



Юридичні наслідки визнання нормативного акта
неконституційним для захисту прав людини
в адміністративному судочинстві

Збірник матеріалів Міжнародного семінару-практикуму

Legal Consequences of Determining a Normative Act
Unconstitutional for the Protection of Human Rights in
Administrative Justice Process

Collection of the Workshop Materials

м. Київ, 31 липня 2020 року

Kyiv, July 31, 2020



15 2005-2020
РОКІВ Кодекс
адміністративного
судочинства України



DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



ПРАВО-JUSTICE



ОБСЄ Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проєкту в Україні

Юридичні наслідки визнання нормативного акта неконституційним для захисту прав людини в адміністративному судочинстві

Збірник матеріалів Міжнародного семінару-практикуму

**Legal Consequences of Determining a Normative Act
Unconstitutional for the Protection of Human Rights in
Administrative Justice Process**

Collection of the Workshop Materials

м. Київ, 31 липня 2020 року
Kyiv, July 31, 2020

УДК 342.4:342.9
Ю70

Редакційна колегія:

Михайло Смокович, Голова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, доктор юридичних наук (голова редакційної колегії);

Мирослава Білак, суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді, доктор юридичних наук;

Семен Стеценко, суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді, доктор юридичних наук;

Ганна Христова, керівник Проєкту Ради Європи «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень», доктор юридичних наук;

Наталія Богданюк, заступник керівника апарату Верховного Суду – керівник секретаріату Касаційного адміністративного суду;

Світлана Пилипець, завідувач сектору організаційно-протокольного забезпечення заходів суду секретаріату Касаційного адміністративного суду

Ю70 **Юридичні** наслідки визнання нормативного акта неконституційним для захисту прав людини в адміністративному судочинстві : зб. матеріалів Між-нар. семінару-практикуму (м. Київ, 31 лип. 2020 р.) / Касац. адмін. суд у складі Верховного Суду. – Харків : Право, 2020. – 146 с.

ISBN 978-966-998-068-7

Переклад україномовних матеріалів англійською, а також друк цієї публікації здійснено за підтримки Ради Європи в межах Проєкту «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень» на запит Верховного Суду.

Погляди, викладені в цьому виданні, належать авторам цієї роботи і не можуть за жодних обставин вважатися такими, що виражають офіційну позицію Ради Європи.



УДК 342.4:342.9

© Верховний Суд, 2020
© Колектив авторів, 2020
© Оформлення. Видавництво «Право», 2020

ISBN 978-966-998-068-7

ЗМІСТ

CONTENT

- | | | |
|-----------|---|---|
| 5 | Михайло СМОКОВИЧ
Вступне слово | Mykhailo SMOKOVYCH
Introduction |
| 9 | Михайло СМОКОВИЧ
Впровадження рішень Конституційного Суду України: пошуки ефективного механізму захисту прав людини | Mykhailo SMOKOVYCH
Implementing judgments of the Constitutional Court of Ukraine: searching for an efficient human rights protection mechanism |
| 19 | Д-р Ларс БРОКЕР
Напруженість між правовою визначеністю та забезпеченням матеріальної справедливості: обсяг зворотної дії рішень конституційного суду з точки зору перегляду рішень адміністративних судів, які набули законної сили | Dr. Lars BROCKER
The tension between the legal certainty and ensuring substantive justice: the scope of the retroactive effect of the constitutional court judgments in terms of reviewing judgments of administrative courts that entered into force |
| 33 | Рімвідас НОРКУС
Правові наслідки рішень Суду Європейського Союзу та національних судів | Rimvydas NORKUS
Legal effects of judgments of the Court of justice of the European Union and national courts |
| 47 | Ева ВЕНДЛЕР
Захист прав особи у разі визнання закону неконституційним: досвід Австрії | Eva WENDLER
Protection of the individual's rights in case of unconstitutional law in Austria |
| 55 | Георгій ПАПУАШВІЛІ
Протиріччя між принципами індивідуального захисту та юридичної визначеності: ефективність конституційного правосуддя в часі | George PAPUASHVILI
A tension between the principles of individual remedy and legal certainty: effectiveness of constitutional justice in time |
| 64 | Михайло САВЧИН
Юридична сила рішень Конституційного Суду України та їх імплементація в адміністративному судочинстві | Mykhailo SAVCHYN
Legal effect of judgments of the Constitutional Court of Ukraine and their implementation in administrative proceedings |

72	Мирослава БІЛАК Верховенство права як критерій дії у часі рішення конституційного суду	Myroslava BILAK The Rule of Law as the determining criteria regarding the coming into effect of Constitutional Court decisions
80	Дмитро ТЕРЛЕЦЬКИЙ Дія рішень Конституційного Суду України у часі: теоретичні та практичні аспекти	Dmytro TERLETSKYI The effect of judgments passed by the Constitutional Court of Ukraine over time: theoretical and practical aspects
87	Володимир КРАВЧУК Неконституційність закону як підстава перегляду судового рішення за виключними обставинами	Volodymyr KRAVCHUK Unconstitutionality of the law as the grounds for court judgment review under exceptional circumstances
95	Альберт ЄЗЕРОВ Неконституційність закону як підстава для перегляду судових рішень за виключними обставинами в адміністративному судочинстві	Albert YEZEROV Unconstitutionality of the law as the grounds for court judgment review under exceptional circumstances in administrative proceedings
104	Наталія БЛАЖИВСЬКА Конституційна скарга vs ефективне відновлення порушеного права особи остаточним судовим рішенням в світлі перегляду адміністративних справ за виключними обставинами	Natalia BLAZHIVSKA A constitutional complaint vs effective restoration of person's violated right by a final court judgment passed in the context of judicial review of administrative cases in exceptional circumstances
110	Бартош ВОЙЦЕХОВСЬКИ Прецедентний характер рішень Конституційного суду в правопорядку Польщі	Bartosz WOJCIECHOWSKI The law-making nature of the judgments of the Constitutional Tribunal in the Polish legal order
127	Славіца БАНІЧ Права людини переміщених осіб у контексті конституційних принципів та правосуддя	Slavica BANIC Human rights of displaced persons between constitutional principles and justice
139	Ганна ХРИСТОВА «Бездіяльність законодавця» як предмет конституційного контролю	Ganna KHRYSSTOVA «Legislator's omission» as the subject of constitutional control

ВСТУПНЕ СЛОВО

Шановні учасники Міжнародного семінару «Юридичні наслідки визнання нормативного акта неконституційним для захисту прав людини в адміністративному судочинстві», вітаю Вас із початком роботи семінару і бажаю Вам плідної роботи, конструктивного діалогу та отримання предметних результатів задля ефективного захисту прав людини в Україні!

Конституція України визнала права і свободи людини, їх гарантії і забезпечення головним обов'язком держави (стаття 3). Основний Закон України кожному гарантує право звертатися до Конституційного Суду України із конституційною скаргою, оскаржувати в судах системи судоустрою України рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (стаття 55).

Конституційному Суду України в механізмі забезпечення прав людини належить високе призначення – на засадах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, відкритості, повного і всебічного розгляду справи, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків забезпечити верховенство Конституції України та конституційно визначених соціальних цінностей, якою є людина, її життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність і безпека.

Касаційному адміністративному суду у складі Верховного Суду довірено не менш високу і відповідальну місію – забезпечити справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Відтак, Конституційний Суд України та адміністративні суди покликані працювати пліч-о-пліч в механізмі державної влади задля непохитного і цілеспрямованого утвердження прав і свобод людини та їх гарантії. Співпраця названих судів матиме дієвий ефект та належну результативність у сфері захисту прав людини за умови вироблення сув'язно-поступального механізму реалізації рішень органу конституційної юрисдикції судами системи судоустрою України.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права, який вимагає від судів його втілення у правозастосовну діяльність, зокрема в судові рішення, що за своїм змістом мають бути проникнуті ідеями справедливості, свободи, законності, неупередженості, рівності, незважаючи на те, що сторонами у публічно-правових спорах виступають суб'єкти різної «вагової категорії», якими є держава та особа.

Завдяки адміністративній юстиції особа отримала право позиватися до суду з метою захисту своїх прав, свобод та інтересів проти держави в особі суб'єктів публічної влади та їх посадових осіб, що стало непересічним проявом демократичного розвитку нашої держави.

Теорія і практика адміністративної юстиції мають розвиватися в нерозривній сув'язі, завдяки чому гарантії судового захисту прав людини отримають належне матеріальне і процесуальне забезпечення. Досвід адміністративного судочинства свідчить, що національна правова система

потребує вироблення ефективних механізмів впровадження у державотворчу практику судових рішень задля дієвого відновлення порушеного права людини.

Наразі особливої актуальності набуває питання ефективного захисту прав людини в адміністративному судочинстві в умовах визнання органом конституційної юрисдикції нормативного акта таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). Формування єдиної судової практики з цих питань має ґрунтуватися на основі концептуально визначеної доктрини права, вироблення якої можливе за умови конструктивного, предметного діалогу, учасниками якого є визнані теоретики і практики з конституційного та адміністративного права і процесу, фахівці з міжнародного та європейського права тощо.

Адміністративна юстиція, піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України та підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, незмінно забезпечуватиме конституційні права, свободи та інтереси осіб у питаннях їх захисту від неправомірних дій чи бездіяльності держави і докладати усіх можливих зусиль для імплементації загальноновизнаних європейських цінностей у національну правову систему, дієвого розвитку демократії, утвердження верховенства права в Україні.

Михайло Смокович,

*Голова Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду*

INTRODUCTION

Dear participants of the International Workshop "Legal Consequences of Determining a Normative Act Unconstitutional for the Protection of Human Rights in Administrative Justice Process", I would like to congratulate you on the beginning of the workshop and wish you fruitful work, constructive dialogue and substantive results for the effective protection of human rights in Ukraine.

The Constitution of Ukraine recognises human rights and freedoms, their guarantees and safeguards as the state's main obligation (Article 3). The Basic Law of Ukraine guarantees everyone the right to resort to the Constitutional Court of Ukraine with a constitutional complaint, to challenge in the court of the Ukrainian judiciary decisions, actions or omission of bodies of state power, bodies of local self-government, officials and officers (Article 55).

Within the mechanism of human rights observance, the Constitutional Court of Ukraine has the noble purpose of ensuring the supremacy of the Constitution of Ukraine and social values determined by it, such as a human being, his or her life, health, honour, dignity, integrity and security, based on the principles of the rule of law, independence, collective leadership, publicity, complete and comprehensive case consideration, reasonable and binding decisions and conclusions.

As part of the Supreme Court, the Court of Administrative Cassation is assigned an equally important and responsible mission – to ensure fair, impartial and timely resolution by the court of disputes in the field of public relations to effectively protect rights, freedoms and interests of individuals, rights and interests of legal entities against violations on the part of power entities.

Accordingly, the Constitutional Court of Ukraine and administrative courts are to operate side by side within the mechanism of state power for the unyielding and targeted affirmation of human rights and freedoms and their guarantees. The cooperation between these courts will be effective and duly rewarding in protecting human rights subject to the development of a progressive mechanism for the enforcement by general courts of Ukraine of decisions passed by the constitutional jurisdiction body.

Ukraine recognises and employs the rule of law principle which requires from the court to implement it in the enforcement of the law, including in court judgements and their content that must be imbued with the ideas of justice, freedom, legality, impartiality, equality, despite the facts that parties to the public legal disputes include actors with various "weight", that are the state and an individual.

With administrative justice, a person obtained the right to file lawsuits against the state represented by the public authorities and their officials to protect their rights, freedoms and interests, which has become an extraordinary manifestation of the democratic development of our state.

The theory and practice of administrative justice must develop in an inextricable link that will provide the guarantees of the human rights judicial protection with appropriate financial and procedural support. The experience of administrative proceedings shows that the national legal system requires the elaboration of effective implementation mechanisms in the state-building practice of court decisions to effectively restore violated human right.

Today, the issue of effective human rights protection in administrative proceedings is gaining more and more ground in the context of finding the statutory act in violation of the Constitution of Ukraine (unconstitutional) by the constitutional jurisdiction authority. The shaping of the uniform case law on these matters must be founded on the grounds of conceptual law doctrine that can only be elaborated in the course of a constructive and substantive dialogue participated by renowned theoreticians and practitioners in the field of constitutional and administrative law and procedure, international and European law experts, etc.

By strengthening the civil accord on the Ukrainian lands and confirming the European identity of the Ukrainian people and irreversibility of the European and Euro-Atlantic course of Ukraine, administrative justice will unfailingly uphold constitutional rights, freedoms and interests of individuals in the matters of their protection against illegal acts or omissions on the part of the state and take all necessary efforts to introduce common European values into the national legal system, effectively develop democracy, establish the rule of law in Ukraine.

Mykhailo Smokovych,

*President of the Administrative Cassation Court
within the Supreme Court*



Автобіографічна довідка

Михайло Смокович, доктор юридичних наук, Заслужений юрист України, Голова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

Вивчав право в Українській юридичній академії в Харкові (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого).

За обраним фахом трудову діяльність розпочав старшим слідчим, слідчим з особливо важливих справ прокуратури м. Луцька. Згодом обіймав посади старшого прокурора відділу прокуратури Волинської області та старшого помічника прокурора м. Луцька.

Уперше на посаду судді призначений у 1996 році та здійснював правосуддя як суддя Луцького міського суду Волинської області, згодом – Апеляційного суду Волинської області.

З 2003 року обіймав посаду судді Вищого адміністративного суду України, неодноразово обирався секретарем Пленуму Вищого адміністративного суду України та заступником голови цього суду. У цей час захистив дисертації кандидата юридичних наук та доктора юридичних наук.

З 10 листопада 2017 року Михайло Смокович суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді, з 6 грудня 2017 року – обраний головою Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

Понад десять років читає лекції з адміністративного процесу у провідних закладах вищої освіти України, бере активну участь у міжнародних та вітчизняних наукових заходах.

Autobiographic Reference

Mykhailo Smokovych, President of the Administrative Cassation Court within the Supreme Court, Doctor of Law, Merited Lawyer of Ukraine.

He studied law at the National Law Academy in Kharkiv (now – Yaroslav Mudryi National Law University).

He started his professional career as a senior investigator, major case detective at the prosecutor's office in Lutsk. Later, he held positions of the senior prosecutor at the department of the prosecutor's office of Volyn region and senior assistant to the prosecutor in the city of Lutsk.

He was first appointed as a judge in 1996 and administered justice as a judge of Lutsk city court of Volyn region, and later – Court of Appeal of Volyn region.

Since 2003, he has occupied the position of the judge at the Higher Administrative Court of Ukraine. He was repeatedly elected Secretary of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine and Vice President of this court. During this time, he defended his thesis for the degrees of the Candidate of Legal Sciences and Doctor of Law.

From 10 November 2017, Mykhailo Smokovych worked as the judge at the Administrative Cassation Court within the Supreme Court; on 6 December 2017, he was elected President of the Administrative Cassation Court within the Supreme Court.

For over ten years, he has been delivering lectures on the administrative procedure in the leading higher educational establishments of Ukraine and participating in international and national scientific events.

Михайло Смокович,

Голова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду,
доктор юридичних наук, Заслужений юрист України

ВПРОВАДЖЕННЯ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: ПОШУКИ ЕФЕКТИВНОГО МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Актуальність теми Міжнародного семінару-практикуму зумовлює пошук найбільш ефективних юридичних механізмів, необхідних для належного і справедливого судового захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Щиро сподіваюся, що за результатами проведення даного семінару нам вдасться віднайти такі ефективні юридичні механізми і предметно сконцентрувати на них увагу. То ж, дозвольте досить акцентовано висловити окремі міркування з питань, що становлять тематику цього вкрай важливого заходу.

По-перше, варто звернути увагу на необхідності формування і забезпечення єдності судової практики. Незважаючи на те, що формат нашого заходу має практичний вимір, а тема заходу окреслена тими практичними наслідками юридичного характеру, які настають (чи очікувано мають настати) у разі визнання нормативного акта Конституційним Судом України таким, що не відповідає Конституції України, тобто є неконституційним, висхідною складовою формування судових позицій з цих питань має стати чітко визначений доктринально-правовий підхід до вирішення тієї чи іншої категорії справ. Досягнення єдності судової практики вимагає застосування послідовного і концептуального підходу до вирішення адміністративними судами спорів у сфері публічно-правових відносин. Отже, практика адміністративного судочинства має формуватися на основі теорії адміністративного правосуддя і надалі розвиватися в нерозривній св'язі з доктриною права.

За юридичною позицією Конституційного Суду України: «Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах» (*абзац десятий пункту 9 мотивувальної частини Рішення від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003*) [5].

З розвитком суспільства зміна судової практики можлива, у тих чи інших питаннях така зміна здебільшого стає навіть неминучою, проте у будь-якому разі вона має бути обґрунтованою, послідовною і зрозумілою не тільки для фахівців у галузі права, а й пересічних громадян.

Відак, зміна практики адміністративного судочинства не може бути довільною, вона повинна мати об'єктивне підґрунтя, (наприклад, зміна законодавства чи обставин, помилкове розуміння змісту норм права, неправильне застосування норм права тощо). Отже, теорія адміністративного правосуддя вимагає вироблення цілісної доктринально-правової платформи, яка має стати беззаперечною та універсальною основою для формування єдиної практики адміністративного судочинства.

Наведене доводить, що для правильного вирішення адміністративними судами справ, що пов'язані з юридичними наслідками, які настають (чи можуть настати) у разі впровадження рішення Конституційного Суду України, необхідна відповідна правова платформа як законодавчого, так і доктринального характеру.

Йдеться про справи, в яких відкритими, нез'ясованими є наступні питання:

– чи є можливою до застосування в Україні ретроспективна дія рішень щодо неконституційності акта для захисту прав людини;

– у який спосіб має здійснюватися поновлення прав особи, порушених неконституційним актом, діями або бездіяльністю органу публічної влади чи її посадовою особою тощо.

Крім того, постають й інші взаємопов'язані логічні **питання**:

1) як забезпечити повноцінне та неухильне виконання рішень, додержання висновків Конституційного Суду України адміністративними судами за наявності відповідного законодавчого недоврегулювання;

2) яким має бути формат процесуальної діяльності суддів системи судоустрою України в умовах запровадження конституційної скарги у разі визнання Конституційним Судом України неконституційною тієї норми права, відповідно до якої судові справи вже вирішено, а рішення суддів не виконано;

3) яким має бути формат процесуальної діяльності суддів в адміністративному судочинстві внаслідок визнання Конституційним Судом України законів України або інших правових актів за конституційним клопотанням неконституційними, які призвели до порушення основоположних природних прав людини тощо.

Ці та інші питання є наріжним каменем судового контролю в системі національного державотворення.

Практика свідчить, що вирішення питань такого формату нерідко виходить за межі дискреційних повноважень адміністративних судів, що належать до системи судоустрою України.

По-друге, є об'єктивна необхідність аналізу особливостей застосування механізму захисту прав людини в контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

Судова практика з цього питання наразі фактично відсутня, вона лише формується. Тому очікуваним результатом нашого заходу є формування певної узгодженої позиції з цього питання.

Нагадаю, що Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII (чинний з 15.12.2017 р.), вніс зміни та доповнення до чотирьох процесуальних кодексів України, зокрема в аспекті «перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами» [2].

Так, згідно з положеннями пункту 1 частини 5 статті 361 КАС України: підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами є:

«1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане» [3].

Отже, законодавець визначив, що рішення Конституційного Суду України про відповідність Конституції України законів України, інших правових актів в цілому чи в окремій їх частині, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, є підставою для перегляду судових

рішень у зв'язку з виключними обставинами у чотирьох юрисдикціях.

Така законодавча норма беззаперечно є об'єктивно доцільною, вона має належне практичне спрямування, оскільки посилює гарантії захисту конституційних прав, свобод та інтересів особи.

Проте неоднозначним і недоврегульованим є механізм впровадження положень пункту 1 частини 5 статті 361 КАС України в аспекті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами щодо впровадження відповідних рішень органу конституційної юрисдикції.

За пунктами 41, 44 Доповіді «Верховенство права», схваленої Венеційською комісією на 86-у пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року), одним з обов'язкових елементів поняття «верховенство права» є юридична визначеність:

«Принцип юридичної визначеності є істотно важливим для питання довіри до судової системи та верховенства права. Він є істотно важливим також і для ефективної бізнесової діяльності, з тим щоб генерувати розвиток та економічний поступ. Аби досягти цієї довіри, держава повинна зробити текст закону (*the law*) доступним. Вона також зобов'язана дотримуватись законів (*the laws*), які запровадила, і застосовувати їх у *передбачуваний* спосіб та з логічною послідовністю. Передбачуваність означає, що закон має бути, за можливості, проголошений наперед – до його застосування, та має бути передбачуваним щодо його наслідків: він має бути сформульований з достатньою мірою чіткості, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку» [1].

За пунктом 1 частини 5 статті 361 КАС України судове рішення, яким закінчено розгляд справи і яке набрало законної сили, може бути переглянуто за виключними обставинами та однією з підстав такого перегляду є встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане.

Проте законодавець не встановив, а доктрина права не запропонувала універсального підходу в аспекті визначення меж поновлення порушених прав, свобод та інтересів особи та їх обсягу.

Про що йдеться?

Наведемо основні правові позиції з цього питання, а саме:

1) *перша правова позиція*: встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону в цілому або окремого його положення, застосованого судом при вирішенні справи, надає лише право на перегляд такого судового рішення за виключними обставинами, а не є незаперечною обставиною за наявності якої суд зобов'язаний ухвалити судове рішення на користь особи, яка звертається із заявою про перегляд судового рішення за виключними обставинами;

2) *друга правова позиція*: рішення органу конституційної юрисдикції зобов'язує у зв'язку з виключними обставинами ухвалити судове рішення на користь особи, яка звертається із заявою про перегляд судового рішення за виключними обставинами, водночас поновлення порушених прав особи має визначатися з дати ухвалення відповідного рішення Конституційного Суду України, тобто йдеться виключно про проспективну дію рішення органу конституційної юрисдикції;

3) *третя правова позиція*: поновлення порушених прав особи у зв'язку з виключними обставинами має визначатися не з дати ухвалення відповідного рішення Конституційного

Суду України, а раніше, зокрема з дати настання юридичного факту порушення конституційних прав, свобод та інтересів особи, зумовлених дією правового акта визнаного згодом таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). Інакше кажучи, тут йдеться про ретроспективну дію рішення органу конституційної юрисдикції.

Таким чином, для забезпечення єдності судової практики адміністративні суди повинні мати чіткий орієнтир в окреслених вище питаннях.

По-третє, вважаю за необхідне детальніше зупинитися на правовій позиції щодо ретроспективної дії рішення органу конституційної юрисдикції.

Дійсно, порушення конституційних прав і свобод особи в правовій державі є неприйнятним, особливо, коли винуватцями такого порушення є органи публічної влади та їх посадові особи.

З огляду на це, ми допускаємо можливість і навіть доцільність ретроспективної дії рішення органу конституційної юрисдикції.

Проте ретроспективна дія такого рішення органу конституційної юрисдикції, на моє глибоке переконання, не може мати абсолютного характеру.

Законодавець має встановити певні юридичні фільтри.

Відтак, маємо з'ясувати наступні два важливі спектри:

- *перший* – які об'єктивні чинники зумовлюють необхідність встановлення таких юридичних фільтрів;
- *другий* – встановлення яких саме юридичних фільтрів є доцільним щодо визначення меж ретроспективної дії рішення органу конституційної юрисдикції в контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

По-четверте, об'єктивними чинниками, які зумовлюють необхідність встановлення юридичних фільтрів у контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, є:

1) необхідність дотримання принципу **res judicata**, який є одним з основоположних складових верховенства права. Принцип правової визначеності передбачає дотримання принципу **res judicata**, згідно з яким у разі остаточного вирішення спору судами їхнє рішення, що набрало законної сили, не може ставитись під сумнів» (Рішення ЄСПЛ у справі «Brumarescu v. Romania» («Брумареску проти Румунії») від 28 листопада 1999 р. [6]; у справі «Ryabykh v. Russia» («Рябих проти Росії») від 24 липня 2003 р. [7].

Щоправда відхід від цього принципу можливий лише тоді, коли він зумовлений особливими і непереборними обставинами (пункти 51 і 52 Рішення ЄСПЛ у справі «Рябих проти Росії» («Ryabykh v. Russia») [7];

2) *необхідність забезпечення принципу правової визначеності в процесі планування і виконання державного бюджету.*

Закон про Державний бюджет України є правовим актом, що має особливий предмет правового регулювання в аспекті визначення доходів та видатків на загальносуспільні потреби, створення належних умов для реалізації законів України, інших нормативно-правових актів, ухвалених до його прийняття, які передбачають фінансові зобов'язання держави.

У виконанні цих зобов'язань, як зазначив Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 27 листопада 2008 року № 26-рп/2008 у справі про збалансованість бюджету, утверджується сутність держави як соціальної і правової [8].

Частина перша статті 96 Конституції України встановила, що державний бюджет України затверджується щорічно Верховною Радою України на період з

1 січня по 31 грудня, і лише за особливих обставин – на інший період.

Відтак, законодавець має передбачити у державному бюджеті відповідні фінансові витрати в умовах ретроспективної дії рішень органу конституційної юрисдикції в контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, оскільки відновлення порушених конституційних прав та інтересів особи за такими обставинами здебільшого пов'язане з певними соціальними виплатами;

3) *необхідність урахування навантаженості суддів.*

За частиною восьмою статті 361 КАС України перегляд судових рішень за виключними обставинами з підстав, визначених пунктом 1 частини п'ятої статті 361 цього Кодексу, здійснюється колегією у складі трьох або більшої непарної кількості суддів Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

За період з 15 грудня 2017 року по липень 2020 року до Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду надійшло 131 268 справ, з них 104 888 справ розглянуто, що становить 80 %.

Відтак, колосальний масив адміністративних справ, що потребують розгляду та судового вирішення, припадає на суддів Верховного Суду адміністративної юрисдикції. Наприклад, середня кількість розглянутих справ та матеріалів на одного суддю в Касаційному адміністративному суді у 2018 році становила 1498 справ, у 2019 році – 1139 справ, у I-му півріччі 2020 року – 335 справ. Отже, наведене та й інше доводить необхідність встановлення певних юридичних фільтрів в контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

По-п'яте, інший аспект, в обговоренні якого є істотна потреба, стосується юридичних фільтрів, встановлення яких є доцільним у разі визначення меж ретроспективної дії рішення органу конституційної юрисдикції в контексті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

Доктрина права висловила правову позицію, відповідно до якої такими юридичними фільтрами можуть бути конкретні права особи, наприклад, **природні права** або лише **соціальні права** тощо.

Європейський суд з прав людини у пункті 74 Рішення від 20 травня 2010 р. у справі «Лелас проти Хорватії» (Lelas v. Croatia), вказав, що на державні органи покладено обов'язок запроваджувати внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і в цілому сприятимуть юридичній визначеності у правовідносинах [9].

Отже, вирішення питання юридичних фільтрів виходить за межі дискреційних повноважень

судів і напряму апелює до розсуду законодавця, якому водночас належить вирішення питання щодо фінансового забезпечення виконання рішень суду у справах із соціальних питань.

По-шосте, однією з конституційних гарантій прав, свобод та інтересів особи є обов'язковий і незворотній характер рішень Конституційного Суду України.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 2 грудня 2019 року

№ 11-р/2019 висловив юридичну позицію: «Обов'язковість, остаточність та неможливість оскарження ухвалених Конституційним Судом України актів за наслідками розгляду справ пов'язані з виключними повноваженнями органу конституційної юрисдикції... Незгода з такими рішеннями (актами) не дозволяє жодному органу публічної влади ставити під сумнів їх зміст» (абзаци 2, 4 підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини) [10].

Проте чимало рішень органу конституційної юрисдикції залишаються невиконаними, проігнорованими. Це означає, що в державі не належно забезпечено верховенство Конституції України, принцип верховенства права, гарантії конституційних прав і свобод людини тощо.

