skach // *Constitutional Political Economy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 4. — P. 347–368.
48. Skach C. The «newest» separation of powers : semi-presidentialism / Cindy Skach // *International Journal of Constitutional Law*. — 2007. — Vol. 5. — No. 1. — P. 93–121.
49. Литвин В. Система уніфікованої меншості як варіативний різновид напівпрезиденталізму : перевірка доцільності виокремлення та концептуалізації / Віталій Литвин // Тези звітної наукової конференції філософського факультету / Відп. за випуск Л. Рижак, О. Квас. — Дрогобич : ТзОВ «Трек-ЛТД», 2017. — С. 117–122.
50. Fabbrini S. Presidents, Parliaments, and Good Government / Sergio Fabbrini // *Journal of Democracy*. — 1995. — Vol. 6. — No. 3. — P. 128–138.
51. Gherghina S. The Failure of Cohabitation : Explaining the 2007 and 2012 Institutional Crises in Romania / Sergiu Gherghina, Sergiu Miscoiu // *East European Politics & Societies*. — 2013. — Vol. 27. — No. 4. — P. 668–684.
52. Protsyk O. Intra-Executive Competition between President and Prime Minister : Patterns of Institutional Conflict and Cooperation under Semi-presidentialism / Oleh Protsyk // *Political Studies*. — 2006. — Vol. 54. — No. 2. — P. 219–244.
53. Chang C.-H. The Competition/Cooperation Relationship in Executive Power Operating of Semi-presidentialism / Chun-Hao Chang // *International Journal of Social Sciences and Humanity Studie*. — 2011. — Vol 3. — No. 2. — P. 105–116.
54. Elgie R. Semi-Presidentialism and Comparative Institutional Engineering / Robert Elgie // Elgie R. *Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 281–299.
55. Харченко О. Напівпрезидентська форма правління : становлення і розвиток : дис. ... канд. наук : 23.00.02 / Олена Харченко. — К. : Ін-т політичних і етнонац. дослідж. ім. І. Ф. Кураса, 2008. — 210 с.
56. Gallagher M. Review of Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? By Margit Tavits / Michael Gallagher // *West European Politics*. — 2010. — Vol. 33. — No. 2. — P. 204–205.
57. Литвин В. Напівпрезидентські системи з номінальними президентами у країнах Європи / Віталій Литвин // Тези звітної наукової конференції філософського факультету / Відп. за випуск проф. В. П. Мельник. — Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2013. — Вип. 10. — С. 402–407.
58. Литвин В. До проблеми розрізнення напівпрезиденталізму та парламентаризму : напівпрезидентські системи з номінальними президентами у Центральній Європі (на прикладі Болгарії, Словаччини, Словенії та Чехії) / Віталій Литвин // *Rozwój polityczny i społeczny państw Europy Środkowej i Wschodniej* / Praca zbiorowa pod red. Zbigniewa Białoblockiego i Anatoliya Romanuka. — Kutno, 2013. — S. 149–171.
59. Tavits M. Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? / Margit Tavits. — Oxford : *Oxford University Press*, 2009. — 273 p.
60. Литвин В. Теорія та практика когабітації в напівпрезидентських системах Європи / Віталій Литвин // *Освіта регіону : політологія, психологія, комунікації*. — 2011. — №. 4. — С. 140–149.

61. Литвин В. Збалансований напівпрезиденталізм : теоретичні особливості, інституційні ризики та позитивні перспективи реформування в Україні / Віталій Литвин // *Нова парадигма*. — 2014. — № 125. — С. 145–163.
62. Романюк А. Інститут когабітації та політичні наслідки його реалізації в Україні / Анатолій Романюк, Володимир Мельник // *Сучасна українська політика : політики і політологи про неї*. — 2009. — № 17. — С. 69–73.
63. Bahro H. Virtues and vices of semi-presidential government / Horst Bahro // *Journal of Social Sciences and Philosophy*. — 1999. — Vol. 11. — No. 1. — P. 1–37.

REFERENCES

1. Lytvyn V. Kontseptualizatsiia i teoretychna dystynktsiia poniat «forma derzhavnoho pravlinnia» ta «systema derzhavnoho pravlinnia» u politychnii nauksi // *Naukovyi chasopys Natsionalnoho pedahohichnoho universytetu imeni M. P. Drahomanova. Serii 22 : Politychni nauky ta metodyka vykladannia sotsialno-politychnykh dystsyplin : zbirnyk naukovykh prats*. — 2016. — Vyp. 20. — S. 3–12.
2. Dzhovani Sartori. Porivnialna konstytutsiina inzheneriia : Doslidzhennia struktur, motyviv i rezultativ. — Kyiv : ArtEk, 2001. — 224 s.
3. Cheibub J. Beyond Presidentialism and Parliamentarism / Jose Antonio Cheibub, Zachary Elkins, Tom Ginsburg // *British Journal of Political Science*. — 2014. — Vol. 44. — No. 3. — P. 515–544.
4. Duverger M. A New Political System Model : Semi-Presidential Government / Maurice Duverger // *European Journal of Political Research*. — 1980. — Vol. 8. — No. 2. — P. 165–187.
5. Elgie R. Semi-Presidentialism : Sub-Types and Democratic Performance / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 2011. — 206 p.
6. Elgie R. The Politics of Semi-Presidentialism / Robert Elgie // *Elgie R. Semi-Presidentialism in Europe* / Robert Elgie. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 1–21.
7. Elgie R. Variations on a theme : a fresh look at semi-presidentialism / Robert Elgie // *Journal of Democracy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 3. — P. 1–21.
8. Pasquino G. Nomination : Semi-presidentialism : A Political Model at Work / Gianfranco Pasquino // *European Journal of Political Research*. — 1997. — Vol. 31. — No. 1. — P. 128–146.
9. Shugart M. Presidents and Assemblies : Constitutional Design and Electoral Dynamics / Matthew S. Shugart, John M. Carey. — *Cambridge University Press*, 1992. — 316 p.
10. Shugart M. Semi-presidential systems : Dual executive and mixed authority patterns / Matthew S. Shugart // *French Politics*. — 2005. — Vol. 3. — No 3. — P. 323–351.
11. Halyna Andreeva. Konstytutsyonnoe pravo zarubezhnykh stran : uchebnyk. — M. : Eksmo, 2005. — 320 s.
12. Aranovskyi K. Hosudarstvennoe pravo zarubezhnykh stran : uchebnyk dlia vuzov. — M. : Forum-Ynfra-M, 1998. — 488 s.
13. Romaniuk A. Porivnialnyi analiz politychnykh instytutiv krain Zakhidnoi Yevropy : monohrafiia / Anatolii Romaniuk. — Lviv, 2007. — 391 s.
14. Blondel J. Dual Leadership in the Contemporary World : A Step towards Executive and Regime Stability / Jean Blondel // *Kavanagh D. Comparative Government and Politics* / Dennis Kavanagh, Gillian Peele. — *Boulder*, 1984. — P. 162–172.
15. Bogdanor V. Semi-presidential Systems / Vernon Bogdanor // *Bogdanor V. The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions* / Vernon Bogdanor. — Oxford : *Basil Blackwell Publishers*, 1987. — P. 561–562.
16. Amorim Neto O. Breaking the Parliamentary Chain of Delegation : Presidents and Non-partisan Cabinet Members in European Democracies / Octavio Amorim Neto, Kaare Strøm // *British Journal of Political Science*. — 2006. — Vol. 36. — No. 4. — P. 619–643.
17. Elgie R. Semi-Presidentialism : Concepts, Consequences and Contesting Explanations / Robert Elgie // *Political Studies Review*. — 2004. — Vol. 2. — No. 3. — P. 314–330.
18. Baylis T. Presidents versus Prime Ministers : Shaping Executive Authority in Eastern Europe / Thomas A. Baylis // *World Politics*. — 1996. — Vol. 48. — No. 3. — P. 297–323.
19. Kirschke L. Semipresidentialism and the Perils of Power-Sharing in Neopatrimonial States / Linda Kirschke // *Comparative Political Studies*. — 2007. — Vol. 40. — No. 11. — P. 1372–1394.

20. Ginsburg T. Dismantling the «Developmental State»? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea / Tom Ginsburg // *American Journal of Comparative Law*. — 2001. — Vol. 49. — No. 4. — P. 585–625.
21. Lytvyn V. Do otsiniuvannya klasychnykh i postklasychnykh ta formuluvannya onovlenoho i syntetychnoho vyznachen napivprezidentalizmu // *Visnyk Dnipropetrovskoho universytetu. Seriya : Filosofiia, sotsiologhiia, politologhiia*. — 2016. — № 3 (31). — S. 30–46.
22. Siaroff A. Comparative presidencies : the inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction / Alan Siaroff // *European Journal of Political Research*. — 2003. — Vol. 42. — No. 3. — P. 287–312.
23. Barabash Yu. Prezydentska vlada u zmishanykh respublikakh : okremi pytannia teorii ta praktyky / Yu. H. Barabash // *Pravo Ukrainy*. — 2014. — № 8. — S. 67–76.
24. Cheibub J. Making Presidential and Semi-Presidential Constitutions Work / Jose Antonio Cheibub // *Texas Law Review*. — 2009. — Vol. 87. — No. 7. — P. 1375–1407.
25. Stacey R. Semi-presidential government in the post-authoritarian context / R. Stacey, S. Choudhry. — *The Center for Constitutional Transitions at NYU Law*, 2014. — 20 p.
26. Elgie R. Variation in the Durability of Semi-Presidential Democracies / Robert Elgie, Petra Schleiter // *Elgie R. Semi-Presidentialism and Democracy* / Robert Elgie, Sophia Moestrup, Y.-S. Wu. — London : *Palgrave*, 2011. — P. 42–60.
27. Anderson C. Losers' Consent : Elections and Democratic Legitimacy / C. Anderson, A. Blais, S. Bowler, T. Donovan, O. Lis-
thaug. — Oxford : *Oxford University Press*, 2005. — 240 p.
28. Lijphart A. Constitutional Design for Divided Societies / Arendt Lijphart // *Journal of Democracy*. — 2004. — Vol. 15. — No. 2. — P. 96–109.
29. Roeder P. Power Dividing as an Alternative to Ethnic Power Sharing / Philip G. Roeder // *Roeder P. Sustainable Peace, Power and Democracy after Civil War* / Philip G. Roeder, Donald Rodichild. — Ithaca : *Cornell University Press*, 2005. — P. 51–82.
30. Duverger M. Bréviaire de la cohabitation / Maurice Duverger. — Paris : Presses Universitaires de France, 1986. — 150 p.
31. Nousiainen J. From Semi-Presidentialism to Parliamentary Government : Political and Constitutional Developments in Finland / Jaakko Nousiainen // *Scandinavian Political Studies*. — 2001. — Vol. 24. — No. 1. — P. 95–109.
32. Schleiter P. Party Government in Europe? Parliamentary and Semipresidential Democracies Compared / Petra Schleiter, Edward Morgan-Jones // *European Journal of Political Research*. — 2009. — Vol. 48. — No. 5. — P. 665–693.
33. Shugart M. Comparative Executive-Legislative Relations / Matthew S. Shugart // *Rhodes A. The Oxford Handbook of Political Institutions* / A. W. Rhodes, S. Binder, B. Rockman. — *Oxford University Press*, 2006. — P. 344–365.
34. Protsiuk I. Zmishana respublika : poniattia ta oznaky / Ihor Protsiuk // *Aktualni problemy prava : teoriia i praktyka*. — 2012. — № 25. — S. 462–471.
35. Radchenko O. Osoblyvosti zastosuvannya pryntsyphu rozpodilu derzhavnoi vlady u zmishanykh respublikakh / Oleksandr Radchenko // *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav*. — 2010. — № 1. — S. 202–209.
36. Serohina S. Vytoky kontseptsii «zmishane pravlinnia» v antychnii polityko-pravovii teorii ta praktytsi / S. H. Serohina // *Problemy zakonnosti*. — 2006. — № 78. — S. 29–38.
37. Lytvyn V. Krytyka klassycheskoho y postklassycheskoho opredelenia poluprezydentyzma y ee rol v postroenny syntetycheskoho kontseptu poluprezydentskoi systemy pravlenia : teoretyko-metodolohycheskyi analiz y verifykatsyia na prymere stran Tsentralno-Vostochnoi Evropy / Vitalii Lytvyn // *Studia Politologiczne*. — 2017. — № 44. — S. 28–52.
38. Reiter D. Public, Legislative, and Executive Constraints on the Democratic Initiation of Conflict / Dan Reiter, Erik R Tillman // *Journal of Politics*. — 2002. — Vol. 64. — No. 3. — P. 810–826.
39. Morgan-Jones E. Governmental change in a president-parliamentary regime : The case of Russia 1994–2003 / Edward Morgan-Jones, Petra Schleiter // *Post-Soviet Affairs*. — 2004. — Vol. 20. — No. 2. — P. 132–163.
40. Samuels D. The «Semi-presidential» model and its subtypes : Party presidentialization and the selection and deselection of prime ministers / David Samuels, Matthew S. Shugart // Paper presented at the Committee of the 10th Congress of the French Political Science Association. — Grenoble, September 7–9, 2009. — 20 p.
41. Linz J. Presidential or Parliamentary Democracy : Does It Make a Difference? / Juan Linz // *Linz J. The Failure of Presidential Democracy : Comparative Perspectives* / Juan Linz, Arturo Valenzuela. — *Johns Hopkins University Press*, 1994. — P. 3–87.
42. Protsyk O. Prime ministers' identity in semi-presidential regimes : Constitutional norms and cabinet formation outcomes / Oleh Protsyk // *European Journal of Political Research*. — 2005. — Vol. 44. — No. 5. — P. 721–748.

43. Duverger M. Los Partidos Politicos / Maurice Duverger. — Mexico : *Fondo de Cultura Econmica*, 1957. — 461 p.
44. Linz J. Problems of Democratic Transition and Consolidation : Southern Europe, South America and Post-Communist Europe / Juan Linz, Alfred Stepan. — *Johns Hopkins University Press*, 1996. — 479 p.
45. Protsyk O. Politics of Intra-executive Conflict in Semipresidential Regimes in Eastern Europe / Oleh Protsyk // *East European Politics and Societies*. — 2005. — Vol. 19. — No. 2. — P. 135–160.
46. Skach C. Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic / Cindy Skach. — Princeton : *Princeton University Press*, 2005. — 151 p.
47. Skach C. Constitutional origins of dictatorship and democracy / Cindy Skach // *Constitutional Political Economy*. — 2005. — Vol. 16. — No. 4. — P. 347–368.
48. Skach C. The «newest» separation of powers : semi-presidentialism / Cindy Skach // *International Journal of Constitutional Law*. — 2007. — Vol. 5. — No. 1. — P. 93–121.
49. Lytvyn V. Systema unifikovanoi menshosti yak variatyvnyi riznovyd napivprezydentalizmu : perevirka dotsilnosti vyokremлення та контseptualizatsii / Vitalii Lytvyn // *Tezy zvitnoi naukovoї konferentsii filosofskoho fakultetu / Vidp. za vypusk L. Ryzhak, O. Kvas*. — Drohobych : TzOV «Trek-LTD», 2017. — S. 117–122.
50. Fabbrini S. Presidents, Parliaments, and Good Government / Sergio Fabbrini // *Journal of Democracy*. — 1995. — Vol. 6. — No. 3. — P. 128–138.
51. Gherghina S. The Failure of Cohabitation : Explaining the 2007 and 2012 Institutional Crises in Romania / Sergiu Gherghina, Sergiu Miscoiu // *East European Politics & Societies*. — 2013. — Vol. 27. — No. 4. — P. 668–684.
52. Protsyk O. Intra-Executive Competition between President and Prime Minister : Patterns of Institutional Conflict and Cooperation under Semi-presidentialism / Oleh Protsyk // *Political Studies*. — 2006. — Vol. 54. — No. 2. — P. 219–244.
53. Chang C.-H. The Competition/Cooperation Relationship in Executive Power Operating of Semi-presidentialism / Chun-Hao Chang // *International Journal of Social Sciences and Humanity Studie*. — 2011. — Vol 3. — No. 2. — P. 105–116.
54. Elgie R. Semi-Presidentialism and Comparative Institutional Engineering / Robert Elgie // *Elgie R. Semi-Presidentialism in Europe / Robert Elgie*. — Oxford : *Oxford University Press*, 1999. — P. 281–299.
55. Kharchenko O. Napivprezydentska forma pravlinnia : stanovlennia i rozvytok : dys. ... kand. nauk : 23.00.02 / Olena Kharchenko. — K. : In-t politychnykh i etnonats. doslidzh. im. I. F. Kurasa, 2008. — 210 s.
56. Gallagher M. Review of Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? By Margit Tavits / Michael Gallagher // *West European Politics*. — 2010. — Vol. 33. — No. 2. — P. 204–205.
57. Lytvyn V. Napivprezydentski systemy z nominalnymy prezydentamy u krainakh Yevropy / Vitalii Lytvyn // *Tezy zvitnoi naukovoї konferentsii filosofskoho fakultetu / Vidp. za vypusk prof. V. P. Melnyk*. — Lviv : Vydavnychiy tsentr LNU imeni Ivana Franka, 2013. — Vyp. 10. — S. 402–407.
58. Lytvyn V. Do problemy rozrznennia napivprezydentalizmu ta parlamentaryzmu : napivprezydentski systemy z nominalnymy prezydentamy u Tsentralnii Yevropi (na prykladi Bolharii, Slovachchyny, Slovenii ta Chekhii) / Vitalii Lytvyn // *Rozwój polityczny i spoleczny państw Europy Środkowej i Wschodniej / Praca zbiorowa pod red. Zbigniewa Bialoblockiego i Anatoliya Romanyuka*. — Kutno, 2013. — S. 149–171.
59. Tavits M. Presidents with Prime Ministers : Do Direct Elections Matter? / Margit Tavits. — Oxford : *Oxford University Press*, 2009. — 273 p.
60. Lytvyn V. Teorii ta praktyka kohabitatsii v napivprezydentskykh systemakh Yevropy / Vitalii Lytvyn // *Osvitarehionu: politolohiia, psyholohiia, komunikatsii*. — 2011. — №. 4. — S. 140–149.
61. Lytvyn V. Zbalansovanyi napivprezydentalizm : teoretychni osoblyvosti, instytutsiini ryzyky ta pozytyvy y perspektyvy reformuvannia v Ukraini / Vitalii Lytvyn // *Nova paradyhma*. — 2014. — № 125. — S. 145–163.
62. Romaniuk A. Instytut kohabitatsii ta politychni naslidky yoho realizatsii v Ukraini / Anatolii Romaniuk, Volodymyr Melnyk // *Suchasna ukrainska polityka : polityky i politolohy pro nei*. — 2009. — № 17. — S. 69–73.
63. Bahro H. Virtues and vices of semi-presidential government / Horst Bahro // *Journal of Social Sciences and Philosophy*. — 1999. — Vol. 11. — No. 1. — P. 1–37.



