

ДО 15-Ї РІЧНИЦІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

УДК 342(477)

М. Орзих,

доктор юридических наук, заведующий кафедрой конституционного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

КОНСТИТУЦИЯ УКРАИНЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ПЕРСПЕКТИВЫ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРЕОБРАЗОВАНИЙ*

28 июня 1996 года в 9 часов 18 минут Верховный Совет Украины принял новую Конституцию Украины и со дня ее принятия ввел ее в действие [1]. Завершился процесс подготовки и принятия Основного Закона страны — базового акта правового оформления новых политических, экономических и духовных реалий государства и общества Украины.

Этот процесс в публицистической и научной литературе получил не совсем точное наименование — конституционный процесс. В действительности конституционный процесс — это процессуально-правовая форма существования, действия, реализации материального права, устанавливающего правила поведения, деятельности, функционирования индивидуальных и коллективных (ассоциированных по различным основаниям) субъектов. Такое представление идеи правового государства, в котором процесс, процессуальные формы «имеют не меньшее, а даже большее значение, чем нормы, относящиеся к материальному праву» [2].

Другой достаточно распространенной неточностью является отождествление конституционной реформы в Украине с принятием Конституции [3].

* В основе статьи доклад, представленный на научную конференцию Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины «Государство и право суверенной Украины: проблемы теории и практики» (апрель 2011 г.).

Но, во-первых, конституционная реформа началась с принятия Декларации о государственном суверенитете Украины (16 июля 1990 г.), Акта провозглашения независимости Украины (24 августа 1991 г.), Закона Украины от 12 сентября 1991 г. «О правопреемстве Украины», а затем были изменения и дополнения к Конституции Украинской ССР, приостановлено действие ряда ее глав и фактически предполагалось регулирование ряда конституционных отношений текущим законодательством.

Во-вторых, принятие Конституции — это лишь этап конституционной реформы — создание нормативно-правовой модели конституционного строя Украины. Предстояло решить не менее сложные задачи: формирование конституционного (массового и индивидуального) сознания; органическое «встраивание» законодательства страны и юридической практики в систему конституционализма; обеспечение динамики развития конституционных отношений; наработка специального «набора» средств защиты конституционного строя и конституционной законности.

Решение этих задач зависело от степени реальности Конституции, реализации конституционных правоположений. «Конституция Украины вводится в действие со дня ее принятия» (ст. 160). «Нормы Конституции Украины являются нормами прямого действия» (ст. 8). Это означает, что, во-первых, «Законы и другие нормативные акты, принятые до

введения в действие Конституции, являются действующими в части, не противоречащей Конституции Украины» (п. 1 Переходных положений Конституции); во-вторых, нормы Конституции, не соответствующие Переходным положениям, на определенный ими срок не действуют или действуют с ограничениями и поправками, предусмотренными Переходными положениями; в-третьих, конституционные права и свободы человека и гражданина осуществляются и защищаются судом непосредственно на основе Конституции (ст. 8); в-четвертых, никто не может быть принужден к тому, чтобы делать то, что не предусмотрено законодательством, которое не может противоречить Конституции; в-пятых, органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать только на основе, в пределах полномочий и способом, предусмотренным Конституцией и законами (ст. 19); в-шестых, в случае отсылки в конституционной норме к текущему законодательству (бланкетные и отсылочные нормы) эта норма действует через соответствующий закон.

Дальнейшее развитие конституционной реформы предполагало обеспечение реализации конституционных норм, подготовку и издание (или пересмотр, изменения, дополнения, новая редакция) по меньшей мере полуторасот законодательных актов, среди них большинство — конституционных законов.

Одновременно в теории и практике конституционного права Украины возникла острая необходимость толкования конституционных норм Верховным Советом Украины (п. 6 Переходных положений), а после образования Конституционного Суда — этим органом. Системообразующая функция Конституции в отношении правовой системы страны потребовала становления системосохраняющего механизма, представленного прецедентами, презумпциями, фикциями, преюдициями, способами преодоления и восполнения пробелов в законе, коллизионными нормами, а также конституционными соглашениями и декларациями, обычаями (обыкновениями),

международно-правовыми стандартами. Здесь главное — конституционное определение иерархии этих элементов прежде всего в отношении закона, возможностей субсидиарного применения конституционного и иноотраслевого законодательства, определение пределов правосвободного пространства, связанного с конституционными нормами, установленными в ст. 19 Конституции: «Правовой порядок в Украине основывается на положениях, соответственно которым никто не может быть принужден делать то, что не предусмотрено законодательством. Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать лишь на основании, в пределах полномочий и способами, предусмотренными Конституцией и законами Украины».

Не исключалось и другое направление развития конституционных преобразований — критический анализ конституционных правоположений в процессе проверки их на реализуемость и эффективность и соответствующие изменения в практике применения конституционных предписаний.