З-поміж головних причин невиконання рішень органу конституційної юрисдикції в Україні можна назвати такі як: відсутність політичної волі законодавця¹, невизначеність правового механізму його виконання тощо.

По-сьоме, Конституційний Суд України відповідно до приписів частин 1, 2 статті 97 Закону України «Про Конституційний Суд України» у рішенні, висновку може встановити порядок і строки їх виконання, а також зобов'язати відповідні державні органи забезпечити контроль за виконанням рішення, додержанням висновку, а також Суд може вимагати від відповідних органів письмове підтвердження виконання рішення, додержання висновку тощо.

З огляду на зміст наведених вище імперативних законодавчих приписів, складається враження, що жодних проблем із упровадженням рішень Конституційного Суду України немає і не може бути.

Проте досвід національного державотворення в аспекті практичного забезпечення виконання рішень Конституційного Суду України свідчить, що на практиці не все так просто та однозначно.

Конституційний Суд України у Рішенні від 14 грудня 2000 року № 15-рп/2000 у справі про порядок виконання рішень Конституційного Суду України дійшов висновку, що його рішення «незалежно від того, визначено в них порядок і строки їх виконання чи ні, є обов'язковими до виконання на всій території України», для всіх суб'єктів правовідносин, зокрема й для органів державної влади; обов'язок їх виконання є «вимогою Конституції України, яка має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів; додаткове визначення у рішеннях, висновках Конституційного Суду України порядку їх виконання не скасовує і не підміняє загальної обов'язковості їх виконання» (абзаци 2,3,6 пункту 4 мотивувальної частини) [11].

Отже, вироблення юридичних механізмів в аспекті впровадження рішень Конституційного Суду України не є його обов'язком. Це його право.

¹Як приклад, вкажемо на Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 2013 року № 7-рп/2013, де Суд вказав Верховній Раді України на необхідність внесення змін до Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22 листопада 1996 року (пункт 2 резолютивної частини), проте парламент і донині жодним чином не відреагував на відповідні приписи у названому рішенні органу конституційної юрисдикції. Режим електронного доступу: // zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13/card4#History

По-восьме, в контексті теми даного Міжнародного семінару-практикуму для нас, суддів Верховного Суду, важливою є позиція суддів органу конституційної юрисдикції щодо забезпечення виконання ухвалених ним рішень.

Так, 13 грудня 2019 року Конституційний Суд України ухвалив Рішення № 7-р(II)/2019, яким визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), частина 20 статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII зі змінами, якою передбачено, що умови та порядок перерахунку призначених пенсій працівникам прокуратури визначаються Кабінетом Міністрів України [12].

Конституційний Суд України у резолютивній частині цього ж Рішення визначив, що «частина двадцята статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII зі змінами не підлягає застосуванню з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення», натомість «частина двадцята статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII підлягає застосуванню в первинній редакції» [12].

Суддя Конституційного Суду України В. В. Городовенко, який був одним із двох доповідачів у цій справі, у пункті третьому Окремої думки до цього ж Рішення наголосив: «Однак для чіткості розуміння законодавцем його розсуду щодо подальшого регулювання питань перерахунку призначеної пенсії працівникам прокуратури, означений порядок виконання рішення слід було повною мірою відтворити у його резолютивній частині» [4].

Дійсно, визнання Конституційним Судом України положення частини 20 статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII зі змінами не вирішує проблему перерахунку пенсій працівникам прокуратури. Конституційний Суд України через об'єктивні причини вирішити це питання не може. Тому що у результаті низки законодавчих змін була втрачена правонаступність норм права, предметом правового регулювання яких був механізм (порядок) перерахунку призначеної пенсії цим працівникам.

Конституційний Суд України уповноважений ухвалювати рішення лише у межах закону, що є предметом клопотання, зокрема він визнає його конституційним чи неконституційним в цілому або ж визнає окремі положення закону конституційними чи неконституційними.

Проте сам Конституційний Суд України не може «дописати», «доповнити», «удосконалити» закон чи інший правовий акт, що є предметом клопотання.

Конституція України ці повноваження покладає на Верховну Раду України (стаття 75), проте законодавець недоврегулював окреслені вище питання.

Таким чином, наразі суд системи судоустрою, приймаючи рішення у справі про перерахунок пенсій прокурорам, має виходити з того, що: 1) положення частини 20 статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII у первинній редакції (на яке посилається Конституційний Суд України у своєму рішенні від 13 грудня 2019 р.) лише містить положення про перерахунок пенсій, проте цей Закон не визначає механізм такого перерахунку; 2) такий механізм перерахунку пенсій також не визначив і Кабінет Міністрів України (з 13.12.2019 р. йому заборонено це робити); 3) суд системи судоустрою також не може визначити порядок перерахунку розміру призначеної пенсії цим працівникам, вирішуючи справу по суті, він уповноважений лише вказати на той механізм (чи ті механізми), які визначив сам законодавець.

Таким чином, наведене доводить, що формування ефективних механізмів захисту прав людини в контексті впровадження рішень органу конституційної юрисдикції в Україні виходить за межі дискреційних повноважень судових органів і здебільшого потребує законодавчого дозвугування.

Список використаних джерел:

1. Доповідь «Верховенство права», схвалена Венеційською комісією на 86-у пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) // Режим електронного доступу:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus).

2. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2017, № 48, ст. 436.

3. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35–36, № 37, ст.446.

4. Окрема думка судді Конституційного Суду України В. В. Городовенка щодо Рішення Конституційного Суду України від 13 грудня 2019 року № 7-р(II)/2019 у справі за конституційними скаргами Данилюка Степана Івановича та Литвиненка Олексія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини двадцятої статті 86 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII // Офіційний вісник України, 2020, № 4, том 2, ст. 228.

5. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 // Урядовий кур'єр. 2003. № 32.

6. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Brumarescu v. Romania» («Брумареську проти Румунії») від 28 листопада 1999 року // Режим електронного доступу: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?Aldx=307>.

7. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ryabukh v. Russia» («Рябих проти Росії») від 24 липня 2003 року // Режим електронного доступу: <http://www.echr.ru/documents/doc/new/003.htm>.

8. Рішення Конституційного Суду України від 27 листопада 2008 року № 26-рп/2008 у справі про збалансованість бюджету // Офіційний вісник України, 2008, № 93, ст 3088.

9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі у справі «Лелас проти Хорватії» (Lelas v. Croatia) від 20 травня 2010 року // Режим електронного доступу: <https://taxlink.ua/ua/court/sprava-lelas-proti-horvatii/uk/>.

10. Рішення Конституційного Суду України від 2 грудня 2019 року № 11-р/2019 // Офіційний вісник України, 2019, № 100, ст. 3385.

11. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 року № 15-рп/2000 // Офіційний вісник України, 2000, № 51, ст. 2226.

12. Рішення Конституційного Суду України від 13 грудня 2019 року № 7-р(II)/2019 // Офіційний вісник України, 2020, № 4, том 2, ст. 228.

Mykhailo Smokovych,

President of the Administrative Cassation Court, Supreme Court,

Doctor of Law, Merited Lawyer of Ukraine

IMPLEMENTING JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE: SEARCHING FOR AN EFFICIENT HUMAN RIGHTS PROTECTION MECHANISM

The relevance of this research is contingent on the fact that the Constitutional Court of Ukraine and administrative courts must operate side by side within the mechanism of state power for the unyielding and targeted affirmation of human rights and freedoms and their guarantees. However, such cooperation will only be effective and duly rewarding in protecting human rights if the progressive mechanism is developed for the enforcement by general courts of Ukraine of decisions passed by the constitutional jurisdiction body.

The article analyses the need for law theoreticians and practitioners to find the most effective legal mechanisms required for the proper and fair judicial protection of rights, freedoms and interests of individuals, rights and interests of legal entities against violations on the part of power entities.

It has been established that the cornerstone of the judicial review within the system of protecting rights and freedoms of the individual includes the development of the consistent doctrinal approach to the aspect of addressing the following issues: is it possible in Ukraine to use retroactive effect of judgments on the unconstitutionality of the act for the sake of protecting the right of an individual; how should the rights of the person violated by the unconstitutional instrument, acts or omissions on the part of the public authorities or their official be restored; how to ensure complete and unflinching enforcement of judgments, observance of conclusions adopted by the Constitutional Court of Ukraine on the part of administrative courts subject to the availability of the relevant legislative under-regulation; what should be the format of procedural activities of judges within the Ukrainian judiciary under the conditions of the introduction of a possibility of a constitutional complaint should the Constitutional Court of Ukraine find unconstitutional the legal norm under which court cases are already passed but judgments are not yet enforced; what should be the format of the procedural activities of courts within the administrative proceedings resulting from the Constitutional Court of Ukraine finding laws of Ukraine or any other legal instruments unconstitutional based on the constitutional motions which lead to the violation of fundamental natural human rights, etc.

It has been proven that the mechanism of introducing provisions of paragraph 1, part 5, Article 361 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine is ambiguous and under-regulated in the context of court judgement review due to exceptional circumstances concerning the implementation of the relevant judgments of the constitutional jurisdiction body. For instance, the legislator did not determine, and the doctrine of law does not offer a universal approach to determining restrictions on the restoration of violated rights, freedoms and interests of the individual and their scope in defining the retroactive effect of judgments adopted by the Constitutional Court of Ukraine.

The article concludes that shaping effective mechanisms of human rights protection within the context of implementing the judgments of the Ukrainian constitutional jurisdiction body is beyond the discretionary powers of court bodies and mostly does not require additional legislative regulation.



Автобіографічна довідка

Д-р Ларс Брокер, Президент Конституційного суду та Вищого адміністративного суду землі Рейнланд-Пфальц (м. Кобленц). Народився 19 грудня 1967 року в м. Фірзен (Німеччина)

У 1995 успішно склав Другий державний юридичний іспит і набув кваліфікації повного юриста. Після цього захистив докторську дисертацію в Рурському університеті в м. Бохум.

Окрім юридичної діяльності на посадах в Державній канцелярії (Комісія з адміністративної модернізації) та в Парламенті землі

Рейнланд-Пфальц (зокрема Директор Ландтагу землі Рейнланд-Пфальц), здійснював правосудну діяльність на посаді судді Дільничного суду в м. Майнц.

У червні 2012 року був призначений Президентом Конституційного суду та Вищого адміністративного суду землі Рейнланд-Пфальц (м. Кобленц).

Співпраця з Україною

З 2012 року і до сьогодні в якості Президента Конституційного суду та Вищого адміністративного суду землі Рейнланд-Пфальц активно та особисто підтримує програму щорічного тижневого фахового обміну між суддями адміністративного судочинства Німеччини та України в м. Кобленц.

Неодноразово брав участь у німецько-українських та українсько-німецьких заходах з обміну досвідом в адміністративних судах в Німеччині та в Україні (Трір, Полтава, Майнц, Запоріжжя, Івано-Франківськ, Тернопіль, Ляйпциг, Львів, Київ).

Понад п'ять років читає лекції з конституційного права та конституційного процесуального права Німеччини в рамках Курсу «Паралельне вивчення німецького права» на Юридичному факультеті Львівського Національного Університету імені Івана Франка.

Autobiographic Reference

President Dr Lars Brocker, President of the Constitutional Judicial Chamber and President of the High Administrative Court of Rheinland-Pfalz (Koblenz). He was born on 19 December 1967 in Viersen (Germany).

In 1995, he successfully passed the Second State Legal examination (Staatsexamen) and obtained a qualification of a lawyer. Thereafter, he defended his doctoral thesis at Ruhr University in Bochum.

Apart from his legal activities at the positions at the State Chancellery (Commission for Administrative Modernisation) and the Rheinland-Pfalz Parliament (including, the Director of the federal land Rheinland-Pfalz Landtag), he has carried out judicial activities as the judge of the district court in Mainz.

In June 2012, he was appointed President of the Constitutional Judicial Chamber and President of the High Administrative Court of the Federal State of Rheinland-Pfalz (Koblenz).

Cooperation with Ukraine

Since 2012, as the President of the Constitutional Judicial Chamber and President of the High Administrative Court of the Federal State of Rheinland-Pfalz, he has been actively and personally supporting the programme of annual week-long professional exchange of Ukrainian and German judges of administrative justice in Koblenz.

He repeatedly participated in German-Ukrainian and Ukrainian-German events dedicated to exchanging experience in administrative courts in Germany and Ukraine (Trier, Poltava, Mainz, Zaporizhia, Ivano-Frankivsk, Ternopil, Leipzig, Lviv, Kyiv).

For over five years, he has been delivering lectures on German constitutional law and constitutional procedural law as part of the course "Parallel study of the German law" at the Faculty of Law at Ivan Franko Lviv National University.

For over ten years, he has been delivering lectures on the administrative procedure in the leading higher educational establishments of Ukraine and participating in international and national scientific events.

Д-р Ларс Брокер,

Президент Конституційного суду

та Вищого адміністративного суду землі Рейнланд-Пфальц, Німеччина

НАПРУЖЕНІСТЬ МІЖ ПРАВОВОЮ ВИЗНАЧЕНІСТЮ ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ МАТЕРІАЛЬНОЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ: ОБСЯГ ЗВОРотної Дії Рішень КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ З ТОЧКИ ЗОРУ ПЕРЕГЛЯДУ Рішень АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ, ЯКІ НАБУЛИ ЗАКОННОЇ СИЛИ

Зміст

I. Вступ

II. Коментарі до переданого каталогу питань

1. Ретроспективність права

2. Забезпечення ефективного механізму захисту прав особи у випадку визнання законів та інших нормативних актів такими, що не відповідають конституції

3. Механізм перевірки (нового розгляду) судових рішень у зв'язку із нововиявленими або виключними обставинами (пункт 1 частини 5 статті 361 КАС України)

III. Висновок

I. Вступ

Тема міжнародного семінару-практикуму порушує центральні питання правнодержавності та організації судової влади в державі. Передусім йдеться про пошук рівноваги в напружених відносинах між забезпеченням матеріальної справедливості з одного боку та дотриманням принципу правової визначеності (і таким чином забезпечення юридичного миру) з іншого боку. Тобто йдеться про спробу віднайти рівновагу у забезпеченні ефективної дії двох принципів, які передусім є складниками принципу правної держави. Також тема заходу висвітлює питання розмежування функціональних сфер конституційного та фахового судочинства (у даному випадку: адміністративного судочинства). Звісно конституційний суд є вищим судом, проте він не повинен перетворюватись у «супер-касаційну інстанцію» по відношенню до інших судів. Під час ухвалення своїх рішень конституційний суд повинен брати до уваги не лише наявність певного простору для дій і рішень законодавця та уряду. Також і фахові суди не повинні за кожного випадку розгалуження простого права піддаватись контролю з боку конституційного суду. Відносини між конституційною юрисдикцією та фаховими юрисдикціями повинні бути просякнутими взаємним респектом та обачливим ставленням.

Учасники українсько-німецької фахової зустрічі, яка відбулась наприкінці вересня 2019 року під головуванням Голови Касаційного адміністративного суду Верховного Суду пана Михайла Смоковича, вже обговорювали цю тематику і в рамках діалогу опрацювали та проаналізували відповідні правові позиції. Щонайменше в певній частині погляди учасників залишились досить відмінними. Уже тоді було запропоновано ще раз повернутись до цієї тематики для додаткового вивчення позицій та аргументів та проаналізувати іноземний досвід. Звісно мені відомо, що Голова КАС пан Смокович та пані суддя Білак є відмінними знавцями німецької правової системи,

проте я все ж сподіваюсь, що мої наступні відповіді на питання запропонованого каталогу будуть корисними в рамках запланованої на цьому заході дискусії.

II. Коментарі до переданого каталогу питань

1. Ретроспективність права

До головних завдань права належить створення надійних форм поведінки. Але задля цього має панувати правова визначеність. Німецький Федеральний Конституційний суд свого часу зазначив з цього приводу: «Основоположні права та принцип правової держави завдяки їх спільній взаємодії гарантують надійність правової системи, яка є важливою основою для самостійних рішень особи про подальший перебіг її власного життя і яка цим самим є однією із засадничих складових ліберальної конституції». Тобто тут передусім йдеться про варту захисту довіри громадянина до дії правових приписів та її усталеності (щонайменше відносної). Тому правова визначеність у німецькій правовій системі – порівняно з матеріальною справедливістю – також посідає принципово важливе місце і має значення.

Зворотна дія змін в правовому регулюванні є скоріше виключенням, яке має бути виправданим і яке у разі негативних наслідків для громадянина допускається конституційним правом лише за наявності чітко визначених передумов. Водночас має панувати принцип захисту довіри. З огляду на таке, існує поділ на так звану справжню зворотну дію (здебільшого неприйнятну) та на несправжню зворотну дію (принципово допустиму¹). В обмеженому обсязі ці принципи діють також і стосовно змін правового регулювання, спричинених судовою практикою.

Поряд з цим до суті права також належить завдання із забезпечення правового миру. Це передусім означає, що відповідні правові відносини остаточно та з обов'язковою дією для всіх як правило з'ясовуються саме судом і звісно мають бути всіма акцептовані. Задля цього судові рішення мають набути законної сили (тобто більше не можуть бути оскаржені), а адміністративні акти мають набути остаточної чинності (оскільки не були своєчасно оскаржені). У такий спосіб забезпечується становище правової визначеності.

Саме ця мета права може в окремих випадках вступити в конфлікт з матеріальною справедливістю. Але таке становище зазвичай толерується, оскільки в іншому випадку досягати настання правового миру неможливо ніколи. Тому, навіть помилкові рішення, які набули законної сили або відповідно остаточної чинності, у принципі мають толеруватися.

Отже, принцип збереження рішеннями законної сили може бути порушений лише у виключних випадках. З огляду на окремі акти (судові рішення та адміністративні акти) та їх законну силу чи силу чинності саме законодавець покликаний вирішувати питання виникнення напруженості між забезпеченням справедливості в окремому випадку з одного боку та забезпеченням правової визначеності з іншого боку (звісно із дотриманням вимог конституційного права).

Відносини «правило – виключення» діють в Німеччині у тому числі стосовно рішень Федерального Конституційного суду, зокрема у випадках, коли він визнає закони такими, що не відповідають конституції. Законна сила рішень фахових судів може бути зламана лише у виключних випадках та лише в межах тих вузьких рамок, які чітко виписані в законах, зокрема в §

¹ У разі потреби, цю тему можна розглянути більш детально в рамках онлайн-дискусії.

79 Закону про Федеральний Конституційний суд (ЗФКС)².

2. *Забезпечення ефективного механізму захисту прав особи у випадку визнання законів та інших нормативних актів такими, що не відповідають конституції*

а) Рішення конституційного суду передусім забезпечують панування конституції та її дію. Тому рішення конституційного суду підлягають безумовному виконанню та дотриманню. Вони повинні «поширювати їх наслідки». Це стосується передусім тих випадків, коли закони визнаються такими, що не відповідають конституції.

Але водночас від самого початку треба брати до уваги наступне: якщо, наприклад, Федеральний Конституційний суд встановив неконституційність певного закону, то він визнає такий закон нікчемним (див. речення 1 § 78 ЗФКС³). Нікчемність означає «генеральну нечинність правової норми» від самого початку (*ex tunc*). Тому як правило закон є неконституційним з моменту його оприлюднення. Але Федеральний Конституційний суд одночасно наділений повноваженнями⁴ визначити нікчемність закону з її дією на майбутнє (*pro futuro*) або починаючи з моменту оголошення про його нікчемність (*ex nunc*). Як правило так робиться задля того, аби у разі дії рішення *ex tunc* не виникло «ще гіршого неконституційного становища» або ж, якщо інші особи внаслідок цього можуть бути позбавлені вартої захисту правової позиції (наприклад у сфері соціальних послуг). За такого підходу законодавець також отримує можливість самостійно (звісно у найближчий час!) та із дотриманням визначень у відповідному рішенні Федерального Конституційного суду відкоригувати порушення конституції шляхом прийняття нового закону. Тобто, якщо визнання нікчемності закону має спрямування *pro futuro* або *ex nunc*, то відповідне рішення ФКС не вступатиме в конфлікт із рішеннями фахових судів, які послуговувались відповідним законом і вже набули законної сили⁵.

² Більш детально див. нижче в II.2.

§ 79 ЗФКС

(1) Стосовно вироку по кримінальній справі, який набрав законної сили і який посилається на норму, що була визнана невідповідною Основоположному закону або визнана нікчемною згідно з § 78, або який посилається на тлумачення норми, що була визнана Федеральним Конституційним судом невідповідною Основоположному закону, допускається відновлення провадження згідно з нормами Кримінального процесуального кодексу.

(2) Це не діє відносно інших рішень, які більше не підлягають оскарженню і які спираються на норму, визнану нікчемною згідно з § 78, за виключенням випадків, зазначених в § 95 абз. 2 аби в спеціальному законодавчому регулюванні. Виконання такого рішення не допускається. Якщо згідно з положеннями Цивільного процесуального кодексу має бути здійснене примусове виконання, відповідно застосовуються положення § 767 Цивільного процесуального кодексу. Заявлення вимог, які випливають із неправомірного збагачення, виключається.

§ 78 ЗФКС

Якщо Федеральний Конституційний суд дійде висновку, що норми федерального права не відповідають Основоположному закону або норми права землі не відповідають Основоположному закону чи іншим нормам федерального права, то він визнає закон нікчемним. Якщо інші положення того ж самого закону з тих самих причин не відповідають Основоположному закону або іншим нормам федерального права, то Федеральний Конституційний суд також може визнати їх нікчемними.

⁴ Хоча про це безпосередньо не зазначається в § 78 ЗФКС!

⁵ Приклад: закон передбачає, що діти-учні мають право на грошову послугу з боку держави задля придбання проїзного квитка, якщо школа знаходиться від місця їхнього проживання на відстані понад чотири кілометри. Але цей закон зазначає, що на таку послугу мають право лише ті діти, які відвідують державні школи; тобто діти, які відвідують приватну школу, згідно із цим законом не мають право на таку послугу. Конституційний суд визнав цей закон неконституційним у зв'язку із порушенням свободи діяльності приватних шкіл та принципу рівного ставлення. Але він не може у своєму рішенні поширити дію такої послуги на школярів приватних шкіл, оскільки суд у такому разі діяти як законодавець. До того ж, таке рішення призведе до додаткових фінансових зобов'язань з боку держави (навіть конституційний суд «не може друкувати гроші»). Таким чином, якщо норма діятиме *ex tunc* або ж *ex nunc*, жодний із школярів не отримає грошей. Тому судом обирається класичний випадок дії рішення *pro futuro*, щоби законодавець отримав можливість поновити становище, яке відповідатиме конституції. Задля цього Федеральний Конституційний суд зазвичай встановлює строк для подальшої дії відповідного закону, хоча він і був визнаний ним неконституційним.

б) Дещо інше становище виникає у тому разі, якщо Федеральний Конституційний суд встановлює нікчемність закону *ex tunc*, як це передбачено в законі для більшості випадків (див. речення 1 § 78 ЗФКС). Наслідки для таких випадків врегульовані в § 79 ЗФКС.

У таких випадках діє той принцип, що рішення, які ухвалюють відповідно до нікчемного закону і які більше не можна оскаржити, залишаються **незачепленими визнанням закону нікчемним** (див. речення 1 абзацу 2 § 79 ЗФКС)⁶. Тобто навіть помилкові рішення (судові рішення, які набули законної сили, або чинні адміністративні акти) залишаються чинними навіть у тому разі, якщо вони спираються на закон, який згодом був визнаний неконституційним. Завдяки врегулюванню такої можливості правова система держави надає принципу правової визначеності (а також правовому миру!) більшого значення, порівняно із забезпеченням матеріальної справедливості. Разом з тим і наслідки такого рішення не підпадають під дію зворотності. У такий спосіб також посилюється авторитет рішень адміністративних судів⁷.

Дуже важливо: цей принцип є загальним, який діяв би навіть у тому разі, якби речення 1 абзацу 2 § 79 ЗФКС не існувало. Тому, ймовірно, це положення має декларативну природу.

Проте законодавець передбачив одне важливе **виключення**: хоча чинність відповідних рішень, які більше не підлягають оскарженню, зберігається згідно з реченням 1 абзацу 2 § 79 ЗФКС, виконувати такі рішення більше не можна (див. речення 2 абзацу 2 § 79 ЗФКС). Тобто відносно них діє безпосередня законодавча заборона щодо їх виконання. Ідея, яка закладена в таку заборону, полягає в наступному: законодавець виходить з того, що здійснення дій на виконання таких рішень, зокрема враховуючи визнання конституційним судом відповідного закону неконституційним, уявлятиме собою особливо несумірні тяжкі наслідки для особи. Таких наслідків зі спрямуванням у майбутнє треба уникати.

У взаємодії обох речень абзацу другого § 79 ЗФКС (тобто дії загального принципу [речення 1] та виключення з нього [речення 2]) забезпечується урахування наступної загальної правової ідеї: негативні наслідки, які виникли на підставі помилкових актів публічної влади в минулому, не підлягають зворотному виправленню. Але негативні наслідки, які на підставі виконання таких актів можуть виникнути в майбутньому, повинні бути попереджені. Приклад: якщо будинок був знесений внаслідок розпорядження установи та рішення адміністративного суду, що послугоувались нормами закону, які згодом були визнані неконституційними, то такий будинок не повинен знову відбудовуватись. Якщо ж відповідна установа ще не виконала розпорядження про знесення будинку (яке ґрунтується на законодавчій нормі, що згодом була визнана неконституційною, і яке було підтвержене в судовому порядку), то воно більше не підлягає подальшому виконанню в майбутньому; будинок залишається.

3. Механізм перевірки (нового розгляду) судових рішень у зв'язку із нововиявленими або виключними обставинами (пункт 1 частини 5 статті 361 КАС України)

⁶ Згідно з абзацом 1 § 79 ЗФКС дещо інше діє для випадків із особливо негативними наслідками, зокрема коли йдеться про рішення у сфері кримінального права, тобто про вироки, які набули законної сили і які спираються на норму, що була визнана неконституційною. У таких випадках відновлення провадження згідно з нормами Кримінального процесуального кодексу є цілком допустимим

⁷ Передусім адміністративні суди мають можливість (а у деяких окремих випадках навіть обов'язок) призупинити розгляд відповідної справи, якщо у Федеральному Конституційному суді знаходиться на розгляді справа, в якій йдеться про норму, яка є важливою для вирішення справи у даному адміністративному суді (§ 94 КАС Німеччини).

Абзац 2 § 79 ЗФКС та частина 5 статті 361 КАС України містять в собі принципово схожу, але в одному важливому пункті також й відмінну програму врегулювання.

На мою думку, центральна узгодженість і таким чином схожість між ними полягає в тому, що частина 5 статті 361 КАС України в принципі також виходить з того, що (автоматична) зворотність рішень конституційного суду не діє відносно тих рішень адміністративних судів, які вже набули законної сили.

Але важлива відмінність між цими нормами полягає в питанні, у який спосіб реалізується заборона виконання. У той час, як речення 2 абзацу 2 § 79 ЗФКС містить безпосередню заборону виконання, яка перешкоджає виконавчим діям з боку адміністративного органу, частина 5 статті 361 КАС України передбачає, що вже прийняте судове рішення може бути «усунуте» шляхом прийняття «нового рішення». Тобто виникає потреба в новому судовому розгляді справи.

Поряд з цим, згідно з пунктом 4 частини 1 статті 363 КАС України додатково діє навіть виключний строк – 30 днів з дня оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду України. Враховуючи такий спосіб врегулювання треба зазначити, що, по-перше, в адміністративних судах може збільшитися навантаження (включаючи обов'язок судової перевірки) та, по-друге, «скорочується» правова позиція громадянина, оскільки загальної законодавчої заборони подальшого виконання відповідних рішень не передбачено, а про потребу в такій забороні треба додатково подавати заяву (впродовж 30 днів!) аби добитись забезпечення своїх прав перед відповідною державною установою.