Володимир КОБРИН
/ асистент кафедри конституційного права
Львівського національного університету
ім. Івана Франка, кандидат юридичних наук

ПРЕМ'ЄР-МІНІСТР УКРАЇНИ У СИСТЕМІ СТРИМУВАНЬ ТА ПРОТИВАГ ВЛАДИ СУЧАСНОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕЛІ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

ABSTRACT

The article is devoted to the role and place of the Prime Minister of Ukraine in the system of checks and balances of the authorities of the modern constitutional model of the Ukrainian state. It is analyzed the definitions of the concept of "the system of checks and balances of power" and presented the author's vision of the form of government of the modern Ukrainian state. It has been identified the disadvantages of the model of checks and balances between the two executive authorities: the President and the Prime Minister of Ukraine. At the same time, it is proposed the specific steps for the modernization of the constitutional and legal status of the Prime Minister of Ukraine in the system of checks and balances of the authorities by making changes to the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine "On the Cabinet of Ministers of Ukraine" and the Regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine. It has been argued the necessity of reforming the constitutional and legislative definition of the post of the Prime Minister of Ukraine, qualification requirements for candidates for the post, and the procedures for appointing the Head of Government of his powers and functions. Particular attention is paid to the issues of the relationship between the Prime Minister of Ukraine and the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine. Constitutional and legal changes were proposed that would secure the right of the President of Ukraine to submit only a submission for the appointment of the Prime Minister of Ukraine, and to submit the submission for all other members of the Cabinet of Ministers of Ukraine to leave for the Head of the Government of Ukraine. The attention was paid to the necessity of changing the electoral system to the Verkhovna Rada of Ukraine; conducting serious explanatory and educational activities among Ukrainian citizens; implementation and support of projects and programs aimed at the education and training of future leaders and statesmen who are potentially able to occupy the position of the Prime Minister of Ukraine.

Key words: Prime Minister of Ukraine, government, system of checks and balances, distribution of power, form of government, constitutional model.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена питанням ролі і місця Прем'єр-міністра України у системі стримувань та противаг влади сучасної конституційної моделі Української держави. Проводиться аналіз визначень поняття «системи стримувань і противаг влади» та подається авторське бачення форми правління сучасної Української держави. У статті зроблено спробу визначити недоліки моделі стримувань і противаг влади між двома центрами виконавчої влади: Президентом та Прем'єр-міністром України. Водночас пропонуються конкретні кроки модернізації конституційно-правового статусу Прем'єр-міністра України в системі стримувань і противаг влади шляхом внесення змін до Конституції України, Закону України «Про Кабінет Міністрів України» та Регламенту Кабінету Міністрів України. Аргументовано необхідність реформування конституційного та законодавчого визначення посади Прем'єр-міністра України, кваліфікаційних вимог до кандидатів на посаду, процедури призначення Глави Уряду, його повноважень та функцій. Особливу увагу приділено питанням взаємовідносин Прем'єр-міністра України з Президентом України, Верховною Радою України, Конституційним Судом України. Запропоновано конституційно-правові зміни, які б закріплювали за Президентом України право вносити лише подання на призначення Прем'єр-міністра України, а внесення подання стосовно всіх інших членів Кабінету Міністрів України залишити за Главою Уряду України. Звернено увагу на необхідності зміни виборчої системи до Верховної Ради України; проведення серйозної роз'яснювальної та просвітницької діяльності серед громадян України; впровадження та підтримання проектів і програм, спрямованих на виховання та навчання майбутніх лідерів та державних діячів, які потенційно можуть зайняти посаду Прем'єр-міністра України.

Ключові слова: Прем'єр-міністр України, уряд, система стримувань і противаг, розподіл влади, форма правління, конституційна модель.

Повноцінна реалізація принципу розподілу влади, при ефективній моделі республіканської форми правління, залишається одним із невирішених завдань в новітній історії будівництва Української держави. Що скоріше ми зуміємо конституційно-правовими механізмами наповнити реалізацію принципу розподілу влади як засади конституційного ладу України реальним змістом, то ближче інституційно, як держава, наблизимося до європейських та міжнародних стандартів демократії.

У сучасних умовах розвитку конституційних держав в системі поділу державної влади провідна роль належить виконавчій владі в особі уряду та його голови. Конституційно-правовий статус останнього часто впливає не тільки на реалізацію принципу розподілу влади та ефективність «системи стримувань і противаг влади», але і на відповідну форму правління. Звідси у науковий обіг введено різновид республіканської форми правління як «прем'єр-президентська республіка».

З огляду на це важливо дослідити та спрогнозувати місце та роль прем'єр-міністра України у системі стримувань та противаг влади сучасної конституційної моделі Української держави. Питання, пов'язані зі статусом уряду загалом і прем'єр-міністра України зокрема, ставали предметом досліджень таких українських вчених: В. Б. Авер'янова, Ю. Г. Барабаша, О. М. Бориславської, Ф. В. Веніславського, О. Т. Волощук, Я. І. Грабчук, І. І. Дахової, А. А. Єзерова, В. П. Єрмоліна, А. А. Коваленка, А. М. Колодія, З. С. Макарової, Р. С. Мартинюка, В. В. Марченка, Л. М. Силенко, О. В. Совгирі, С. О. Чикурлія, В. М. Шаповала та ін.

Вчені-конституціоналісти по-різному досліджують питання, пов'язані із системою стримувань і противаг. В. Кравченко визначає «систему стримувань і противаг» як наділення різних органів державної влади взаємними контрольними повноваженнями¹; Ю. Барабаш як систему, яка має забезпечувати реальний баланс повноважень у взаємовідносинах гілок єдиної державної влади²; П. П. Шляхтун як інтегровану сукупність повноважень гілок державної влади в системі

поділу влади, яка дозволяє їм урівноважити та обмежувати одна одну³.

Найповніше та найточніше виводить дефініцію «системи стримувань і противаг» у своєму дисертаційному дослідженні Л. Силенко. Під такою системою вона розуміє сукупність законодавчо закріплених повноважень, засобів, форм, методів, процедур, призначених для забезпечення реалізації принципу розподілу влади, недопущення домінування будь-якої гілки влади і досягнення динамічної стабільності між ними⁴.

На сьогодні можна сміливо констатувати, що в тих державах, де практично знаходить реалізацію принцип розподілу влади примат, первинність та вирішальна роль належить виконавчій владі. Визначений підхід є найпрогресивнішим та реально відповідає тому стану речей, який сьогодні присутній у розвинених демократіях світу, де спостерігається чітка тенденція до зростання ролі виконавчої влади з однієї сторони та кризи парламентаризму з другої.

Професор В. М. Шаповал, даючи визначення формі державного правління, насамперед прив'язує її до особливостей організації і функціонування виконавчої влади, передусім співвідношення останньої з главою держави в тій чи іншій державі. На основі цього вчений називає форму правління своєрідним кодом виконавчої влади⁵.

До того ж, серед таких конституційних демократій лише США та Франція орієнтовані виключно на президента як голову виконавчої влади, всі решта — це або прем'єрські республіки, або змішані (прем'єр-президентські чи президентсько-прем'єрські) республіки, які передбачають взаємодію у системі стримувань і противаг влади законодавчої та виконавчої гілки влади.

З іншого боку, конституційні моделі парламентського та змішаного типів передбачають постійну взаємодію законодавчої та виконавчої гілки влади, що дозволяє уникнути концентрації повноважень у глави держави, проте, на думку О. М. Бориславської, несе низку викликів і потенційних загроз. Серед останніх, зокрема, проблеми якості представництва, абсентеїзму, незмінності

¹ Кравченко В. В. Конституційне право України : Навчальний посібник. Вид. 3-тє, виправл. та доповн. / В. В. Кравченко. — К. : Атіка, 2004. — С. 246.

² Конституційне право України : Підруч. Для студ. вищ. навч. закл. / За ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. — Х. : Право, 2008. — С. 244.

³ Шляхтун П. П. Конституційне право: словник термінів / П. П. Шляхтун. — К. : Либідь, 2005. — С. 499.

⁴ Силенко Л. М. Конституційні основи системи стримувань і противаг як засіб організації та функціонування державної влади в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого / Л. М. Силенко. — Х., 1998. — С. 12.

⁵ Шаповал В. Виконавча влада в контексті форм державного правління (теорія та практика світового конституціоналізму) / В. Шаповал // Право України. — 2015. — № 11. — С. 77.

керівника уряду протягом кількох виборчих циклів, узурпація влади правлячою парламентською більшістю чи партією, яка нею керує⁶.

Українська держава, повернувшись у лютому 2014 року до редакції Конституції України 2004 року⁷, перетворилася знову на змішану парламентсько-президентську республіку з компетенційно сильними як Президентом України так і Прем'єр-міністром України. Власне останній, в такій конституційній моделі, «де-факто» стає главою виконавчої влади і за підтримки коаліції народних депутатів Верховної Ради України, які призначають склад Кабінету Міністрів України, керує виконавчою гілкою влади.

Водночас потрібно розуміти, що така змішана форма правління і проблема дуалізму виконавчої влади залежить насамперед від політичної ситуації в парламенті та від взаємовідносин між парламентом (парламентською більшістю) та главою держави.

Так, в ситуації, яка склалася на сьогоднішній день, коли Президент України опирається на пропрезидентську більшість у парламенті, конституційна модель працює та є досить успішною. Як приклад можна навести той факт, що майже за п'ять років перебування на посту Президент України П. Порошенко жодного разу не зупинив дію актів Кабінету Міністрів України.

Проте ми маємо досвід функціонування такої моделі в період 2006–2010 рр., коли президент та парламентська більшість були представлені різними політичними силами, що на практиці виливалося у перманентні політичні кризи та протистояння. Так наведене вище повноваження по зупиненню актів Кабінету Міністрів України, наприклад, у 2009 році досягло позначки у 87 випадків. А загалом, протягом періоду 2005–2010 рр., на думку А. О. Селіванова, Президент використовував своє конституційне право явно не для державних цілей⁸, а радше з мотивів особистої

неприятності та конфлікту з Прем'єр-міністром України.

Неодноразово у своїх публікаціях, ми звертали увагу на те, що в нинішній ситуації для України є два шляхи реформування конституційної моделі форми правління. Перший — це поступове вдосконалення органів публічної влади в умовах змішаної парламентсько-президентської форми правління, другий — реформування системи влади шляхом внесення змін до Конституції України, з перетворенням її із змішаної форми правління на цілковито парламентську форму правління⁹.

До речі, другий варіант є популярним сьогодні у деяких політиків, які у своїх передвиборчих програмах на пост Президента України пропонують конституційну реформу з переходом на парламентську форму правління «канцлерського» типу. Так, наприклад, в програмі «Новий курс» кандидата в Президенти України Ю. В. Тимошенко зазначається, що посаду президента взагалі потрібно ліквідувати, а лідера нації, керівника виконавчої влади, прем'єр-міністра або Канцлера треба почати обирати всенародно на парламентських виборах¹⁰. Схожими є позиції і інших політиків. Так Ю. Кармазін пропонує ліквідацію посади Президента України шляхом референдуму¹¹, а колишній Голова Верховної Ради України О. Мороз просто вказує на потребу відмовитись від інституту президента¹².

З цього приводу слушною є думка М. Козюбри, який наголошує на тому, що панування парламенту в розвинених конституційних державах включає в себе його панування над виконавчою владою, а не про перебирання всіх можливих функцій. Поки що наш парламент не готовий грати першу скрипку в багатоголосі державної влади. Парламентська форма ефективна тоді, коли в державі є традиції, ідеологічні партії та розвинена судова влада¹³.

Схожу думку розділяє і М. В. Оніщук, який є

⁶ Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз : монографія / О. М. Бориславська. — Харків : Право, 2018. — С. 241–242.

⁷ Про відновлення дії окремих положень Конституції України : Закон України від 21 лютого 2014 р. Відомості Верховної Ради. 2014. — № 11. — Ст. 143;

⁸ Селіванов А. Конституційне правосуддя і конституційна юрисдикція в Україні (доктринальне визначення) / А. Селіванов // Право України. — 2010. — № 6. — С. 37.

⁹ Кобрин В. С. Проблеми реформування конституційно-правового статусу Прем'єр-міністра України / В. С. Кобрин. Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2013. — № 7. — С. 55;

¹⁰ Нова Конституція. Тези виступу Юлії Тимошенко на Форумі «Новий Курс України». URL : <https://www.tymoshenko.ua/>

wp-content/uploads/2018/09/Conspect_vistupu_Tymoshenko.pdf

¹¹ Кармазін Ю. Передвиборна програма кандидата в Президенти України «Сімнадцять досягнень успіху разом з Народом та забезпечення диктатури Конституції України» / Ю. Кармазін URL : <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>

¹² Передвиборна програма кандидата в Президенти України Олександра Мороза. URL : <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>

¹³ Козюбра М. Витяг із виступів доповідачів на Громадянському форумі «Конституційна реформа: погляд у громадянське суспільство» / М. Козюбра // Часопис «Парламент». — 2007. — № 1. — С. 52.

прихильником змішаної, або парламентсько-президентської форми правління. Історія свідчить, що саме такий політичний режим притаманний країнам перехідного періоду від тоталітаризму до демократії і саме такий режим виступає надійним запобіжником неповернення до авторитарних форм правління. Адже і президентська, і, тим паче, парламентська республіки дуже вибагливі до політичної культури. Вони існують і ефективно діють лише в країнах з усталеними демократичними традиціями, де в свідомості громадян і в практиці державотворення утвердилися принципи верховенства права, економічного та політичного плюралізму, визначилися і закріпилися правила парламентаризму, створена реальна система багатопартійності. В протилежному випадку такі республіки дуже швидко продукують авторитаризм¹⁴.

Ми, підтримуючи вищенаведені позиції вчених, переконані, що для Української держави кращим, безперечно, є варіант, який передбачає реформування нині діючої системи влади в координатах змішаної парламентсько-президентської форми правління, з обов'язковим проведенням глобальної та всеохоплюючої конституційної реформи, яка б серед основних своїх завдань передбачала оптимальне збалансування влади з чітко розмежованою компетенцією між Президентом України як главою держави та Прем'єр-міністром України як главою виконавчої влади.

Водночас статус Прем'єр-міністра України потребує, з одного боку, модернізації та конституційно-правового наповнення шляхом внесення змін до Конституції України, Закону України «Про Кабінет Міністрів України» та Регламенту Кабінету Міністрів України.

По-перше, необхідні зміни як до Основного закону держави, так і до Закону України «Про Кабінет Міністрів України», які б закріпили визначення Прем'єр-міністра України як вищої посадової особи. У Конституції України стаття 114 мала би в п'ятій своїй частині зазначати: «Прем'єр-мі-

ністр України очолює Кабінет Міністрів України, керує його роботою та спрямовує її на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України і несе відповідальність за свою діяльність та діяльність Кабінету Міністрів України».

Також статтю 114 Конституції України потрібно доповнити частиною, яка б формулювала норму про кваліфікаційні вимоги до особи, яка претендує на посаду Прем'єр-міністра України, наступного змісту: «Прем'єр-міністром України може бути призначено громадянина України, який має право голосу, диплом про вищу освіту, стаж роботи на державній службі не менше п'яти років, постійно проживає на території України протягом останніх п'яти років, має знання державної мови, підтверджені результатами кваліфікаційного іспиту, та у якого відсутні відомості щодо судимості і який не піддавався накладенню адміністративних стягнень за вчинення корупційних правопорушень протягом останніх трьох років».

У розвиток таких конституційних змін також варто внести зміни до Закону України «Про Кабінет Міністрів України», в яких детально описати кожну з перелічених вище кваліфікаційних вимог та процедури, пов'язані з їх реалізацією. Наприклад, порядок складення кандидатами на посаду Прем'єр-міністра України кваліфікаційного іспиту зі знання державної мови тощо.

По-друге, варто внести зміни до Конституції України, запозичивши конституційний досвід таких держав як Польща та Португалія, та доповнити чинний Основний закон статтею 116-1, яка б розкривала повноваження Глави Уряду. Зокрема, Прем'єр-міністр України: 1) здійснює керівництво Кабінетом Міністрів України; 2) спрямовує діяльність Кабінету Міністрів України на забезпечення здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави та на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України, та здійснення інших повноважень, покладених на Кабінет Міністрів України; 3) спрямовує, координує та контролює діяльність членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, дає з цією метою доручення, обов'язкові до виконання зазначеними органами та посадовими особами; 4) вносить на роз-

¹⁴ Оніщук М. В. Доктрина конституційної перебудови: завдання та напрямки реформи. Конституція України в сучасній правовій доктрині та національному державотворчому процесі: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої 15-річчю Конституції України, 20-річчю незалежності України, 350-річчю Львівського національного університету та 70-річчю кафедри конституційного права. 3 червня 2011 р. М. В. Оніщук. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. — С. 22.

гляд Верховної Ради України подання про призначення членів Кабінету Міністрів України (крім Міністра закордонних справ України та Міністра оборони України), а також Голови Антимонопольного комітету України, Голови Державного комітету телебачення та радіомовлення України, Голови Фонду державного майна України; 5) підписує акти Кабінету Міністрів України; 6) скріплює підписом акти Президента України відповідно до ч. 4 ст. 106 Конституції України; 7) представляє державу у міжнародних зносинах, веде переговори та укладає міжнародні договори; 8) здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України.

По-третє, для збалансування національної конституційної моделі системи стримувань і противаг влади доцільним є внесення змін до Конституції України і Законів України, які б передбачали наступну процедуру призначення Прем'єр-міністра України.

Президент України, провівши консультації з коаліцією депутатських фракцій, вносить кандидатуру на посаду Прем'єр-міністра України. У випадку невідтримки Верховною Радою України кандидатури Прем'єр-міністра України, глава держави зобов'язаний протягом п'ятиденного строку подати нову кандидатуру на зазначену посаду. У випадку ж, якщо Верховна Рада України відхиляє понад три такі кандидатури глави держави підряд, Прем'єр-міністра України призначає Верховна Рада України без участі Президента України.

Також Основний закон нашої держави потрібно доповнити нормою про необхідність з боку Президента України перед внесенням подання про призначення Прем'єр-міністра України до Верховної Ради України проводити консультації із Головою Верховної Ради України та керівниками парламентських фракцій та груп.

Щодо звільнення із займаної посади, то зміни до Конституції України потрібно внести в частині надання Президенту України права вносити до Верховної Ради України подання на звільнення Прем'єр-міністра України. У випадку ж невідтримки такого подання з боку парламенту, Глава Уряду України залишається на посаді, а наступне подання можливе лише через рік, після прийнятого Верховною Радою рішення.