Таким образом, конституционные преобразования в Украине проходили в формах модернизации и реформирования, далеко не всегда получая научное обоснование с необходимым анализом и прогнозированием социально-политических и юридических последствий этих изменений, в связи с «выходом» реформы за пределы собственного предмета конституционного права в сферу системно-структурных качественных изменений в государственно-правовой и общественной жизни.

В этих условиях и учитывая постоянные попытки кардинально изменить содержание Конституции Украины, конституционный строй и устройство государства, его соотношение с гражданским обществом и человеком (его конституционно-правовым статусом), наконец, проведение незавершенной, противоречивой реформы 2004 года, которая привела к «разбалансированию и серьезному кризису власти» (В. Януко-

создана по Указу Президента Украины № 224/2011 от 21 февраля в 2011 г. «О поддержке инициативы относительно создания Конституционной Ассамблеи», о новой редакции или новой Конституции Украины, если они будут приняты Президентом, или попытки принять и реализовать проекты законов о порядке (процессе) реформирования Конституции, например, зарегистрированный в Верховной Раде Украины (№ 8143 от 21 февраля в 2011 г.) проект Закона «О процедуре подготовки и утверждения новой Конституции Украины», являются, по социально-политической природе, революционными, требуют обращения к субъекту учредительной власти — народу Украины с использованием возможностей всенародного референдума.

Таким образом, по целенаправленности современного этапа конституционных преобразований — это не реформа, а, по утверждению Президента Украины В. Януковича, «системное» «обновление Основного Закона» с целью «создания сбалансированной представительной системы европейского образца, укрепления парламентаризма, построения эффективной вертикали исполнительной власти и создания эффективных механизмов прямой демократии» [8]. Организационно это подтверждается Указом Президента Украины № 352/2011 от 5 апреля 2011 г. о создании в структуре Администрации Президента Главного управления по вопросам конституционно-правовой модернизации.

По целям — это системная конституционная модернизация с определением эффективных средств достижения цели (обычная модель решения любой проблемной ситуации). Для поиска соответствующих цели и условиям средств необходимо предварительно выбрать направление решения проблемной ситуации: радикальное — принятие новой редакции Основного Закона в пределах статей 155, 156 Конституции Украины или эволюционное — постепенное, обоснованное конституционно-правовой практикой приспособление конституционных постулатов к стремительно изме-

няющимся социально-политическим и юридическим ориентирам общества.

Второе, вероятно, более предпочтительно, потому что, во-первых, эволюция вообще присуща именно модернизации, во-вторых, радикальное изменение редакции Конституции при ее «жесткости» создаст опасность острого политического конфликта в стране, провоцирования радикальной ревизии достигнутого; в-третьих, нет гарантий, что новая Конституция, принятая в переходный период («переход к неопределенному состоянию» — something else, что, возможно, нуждается в небезопасной для общества «переходной фазе» — [9]), будет более совершенной основой современного конституционализма.

Кроме того, следует учитывать, что действующая Конституция Украины, к сожалению, не имеет опыта последовательной выполнимости (термин, применяемый в западной литературе) с самого начала ее действия. Сразу после принятия Конституции Украины в 1996 году сопредседатели Конституционной комиссии Президент Украины Л. Кучма и Председатель Верховной Рады Украины О. Мороз считали необходимым дальнейшее совершенствование Конституции, в частности, текущим законодательством [10], затем наступило время делегирования законодательных полномочий Президенту Украины в форме декретотворчества, несоблюдения Конституции практически всеми ветвями власти и другими субъектами конституционного права, которое привело к официальному (Президентом Украины Л. Кучмой) признанию «качественно новой стороны национальной безопасности — конституционной». Последнее пятилетие (2004–2009 годы) началось с политической реформы, нарушившей ряд конституционных предписаний [11], а Президент Украины В. Ющенко нередко пренебрегал конституционными предписаниями, ссылаясь на «дух Конституции», что в действительности не имело достаточных смысловых оснований в самой Конституции. Игнорирование конституционных предписаний систематически допускали и другие го-

сударственные органы, органы местного самоуправления, политические и общественные организации.

Следовательно, действующая Конституция Украины образцов 1996 и 2004 годов не получила устойчивой конституционной практики и потому не имеет критериев собственной эффективности. Все это предстоит нарабатывать, исходя из Решения Конституционного Суда Украины от 30 сентября 2010 года, с тем, чтобы выполнить разумную рекомендацию Венецианской комиссии: «Конституция должна пройти проверку на практике ... в течение значительного периода времени» [12].

Все доводы теоретического и практического характера за эволюционный путь и поиск средств движения по этому пути формирования истоков и основ отечественного конституционализма, используя возможности системной конституционной модернизации.

Особая роль в этом процессе принадлежит Конституционному Суду Украины, для которого модернизация является «спонтанным продуктом» его практики [5].