З практичної точки зору також видається дещо сумнівною абсолютна межа, яка передбачена в пункті 2 частини 2 статті 363 КАС України, згідно з якою такі заяви про перегляд рішення можуть бути подані впродовж 10 років з дня набрання відповідними судовими рішеннями законної сили. У поєднанні з частиною 5 статті 361 КАС України, яка передбачає пряму умову, що рішення ще не повинно бути виконаним, усе це означатиме, що адміністративна установа (або громадянин!) 10 років з моменту набуття судовим рішенням законної сили його ще не виконали. Те, що громадянин за всіх цих обставин має рахуватись із можливістю виконання, вважається мало ймовірним.

З урахуванням вищенаведеного можна підсумувати, що зміст частини 5 статті 363 КАС України викликає більше питань, аніж надає відповідей. Реалізована в ньому концепція врегулювання видається несистемною та доволі непрактичною. Таким чином багато чого говорить на користь того висновку, що частина 5 статті 363 КАС України є нормою-виключенням, яка уможливіє подолання законної сили рішення адміністративного суду і з огляду на це її треба тлумачити досить вузько. Вона повинна застосовуватись лише у тих випадках, коли рішення ще не виконане (тобто лише тоді, коли воно взагалі потребує виконання!). Перед тим, як буде винесене нове рішення, спершу треба перевірити, чи дійсно рішення, проти якого подавалась відповідна заява, спирається на закон, який був визнаний неконституційним. Окрім того, виходячи зі змісту відповідної справи може так статися, що питання повинен буде вирішувати той самий суд, рішення якого має бути «замінене» новим рішенням. Наприклад, як в адміністративному суді першої інстанції переглядати за виключними обставинами частини 5 статті 361 КАС України відповідну справу, якщо має переглядатись остаточне рішення Верховного Суду, яке набрало законної сили?

Врешті-решт на користь висновку про норму-виключення говорить ще один аргумент законодавчої систематики: після відповідних дискусій в Україні в рамках запровадження

конституційної скарги законодавець свідомо ухвалив рішення на користь так званої нормативної конституційної скарги (тобто конституційної скарги, спрямованої виключно та безпосередньо проти законів). Тобто ідея конституційної скарги проти судових рішень не була сприйнята, можливо й задля забезпечення авторитету фахових судів. У результаті такого врегулювання у сфері юрисдикційної влади Конституційного Суду України в провадженнях по конституційним скаргам діє важливе обмеження. І такий вибір українського конституцієдавця фактично вихолощується, якщо будь-яке рішення адміністративних судів, яке набрало законної сили, може бути знову «подолане» внаслідок застосування частини 5 статті 361 КАС України. З огляду на таку ситуацію, Конституційний Суд повинен діяти лише в наданих йому законодавцем процесуальних рамках; він не може вийти за ці рамки внаслідок «власного уповноваження». Адже у тому числі і Конституційний Суд підкорений праву і закону.

III. Висновок

Виконання рішень конституційного суду повинно бути гарантованим. Завдяки ним встановлюється (відновлюється) конституційне становище та забезпечується реальна дія основоположних прав громадян. З огляду на зазначене вище, скасування рішень адміністративних судів, які набрали законної сили, сприяє встановленню матеріальної справедливості. Але також і правова визначеність та правовий мир також є важливим благом та метою правого регулювання. Отже між ними виникає стан напруження. Усунути його є завданням законодавця. Водночас він повинен взяти до уваги, що внаслідок наступного скасування рішень адміністративних судів, які вже набрали законної сили, поступово формуватиметься такий собі «законний звичайний випадок», який може суттєво зашкодити авторитету адміністративного судочинства.

За такого становища нормативну програму частини 5 статті 361 КАС України не можна вважати переконливою. Як вже було зазначено вище, вона не позбавлена суперечностей та непропорційно відтісняє питання правової визначеності на другий план. Звісно можна обрати шлях вузького тлумачення частини 5 статті 361 КАС України, як було запропоновано вище. Але краще надати перевагу новому законодавчому врегулюванню цього питання, разом з тим враховуючи результати його обговорення представниками конституційного та адміністративного судочинств, які, сподіваюсь, дійдуть спільних висновків.

Але незалежно від них варто наголосити на тому, що у прийнятних випадках Конституційний Суд має змогу самостійно визначати часові межі дії його рішення (*ex nunc* або ж *pro futuro*) і в такий спосіб в багатьох випадках уникати конфлікту з рішеннями адміністративних судів, які вже набрали законної сили.

Dr. Lars Brocker

Präsident des Verfassungsgerichtshofs
und des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz (Deutschland)

DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSSICHERHEIT UND MATERIELLER GERECHTIG-KEIT: DER UMFANG DER RÜCKWIRKUNG VON ENTSCHEIDUNGEN DES VERFASSUNGSGERICHTS IM HINBLICK AUF (RECHTSKRÄFTIGE) VERWALTUNGSGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Übersicht

I. Einleitung

II. Stellungnahme zum Fragenkatalog

1. Retrospektion des Rechts

2. Sicherstellung eines effizienten Mechanismus zum Schutz der Rechte einer Person im Falle der Erklärung der Gesetze und anderen normativen Akte für verfassungswidrig

3. Mechanismus zur Überprüfung (Wiederverhandlung) gerichtlicher Entscheidungen aufgrund neu aufgedeckter oder ausschließlicher Umstände (Art. 361 Abs. 5 VwGO der Ukraine)

III. Zusammenfassung

I. Einleitung

Das Thema des Internationalen Workshops berührt zentrale Fragen der Rechtsstaatlichkeit und der Organisation des staatlichen Justizwesens. Einerseits geht es darum, einen Ausgleich zu finden in dem Spannungsfeld zwischen materieller Gerechtigkeit auf der einen Seite und Rechtssicherheit (und damit auch Rechtsfrieden) auf der anderen Seite, von zwei Prinzipien also, die ihrerseits beide im Rechtsstaatsprinzip wurzeln. Andererseits geht es auch darum, die Funktionsbereiche von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit (hier: der Verwaltungsgerichtsbarkeit) gegeneinander abzugrenzen. Das Verfassungsgericht ist zwar das höchste Gericht; es ist aber keine „Superrevisionsinstanz“ gegenüber allen anderen Gerichten. Das Verfassungsgericht hat nicht nur die Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers und der Regierung bei seinen Entscheidungen zu beachten. Auch die Fachgerichte dürfen nicht in jeder Verästelung des einfachen Rechts der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Der Umgang von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit sollte durch gegenseitigen Respekt und Rücksichtnahme geprägt sein.

Die Teilnehmer des „Runden Tisches“, der im September 2019 unter dem Vorsitz des Präsidenten des Revisionsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichts der Ukraine *Mychailo Smokowytsch* stattgefunden hat, haben die Thematik vertieft behandelt und die gegenläufigen rechtlichen Positionen im Dialog herausgearbeitet und bewertet. Die Auffassungen scheinen aber in der Sache zumindest zum Teil noch weit auseinander zu liegen. In dieser Phase wurde beschlossen, zusätzlichen Sachverstand und insbesondere ausländische Erfahrungen einzubeziehen. Auch wenn insbesondere Herr Präsident *Smokowytsch* und Frau Richterin

Bilak, wie ich weiß, exzellente Kenner der deutschen Rechtslage sind, so hoffe ich doch, dass Ihnen die folgenden Antworten auf den übersandten Fragenkatalog für Ihre weitere Diskussion hilfreich sein können:

II. Stellungnahme zum Fragenkatalog

1. Retrospektion des Rechts

Es gehört zu den Kernaufgaben des Rechts, eine verlässliche Verhaltensordnung zu schaffen. Es soll Rechtssicherheit bestehen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu u.a. ausgeführt: „Die Grundrechte wie auch das Rechtsstaatsprinzip garantieren im Zusammenwirken die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassung.“ Es geht im Kern um schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers in die Vorgaben des Rechts und dessen (zumindest relative) Beständigkeit. Die Rechtssicherheit besitzt im deutschen Rechtssystem daher grundsätzlich auch im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit eine hohe Bedeutung.

Die Rückwirkung einer Änderung des Rechts ist daher eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, die namentlich zum Nachteil des Bürgers nur unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig ist. Es gilt der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Man unterscheidet insoweit zwischen einer (grundsätzlich unzulässigen) echten Rückwirkung und einer (grundsätzlich zulässigen) unechten Rückwirkung¹. Eingeschränkt gelten diese Grundsätze auch für durch die Rechtsprechung bewirkte Rechtsänderungen.

Daneben gehört auch zum Wesen des Rechts, dass es Rechtsfrieden herstellen will. Das bedeutet vor allem, dass ein Rechtsverhältnis endgültig und verbindlich, in der Regel durch die Gerichte, geklärt und das Ergebnis akzeptiert wird. Gerichtliche Entscheidungen erlangen deshalb Rechtskraft (wenn sie nicht mehr angefochten werden können) und Verwaltungsakte Bestandskraft (wenn sie nicht rechtzeitig angefochten wurden). Dadurch wird Rechtssicherheit hergestellt.

Dieser Zweck des Rechts kann im Einzelfall naturgemäß mit der materiellen Gerechtigkeit in Konflikt geraten. Dies wird in der Regel hingenommen, da andernfalls Rechtsfrieden nicht hergestellt werden kann. Fehlerhafte, aber rechts- bzw. bestandskräftige Entscheidungen werden daher grundsätzlich hingenommen.

Der Grundsatz der Rechtskraft wird daher nur in Ausnahmefällen durchbrochen. In Bezug auf Einzelakte (Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen) und deren Rechts- bzw. Bestandskraft ist vorrangig der Gesetzgeber aufgerufen, das Spannungsverhältnis von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit – unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – zu lösen.

Dieses „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ gilt in Deutschland auch für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wenn dieses Gesetze für verfassungswidrig erklärt. Die Rechtskraft fachgerichtlicher Entscheidungen wird nur ausnahmsweise und nur in

¹ Zu diesem Thema kann, wenn es gewünscht wird, mündlich näher ausgeführt werden.

dem engen gesetzlich durch § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) vorgegebenen Rahmen durchbrochen².

2. *Sicherstellung eines effizienten Mechanismus zum Schutz der Rechte einer Person im Falle der Erklärung der Gesetze und anderen normativen Akte für verfassungswidrig*

a) Durch verfassungsgerichtliche Entscheidung werden in erster Linie der Vorrang der Verfassung und ihre Geltung gesichert. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen müssen daher befolgt und beachtet werden. Sie müssen „Wirkung entfalten“. Dies gilt auch, wenn und soweit Gesetze für verfassungswidrig erklärt werden.

Dabei ist allerdings bereits im Ansatz zu beachten: Stellt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes fest, so erklärt es das Gesetz für nichtig (§ 78 Satz 1 BVerfGG). Nichtigkeit bedeutet „die generelle Nichtgeltung einer Rechtsnorm“ von Anfang an (ex tunc). In der Regel ist daher ein Gesetz seit seiner Verkündung verfassungswidrig.

Das Bundesverfassungsgericht ist aber ebenso befugt³, ein Gesetz erst ab einem Zeitpunkt in der Zukunft (*pro futuro*) oder gleichzeitig mit dem Ausspruch der Nichtigkeit (*ex nunc*) auszusprechen. Dies geschieht in der Regel dann, wenn andernfalls bei einer Wirkung ex tunc ein „noch verfassungswidrigerer Zustand“ eintreten würde oder anderen Personen (etwa in Zusammenhang mit Sozialleistungen) eine schützenswerte Rechtsposition genommen würde. Der Gesetzgeber erhält so Gelegenheit, selbst (zeitnah!) und unter Bindung an die verfassungsgerichtliche Entscheidung den Verfassungsverstoß durch ein neues Gesetz zu korrigieren. Erfolgt der Ausspruch der Nichtigkeit lediglich *pro futuro* oder *ex nunc*, so gerät die Entscheidung des Verfassungsgerichts schon deshalb grundsätzlich nicht in Konflikt mit rechtskräftigen fachgerichtlichen Entscheidungen⁴.

b) Anders ist es jedoch, wenn die Nichtigkeit eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, wie es der gesetzlich vorgesehene Normalfall ist (§ 78 Satz 1 BVerfGG) ex tunc festgestellt wird. Die Folgen in diesen Fällen regelt § 79 BVerfGG.

Der Grundsatz lautet danach in diesen Fällen, dass nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einem für nichtig erklärten Gesetz beruhen, von der Nichtigerklärung unberührt bleiben (§ 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG)⁵. Fehlerhafte Entscheidungen (rechtskräftige Gerichtsentscheidungen und bestandskräftige Verwaltungsakte) bleiben also auch dann bestehen, wenn sie auf einem nachträglich für verfassungswidrig erklärten Gesetz

² Hierzu sogleich näher unter II.2.

³ Obwohl dies nicht ausdrücklich in § 78 BVerfGG normiert ist!

⁴ Beispiel: Ein Gesetz sieht vor, dass Kinder staatliche Geldleistungen erhalten (um eine Busfahrkarte zu kaufen), wenn ihre Schule mehr als vier Kilometer von ihrer Wohnung entfernt liegt. Das Gesetz sieht die Zahlung aber nur für Kinder vor, die staatliche Schulen besuchen; Kinder, die Privatschulen besuchen, sollen nach dem Gesetz keine Leistungen bekommen. Das Verfassungsgericht erklärt dieses Gesetz wegen Verstoßes gegen die Privatschulfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz für verfassungswidrig. Es kann aber die Leistung in seinem Ausspruch nicht auf die Privatschüler erstrecken, da es dann als Gesetzgeber agieren würde. Außerdem würden so Zahlungsverpflichtungen des Staates begründet (merke: auch das Verfassungsgericht kann „kein Geld drucken“). Fällt die Norm mit Wirkung ex tunc oder aber auch ex nunc fort, bekommt kein Schüler mehr Geld. Dies ist der klassische Fall des Ausspruchs pro futuro, damit der Gesetzgeber Gelegenheit erhält, seinerseits einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen. In der Regelfall setzt das Bundesverfassungsgericht in diesem Falle eine Frist, bis zu der das (eigentlich verfassungswidrige) Gesetz weiterhin gilt.

⁵ Etwas anderes gilt nach § 79 Abs. 1 BVerfGG angesichts der besonderen Belastung, die eine strafrechtliche Verurteilung darstellt, allein für rechtskräftige Strafurteile, die auf einer verfassungswidrigen Norm beruhen. Hier ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig.

beruhen. Die Rechtsordnung räumt insoweit der Rechtssicherheit (und damit auch dem Rechtsfrieden!) im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit eine hohe Bedeutung ein. Auch die Folgen einer solchen Entscheidung müssen nicht rückabgewickelt werden. Gestärkt wird dadurch auch die Autorität der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung⁶.

Wichtig ist: Dieser Grundsatz ist ein allgemeiner Grundsatz, der auch dann gilt, wenn es die Regelung in § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG nicht gäbe. Die Bestimmung ist insoweit im Wesentlichen deklaratorischer Natur.

Der Gesetzgeber hat allerdings eine wichtige Ausnahme vorgesehen: Obwohl die Wirkung der nicht mehr anfechtbaren Entscheidung nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erhalten bleibt, ist die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung unzulässig (§ 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). Hierin liegt ein unmittelbar geltendes gesetzliches Vollstreckungsverbot. Der Gedanke, der dieser Ausnahmebestimmung inne wohnt, ist der folgende: Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Hinnahme von Vollstreckungsmaßnahmen trotz durch das Verfassungsgericht erkannter Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden Gesetzes eine besondere Härte darstellen würde. Diese Folgen sollen für die Zukunft vermieden werden.

Im Zusammenspiel der beiden Sätze des § 79 Abs. 2 BVerfGG – also von Grundsatz (Satz 1) und Ausnahme (Satz 2) – liegt daher der folgende allgemeine Rechtsgedanke: Nachteilige Wirkungen, die von fehlerhaften Akten der öffentlichen Gewalt in der Vergangenheit ausgegangen sind, müssen nicht beseitigt werden. Aber für die Zukunft sollen die sich aus der Durchsetzung solcher Akte ergebenden Folgen abgewendet werden. Kurzum: Ist das Haus in Vollzug der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung abgerissen, muss es nicht wieder aufgebaut werden. Hat die Behörde die (auf einer verfassungswidrigen Gesetzesgrundlage gerichtlich bestätigte) Abrissverfügung noch nicht vollzogen, darf sie auch in Zukunft nicht vollzogen werden; das Haus bleibt stehen.

3. Mechanismus zur Überprüfung (Wiederverhandlung) gerichtlicher Entscheidungen aufgrund neu aufgedeckter oder ausschließlicher Umstände (Art. 361 Abs. 5 VwGO der Ukraine)

§ 79 Abs. 2 BVerfGG und Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO enthalten ein grundsätzlich ähnliches, aber in einem wesentlichen Punkt auch unterschiedliches Regelungsprogramm.

Eine zentrale Übereinstimmung und damit Ähnlichkeit scheint mir darin zu liegen, dass auch Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO vom Grundsatz her unterstellt, dass eine (automatische) Rückwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte nicht eintritt.

Ein wesentlicher Unterschied liegt allerdings darin, auf welche Weise das Vollstreckungsverbot durchgesetzt wird. Während, wie gesagt, § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG ein unmittelbar wirkendes Vollstreckungsverbot enthält, das der Verwaltungsvollstreckung

⁶ Die Verwaltungsgerichte ihrerseits haben die Möglichkeit (und im Einzelfall ggf. auch die Pflicht) die Verhandlung auszusetzen und das Gerichtsverfahren zum Ruhen zu bringen, wenn ein Verfahren am Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung einer streitentscheidenden Norm anhängig ist (§ 94 VwGO).

entgegengehalten werden kann, sieht Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO vor, dass die gerichtliche Entscheidung selbst durch eine „Neuentscheidung“ beseitigt werden kann. Es bedarf also eines neuen Gerichtsprozesses.

Für diesen gilt darüber hinaus gemäß Art. 363 Abs. 1 Ziff. 4 sogar eine Ausschlussfrist (30 Tage nach Verkündung der Entscheidung des Verfassungsgerichts). Damit ist zum einen der Aufwand (einschließlich des gerichtlichen Prüfprogramms) für die Verwaltungsgerichte höher. Zum anderen ist die Position des Bürgers verkürzt, weil es kein allgemeines gesetzliches Vollstreckungsverbot gibt, sondern dieses (innerhalb von 30 Tagen!) gerichtlich geltend gemacht werden muss, um seine Rechte gegenüber der Behörde zu wahren.

Ob im übrigen die absolute Grenze des Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2, wonach derartige Anträge auf Neuentscheidung nicht später als 10 Jahre nach Rechtskraft solcher gerichtlicher Entscheidungen gestellt werden dürfen, überhaupt praktische Bedeutung entfaltet, erscheint zumindest zweifelhaft. Im Zusammenspiel mit Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO, der ausdrücklich zur Voraussetzung macht, dass die Entscheidung noch nicht vollstreckt wurde, würde dies bedeuten, dass die Behörde (oder der Bürger!) 10 Jahre nach Rechtskraft der Entscheidung diese noch nicht vollstreckt hat. Dass der Bürger ausgerechnet in diesem Fall die Vollstreckung dulden soll, erscheint wenig plausibel.

Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO wirft damit letztlich mehr Fragen auf, als er beantwortet. Das Regelungskonzept erscheint wenig systematisch und nicht praktikabel.

Es spricht insgesamt vieles dafür, dass Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO als Ausnahmegesetz, die die Beseitigung der Rechtskraft einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ermöglicht, eng auszulegen ist. Er findet nur dann Anwendung, wenn die Entscheidung noch nicht vollstreckt ist (also auch nur dann, wenn sie überhaupt der Vollstreckung bedarf!). Bevor eine Neuentscheidung erfolgt, ist vorab zu prüfen, ob die angegriffene Entscheidung auch im Ergebnis auf dem aufgehobenen (= für verfassungswidrig erklärten) Gesetz beruht. Außerdem dürfte es in der Natur der Sache liegen, dass darüber nur das Gericht zur Entscheidung berufen ist, dessen Entscheidung durch die „Neuentscheidung“ beseitigt werden soll. D.h. dass z.B. ein erstinstanzliches Verwaltungsgericht nicht berufen ist, die rechtskräftige Entscheidung des obersten Gerichts im Wege des Neuentscheidungsverfahrens nach Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO zu beseitigen.

Für dieses Ergebnis spricht schließlich auch ein systematisches Argument: Der Gesetzgeber hat seinerzeit nach einer intensiven Diskussion die Verfassungsbeschwerde bewusst auf eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde (Verfassungsbeschwerde allein und unmittelbar gegen Gesetze) beschränkt. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde wurde – nicht zuletzt um die Autorität der Fachgerichte zu wahren – nicht vorgesehen. Damit hat die Jurisdiktionsgewalt des Verfassungsgerichts im Verfahren der Verfassungsbeschwerde eine wesentliche Beschränkung und Engführung erfahren. Könnte daher jede rechtskräftige Entscheidung der Verwaltungsgerichte im Wege des Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO wieder beseitigt werden, würde diese verfassungsprozessuale Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers ausgehebelt. Auch das Verfassungsgericht darf nur in dem prozessualen

Rahmen tätig werden, den ihm der Gesetzgeber zuweist; es darf nicht im Wege einer „Selbstermächtigung“ darüber hinausgehen. Denn auch das Verfassungsgericht selbst ist an Recht und Gesetz gebunden.

III. Zusammenfassung

Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen muss gewährleistet sein. Durch sie wird ein verfassungsmäßiger Zustand (wieder)hergestellt und den Grundrechten der Bürger zur Wirkung verholfen. Die Aufhebung rechtskräftiger Entscheidungen der Verwaltungsgerichte dient so betrachtet der Herstellung materieller Gerechtigkeit. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden sind allerdings ein hiermit im Spannungsfeld stehendes hohes Gut und ein zentraler Rechtszweck. Dieses Spannungsfeld aufzulösen ist Sache des Gesetzgebers. Dabei sollte er auch im Blick behalten, dass durch eine nachträgliche Aufhebung rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen als gleichsam „gesetzlicher Normfall“ die Autorität der Verwaltungsgerichte Schaden nehmen kann.

Das Normprogramm des Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO erscheint vor diesem Hintergrund wenig überzeugend; es ist wie dargelegt nicht widerspruchsfrei und lässt die Rechtssicherheit überproportional in den Hintergrund treten. Eine einschränkende Auslegung des Art. 361 Abs. 5 ukr. VwGO ist zwar, wie gezeigt, möglich. Eine gesetzliche Neufassung unter Beachtung der Ergebnisse der Beratungen von Verfassungsgericht und Revisionsverwaltungsgericht des Obersten Gerichts, die womöglich zu einem gemeinsam Vorschlag gelangen, erscheint allerdings vorzugswürdig.

Unabhängig davon hat es das Verfassungsgericht auch selbst in der Hand, in geeigneten Fällen die Wirkung seiner Entscheidung zeitlich zu begrenzen (*ex nunc* oder *pro futuro*) und so in zahlreichen Fällen einen Konflikt mit rechtskräftigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte bereits auf diesem Weg im Ansatz zu vermeiden.

Doctor Lars Brocker,

President of the Constitutional Judicial Chamber and
the High Administrative Court of Rheinland-Pfalz (Germany)

THE TENSION BETWEEN THE LEGAL CERTAINTY AND ENSURING SUBSTANTIVE JUSTICE: THE SCOPE OF THE RETROACTIVE EFFECT OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS IN TERMS OF REVIEWING JUDGMENTS OF ADMINISTRATIVE COURTS THAT ENTERED INTO FORCE

The topic of international practical workshop concerns central issues of the rule of law and organisation of judiciary in the state. After all, it is about finding a balance between ensuring substantive justice on the one hand, and observing the rule of law on the other (and thus, securing the legal peace). So, this is about ensuring the effect of two principles that are important components of the state governed by the rule of law. No less important is ensuring the delimitation of functional spheres of the constitutional and administrative proceedings. This may be achieved only by demonstrating mutual respect and consideration.

To sum up:

The enforcement of judgments of the Constitutional Court must be guaranteed. After all, they establish (restore) the Constitution-compliant state of things and secure the fundamental rights of the citizens. To this end, the possibility to cancel administrative court judgments that have already taken effect must be used to restore substantive justice.

However, legal certainty and legal peace are equally valuable assets and the central goal of legal regulation that under such circumstances fall into the state of tension in terms of provision substantive justice. It is the legislator's task to prevent the appearance of such confrontation.

In German law, there is a principle stating that those court or administrative judgments that cannot be contested and that draw on the statutory provisions that were declared null and void, predominantly can no longer be affected by the Constitutional Court judgments on the nullity of relevant provisions. There are only a few exceptions to this principle. By this, the German law traditionally gives a high priority to the guarantee of legal certainty and securing legal peace.

The settlement method specified in part 5 of Article 361 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine mostly does not follow such concept and is more inclined to the search of a hardly successful interim solution. Therefore, this provision (as I am trying to prove in the full version of my report) is not free from contradictions and disproportionately pushes legal certainty to the sidelines. Certainly, there is a possibility of so-called strict construction of this provision of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine. However, it would be better for its content if the new version included the results of this discussion participated, in particular, by judges of the Constitutional Court of Ukraine and the Administrative Cassation Court within the Supreme Court.

Along with the suggestions above, the Constitutional Court could, in acceptable cases, restrict the effect of its certain judgments (for instance, their irrevocability since its adoption or from a certain moment in the future). This could help avoid the potential conflict with administrative court judgments that have taken effect.

Автобіографічна довідка



Рімвідас Норкус, суддя Загального суду Європейського Союзу.

Рімвідас Норкус вивчав право у Вільнюському університеті. Він розпочав свою професійну кар'єру в 1999 році на посаді юриста в Апеляційному суді Литви. З того часу він обіймав різні посади в судових органах Литовської Республіки. У період з 2009 по 2010 рік працював у Європейському парламенті (Брюссель).

У 2012 році Рімвідас Норкус був призначений суддею Апеляційного суду Литви, де займався розглядом цивільних справ в апеляційному порядку.

У 2013 році Парламент Литовської Республіки (Сейм) призначений суддею Верховного суду Литви.

У грудні 2014 року призначений головою Верховного Суду Литви.

З 2016 по 2018 рік Рімвідас Норкус був обраний головою Ради суддів, яка є виконавчим органом суддівського самоврядування, що забезпечує незалежність судів та суддів.

З 2019 року працює суддею Загального суду Європейського Союзу.

У 2005 році Рімвідас Норкус здобув ступінь доктора юридичних наук в Університеті Миколаша Ромеріса у Вільнюсі, а з 2012 року – професор Інституту приватного права цього університету.

Autobiographic Reference

Rimvydas Norkus, Judge at the General Court of the European Union.

Rimvydas Norkus studied law at Vilnius University. He began his professional career in 1999 as Law clerk at the Court of Appeal of Lithuania. Since then he held different positions in Lithuanian judiciary. Between 2009 and 2010, he worked for the European Parliament (Brussels).

In 2012 Rimvydas Norkus was appointed a judge of the Court of Appeal of Lithuania where he heard civil cases under appeal.

In 2013 the Lithuanian Parliament (Seimas) appointed him a judge of the Supreme Court of Lithuania.

In December 2014, he was appointed the President of the Supreme Court of Lithuania.

From 2016 to 2018 Rimvydas Norkus was elected the Chairman of the Judicial Council, which is an executive body of the autonomy of courts ensuring the independence of courts and judges.

He has been a judge at the General Court of the European Union since 2019.

Rimvydas Norkus obtained a doctor's degree in law from Mykolas Romeris University in Vilnius in 2005, and he has been a professor at the Institute of Private Law of that University since 2012.

Римвідас Норкус,

Доцент Університету Миколаса Ромеріса (Вільнюс),
Суддя Загального суду Європейського Союзу (Люксембург)

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ РІШЕНЬ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ

Наукова дискусія про правові наслідки судових рішень конституційних судів спирається на дві доктринальні теорії, які по-різному пояснюють саме поняття неконституційності.