По-четверте, на основі досвіду ряду євро-

пейських держав внести право Прем'єр-міністра України ставити питання про вотум довіри перед парламентом — Верховною Радою України. А для цього, насамперед, потрібно зобов'язати кожен новопризначений Уряд представляти Програму своєї діяльності і обов'язково її погоджувати з українським парламентом. А для набуття завершеності даної процедури, на думку Р. Павленка, доцільно доповнити конституційні положення вимогою до Прем'єр-міністра представити разом із Програмою і склад Уряду, а також зазначити в Конституції, що відхилення Програми діяльності Кабінету Міністрів означає відставку Уряду¹⁵.

По-п'яте, для вдосконалення взаємовідносин з Верховною Радою України Прем'єр-міністру України також доцільно надати право законодавчої ініціативи та можливості скликати позачергові сесії парламенту і вносити пропозиції щодо продовження строку чергових сесій.

По-шосте, для врегулювання взаємовідносин Прем'єр-міністра України з Президентом України, в системі стримувань і противаг влади, потрібні конституційно-правові зміни, які б закріплювали за Президентом України право вносити лише подання на призначення Прем'єр-міністра України, а внесення подання стосовно всіх інших членів Кабінету Міністрів України (включаючи Міністра закордонних справ і Міністра оборони) залишити за Главою Уряду.

По-сьоме, необхідними є зміни процедури контрасигнації актів глави держави. Так перелік положень пунктів ст. 106 Конституції України потрібно переглянути в сторону збільшення сфер контролю з боку Прем'єр-міністра України та міністрів за правотворчістю Президента України. Для цього варто було б повернути контрасигнацію актів в межах пункту 3 ст. 106 Конституції України, особливо щодо ведення переговорів та укладання міжнародних договорів та пункту 22 ст. 106 Конституції України, в частині призначення третини складу Конституційного Суду України.

Водночас слід доповнити статтю 106 Основного Закону України частиною п'ятою такого змісту: «Акти Президента України, не скріплені підписами Прем'єр-міністра України та міністра,

¹⁵ Павленко Р. Парламент і уряд. Як оптимізувати відносини / Р. Павленко // Віче. — № 4. — 2002. — С. 11.

відповідального за акт та його виконання, є не-дійсними та не можуть бути офіційно оприлюднені». Скріплення повинно відбуватися шляхом вчинення підписів Прем'єр-міністром України і міністром, відповідальним за акт та його виконання, на підписаному Президентом України аркуші оригінального примірника такого акту¹⁶.

По-восьме, для забезпечення збалансованості відносин з Прем'єр-міністром України важливо також вилучити із компетенції Президента України право зупиняти дію актів Кабінету Міністрів України з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності.

По-дев'яте, Прем'єр-міністра України необхідно наділити правом на звернення до Конституційного Суду України. Підтримуємо позиції Я. І. Грабчук, що для забезпечення правової охорони Конституції України Прем'єр-міністра України слід наділити правом на конституційне подання до Конституційного Суду України з питань конституційності актів Президента України, неконтрасигнованих відповідно до положень ст. 106 Конституції України¹⁷ та за прикладом функціонування системи правової охорони Основного закону Республіки Польща правом на звернення до Конституційного Суду України з питань вирішення компетенційних спорів між органами публічної влади¹⁸.

З іншого боку, для ефективного стримування та противаг влади сучасної конституційної моделі Української держави посаду Прем'єр-міністра України повинен займати лідер, який наділений харизматичними якостями, достатніми професійними знаннями та управлінським досвідом.

Зарубіжні вчені сходяться на думці, що загальною проблемою посткомуністичних суспільств є перш за все криза управління, яка є наслідком ослаблення державної влади після падіння комуністичного режиму¹⁹.

¹⁶ Кобрин В. С. Проблеми практичного функціонування інституту контрасигнування актів глави держави в Україні / В. С. Кобрин // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. — 2016. — № 845. — С. 204.

¹⁷ Грабчук Я. І. Роль Прем'єр-міністра України у забезпеченні правової охорони Конституції України / Я. І. Грабчук // Науковий вісник публічного та приватного права. — Випуск 5. — Том 1. — 2017. — С. 50.

¹⁸ Грабчук Я. І. Уряд як суб'єкт правової охорони Конституції у Республіці Польща. Актуальні проблеми прав людини, дер-

Водночас потрібно зазначити, що на сьогодні і в розвинених конституційних демократіях спостерігається криза лідерства. Погоджуємося із думкою Л. Гузара, що у світі немає сьогодні великих постатей: мислителів, філософів, митців... Немає людського авторитету, який би заохочував людей думати над вирішенням різних проблем... Понад сімдесят років закінчилася Друга світова війна, яка дуже сильно мобілізувала людство. Тоді була група респектабельних державних мужів — ті, хто творив нову Європу. А назвіть хоча б одну велику особу в ЄС сьогодні. Ми просто падали у «бідний момент». Прийде час — будуть великі люди²⁰.

Для того, щоб такий лідер зайняв посаду Прем'єр-міністра України та став реальним главою виконавчої влади, крім вдосконалення самого статусу Глави Уряду України, необхідно реформувати також інші інститути конституційного права та галузі суспільного життя.

По-перше, змінити виборчу систему до Верховної Ради України, прийнявши новий виборчий закон, який би замінив нині діючу змішану на пропорційну систему відкритих списків. Такі зміни нададуть можливість формувати більш якісний склад Верховної Ради України, який голосуватиме за майбутнього Прем'єр-міністра України.

По-друге, проводити серйозну роз'яснювальну та просвітницьку діяльність серед громадян України, які потенційно братимуть участь у парламентських виборах.

По-третє, впроваджувати та підтримувати проекти і програми, спрямовані на виховання та навчання майбутніх лідерів та державних діячів, які потенційно можуть зайняти посаду Прем'єр-міністра України.

По-четверте, змінити процедуру створення політичних партій в Україні, зробивши її більш

жави та вітчизняної правової системи : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 6–7 квітня 2018 р. / Я. І. Грабчук. — Дніпро: ГО «Правовий світ», 2018. — С. 15.

¹⁹ Stephen Holmes, "Cultural Legacies or State Collapse? Probing the Postcommunist Dilemma", in: Michael Mandelbaum, ed., Postcommunism: Four Perspectives. — New York: Council on Foreign Relations, 1996. — P. 50.

²⁰ Щоткіна К. Любомир Гузар. Хочу бути людиною / К. Щоткіна. — Харків: Віват, 2018. — С. 258.

жорсткою, провести перереєстрацію діючих політичних партій та ввести реальний державний контроль за їх діяльністю. Такі кроки дозволять у майбутньому розраховувати на появу нових, професійних та якісних лідерів політичних партій, які претендуватимуть на посаду Прем'єр-міністра України.

Висловлені у статті пропозиції сприятимуть оптимізації та вдосконаленню конституційно-правового статусу Прем'єр-міністра України, утвердять його як главу виконавчої влади, допоможуть зайняти належне місце в системі стримувань і противаг влади конституційної моделі Української держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кравченко В. В. Конституційне право України: Навчальний посібник. Вид. 3-тє, виправл. та доповн. / В. В. Кравченко. — К.: Атіка, 2004. — 512 с.
2. Конституційне право України: Підруч. Для студ. вищ. навч. закл. / Заред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. — Х.: Право, 2008. — 416 с.
3. Шляхтун П. П. Конституційне право: словник термінів / П. П. Шляхтун. — К.: Либідь, 2005. — 568 с.
4. Силенко Л. М. Конституційні основи системи стримувань і противаг як засіб організації та функціонування державної влади в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого / Л. М. Силенко. — Х., 1998. — 19 с.
5. Шаповал В. Виконавча влада в контексті форм державного правління (теорія та практика світового конституціоналізму) / В. Шаповал // Право України. — 2015. — № 11. — С. 77–87.
6. Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія / О. М. Бориславська. — Харків: Право, 2018. — 384 с.
7. Провідновлення дії окремих положень Конституції України: Закон України від 21 лютого 2014 р. Відомості Верховної Ради. 2014. — № 11. — Ст. 143.
8. Селіванов А. Конституційне правосуддя і конституційна юрисдикція в Україні (доктринальне визначення) / А. Селіванов // Право України. — 2010. — № 6. — С. 34–44.
9. Кобрин В. С. Проблеми реформування конституційно-правового статусу Прем'єр-міністра України / В. С. Кобрин. Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2013. — № 7. — С. 49–56.
10. Нова Конституція. Тези виступу Юлії Тимошенко на Форумі «Новий Курс України». URL: https://www.tymoshenko.ua/wp-content/uploads/2018/09/Conspect_vistupu_Tymoshenko.pdf
11. Кармазін Ю. Передвиборна програма кандидата в Президенти України «Сімнадцять досягнень успіху разом з Народом та забезпечення диктатури Конституції України» / Ю. Кармазін URL: <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>
12. Передвиборна програма кандидата в Президенти України Олександра Мороза. URL: <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>
13. Козюбра М. Витяг із виступів доповідачів на Громадянському форумі «Конституційна реформа: погляд у громадянське суспільство» / М. Козюбра // Часопис «Парламент». — 2007. — № 1. — С. 51–59.
14. Оніщук М. В. Доктрина конституційної перебудови: завдання та напрямки реформи. Конституція України в сучасній правовій доктрині та національному державотворчому процесі: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої 15-річчю Конституції України, 20-річчю незалежності України, 350-річчю Львівського національного університету та 70-річчю кафедри конституційного права. 3 червня 2011 р. М. В. Оніщук. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. — С. 19–26.
15. Павленко Р. Парламент і уряд. Як оптимізувати відносини / Р. Павленко // Віче. — № 4. — 2002. — С. 7–13.
16. Кобрин В. С. Проблеми практичного функціонування інституту контрагнітування актів глави держави в Україні / В. С. Кобрин // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. — 2016. — № 845. — С. 200–205.
17. Грабчук Я. І. Роль Прем'єр-міністра України у забезпеченні правової охорони Конституції України /

- Я. І. Грабчук // Науковий вісник публічного та приватного права. — Випуск 5. — Том 1. — 2017. — С. 47–50.
18. Грабчук Я. І. Уряд як суб'єкт правової охорони Конституції у Республіці Польща. Актуальні проблеми прав людини, держави та вітчизняної правової системи : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 6–7 квітня 2018 р. / Я. І. Грабчук. — Дніпро: ГО «Правовий світ», 2018. — С. 13–15.
19. Stephen Holmes, “Cultural Legacies or State Collapse? Probing the Postcommunist Dilemma”, in: Michael Mandelbaum, ed., *Postcommunism: Four Perspectives*. — New York: *Council on Foreign Relations*, 1996. — P. 22–76.
20. Щоткіна К. Любомир Гузар. Хочу бути людиною / К. Щоткіна. — Харків : Віват, 2018. — 272 с.

REFERENCES

1. Kravchenko V. V. *Konstytutsiine pravo Ukrainy : Navchalnyi posibnyk*. Vyd. 3-tie, vypravl. ta dopovn. / V. V. Kravchenko. — K. : Atika, 2004. — 512 s.
2. *Konstytutsiine pravo Ukrainy : Pidruch. Dlia stud. vyshch. navch. zakl. / Za red. V. P. Kolisnyka ta Yu. H. Barabasha*. — Kh. : Pravo, 2008. — 416 s.
3. Shliakhtun P. P. *Konstytutsiine pravo: slovnyk terminiv* / P. P. Shliakhtun. — K. : Lybid, 2005. — 568 s.
4. Sylenko L. M. *Konstytutsiini osnovy systemy strymuvan i protyvah yak zasib orhanizatsii ta funktsionuvannia derzhavnoi vlady v Ukraini: Avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.02. Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy im. Yaroslava Mudroho / L. M. Sylenko*. — Kh., 1998. — 19 s.
5. Shapoval V. *Vykonavcha vlada v konteksti form derzhavnoho pravlinnia (teoriia ta praktyka svitovoho konstytutsionalizmu) / V. Shapoval // Pravo Ukrainy*. — 2015. — № 11. — S. 77–87.
6. Boryslavska O. M. *Yevropeiska model konstytutsionalizmu: systemno-aksiolohichniy analiz : monohrafiia / O. M. Boryslavska*. — Kharkiv : Pravo, 2018. — 384 s.
7. *Pro vidnovlennia dii okremykh polozhen Konstytutsii Ukrainy : Zakon Ukrainy vid 21 liutoho 2014 r. Vidomosti Verkhovnoi Rady*. 2014. — № 11. — St. 143.
8. Selivanov A. *Konstytutsiine pravosuddia i konstytutsiina yurysdyktsiia v Ukraini (doktrynalne vyznachennia) / A. Selivanov // Pravo Ukrainy*. — 2010. — № 6. — S. 34–44.
9. Kobryn V. S. *Problemy reformuvannia konstytutsiino-pravovoho statusu Premier-ministra Ukrainy / V. S. Kobryn. Biule ten Ministerstva yustytisii Ukrainy*. — 2013. — № 7. — S. 49–56.
10. Nova Konstytutsiia. *Tezy vystupu Yulii Tymoshenko na Forumi “Novyi Kurs Ukrainy”*. URL : https://www.tymoshenko.ua/wp-content/uploads/2018/09/Conspect_vistupu_Tymoshenko.pdf
11. Karmazin Yu. *Peredvyborna prohrama kandydata v Prezydenty Ukrainy “Simnadsiat dosiahnen uspikhu разом z Narodom ta zabezpechennia dyktatury Konstytutsii Ukrainy” / Yu. Karmazin* URL : <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>
12. *Peredvyborna prohrama kandydata v Prezydenty Ukrainy Oleksandra Moroza*. URL : <http://www.cvk.gov.ua/pls/vp2019/WP001>
13. Koziubra M. *Vytiah iz vystupiv dopovidachiv na Hromadianskomu forumi “Konstytutsiina reforma: pohliad u hromadianske suspilstvo” / M. Koziubra // Chasopys “Parlament”*. — 2007. — № 1. — S. 51–59.
14. Onishchuk M. V. *Doktryna konstytutsiinoi perebudovy: zavdannia ta napriamky reformy. Konstytutsiia Ukrainy v suchasni pravovii doktryni ta natsionalnomu derzhavotvorchomu protsesi : Materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoj 15-richchju Konstytutsii Ukrainy, 20-richchju nezalezhnosti Ukrainy, 350-richchju Lviv skoho natsionalnoho universytetu ta 70-richchju kafedry konstytutsiinoho prava. 3 chervnia 2011 r. M. V. Onishchuk*. — Lviv : Yurydychnyi fakultet Lvivskoho natsionalnoho universytetu imeni Ivana Franka, 2011. — S. 19–26.
15. Pavlenko R. *Parlament i uriad. Yak optymizuvaty vidnosyny / R. Pavlenko // Viche*. — № 4. — 2002. — S. 7–13.
16. Kobryn V. S. *Problemy praktychnoho funktsionuvannia instytutu kontrasyhnuvannia aktiv hlavy derzhavy v Ukraini / V. S. Kobryn // Visnyk Natsionalnoho universytetu “Lvivska politekhnika”. Yurydychni nauky*. — 2016. — № 845. — S. 200–205.
17. Hrabchuk Ya. I. *Rol Premier-ministra Ukrainy u zabezpechenni pravovoi okhorony Konstytutsii Ukrainy / Ya. I. Hrabchuk // Naukovyi visnyk publicznego ta pryvatnoho prava*. — Vypusk 5. — Tom 1. — 2017. — S. 47–50.

18. Hrabchuk Ya. I. Uriad yak subiekt pravovoi okhorony Konstytutsii u Respublitsi Polshcha. Aktualni problemy prav liudyny, derzhavy ta vitchyznianoï pravovoi systemy : Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, m. Dnipro, 6–7 kvitnia 2018 r. / Ya. I. Hrabchuk. — Dnipro: HO “Pravovyi svit”, 2018. — S. 13–15.
19. Stephen Holmes, “Cultural Legacies or State Collapse? Probing the Postcommunist Dilemma”, in: Michael Mandelbaum, ed., Postcommunism: Four Perspectives. — New York: Council on Foreign Relations, 1996. — P. 22–76.
20. Shchotkina K. Liubomyr Huzar. Khochu buty liudynoiu / K. Shchotkina. — Kharkiv : Vivat, 2018. — 272 s.



Богдан БЕРНАЦЬКИЙ
/ аспірант Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

НАЦІОНАЛЬНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ЩОДО ЗАБОРОНИ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ

ABSTRACT

The article aims at reviewing the national and European standards, the observance of which is necessary in case of prohibition of political parties in Ukraine. The urgency of this issue is dictated by the fact that in Ukraine, for the first time since 2014, there were a number of court proceedings on prohibition and termination of political parties on substantive grounds. However, the judiciary did not address the practice of the European Court of Human Rights when examining cases on banning the political parties. Therefore, this study proposes: firstly, to review the Ukrainian constitutional and legislative standards relating to the dissolution of parties; secondly, to analyze the standards of the European Court of Human Rights on freedom of association, including the specific standards, which are applied in case of banning the political parties; finally, to summarize how the Ukrainian judiciary apply these standards when considering cases on banning (or termination of) the political parties.

Key words: *prohibition of political parties; the practice of the European Court of Human Rights; dissolution of political parties; termination of political parties; freedom of association.*

АНОТАЦІЯ

Стаття покликана здійснити огляд національних та європейських стандартів, дотримання яких є необхідним під час заборони політичних партій в Україні. Актуальність цього питання зумовлена тим, що в Україні вперше з 2014 року відбувся ряд судових процесів щодо заборони та припинення діяльності політичних партій із субстантивних підстав. Однак як адміністративні суди, так і органи системи юстиції загалом не звернули належної уваги на практику Європейського суду з прав людини під час розгляду цієї складної категорії справ. Тому це дослідження пропонує: по-перше, системно переглянути українські конституційні та законодавчі стандарти, що стосуються розпуску партій; по-друге, проаналізувати стандарти Європейського суду з прав людини, пов'язані із дотриманням свободи об'єднань під час розпуску партій; по-третє, узагальнити і підсумувати, як згадані стандарти Європейського суду з прав людини імплементуються та дотримуються на практиці під час розгляду справ про заборону або припинення діяльності політичних партій в Україні.

Ключові слова: *заборона політичних партій; практика Європейського суду з прав людини; розпуск політичних партій; припинення діяльності політичних партій; свобода об'єднань.*

ВСТУП

У період з 2014 по 2018 рр. діяльність чотирьох політичних партій в Україні потрапила під заборону або була припинена через субстантивні порушення.¹ До 2014 року українська правова система мала досвід розпуску політичних партій лише з процедурних підстав.² Починаючи з 2014 року, в Україні відбувся ряд адміністративних судових процесів, пов'язаних із заборону партій російського спрямування, очільники та члени яких сприяли анексії АРК Крим.³ А з 2015 року адміністративні суди постановили припинити діяльність партій, що просували комуністичну ідеологію або використовували комуністичну символіку, порушуючи у такий спосіб Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» (надалі — закон 317-VIII).⁴ 3-поміж цих шести справ: у чотирьох справах рішення суду про заборону або припинення діяльності набрало законної сили; а щодо двох інших справ про заборону та припинення діяльності Комуністичної партії України розгляд триває.