Действительно, конституционная юстиция, может быть, не осознавая того, способна выполнить, образно говоря, миссионерскую роль относительно конституционной модернизации. Ее потенциал определяется тем, что она имеет возможность быстро и эффективно реагировать на изменения политической и социально-экономической ситуации в стране; имеет возможности влиять на все элементы конституционализма (нормативные, идеологические, праворегулятивные, охранительные); способствует системообразующей и системосохраняющей функциям Конституции в отношении цели модернизации в условиях значительного по сравнению с другими отраслями объема конституционного законодательства (около 700 законов), при научно-практической проблемности выделения конституционных законов, преимущества подзаконных актов в общем массиве законодательства в соотношении 95 %–5 %, сохранения в правовой системе страны около

60 % запретительных норм при мировых стандартах — до 18 %; не имеет апелляционной инстанции и потому не связана процессуальными «условностями» при необходимости вынесения решений с ориентацией на определенные правовые приоритеты; преюдициальности собственных решений и обновления, переформулирования принятых правовых позиций в связи с социально-экономическими, политическими изменениями; способна синтезировать теорию и практику, выполнять функцию формирования «у субъектов государственно-правовых отношений конституционный стиль мышления, политико-правовое сознание» [13].

При этом потенциал конституционной юстиции, влияющей на направления модернизации, зависит не только от авторитетности Суда, профессионализма, жизненной мудрости судей, но и от концептуальной позиции юстиции, в первую очередь, относительно себя и своей деятельности. Здесь выбор собственной парадигмы небольшой: или следовать известному постулату Ш. Монтескье, который называл судей «устаами закона, обычными, пассивными существами», или ориентироваться на позицию, которая сформировалась в практике Верховного Суда США: «судьи Верховного Суда показывают пример уважения к Конституции, но что такое Конституция США знают только судьи», которые «должны быть динамическими компонентами истории, если желать и добиваться того, чтобы наши институты были жизненными, направляющими силами в наш век» (W. Douglas). Эта формула достаточно близка конституционному положению Конституционного Суда Украины, который является «единственным органом конституционной юрисдикции» и официального толкования Конституции и законов Украины (ст. 147 Конституции Украины). А «настоящим законодателем будет тот, у кого абсолютная власть толковать закон» [14].

Выбор парадигмы собственного самосознания и своей деятельности незамедлительно отражаются (должны отражаться) на ролевой позиции конс-

титуционной юстиции, которая включает весьма объемную научно-практическую проблематику, в которой прежде всего обращает внимание следующее.

Во-первых, отношение конституционной юстиции к Конституции как к (1) «заповедной зоне» (М. Краснов), «священной корове» (В. Шаповал) или, как говорила спикер палаты общин парламента Великобритании Б. Бутройд, «громоздкой, застывшей, каменной, ограниченной писаной Конституции» или (2) «способа жизни общества» (В. Пастухов), «продукта времени и обстоятельств» (Ч. Боржо), «среде обитания», которая «требует рационального использования» (Б. Страшун).

В отношении второго варианта Конституция рассматривается не как что-то неизменное и неподвижное. Она может меняться под воздействием объективных обстоятельств. Речь идет не о новации текста Конституции, но о «молчаливом преобразовании» Конституции, то есть ее изменении «без изменения конституционного текста» (Б. Эбзеев). Французские юристы, которых иногда называют «великими потребителями конституции», ставят вопрос: «действительно ли стоит считать, что нормы, которые были изданы в 1789 году, сохранили свое нормативное качество... и что они соответствуют структуре современного общества?». Верховный Суд США практически дал ответ на это в одном из своих решений (дело Маккулох против Мерилленда): «Конституция призвана существовать в веках и приспособляться к разным кризисам». Этот судебный фрагмент, собственно говоря, и во времени совпадает с появлением прикладной доктрины «властных» (inherent) полномочий как неотъемлемых от субъекта реализации суверенитета [15].

При этом Суд «фактически продолжает функцию» законодателя (А. Селиванов), а его решения «превращаются в часть Конституции» (Б. Эбзеев).

Кроме того, научно-практическая установка конституционной юстиции: от позитивизма и неопозитивизма, его преодоления с позиций общих принципов права и ценностей естественно-пра-

вовой доктрины вплоть до использования элементов юридического реализма. Так, судья Конституционного Суда Украины О. Мироненко впервые в истории украинского конституционного правосудия в Отдельном мнении относительно Решения Суда (№ 10-рп/99 от 14 декабря 1999 г.), относит к недостаткам Суда то, что он отбрасывает рационалистическое (юснатуралистическое) правопонимание современной «элегантной» юриспруденции и находится «в сетке жесткого юридического позитивизма и неопозитивизма, узко нормативного правопонимания». Судья В. Кампо видит «ряд методологических ошибок в Решении Суда № 4-рп/2010 от 2 февраля 2010 г. в связи с тем, что это Решение является «техничко-нормативистским», базируется на «нормативистских методологических подходах». Этот недостаток Суда привлек внимание теоретиков и практиков, а народный депутат Р. Зварыч даже выразил надежду, что в процессе конституционного реформирования будет отменен институт Конституционного Суда, который «является главным бастионом позитивистского восприятия права в Украине» [16].