Згідно з теорією недійсності, правовий акт вважається нікчемним з моменту виникнення колізії з конституцією, тобто з моменту прийняття цього акта. Нікчемність правового акта є прямим наслідком порушення вищої правової норми, тому вона виникає *ipso iure* (від лат. – «у силу закону»). Рішення конституційного суду має декларативний характер, оскільки воно лише виявляє об'єктивну нікчемність правового акта, але не робить його недійсним. Таке рішення суду розвиває його правові наслідки *ex tunc* (від лат. – «з тих пір»). Хоча до моменту винесення рішення конституційного суду закон діяв, після його винесення він вважається таким, що ніколи не був чинним. Те саме стосується правових наслідків, заснованих на такому правовому акті. Ця теорія переважає в Німеччині.

Згідно з теорією недійсності, правовий акт є чинним і має правові наслідки, доки його не виключено з правової системи рішенням конституційного суду. Таке рішення створює нову правову ситуацію (*ex tunc* (від лат. – «із цього моменту»)) і тому має установчий характер. Правовий акт, визнаний неконституційним, не може бути застосований до правовідносин, що виникають після винесення рішення конституційного суду, але правові наслідки, що виникли до цього рішення, залишаються чинними. Ця теорія переважає в Австрії [1, с. 66, 68].

Зазначені вище моделі залишаються теоретичними, оскільки навряд чи існують у чистому вигляді. Натомість кожна юрисдикція шукає практичне рішення та відповіді на актуальне питання, яке в контексті сьогоднішньої конференції можна узагальнити таким чином: як можуть фізичні особи скористатися з рішень конституційного суду, якими визнається неконституційність правового положення?

З одного боку, з точки зору фізичної особи, важко зрозуміти, як можна мати зобов'язання щодо рішення, заснованого на неконституційному законі. З іншого боку – однією з притаманних характеристик верховенства права є принцип правової визначеності та захисту довіри громадян до закону, що включає заборону зворотної дії правових актів. За звичайних умов правові акти мають наслідки лише *pro futuro* (від лат. – «на майбутнє»), але не зворотної дії, оскільки зворотні наслідки серйозно порушили б вимогу правової безпеки. Це призвело б до ситуацій, коли поведінка особи, яка діяла відповідно до чинного законодавства, згодом може бути визнана незаконною або такою, що не має жодних юридичних наслідків, на тій підставі, що відповідну правову норму було змінено або скасовано.

Часові наслідки рішень Суду Європейського Союзу

Аналіз часових наслідків рішень Суду ЄС (СЕС) є актуальним у контексті сьогоднішньої конференції, оскільки цей суд певною мірою можна порівняти з судом, який виконує завдання конституційного виміру. СЕС забезпечує верховенство права в ЄС шляхом ухвалення рішень у справах різного типу: (а) позови про скасування правових актів ЄС законодавчого або адміністративного характеру; (б) позови щодо невиконання інституцією ЄС певних дій; (с) позови щодо порушення державою-членом свого зобов'язання згідно із законодавством ЄС; (d) попередні рішення (коли національні суди держав-членів передають питання до СЕС для одержання попереднього рішення щодо тлумачення норми закону ЄС); і (e) оскарження рішень Загального суду щодо норми права.

Питання про зворотну дію судових рішень СЕС може виникнути, коли цей суд скасовує акт загальної дії або дає нове тлумачення закону ЄС, відповідаючи на запит національного суду в попередньому порядку. Чи впливають ці зміни на правовідносини, які виникли до цих змін?

Відповідно до усталеної судової практики Суду ЄС, тлумачення, яке він дає щодо положення закону ЄС, роз'яснює та визначає його значення та сферу застосування так, як його слід було розуміти та застосовувати з моменту набуття ним чинності. Звідси маємо, що суди повинні застосовувати закон, витлумачений таким чином, і до правовідносин, які існували до цього нового тлумачення. Отже, юридичне тлумачення застосовуватиметься як на майбутнє, так і зворотно.

Водночас Суд за виняткових обставин зберігає повноваження обмежувати зворотні наслідки свого рішення, щоб зберегти визначеність правовідносин, сформованих до нового тлумачення, та уникнути інших ненавмисних обставин, таких як великі витрати для економіки. Референтною справою щодо цього є: *Дефренне* [2] 1975 р. У цій справі мадам *Дефренне*, колишня стюардеса бельгійської авіакомпанії "Sabena", сколихнула встановлений правовий порядок багатьох європейських країн, порушивши справу проти дискримінації за гендерною ознакою. Нагадую лише, що тлумачення права ЄС, надані Судом ЄС, мають однакову юридичну силу в усіх країнах ЄС, незважаючи на те, що справа походила лише з однієї держави-члена ЄС. Мадам *Дефренне* вимагала відшкодування збитків, яких вона зазнала у своїй заробітній платні та пенсії внаслідок того, що стюардеси та члени екіпажу чоловічої статі, які виконували однакові обов'язки, одержували неоднакову платню. СЕС підтримав претензії мадам *Дефренне*. Він зазначав, що принцип, згідно з яким чоловіки та жінки повинні отримувати рівну оплату, встановлено статтею 119 Договору про ЄС, має пряме застосування і на нього можна посилається перед національними судами (що очевидно сьогодні, але не було таким очевидним у 1975 р.). Однак у контексті сьогоднішньої конференції важливим аспектом справи було те, що Суд мав відповісти на аргументи урядів Ірландії та Сполученого Королівства щодо можливих економічних наслідків цього рішення. Ці уряди стверджували, що рішення Суду в багатьох галузях економічного життя може призвести до подання позовів

¹ Суд Європейського Союзу забезпечує дотримання закону у тлумаченні та застосуванні Договорів (стаття 19(1) Договору про ЄС). Для забезпечення ефективного та однакового застосування законодавства ЄС та запобігання різним тлумаченням національні суди можуть, а іноді й повинні, звертатися до Суду за роз'ясненнями щодо тлумачення закону ЄС, що дозволить їм встановити, напр., чи відповідає їхнє національне законодавство цьому закону. Національний суд, до якого воно спрямовується, під час вирішення суперечки зобов'язаний дотримуватися наданого тлумачення. Рішення Суду також зобов'язує інші національні суди, перед якими постає така ж проблема.

ще з того часу, коли виникли дискримінаційні умови між чоловіками та жінками. Зважаючи на велику кількість зацікавлених осіб, такі вимоги, яких підприємства не могли передбачити, можуть серйозно вплинути на фінансове становище таких підприємств і навіть призвести до банкрутства деяких з них. СЕС погодився з цими аргументами. Крім економічних міркувань, він зазначав, що доцільно, як виняток, врахувати той факт, що протягом тривалого періоду суб'єкти могли застосовувати практику, яка суперечила принципу недискримінації. Важливі міркування правової визначеності, що зачіпають усі зацікавлені інтереси, як державні, так і приватні, насправді унеможливають повторне відкриття питання стосовно минулого. Тому на дію принципу недискримінації не можна посилається у претензіях щодо періодів оплати, які передували даті ухвалення цього рішення, *за винятком тих працівників, які вже розпочали судове провадження або подали таку саму вимогу*. Отже, зворотна дія цього рішення була можливою лише стосовно тих заявників, які вже розпочали судове провадження на дату винесення судового рішення, але не стосовно всіх зацікавлених осіб.

Але крім цього рішення, існує дуже мало випадків, коли Суд погодився обмежити часові наслідки своїх рішень. У своїй постійній практиці Суд Європейського Союзу констатує, що фінансові наслідки, які можуть виникнути для держави-члена від рішення Суду, самі по собі не виправдовують обмеження часових наслідків рішення [3, п. 52]. Суд здійснив цей крок лише за конкретних обставин, коли існував ризик серйозних економічних наслідків, зокрема, через велику кількість правових відносин, укладених добросовісно на основі норм, що вважалися чинними. Додатковим критерієм, який застосовується Судом, є внесок інститутів ЄС у невизначеність, яка штовхає як осіб, так і національні органи влади до прийняття практики, яка не відповідає законодавству ЄС [3, п. 53].

Незважаючи на те, що тлумачення закону ЄС, надані СЕС, мають наслідки *erga omnes* (від лат. – «щодо всіх»), за винятком обмежених випадків, коли сам Суд обмежує наслідки своїх рішень у часі – також застосування з наданням зворотної сили – закон ЄС не покладає на національні суди жодних зобов'язань щодо перегляду своїх остаточних рішень у світлі цих нових тлумачень. СЕС визнав важливість принципу *res judicata* (від лат. – «принцип неприпустимості повторного розгляду раніше вирішеної справи») як ЄС, так і його держав-членів. Таким чином, він постановив, що для забезпечення стабільності права, а також правових відносин та належного відправлення правосуддя важливо, щоб судові рішення були остаточними і більше не піддавалися сумніву після того, як усі права на апеляцію були оскаржені, вичерпані або після закінчення строків. Таким чином, законодавство ЄС не вимагає від національного суду не застосовувати внутрішні процедурні правила, навіть якщо це надало би можливість національному суду виправити порушення закону ЄС [4, п. 46]. Однак відсутність загальної вимоги щодо відновлення судового провадження за рішенням СЕС компенсується правилами відповідальності держави щодо фізичних осіб. Якщо особа зазнала збитків внаслідок досить серйозного порушення законодавства ЄС, що було спричинено національними судами, які неправильно тлумачили законодавство ЄС, як пізніше було встановлено СЕС, то законодавство ЄС вимагає, щоб держава-член відшкодувала такі втрати, навіть якщо порушення пов'язане з рішенням суду, що ухвалює рішення в останній інстанції (Верховний суд). Процедури, спрямовані на покладення відповідальності на державу, не мають тієї самої мети і не обов'язково залучають ті самі сторони, що й

провадження, у результаті якого рішення набуло статусу *res judicata*. Заявник у процесі встановлення відповідальності держави, за умови успішності, зможе домогтися припису про відшкодування завданих збитків, але не обов'язково оголошення про скасування статусу *res judicata* судового рішення, через яке було заподіяно шкоду. У будь-якому випадку принцип відповідальності держави, притаманний правовому порядку ЄС, вимагає такої компенсації, але не перегляду судового рішення, через яке було заподіяно шкоду [5, п. 39].

Часові наслідки рішень Конституційного Суду Литовської Республіки

Переходячи до наслідків рішень конституційних судів на національному рівні у часі, необхідно зазначити, що в деяких державах ЄС положення, які встановлюють, коли рішення конституційного суду мають зворотну дію (*ex tunc*), закріплено в Конституції *expressis verbis* (від лат. – «прямо») (Австрія, Польща, Португалія), тоді як в інших державах цей аспект також регулюється Законом про Конституційний Суд (Іспанія, Словенія, Німеччина), а в деяких з цих країн певною мірою право визначати, коли рішення конституційного суду мають зворотну силу (*ex tunc*), надається законом судам, що здійснюють конституційний контроль (Греція, Словенія, Угорщина) [6, п. 5].

Ситуація відрізняється у Литві, де конституційні положення про зворотну дію рішень Конституційного Суду відсутні. Пункт 1 статті 107 Конституції передбачає, що «закон <...> не повинен застосовуватися з дня офіційного опублікування рішення Конституційного Суду про те, що відповідний акт (або його частина) суперечить Конституції Литовської Республіки».

Конституційний суд Литовської Республіки здійснює нормативний конституційний контроль над законами, постановами Президента та Уряду Республіки. Він не має компетенції приймати рішення щодо сумісності з Конституцією рішень інших судів або рішень адміністративних органів». У випадках, коли є підстави вважати, що закон чи інший правовий акт, який слід застосувати, суперечить Конституції, суддя зупиняє розгляд справи та звертається до Конституційного суду. Крім того, кожна особа має право звернутися до Конституційного Суду щодо законів, постанов Президентів та Уряду, якщо рішення, прийняте на підставі цих актів, порушило конституційні права чи свободи особи, і така особа вичерпала всі правові засоби захисту.

Конституцією Литви прийнято т.зв. модель *ex nunc*, згідно з якою судові рішення є установчим та визнає недейсним неконституційне положення, а законодавче положення, яке було визнано неконституційним, залишається застосовним навіть до фактів, що виникли до набуття чинності рішення про недійсність. Конституційний Суд визнає, що п. 1 статті 107 Конституції означає, що доки Конституційний суд не ухвалить рішення про те, що відповідний акт суперечить Конституції, вважається, що такий правовий акт відповідає Конституції та що правові наслідки, які з'явилися на підставі відповідного акта, є законними [7, 8]. Отже, правові наслідки (як, напр., коли особа набула певних прав чи певного правового статусу або коли особі не надано певних прав чи певного правового статусу), які виникли на підставі закону, оголошеного неконституційним, є законними.

Однак, незважаючи на загальне правило про те, що рішення Конституційного суду стосуються майбутнього, Конституційний Суд також зазначив, що така норма не є абсолютною [7]. Обидві правові доктрини [1], а також практика адміністративних судів стикаються з питанням про ступінь та межі зворотної дії судових рішень.

Стаття 72 (4) Закону про Конституційний Суд передбачає, що «Рішення, засновані на правових актах, які були визнані такими, що суперечать Конституції чи законам, не повинні виконуватись, якщо їх не було виконано до набуття чинності відповідного рішення Конституційного Суду». Складність виникає під час тлумачення того, які рішення не було виконано до набуття чинності рішення Конституційного Суду, а отже, у яких випадках рішення Конституційного Суду мають зворотну дію. Проілюструю цей проблемний аспект одним прикладом.

У 2003 р. Конституційний Суд визнав, що Конституції Литовської Республіки суперечить положення в законі, згідно з яким відставні чиновники, які після оформлення державної пенсії одержують доходи від трудових відносин, повинні отримувати не повну, а лише часткову державну пенсію [9]. Це рішення Конституційного Суду було ухвалено на запит адміністративного суду, який розглядав окремі клопотання відставного чиновника. Немає сумніву, що рішення Конституційного Суду застосовне у справі, яка призвела до цього рішення Конституційного Суду як стимулу для особи шукати судового захисту. Водночас адміністративні суди розглядали й інші клопотання такого ж типу, де суди не ставили питання про конституційність перед Конституційним Судом.

Який вплив має рішення Конституційного Суду на паралельні справи, які були порушені до винесення цього рішення? Який вплив це матиме на майбутні справи? У литовському законодавстві немає чіткого положення, яке б дало змогу Конституційному Суду поширювати дію свого рішення на паралельні справи, що розглядаються в судах або адміністративних органах у певний момент часу. Однак аналогічний ефект досягається завдяки судовій практиці Вищого адміністративного суду.

Розширена палата Вищого адміністративного суду у своєму знаковому рішенні [10] відхилила аргумент уряду, згідно з яким адміністративні рішення, ухвалені відповідно до законодавства, чинного на момент їх прийняття, повинні вважатися законними, незважаючи на згодом оголошену неконституційність цього законодавства. На думку Вищого адміністративного суду, якщо адміністративне рішення може бути оскаржене у встановлені строки в адміністративному суді, воно не вважається остаточним. Суди дають остаточну оцінку правовому становищу заявників. Якщо на момент ухвалення рішення адміністративного суду законодавче положення було визнано неконституційним, воно більше не може застосовуватися, незалежно від того, що неконституційність було виявлено в іншій справі. Захист прав людини не може відрізнятись залежно від того, чи було подано заяву до Конституційного Суду в її чи в іншій справі. Неконституційне положення не може мати негативні правові наслідки для будь-якої особи, допоки адміністративне рішення, засноване на цьому положенні, не стало остаточним.

Отже, на відміну від Австрії, де рішення Конституційного Суду набувають чинності строго за принципом *ex nunc*, у Литві правовий акт, визнаний таким, що суперечить Конституції, не повинен застосовуватися не лише у випадку, коли суд звернувся до Конституційного Суду, але й у будь-якій паралельній справі [1, с. 73].

Із цього очевидно, що Вищий адміністративний суд дав дуже широке тлумачення Статті 72(4) Закону про Конституційний Суд. Він поширив зворотну дію судових рішень Конституційного Суду на всі судові розгляди, що тривали, а також на всі інші випадки, у яких прийнято адміністративне рішення, але термін оскарження цього рішення до адміністративного суду не закінчився. Таке

розширення обґрунтоване метою надання судового захисту всім особам, які опинилися в аналогічній ситуації, незважаючи на те, що питання конституційності не порушувалося у судових провадженнях, ініційованих цими особами.

Водночас згідно з литовськими процесуальними законами, рішення Конституційного Суду не впливає на судові провадження, в яких рішення адміністративного суду стало остаточним. Закон про адміністративне провадження не передбачає поновлення провадження, якщо остаточне рішення адміністративних судів було засноване на законі, який згодом був визнаний неконституційним Конституційним Судом. Він також не покладає на адміністративні органи жодних зобов'язань щодо перегляду адміністративного рішення, заснованого на законі, який було визнано неконституційним на більш пізньому етапі.

Вияток становлять випадки, коли відповідно до статті 106(4) Конституції фізична особа звертається до Конституційного суду стосовно закону чи іншого акта, якщо рішення, ухвалене на підставі цього акта, порушило конституційні права чи свободи особи, і така особа вичерпала всі правові засоби захисту. У цьому разі особа, яка успішно оскаржила законодавство перед Конституційним Судом, має право протягом трьох місяців з моменту винесення ним рішення звернутися до Вищого адміністративного суду з проханням поновити адміністративне провадження. Таке поновлення усуне неконституційні наслідки лише у випадку особи, яка звернулася до Конституційного суду, але не матиме загального впливу на інші завершені адміністративні провадження.

Отже, вибір між наслідками судових рішень Конституційних судів за принципом *ex tunc* і *ex nunc* відображає пошук балансу між індивідуальними засобами захисту та правовою безпекою.

Рішення Суду ЄС, які дають певне тлумачення законодавства ЄС, мають наслідки *erga omnes* і повинні застосовуватися також до правовідносин, що існували до цього нового тлумачення. Водночас законодавство ЄС дотримується принципу *res judicata* і не покладає на національні суди жодних зобов'язань щодо перегляду своїх остаточних рішень у світлі цих нових тлумачень. Навіть якщо Суд ЄС зберігає повноваження за виняткових обставин обмежувати часові наслідки своїх рішень, такі обмеження не впливають на поточні провадження.

Литва є прикладом юрисдикцій, у яких рішення конституційних судів мають дію за принципом *ex nunc*. Однак завдяки широкому тлумаченню Верховним адміністративним судом зворотна дія цих рішень поширюється не лише на чинну справу, яка призвела до ухвалення рішення Конституційного Суду, а й на поточні паралельні справи і нові справи, навіть якщо факти у цих випадках мали місце до такого рішення.

Список використаних джерел:

1. Стаугайтите В. Юридична сила рішень Конституційного Суду щодо часу. *Юриспруденція* [Staugaitytė V. Legal Power of the Constitutional Court Rulings in Regard to Time. *Jurisprudencija*], 2005, т. 77(69); 65–81.
2. Рішення СЕС від 8 квітня 1976 р., *Дефренне*, Справа 43–75, ЄС:С:1976:56.
3. Рішення СЕС від 20 вересня 2001 р., *Гржельчик*, С-184/99, ЄС:С:2001:458.
4. Рішення СЕС від 1 червня 1999 р., *Eco Swiss*, С-126/97, ЕУ:С:1999:269.

5. Рішення ЄС від 30 вересня 2003 р., *Кеблер*, С-224/01, ЄС:С:2003:513.
 6. Рішення Конституційного Суду Литовської Республіки, 25 жовтня 2011 р., *Про наслідки оголошення правового акта таким, що суперечить Конституції*.
 7. Рішення Конституційного Суду Литовської Республіки, 30 грудня 2003 р., *Про указ Президента Республіки*.
 8. Рішення Конституційного Суду Литовської Республіки, 22 грудня 2010 р., *Про відновлення прав власності лише для громадян Литовської Республіки*.
 9. Рішення Конституційного Суду Литовської Республіки, 3 грудня 2003 р., *Про Закон про пенсії державного соціального страхування та державні пенсії*.
 10. Рішення Вищого адміністративного суду Литви, 1 березня 2004 р., справа А¹²-219-04.
-

Rimvydas Norkus

Affiliate professor of Mykolas Romeris University, Vilnius

Judge of the General Court of the European Union, Luxembourg

LEGAL EFFECTS OF JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND NATIONAL COURTS

The scientific discussion about the legal consequences of judgments of constitutional courts is based on two doctrinal theories which explain in different ways the very notion of unconstitutionality.

According to the theory of nullity, a legal act is considered to be invalid (null) from the moment it entered into collision with the constitution, i.e. from the adoption of this act. The nullity of the legal act is a direct consequence of the violation of a higher legal norm, therefore it arises *ipso iure*. The ruling of the constitutional court bears a declaratory character, because it only finds an objective nullity of the legal act and does not invalidate it. Such a court ruling develops its legal consequences *ex tunc*. Although until the pronouncement of the ruling of the constitutional court the law was in force, after the pronouncement it is considered as if it had never been valid. The same applies to legal consequences based on such a legal act. This theory prevails in Germany.

According to the theory of invalidity, the legal act is valid and produces legal effects as long as it has not been eliminated from the legal system by the ruling of the constitutional court. Such a ruling creates a new legal situation (*ex nunc*) therefore it has a constitutive character. The legal act which was found unconstitutional cannot be applied for legal relationships which arise after pronouncement of the ruling of the constitutional court, but the legal consequences produced before that ruling remain valid. This theory prevails in Austria [1, p. 66, 68]

The aforementioned models remain theoretical since they hardly exist in their pure forms. Instead, every jurisdiction looks for a practical solution and the answer to an actual question, which in the context of today's conference can be summarised in the following way: how can individuals benefit from rulings of the constitutional court that find a legal provision unconstitutional?

On the one hand, from the perspective of an individual, it is hard to understand how one can be bound by a judgment based on an unconstitutional law. On the other hand, one of the inherent characteristics of the rule of law is the principle of legal certainty and the protection of citizens' trust in the law, which includes the prohibition of retroactive effects of legal acts. Under normal conditions, legal acts shall only have *pro futuro* effects and not retroactive ones, because retroactive effects would seriously disrupt the requirement of legal security. This would lead to situations in which a person's conduct carried out in accordance with the law in force could subsequently be declared illegal or without any legal effect on the grounds that the relevant legal rule has been modified or abolished.

Temporal effects of judgments of the Court of Justice of the European Union

The analysis of temporal effects of judgments of the Court of Justice of the EU (CJEU) is relevant in the context of today's conference, because this court to some extent can be compared to a court which carries out tasks of constitutional dimension. The CJEU ensures the supremacy of the law in the EU, by deciding cases of various types: (a) actions for annulment of an EU legal acts, whether of legislative or of administrative nature; (b) actions regarding an EU institution's failure to act; (c) actions concerning infringement of a member state of its obligation under EU law; (d) preliminary rulings (when member states' national courts refer issues to the CJEU for a preliminary ruling on the interpretation of a point of EU law); and (e) appeals against judgments by the General Court on points of law.

The issue of the retroactivity of judgments of the CJEU can arise when this court annuls an act of a general application or gives a new interpretation of the EU law answering the request of the national court in preliminary ruling. Do these changes affect the legal relationships that arose prior to these changes?

In accordance with the settled case law of the Court of Justice of the EU, an interpretation it gives to a provision of EU law clarifies and defines its meaning and scope as it should have been understood and applied from the time of its entry into force. It follows that the law interpreted this way courts should and must apply also for the legal relationships existing before that new interpretation. Hence the legal interpretation will be applied both for the future as well as retroactively.

At the same time, the Court in exceptional circumstances retains the power to limit the retroactive effects of its judgment in order to preserve the certainty of legal relationships formed before the new interpretation and to avoid other unintended circumstances, such as heavy costs on the economy. The landmark case in that respect: *Defrenne* [2], dates from 1975. In that case Madame Defrenne, former hostess of Belgian airline Sabena, shook up the established legal order of many European countries by bringing a case against discrimination based on gender. Just to

remind you that interpretations on EU law rendered by the European Court of Justice have same legal value in all EU countries, irrespective of the fact that the case originated from only one Member State of the EU¹. Madame Defrenne claimed compensation for the loss she had suffered in terms of salary and pension as a result of the fact that airhostesses and male members of the aircrew performing identical duties did not receive equal pay. The CJEU confirmed the pretensions of Madame Defrenne. It stated, that the principle that men and women should receive equal pay, which was laid down by Article 119 of the EC Treaty, had a direct application and may be relied on before the national courts (which is obvious today but was not that obvious in 1975). However, in the context of today's conference, the important aspect of the case was that the Court had to reply to the argument of the Governments of Ireland and the United Kingdom about the possible economic consequences of that judgment. These governments claimed that the Court decision might, in many branches of economic life, result in the introduction of claims dating back to the time in which discriminatory effects between men and women came into existence. In view of the large number of people concerned, such claims which undertakings (businesses) could not have foreseen, might seriously affect the financial situation of such undertakings and even drive some of them to bankruptcy. The CJEU agreed with these arguments. Apart from economic considerations, it stated that it is appropriate to take exceptionally into account the fact that, over a prolonged period, the parties concerned had been led to continue with practices which were contrary to the principle of non-discrimination. Important considerations of legal certainty affecting all the interests involved, both public and private, make it impossible in principle to reopen the question as regards the past. Therefore, the effects of the principle of non-discrimination cannot be relied on in order to support claims concerning pay periods prior to the date of that judgment, except as regards those workers who have already brought legal proceedings or made an equivalent claim. Hence, retroactive effect of that judgment was possible only in respect of those claimants who had already initiated legal proceedings on the date when judgment was pronounced, but not vis-à-vis all persons concerned.

But apart from that judgment there are very few cases when the Court agreed to limit the temporal effects of its judgments. As a constant practice, the Court of Justice of the EU states that that the financial consequences which might ensue for a Member State from a judgment of the Court of Justice do not in themselves justify limiting the temporal effect of the ruling [3, par. 52]. The Court took that step only in specific circumstances, where there was a risk of serious economic repercussions owing in particular to the large number of legal relationships entered into in good faith on the basis of rules considered to be validly in force. An additional criterion applied by the Court is the contribution of the EU institutions to the uncertainty leading both individuals and national authorities into adopting practices which did not comply with EU legislation [3, par. 53].

Despite the fact that interpretations of the EU law rendered by the CJEU have erga omnes effects and, except for limited instances in which the Court itself limits the temporal effects of its judgments - also retroactive application - the EU law does not impose any obligation on national courts to revisit their final judgments in the light of these new interpretations. The CJEU has

¹ The Court of Justice of the European Union shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed (Art. 19(1) of the EU Treaty). To ensure the effective and uniform application of EU legislation and to prevent divergent interpretations, the national courts may, and sometimes must, refer to the Court of Justice and ask it to clarify a point concerning the interpretation of EU law, so that they may ascertain, for example, whether their national legislation complies with that law. The national court to which it is addressed is, in deciding the dispute before it, bound by the interpretation given. The Court's judgment likewise binds other national courts before which the same problem is raised.

recognized the importance of the principle of *res judicata* of both the EU and its Member States. Thus, it has held that in order to ensure both stability of the law as well as legal relations and the sound administration of justice, it is important that judicial decisions are definitive and can no longer be called into question after all rights of appeal have been exhausted or after expiry of time limits. Therefore, the EU law does not require a national court to non-apply domestic rules of procedure, even if to do so would enable the national court to remedy an infringement of EU law [4, par. 46]. However, the absence of the general requirement to reopen legal proceedings following the judgment of the CJEU is compensated by the rules of state liability *vis-à-vis* individuals. If the individual suffered loss as a result of a sufficiently serious infringement of the EU law which was caused by national courts misinterpreting EU law, as later found by the CJEU, the EU law requires that Member State compensate such a loss, even where the infringement stems from a decision of a court adjudicating at last instance (Supreme Court). Proceedings seeking to render the State liable do not have the same purpose and do not necessarily involve the same parties as the proceedings resulting in the decision which has acquired the status of *res judicata*. The applicant in an action to establish the liability of the State will, if successful, secure an order against it for reparation of the damage incurred but not necessarily a declaration invalidating the status of *res judicata* of the judicial decision which was responsible for the damage. In any event, the principle of State liability inherent in the EU legal order requires such reparation, but not revision of the judicial decision which was responsible for the damage [5, par. 39].