Міркування суду та правова аргументація рішень у всіх згаданих справах продемонструвала відсутність змістовного застосування практики Європейського суду з прав людини (надалі — ЄСПЛ). Окружний адміністративний суд міста Києва (надалі — ОАСМК), який розглядав у якості суду першої інстанції більшість справ про заборону та припинення діяльності політичних партій: не дослідив аналогічну практику Європейського суду з прав людини; не використовував трискладовий тест, зокрема не визначав, чи було втручання у свободу об'єднань необхідним у демокра-

тичному суспільстві; не розглядав те, як подібна категорія справ вирішувалась в інших країнах і чи були потім такі дії оскаржені до ЄСПЛ. Посилання на керівні принципи Венеціанської комісії Окружним адміністративним судом міста Києва мали формалістичний характер. До того ж, у низці випадків, наведених нижче, стандарти ЄСПЛ та рекомендації Венеціанської комісії містять різні критерії та диференційований обсяг меж толерантності до антидемократичних чи позасистемних партій. Наостанок варто згадати, що керівні принципи Венеціанської комісії щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів були розроблені та затверджені у 1999 році.⁵ З того часу практика Європейського суду з прав людини збагатилась розглядом нових справ і, відповідно, утвердженням додаткових правових стандартів.⁶

Враховуючи вищезазначене, це дослідження пропонує надати системний виклад правових стандартів, сформованих Європейським судом з прав людини та Венеціанською комісією, щодо заборони політичних партій. Систематизація та узагальнення практики Європейського суду з прав людини буде важливим доробком як для наукового дискурсу, так і для триваючого розгляду справ щодо заборони і припинення діяльності Комуністичної партії України, що тривають з 2014–2015 рр.

Конституційні та законодавчі аспекти заборони політичних партій в Україні

Діяльність політичних партій регулюється Конституцією України, законом «Про політичні партії в Україні», законом «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» та низкою інших законодавчих актів.⁷ Виключні підстави заборо-

¹ Політичні партії «Руський блок» та «Руська єдність» були заборонені у 2014 році. Діяльність Комуністичної партії робітників і селян і Комуністичної партії України (оновленої) була припинена у 2015 році.

² Всього діяльність 26 політичних партій була припинена із процедурних підстав. З них у 17 партій було анульоване реєстраційне свідоцтво (у судовому порядку), 5 партій були саморозпущені або реорганізовані (у позасудовому порядку), дата звернення — лютий 24, 2019, <http://rgf.informjust.ua/>

³ Справи № 826/4717/14 (справа про заборону політичної партії «Руський блок»), № 826/4716/14 (справа про заборону політичної партії «Руська єдність») та № 826/9751/14 (справа про заборону Комуністичної партії України).

⁴ Справи № 826/15405/15 (справа про припинення діяльності Комуністичної партії робітників і селян), № 826/15406/15 (справа про припинення діяльності Комуністичної партії України (оновленої)) та № 826/15408/15 (Справа про при-

пинення діяльності Комуністичної партії України).

⁵ Венеціанська комісія. Керівні принципи щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалені на 41 пленарній сесії (Венеція, 10–11 грудня 1999 року), у Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права: Матеріали Венеціанської Комісії, Парламентської Асамблеї, Комітету Міністрів, Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи, за ред. Юрія Ключковського. — вид. 2-е, випр. і доповн. — Київ: Логос, 2009.

⁶ Лише шість справ, пов'язаних із заборону політичних партій, були розглянуті Європейським судом з прав людини до 1999 року (наприклад, *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, 1998). Всього кількість справ, пов'язаних із заборону політичних партій, які розглянув ЄСПЛ станом на 2019 рік, складає більше 20.

⁷ Наприклад, закони України «Про Центральну виборчу комісію», «Про вибори народних депутатів України» та інші.

ни політичних партій визначаються Конституцією України, таким чином:

*Утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, [1] програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, [2] зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, [3] порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, [4] підрив її безпеки, [5] незаконне захоплення державної влади, [6] пропаганду війни, [7] насильства, [8] на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, [9] посягання на права і свободи людини, [10] здоров'я населення, забороняються. [11] Політичні партії та громадські організації не можуть мати воєнізованих формувань.*⁸

Загалом Конституція передбачає близько одинадцяти окремих підстав для заборони політичних партій. **По-перше**, перелік цих підстав є вичерпним. **По-друге**, Конституція не висуває необхідності доведення цих злочинів у сенсі кримінального законодавства, як, наприклад, це вимагається у деяких країнах англосаксонської системи права.⁹ **По-третє**, тлумачення протиправної діяльності партій має розглядатися, в першу чергу, саме із врахуванням конституційної практики. З іншого боку, Конституція встановлює додатково наступне:

*«Громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей».*¹⁰

Цим положенням передбачається, що діяльність партій (як і інших об'єднань), може бути обмежена у випадках, встановлених законом в інтересах, наприклад, національної безпеки. У цьому контексті необхідно зауважити, що текст української Конституції не містить інших критеріїв, аніж

критерій законності обмежень. Варто згадати, що текст Конституції Української РСР¹¹ стосовно обмежень свободи об'єднань був викладений таким чином:

*«Здійснення цього права [право на свободу об'єднань] не підлягає жодним обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і є необхідними для інтересів державної чи суспільної безпеки, громадського порядку або захисту прав та свобод громадян».*¹²

Тож попередня редакція Конституції, що діяла до 1996 року, включала додатковий критерій — необхідності встановлення обмежень. Однак у чинній редакції Конституції цей критерій вже відсутній. Основним профільним законодавчим актом, що врегульовує більшість аспектів діяльності політичних партій та, зокрема, порядок їх заборони, є закон «Про політичні партії в Україні»,¹³ ухвалений у 2001 році. Цей закон передбачає, що діяльність партії припиняється у наступних випадках: (1) саморозпуск (ліквідація) і реорганізація партії;¹⁴ (2) анулювання свідцтва партії;¹⁵ (3) заборона політичної партії.¹⁶ Підстави для заборони визначені статтею 5 цього закону; положення статті 5 майже повністю відтворюють підстави для заборони, визначені конституційними приписами. Єдиною додатковою підставою для заборони, яка не передбачена Конституцією, є відповідальність партії за «пропаганду комуністичного та/або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їх символики».¹⁷

ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ЗАБОРОНИ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ

Україна є стороною як Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод («Конвенція» — надалі), яка була ратифікована у 1997 році,¹⁸ так і інших основних міжнародних договорів з прав людини. Закон України «Про виконання

⁸ Стаття 37 Конституції України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР.
⁹ Angela K. Bourne. *Democratic Dilemmas Why Democracies Ban Political Parties*. — New York: *Routledge*, 2018. — P. 114-138.

¹⁰ Стаття 36 Конституції України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР.

¹¹ Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР від 24.10.1990 № 404-ХІІ.

¹² Стаття 49 Конституція (Основний Закон) України від 20.04.1978 № 888-ІХ.

¹³ Закон України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-ІІІ.

¹⁴ Стаття 23 закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-ІІІ.

¹⁵ Стаття 24 закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-ІІІ.

¹⁶ Стаття 21 закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-ІІІ.

¹⁷ Стаття 5 закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-ІІІ.

¹⁸ Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого прото-

рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачає, зокрема, таке: «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».¹⁹ Варто згадати, що для України діють норми «м'якого права», які кодифіковані у рекомендаціях і керівних принципах Венеціанської комісії²⁰ та ОБСЄ або у резолюціях Ради Європи.²¹ Саме положення Конвенції та практика Європейського суду з прав людини закладають стандарти щодо свободи об'єднань і вимагають дотримання критеріїв під час процесу заборони політичних партій. Упродовж своєї історії Європейський суд з прав людини (включаючи Європейську комісію з прав людини) розглянув понад двадцять справ,²² що стосувалися примусового розпуску політичних партій у державах-учасницях Конвенції.

Класифікація справ, які розглядалися ЄСПЛ, щодо заборони політичних партій.

Практику Європейського суду з прав людини з розгляду справ про заборону політичних партій можна класифікувати за чотирма категоріями: по-перше, справи, які стосувалися заборони політичних партій, що просували ідеї відділення чи надання широкої автономії для певних національних меншин (наприклад, *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, 1998); по-друге, справи, що стосувалися заборони партій, діяльність яких базувалась на релігійному фундаменталізмі (наприклад, *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, 2003); по-третє, справи, які стосувалися заборони політичних партій, що використовували насильство або були афілійовані з терористичними організаціями (наприклад, *Herri Batasuna v. Spain*, 2009);²³ по-четверте, справи, які стосувалися забо-

рони політичних партій, діяльність та цілі яких просували тоталітарну ідеологію (наприклад, *KPD v. Germany*, 1957). До окремої категорії належить низка справ, що перебували на розгляді ЄСПЛ, пов'язаних із забороною чи припиненням діяльності політичних партій із процедурних підстав (наприклад, *Republican Party of Russia v. Russia*, 2011).

У період між 2014–2019 роками в Україні було заборонено дві партії, які просували тоталітарну ідеологію або використовували комуністичні символи: Комуністичну партію робітників і селян, Комуністичну партію України (оновлену). Також дві партії було заборонено у зв'язку із захистом національних інтересів та протидією російській агресії: «Руський блок» та «Руську єдність».

Справа про заборону Комуністичної партії України у зв'язку з її антиконституційною діяльністю, спрямованою на піддрив конституційного ладу, розглядається з липня 2014 року.²⁴ У лютому 2015 року ця справа була передана від Окружного адміністративного суду міста Києва до Київського окружного адміністративного суду (Окружний адміністративний суд Київської області).²⁵ Починаючи з березня 2015 року, Київський окружний адміністративний суд провів близько десяти засідань, проте так і не перейшов до слухання справи по суті.²⁶

Справа про припинення діяльності КПУ у зв'язку з невідповідністю статуту та символики партії вимогам ЗУ «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символики» була відкрита ще у липні 2015 року.²⁷ У грудні 2015 року Окружний адміністративний суд міста Києва вирішив припинити

колу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 № 475/97-ВР.

¹⁹ Стаття 17 закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV.

²⁰ Венеціанська комісія. Керівні принципи щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалені на 41 пленарній сесії (Венеція, 10–11 грудня 1999 року).

²¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1308, Restrictions on political parties in the Council of Europe member states (Nov. 18, 2002).

²² *Communist Party of Germany v. Germany* (1957); *United Communist Party of Turkey v. Turkey* (1998); *Socialist Party v. Turkey* (1998); *Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey* (1999); *Dicle for the Democratic Party (DEP) of Turkey v. Turkey* (2002); *Yazar et al v. Turkey* (2002); *Socialist Party of Turkey (STP) and Others v. Turkey* (2003); *Refah Partisi v. Turkey (Welfare Party)* (2003); *Presidential Party of Mordovia v. Russia* (2004); *Partidul Comunistilor (Nepeceeristi) and Ungureanu v. Romania* (2005);

Democracy and Change Party v. Turkey (2005); *United Macedonian Org. Ilinden-PIRIN v. Bulgaria* (2005); *Emek Partisi v. Turkey* (2005); *Linkov v. the Czech Republic* (2006); *Demokratik Kitle Partisi and Elci v. Turkey* (2007); *Herri Batasuna v. Spain* (2009); *HADEP and Demir v. Turkey* (2010); *Republican Party of Russia v. Russia* (2011) та інші.

²³ Olgun Akbulut, "Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties," *Fordham International Law Journal* 34, no. 1 (2010): 48.

²⁴ «Адміністративний позов про заборону діяльності Комуністичної партії України», Українська Правда Історична Правда, дата звернення Лютий 21, 2019, <http://www.istpravda.com.ua/articles/2014/07/9/143697/>

²⁵ Ухвала КОАС у справі № 826/9751/14 (17 березня 2015), <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43118791>

²⁶ Відповідь на запит про надання публічної інформації від Міністерства юстиції України № 7500/Б-1761/9.1.2 від 27.02.2018.

²⁷ Ухвала ОАСМК у справі № 826/15408/15 (31 липня 2015),

діяльність КПУ,²⁸ проте це рішення досі не набуло законної сили. Апеляція вирішила призупинити розгляд справи до вирішення питання конституційності ЗУ «Про засудження комуністичного...» Конституційним Судом України, провадження за яким було відкрито у травні 2017 р.²⁹

Як бачимо, на розгляді в Європейському суді з прав людини не було справ, пов'язаних із заборону партій, діяльність яких була афілійована з іноземними агентами і спрямована на підрив конституційного ладу та порушення територіального суверенітету держави.

Юрисдикція судів щодо розгляду справ, пов'язаних із заборону політичних партій.

Венеціанська комісія підкреслила, що однією із загальних рис європейської конституційної спадщини є те, що питання заборони політичних партій є виключно прерогативою судової влади.³⁰ Загалом, питання заборони політичних партій належить до повноважень органів конституційної юстиції (наприклад, в Німеччині)³¹ — перша модель, або до відома судів загальної юрисдикції (наприклад, в Україні) — друга модель. Третя модель передбачає, що конституційні суди розглядають справи про заборону політичних партій в якості апеляційної інстанції (напр., в Іспанії).

В Україні питання юрисдикції стосовно справ про заборону політичних партій мало декілька етапів: (1) у період з 1992 по 1996 роки справи щодо заборони політичних партій мали вирішуватися Конституційним Судом України;³² (2) з 1996 року (з ухваленням нової редакції Конституції) до 2005 року (до ухвалення Кодексу адміністративного судочинства) справи, пов'язані із заборону політичних партій, вирішувалися Верховним Судом України;³³ (3) з 2005 року і до сьогодні розгляд справ про заборону або припинення діяльності політичних партій належить виключно до підсудності окружного адміністративного суду, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ.³⁴

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47843180>

²⁸ Постанова ОАСМК у справі № 826/15408/15 (16 грудня 2015), <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54392066>

²⁹ Ухвала КААС у справі № 826/15408/15 (20 вересня 2017), <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69097682>

³⁰ Венеціанська комісія. Керівні принципи щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалені на 41 пленарній сесії (Венеція, 10–11 грудня 1999 року).

³¹ Akbulut. "Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties," p. 63.

³² Стаття 14 закону України «Про Конституційний Суд України»

Межі розсуду держави щодо обмеження статті 11 ЄКПЛ.

Європейський суд з прав людини шляхом тлумачення статті 11 Конвенції у справах про заборону політичних партій сформував власний суттєвий доробок, який визначає межі толерантності до позасистемних та антидемократичних політичних партій. **По-перше**, в одній із перших справ, предметом якої був розпуск політичної партії, Європейський суд з прав людини визначив межі розсуду держави у зв'язку з обмеженням свободи об'єднань.

*«Визначаючи, чи була необхідність у розумінні статті 11 п. 2, держави-члени мають лише обмежену межу розсуду в оцінці існування такої необхідності, водночас передбачається контроль зі сторони європейських органів, який охоплює як саме законодавство, так і рішення щодо його застосування, враховуючи навіть ті, які були винесені незалежними судами».*³⁵

Цікавим аспектом є те, що у справах про заборону політичних партій «Руський блок» та «Руська єдність» суди навіть контекстуально не звертались до статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Так само суди залишили поза увагою практику Європейського суду у пізніших рішеннях про припинення діяльності Комуністичної партії робітників і селян та Комуністичної партії України (оновленої).

Трискладовий тест ЄСПЛ.

По-друге, Європейський суд з прав людини застосовує трискладовий тест, щоб визначити, чи втручання (1) було передбачене законом; (2) переслідувало законну мету (інакше кажучи, встановлено для захисту правомірного інтересу); і (3) було необхідним у демократичному суспільстві.³⁶ Тільки в одній справі, де розглядалося питання заборони політичної партії, Європейський суд з прав людини встановив порушення критерію законності.³⁷ В усіх інших випадках головним предметом розгляду було визначення

від 03.06.1992 № 2400-XII.

³³ Стаття 32 закону України «Про об'єднання громадян» від 16.06.1992 № 2460-XII.

³⁴ Стаття 27 Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV.

³⁵ United Communist Party of Turkey v. Turkey, App. 19392/92, Європейський суд з прав людини (30 січня 1998), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128>

³⁶ Yazar et al v. Turkey, Apps. 22723/93, 22724/93, 22725/93, Європейський суд з прав людини (9 липня 2002), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60416>

того, чи було втручання в свободу об'єднань необхідним у демократичному суспільстві; визначення цього останнього компонента включає в себе оцінку пропорційності та нагальну суспільну потребу такого втручання.³⁸ Водночас Європейський суд з прав людини визначив умови, дотримання яких (згідно з Конвенцією) надає захист політичним партіям:

*«...захист [політичним партіям] надається їм за дотримання двох умов: 1) засоби, що використовуються партіями з метою зміни законодавства чи конституційного ладу, є законними і демократичними з усіх точок зору і 2) пропонувані зміни мають узгоджуватися із фундаментальними демократичними принципами. Таким чином, політичні партії, лідери яких закликають до застосування насильства чи вимагають змін, котрі насправді не сумісні з однією чи декількома засадами демократії або мають на меті знищити демократію чи обмежити права інших, не можуть посилатися на ст. 11 Конвенції як засіб захисту права на свободу об'єднання».*³⁹

Європейський суд з прав людини, таким чином, сформував дві вимоги до діяльності та цілей політичних партій: **по-перше**, діяльність та цілі політичних партій мають відповідати фундаментальним принципам демократії; **по-друге**, політичні партії не мають застосовувати насильство для досягнення власних цілей. Варто зауважити, що у ранній практиці Європейська комісія з прав людини посилалась також на застереження про заборону зловживання правами.⁴⁰

*«...положення Конвенції [стаття 17 ЄКПЛ] змодельоване задля дотримання зазначених прав, щоб захистити вільне функціонування демократичних інститутів... Необхідно запобігти експлуатації тоталітарними течіями принципів, закладених цією Конвенцією, у власних інтересах; тобто, не допустити застосування прав на свободу в інтересах придушення прав людини... Подібним мотивом керувались німецькі законодавці під час розробки статті 21 Основного закону...»*⁴¹

Наступним важливим елементом в оцінці ЄСПЛ є визначення того, коли втручання у свободу об'єднань буде правомірним. Щоб надати відповідь на це питання, ЄСПЛ застосовує власний тест «очевидної і неминучої загрози». Відповідно до практики ЄСПЛ держави-учасниці Конвенції несуть позитивне зобов'язання захищати права та гарантії, передбачені Конвенцією.⁴² З метою виконання цього зобов'язання визнається право держав-учасниць Конвенції на превентивне втручання у разі, коли діяльність чи цілі партії підривають фундаментальні демократичні принципи.⁴³

Натомість Венеціанська комісія визначила вужчі підстави, за яких втручання у свободу об'єднання вважається виправданим. На думку Венеціанської комісії, тільки загроза застосування сили або застосування сили є єдиною підставою для розпуску політичних партій. Одна лише презумпція того, що партія просуває цілі чи здійснює діяльність, яка (які) не відповідає (не відповідають) фундаментальним демократичним принципам, не є достатньою підставою для розпуску цієї партії.⁴⁴

Українські суди під час розгляду справ не застосовували трискладовий тест. Окремі складові трискладового тесту розглядались, як правило, відокремлено та фрагментарно. Наприклад, у справі про припинення діяльності ОАСМК, визнаючи законну мету втручання, констатує наступне:

«З метою недопущення повторення злочинів комуністичного і націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, будь-якої дискримінації за національною, соціальною, класовою, етнічною, расовою або іншими ознаками у майбутньому, відновлення історичної та соціальної справедливості, усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України Верховна Рада прийняла Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», яким засуджує комуні-

³⁷ У справі Republican Party of Russia v. Russia, 2011.