Поиск решения проблемы представляется в плоскости теоретического обоснования и внедрения в практику конституционной юстиции не свойственных статуарной правовой системе элементов «живого права», теоретико-прикладного института англосаксонской системы права, который успешно используется не только европейскими странами, которые восприняли американскую систему конституционной юстиции (например, Дания, Исландия, Норвегия, Швеция, Финляндия), но и в правовых системах, основанных на принципах континентальной системы права. Только в этом случае возможно преодолеть упрек европейских юристов — в явно недостаточном использовании прецедентов и доктринальных разработок в посткоммунистической юстиции, и американских юристов, которые вообще нередко удивляются, как серьезно их европейские коллеги относятся

The constitutional reform still lasts because of the lack of defined by the science and practice tools of constitutional modernization and reformation. These tools are necessary to create the conditions for building the system of modern Ukrainian constitutionalism.

Література

1. Конституція незалежної України : в 3 кн. — К. : Укр. Правнича Фундація, 2003 ; Орзіх М. Ф. Конституционная реформа в Украине / М. Ф. Орзіх. — О., 2003 ; Корнеев А. В. Створення Конституції України (етапи становлення) // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3, 5.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. — М., 1967. — С. 41.
3. Опришко В. Конституція — фундаментальна основа подальшого розвитку законодавства і правової системи України // Право України. — 1996. — № 9. Ср.: Mackow J. *Parlamentarische Demokratie und Autoritarismus. Enfolge und Misserfolge der postkommunistischen Verfassunggebung.* — Hamburg, 1998. — № 9.
4. Кафедра конституційного права Национального университета «Одесская юридическая академия» в 2006–2010 годах проводила исследования и осуществила публикации, обеспечила подготовку ряда докторских и кандидатских диссертаций по общей теме: «Конституционная модернизация и реформирование в Украине» (гос. регистр. № 106U004970). Обзорный материал см.: Наукові праці НУ ОЮА. — О. : Юрид. л-ра, 2010. — Т. IX.
5. Кампо В. Инструмент конституційної модернізації // Голос України. — 2009. — 12 нояб.
6. Киреев В. В. К вопросу о понятии и методологии исследования конституційної реформи // Конституционное и муниципальное право. — 2005. — № 4. — С. 7.
7. Окрема думка судді Домбровського І. П. у справі щодо обмеження депутатської недоторканності // Вісник Конституційного Суду України. — 2008. — № 5. — С. 16.
8. Смиян Н. Исполняют обязанности перед Советом Европы // Голос України. — 2011. — 14 янв. ; Решение Европейской комиссии «За демократию через право» № 618/2011 от 3 марта 2011 г. Введение, пункты 2–4. Документ.
9. O'Donnel G. *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about uncertain Democrates* / O'Donnel Giubermo, Schmitter Philippe C. — Baltimore ; London, 1993. — P. 3.
10. Голос України. — 1996. — 29 июня, 2 июля ; Урядовий кур'єр. — 1996. — 11 лип.
11. Орзіх М. Рестарт політичної реформи: науково-прикладні підстави та конституційно-правові наслідки // Юридичний вісник. — 2010. — № 4.
12. Висновок Європейської комісії «За демократію через право» від 17 грудня 2010 р., п. 11 [Електронний ресурс] // Сторінка «Законодавство України» сайту Верховної Ради України.
13. Селіванов А. Законодавча влада і конституційне правосуддя в Україні // Право України. — 2009. — № 5. — С. 26.
14. Епископ Ходи. Цит. по: Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). — М. : Юрист, 1999. — С. 225.
15. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности / Ф. Люшер. — М., 1999. — С. 36; Лафитский В. Н. Вопросы муниципального права в Конституции США // Советский ежегодник международного права. — М., 1981. — С. 220–221; *McCulloch v. Maryland.* — 17 US, 316 (1819). — P. 316.
16. Конституційному Суду жить. Пока // Зеркало недели. — 2009. — 12 дек.
17. Кажаяв С. А. Способы универсализации правовых позиций Конституционного Суда РФ // Государство и право. — 2008. — № 1. — С. 14.
18. Ткачук П. Правові позиції Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 2. — С. 19–21 ; Селіванов А. А. Вопросы теории конституционного правосудия в Украине: актуальные вопросы современного развития конституционного правосудия / А. А. Селіванов, А. А. Стрижак. — К. : Логос, 2010. — С. 67.