Temporal effects of judgments of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania

Moving to the temporal effects of the judgments of Constitutional courts on the national level, it needs to be noted that in some of the EU states the provisions establishing as to when decisions of the constitutional court are effective retroactively (*ex tunc*), are *expressis verbis* entrenched in the Constitution (Austria, Poland, Portugal), while in other states this is also regulated by the Law on the Constitutional Court (Spain, Slovenia, Germany), and in some of these countries the right to establish, to a certain extent, as to when decisions of the constitutional court are effective retroactively (*ex tunc*) is conferred by a law on the courts executing constitutional control (Greece, Slovenia, Hungary) [6, par. 5]

This is not the case in Lithuania where constitutional provisions on retroactivity of judgments of the Constitutional Court are absent. Article 107 paragraph 1 of the Constitution stipulates that a law <...> must not be applied from the day of the official publication of the decision of the Constitutional Court that the act in question (or part thereof) is in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania.

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania exercises normative constitutional control over the laws, the acts of the President and the Government of the Republic. It does not have competence to rule on the compatibility with the Constitution of judgments of other courts or decisions of administrative authorities. In cases when there are grounds to believe that a law or another legal act that should be applied is in conflict with the Constitution, the judge suspends the consideration of the case and applies to the Constitutional Court. In addition, every person has the right to apply to the Constitutional Court concerning the laws, acts of the President and the Government if a decision adopted on the basis of these acts has violated the constitutional rights or freedoms of the person and the person has exhausted all legal remedies.

Lithuanian Constitution adopted so called *ex nunc* model, according to which the judgment is constitutive and invalidates the unconstitutional provision, and the legal provision that was found unconstitutional remains applicable even to facts that arose before the invalidation entered into force. The Constitutional Court has held that Article 107 paragraph 1 of the Constitution means that, until the Constitutional Court has not adopted a decision that the act in question is in conflict with the Constitution, it is presumed that such a legal act is in compliance with the Constitution and that the legal effects that have appeared on the basis of the act in question are legitimate [7, 8]. Consequently, the legal consequences (as, for instance, when a person has acquired certain rights or a certain legal status, or when a person has not been granted certain rights or a certain legal status) which have appeared on the basis of the law declared unconstitutional, are legitimate.

However, despite the general rule that Constitutional Court judgments are prospective, the Constitutional Court has also mentioned that such a rule is not an absolute one [7]. Both legal doctrine [1] as well as jurisprudence of administrative courts have been confronted with the question on the extent and limits of retroactivity of its judgments.

Article 72(4) of the Law on the Constitutional Court stipulates that Decisions based on legal acts that have been ruled to be in conflict with the Constitution or laws must not be executed if they had not been executed before the entry into force of the respective ruling of the Constitutional Court. The difficulty arises when interpreting which decisions have not been executed before the entry into force of the ruling of the Constitutional Court, thus in which instances the rulings of the Constitutional Court have retroactive effects. I will illustrate this problematic aspect by one example.

In 2003 the Constitutional Court found in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania the provision in the law according to which retired officials who, after having been granted the state pensions, receive the income from labour relationship shall receive not full, but only the part of the state pension [9]. That ruling of the Constitutional Court was adopted upon request of the administrative court hearing individual petitions of a retired official. There is no doubt that Constitutional Court judgment is applicable in the case which led to the judgment of the Constitutional Court as an incentive to the individual to seek judicial protection. At the same time, there were other petitions of the same type pending before administrative courts, where the courts did not raise the issue of the constitutionality before the Constitutional Court.

What impact does the judgment of the Constitutional Court have on parallel cases which had been initiated before the pronouncement of that judgment? What impact will it have on future cases? There is no explicit provision in Lithuanian law that would allow Constitutional Court to extend the effect of its judgment to parallel cases pending before courts or administrative authorities at a certain point in time. However, the similar effect is achieved through jurisprudence of the Supreme Administrative Court.

The extended chamber of the Supreme Administrative Court in its landmark ruling [10] rejected the argument of the government according to which administrative decisions adopted in conformity with the legislation in force at the time of their adoption must be considered lawful despite the subsequently declared unconstitutionality of that legislation. According to the Supreme Administrative Court, as long as administrative decision can within the prescribed time limits be

challenged before the administrative court, it is not considered to be final. The courts make the final assessment of the legal situation of applicants. If at the moment of the adoption of a judgment of the administrative court the legislative provision has been declared unconstitutional, it can no longer be applied irrespective of the fact that unconstitutionality was found in another case. The protection of rights of a person cannot differ according to the fact whether application to the Constitutional Court was made in his/her case or in a different case. The unconstitutional provision cannot develop negative legal effects on any persons as long as an administrative decision based on that provision has not become final.

Hence, as distinct from Austria where the Constitutional Court rulings are effective strictly *ex nunc*, in Lithuania a legal act which has been recognised as being in conflict with the Constitution, must not be applied not only in the case in which the court applied to the Constitutional Court, but also in any parallel case [1, p. 73].

From that, it is obvious that Supreme Administrative court gave a very broad interpretation to the Article 72(4) of the Law on the Constitutional Court. It extended the retroactivity of judgments of the Constitutional Court to all pending judicial proceedings as well as to all other instances in which the administrative decision has been adopted but the deadline to challenge that decision before administrative court has not expired. Such an extension is justified by the objective to grant judicial protection to all persons that find themselves in a comparable situation, despite the fact that the issue of constitutionality was not raised in judicial proceedings initiated by those persons.

At the same time, according to Lithuanian procedural laws, the judgment of the Constitutional Court has no impact on judicial proceedings in which the judgment of the administrative court became final. The Law on Administrative proceedings does not provide for the reopening ground if the final judgment of administrative courts was based on the law which was later found unconstitutional by the Constitutional Court. Nor does it impose any obligation on administrative authorities to revisit the administrative decision based on law that was declared unconstitutional at a later stage.

The exception is made for cases in which - in accordance with Article 106(4) of the Constitution - an individual person applies to the Constitutional Court concerning the law or other act if a decision adopted on the basis of that act has violated the constitutional rights or freedoms of the person and the person has exhausted all legal remedies. In that case, a person who successfully challenged legislation before Constitutional Court has a right within three months from the pronouncement of its judgment to apply to the Supreme Administrative Court with a request to reopen administrative proceedings. Such a reopening will eliminate unconstitutional consequences only in the case of the person who applied to the Constitutional Court, but it will not produce general effects on other closed administrative proceedings.

In conclusion, the choice between *ex tunc* and *ex nunc* effects of judgments of Constitutional courts reflects the search for the balance between individual remedy and legal security.

The judgments of the Court of Justice of the EU which provide a certain interpretation of the EU law have *erga omnes* effects and should be applied also for the legal relationships existing before that new interpretation. At the same time the EU law respects the principle of *res judicata*

and does not impose any obligation on national courts to review their final judgments in the light of these new interpretations. Even if the Court of Justice of the EU retains the power in exceptional circumstances to limit the temporal effects of its judgments, such limitations do not affect the on-going legal proceedings.

Lithuania represents a jurisdiction in which judgments of the Constitutional Courts have ex nunc effects. However, due to the broad interpretation by the Supreme Administrative Court, the retroactive validity of these judgments have been extended not only to the instant case which led to the adoption of the judgment of the Constitutional Court, but also to on-going parallel cases and new cases, even if facts in those cases had occurred before that judgment.

Literature:

1. Staugaitytė V. Legal Power of the Constitutional Court Rulings in Regard to Time. *Jurisprudencija*, 2005, t. 77(69); 65–81.
2. CJEU judgment of 8 April 1976, Defrenne, Case 43-75, EU:C:1976:56.
3. CJEU judgment of 20 September 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458.
4. CJEU judgment of 1 June 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269.
5. CJEU Judgment of 30 September 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513.
6. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 25 October 2011, On the consequences of declaring a legal act in conflict with the Constitution.
7. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 30 December 2003, On a decree of the President of the Republic.
8. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 22 December 2010, On the restoration of the rights of ownership only to citizens of the Republic of Lithuania.
9. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 3 December 2003, On the Law on State Social Insurance Pensions and on State Pensions.
10. Judgment of the Supreme Administrative Court of Lithuania, 1 March 2004, Case A¹² - 219 – 04.



Автобіографічна довідка

Ева Вендлер, суддя Федерального адміністративного суду Австрії, відділення в місті Грац. Народилась 21 червня 1969 року. По закінченню Університету міста Грац 1993 року почала працювати в суді з розгляду кримінальних та цивільних справ міст Штирія та Відень. Потім працювала в Міністерстві охорони здоров'я та Федеральній канцелярії Австрії.

З 2002 по 2013 рік пані Вендлер була суддею Незалежного адміністративного трибуналу в місті Відень.

З 2014 року пані Вендлер є суддею Федерального адміністративного суду Австрії, відділення в місті Грац.

У 2001 році суддя Вендлер захистила докторську дисертацію «Матеріальне право на прикладі Закону про державні закупівлі»

в Університеті Інсбруку. Окрім цього, неодноразово брала участь у конференціях, присвячених адміністративному правосуддю, а також програмах обміну Європейської мережі навчання суддів.

Autobiographic Reference

Eva Wendler, Administrative judge at Federal Administrative Court, Branch Office Graz (Austria).

Was born on June 21, 1969. After graduating with Law Degree from the University of Graz in 1993, she began working in Law Courts on Criminal and Civil Law Matters in Styria and Vienna. Then she worked as Referee of the Federal Ministry of Health and Federal Chancellery in Vienna.

From 2002 to 2013, Ms. Wendler was an Administrative judge at the Independent Administrative Tribunal, Vienna.

Since 2014, Ms. Wendler has been Administrative judge at the Federal Administrative Court, Branch Office Graz.

In 2001, Judge Eva Wendler defended doctoral thesis "Substantive Law using the example of Public Procurement Law" in the University of Innsbruck. In addition, she has repeatedly participated in administrative justice conferences and exchange programs of the European Judicial Training Network.

Ева Вендлер,

суддя Федерального адміністративного суду Австрії,
відділення у Граці, доктор права

ЗАХИСТ ПРАВ ОСОБИ У РАЗІ ВИЗНАННЯ ЗАКОНУ НЕКОНСТИТУЦІЙНИМ: ДОСВІД АВСТРІЇ

Щодо основоположних прав найбільш актуальні три різні правові режими, а саме: національний конституційний режим, правовий режим Європейської конвенції з прав людини (ЄСПЛ) та правовий режим ЄС. ЄСПЛ є частиною конституційного права Австрії. Ця стаття в основному присвячена національній системі вирішення правових колізій між Конституцією Австрії та основоположними правами, що випливають із Конституції:

Конституційний суд має виключні повноваження перевіряти конституційність законів; усім іншим судам це заборонено. Конституційний суд також може переглядати рішення адміністративного суду, перетворюючи його (спеціалізований) адміністративний суд для всіх адміністративних проваджень.

Конституційний суд може бути активним здебільшого в таких ситуаціях (які є актуальними в цьому контексті):

Скарги на рішення адміністративних судів

Особи, які вважають, що їх права були порушені рішенням адміністративного суду першої інстанції, можуть подати скаргу до Конституційного суду або звернутися до Вищого адміністративного суду.

Оскільки передумовою для реалізації Конституційним судом повноважень щодо перегляду рішення, винесеного адміністративним судом першої інстанції є те, що відповідна особа повинна заявити або про порушення гарантованого Конституцією права (основоположні права) оскаржуваним рішенням та / або порушення його особистих прав через застосування неконституційного закону чи протиправного підзаконного акту. Вищому адміністративному суду потрібно встановити, чи були порушені права скаржника (закріплені законами, що ухвалюються простою більшістю) в рішенні з інших причин.

Скарга, подана до Конституційного суду, не має призупиняючої дії, тобто оскаржуване рішення залишається в силі незалежно від скарги. Однак, за певних обставин, Конституційний суд може прийняти рішення про призупиняючу дію скарги, якщо це вимагається у заяві.

Конституційний суд ухвалить рішення про скасування оскаржуваної ухвали або відхилення скарги. Якщо немає розумної вірогідності того, що скарга буде задоволена або не можна очікувати, що це призведе до роз'яснення конституційного питання, Конституційний суд може прийняти рішення про відхилення справи (особливо шляхом спрощеного рішення, зазвичай, із стандартним формулюванням). Якщо справа відхилена, вона повинна бути передана – за заявою скаржника – до Вищого адміністративного суду, який потім на підставі власних повноважень вирішить, чи відповідає рішення відповідному закону, ухваленому простою більшістю голосів [1, с.1].

Неконституційні закони

У переважній більшості випадків судовий перегляд норм ініціюється безпосередньо Конституційним судом під час судового розгляду, що триває, зазвичай – це перегляд адміністративного рішення. Якщо Конституційний суд сумнівається у конституційності норми, яку він повинен застосовувати, він розпочинає перегляд цього положення закону в окремому провадженні.

Судовий перегляд норм може також ініціюватися всіма видами судів, якщо вони повинні застосовувати у судовій справі, що розглядається, закон що може бути неконституційним [1, с. 2]. Потім суддя повинен подати до Конституційного суду офіційне клопотання про судовий перегляд закону та його конституційності [2, с. 50].

Найцікавішим шляхом доступу, безперечно, є прохання фізичної особи захистити свої

конституційні права. Тож люди також можуть вимагати скасування норми [3, с. 143]. Отже, Конституційний суд також ухвалює рішення про неконституційність законодавчих положень за заявою фізичної особи, яка стверджує, що її права були безпосередньо порушені, якщо закон набрав чинності для цієї особи за відсутності рішення суду або адміністративного рішення (індивідуального застосування). Крім того, з 1 січня 2015 року будь-яка особа, яка стверджує, що її права як учасника справи, вирішеної (цивільним чи кримінальним) судом першої інстанції, були порушені, вона має право оскаржити конституційність закону в рамках судового захисту прав проти цього рішення суду (заява від сторони справи) [1, с.2].

Здійснюючи свою перевірку, Конституційний суд пов'язаний аргументами, висунутими в заяві, і не може скасувати положення з інших підстав, ніж ті, що викладені в цій заяві, або у власному рішенні про перегляд [2, с. 51].

Якщо норма (або оскаржувані її частини) визнана неконституційною, Конституційний суд її скасовує. Скасування публікується відповідним чином (наприклад, у Федеральному законодавчому віснику). Зазвичай, скасування набуває чинності наприкінці дня публікації [4, с.76]. Однак суд може відкласти вступ у силу на 18 місяців, щоб була законодавча можливість виправити такий закон [3, с. 143]. Якщо Конституційний суд не вирішить інакше, скасування не має зворотної сили, за винятком конкретної справи [4, р. 77].

ОБМЕЖЕННІ МОЖЛИВОСТІ ПОВТОРНОГО ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ В АВСТРИЙСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Адміністративне процесуальне право

«Повернення до умов, що існували до цього» («Wiedereinsetzung in den vorigen Stand») можна вимагати, якщо непередбачувана і неминуча подія завадила стороні дотриматися строку або взяти участь у усному слуханні. Запит повинен бути поданий протягом двох тижнів після повідомлення про те, що непередбачувана та неминуча подія припинилася. Відповідно, провадження буде відкрите ще раз на стадії до настання події (5, с.15). Ці положення встановлюються щодо провадження в адміністративних органах та адміністративних судах.

Загальна *ex officio* зміна рішень, винесених адміністративним органом, може бути здійснена, особливо у випадку звичайних порушень громадського порядку або якщо сталися серйозні помилки, наприклад, якщо рішення було видане органом, що не має юрисдикції, або комісією з неправильним складом, або якщо помилка прямо визнається нікчемною нормою закону. Зміна рішення *ex officio* може бути розпочата протягом трьох років. Уточнено, що потрібно враховувати загрози життю чи здоров'ю людей чи серйозні збитки економіці [5, с.15–16].

Аналогічні положення встановлені щодо провадження в адміністративному суді першої інстанції. Заява щодо поновлення провадження у справі повинна бути задоволена у випадку вчинення злочинних дій (таких як подання підроблених документів) або розгляду упереджених чи однакових судових рішень або наявності недоступних доказів під час

судового розгляду (*nova reperta*), усе що могло призвести до прийняття рішення на користь заявника. Позов повинен бути поданий протягом двох тижнів після того, як такі мотиви стали відомими адміністративному суду першої інстанції, який виніс рішення з помилкою (розділ 32 *Verwaltungsverfahrensgesetz*)

Цивільне процесуальне право

Положення про «Повернення до умов, що існували до цього» також встановлено в Цивільному процесуальному кодексі.

Для виправлення серйозних помилок судових рішень, які не були оскаржені, існують два основні «надзвичайні засоби захисту». Якщо справу розглядав суддя, який був виключений з судового розгляду, або якщо одна із сторін не була належним чином представлена під час провадження, повинен бути поданий **позов про скасування** – і його розглянуто – до суду, який виніс неправильне рішення [3, с. 218]. У **позові про проведення повторного судового розгляду** стверджується, що остаточне рішення ґрунтується на неправильній чи неповній оцінці з урахуванням нововиявлених фактів чи доказів, які існували, але не були використані до закінчення судового розгляду, але могли, якби вони були використані, призвести до більш сприятливого рішення. Заявник також може стверджувати, що підроблений документ з неправдивими свідченнями вплинув на рішення. Справу вирішує суд, який виніс відповідне рішення [3, р. 219].

Кримінальне провадження

Положення про «Повернення до умов, що існували до цього» також встановлено в Кримінальному процесуальному кодексі.

Звичайне відновлення провадження: клопотання про перегляд судового рішення, яке стало остаточним, можуть бути висунуті лише у виняткових обставинах. Підстави для відновлення провадження на користь відповідача обмежуються трьома обставинами: якщо вирок ґрунтувався на доказах чи показаннях, які згодом виявилися фальсифікованими або неправильними; якщо з'явилися нові істотні докази; або якщо інша особа була засуджена за той самий злочин під час іншого судового розгляду, і винним міг бути лише один із них.

Заява на підтримку цілісності закону: Генеральний прокурор може звернутися до Верховного суду щодо усіх рішень та проваджень кримінальних судів, які ґрунтуються на порушенні чи неправильному застосуванні закону, навіть якщо сторони не оскаржили та вирок став остаточним. Ця апеляційна скарга призначена для захисту законності та належної процедури [3, р. 206].

Надзвичайне відновлення провадження у справі: Цей засіб дає змогу Верховному суду (за посадою чи за пропозицією Генерального прокурора) виправити серйозні недоліки у визначенні фактів шляхом змішаного судового розгляду або суду присяжних. На практиці цей засіб майже не застосовується.

Поновлення провадження: Якщо рішення Європейського суду з прав людини визнає порушення ЕКПЛ рішенням австрійського кримінального суду, провадження у справі слід поновити, якщо порушення може негативно вплинути на рішення стосовно підсудного.

Зменшення покарання: Якщо після набрання судовим рішенням законної сили буде встановлено пом'якшувальні обставини, які не було застосовано або які не були відомими під час судового розгляду, суд першої інстанції може за посадою чи за клопотанням однієї зі сторін зменшити покарання [3, с. 207].

Список використаних джерел:

1. Functions of the Austrian Constitutional Court – www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/functions.en.html [09.04.2020]
2. Faber R. The Austrian Constitutional Court – an Overview
www.icl-journal.com2008.Vol1/2008.p.49-51.
3. Hausmaninger H. The Austrian Legal System, 2011, p. 143, p. 206–207, p. 218–219
4. Stelzer M. An Introduction to Austrian Constitutional Law, 2014, p. 76–77
5. ilac.univie.ac.at › project_ilac › Publikationen [09.04.2020], PDF, A Concise Overview of the Austrian Legal System, 2005, p. 15–16

Eva Wendler,
Judge of the Federal Administrative Court,
Graz (Austria)
Doctor of Law

PROTECTION OF THE INDIVIDUAL'S RIGHTS IN CASE OF UNCONSTITUTIONAL LAW IN AUSTRIA

Three different legal regimes, namely national constitutional regime, European Convention on Human Rights (ECHR) and EU legal regime, are basically relevant in the area of fundamental rights. The ECHR is part of Austrian constitutional law. The focus of this article will be on the national system to solve conflicts of law with Austrian's constitution and fundamental rights deriving from the constitution:

The Constitutional Court has the sole power to review the constitutionality of statutes; all other courts are prohibited to do so. The Constitutional Court can also review administrative court rulings, making it a (specialized) administrative court for all administrative proceedings.

Constitutional Court can become active mainly in the following situations (which are relevant in this context):

Complaints against rulings by administrative courts

Individuals who feel that their rights have been infringed by a ruling of an administrative

court of first instance may file a complaint to the Constitutional Court or appeal to the Supreme Administrative Court.

As a precondition for the Constitutional Court to exercise its power to review a ruling issued by an administrative court of first instance, the individual concerned has to claim either the violation of a constitutionally guaranteed right (Fundamental Rights) by the contested ruling and/or the violation of his/her personal rights by the application of an unconstitutional law or an unlawful regulation. It remains for the Supreme Administrative Court to establish whether the rights of the complainant (enshrined in simple-majority laws) have been violated through the ruling for other reasons.

The complaint filed with the Constitutional Court has no suspensive effect, i.e. the contested ruling remains in effect regardless of the complaint. However, under certain circumstances, the Constitutional Court may decide in favour of a suspensive effect of the complaint, if so requested in the application.

The Constitutional Court will decide either to rescind the contested ruling or to dismiss or reject the complaint. If a complaint does not have a reasonable chance of success or cannot be expected to result in the clarification of a constitutional issue, the Constitutional Court may decide to dismiss the case (especially by way of a simplified decision, usually with standard wording). If a case is dismissed or rejected, it is to be transferred – upon application by the complainant – to the Supreme Administrative Court, which will then decide, on the basis of its own powers, whether the ruling is in compliance with the simple-majority law in question [1, p.1].

Unconstitutional laws

Most of the time judicial review of norms is initiated by the Constitutional Court itself during a pending proceeding, usually the review of an administrative ruling. If the Constitutional Court doubts the constitutionality of a norm that it has to apply, it starts the review of this statutory provision in separate proceeding.

Judicial review concerning norms can also be launched by all kind of courts if they have to apply a statute in a pending law suit which might be unconstitutional [1, p. 2]. The judge must then submit a formal petition for judicial review of the law and its constitutionality to the Constitutional Court [2, p. 50].

The most interesting route of access is undoubtedly the request by a private citizen to protect his/her constitutional rights. So individuals may also request the rescission of a norm [3, p. 143]. Hence Constitutional Court also pronounces on the unconstitutionality of legal provisions upon application by an individual claiming that his/her rights have been directly violated, if the law has taken effect for the individual concerned in the absence of a court decision or an administrative decision (individual application). In addition, since 1 January 2015, any individual claiming that his/her rights as a party to a law suit decided by a (civil or criminal) court of first instance have been violated is entitled to challenge the constitutionality of a law within the framework of legal remedy against that court decision (application by a party to a law suit) [1, p.2].

When carrying out its review, the Constitutional Court is bound by the arguments raised

by an application and cannot repeal a provision on other grounds than those entailed in that application or its own decision to review [2, p. 51].

If a norm (or the contested parts of it) is found to be unconstitutional, the Constitutional Court rescinds it. The rescission is published in an appropriate way (e.g. in the Federal Law Gazette). As a rule, rescission becomes effective at the close of the day of the publication [4, p.76]. The Court may, however, postpone this effect for up to 18 months to grant the legislature an opportunity to repair the faulty law [3, p. 143]. Unless the Constitutional Court pronounces otherwise, rescission is not retroactive, except for the case in point [4, p. 77]

LIMITED POSSIBILITIES FOR REOPENING PROCEEDINGS IN THE AUSTRIAN LEGAL SYSTEM

Administrative Procedural Law:

A "reinstatement to the previous condition" ("Wiedereinsetzung in den vorigen Stand") can be demanded if an unpredictable and unavoidable event has prevented a party to respect a deadline or attend an oral hearing. The request must be filed within two weeks after notice that the unpredictable and unavoidable event has ceased to exist. Accordingly, the proceeding will be reopened at the stage before the occurrence of the event (5, p.15). These regulations are established concerning proceedings before administrative authorities and administrative courts.

A general ex officio modification of rulings issued by an administrative authority may be undertaken, notably in case of ordre public violations or if serious errors have occurred, for instance if the ruling had been issued by an authority not having jurisdiction or an improperly composed panel or if the error is expressly sanctioned with nullity by a provision of law. The ex officio modification of a ruling can be initiated within three years. It is specified that threats to life or health of people or serious damages to the economy need to be taken into account [5, p.15-16].

Similar regulations are established concerning proceedings before an administrative court of first instance. An application regarding reopening of proceedings must be upheld in case criminal actions (such as the submission of forged documents) or the consideration of prejudicial or identical judgements or the existence of non-accessible evidence at the time of the trial (nova reperta), all of which could have led to a decision to the advantage of the applicant. The action must be filed within two weeks after such motives have become known before the administrative court of first instance that has rendered the defective decision (section 32 Verwaltungsverfahrensgesetz)

Civil procedure law:

A regulation concerning a "reinstatement to the previous condition" is also established in the Code of Civil Procedure.

Two main "extraordinary remedies" are in place to correct serious errors of judgements that have not been appealed. If a case was adjudicated by a judge that had been excluded from the trial or if one of the parties had not properly represented during the proceedings, an **action for annulment** must be filed - and will be adjudicated - before the court that has rendered the defective decision [3, p. 218]. **Action for the reopening of proceedings** claims that a final

decision is based on an incorrect or incomplete evaluation in the light of newly discovered facts or evidence, which existed but were not usable before the end of the trial, but could, had they been used, have led to a more favorable decision. The petitioner may also claim that a forged document of false testimony had influenced the decision. It is adjudicated by the court that rendered the original decision [3, p. 219].

Criminal proceedings

A regulation concerning a "reinstatement to the previous condition" is also established in the Code on Criminal Procedure.

Ordinary Resumption of Proceedings: motions for the revision of a judgement that has become final may be brought only in exceptional circumstances. Grounds for the resumption of proceedings in favor of the defendant are restricted to three circumstances: if the verdict was based on evidence or testimony which was later discovered to be falsified or incorrect; if substantial new evidence has surfaced; or if another person has been sentenced for the same crime in a different trial, and only one of them could have been the perpetrator.

Nullity Appeal to Uphold the Integrity of the Law: The Procurator General may appeal to Supreme Court all decisions and procedures of criminal courts, which are based on a violation or incorrect law, even if the parties have not appealed and the sentence became final. This nullity appeal aims to protect legality and due process [3, p. 206].

Extraordinary Resumption of Proceedings: This remedy allows the Supreme Court (ex officio or at the suggestion of the Procuratur General) to correct serious shortcomings in the determination of facts by a mixed court or jury trial. In practice this remedy is hardly ever applied.

Renewal of Proceedings: If a judgement of the European Court of Human Rights declares a violation of the ECHR by a decision of an Austrian criminal court, the proceedings are to be renewed if the violation might have adversely affected the decision with respect to the defendant.

Reduction of Penalty: If, after a judgement has become final, mitigating circumstances are discovered that were not applicable or known at the time of the trial, the trial court may ex-officio or upon the motion of one of the parties, reduce the penalty [3, p. 207].

The list of foot-notes

1. <https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/functions.en.html> [09.04.2020] PDF p. 1-2
2. Faber R. The Austrian Constitutional Court – an Overview
www.icl-journal.com 2008. Vol 1/2008 p. 49-51.
3. Hausmaninger H. The Austrian Legal System, 2011, p. 143, p. 206-207, p. 218-219
4. Stelzer M. An Introduction to Austrian Constitutional Law, 2014, p. 76-77
5. ilac.univie.ac.at > project_ilac > Publikationen [09.04.2020], PDF, A Concise Overview of the Austrian Legal System, 2005, p. 15-16



Автобіографічна довідка

Георгій Папуашвілі, доктор політичних наук, професор юридичного факультету державного університету Іллі (Грузія). Голова Конституційного Суду Грузії (2006-2016 рр.), член Венеційської комісії Ради Європи (2007-2015 рр.).