³⁸ Partidul Comunistilor (Nepeseristi) and Ungureanu v. Romania, App. 46626/99, Європейський суд з прав людини (3 лютого 2005), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125698>

³⁹ Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Apps. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Європейський суд з прав людини (13 лютого 2003), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>

⁴⁰ KPD v. Germany, App. № 250/57, Європейська комісія з прав

людини (20 липня 1957).

⁴¹ KPD v. Germany, App. № 250/57, Європейська комісія з прав людини (20 липня 1957).

⁴² Akbulut. "Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties," p. 63.

⁴³ Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey.

⁴⁴ Venice Commission. "Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey" (13 March 2009), p. 20.

стичний та націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарні режими в Україні, визначає правові основи заборони пропаганди їх символіки та встановлює порядок ліквідації символів комуністичного тоталітарного режиму».⁴⁵

Мотивувальна частина вищезазначеного рішення присвячена здебільшого доведенню законності і визначенню юрисдикції Міністерства юстиції України. Водночас суд повністю ігнорує питання необхідності втручання у демократичному суспільстві — один із обов'язкових критеріїв, який визначає ЄСПЛ, застосовуючи трискладовий тест. Правомірність такого втручання в свободу об'єднань шляхом припинення діяльності партії у цій справі видається надзвичайно контроверсійною.

Концепція войовничої демократії у справах ЄСПЛ, пов'язаних із заборонаю політичних партій.

Як було зазначено вище, однією із правомірних підстав для заборони політичної партії, на думку ЄСПЛ, є те, що остання здійснює діяльність або просуває цілі, несумісні з фундаментальними демократичними принципами (наприклад, див. справу *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, 2003). Таким чином, концепція войовничої демократії або демократії, що здатна сама себе захистити,⁴⁶ укорінилась у практиці ЄСПЛ. Головний постулат концепції войовничої демократії полягає в тому, що демократія толерантна до усіх політичних ідей, окрім однієї — коли демократія має бути скасована.⁴⁷ Одним із підтверджень імплементації концепції у практику ЄСПЛ є міркування Суду у відомій справі *Зданок проти Латвії*:

«...для того, щоб забезпечити стабільність і ефективність демократичного ладу, держава мо-

⁴⁵ Постанова ОАСМК у справі № 826/15405/15 (30 вересня 2015), <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51867521#>

⁴⁶ Вперше поняття «войовничої демократії» було розроблено німецьким вченим Карлом Лоевентейном у знаковій праці «Войовнича демократія і фундаментальні права, I-II», опублікованій у 1937 році. Європейський суд з прав людини використовує у своїй практиці поняття «демократія, що здатна сама себе захистити», яке за змістовним наповненням є тотожним поняттю «войовнича демократія».

⁴⁷ Paul Cliteur and Bastiaan Rijpkema. "The Foundations of Militant Democracy," in *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, eds. A. Ellian and G. Molier (Dordrecht: *Republic of Letters Publishing*, 2012), p. 256.

⁴⁸ *Zdanoka v. Latvia*, App. 58278/00, Європейський суд з прав людини (16 березня 2006), <http://hudoc.echr.coe.inteng?i=001-72794>

же вживати конкретні заходи для його захисту... Європейський суд визнав правомірність думки «демократії, яка здатна сама себе захистити» [у справі *Vogt v. Germany (1995)*]... Європейський суд також заявив, що плюралізм і демократія ґрунтуються на компромісі, що вимагає деяких поступок з боку громадян, які мають у деяких випадках сприймати обмеження деяких наявних у них свобод для того, щоб забезпечити більшу стабільність країни в цілому... Завдання в цьому випадку полягає в тому, щоб існувала точна рівновага між вимогами захисту демократичного суспільства з одного боку і вимогами охорони особистих прав з іншого...».⁴⁸

З огляду на це концепція войовничої демократії у справах Європейського суду з прав людини, пов'язаних із заборонаю політичних партій, імпліцитно розглядається як нормативне і теоретичне пояснення правомірності заборони політичних партій, діяльність та цілі яких несумісні з фундаментальними демократичними принципами.

Українська конституційна практика продемонструвала інший підхід до вирішення справ, пов'язаних із заборонаю політичних партій, проігнорувавши як практику Європейського суду з прав людини, так і концепцію войовничої демократії як таку. У справі про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України від 2001 року⁴⁹ Конституційний Суд України визнав заборону Компартії України Президією Верховної Ради України неконституційною. Водночас Конституційний Суд України надав хибне нормативне пояснення свого рішення, не використав практику Європейського суду з прав людини і фактично проігнорував дослідження обставин та передумов тієї заборони.⁵⁰

Подальша практика ОАСМК (та інших апеляційних і касаційних адміністративних судів) у справах, пов'язаних із заборонаю і припиненням діяльності політичних партій, також проілю-

⁴⁹ Рішення у справі за конституційним поданням 139 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) указів Президії Верховної Ради України «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України» і «Про заборону діяльності Компартії України» (справа про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 року), Конституційний Суд України (2001), № 1-2/2001, дата звернення — лютий 3, 2019, <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-01>. Надалі це рішення цитується як: «Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2001 від 27.12.2001».

⁵⁰ Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2001 від 27.12.2001.

струвала відсутність розуміння концепції войовничої демократії і подальше її ігнорування.

Сукупна оцінка ЄСПЛ

ЄСПЛ під час розгляду справ щодо заборони політичних партій також здійснює сукупну оцінку, яка полягає у визначенні того, чи була об'єктивна соціальна потреба захисту демократичного суспільства та чи було втручання у свободу об'єднань пропорційним. Наприклад, сукупна оцінка у справі *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* зводилась до такого:

«(1) чи існували достатні докази ризику для демократії, чи свідчили ці докази про невідворотність [велику ймовірність] такої загрози; (2) чи належні виступи та дії членів керівників і членів партії до партії в цілому; (3) чи такі виступи та дії від імені партії формують цілісну картину розбудови політики (моделі суспільства), несумісної з концепцією демократичного суспільства».⁵¹

ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що заборона політичних партій є найрадикальнішим заходом з-поміж інших,⁵² і не може вважатися правомірною, наприклад, коли підставою заборони виступають виключно формальні або процедурні підстави.⁵³ Цим міркуванням повністю відповідає позиція Венеціанської комісії, яка зазначає:

«Заборона чи розпуск політичної партії у демократичному суспільстві є винятковим заходом. Якщо належні державні органи приймають рішення звернутися до суду з позовом щодо заборони політичної партії, вони повинні мати достатні докази існування реальної загрози конституційному ладу чи основним правам і свободам громадян».⁵⁴

Останнім компонентом сукупної оцінки, яку Європейський суд з прав людини здійснював у справі *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, було визначення того, чи належать виступи та дії членів керівників і членів партії до діяльності та цілей партії в цілому.

«...статут та програма політичної партії не можуть розглядатися як єдині критерії [докази]

для визначення її цілей та намірів. Політичний досвід у країнах-членах Ради Європи демонструє, що в минулому політичні партії, які мали несумісні цілі з фундаментальними принципами демократії, не пропагували такі цілі в офіційних публікаціях до отримання влади».⁵⁵

Цю позицію підтримує Венеціанська комісія: «Жодна політична партія не повинна нести відповідальність за поведінку її членів. Будь-який обмежувальний захід, вжитий щодо політичної партії на підставі поведінки її членів, повинен бути підтверджений доказами, що відповідна особа діяла за підтримки цієї партії або що така поведінка була наслідком партійної програми чи політичних цілей. Якщо такий взаємозв'язок відсутній або не може бути встановлений, уся відповідальність повинна покладатися цілком лише на членів партії».⁵⁶

В українській судовій практиці у справах, пов'язаних із заборонаю чи припиненням діяльності політичних партій, сукупна оцінка не здійснювалася як така. У жодній із справ, пов'язаних із заборонаю чи припиненням діяльності політичних партій, ОАСМК не досліджував питання того, чи відповідає втручання об'єктивній соціальній потребі та чи є воно пропорційним. Єдиним компонентом, якому надано правове обґрунтування, було встановлення факту, чи відповідальна партія за дії свого керівника (наприклад, як у справі про заборону політичної партії «Руський блок»). У справі ОАСМК констатував таке:

«В ході даних зібрань ОСОБА_6 [керівник партії «Руський блок»] було оголошено заклик до формувань загонів самооборони та вчинення певних дій, повідомлено про запис осіб, що бажають стати учасниками загонів за адресою Велика Морська, 16, та заклики до повалення влади («...выгнать это правительство...»). При цьому ця адреса є адресою партії, згідно з інформацією, зазначеною на сайті ІНФОРМАЦІЯ_2. Згідно з загальнодоступною інформацією, власником даного сайту визначено особу як ОСОБА_6, адресою —

⁵¹ *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Apps. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Європейський суд з прав людини (13 лютого 2003), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>

⁵² *Yazar et al v. Turkey*, Apps. 22723/93, 22724/93, 22725/93, Європейський суд з прав людини (9 липня 2002), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60416>

⁵³ *Republican Party of Russia v. Russia*, App. 12976/07, Європейський суд з прав людини (15 вересня 2011), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104495>

⁵⁴ Венеціанська комісія. Керівні принципи щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалені на 41 пленарній сесії (Венеція, 10-11 грудня 1999 року), р. 295.

⁵⁵ *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*.

⁵⁶ Венеціанська комісія. Керівні принципи щодо заборони і розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалені на 41 пленарній сесії (Венеція, 10-11 грудня 1999 року), р. 295.

⁵⁷ Постанова ОАСМК у справі про заборону політичної партії «Руський блок» № 826/4717/14 (13 травня 2014) [з редакційними виправленнями автора], <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38722605>

АДРЕСА_1. Представниками відповідача не спростовувалася обставина належності сайту ІНФОРМАЦІЯ_2 голові партії. Отже, особою, яка є головою партії, з ідентифікацією особи саме як голови партії, оголошено заклики до вчинення певних дій. Для цих дій було оголошено про застосування приміщення, про використання якого партією також повідомлено. Таким чином, головою партії поширена інформація про наслідки дії створених загонів, зокрема, про обмеження доступу на територію певної місцевості... При цьому головою партії у наданих поясненнях не спростовано належності йому вищезазначеного сайту ІНФОРМАЦІЯ_2 та не повідомлено про висловлення на цьому сайті позицій, які не збігаються з позицією партії. Сам сайт, згідно з розміщеною на ньому інформацією, зазначено в якості офіційного сайту партії, також не містить подібних застережень. [На думку ОАСМК] голова партії має право робити заяви від імені всієї партії. Суд погоджується з позицією відповідача про те, що позиція голови партії може не збігатися з позицією самої партії, зокрема більшості її членів чи керівних органів — з'їзду, політвиконкому, політради. Проте відповідачем — політичною партією не було надано будь яких доказів відокремлення позиції партії від позиції голови партії, натомість голова партії у вищезазначених випадках представлявся саме головою партії. Таким чином, вищезазначені заяви судом ідентифікуються як заяви, зроблені від імені партії, оскільки протилежного не зазначено та не доведено».⁵⁷

Дослідження діяльності партії у контексті розгляду діяльності та виступів членів/керівників партії обмежилось виключно аналізом закликів та промов голови партії «Руський блок». Суд не надав жодної оцінки діяльності партії в цілому, діяльності її осередків та членів. Аналогічно була вирішена справа, пов'язана із заборонаю партії «Руська єдність».⁵⁸

ВИСНОВКИ

Українська правова система (включаючи суди та правоохоронні органи) під час вирішення справ, пов'язаних із заборонаю чи припиненням діяльності політичних партій, фактично проігнорувала значний доробок, сформований Європей-

ський судом з прав людини. Відповідно, це негативно вплинуло на рівень правової аргументації та правомірності міркувань суду. До того ж, наслідком таких рішень може стати перегляд їх Європейським судом з прав людини.

Заборона комуністичної пропаганди та заборона комуністичних політичних партій (або партій, що використовують комуністичну символіку) потребує комплексного переосмислення. Законність поточних і попередніх декомунізаційних зусиль залежить від висновку Конституційного Суду України про конституційність закону № 317-VIII.⁵⁹ У цій справі Конституційному Суду доведеться або звернутись до концепції войовничої демократії, щоб підтвердити конституційність декомунізаційного законодавства, або формально відтворити своє рішення у справі про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України від 2001 року. У разі останнього Конституційний Суд знову і, напевно, остаточно скасує можливість проведення декомунізаційної політики як такої.

Застосування практики ЄСПЛ як джерела права в Україні стосовно справ, які стосуються гарантування свободи об'єднань, залишається на неналежному рівні. Здебільшого у міркуваннях судів домінує правовий формалізм, а діяльність правоохоронних органів чи органів юстиції виглядає непослідовною та ставить, зокрема, під загрозу надання комплексної правової оцінки діяльності партій російського спрямування та їх ролі в анексії АРК Крим. Виникає досить дихотомічна ситуація. З одного боку, є неспростовні факти, що керівники заборонених політичних партій співпрацювали з Російською Федерацією. Дозволити цим партіям продовжувати своє правове існування було б загрозою для української державності. З іншого боку, немає місця для дебатів щодо необхідності дотримання Україною своїх міжнародних зобов'язань та конституційних стандартів.

Вирішення деяких із окреслених у роботі проблем є можливим шляхом внесення змін до законодавства. Інші труднощі потребують більш ретельного вивчення та змін у державній політиці. Наприклад, українська правова система має застосовувати практику ЄСПЛ по суті, а не формально цитуючи приписи Венеціанської комісії.

⁵⁸ Постанова ОАСМК у справі № 826/4716/14 (30 квітня 2014), <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38550801>

⁵⁹ Повний текст конституційного подання за посиланням, дата звернення — лютий 21, 2019, http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_1919.pdf

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Європейський суд з прав людини, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, App. 46626/99 (3 лютого 2005).
2. Європейський суд з прав людини, *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Apps. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (13 лютого 2003).
3. Європейський суд з прав людини, *Republican Party of Russia v. Russia*, App. 12976/07 (15 вересня 2011).
4. Європейський суд з прав людини, *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 19392/92 (30 січня 1998).
5. Європейський суд з прав людини, *Yazar et al v. Turkey*, Apps. 22723/93, 22724/93, 22725/93 (9 липня 2002).
6. Європейський суд з прав людини, *Ždanoka v. Latvia*, App. 58278/00 (16 березня 2006).
7. Ключковський Юрій. Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права: Матеріали Венеціанської Комісії, Парламентської Асамблеї, Комітету Міністрів, Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи / Юрій Ключковський. — вид. 2-е, випр. і доповн. — Київ: Логос, 2009.
8. Akbulut, Olgun. "Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties". *Fordham International Law Journal* 34, no. 1 (2010): 46–88.
9. Bourne, Angela K. *Democratic Dilemmas Why Democracies Ban Political Parties*. New York: Routledge, 2018.
10. Cliteur, Paul and Bastiaan Rijpkema. "The Foundations of Militant Democracy". in *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, edited by Afshin Ellian and Gelijn Molier, 227–272. Dordrecht: *Republic of Letters Publishing*, 2012.
11. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1308, Restrictions on political parties in the Council of Europe member states (Nov. 18, 2002).
12. Venice Commission, "Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey" (13 March 2009).

REFERENCES

1. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, App. 46626/99 (3 liutoho 2005).
2. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Apps. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (13 liutoho 2003).
3. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *Republican Party of Russia v. Russia*, App. 12976/07 (15 veresnia 2011).
4. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 19392/92 (30 sichnia 1998).
5. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *Yazar et al v. Turkey*, Apps. 22723/93, 22724/93, 22725/93 (9 lypnia 2002).
6. Ievropeyskyi sud z prav liudyny, *Ždanoka v. Latvia*, App. 58278/00 (16 bereznia 2006).
7. Kliuchkovskiyi Yurii. Yevropeyskyi demokratychniy dorobok u haluzi vyborchoho prava: Materialy Venetsianskoi Komisii, Parlamentskoi Asamblei, Komitetu Ministriv, Konhresu mistsevykh i rehionalnykh vlad Rady Yevropy / Yurii Kliuchkovskiyi. — vyd. 2-e, vypr. i dopovn. — Kyiv: Lohos, 2009.
8. Akbulut, Olgun. "Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties." *Fordham International Law Journal* 34, no. 1 (2010): 46–88.
9. Bourne, Angela K. *Democratic Dilemmas Why Democracies Ban Political Parties*. New York: Routledge, 2018.
10. Cliteur, Paul and Bastiaan Rijpkema. "The Foundations of Militant Democracy" in *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, edited by Afshin Ellian and Gelijn Molier, 227–272. Dordrecht: *Republic of Letters Publishing*, 2012.
11. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1308, Restrictions on political parties in the Council of Europe member states (Nov. 18, 2002).
12. Venice Commission, "Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey" (13 March 2009).



Ольга НИКОРАК

/ аспірантка кафедри конституційного права
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ

ABSTRACT

The article is devoted to the scholar approaches to the definition of "constitutional identity". The concept of "identity" is characterized as well from the point of view of philosophy, psychology and sociology based on which general traits of identity are distinguished. The content of the concept of constitutional identity is studied in the works of foreign researchers. Since there is no single approach to the understanding of "constitutional identity" as a category, the main discourses are examined both in terms of constitutional and international law. In order to thoroughly research the genesis of the concept, its history of origin and functions are compared. Based on the analysis, the author offers a work definition of constitutional identity for future research.

Key words: *identity, constitutional identity, constitutionalism, constitutional system, bodies of constitutional jurisdiction, counter-limits, the core of the constitution.*

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена підходам науковців до визначення поняття «конституційна ідентичність». Охарактеризовано також поняття «ідентичність» з точки зору філософії, психології та соціології, на основі чого виокремлено загальні ознаки ідентичності. Також досліджено змістовне наповнення поняття у працях зарубіжних дослідників. Оскільки єдиного підходу до розуміння «конституційної ідентичності» як категорії немає, вивчено основні дискурси як з погляду конституційного, так і міжнародного права. Аби всебічно дослідити генезис поняття, співставлено його історію виникнення та функції. На основі аналізу автор пропонує робоче визначення конституційної ідентичності для наступних досліджень.