Народився 26 грудня 1972 року.

У 1995 році пан Георгій Папуашвілі закінчив з відзнакою факультет міжнародного права та міжнародних відносин Тбіліського державного університету імені І. Джавахішвілі.

У 1996–1997 роках, як лауреат стипендії Фонду «Відкрите суспільство», він навчався на кафедрі політичних наук Центральноєвропейського університету (ЦЕУ) (місто Будапешт, Угорщина) та отримав ступінь магістра з політичних наук. Вигравши програму стипендій Едмунда С. Маскі, у 1999–2000 роках він був зарахований Коледжу юридичних наук Американського університету у Вашингтоні, округ Колумбія та отримав ступінь магістра правознавства.

У 1996–1999 роках працював провідним експертом, керівником апарату Юридичного комітету парламенту Грузії.

У 2000–2004 рр. Г. Папуашвілі був директором Програми верховенства права у Грузії – Фонд «Відкрите суспільство».

У 2004–2005 роках займав посаду міністра юстиції Грузії.

У 2005–2006 роках Г. Папуашвілі був призначений міністром охорони навколишнього природного середовища та природних ресурсів Грузії.

У 2006–2016 роках був Головою Конституційного Суду Грузії.

У 2007–2015 роках був членом Венеційської комісії Ради Європи.

З 2012 року – професор юридичного факультету державного університету Іллі.

Окрім своєї академічної діяльності, пан Папуашвілі працює міжнародним консультантом / керівником робочої групи з питань верховенства права, прав людини, судової реформи та державного управління при Венеційській комісії Ради Європи, Директорат з прав людини; ЄС, Світовий банк; ПРООН, ОБСЄ, БДІПЛ та інших проєктах міжнародних організацій.

Autobiographic Reference

Mr. George Papuashvili, PhD in Political Sciences, Professor of Law, Elijah State University (Georgia). President of the Constitutional Court of Georgia (2006-2016), Member of the Venice Commission of the Council of Europe (2007-2015)

Date of birth: December 26, 1972

In 1995 Mr. George Papuashvili graduated with honors from the faculty of International Law and International Relations at I. Javakishvili Tbilisi State University.

In 1996–1997, as the winner of the Open Society Foundation Scholarship Award, he studied at the Central European University (CEU), Department of Political Science in Budapest, Hungary, awarded the degree of Master of Arts in Political Science (MA). Having won in the Edmund S. Muskie Graduate Fellowship Program, in 1999–2000 he was enrolled in the American University Washington College of Law in Washington, D.C., awarded LLM degree.

In 1996–1999 he worked as a leading expert, Head of Staff at the Legal Committee of the Parliament of Georgia.

In 2000–2004 G.Papuashvili was the Director of the Rule of Law Program at the Open Society Georgia – Foundation.

In 2004–2005 he occupied the position of the Minister of Justice of Georgia.

In 2005–2006, G.Papuashvili was appointed as the Minister of Environment Protection and Natural Recourses of Georgia.

In 2006–2016 he was the President of the Constitutional Court of Georgia.

In 2007–2015 he was a member of the Venice Commission of the Council of Europe.

Since 2012 he has been Law Professor at Ilia State University.

Besides his academic activities he serves as international Consultant/Team leader on Rule of Law, Human rights, Judicial and Public Administration reforms under Council of Europe Venice Commission, Directorate of Human Rights; EU, World Bank; UNDP, OSCE, ODIHR and other international organization projects.

For over ten years, he has been delivering lectures on the administrative procedure in the leading higher educational establishments of Ukraine and participating in international and national scientific events.

Георгій Папуашвілі,

Голова Конституційного Суду Грузії у відставці,
колишній Міністр юстиції Грузії, професор, доктор права,
експерт, колишній член Європейської Комісії «За демократію
через право» (Венеційської комісії)

ПРОТИРІЧЧЯ МІЖ ПРИНЦИПАМИ ІНДИВІДУАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ТА ЮРИДИЧНОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ: ЕФЕКТИВНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ В ЧАСІ

Передумови

Що стосується впливу рішень конституційного суду на остаточні рішення звичайних судів, питання індивідуального доступу до конституційного суду є на сьогодні надзвичайно актуальним. Зокрема можна стверджувати, що коли особа (особи) подає скаргу до конституційного суду, він / вона очікує відповідного відшкодування, тоді як сфера рішень конституційного суду може бути різною, коли інституційний суб'єкт виступає в ролі позивача. Аналіз досвіду країн, що мають відповідну судову практику, може слугувати цінним орієнтиром для менш досвідчених юрисдикцій під час розроблення та впровадження керівних критеріїв для встановлення обсягу наслідків основоположних прав.

Тимчасовий вимір рішень конституційних судів

У своєму короткому описі, написаному на вимогу Конституційного суду Грузії, Венеційська комісія зазначає, що однією з основних характеристик верховенства права є принцип правової визначеності та захист довіри громадян до закону, який включає заборону зворотної дії правових норм та їх положень¹.

І навпаки, необхідно забезпечити ефективність механізму конституційного перегляду. Загалом, вибираючи систему наслідків конституційних судових рішень, слід знайти баланс між принципами індивідуального правового захисту з одного боку та правовою визначеністю з іншого.

¹ CDL-AD(2018)012-e Georgia - Amicus curiae brief for the Constitutional Court of Georgia on the effects of Constitutional Court decisions on final judgments in civil and administrative cases, available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)012-e)

У системах, що передбачають нормативну конституційну скаргу, індивідуальний акт, що застосовує нормативний акт, не може бути відхилений як такий конституційним судом. Контроль конституційним судом не стосується виконання нормативного акту. Як наслідок, нормативна конституційна скарга не є ефективним засобом захисту, якщо неконституційність знаходиться в застосуванні норми, але не в самій нормі.

Стосовно обґрунтованості неконституційних правових положень, то існує дві школи думки:

1. неконституційність ефекту «відтоді» (*ex tunc*);

2. неконституційність ефекту «відтепер» (*ex nunc*). Лише відносно небагато країн передбачають *ex tunc* дію конституційних рішень судів. Німецька правова система широко розцінюється як відомий приклад для *ex tunc*. У цьому випадку *ex tunc* означає, що неконституційні положення вважаються недійсними з моменту їх ухвалення. Рішення конституційного суду про визнання неконституційним не є конституційним актом, який скасовує ці положення. Він лише визначає положення, які є неконституційними та які вже є недійсними. Перевагою цієї концепції є її теоретична чіткість. Верховенство Конституції вважається настільки важливим, що неконституційні положення самі по собі є недійсними.

Однак на практиці суворе застосування цієї концепції призведе до непередбачуваних результатів в окремих випадках, які ґрунтуються на застосуванні неконституційного положення. Наприклад, рішення про визнання положення про шлюб неконституційним (наприклад, внаслідок суперечності з принципом рівності) призведе до недійсності всіх шлюбів, укладених згідно з цим положенням. Це, звичайно, неприйнятний для суспільства результат. Тому навіть у державах, що мають наслідки для самого закону, ці наслідки систематично усувають для остаточних судових рішень, які не втрачають юридичної сили.

Альтернативна модель ліквідації неконституційних положень *ex nunc* є найбільш поширеною. У своїй суворій формі це означає, що законодавче положення, яке було визнано неконституційним, залишається застосовним навіть до фактів, що виникли до набрання чинності недійсності. За винятком правила щодо цієї справи (пільгове звернення до зворотної дії рішення, що стосується лише скажника; *Ergreiferprämie* німецькою мовою), рішення конституційного суду не впливають на правовідносини, які були доопрацьовані до опублікування рішення. Логіка, що обґрунтовує це рішення, полягає в тому, що правовій визначеності надається велика пріоритетність перед індивідуальними засобами захисту. Для забезпечення засобів захисту у справі, яка призвела до рішення конституційного суду, правило для цієї справи необхідне як стимул для звернення осіб до конституційного суду.

Конституція Австрії встановила систему суворої системи *ex nunc* з правилом для даної справи. Пункт 140 статті 7 Федерального конституційного закону передбачає, що закон, визнаний недійсним Конституційним Судом, продовжує застосовуватись до обставин, вчинених до рішення Суду, за винятком цієї справи. Однак Суд може поширити дію свого рішення на паралельні справи, що розглядаються в судах або адміністративних органах в певний момент часу.

У деяких країнах конституційний суд сам може ухвалювати рішення про наслідки

рішення, визнавши юридичне положення неконституційним. У Чеській Республіці існує широке прецедентне право з питань правових аспектів перегляду абстрактної конституційності. Висновки Конституційного Суду вважаються конституційними правовими актами і, в принципі, мають ексклюзивні наслідки. Однак у виняткових випадках висновки Конституційного Суду мають зворотну дію. Це допустимо, якщо вони вкрай необхідні в крайньому випадку з метою захисту конституційності і, якщо вони не призводять до непропорційного втручання в правову визначеність, особливо у вертикальних відносинах, якщо неконституційне положення регулює відносини між державною владою та особою, яка б виграла від їх недійсності².

Прецедентна практика Конституційного Суду Чеської Республіки визнає, що якщо мова йде про вертикальні відносини (між державою та окремими людьми), то виявлення неконституційності може мати зворотну дію, тому що у вертикальних відносинах слід надавати пріоритет захисту основних прав над правовою визначеністю та довірою до закону³.

Цікаво, що вірменське законодавство передбачає, що рішення Конституційного Суду мають ретроспективну дію на всі звичайні судові рішення та адміністративні рішення, ухвалені протягом останніх трьох років до набрання чинності рішення Конституційного Суду.

Крім того, Конституційний суд Молдови порушив процесуальне законодавство, яке перешкоджало повторному розгляду цивільних справ в силу неконституційності чинного законодавства. Суд зазначив, що законодавство має забезпечити справедливий баланс між принципами індивідуального правового захисту та правової стабільності шляхом запровадження законодавчого строку, протягом якого для постраждалих третіх осіб буде дозволено відновлення цивільних справ⁴.

Венеційська комісія виявила невелику перевагу поєднання системи недійсності *ex nunc* (включно зі спеціальним правилом для даної справи), а також можливість конституційного суду призначити зворотну дію, якщо це потрібно, за певних умов. В одній із її думок зазначається, що «слід уникати загального зворотного ефекту, оскільки це може мати «дуже дорогі та негативні наслідки (також для третіх сторін)» та «Безпечніше мати загальний ефект *ex nunc* за винятком заявника, який повинен мати можливість отримати користь від скарги та залишити визначення можливих ретроспективних наслідків індивідуальної скарги в Суді».

Така система дала б конституційному суду достатню гнучкість для встановлення балансу між принципами індивідуального правового захисту та правовою визначеністю. Однак така перевага не означає, що інші системи не відповідають європейським стандартам.

Список використаних джерел:

1. Bundesverfassungsgerichts-gesetz [BVerfGG] [Закон про Федеральний конституційний суд], 12 березня 1951 р., BGBl. Є.
2. Конституція Грузії, 24 серпня 1995 р., 24.08.1995 р.

² Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 55/10 of 1 March 2011.

³ Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 38/06 of 6 February 2007.

⁴ Judgment N 16 or 25.06.2013, available in Russian at: <http://lex.justice.md/ru/349150/>

3. *Burton v. Wilmington Pkg. Авт.*, 365 США 715 (1961).
4. *BVerfGE 7, 198* – Лют.
5. Кроулі проти ірландської національної організації вчителів (1980).
6. Висновок Конституційного суду Чеської Республіки IV ÚS 1777/07 від 18 грудня 2007 року.
7. Висновок Конституційного суду Чеської Республіки Пл. 55S 55/10 від 1 березня 2011 року.
8. Висновок Конституційного суду Чеської Республіки Пл. ÚS 38/06 від 6 лютого 2007 року.
9. Рішення N 16, 25.06.2013, Конституційний суд Республіки Молдова
10. Хумало та інші проти Голоміса (CCT53 / 01) [2002] ZACC 12; 2002 (5) SA 401; 2002 (8) BCLR 771 (14 червня 2002).
11. Мескелл проти С.І.Е (1973), Генеральний прокурор (Товариство захисту ненародженої дитини (Ірландія) Ltd) проти Оупен-Дор Консалтинг (1988).
12. Петерсон проти міста Грінвілль, С. 373 США 244 (1963).
13. RWDSU проти компанії «Дельфін Доставка» (1986) 2 SCR 573.
14. Вірджинія проти Рівес, 100 американських 313 (1880).
15. Коротка інформація про Amicus curiae для Конституційного Суду Грузії про вплив рішень Конституційного Суду на остаточні рішення у цивільних та адміністративних справах, CDL-AD (2018) 012-е.
16. Дж. Локк, Другий трактат про уряд, 1689, глави VII і XIX.
17. Висновок № 479/2008 про проект Закону Конституційного Суду Чорногорії, CDL-AD (2008) 030, пункт. 58.
18. Мірило правосуддя, CDL-AD (2016) 007.
19. Рассел Міллер та Дональд П. Коммерс, *Das Bundesverfassungsgericht: Процедура, практика та політика Федерального конституційного суду Німеччини*, 3 J. COMP. Л. 194, 197 (2009).
20. Дослідження індивідуального доступу до конституційного правосуддя, CDL-AD (2010) 039rev.

Prof. George Papuashvili,

Former President of the Constitutional Court of the Georgia,
Former Minister of Justice of the Georgia, expert and former
Member of the European Commission for Democracy
through Law (Venice Commission)

A TENSION BETWEEN THE PRINCIPLES OF INDIVIDUAL REMEDY AND LEGAL CERTAINTY: EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN TIME

Background

With respect to the effects of constitutional court decisions on the final judgments of ordinary courts, the issue of individual access to the constitutional court is pertinent. Namely, it may be argued that when an individual(s) submits a complaint to the constitutional court, he/she expects appropriate redress, whereas the scope of the constitutional court decisions may be different when an institutional actor acts as a complainant (abstract review).

The analysis the countries with pertinent experience and case-law may serve a valuable point of reference for less experienced jurisdictions in adopting guiding criteria for establishing the scope of the effects of fundamental rights.

Temporal Dimension of Constitutional Courts' Decisions

In its amicus brief written upon the request of the Constitutional Court of Georgia, the Venice Commission notes that one of the inherent characteristics of the rule of law is the principle of legal certainty and the protection of citizens' trust in the law, which includes the prohibition of retroactive effects of legal regulations and their provisions¹. Conversely, effectiveness of constitutional review mechanism needs to be ensured. On the whole, in choosing a system of effects of constitutional court decisions, a balance must be found between the principles of individual remedy on the one hand and legal certainty on the other.

In systems that provide for a normative constitutional complaint, the individual act applying the normative act cannot be attacked as such before the constitutional court. The control by the constitutional court does not concern the implementation of the normative act. As a consequence, a normative constitutional complaint is not an effective remedy if the unconstitutionality resides in the application of the norm, but not in the norm itself.

As concerns the validity of the unconstitutional legal provisions, there are two schools of thought: 1. unconstitutionality 'as from then' (ex tunc) effect; 2. unconstitutionality 'as from now' (ex nunc) effect.

Only relatively few countries provide for ex tunc effect of constitutional court decisions. The German legal system is widely regarded as a well-known example for an ex tunc. In this case, ex tunc means that the unconstitutional provisions are considered to be invalid as from their adoption. The decision of the constitutional court finding the unconstitutionality is not a constitutive act

¹CDL-AD(2018)012-e Georgia - Amicus curiae brief for the Constitutional Court of Georgia on the effects of Constitutional Court decisions on final judgments in civil and administrative cases, available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)012-e)

invalidating these provisions. It only identifies provisions which are unconstitutional and which are already invalid. The advantage of this concept is its abstract clarity. The supremacy of the Constitution is regarded so important that unconstitutional provisions are invalid per se.

However, in practice, a rigorous application of this concept would lead to unforeseeable results in individual cases, which are based on the application of the unconstitutional provision. For instance, a decision finding a provision on marriage unconstitutional (for instance because of a contradiction with the principle of equality) would then result in the invalidity of all marriages concluded under this provision. This is, of course, an unacceptable result for society. Therefore, even in states with ex nunc effects on the law itself, these effects are regularly excluded for final judgments that do not lose their legal force.

The alternative model of invalidating unconstitutional provisions ex nunc is the most common. In its strict form, this means that the legal provision that was found unconstitutional remains even applicable to facts that arose before the invalidation entered into force. With the exception of the rule for the instant case (preferential treatment of retroactive effect of the decision applying only to the complainant; *Ergreiferprämie* in German), decisions of the constitutional court do not influence legal relationships that had been finalised before the publication of the decision. The logic justifying this solution is that legal certainty is given a high priority over individual remedy. In order to provide a remedy in the case which led to the decision of the constitutional court, the rule for the instant case is necessary as an incentive for individuals to appeal to the constitutional court.

The Austrian Constitution established a system of a strict ex nunc system with a rule for the instant case. Article 140 para. 7 of the Federal Constitutional Law stipulates that the law invalidated by the Constitutional Court shall continue to apply to the circumstances effected before the decision of the Court, with the exception of the instant case. The Court may, however, extend the effect of its decision to parallel cases pending before courts or administrative authorities at a certain point in time.

In some countries, the constitutional court itself may decide on the effects of a decision finding a legal provision unconstitutional. In the Czech Republic, there is extensive case law on the issue of legal aspects of abstract constitutionality review. Findings of the Constitutional Court are considered constitutive legal acts and have, in principle, ex nunc effects. However, in exceptional cases, the Constitutional Court's findings have retroactive effects. They are admissible if they are absolutely necessary as a last resort for the purposes of protection of constitutionality and if they do not lead to disproportionate interference in legal certainty, especially in vertical relations if the unconstitutional provision regulates the relationship between a public authority and an individual who would benefit from the invalidation².

The case-law of the Constitutional Court of the Czech Republic admits that when it comes to vertical relationships (between the state and individuals), a finding of unconstitutionality may have retroactive effects, because in vertical relationships it is necessary to give priority to the protection of fundamental rights over legal certainty and trust in the law³.

Interestingly, Armenian law provides that the decisions of the Constitutional Court have a

² Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 55/10 of 1 March 2011.

³ Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 38/06 of 6 February 2007.

retrospective effect on all ordinary court judgments and administrative decisions taken during the last three years before the entry into force of the decision of the Constitutional Court.

In addition, the Constitutional Court of Moldova struck down the procedural law that precluded reopening of civil cases by virtue of unconstitutionality of applicable law. The Court indicated that the legislation needs to strike a fair balance between the principles of individual remedy and legal stability by introducing a legislative time limit, during which the reopening of civil cases will be allowed for the affected third parties⁴.

The Venice Commission showed a slight preference for a combination of a system of invalidation *ex nunc* (including a special rule for the instant case), together with the possibility for the constitutional court to order a retroactive effect if this is required, under certain conditions. In one of its opinion, it is stated that "[a] general retroactive effect should be avoided as this could have "very costly and negative effects (also on third parties)" and "It seems safer to have a general *ex nunc* effect with the exception of the petitioner who should benefit from the complaint and to leave the determination of possible retrospective effects of an individual complaint to the Court."⁵ Such a system would give the constitutional court enough flexibility to establish a balance between the principles of individual remedy and legal certainty. However, such a preference does not mean that other systems are not in line with European standards.

References:

Legal Instruments

- Bundesverfassungsgerichts-gesetz [BVerfGG] [Federal Constitutional Court Act], Mar. 12, 1951, BGBL. IS.
- Constitution of Georgia, 24 August 1995, 24.08.1995

Jurisprudence

- *Burton v. Wilmington Pkg. Auth.*, 365 U.S. 715 (1961)
- BVerfGE 7, 198 – Lüth
- *Crowley v. Irish National Teachers Organisation* (1980)
- Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. IV ÚS 1777/07 of 18 December 2007.
- Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 55/10 of 1 March 2011.
- Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic ref. Pl. ÚS 38/06 of 6 February 2007.
- Judgment N 16, 25.06.2013, Constitutional Court of the Republic of Moldova

⁴ Judgment N 16 of 25.06.2013, available in Russian at: <http://lex.justice.md/ru/349150/>

⁵ Opinion No. 479/2008 on the Draft Law of the Constitutional Court of Montenegro, CDL-AD(2008)030.

- Khumalo and Others v. Holomisa (CCT53/01) [2002] ZACC 12; 2002 (5) SA 401; 2002 (8) BCLR 771 (14 June 2002)
- Meskell v. C.I.E (1973), Attorney General (Society for the Protection of the Unborn Child (Ireland) Ltd) v. Open-Door Counselling Ltd, (1988),
 - Peterson v. City of Greenville, S.C. 373 U.S. 244 (1963)
 - RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. (1986) 2 SCR 573
 - Virginia v Rives, 100 U.S. 313 (1880)

Secondary sources

- Amicus curiae brief for the Constitutional Court of Georgia on the effects of Constitutional Court decisions on final judgments in civil and administrative cases, CDL-AD(2018)012-e
 - J Locke, Second Treatise on Government, 1689, chapters VII and XIX.
 - Opinion No. 479/2008 on the Draft Law of the Constitutional Court of Montenegro, CDL-AD(2008)030, para. 58.
 - Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007
 - Russell Miller & Donald P. Kommers, Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court, 3 J. COMP. L. 194, 197 (2009).
 - Study on individual access to constitutional justice, CDL-AD(2010)039rev



Автобіографічна довідка

Михайло Савчин, доктор юридичних наук (2014), професор (2015), директор Науково-дослідного інституту порівняльного публічного права та міжнародного права Ужгородського національного університету, державний службовець V-го рангу (вересень 2008 р.).

Девіз: *Dives est, qui sapiens est*

Народився 4 червня 1973 р. в селі Довге Поле Ужгородського району Закарпатської області у селянській родині. Закінчив 28

червня 1996 р. юридичний факультет Ужгородського державного університету; спеціальність "правознавство". Розпочав професійну діяльність на посаді консультанта Ужгородського міського суду із січня 1996 року. З жовтня 1998 р. по серпень 2008 р. у сфері науково-викладацької діяльності – викладач, старший викладач, доцент Ужгородського державного інституту інформатики, економіки і права (з 2004 р. – Закарпатський державний університет).

Із серпня 2008 р. по липень 2010 р. – радник Голови Конституційного Суду України.

Із вересня 2010 р. по березень 2011 р. завідувач кафедрою конституційного та адміністративного права Київського університету права НАН України, із квітня 2011 р. по червень 2012 р. – керуючий справами КУП НАН України. З вересня 2013 р. доцент, а з квітня 2014 р. – професор Ужгородського національного університету.

Із січня 2014 р. викладач Національної школи суддів України.

У лютому 2004 року захистив кандидатську дисертацію на тему «Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу» в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. У червні 2007 року присвоєно вчене звання доцента.

У січні 2014 року захистив докторську дисертацію на тему «Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації» в Національній академії внутрішніх справ, вчене звання професора присвоєно у вересні 2015 р.

Сфера наукових інтересів: проблеми юридичної герменевтики, конституційне і муніципальне право, судове конституційне право і процес, порівняльне конституційне право, захист прав людини, теорія конституції та конституціоналізм, проблеми державного суверенітету у контексті процесів глобалізації й інтеграції.

Автор понад 300 наукових та науково-методичних праць у фахових виданнях. Один із співавторів єдиного наразі в Україні науково-практичного коментаря до Закону України «Про Конституційний Суд України» (Київ, 2009). Член Керівної ради Громадської спілки «Світовий конгрес українських юристів».

Autobiographic Reference

Mykhailo Savchyn, Doctor of Law (2014), Professor (2015), Director of the Scientific Research Institute of Comparative Public Law and International Law at Uzhgorod National University, rank V public officer (September 2008).

Motto: *Dives est, qui sapiens est*

He was born on 4 June 1973 in the peasant family in the village of Dovhe Pole in Uzhgorod District of Zakarpattia Region. On 28 June 1996, he graduated from the Faculty of Law of Uzhgorod State University majoring in "Legal Science". In June 1996, he started his professional activities as the adviser at Uzhgorod City Court. From October to August 2008, he was engaged in scientific and teaching activities working as a teacher, Assistant Professor at Uzhgorod State Institute of Information Sciences, Economics and Law (since 2004 – Zakarpattia State University).

From August 2008 to July 2010, he worked as the adviser to the President of the Constitutional Court of Ukraine.

From September 2010 to March 2011, he was the Chair of the Department of Constitutional and Administrative Law at Kyiv University of Law of the Academy of Sciences of Ukraine; from April 2011 to June 2012 – Chief of Administration at Kyiv University of Law of the Academy of Sciences of Ukraine. In September 2013, he became the Assistant Professor, and in 2014 – Professor at Uzhgorod National University.

Since 2014, he has been teaching at the National School of Judges of Ukraine.

In February 2004, Mykhailo Savchyn defended a thesis on the topic "Constitutional Court of Ukraine as a guarantor of the constitutional order" at V. M. Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine. In June 2007, he was awarded the academic rank of the Assistant Professor.

In January 2014, he defended a doctoral thesis on the topic "Constitutionalism and the nature of the constitution: implementation theory and practice" at the National Academy of Internal Affairs; the academic rank of the Professor was awarded in 2015.

Scientific interests: issues of legal hermeneutics, constitutional and municipal law, judicial constitutional law and procedure, human rights protection, the theory of constitution and constitutionalism, issues of state sovereignty in the context of globalisation and integration processes.

He is the author of over 300 scientific and scientific methodology works available in professional publications. He is one of the co-authors of currently the only Ukrainian scientific and practical commentary to the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" (Kyiv, 2009). He is the member of the Public Association "World Congress of Ukrainian Lawyers".

Михайло Савчин,

доктор юридичних наук, професор,

Ужгородський національний університет

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>

michaelsavchyn7@gmail.com

ЮРИДИЧНА СИЛА РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА ЇХ ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Вступ

Україна належить до континентальної правової сім'ї, у якій судові рішення мають специфічну природу як інтерпретаційні акти:

загальні суди тлумачать закони і вирішальне значення має стала практика верховних (касаційних) судів;

конституційні суди, трибунали чи ради – тлумачать конституцію, конкретизуючи і деталізуючи її положення як своєрідний «відкритий текст».

Однак це тільки загальні положення. Диявол приховується у деталях. Щоб знайти дороговказ, слід детально провести логічні зв'язки між прямою дією конституції та юридичною силою актів конституційної юстиції. Комплексно вони складають нормативний аспект чинності конституції та її верховенства.

Слід враховувати соціальний контекст, пов'язаний із функцією захисту прав людини конституційною юстицією, який здійснюється шляхом розгляду конституційних скарг. Тому виникає питання, які конкретні юридичні обов'язки покладає рішення Конституційного Суду

України на адміністративні суди з огляду на їх *erga omnes* (загальну чинність) та *inter partes* (чинність між сторонами).

На такій методологічній основі слід вирішувати проблеми, пов'язані з імплементацією рішень Конституційного у діяльності адміністративних судів.

1. Найвища юридична сила Конституції та аргументація судових рішень

Верховенство права як місія суду захищати права людини. Як відомо із однієї максими про верховенство права (або за версією Сергія Головатого, правовладдя), ця засада означає, що індивід не має зверхності над законом – закон визначає однаковий масштаб свободи. Однак таке масштабування є ніщо інше, як певний розподіл благ або забезпечення рівного доступу до них. Розподіл благ часто супроводжується дискусією чи навіть конфліктами, у яких слід визначити межі доступу до цих благ. Тому критерієм для правосуддя у даному випадку є усунення такого стану юридичної невизначеності. Об'єктивним критерієм тут виступають права людини та обов'язок суду захищати сутнісний зміст права.

Систематика правових актів у системі аргументації судових рішень. Це одне із ключових питань у світлі доктрини судового прецеденту. У силу специфіки правової системи, ні акти Конституційного Суду, ні Верховного Суду не можна розглядати як судові прецеденти. Відповідно Конституційний Суд зв'язаний Конституцією і тлумачить її, Верховний Суд – тлумачить закони і зв'язаний їх положеннями. Однак цього недостатньо для розуміння систематики правових актів у силу прямої дії Конституції, яка переважно є тим, що говорить про неї доктрина і конституційна юриспруденція. Слід також зважати на висловлену думку, що загальнообов'язкові юридичні позиції конституційної юстиції є офіційною конституційною доктриною на відміну від академічної конституційної доктрини, якою формально суди не зв'язані.

Забезпечення єдності судової практики при колізії законодавства. Функція конституційної юстиції за таких обставин не підмінювати законодавця, а в світлі конституційних цінностей і принципів дати юридичну оцінку їх конституційності. У разі відсутності єдності практики тут матиме місце порушення засад юридичної визначеності та передбачуваності законів, на що потрібна адекватна реакція під час вирішення справи.

Верховенство Конституції та заборона у відмові у правосудді у разі недоліків законодавства. Подібна ситуація виникає також у разі прогалин у законодавстві, вадах юридичної техніки, відсутності юридичних дефініцій, неналежній конкретизації чи деталізації законодавства особливо у разі наявності відсильних приписів законів. Тоді інтерпретація Конституції може слугувати критерієм для застосування законів судами загальної юрисдикції.

Як це діє розглянемо з огляду на верховенство конституції і юридичну силу актів конституційної юстиції.

2. Найвища юридична сила Конституції та юридична сила рішень Конституційного Суду України.

Доктрина та пряма дія Конституція: роль в аргументації судових рішень. Стаття 8.3 Конституції визнає пряму дію положень, а також встановлює принцип гарантованості звернення кожного до суду для захисту конституційно захищених прав. Дія принципу прямої дії Конституції має значення з точки зору нормативності прав людини, щодо яких держава несе обов'язок

захисту. У силу приписів статті 3 Конституції головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав людини. Як зазначає Джек Донеллі, «постановка про захист прав людини означає наявність очевидних проблем у правопорядку з точки зору справедливості та забезпечення балансу інтересів» [3]. Рональд Дворкін говорить, що вирішення судами справ про права людини відносяться до складних права, оскільки тут мовиться про надмірне їх обмеження законом, яке не засновано на достатній правовій підставі [2]. Це зобов'язує адміністративні суди використовувати доктрину та юридичні позиції Конституційного Суду при аргументації своїх рішень, оскільки права людини накладають обов'язок захисту і на адміністративні суди.

Конституційний контроль (перегляд), офіційне тлумачення Конституції та аргументація судових рішень. Після розгляду конституційних скарг ці функції є основними засобами захисту прав людини конституційною юстицією. На це слід зважати при ухваленні рішень адміністративними судами та іншими судовими юрисдикціями. Абстрактний аналіз конституційності законів є найпоширенішим наразі у діяльності Конституційного суду, але він має поступитися першій конкретному перегляду, який має місце при розгляді конституційних скарг. У разі коли суд вбачає, що законодавець, використавши свій розсуд (наприклад про встановлення виборчої застави) у такий спосіб врегулював певне правовідношення, яке порушує сутнісний зміст права (тут виборчого права), то він має звернутися до Конституційного Суду у порядку інцидентного конституційного перегляду (контролю). Верховний Суд також має активізувати свою позицію і поважати принцип незалежності суду, який просить про звернення до Конституційного Суду у порядку інцидентного конституційного перегляду.

Права людини як конституційні принципи та обов'язок судового захисту: роль конституційної скарги. Прийнято вважати, що права людини мають дуальну природу з точки зору їх нормативності – вони виступають як норми права, так і принципи права [1]. Правовий стиль їх викладу в конституційному тексті передбачає формулювання переважно як принципів права – з конституційного тексту складно вивести їх як норми права із притаманними складниками для норм права: гіпотезою, диспозицією і санкцією. Деякі науковці навіть стверджують, що оскільки конституційний текст не містить гіпотези, то її ніби замінює рекурсія. Однак це шлях манівцями. Усе вирішується значно простіше – через структуру прав людини. Права людини є насамперед правомірною вимогою приватної особи, в силу якого у держави на підставі статті 3 Конституції виникає обов'язок захищати їх, на підставі чого вона здійснює втручання. Судам слід мати на увазі, що критерієм прийнятності конституційних скарг є перевірка відповідності дій держави принципу пропорційності. Цих стандартів наразі не притримується Конституційний Суд, однак як свідчить досвід конституційних судів зарубіжних країн це найбільш надійний критерій прийнятності конституційних скарг, а не зневажливі звороти на кшталт «суб'єктивна думка заявника», «припущення заявника про неконституційність» тощо. Стаття 2 Кодексу адміністративного судочинства у свою чергу орієнтує адміністративні суди діяти до подібних стандартів.

Захист прав людини як відтворення правил та стратегія судового рішення. Оскільки права людини піддають сумніву справедливість існуючого правопорядку, тому вирішення такого роду спору має стратегічний характер. Стратегія судового рішення полягає у визначенні балансу публічних і приватних інтересів. Яку стратегію обере суд залежить від того, як він застосовуватиме принцип пропорційності: як трискладовий тест чи як балансування.

Незважаючи на нескладність балансування, воно насправді потребує більш витонченої системи аргументації судового рішення, чим при застосуванні трискладового тесту (на основі закону, необхідність у демократичному суспільстві та домірність застосованих заходів відповідно до легітимної мети). Це можна порівняти на аргументації рішень Конституційного суду у справах, що стосувалися поміщення особи в психіатричний заклад та застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою осіб, підозрюваних у злочинах проти національної безпеки. В останній справі необхідно було зважати на баланс не лише між свободою підозрюваних та національною безпекою, а й між свободою підозрюваних та потенційних жертв, чого не зробив Конституційний Суд.

Основні стратегії суддівського розсуду у світлі обов'язку захисту. Тут йде мова про стратегії нейтральності та активізму. До стратегії нейтральності схильні ориджиналісти, які вважають, що при тлумаченні правових норм слід виходити із встановлення волі законодавця. З точки зору прав людини це доволі проблемна позиція. Тут кращим варіантом є використання доктрини *Travaux Préparatoires*, яку також використовують ориджиналісти для з'ясування різних аспектів запровадження законів та дискусій під час його ухвалення з урахуванням обставин, що змінилися, для застосування відповідних положень законів. По суті права людини є невід'ємними від людської істоти, тому закон може лише визначати рамки втручання держави, на чому ґрунтується перевірка законів з точки зору юридичної визначеності, чіткості та передбачуваності правил. На цьому ґрунтується *судовий активізм*, критерієм правомірності чого служить захист прав людини.

Природа рішень *ex nunc* та *erga omnes*. Стаття 151² Конституції, говорячи про загальнообов'язковість рішень Конституційного Суду надає їм характеру *erga omnes*. Це загальний аспект чинності актів конституційної юстиції. У такий спосіб забезпечується нормативність Конституції, яка накладає обов'язки на органи публічної влади, зокрема і судової влади. Так само і рішення КС по вирішенню конституційних скарг мають юридичну силу *erga omnes* щодо невизначеного кола осіб, однак з огляду на засади юридичної визначеності не мають володіти зворотною силою (*ex nunc*).

Природа рішень *ex tunc* та *inter partes*. Однак зовсім інша ситуація із юридичною силою рішень КС по розгляді конституційних скарг *inter partes*, що пов'язано із поновленням порушеного права. Тут має місце триваючі правовідносини з моменту порушення прав людини, у силу чого в суду виникає обов'язок поновити порушене суб'єктивне публічне право. У цій ситуації сила рішення *ex tunc* накладає на державу позитивний обов'язок поновити суб'єктивне публічне право з моменту його порушення із виплатою справедливої компенсації. Якщо говорити щось інше у цьому випадку, то це буде запереченням сутнісного змісту права – ідея конституційної скарги як засобу захисту порушених конституційних прав втрачає свій сенс. Однак основною перепорою тут є формулювання статті 152.2 Конституції.

3. Імплементация рішень Конституційного Суду України у практиці адміністративних судів.

Перегляд рішень на підставі актів конституційної юстиції. Дилема формули статті 152.2 Конституції має судами вирішуватися виходячи із голістичного розуміння конституції. Це означає, що конституція є цілісним документом, положення якого є взаємоузгодженими і логічно пов'язаними. Конституція є сукупністю принципів, які мають певну ієрархію, що впливає

на її тлумачення. Тому згадане положення не може застосовуватися у такий спосіб, який заперечував сутнісний зміст права на захист за результатами розгляду конституційних скарг. Тобто стаття 3 Конституції надає такого змісту статті 152.2, який накладає обов'язок на органи влади поновити порушені права. Тому поновлення порушеного права не пов'язано власне із датою набрання чинності рішення КС. Обов'язок захисту полягає у поновленні порушеного права з моменту його порушення. Якщо цілісно тлумачити статті 3, 55.1, 55.4 та 151¹ Конституції, то встановлення неконституційності закону при розгляді конституційних скарг є захист прав людини, що є головним обов'язком держави і зокрема судів. Виходячи із цих конституційних засад, адміністративні суди мають переглядати свої рішення за заявами уповноважених осіб, якщо рішенням КС буде встановлено, що застосовані положення закону в остаточному судовому рішенні є антиконституційними. Відмова у перегляді рішень адміністративними судами є відмовою у правосудді і запереченням сутнісного змісту права на судовий захист.

Застосування юридичних позицій Конституційного суду в аргументації рішень адміністративних судів. КС у рішенні № 11-р/2019 вказав, що «*рішення Конституційного Суду України безвідносно до їх юридичної форми, ухвалені з питань його виключних конституційних повноважень, не можуть бути оскаржені*». У цьому рішенні висловлені ще деякі думки, які стосуються застосування юридичної позиції КС. Зокрема КС посилався на свої попередні юридичні позиції, згідно з якими:

– *рішення КС незалежно від того, визначено в них порядок і строки їх виконання чи ні, є обов'язковими до виконання на всій території України; органи публічної влади, організації та приватні особи повинні утримуватись від застосування чи використання правових актів або їх положень, визнаних неконституційними; рішення КСУ мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтверджень з боку будь-яких органів державної влади; обов'язок виконання рішення Конституційного Суду України є вимогою Конституції України, яка має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів; додаткове визначення у рішеннях, висновках Конституційного Суду України порядку їх виконання не скасовує і не підмінює загальної обов'язковості їх виконання (рішення від 14 грудня 2000 року № 15-рп/2000);*

– *закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані неконституційними, не можуть бути прийняті в аналогічній редакції; повторне запровадження правового регулювання, яке КС визнав неконституційним є порушенням конституційних приписів, згідно з якими закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (рішення від 8 червня 2016 року № 4-рп/2016).*

Згідно із зазначеними юридичними позиціями КС адміністративні суди можуть діяти двома шляхами. У разі звернення із заявою особи, конституційна скарга якої була задоволена, адміністративний суд має переглянути остаточне судове рішення на підставі статті 361.5.1 КАС з урахуванням юридичної позиції, сформульованої КС за результатами розгляду конституційної скарги. Якщо під час розгляду адміністративним судом за подібних обставин існує потреба у застосуванні положень Конституції, стосовно якої КС сформулював юридичні позиції шляхом абстрактного конституційного контролю, надання висновку щодо конституційності чинного міжнародного договору чи під час розгляду конституційних скарг, то він має врахувати її, зокрема шляхом використання її положень для аргументації власного рішення. Якщо ж адміністративний суд не вбачає підстав для застосування у справі юридичної позиції КС, то він за аналогією статті

13 Закону про судоустрій і статус суддів може навести належну юридичну аргументацію, з яких саме правових принципів вирішує спір по суті.

Досягнення основної мети адміністративної юстиції – захист прав людини від свавілля публічної адміністрації. Предметом захисту є певні матеріальні і духовні блага, захищені юридичними засобами, або охоронювані законом інтереси. На цій основі орган публічної влади набуває підстав для втручання у приватне життя. Втручання держави/публічної влади у приватне життя здійснюється згідно із принципом пропорційності, який застосовується диференційовано, що насамперед пов'язано із природою негативних і позитивних прав та структури позитивних і негативних обов'язків держави, при запровадженні певних заходів, які передбачені в законі є нагально необхідними задля забезпечення балансу публічних і приватних інтересів, є достатніми і доречними у контексті легітимної мети, визначеної в законі (рішення КСУ № 3-рп/2015).

У світлі означеного речення друге статті 3.2 Конституції в жодному разі не можна розглядати як якусь декларацію, це є імперативне, основоположне конституційне рішення, яке закладає власне основи конституційного і публічного порядку в Україні в цілому. Це положення однаковою мірою стосується всіх органів влади і встановлює наступні стандарти для публічної адміністрації.

I) *неприпустимість зловживань.* Правові акти адміністрації та судової влади видаються на основі закону. Такі акти видаються на виконання конкретних приписів закону або вони конкретизують його зміст, що передбачає розсуд, при використанні якого завжди існує потенційна загроза свавільного застосування права. Однак, у судовому порядку адміністративні акти можуть бути оскаржені і визнані нечинними згідно певних правових критеріїв. Важливою умовою неприпустимості свавілля є обґрунтованість рішень. Рішення повинно бути обґрунтовано у письмовому вигляді, має бути зрозумілим. При ухваленні рішення особі повинно бути роз'яснено про можливість його оскарження.

II) *неприпустимість надмірних обмежень у реалізації прав людини.* За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутність змісту основного права і перевищували межі необхідності, що впливають з публічного інтересу.

III) *неприпустимість надмірного формалізму.* Встановлення вимог стосовно форми заяви чи скарги, форм оплати судового збору тощо не може служити перепорою для реалізації конкретної процедури. Заінтересованій особі має бути надане право стосовно реалізації належного їй суб'єктивного публічного права [4].

Висновки

Вирішення судами спорів про права людини відносяться до складних справ, оскільки тут йдеться про надмірне їх обмеження законом, яке не ґрунтується на достатній правовій підставі. Це зобов'язує адміністративні суди використовувати доктрину та юридичні позиції Конституційного Суду при аргументації своїх рішень, оскільки права людини накладають обов'язок захисту і на адміністративні суди. У процесі перегляду рішень адміністративних судів на основі рішення КС по конституційній скарзі, права людини мають бути поновлені шляхом перегляду остаточного рішення адміністративного суду.

Зважаючи на цілісне розуміння Конституції обов'язок захисту державою виникає з моменту порушення її агентом (зокрема і органом) людського права і головним обов'язком судді є поновлення такого права у повному обсязі. Для цього у КС є інститут забезпечувального наказу, натомість адміністративні суди мають належним чином переглядати свої рішення на підставі рішення КС.

Список використаних джерел:

1. Lothar Michael, Martin Morlok. Grundrechte. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2017
 2. Рональд Дворкин. О правах всерьез. Москва: РОССПЭН, 2004.
 3. Джек Донеллі. Права людини у міжнародній політиці. Львів: Кальварія, 2004.
 4. Михайло Савчин. Права людини у світлі конституційної реформи. *Український часопис міжнародного права. Спецвипуск: Міжнародне право і Конституція України*. 2015. С. 67–79.
-

Mykhailo Savchyn,

Doctor of Law, Professor,

Uzhgorod National University

LEGAL EFFECT OF JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AND THEIR IMPLEMENTATION IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Logical links between the constitutional effect and legal force of the constitutional justice instruments together form the regulatory aspect of the constitutional validity and its supremacy. The report reveals issues concerning specific legal obligations that the judgment of the Constitutional Court of Ukraine imposes on administrative courts in light of their erga omnes and inter partes.

It argues that in light of constitutional values and principles, the function of constitutional justice consists in giving a legal assessment of the constitutionality of legal acts. In the absence of uniform case-law, there will be a violation of legal certainty and law predictability principles, which requires adequate response during case resolution.

Court resolution of disputes related to human rights is referred to as complex cases, as it deals with excessive restrictions by law that are not based on sufficient legal grounds. This obliges administrative courts to use the doctrines and legal stands of the Constitutional Court during the argumentation of its decisions since human rights also impose on administrative courts the obligation of protection. During the review of administrative court judgments based on the Constitutional Court judgment made following the constitutional complaint, human rights may be restored by reviewing the final administrative court judgment.

In view of the holistic comprehension of the Constitution, the duty of state protection starts from the moment of human right violation perpetrated by its agent (including, authority), and the main obligation of the judge is to fully restore such right. For this, the Constitutional Court has the institute of enforcement orders, while administrative courts must duly review their judgments based on the Constitutional Court judgment.



Автобіографічна довідка

Мирослава Білак, суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді, доктор юридичних наук. Має багаторічний досвід наукової та викладацької роботи на кафедрі теорії права та прав людини Українського Католицького Університету (м. Львів), а також на юридичному факультеті Міжнародного Соломонового університету (м. Київ). Працювала помічником та науковим консультантом судді Конституційного Суду України, Секретарем Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентіві України. Як експерт брала участь в низці міжнародних проєктів, зокрема в рамках співпраці з Проєктом USAID «Справедливе правосуддя».

Autobiographic Reference

Myroslava Bilak, judge of the Supreme Court at the Administrative Cassation Court, Doctor of Law. She has many years of experience in scientific and teaching activities at the Department of Theory of Law and Human Rights of the Ukrainian Catholic University (Lviv), as well as at the Faculty of Law of the International Solomon University (Kyiv). She used to work as the assistant and scientific adviser to the judge of the Constitutional Court of Ukraine, Secretary of the National Commission for the Strengthening of Democracy and the Rule of Law created by the President of Ukraine. She participated as an expert in a number of international projects, including as part of cooperation with the Fair Justice USAID Project.

Мирослава Білак,

суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді,
доктор юридичних наук

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК КРИТЕРІЙ ДІЇ У ЧАСІ РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ

Останнім часом у професійному юридичному середовищі активно обговорюється питання дії в часі рішень Конституційного Суду України (далі – КСУ). Це особливо стосується питання можливості перегляду судових справ, у яких уже були винесені рішення на підставі закону, який повністю чи в певній нормі пізніше було визнано неконституційним [1]. Зокрема, суддя КСУ В. Лемак вбачає небезпеку у зворотній юридичній дії рішення Суду, що може нівелювати принцип правової визначеності, адже тоді у жодних правовідносинах, які є в сучасному світі, не можна бути впевненим. А суддя КАС Верховного Суду (далі –КАС ВС) А. Єзеров навпаки, вважає, що відсутність можливості ретроактивної дії рішень КСУ є порушенням справедливості. Фактично йдеться про юридичні наслідки неконституційності актів для захисту прав людини у загальному судочинстві, зокрема в адміністративному, прийнятих рішень КСУ, що пов'язано з рядом питань, які є предметом конституційного контролю.

На думку автора цієї статті, основне правило – не може рішення КСУ мати зворотню дію в часі. Виключенням з цього правила можуть бути випадки, які стосуються природних прав людини (цінностей) із застосуванням індивідуального підходу до кожної окремої справи. Тим паче, що ч.5 ст.361 КАС України передбачає можливість перегляду рішення за виключними обставинами внаслідок визнання неконституційними закону, правового акта (положення).

Як правило, судові рішення загальних судів приймається ретроактивно, за винятком рішень КСУ, які діють на перспективу, якщо інше не встановлено самим рішенням (ч.2 ст. 152 Конституції України). Перспективна дія рішень КСУ зумовлена також тим, що останній здійснило офіційне тлумачення Конституції України, яка діє тільки на майбутнє, навіть за процедурою про визнання неконституційним закону, правового акта (положення). Відповідно і законодавчі норми, які приймає парламент, діють на перспективу. Вказана проблема дії в часі актів КСУ, як зазначає суддя КАС ВС О.Губська, ускладнюється ще й визначенням моменту втрати чинності норми внаслідок визнання її неконституційною, оскільки вважається, що норма визнається неконституційною з моменту її прийняття.

Принцип верховенства права, невід'ємною частиною якого є принцип юридичної визначеності, є основним контраргументом, який не дозволяє автоматичну ретроактивну дію рішень Суду на правовідносини, що уже виникли, навіть унаслідок визнання неконституційними норм права. Підтвердженням цього є норми п.1 ч.5. ст.361 КАС України, які передбачають можливість перегляду рішення за виключними обставинами, у тому числі, внаслідок визнання неконституційності закону, можливо, але тільки за заявою особи, яка наділена таким правом на перегляд (ст. 362 КАС України).

Загальновизнаним є те, що на національному і міжнародному рівнях будь-який закон діє тільки на майбутнє. В іншому разі він порушуватиме права людини, які захищені міжнародним правом. З огляду на таке ст.152 Конституції України не передбачає якихось виключень.

Суди вищих інстанцій повинні запроваджувати механізми, які дадуть можливість уникати суперечливості та гарантувати узгодженість їхньої судової практики з метою забезпечення принципу юридичної визначеності, як невід'ємної складової принципу верховенства права та ефективного захисту прав людини (пункт 50) [2].

Юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними. Зворотна дія [юридичних норм. – М. Б.] також суперечить принципів юридичної визначеності, принаймні у кримінальному праві (ст. 7 Європейської конвенції з прав людини – далі Конвенція), позаяк суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки; але це також стосується і цивільного та адміністративного права – тієї мірою, що негативно впливає на права та законні інтереси [особи. – М. Б.] (пункт 46) [2].

Під час дискусій щодо дії в часі рішень КСУ не можна оминати увагою такі основні принципи, як: поділ влади, незмінність та остаточність судових рішень, незворотність дії у часі нормативних актів, процедурні (процесуальні) часові обмеження, які також охоплює принцип юридичної визначеності. Дійсно, складно уявити ситуацію, коли відповідне визнання недійсності після прийняття неконституційності, що існувало в минулому, могло б бути переписане, щоб було дійсне, або ґрунтувалося на дійсності.

Для вирішення питання про можливість надання зворотної сили юридичним позиціям КСУ необхідно використати такий самий підхід, як і до норми права. Якщо закон вводить уперше норму права, то за загальним правилом така норма повинна застосовуватися до правовідносин, що виникають після введення її в дію.

За загальним правилом, норми права не мають зворотної дії в часі. Підтвердженням цьому є ст.58 Конституції України, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Цей принцип однаково стосується і дії рішень судів у часі. За інших обставин виникне хаос. Зворотна сила – це виняток.

Наприклад, Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) застосувала з урахуванням положень ст.58 Конституції України трирічний строк давності притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, оскільки застосування цього строку є заходом, який покращує становище судді порівняно із застосуванням припису, який діяв на час ухвалення скаржником у січні 2014 року постанов та не встановлював строку для вирішення питання про притягнення судді до відповідальності за порушення присяги (пункт 94 постанови) [3]. Отже, ВП ВС застосувала приписи закону, які на момент виникнення правовідносин у цій справі, характеризувалися недостатньою юридичною визначеністю. Обґрунтуванням ВП ВС у цій категорії справ була необхідність покращення становища судді під час проведення дисциплінарного провадження стосовно нього.

Подібний підхід щодо застосування законодавства використовує також ЄСПЛ, який зазначає, що принцип унеможливлення зворотної дії не застосовується, коли нове законодавство ставить особу в сприятливіший стан. ЄСПЛ вважає, що ст.7 Конвенції включає в себе принцип зворотної дії більш поблажливого кримінального права [4].

Отже, зворотна сила норми права можлива для покращення становища особи, виправлення ситуації, у якій вона перебуває, відновлення справедливості.

Власне, виникнення нової юридичної позиції КСУ не є автоматичною підставою для перегляду судового акта. Втім необхідно враховувати, наскільки зміни цієї позиції є суттєвими і впливають на суть вирішення адміністративного спору.

Зміна правозастосовного тлумачення не виправдовує скасування судового рішення або шаблонних рішень у подібних питаннях. В іншому разі перегляд раніше прийнятих рішень адміністративними судами може мати лавинний характер і дестабілізувати існуючу систему правосуддя, послаблюючи її легітимність в очах суспільства.

Юридична визначеність також вимагає дотримання принципу *res judicata*, який означає, що остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження і повинні бути виконані. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись водночас на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності (пункт 46) [2].

Судовій системі, дійсно, потрібен механізм, який би ефективно захищав права людини, внаслідок визнання неконституційними норми права, насамперед, за конституційною скаргю, і чітко сприяв забезпеченню єдності судової практики.

Необдумане ретроактивне застосування юридичних наслідків рішень КСУ, може також призвести до порушення принципу поділу влади, який передусім покликаний обмежувати діяльність судової влади правозастосуванням нормативних актів. Утім парламенту не може бути дозволено зневажати основоположні права [людини. – М. Б.] внаслідок ухвалення нечітких законів. Цим досягається істотно важливий юридичний захист особи супроти держави та її органів і посадових осіб (пункт 47) [2].

Парламент пов'язаний у своїй діяльності правами людини і, власне, Конституцією України у прийнятті законодавства України. Водночас саме суспільство не зможе функціонувати, якщо все законодавство буде протестовано на конституційність судом. Такі дії будуть розцінюватися як втручання судової гілки влади в законодавчу, яка за своєю природою покликана забезпечувати прийняття законів, а судова – допомагати у правозастосуванні цих норм права через їх тлумачення.

Утім Конституція України вимагає підпорядкування не лише закону, а й праву. Обмеженість компетенції суду рішенням законодавця має свої межі: там, де закон неспроможний виконати свою функцію – вирішити ту чи іншу проблему відповідно до пануючих у суспільстві масштабів уявлень, суддя повинен мати можливість вдатися до «продуктивної» критики як до засобу встановлення і заповнення певної оціночної прогалини, певної відсутності стандарту.

Однак потреба у визначеності не означає, що норми права повинні застосовуватись із такою негнучкістю, що унеможливила б врахування імперативів гуманності (людинолюбства) і справедливості (пункт 49) [2].

Тобто загальний обов'язок державної влади (у тому числі судів) – забезпечувати баланс інтересів відповідно до (потенційно) консенсусних уявлень про справедливість. Тому що, як зазначив КСУ у Рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004, одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

З огляду на принцип поділу влади, а також правопевності (юридичної визначеності) суд повинен навести переконливі аргументи щодо необхідного досягнення справедливого рішення, водночас довівши існування несправедливості, якщо таке має місце, зокрема перевірити, чи відбулось докорінне втручання в природні права людини, що є передумовою існування демократичного суспільства, а також переконатися, чи допускається застосування іншої норми (аналогія права, закону), яке призвело б до узгодженого з конституцією тлумачення, у вирішенні конкретної справи.

Якраз у такому випадку, суддя може застосовувати відповідно до ст.7 КАС України інші джерела права, не чекаючи рішень КСУ. Вказана норма забороняє суду застосовувати закон чи інший правовий акт, який суперечить Конституції України, а застосовувати норми Конституції України як норми прямої дії. Іншими словами, приймаючи рішення, яке базується на нормах Конституції України, суддя повинен бути точно переконаний у якості відповідної норми і зрозуміло та вичерпано здійснити обґрунтування у разі її неконституційності. Тобто наявності

у судді простих сумнівів недостатньо, повинно бути тверде переконання у неконституційності відповідної норми.

Для цього необхідно, щоб адміністративні суди використовували свої незалежні повноваження стосовно вирішення питань, які належать до їх компетенції, у тому числі і щодо застосування права, та перегляду судових рішень за виключними обставинами. У цьому також вбачається прояв незалежності і поваги до різних судових юрисдикцій. Йдеться про обов'язок судів будь-якого рівня при застосуванні норм і актів перевіряти їх зміст відповідності закону і конституції. Очікування рішень КСУ не може зв'язувати незалежне рішення адміністративних судів. В протилежному разі це підриватиме довіру до рішень суддів і в кінцевому випадку до судової гілки влади у цілому. Оскільки на стадії розгляду справи і прийняття по ній рішення, суддя повинен перевірити якість норми права, яку він планує застосувати.

Вказане викликає застереження у можливості дотримання принципу *res judicata* у зв'язку з можливістю надавати ретроактивну дію рішенням КСУ, оскільки це призведе до нестабільності і підриву довіри до судової влади, оскільки суддя, який застосував норму, яка хоч пізніше й була визнана неконституційною, однак на момент виникнення правовідносин під час розгляду справи, не була суддею піддана сумніву її неконституційність.

Суддя як представник демократичного суспільства повинен враховувати методологію і тлумачення принципів верховенства права, які містяться в рішеннях КСУ, ЄСПЛ, а також усталеної практики ВС. Таким чином, суддя зобов'язаний постійно перевіряти узгодженість власного рішення з увяленнями про справедливість (цінності) європейського рівня, які спрямовані на забезпечення гідності людини.