Ключові слова: *ідентичність, конституційна ідентичність, конституціоналізм, конституційний лад, органи конституційної юрисдикції, контр-ліміти, ядро конституції.*

Актуальність дослідження. У ХХ столітті сплеск інтересу до вивчення, здавалось би, цілковито філософського поняття «ідентичності» був спричинений насамперед активним розвитком психології та індивідуалізацією суспільства, спробі зберегти власне «Я» при одночасному бунті мас. З часом концепція ідентичності проникла у всі суспільствознавчі науки, зокрема й правознавство. Сприяла цьому й все більша імплементація наднаціонального права та проникнення його у сфери, які раніше регулювались лише внутрішнім законодавством. Конституційна ідентичність як спроба зберегти державне «Я» супроти примату міжнародних актів (не дивно, що така потреба виникла насамперед в Європейському Союзі) ще з 80-их років минулого століття починає фігурувати як аргумент. Попри повільну імплементацію в доктрину та внутрішні нормативно-правові акти концепції конституційної ідентичності, цим поняттям все частіше оперують органи конституційної юрисдикції та Суд Європейського Союзу. Внаслідок цього, хоч мотивувальні частини рішень цих органів часто опираються на конституційну ідентичність, єдності ні стосовно змістовного наповнення вказаного поняття, ні навіть щодо спільного підходу до пошуку його визначення все ще немає. Не сприяє вирішенню ситуації і певною мірою політична, геополітична і навіть географічна зумовленість ознак, які є елементами конституційної ідентичності. Натомість таке визначення гостро необхідне для запобігання зловживанням змістом цього неоднозначного поки поняття та використання його як виправдання порушення норм міжнародного права. Водночас вкрай важливо, щоби ця робота велася не в контексті виснажливого пошуку єдино правильної послідовності багатозначних слів, а шляхом методичного вироблення однакового розуміння сутнісного змісту комплексної правової категорії конституційної ідентичності.

Стан дослідження. Визначними дослідниками поняття ідентичності в різних галузях науки є Юрген Габермас, Зигмунт Фройд, Ерік Еріксон, Ентоні Сміт, Монтсеррат Гібернау, Джеймс Марсія. Поняття конституційної ідентичності досліджували Гері Джейкобсон, Майкл Розенфельд, П'єтро Фарагуна, Герхард ван дер Шиф, Войцех Садурські,

Джордж Флетчер тощо. Однак конституційна ідентичність — категорія, прямо пов'язана з особливостями кожної держави і зумовлена ними, тому власне українське дослідження є критично необхідним.

Постановка завдання. Метою цієї статті є спроба узагальнення підходів до визначення поняття ідентичності взагалі і конституційної ідентичності зокрема та на основі цього аналізу формулювання власного робочого визначення для подальших наукових пошуків.

Основний виклад. Труднощі у визначенні поняття «конституційна ідентичність» виникають через кілька причин. Насамперед немає усталеної, загальної для всіх наук дефініції ідентичності, ба більше: її термінологічно-поняттєве наповнення з точки зору філософії, психології чи соціології різниться. Наприклад, «Філософський енциклопедичний словник» тісно пов'язує ідентичність з процесом ідентифікації, тобто встановлення тотожності. Окрім індивідуальної ідентичності (як результату самоідентифікації), згадується про видову ідентифікацію як встановлення належності індивіда до множини чи «сімейства» індивідів. Втім, критерії такої ідентифікації залежать від галузі знань: для того, щоб сказати, що щось залишається «тим самим» або є «таким самим», ми повинні співвідносити свої концепти і критерії з тим, як окремі люди, людські колективи та установи ідентифікують самі себе»¹. Відтак це визначення є надто узагальненим і абстрактним, тому потребує конкретики і наповнення: ідентичність чого чому?

До того ж, у ХХ столітті категорію ідентичності почали використовувати не лише в філософії, але й у психології та соціології. Американський психолог Ерік Еріксон, автор терміносполучення «криза ідентичності», починає застосовувати поняття ідентичності до соціальних спільнот. Науковець вважав, що ідентичність є настільки широким та самоочевидним поняттям, що спроби його визначення обмежують розуміння: з погляду психології формування ідентичності передбачає процес одночасного відображення і спостереження (процес, що протікає на всіх рівнях психічної діяльності), за допомогою якого індивід оцінює себе з точки зору того, як інші, на його думку, оцінюють його в порівнянні з собою і в рамках значимої для них типології, водночас він оцінює їх

¹ Філософський енциклопедичний словник: енциклопедія / НАН України, Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди; голов. ред. В. І. Шинкарук. — Київ: Абрис, 2002. — С. 23.

судження про себе з тієї ж позиції. Відтак ідентичність індивіда базується на двох одночасних спостереженнях: відчутті тотожності із самим собою, самототожності і неперервності свого існування в часі і просторі та на сприйнятті факту, що твої тотожність і неперервність визнаються оточуючими. Процес цей, отже, локалізований в ядрі не лише індивідуальної, а й суспільної культури, і в дійсності встановлює ідентичність цих двох ідентичностей². Еріксон пов'язує групову ідентичність передусім із географічними та історичними уявленнями (колективний «его» — простір-час), а також з економічними завданнями (колективні життєві цілі). Ототожнення себе зі співтовариством починає формуватися в ранньому дитинстві.

Автори теорії соціальної ідентичності Г. Тежфел і Дж. Тернер, натомість, вбачали суть «групової ідентифікації» в прагненні оцінити позитивно групу своєї приналежності, піднімаючи у такий спосіб і статус групи, і власну самооцінку³.

Можна зробити висновок, що індивідуальна ідентичність, яка була перенесена з категорії філософії та логіки — фактично як тотожність — у площину психології, має такі основні ознаки: тяглість у часі та просторі (отже, її постійність), безперервність на усіх етапах розвитку індивіда та динамічність, вимагає самоусвідомлення себе індивідом, але й водночас визнання іншими членами спільноти тієї сукупності ознак, які індивід приписує сам собі.

Втім, у процесі розкриття складної категорії, якій присвячена стаття, на рівні індивіда необхідно з'ясувати динаміку формування ідентичності і стадію, на якій, власне, її можна вважати сформованою. Джеймс Марсія, канадський дослідник, допрацьовує теорію Еріка Еріксона і формулює способи досягнення ідентичності:

- поступове усвідомлення відомостей про себе (ім'я, громадянство, навиків тощо), що призводить до формування закритої чи передчасної (foreclosed) ідентичності (людина вже має ідентичність, але ще не розкрила її повністю). Людина має позицію, але швидше нав'язану батьками, ніж обрану самостійно;

² Еріксон Г. Э. Идентичность: юность и кризис / Г. Эрикссон Эрик. — М.: Изд. группа «Прогресс», 1996. — 344 с. — (Библиотека зарубежной психологии).

³ Психологія групової ідентичності: закономірності становлення: [монографія] / [П. П. Горностай, О. А. Ліщинська, Л. Г. Чорна та ін.]; за наук. ред. П. П. Горностая; Національна академія педагогічних наук України, Інститут соціальної та політичної психології. — К.: Міленіум, 2014. — С. 10–11.

- самостійне прийняття людиною рішень, ким їй бути, яке заняття чи ідеологічні спрямування обрати; цей шлях веде до формування досягнутої (achieved) ідентичності⁴.

Юрген Габермас, один з визначних сучасних філософів, який досліджував феномен ідентичності, теж, схоже, наголошує на амбівалентності поняття: на його думку, ідентичність описує символічну організацію «Я», яка вимагає, з одного боку, універсальної зразковості (бо закладена у структурах процесів виховання й вирішує інваріантно повторювані у певній культурі проблеми дії); з іншого боку, автономна організація «Я» в жодному разі не встановлюється закономірно, наприклад, як результат природних процесів дозрівання⁵. Отже, хоч ідентичність і втілює в собі найбільш типові ознаки групи через виховання та ініціацію, проте ідентичність розвивається динамічно, а відтак непередбачувано.

Монтсеррат Гібернау, дослідниця національної ідентичності, зі свого боку стверджує, що ідентичність — це визначення, інтерпретація «Я», яка визначає і в соціальному, і в психологічному аспектах, чим є індивід і де він є. Авторка також наголошує, що ідентичність виникає в рамках системи соціальних відносин та уявлень⁶. Дослідниця погоджується з італійським науковцем Антоніо Мелуччі, що кожна ідентичність вимагає взаємного визнання з боку інших, а виконавці дій повинні мати сприйняття належності, чуття темпоральної неперервності і здатність до само-рефлексії, яка живить процес постійного утвердження самоідентичності індивіда та його диференціації від інших⁷. Фактично такі міркування є співзвучними з вищенаведеними, але з позиції соціології.

Втім, є спроби інтегрувати значення ідентичності в єдину систему. «Нова філософська енциклопедія» містить, до прикладу, наступне визначення: «Ідентичність — це категорія соціально-гуманітарних наук (психології, соціальної філософії, культурної антропології, соціальної психології тощо), що застосовується для опису індивідів і груп як відносно стійких, «тотожних самих собі»

⁴ Marcia J. E. Identity in Adolescence // Handbook of Adolescent Psychology (Ed. by J. Adelson) / J. E. Marcia — New York: John Wiley & Sons, 1980. — P. 161.

⁵ Габермас Ю. До реконструкції історичного матеріалізму / Пер. з нім. В. Куллєна / Юрген Габермас. — Київ: Дух і Літера, 2014. — 320 с. — (Сучасна гуманітарна бібліотека).

⁶ Гібернау М. Ідентичність націй / М. Гібернау. — К.: Темпора, 2012. — С. 19.

⁷ Melucci, Antonio (1982) L'invenzione del presente: Movimenti,

цілісностей. Ідентичність є не властивістю (тобто, чимось притаманним індивідові від самого початку), а відношенням. Вона формується, закріплюється (або, навпаки, перевизначається, трансформується) лише в процесі соціальної взаємодії... В структурі ідентичності можна виділити «індивідуальний» і «соціальний» рівні. Якщо персональна ідентичність є сукупністю характеристик, що надають індивіду якість унікальності, то соціальна ідентичність — результат ідентифікації (отождоження) індивіда з очікуваннями і нормами його соціального оточення. Абсолютно розділити ці два рівні ідентичності (інтерпретуючи персональну як внутрішню, а соціальну — як зовнішню) не можна: уявлення індивіда про самого себе, сприйняті ним як його власні і невіддільні від його самості, є зрештою результатом інтеріоризації соціальних норм».⁸

Отже, ідентичність є атрибутивною характеристикою, самоусвідомленням себе як цілісності ознак, тобто характерна лише для індивідів, які є суб'єктами і самі приписують собі ознаки, які визначають приналежність до спільноти, групи.

Відповідно, групова чи колективна ідентичність — радше нестійка та певною мірою гіпотетична, оскільки є сукупністю ідентичностей індивідів, приналежних до групи (колективу). Вона не належить автоматично індивідам з настанням зрілості чи іншого етапу, а радше є процесом самоусвідомлення. Однак користуючись лише джерелами з психології чи соціології, можна ввести себе в оману: з філософської точки зору ідентичність належить будь-чому і будь-кому, зокрема й об'єктам, явищам, феноменам, тотожним самим собі, і по суті є цілісністю атрибутів цього об'єкта, явища, феномена.

Відтак, перейдімо натомість до атрибутивності досліджуваного виду ідентичності: конституційної. Чому саме конституційної? Оскільки індивіди об'єднуються в спільноту за ознакою належності до колективного носія установчої влади (народу), а конституція є актом цієї установчої влади? Оскільки, як і у випадку інших групових ідентичностей, члени цієї групи поділяють спільні цінності (конституційні) і внутрішньо отождожують себе з групою (народом)? Чи йдеться про ідентичність власне конституції (в певному метафоричному сенсі, оскільки самоідентифікувати

себе конституція не може)? Чи радше йдеться про ідентичність конституційного ладу, який реалізується через дії народу? В доктрині поширені усі з вищезазначених тлумачень суті конституційної ідентичності. Однак науковці погоджуються: означення «конституційна» не дорівнює ні самому лише тексту конституції, ні актуальним політичним рішенням⁹.

Моніка Пользін, зокрема, після спроби згрупувати підходи до розуміння конституційної ідентичності зазначає: незважаючи на відсутність універсального й уніфікованого визначення чи навіть єдиної сфери застосування, концепція конституційної ідентичності відрізняється від тих концепцій ідентичності, про які говорили двісті років тому. Сьогодні вона тісно пов'язана з конституцією певної держави, яка, як правило, стосується або сконструйованої ідентичності «я» відносно до конституції, або ж ідентичності самої конституції. Відтак дослідниця виділяє п'ять різних і незалежних дискурсів про конституційну ідентичність:

1) Той, що сформувався з європейської правової дискусії, яка виникла через п. 2 ст. 4 Лісабонської угоди: конституційна ідентичність як контр-ліміт від права ЄС та виправдання для його ж порушення;

2) Той, що стосується національних конституційних цінностей як конституційної ідентичності та їхньої взаємодії з міжнародним публічним правом: чи можуть ці цінності бути виправданням порушення норм міжнародного права і до якої міри. Тут конституційна ідентичність розглядається як вказівка на ступінь, до якого міжнародні органи, зокрема міжнародні суди, повинні враховувати важливі національні конституційні норми та/або цінності, тобто як складова теорії судового самообмеження;

3) Розуміння конституційної ідентичності як тотожності конституції самій собі — тобто, суто нормативна концепція. Це розуміння особливо поширене в Німеччині та отримало значний імпульс у судовій практиці з часів знаменитого Лісабонського рішення (BVerfGE 123, 267 — Lisbon Decision (Lissabon-Urteil)), яке визначило конституційну ідентичність як юридичну концепцію, що описує ядро німецької конституції, яке не може зазнавати змін.

4) Абстрактна доктрина, що базується на вза-

identidt, bisogni individuali. Bologna : Il Mulino. — С. 62.

⁸ Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Ин-т философии Российской акад. наук; гл. ред. В. С. Степин. — 2-е изд., испр. и доп.

— М. : Мысль, 2010.

⁹ Sadurski W. European Constitutional Identity? / Wojciech Sadurski // Sydney Law School Research Paper. — 2006. — № 6. — С. 2.

емозв'язку між національною традицією та конституцією. Тут конституційна ідентичність розуміється як особлива колективна ідентичність народу чи нації, що також виражена, визначена чи сформована конституцією.

5) Пов'язана з імміграцією, яка впливає на самоідентифікацію нації.¹⁰

Відтак через багатозначність термінів у зарубіжній доктрині конституційного права склались цілком відмінні підходи до визначення поняття. Позиції двох найвідоміших дослідників конституційної ідентичності — Майкла Розенфельда та Гері Джейкобсона розділились. Майкл Розенфельд стверджує, що конституційна ідентичність характеризує радше ознаки конституції, а не суб'єкта влади. За його теорією, відповідно, конституційна ідентичність пов'язана не так з наявністю конституції для певної спільноти, яка її об'єднує, як з її змістом, контекстом. Відповідно конституційна ідентичність сформована текстом писаної конституції, офіційним конституційним тлумаченням та суспільною культурою загалом¹¹.

Гері Джейкобсон, натомість, стверджує: конституційна ідентичність є знаряддям аналізу і опису конституційного розвитку. Відтак конституційна ідентичність не обмежується конституцією і доктриною, а включає в себе й політичні рішення¹².

Є й інші альтернативні підходи, які акцентують на ідентичності суб'єкта прийняття Конституції — народу, втім, теж з окремих галузевих позицій. Наприклад, Армін ван Богданді визначає конституційну ідентичність як сукупність ознак, які характеризують на юридично-політичному рівні ключові рішення спільноти порівняно з іншими державами, міжнародними чи наднаціональними організаціями¹³. У цьому визначенні можна спостерігати певний перекид акценту на зовнішньому вимірі ідентичності, натомість про внутрішній його вимір — тобто самоідентифікацію спільноти — народу — з певним конституційним ладом — не згадано. Однак це очевидно, адже науковець працює у галузі міжнародного права.

На думку польського дослідника Томаша Слом-

ки, держава може бути ідентифікована конституційно з двох перспектив:

1) з перспективи власної конституційної традиції (до уваги береться тяглість та повторюваність (сталість) конституційних рішень (в США, до прикладу, це непрямі вибори президента)). Водночас конституційний лад, аби стати «особистою» ідентичністю конституції, повинен «укоренитись» у суспільстві, бути адаптованим до його фактичних потреб;

2) з перспективи відношення до інших конституційних ладів. Таким чином, аналізується «конституційне оточення» держави і його вплив на конституційний вибір (до прикладу, на Конституцію Польщі 1921 року та Конституцію Чехословацької Республіки 1920 року мала значний вплив Конституція III Французької Республіки).

Ця специфіка конституційного ладу, отож, включає в себе не лише засади державного устрою, форми державного правління чи навіть рівень економічного розвитку, а й міжнародну ситуацію — участь у міжнародних чи наднаціональних організаціях, політичних союзах, а насамперед — вплив загальних тенденцій конституційної доктрини на політико-правову думку через творців конституції. Так конституція держави стає одночасно частиною «конституційної спільноти» і віддзеркаленням цінностей та засад, властивих для створеного нею конституційного ладу¹⁴.

Натомість вірменська дослідниця Анаїт Манасян переносить вищезгадану концепцію ідентичності як психосоціального феномена на конституційну ідентичність, тобто пропонує сприймати конституційну ідентичність не як особливість, що первинно належить певній соціальній системі, а як специфіку, яка формується і трансформується як результат соціальних взаємодій. У той же час всі новостворені особливості, зокрема й запозичені з інших систем, також стають ознаками, що визначають оригінальність і індивідуальність даної системи. З цього науковець робить висновок: конституційна ідентичність характеризує оригінальність, індивідуальність і унікальність конкретно конституційного ладу¹⁵.

¹⁰ Polzin M. Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul / Monika Polzin. // German Law Journal. — 2017. — № 7. — P. 2–5

¹¹ Rosenfeld M. The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community (Discourses of Law) / Michel Rosenfeld, 2009. — 344 p.

¹² Jacobsohn G. Constitutional Identity / Gary Jacobsohn, 2010. — 388 p.

¹³ Armin Von Bogdandy & Stephan Schill, "Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty" [2011] (Common Market Law Review № 48 Kluwer Law International, United Kingdom). — P. 12–13.

¹⁴ Słomka T. Tożsamość konstytucyjna Polski Ludowej (zarys problematyki) / Tomasz Słomka. // Prawo i Polityka. — 2012. — № 4. — С. 75–76.

¹⁵ Manasyan A. (2018) The Idea of Constitutional Identity in the

Аби критично проаналізувати вищезазначене щодо змістовного значення поняття конституційної ідентичності, необхідно врахувати два аспекти: 1) визначення поняття ідентичності; 2) коли і з якою метою виникло і було впроваджене поняття «конституційна ідентичність»?

Перш за все, у світі можна спостерігати тенденцію до розмежування між ключовими конституційними положеннями, яким надається спеціальний статус і які тлумачаться як незмінні, та іншими, менш важливими, змінними приписами. У США, наприклад, це одна з вагомих доктрин структури конституції. Власне доктрина конституційної ідентичності (*Verfassung — Identität*) в Німеччині, де й з'явилась, тісно пов'язана з категорією «вічних положень» Основного Закону. Наразі ці незмінні положення є основним аргументом встановлення контр-лімітів від законодавства ЄС. Проте варто згадати, що ця доктрина була вперше сформульована у 1928 році критиками демократії Карлом Шміттом (як «ідентичність і континуїтет Конституції як цілісності») та Карлом Білфінгером (як «ідентичність конституційної системи»). Доктрина ця призначалась для виправдання імпліцитних меж для внесення змін до Конституції (Веймарська Конституція не містила матеріальних обмежень для внесення змін)¹⁶.

Первинно і за цілями, і за значенням конституційною ідентичністю вважались незмінні положення конституції, потреба в згадці про які виникла лише у разі загрози внесення у них змін. Більшість рішень органів конституційної юрисдикції, де згадується конституційна ідентичність, і зараз використовують цю концепцію саме з цією метою. Якщо раніше конституційна ідентичність була радше запобіжником від політичної сваволі, то тепер, коли виник новий тип суб'єкта міжнародного права — ЄС, якому держави добровільно передають частину суверенітету, це спроба запобігти надмірній такій передачі (часто у рішеннях органів конституційної юрисдикції, де використовується поняття конституційної ідентичності, йдеться про виключні і невиключні повноваження ЄС).

Тим не менш, не можна зводити це поняття лише до мети, для якої воно використовується, тим паче, що ця ціль може відрізнитись як тери-

торіально, так і темпорально. Тож повернімось до загального визначення конституційної ідентичності. Чи це сукупність атрибутів фактичної конституції, тобто ідентичність конституції? Тоді важливими є ключові незмінні положення, які виокремлюють конституцію з-поміж інших конституцій чи міжнародних документів. Чи все-таки конституційна ідентичність нерозривно пов'язана із суб'єктом — народом, який може бути пов'язаним з конституцією у два способи: як її творець та як той, хто зобов'язаний її дотримуватись. Така конституційна ідентичність радше формується також і на основі спільних цінностей, які єднають населення в єдину спільноту — народ, який через конституцію творить державу.

На жаль, наразі не видається можливим порівняльний аналіз визначень конституційної ідентичності українських науковців: категорія вивчена лише фрагментарно, загалом в межах та на перетині інших категорій — до прикладу, конституційних цінностей, які цю ідентичність формують. Однак до певної міри науковці з різних держав проявлять схожі бачення стосовно самої суті конституційної ідентичності, яка, що було уже відзначено вище, є у кожному окремому випадку унікальна, але закономірності формування конституційної ідентичності в Україні аналогічні загальносвітовим тенденціям.

ВИСНОВКИ

Попри різні підходи, дискурси та функції конституційної ідентичності, найбільш загальною видається дефініція, найближча до визначення А. ван Богданді, однак скорегована з погляду конституційного права: конституційна ідентичність — це комплекс особливостей конституційного ладу та конституційних цінностей певної держави, які водночас об'єднують громадян в одну спільноту (народ, націю) та відрізняють цю державу (а також народ, націю) від інших держав, міжнародних і регіональних організацій, народів світу. Водночас важливо пам'ятати, що поняття ідентичності як результату самоідентифікації у соціогуманітарних науках найчастіше вживається у двох тісно переплетених вимірах — «внутрішньому» (індивідуальному) й «зовнішньо-

Modern Constitutional Thought. *Pravo // Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. — № 3. — P. 96–97 (in English).

¹⁶ Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine

of constitutional identity in German constitutional law / Monika Polzin. // *International Journal of Constitutional Law*. — 2016. — № 14. — С. 411–438.

му» (соціальному). А конституційна ідентичність — комплексне поняття, яке, тим не менш, найбільш тяжіє до специфічного різновиду колективної (групової) ідентичності. Як і родовому поняттю

ідентичності, конституційній ідентичності притаманні ознаки тягlosti у часі та просторі, динамічність, самоідентифікація членів спільноти та їх взаємне визнання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Філософський енциклопедичний словник : енциклопедія / НАН України, Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди ; голов. ред. В. І. Шинкарук. — Київ : Абрис, 2002. — 742 с.
2. Эрик Г. Э. Идентичность: юность и кризис / Г. Эриксон Эрик. — М. : Изд. группа «Прогресс», 1996. — 344 с. — (Библиотека зарубежной психологии).
3. Психологія групової ідентичності: закономірності становлення: [монографія] / [П.П. Горностай, О.А. Ліщинська, Л.Г. Чорна та ін.]; за наук. ред. П. П. Горностая; Національна академія педагогічних наук України, Інститут соціальної та політичної психології. — К.: Міленіум, 2014. — 252 с.
4. Marcia J. E. Identity in Adolescence // Handbook of Adolescent Psychology (Ed. by J. Adelson) / J. E. Marcia — New York: John Wiley & Sons, 1980. — P. 159–187.
5. Габермас Ю. До реконструкції історичного матеріалізму/ Пер. з нім. В. Купліна / Юрген Габермас. — Київ: Дух і Літера, 2014. — 320 с. — (Сучасна гуманітарна бібліотека).
6. Гібернау М. Ідентичність націй / М. Гібернау. — К.: Темпора, 2012. — 304 с.
7. Melucci, Antonio (1982) L'invenzione del presente: Movimenti, identit , bisogni individuali. Bologna: Il Mulino.
8. Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Ин-т философии Российской акад. наук; гл. ред. В. С. Степин. — 2-е изд., испр. и доп. — М.: Мысль, 2010.
9. Sadurski W. European Constitutional Identity? / Wojciech Sadurski // Sydney Law School Research Paper. — 2006. — №6.
10. Polzin M. Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul / Monika Polzin. // German Law Journal. — 2017. — № 7. — P. 1595–1615.
11. Rosenfeld M. The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community (Discourses of Law) / Michel Rosenfeld, 2009. — 344 p.
12. Jacobsohn G. Constitutional Identity / Gary Jacobsohn, 2010. — 388 p.
13. Armin Von Bogdandy & Stephan Schill, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty» [2011] (Common Market Law Review № 48 Kluwer Law International. United Kingdom). — P. 12–13;
14. Słomka T. Tożsamość konstytucyjna Polski Ludowej (zarys problematyki) / Tomasz Słomka. // Prawo i Polityka. — 2012. — № 4. — С. 75–92.
15. Manasyan A. (2018) The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought. Pravo // Zhurnal Vysheyshkoly ekonomiki. — № 3. — P. 81–98 (in English).
16. Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law / Monika Polzin. // International Journal of Constitutional Law. — 2016. — № 14. — С. 411–438.

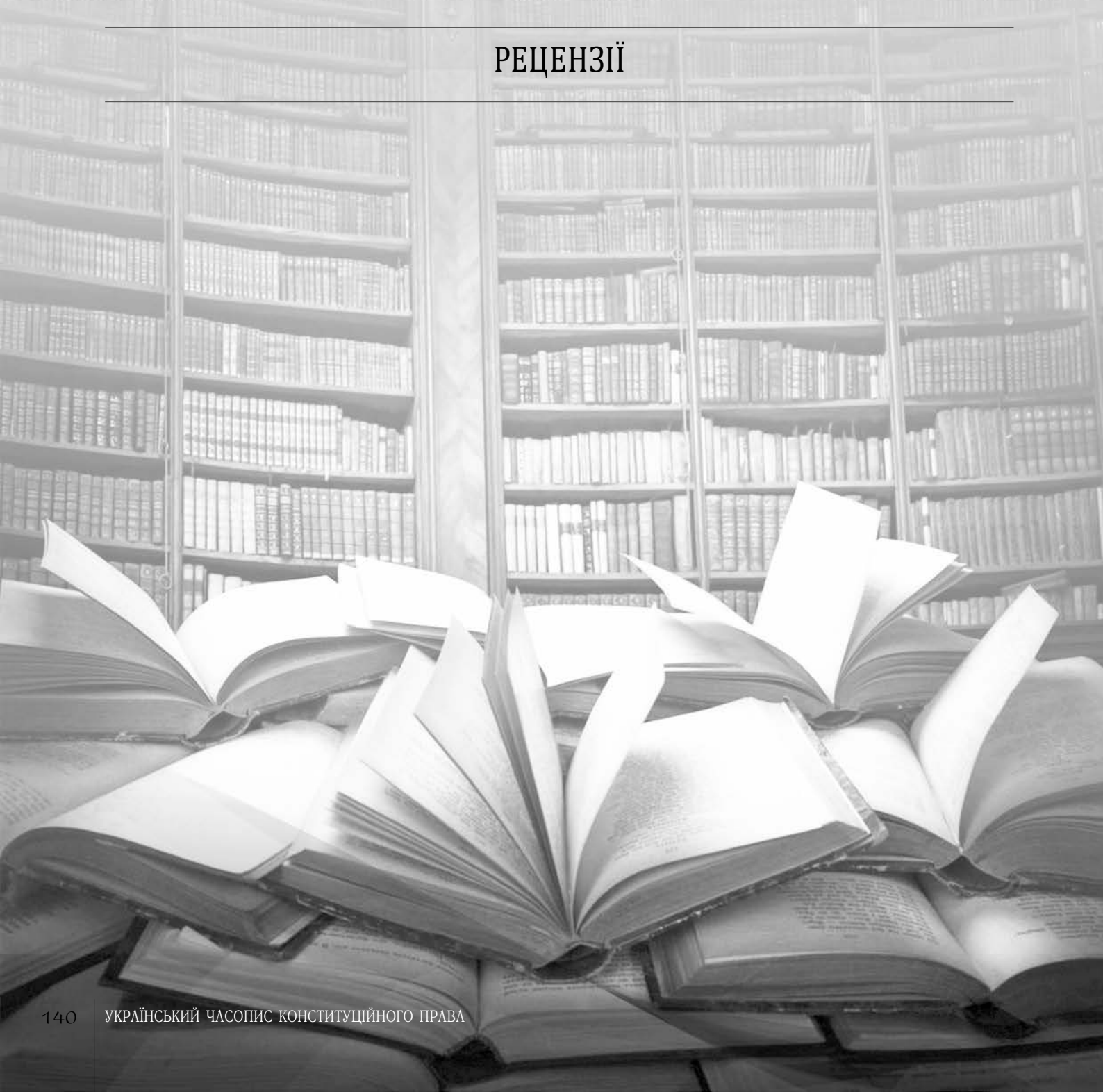
REFERENCES

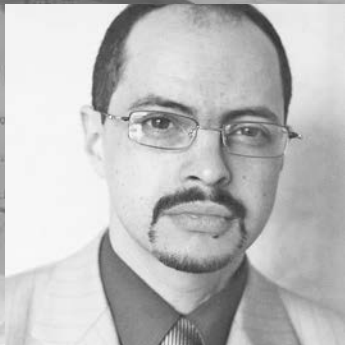
1. Filosofskiy entsyklopedychnyi slovnyk : entsyklopediia / NAN Ukrainy, In-t filosofii im. H. S. Skovorody ; holov. red. V. I. Shynkaruk. — Kyiv : Abrys, 2002. — 742 s.
2. Erik H. E. Identichnost: yunost i krizis / H. Erikson Erik. — M. : Izd. hruppa «Prohress», 1996. — 344 s. — (Biblioteka zarubezhnoy psikhologii).
3. Psykholohiia hrupovoi identychnosti: zakonomirnosti stanovlennia: [monohrafiia] / [P. P. Hornostai, O. A. Lishchynska, L. H. Chorna ta in.]; za nauk. red. P. P. Hornostaia; Natsionalna akademiia pedahohichnykh nauk Ukrainy, Instytut sotsialnoi ta politychnoi psykholohii. — K.: Milenium, 2014. — 252 s.

4. Marcia J. E. Identity in Adolescence // Handbook of Adolescent Psychology (Ed. by J. Adelson) / J. E. Marcia — New York: *John Wiley & Sons*, 1980. — P. 159–187.
5. Habermas Yu. Do rekonstruktsiï istorichnoho materializmu/ Per. z nim. V. Kuplina / Yurgen Habermas — Kyiv: Dukh i Litera, 2014. — 320 s. — (Suchasna humanitarna biblioteka).
6. Hibernau M. Identychnist natsii / M. Hibernau. — K.: Tempora, 2012. — 304 s.
7. Melucci, Antonio (1982) *L'invenzione del presente: Movimenti, identitd, bisogni individuali*. Bologna: Il Mulino.
8. Novaya filosofskaya entsiklopediya: v 4 t. / In-t filosofii Rossiyskoy akad. nauk; gl. red. V. S. Stepin. — 2-e izd., ispr. i dop. — M.: Myisl, 2010.
9. Sadurski W. European Constitutional Identity? / Wojciech Sadurski // Sydney Law School Research Paper. — 2006. — № 6.
10. Polzin M. Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul / Monika Polzin. // German law Journal. — 2017. — № 7. — P. 1595–1615.
11. Rosenfeld M. The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community (Discourses of Law) / Michel Rosenfeld, 2009. — 344 p.
12. Jacobsohn G. Constitutional Identity / Gary Jacobsohn, 2010. — 388 p.
13. Armin Von Bogdandy & Stephan Schill, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty» [2011] (Common Market Law Review № 48 Kluwer Law International. United Kingdom). — P. 12–13;
14. Słomka T. Tożsamość konstytucyjna Polski Ludowej (zarys problematyki) / Tomasz Słomka. // Prawo i Polityka. — 2012. — № 4. — С. 75–92.
15. Manasyan A. (2018) The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought. Pravo // Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki. — № 3. — P. 81–98 (in English).
16. Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law / Monika Polzin. // International Journal of Constitutional Law. — 2016. — № 14. — С. 411–438.



РЕЦЕНЗІЇ





Сергій РАБІНОВИЧ

/ професор кафедри конституційного права
Львівського національного університету
імені Івана Франка

Вихід книги другої монографії відомого українського конституціоналіста, судді Конституційного Суду України у відставці можна без перебільшення віднести до прикметних наукових подій останнього часу. У своїй новій праці дослідник, ґрунтуючись на пізнавальному інструментарії, розроблюваному у попередній книзі², висвітлює процес розвитку політичної культури державного владарювання як основи європейського конституціоналізму. Представлене на суд читачів дослідження є, безумовно, цікавою, оригінальною й ґрунтовною спробою дати відповідь на питання про духовні й світоглядні передумови дієвості конституційних правопорядків.

У рецензованій роботі на засадах доповнюваності використовуються напрацювання низки суміжних дисциплін: філософської історіографії, доксографії, соціальної філософії, політичної і загальної соціології, політичної і загальної історії. Такі широта й різноплановість пізнавального інструментарію зумовлюються складним і міждисциплінарним характером розглядуваної проблематики. При цьому питання культурології конституційного права набувають не менше ваги, аніж питання політичної та конституційно-правової соціології.

У тексті монографії вдало поєднуються положення теоретичного та емпіричного гатунку. Унікальні історичні деталі не тільки полегшують сприйняття книги, а й роблять її читання захоплюючим. Ґрунтовність і доступність викладу доктринальних основ та докладний опис історичних особливостей становлення й функціонування європейських державно-правових інститутів дозво-

ПРОТЕСТАНТСЬКА ЕТИКА І ДУХ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

(РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ В. В. ДЖУНЯ
«СОЦІОЛОГІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА»)¹

ляє сподіватися, що книга зможе увійти до числа хрестоматійних як для майбутніх українських державотворців, так і для вчених-теоретиків та конституціоналістів-практиків.

Авторське розуміння поняття «європейський конституціоналізм» охоплює конституційні доктрини і правопорядки країн не тільки Європи, а й США та англосаксонських країн Вестмінстерської системи урядування. Таким чином, фактично йдеться про специфічну «окцидентальну» політичну й політико-правову культуру північноатлантичної цивілізації.

Звертаючись до дослідження останньої, автор спирається на концептуальний доробок теорій локальних цивілізацій (А. Тойнбі, О. Шпенглер, Л. Гумільов та ін.). Це має на меті показати, зокрема, чому для одних соціумів становлення режимів ліберальної демократії та конституційного правопорядку стає об'єктивною закономірністю, тоді як в інших формуються лише авторитарні чи тоталітарні режими правління з псевдоконституційними формами або ж навіть і без них (с. 11).



¹ Джунь В. В. Соціологія конституційного права / В. В. Джунь. — К. : Вид. дім ІнЮре, 2018. — Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. — 598 с.

² Рабінovich С. П. Соціальні передумови конституційної державності в Україні: методологічні аспекти дослідження / С. П. Рабінovich. Рецензія на монографію В. Джуня «Соціологія конституційного права. Теоретико-методологічні основи» // Вісник Конституційного Суду України. — 2016. — № 6. — С. 214–218.

Як зауважує В. В. Джунь, в основі поділу людства на локальні цивілізації лежать розбіжності у соціальній психології різних спільнот. За логікою локально-цивілізаційної парадигми кожному соціуму притаманна власна специфічна цивілізаційна матриця — своєрідне духовно-інтелектуальне утворення, що, на думку вченого, визначає не тільки спосіб існування людей у соціумі, а й політичні форми такого існування. До структури цивілізаційної матриці автором включаються моральні цінності, пріоритетний духовний ідеал та соціальні інститути (с. 7). Змістом же цивілізаційної матриці виступає панівна духовна культура соціуму (там само). Своєю чергою, ядром соціальної етики як основи духовної культури соціуму слугує ієрархія основоположних моральних цінностей, яка забезпечує верховенство певного духовного ідеалу або принципу — етатизму, комунітаризму чи індивідуалізму (с. 8). Відтак, останні набувають для кожної локальної цивілізації засадниче, «матричне» значення.

Автор зазначає, що «пріоритетний духовний ідеал, по-перше, уособлював цивілізаційний код соціуму, що зумовлював характер взаємин між державою, суспільством і окремими індивідами»; по-друге, «ставав важливим системоутворюючим джерелом етосу суспільства» (узагальненої характеристики локальної культури, вираженої в системі панівних цінностей і норм поведінки) та «визначав його історичну парадигму розвитку» (там само). Що ж до теорій державного та конституційного права, то вони, як вказується далі, «становлять лише більш або менш вдалу юридичну матеріалізацію ідей, вчень, концепцій, доктрини і філософій», які виникали у кожному локальному цивілізаційному ареалі й були органічно властиві його пріоритетному духовному ідеалові. Тому саме зазначені вище ідеальні елементи соціальної і політичної культури оцінюються як «справжні духовні джерела конституційного права» (с. 11).

Вихідним положенням дослідження є теза, згідно з якою конституційна культура державного владарювання є політичним продуктом новоєвропейської цивілізаційної матриці. У роботі викремлюються два типи цивілізаційних матриць: новоєвропейська та євразійська. Їх антитеза дозволяє запропонувати пояснення добре знайомого на пострадянському просторі феномену імітаційного конституціоналізму, притаманного, зокрема, політичним культурам євразійського циві-

лізаційного ареалу (підрозділ 1.1.3). Таким чином, поняття «справжній конституціоналізм», «реальний конституціоналізм» та «європейський конституціоналізм» виявляються практично тотожними за своїм смислом. Натомість їхніми антонімами слугують категорії «імітаційного» й «номінального» конституціоналізму, властивого локальним цивілізаціям культурного Сходу.

Матеріал розвідки структуровано в три смислові блоки: «Витоки європейського конституціоналізму» — історичний розвиток його ідеологічних та соціальних засад, що утворили основу новоєвропейської цивілізаційної матриці (розділ 1); «Становлення конституційної культури державного владарювання в Європі» — від формування протоконституційних правопорядків за доби Реформації і до завершення формування згаданої цивілізаційної матриці на переважній частині європейського континенту у середині ХХ ст. (розділ 2). Зрештою, в розділі 3 «Фундаментальні основи європейського конституціоналізму» дається змістова характеристика людиноцентричної парадигми європейського конституціоналізму, доктрин верховенства права, правної держави та установчої влади, ідеологічних засад та інституційних форм здійснення ліберальної демократії й сучасних організаційно-правових засобів забезпечення функціонування європейського конституціоналізму.

Попри виняткове значення, надане в роботі духовній культурі як передумові й складовій культури конституціоналізму, сприймати авторський підхід як суто ідеалістичний було би певним спрощенням. Низка положень монографії засвідчує значущість тих соціальних чинників, які належать до сфери соціального буття (продуктивні сили, соціальні потреби та інтереси, соціальні страти, розшарування соціуму, класові антагонізми тощо). Прикметно, що саме процеси, які відбуваються в цій сфері, віднесено в книзі до «загальних ліній розвитку усіх локальних цивілізацій» (с. 16). Отже, у дослідженні знаходить використання не тільки ідеалістична соціальна філософія, а й пізнавальний арсенал історичного матеріалізму.

Водночас у питанні про визначальні історичні чинники формування феномену європейського конституціоналізму автор схильється радше до поглядів М. Вебера, аніж К. Маркса. У цьому зв'язку особливо цікавими є розділи монографії, в яких визнається виняткове значення для появи

феномену європейського конституціоналізму соціальної етики західного християнства в її протестантській версії. Цілковитим в руслі веберівських міркувань³ перебуває спостереження, згідно з яким загальною закономірністю поступу конституціоналізму в Європі стало набагато більш раннє формування конституційних правопорядків у країнах протестантської соціальної традиції, аніж у католицьких країнах: Велика Британія, США (кінець XVII століття — середина XVIII століття); країнах католицької традиції (кінець XIX століття) (с. 286). Автор наголошує, що цю закономірність «вирішальною мірою зумовлено тим, що протестантська етика у значно більшій мірі, ніж католицька, просякнута духом і принципами індивідуалізму й конкуренції. Така соціальна особливість протестантизму сприяла не лише більш інтенсивному розвитку капіталістичних форм господарювання..., а й мала потужний політичний ефект у вигляді більш динамічного становлення політичної культури конституціоналізму» (там само).

Акцентується, що саме протестантські соціальні традиції сприяли «динамічному становленню інститутів громадянської самоорганізації суспільства, формуванню механізмів підзвітності державної влади суспільству та ефективній охороні прав людини... Саме тому в їхньому соціальному середовищі конституційна культура державного владарювання становила органічну частину загальної культури суспільства, а ідеї конституціоналізму стали не лише ядром панівної політичної культури, а й звичайлись у політичній практиці» (с. 287). Тут же, щоправда, вказується на певні винятки із позначеної політико-релігійної закономірності, яка в історії не була «цілком універсальною», оскільки її прояви залежали також від дії інших, зокрема і гальмуючих, «протиконституційних» чинників. Так, наприклад, у лютеранській Пруссії ними стали «реакційний консерватизм земельної аристократії, мілітаризм і агресивний націоналізм» (там само).

Визнаючи конститутивне значення релігійної соціальної етики, автор монографії не виступає прибічником політичної ідеології клерикалізму, яка обслуговувала інтереси панівних верств феодалізму і у XVIII — першій половині XIX століття активно протистояла ліберальним засадам просвітництва — основам європейських конституційних правопорядків (с. 192). Згодом, однак,

протестантський клерикалізм зазнав політичної еволюції, що проявилось у появі ліберальної та антропоцентричної протестантської теології. Саме така «емансипація ліберальними теологами людини дозволила їм без зайвих проблем сприймати і поширювати ідеї конституціоналізму, ліберальної демократії та політичної конкуренції» (с. 248). Натомість католицькій соціальній етиці довелося пройти складну трансформацію на шляху до вимушеного визнання у XX сторіччі ліберально-демократичних засад європейської політичної культури. Таким чином, між духовними передумовами виникнення новоевропейської політичної культури, з одного боку, та її визначальними структурними елементами, з іншого боку, існує певна напруга. Адже, попри виняткову історичну значущість протестантської етики для виникнення європейської цивілізаційної матриці, саме секуляризм та лібералізм, а не ортодоксальний клерикалізм утворили ідеологічний фундамент європейського конституціоналізму.

Розділ 2.3 дослідження присвячений легітимувальній функції політичних ідеологій, які, як цілком справедливо наголошується, «завжди були спрямовані на обслуговування потреб та інтересів певних класів, прошарків і страт суспільства» (с. 183). Сьогодні, в умовах втрати класовим підходом у суспільствознавстві своєї вимушеної популярності, значущим видається наголос на тому, що «сама політична ідеологія *правлячих класів* та *їхнє* розуміння справедливості визначають контури державницького і правового будівництва» (там само, курсив наш. — С. Р.).

Вельми важливою є теза про притаманну політичним ідеологіям правову нормативність. Адже «будь-який державний лад і політичний режим зберігають свою життєспроможність та ефективність, доки більшість соціуму (або його активна частина) поділяє основні ідеологеми *правлячих класів* і зберігає віру в їхню законність, раціональність і справедливість» (с. 184–185). Привертає увагу твердження, яке, на наш погляд, також добре узгоджується із добре відомими постулатами про базис і надбудову: «політичні ідеології могли виконувати свою легітимувальну функцію лише тоді, коли *правлячий* політичний клас, інтереси якого обслуговувала відповідна ідеологія, виявлявся здатним пристосовувати її основі

³ Вебер М. Протестантська етика і дух капіталізму / М. Вебер. Пер. з нім. О. Погорілого. — К.: Наш Формат, 2018. — 216 с.

ідеологеми до постійно змінюваних соціальних умов та актуальних політичних викликів і таким чином об'єднувати під своїм впливом основну частину активного суспільства» (с. 191).

Звідси вже читачеві монографії буде, мабуть, доволі нескладно зробити для себе висновок про те, що й сам конституціоналізм, принаймні в певному сенсі, також може розглядатися як ліберально-демократична правова ідеологія, яка, відтак, теж спрямована на обслуговування докорінних інтересів правлячих класів і цілком певних соціальних сил. Додамо, що, хоча й панівні соціальні верстви, інтереси яких сьогодні обслуговує ліберально-демократична ідеологія, прямо в роботі не названі, саме змістова конкретизація цих інтересів й ідентифікація груп їх носіїв дозволяє виявити дійсне соціальне призначення, що його відіграють на практиці гуманістичні ідеологеми людської гідності та людських прав, верховенства права і демократії.

Політичні ідеології тісно пов'язані із «діалектикою європейського праворозуміння». Звертаючись до останньої в розділі 2.2, автор намагається обґрунтувати тезу про ключову роль для становлення культури конституціоналізму юснатуралістичного підходу, у зв'язку із чим в підрозділі 2.2.4 описується подолання юридичного позитивізму у свідомості народів європейських країн. Із такою тезою, однак, складно погодитись. По-перше, з огляду на циклічний характер змін у панівних типах праворозуміння, а, по-друге, з урахуванням інструментального соціально-політичного значення, що його відіграють різні типи праворозуміння на різних етапах суспільного розвитку в умовах змін політичних режимів. Тому напевно чи слушним було би апологетичне піднесення одного типу праворозуміння із одночасним протиставленням його іншим типам, до чого, здається, схиляється автор.

Сьогодні веберівські та «локально-цивілізаційні» міркування про соціокультурні передумо-

ви формування європейського конституціоналізму породжують питання також і про долю конституціоналізму в Україні. Ключовою тут є проблема співвідношення у процесі виникнення таких передумов цивілізаційно унікального із цивілізаційно всезагальним. Адже розуміння неповторності поєднання культурних та економічних чинників у суспільствах західної політико-правової традиції може зменшувати оптимізм щодо часу витворення на наших теренах політичної й правової культури справжнього конституціоналізму. Серед історично представлених в Україні духовних течій доводиться констатувати відносно незначну частину тих специфічних соціально-етичних компонентів, які, згідно з концепцією Вебера, спричинилися до розвитку як ринкового капіталізму, так і таких, що корелюють із ним, засад європейського конституціоналізму.

Монографія спонукає також і до інших, більш загальних розмірковувань. Так, зокрема, нині на порядку денному вже перебуває питання про майбутнє європейської локальної цивілізації, «матричні» цінності якої нині піддаються найсерйознішим випробуванням. А згідно з культурно-цивілізаційною парадигмою, локальні цивілізації (або ж, за О. Шпенглером, «культури») мають власні цикли зародження, розвитку і занепаду, після чого зникають з історичної арени. Виникають питання й про те, чи можливо виплекати індивідуалістичну соціальну етику у цивілізації «незахідного», або «змішаного» типу? Чи можуть існуючі локальні культури змінювати власну цивілізаційну матрицю та ідентичність? За яких умов європейський конституціоналізм може бути успішно перенесено на постсоціалістичний культурний ґрунт? Сподіваємось, що відповіді на ці та інші питання зможемо довідатись із майбутніх книг цього непересічного видання, яке, без сумніву, не залишиться непоміченим правознавцями та всіма читачами, небайдужими до українського конституціоналізму — сучасного й майбутнього.



РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

УКРАЇНСЬКОГО ЧАСОПИСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

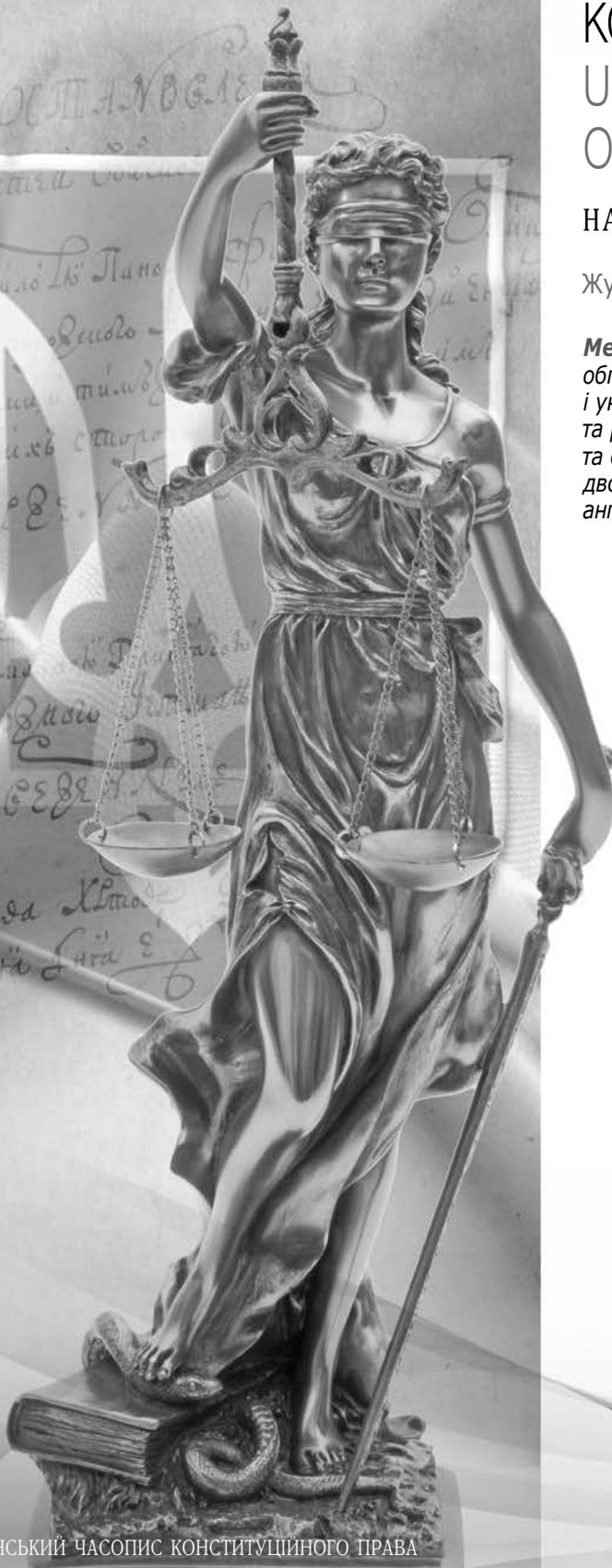
4/2018

1. **БАРАБАШ Юрій, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної
академії правових наук України,
НУ «Харківська юридична академія»
2. **Барон Андре АЛЕН, Бельгія**
почесний професор, доктор юридичних
наук, суддя Конституційного суду Бельгії,
почесний Президент Конституційного
суду Бельгії, почесний професор
конституційного права університету
KU Leuven, почесний секретар Ради
Міністрів Бельгії, суддя ad hoc ЄСПЛ
3. **БОРИСЛАВСЬКА Олена, Україна**
доцент, кандидат юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка (головний редактор)
4. **БОРИСЛАВСЬКИЙ Любомир, Україна**
доцент, кандидат юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка, член Конституційної
Комісії
5. **ВЕК Мілош, Австрія**
професор, Інститут правової та
конституційної історії Віденського
університету, постійний співробітник
Інституту гуманітарних наук
6. **ГРИЦУК Оксана, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка
7. **ГУБЕР Петер Міхаель, Німеччина**
професор, Університет Людвіга
Максиміліана, Мюнхен, суддя
Федерального Конституційного суду
8. **ГУРАЛЬ Павло, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка
9. **ГРАНАТ Мирослав, Польща**
професор, Університет кардинала
Штефана Вишинського, Варшава,
суддя Конституційного трибуналу
Республіки Польща у відставці
10. **ЕКХАРДТ Кшиштоф, Польща**
професор, доктор наук,
декан Іногороднього юридичного
Факультету і Адміністрації у Жешуві
11. **ЖАЛІМАС Дейнюс, Литва**
професор, Інститут міжнародного
та європейського права, Вільнюський
університет, суддя і голова
Конституційного суду Литви
12. **КАРРАСКО Гілберт Пол, США**
професор, Університет Уіллеміт,
Орегон, США
13. **КОЗЮБРА Микола, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
НУ «Києво-Могилянська академія»,
член-кореспондент Національної
академії правових наук України,
дійсний член Академії політичних наук
України, суддя Конституційного суду
України у відставці
14. **КОЛІСНИК Віктор, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної
академії правових наук України,
НУ «Харківська юридична академія»,
суддя Конституційного Суду України
15. **КОСОВИЧ Віталій, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка
16. **КРУСЯН Анжеліка, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
НУ «Одеська юридична академія»
17. **МЕЛЬНИК Микола, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
суддя Конституційного Суду України
18. **МІШИНА Наталія, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
НУ «Одеська юридична академія»
19. **Нінет Антоні АБАТ, Данія**
професор, Університет Копенгагену,
Центр порівняльних і європейських
досліджень
20. **ПАШЕ Екхарт, Німеччина**
професор, Вюрцбурзький університет
Юліуса Максиміліана
21. **РІЗНИК Сергій, Україна**
доцент, кандидат юридичних наук,
Львівський національний університет
імені Івана Франка (головний редактор)
22. **СЛІДЕНКО Ігор, Україна**
доктор юридичних наук, доцент,
суддя Конституційного Суду України
23. **СОВГИРЯ Ольга, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
Київський національний університет
імені Т. Шевченка
24. **СТЕЦЬОК Петро, Україна**
доцент, кандидат юридичних наук,
доктор права, Київський національний
університет імені Т. Шевченка,
суддя Конституційного Суду України
у відставці
25. **ФЕДОРЕНКО Владислав, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
директор Департаменту конституційного
та адміністративного права, Міністерство
юстиції України
26. **ХАЛЯЖ Іван, Угорщина**
професор, доктор юридичних наук,
голова Інституту конституційного права
27. **ШЕВЧУК Станіслав, Україна**
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної
академії правових наук України,
суддя Конституційного Суду України

РЕКОМЕНДОВАНО ДО ДРУКУ ВЧЕНОЮ РАДОЮ ЮРИДИЧНОГО
ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА (протокол № 31 від 26 грудня 2018 року)

Свідоцтво про державну реєстрацію
КВ 22166-12066Р від 07.06.2016

ЧАСОПИС 4 / 2018



Часопис включено до переліку наукових фахових видань України

ISSN 2519-2590

УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

Журнал, щоквартальник

Мета журналу — створення платформи для фахового обговорення сучасних проблем конституціоналізму і українськими, і зарубіжними вченими; обмін досвідом та результатами наукових досліджень між українськими та європейськими конституціоналістами завдяки двомовній політиці журналу (одночасного видання англomовного та україномовного ідентичних примірників).

ЗАСНОВНИКИ:

Львівський національний університет
імені Івана Франка
Код ЄДРПОУ 02070987
79000, Україна, м. Львів, вул. Університетська, 1

Громадська організація
«Центр конституційних ініціатив»
Код ЄДРПОУ 38763646

ТОВ «Редакція журналу «Український часопис
конституційного права»
Код ЄДРПОУ 40252310

Журнали українською та англійською мовами
доступні для купівлі і передплати.
Заявки можна оформити на сайті
www.constjournal.com
або за зверненням на такі адреси:
constjournal@gmail.com editor@constjournal.com

ВИДАВЕЦЬ:

Редакція журналу «Український часопис
конституційного права»

Секретаріат редакції:
Євген Пілат (редактор електронної версії журналу),
Вікторія Дубас (випусковий редактор),
Христина Слюсарчук (відповідальний секретар)
Літературний редактор: Оксана Карнеєнко

Місцезнаходження редакції:
79018, Львівська обл., м. Львів,
вул. Стороженка, буд. 12, кв. 501

e-mail: constjournal@gmail.com
www.constjournal.com

Підписано до друку 26.12.2018 р. Тираж 100 прим.

ДРУК: ПП Марусич М. М.
Дизайн, верстка: Вікторія Дзіндра
Формат видання: 84×108/16