У цьому зв'язку, ключову роль під час перевірки на законність повноваження суб'єкта владних повноважень відіграє усталеність практики КАС ВС, особливо ті його рішення, в яких він застосовує принципи верховенства права. Зокрема там, де має місце дискреція, яка відповідно до ст. 3 Конституції України, має бути найкращим способом її здійснення стосовно особи [5]. Отже, КАС ВС перевіряє суть адміністративного акту відповідно до принципів адміністративного судочинства, що містяться в ст.2 КАС України, дотримання яких й забезпечує справедливе ставлення до людини.

Виходячи з принципів верховенства права, рішення КСУ може бути застосовано до минулого, але у виняткових випадках і за чіткої умови – справедливої рівності як «коригуючої норми». Тобто, коли нове введення необхідне для реалізації чи захисту інших, більш важливих і конкретно зазначених конституційних цінностей. Щоразу, з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія). При цьому необхідно зважати, чи не додає стороні та чи інша перевага, яка спрямована на встановлення справедливої рівності, додаткових переваг, які вона й так мала до цього. Адміністративні суди не можуть допустити погіршення становища слабшої сторони у спорі, насамперед у публічно-правовому спорі приватної особи з державою (цей підхід застосовує, зокрема, ЄСПЛ). Але таке твердження не може бути перепороною для подальшого забезпечення принципу юридичної визначеності та розвитку прецедентного правозастосування, або усталеної судової практики).

У контексті принципу юридичної визначеності останнє, про що потрібно згадати й пам'ятати, говорячи про можливість ретроактивної дії рішення КСУ, – це процесуальні строки, в межах яких особа може звернутися за захистом своїх прав і свобод та законних інтересів, а також встановлені строки для розгляду справи за певними категоріями справ, передбачені у КАС України. Мета цих строків – забезпечити принцип стабільності правовідносин та, власне, і Конвенція про основні права людини зобов'язує дотримуватися принципу юридичної визначеності, а також стимулює учасників процесу добросовісно ставитися до виконання своїх обов'язків. Строки, як відомо, обмежують час, протягом якого такі правовідносини можуть вважатися спірними; після їх закінчення, якщо ніхто не звернувся до суду за вирішенням спору, відносини стають стабільними.

Саме тому законодавча можливість у п.2 ч. 2 ст.363 КАС України, яка передбачає можливість перегляду судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами не пізніше 10 років з дня набрання таким судовим рішенням законної сили, за умови, передбаченої у п.1 ч.5 ст.361 КАС України, якщо рішення суду ще не виконане, викликає ряд запитань у контексті можливості дотримання принципу *res judicata* та обмежень у часі, протягом якого такі правовідносини можуть вважатися спірними.

Таким чином, для ретроактивного ефекту правових позицій КСУ внаслідок визнання неконституційними норм права, які діють на перспективу (за винятком чіткої вказівки в самому рішенні порядку їх застосування), важливо встановити, чи було правильно ухвалено рішення адміністративного суду, прийняте на підставі норми, визнаної в подальшому неконституційною, щодо основоположних принципів права? Для судів, незалежно від законодавства, важливим є правильне застосування основоположних принципів права і, насамперед, принципу верховенства права, яке є керівним у вирішенні справи до встановлених у справі обставин, на підставі якого приймається відповідне рішення із урахуванням цінностей суспільства на цьому етапі його розвитку.

Тому, вирішуючи питання щодо ретроактивного застосування юридичних позицій, що містяться в рішеннях КСУ, судам загальної юрисдикції необхідно постійно перевіряти узгодженість свого рішення з уявленнями про справедливість та стандартами верховенства права, які містяться в рішеннях КСУ, ЄСПЛ та ВС. Такими стандартами верховенства права є: обґрунтування, безсторонність, добросовісність, розсудливість, дотримання принципу рівності, пропорційності, особа була почутою, розумний строк.

Ретроактивне застосування рішення може бути виправдано, якщо це право відповідає стандартам верховенства права і зумовлює керівництво для іншого права, а також відповідність цього права очікуванням суспільства [6]. На думку оксфордського професора Чарльза Санфорда, автора книги «Ретроспективність і верховенство права», це також означає, що не лише люди здатні визначати керівництво в праві, а й їхні очікування, які вони формують як результат цього керівництва, мають поважатись, тобто що їхнє сподівання на надійність права повинно бути захищеним [6].

Отже, для ретроактивного застосування рішення необхідно переконатись, що право, яке застосовується, відповідає сучасним потребам суспільства на цьому етапі розвитку, здатне бути керівництвом до дій і відображає стандарти верховенства права. Тому що, йдеться про

ретроактивне застосування рішення, яке водночас має перспективний ефект впливу, тобто на майбутнє.

Зважаючи на викладене, судді, вирішуючи питання щодо дії рішень КСУ в часі, також мають дотримуватися балансу між стабільністю й справедливістю водночас. Утім без реалізації принципу остаточності рішення (*res judicata*) не можна забезпечити стабільності й розвитку права, джерело якого знаходиться в надрах суспільства. Приписам права властива спроможність пристосовуватися до умов, що змінюються за допомогою правозастосування і таким чином, пояснити, у разі необхідності, можливість відступлення адміністративним судам від своєї прецедентної (або сталої) правової позиції, щоб допомогти праву залишатися «живим». Однак суспільство має бути переконане в тому, що не буде шкідливих наслідків для законних (легітимних) очікувань, які й забезпечують юридичну визначеність та передбачуваність норм права.

Питання ефективного відновлення в правах особи, яка зазнала порушення внаслідок застосування під час прийняття рішення закону, іншого правового акта (положення), яке пізніше було визнано неконституційним, може бути вирішено через застосування положення ст.56 Конституції України. Зазначена стаття передбачає відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень.

Список використаних джерел:

1. Дія рішень Конституційного Суду в часі: думки фахівців розділилися. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/154146-diya-rishen-konstitutsiyogo-sudu-v-chasi-dumki-fakhivtsiv-rozdililisya>
2. «Верховенство права», схвалена 2011 року Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеційська Комісія). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr)
3. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 17 січня 2019 року у справі № 11-864ссп18.
4. Scoppola v. Italy (No. 2), 10249/03, 17 September 2009. 48 (Мірило правовладдя С. 24). URL: [http://www.vasu.gov.ua/userfiles/file/Vidavnicha_diyalnist/Rule%20of%20Law%20Checklist/170803_1514_PREMS_170x240_CC%20\(2\).pdf](http://www.vasu.gov.ua/userfiles/file/Vidavnicha_diyalnist/Rule%20of%20Law%20Checklist/170803_1514_PREMS_170x240_CC%20(2).pdf)
5. Постанова Верховного Суду від 09 жовтня 2019 року № П9901/426/19.
6. Charles Sampford. Retrospectivity and the Rule of law, Oxford University Press 2006. P. 82.

Myroslava Bilak,

Judge of the Administrative Cassation Court,
Supreme Court, Ukraine, Doctor of Law

THE RULE OF LAW AS THE DETERMINING CRITERIA REGARDING THE COMING INTO EFFECT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

The basic rule is that the judgment of the Constitutional Court of Ukraine cannot be retroactive. Exceptions include cases related to natural human rights (values) with account for peculiarities of each separate case and maintaining the balance between stability and justice.

The rule of law with the principle of legal certainty as its integral part is the main counter-argument that does not allow the automatic retroactive effect of Court judgments for already established legal relations even if the provision of the law (statutory instrument) is found unconstitutional. However, it must be taken into account how significant changes in the legal stand of the Constitutional Court of Ukraine are and if they may influence the merits of the already resolved administrative dispute.

This raises concerns in terms of observance of *res judicata* principle since the judge who applied the provision did not question its constitutionality at the moment when relevant legal relations appeared during case consideration, even though it was later found unconstitutional. Therefore, for a retroactive effect of the legal stands of the Constitutional Court of Ukraine, it is important to determine if the administrative court judgment was passed in compliance with the *jus commune* principle.

Person's rights can be effectively restored through compensation at the expense of the State or bodies of local self-government, for material and moral damages inflicted by unlawful decisions, actions or omission of bodies of state power, bodies of local self-government, their officials and officers during the exercise of their authority (Article 56 of the Constitution of Ukraine).



Автобіографічна довідка

Дмитро Терлецький, завідувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

У 2003 році пан Дмитро Терлецький з відзнакою завершив навчання на судово-адміністративному факультеті Одеської національної юридичної академії.

Протягом 2003–2006 років навчався на аспірантурі на кафедрі конституційного права Одеської національної юридичної академії і 2007 року успішно захистив кандидатську дисертацію на тему «Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні» (науковий керівник – д.ю.н., професор М.П. Орзіх).

З 2008 року – викладає на кафедрі конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія» спочатку на посаді доцента, а з 2019 року – на посаді завідувача кафедри.

2012 року Дмитро Терлецький отримав наукове звання доцента.

З 2002 року – практикуючий юрист, а з 2018 року – практикуючий адвокат у сфері адміністративного права та процесу.

Протягом 2016–2017 років працював начальником юридичного управління апарату Одеської обласної державної адміністрації.

З 2019 року – заступник голови Комітету з питань верховенства права Національної асоціації адвокатів України.

З 2020 року – член науково-консультативних рад Верховного Суду та Конституційного Суду України.

Пан Терлецький є автором ідеї та співавтором онлайн-курсу для адвокатів «Підготовка та подання конституційної скарги», автором ідеї та співавтором методичних рекомендацій для адвокатів «Конституційна скарга в діяльності адвоката».

Окрім науково-педагогічної та практичної, пан Терлецький здійснює експертну діяльність та співпрацює із недержавними аналітичними організаціями, зокрема Центром політико-правових реформ.

Autobiographic Reference

Dmytro Terlets'kyi, Chair of the Department of Constitutional Law at the National University "Odesa Law Academy", PhD in Law, Associate Professor

In 2003, Dmytro Terlets'kyi obtained an honours degree from the Faculty of Judicial Administration of Odesa National Law Academy.

In 2003–2006, he took a post-graduate course at the Department of Constitutional law of Odesa National Law Academy and in 2007, he successfully defended his thesis on the topic "Constitutional and legal regulation of international agreements in Ukraine" (supervisor – Professor M. P. Orzikh, Doctor of Law).

Since 2008, he has been teaching at the Department of Constitutional Law of the National University "Odesa Law Academy" first as the Assistant Professor, and since 2019 – Department Chair.

In 2012, Dmytro Terlets'kyi obtained an academic rank of the Associate Professor.

Since 2002, he has been a practising lawyer, and since 2018 – practising lawyer in the field of administrative law and procedure.

In 2016–2017, he worked as the Head of the Legal Department at Odesa Region State Administration.

Since 2019, he is the Deputy Chair of the Committee on the Rule of Law of the Ukrainian National Bar Association.

Since 2020 – he is a member of scientific advisory boards within the Supreme Court and the Constitutional Court of Ukraine.

Mr Terletskyi is the author of the idea and the co-author of the online course for lawyers "Drafting and submitting a constitutional complaint", the author of the idea and co-author of methodological guidelines for lawyers "A constitutional complaint in the lawyer's activities".

In addition to scientific, teaching activities and practice of law, Mr Terletskyi undertakes expert activities and cooperates with non-governmental analytical organisations, including the Centre of Policy and Legal Reform.

Дмитро Терлецький

завідувач кафедри конституційного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

кандидат юридичних наук, доцент

ДІЯ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ У ЧАСІ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

Принцип правової визначеності часто інтерпретується насамперед як звернена до законодавця вимога чіткості, зрозумілості, однозначності й доступності норм права, особливо тих, що визначають права, обов'язки і відповідальність особи [1–3]. Такий підхід, незважаючи на значущість змістовної, формальної й процедурної визначеності, власне норм права, потребує низки важливих уточнень.

По-перше, принцип правової визначеності не обмежується правотворчістю, що певною мірою є основою розвитку правових методів, завдяки яким норми права розробляють, тлумачать та застосовують [4, с. 43–45]. Відповідно, принцип правової визначеності поширює свою дію на всі органи та посадових осіб публічної влади, усі гілки державної влади. І, якщо законодавча влада має забезпечити належну якість законів та інших правових актів, які нею приймаються, то від виконавчої та судової влади принцип правової визначеності вимагає неухильного дотримання змістовної, формальної й процедурної визначеності під час здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності та правосуддя.

По-друге, сутнісну основу принципу правової визначеності – складника верховенства права, його обов'язкової умови й кінцевого результату [5, с. 90–91; 6, с. 53–59] – становить ідея, за якою закон повинен бути зрозумілим настільки, аби забезпечити осіб, які підпадають під його дію, засобами регулювання власної поведінки та захисту від свавільного використання публічної влади [7, с. 1–2]. Конституювання в умовах правової дійсності простору індивідуальної свободи і меж здійснення публічної влади немислиме без передбачуваності – однієї з «чеснот» верховенства права (*a rule-of-law virtue*) [8, с. 2], однієї з найважливіших речей, яку очікують люди від закону [9, с. 38]. Разом з тим зводити принцип правової визначеності до значення «запобіжника» непередбачуваного і лише тому – свавільного використання публічної влади, вкрай небезпечно.

Загалом люди очікують, що юридично значущі рішення мають бути з високою ймовірністю передбачувані і, водночас, з високою ймовірністю прийнятними з моральної точки зору. *Ceteris paribus*, що вищим є ступінь передбачуваності, то вищим для особи є шанс результативно спланувати власне життя. І, *ceteris paribus*, що вищим є ступінь моральної прийнятності юридично значущих рішень, то вищим для особи є шанс зробити сплановане в такий спосіб життя задовільним. Адже особа очікує бути здатною планувати задовільне життя [10, с. 25–26].

Отже, принцип правової визначеності не може сприйматися усупереч презумпції свободи чи принципу людської гідності [9, с. 67] і передбачає пошук балансу між передбачуваністю та прийнятністю. Будучи пов'язаним із захистом легітимних очікувань особи, він утворює концептуальну шкалу вимірювання та збалансування формальної та змістовної справедливості, публічного та приватного інтересу під час прийняття та реалізації владних рішень.

Наведені міркування, вважаємо, закладають методологічну основу вирішення питань, зумовлених дією рішень Конституційного Суду України (надалі – КСУ) у часі.

Отже, згідно з ч. 2 ст. 152 Конституції України рішення КСУ діють за принципом *ex nunc*, тобто правовий акт, визнаний неконституційним, втрачає чинність і не підлягає застосуванню з дня ухвалення відповідного рішення [11]. Водночас КСУ вправі визначити у своєму рішенні певний момент у майбутньому, коли визнаний неконституційним акт втратить чинність. Таким чином, окремі рішення КСУ, як виключення, можуть діяти за принципом *pro futuro*.

Констатований підхід забезпечує передбачуваність правового регулювання, і поширений у більшості країн, у яких рішення конституційних судів створюють ефект *erga omnes*. Водночас майже у всіх таких країнах за певних обставин передбачена можливість застосування іншого темпорального принципу – *ex tunc* [12, с. 3–7; 13, с. 50–52]. Загалом, аналіз конституційно-правового регулювання та юрисдикційної практики засвідчує заперечення догматичного протиставлення принципів *ex nunc* – *ex tunc* на користь їх варіативного застосування. І саме можливість органів конституційної юрисдикції обирати у конкретній справі оптимальний варіант набуває вирішального значення [14, с. 1712].

Показовим є приклад Конституційного Суду Угорщини, який згідно з пар. 4 ст. 45 органічного закону (*cardinal act*) 2011 року наділений повноваженням відступати від загального правила і визначити темпоральну дію власного рішення у разі, якщо це зумовлено захистом Основного Закону, забезпеченням правової визначеності або особливо важливим інтересом суб'єкта звернення у справі [15].

Утім, частіше конституційні суди не мають дискреції щодо застосування принципу *ex tunc*, оскільки такі випадки *expressis verbis* визначені на рівні конституції та/або закону про конституційний суд (Албанія, Іспанія, Польща, Португалія, Румунія, Словаччина, Словенія, Чехія тощо).

В Україні так само передбачено застосування принципу *ex tunc* до рішень КСУ, однак не Конституцією України або Законом України від 13.07.2017 №2136-VIII «Про Конституційний Суд України», а процесуальним законодавством (п. 1 ч. 3 ст. 320 ГПК України; п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України; п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК України).

Аналіз зазначених положень беззаперечно доводить, що в такий спосіб парламент мав на меті забезпечити можливість відновити юридичний стан, який передував (не) застосуванню судом при вирішенні справи правового акта (його положення), визнаного у подальшому КСУ (не)конституційним.

Чи відповідає по суті такий підхід принципу правової визначеності, адже обмежується один із його складників – *res judicata*? Зважаючи на наведені вище міркування, переконані – відповідає, оскільки забезпечує змістовну, а не формальну справедливість, а передбачуваність права не є тотожною безкарністю влади. Тому дилема «передбачуваність – прийнятність» має вирішуватися на користь останньої. До речі, ще Кельзен зазначав про необхідність передбачити у виняткових випадках ретроактивний ефект рішень конституційних судів [16, с. 14].

Чи є прийнятним конституційований масштаб застосування принципу *ex tunc* в аспекті збалансування публічного та приватного інтересу? Попри можливість встановлення значної кількості більш жорстких обмежень, немає підстав стверджувати, що процесуальним законодавством закріплено безумовний перегляд усіх остаточних судових рішень, у яких суд (не)застосував правовий акт (його положення), визнаний у подальшому (не)конституційним. Навпаки, як умови для ініціювання провадження за виключними обставинами нормативно встановлено обмеження у часі, за колом осіб та, за загальним правилом, застереження щодо виконання остаточного судового рішення (єдине виключення – кримінальне провадження). Інакше кажучи, передбачені розумні заборони для дотримання необхідного балансу між публічним та приватним інтересом.

Нарешті, чи забезпечується на практиці власне перегляд остаточних судових рішень через встановлену (не)конституційність правового акта (його положення)? Уже сама постановка такого питання *de lege lata* є неприйнятною і порушує принцип правової визначеності. Адже закону притаманна вимога регулярного дотримання, оскільки без цього атрибуту він навряд чи може взагалі іменуватися законом [17, с. 110], а гарантія дії законів є порожнім звуком, якщо б сама держава звільнялася від підкорення цим законам [18, с. 203].

Варто зазначити, що згідно з ч. 1 ст. 150 та ст. 151–2 Конституції України повноваженнями постановляти рішення з ефектом *erga omnes* щодо (не)конституційності правових актів наділений лише КСУ. Суди системи судоустрою відповідно до положень процесуального законодавства вправі постановляти рішення про (не)конституційність правових актів, які мають ефект *inter partes* (єдиний виняток – кримінальне провадження). У такий спосіб Конституцією України та процесуальним законодавством встановлено спростовну презумпцію конституційності правових актів.

З наведених причин положення п. 1 ч. 3 ст. 320 ГПК України; п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України; п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК України є такими, що відповідають Конституції України, доки це не буде спростоване рішенням *erga omnes*, або *inter partes*. В останньому випадку суд системи судоустрою має ініціювати внесення до КСУ конституційного подання у зв'язку із конкретною судовою справою. Окрім того, Верховний Суд наділений повноваженням внести до КСУ конституційне подання щодо відповідності зазначених положень Конституції України безвідносно до будь-якої конкретної судової справи.

Не відомо жодного випадку, коли б суд системи судоустрою прямо та чітко вказав на суперечність зазначених положень Конституції України. Так само жоден суб'єкт права на конституційне подання дотепер не ініціював провадження у справі щодо відповідності зазначених положень Конституції України.

Тим не менш, аналіз правозастосовної практики засвідчує, що через встановлену (не) конституційність правового акта (його положення) власне перегляд остаточних судових рішень дотепер не відбувся.

Єдиною формалізованою причиною такого стану речей є той очевидний факт, що ч. 2 ст. 152 Конституції України не передбачає застосування принципу *ex tunc* до рішень КСУ. Проте чи засвідчує така правозастосовна практика дотримання змістовної, формальної й процедурної визначеності при здійсненні правосуддя?

Неприйнятність ситуації, що склалася, особливо виразно проявляється у контексті запровадження в Україні такого новітнього юридичного засобу захисту субсидіарного та виключного характеру, який являє собою конституційна скарга.

Суб'єкт права на конституційну скаргу – фізична особа або юридична особа приватного права, – вичерпавши усі інші засоби юридичного захисту, виконавши надскладні вимоги при складанні і обґрунтуванні конституційної скарги, не може домогтися перегляду остаточного судового рішення по своїй справі, у якому судом було застосовано визнаний за його скаргою неконституційним закон України (або його окреме положення). Всупереч безпосередній квазівізі на таку можливість у процесуальному законодавстві України.

Системно та раціонально оцінюючи усі чинники, які зумовили формування та абсолютну незмінність такої правозастосовної практики, вважаємо можливим наголосити на двох варіантах розв'язання констатованої проблеми.

По-перше, йдеться про звернення до КСУ щодо вирішення питання про відповідність Конституції України (зокрема ч. 1 ст. 8 та ч. 2 ст. 152 Конституції України) положень п. 1 ч. 3 ст. 320 ГПК України; п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України; п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК України.

По-друге, до Конституції України, Закону України від 13.07.2017 № 2136-VIII «Про Конституційний Суд України», а також процесуального законодавства мають бути внесені узгоджені зміни щодо дії у часі актів КСУ в цілому та (або) щодо рішень за конституційними скаргами зокрема. Вважаємо, такі зміни мають чітко та однозначно закріпити застосування у виключних випадках щодо рішень КСУ, якими встановлено (не)конституційність правових актів вищих органів державної влади, темпорального принципу *ex tunc*. В основу таких змін має бути покладено баланс між передбачуваністю та прийнятністю, між публічним та приватним інтересом.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05> (дата звернення: 04.04.2020)

2. Рішення Конституційного Суду України від 27.02.2018 № 1-р/2018 у справі про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-18> (дата звернення: 04.04.2020)

3. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 13.02.2020 у справі № 120/584/19-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87868401> (дата звернення: 04.04.2020)

4. Maxeiner JR, 'Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law' in Sellers M and Tomaszewski T (eds), *The Rule of Law in Comparative Perspective* (Springer 2010)

5. Хайек Ф.А. Дорога к рабству / пер. с англ. М.: Новое издательство, 2005. 264 с.

6. Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. М.: ИРИСЭН, 2007. 305 с.

7. Fenwick M, Wrback S 'The Shifting Meaning of Legal Certainty' in Fenwick M, Wrback S (eds), *Legal Certainty in a Contemporary Context* (Springer 2016)

8. Raz J, 'The Law's Own Virtue' (2019) 39(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 1

9. Bingham T, *The Rule of Law* (Allen Lane 2010)

10. Peczenik A, *On Law and Reason* (Springer 2008)

11. Рішення Конституційного Суду України від 14.12.2004 № 15-рп/2000 у справі про порядок виконання рішень Конституційного Суду України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-00> (дата звернення: 04.04.2020)

12. Popelier P and others (eds), *The effects of judicial decisions in time* (Intersentia, 2014)

13. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Study on individual access to constitutional justice (Venice, 2010) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)> accessed 04 April 2019

14. Verstraelen S, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity' (2013) 14(9) *German Law Journal* 1687.

15. Act CLI of 2011 on the Constitutional Court <<https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc>> accessed 04 April 2019

16. Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) Часть 1. *Право и политика*. 2006, № 8. С. 5-14.

17. Ллойд Д. Идея права / пер. с англ. М.: ЮГОНА, 2002. 416 с.

18. Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М.: Международные отношения, 2004. 238 с.

Dmytro Terletskyi,

Chair at the Department of Constitutional Law

National University "Odesa Law Academy"

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor

THE EFFECT OF JUDGMENTS PASSED BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE OVER TIME: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

The principle of legal certainty may not be perceived contrary to the presumption of liberty or the principle of human dignity and requires the search for balance between unpredictability and acceptability. Being related to the protection of a person's legitimate expectations, the legal certainty principle creates a conceptual scale for measuring and balancing formal and substantive justice, public and private interest during government decision-making and implementation.

Holding this view, the author analyses issues that have shaped over time under the effect of judgments of the Constitutional Court of Ukraine and explains their possible solutions.

In particular, the analysis of the practice of law enforcement unequivocally indicates that despite the fact that procedural legislation acts unambiguously enshrine the determined (un)constitutionality of the statutory instrument which was (not) applied by the court at the time of case consideration as an exceptional reason for reviewing final court judgments, actual substantive review of such cases has not occurred before.

The only reason for this is that contrary to the procedural legislation, the Constitution of Ukraine does not provide for the application of *ex tunc* principle to judgments passed by the Constitutional Court of Ukraine.

By systematically and rationally assessing all factors that contributed to the formation and absolute consistency of the practice of law enforcement, the author offers possible solutions to the stated issues.



Автобіографічна довідка

Володимир Кравчук, суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді. Народився 10 лютого 1974 року в м. Києві.

Здобув юридичну освіту у Львівському національному університеті імені Івана Франка у 1996 році. Упродовж 1996 – 2009 років займався науковою діяльністю. У 2010 році захистив докторську дисертацію.

Автор понад 200 наукових праць.

З 2016 року очолює громадську організацію «Асоціація розвитку суддівського самоврядування України», а з 2018 є членом Ради суддів України.

Autobiographic Reference

Volodymyr Kravchuk, judge of the Supreme Court at the Administrative Cassation Court. He was born on 10 February 1974 in Kyiv.

In 1996, he obtained a degree in Law from Ivan Franko Lviv National University. In 1996–2009, he was engaged in scientific activities. In 2010, he defended a doctoral thesis.

He is the author of more than 200 scientific works.

Since 2016, he has been the President of the public organisation of the "Association of Judicial Self-Government Development"; since 2018, he has been a member of the Council of Judges of Ukraine.

Володимир Кравчук,

суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді,
доктор юридичних наук, професор

НЕКОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ЗАКОНУ ЯК ПІДСТАВА ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВОГО РІШЕННЯ ЗА ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Неконституційність закону, застосованого судом для вирішення справи, встановлена згодом рішенням Конституційного Суду України, свідчить про те, що справу було вирішено не у відповідності до Конституції України. Сама ця обставина дискредитує судові рішення. Дійсно, чи можна вважати справедливим рішення, яке ґрунтується на неконституційному акті?

Адміністративне процесуальне законодавство України, на відміну від багатьох країн, визнає цю обставину виключною підставою для перегляду судового рішення. Однак її застосування на практиці часто викликає труднощі.

Відповідно до ст. 152 Конституції України закони та інші акти за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не

відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності.

Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. (Аналогічну норму передбачено ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку.

Відповідно до пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України підставою перегляд судових рішень у зв'язку з виключними обставинами є встановлення Конституційним Судом України неконституційності (конституційності) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішенням суду ще не виконане,

Верховний Суд у постанові від 17.12.2019 у справі №808/2492/18 зазначив, що рішення Конституційного Суду України не змінює правового регулювання спірних правовідносин та не доводить факту допущення судом помилки під час розв'язання спору. На час виникнення спірних правовідносин та ухвалення рішенням судом закон був чинним та підлягав застосуванню.

У цій же постанові Верховний Суд зверну увагу на те, що із тексту імперативних приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС вбачається, що встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом у процесі розв'язання справи може бути підставою для перегляду рішення за виключними обставинами тільки, якщо рішенням суду ще не виконане. Колегія суддів дійшла висновку, що в ситуації, яка є предметом дослідження, рішення не може вважатись невиконаним в контексті приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС, оскільки рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову відмовлено, не передбачає примусового виконання.

У постанові від 25.07.2019 у справі №804/3790/17 Верховний Суд висловив правову позицію про те, що рішення Конституційного Суду України на спірні правовідносини не може вплинути, оскільки такі виникли до прийняття зазначеного рішення Конституційного Суду України, а останнє не містить положень, які б поширювали його дію на правовідносини, що виникли до набрання ним чинності.

Таким чином, загальний підхід Верховного Суду не визнає права на перегляд за виключними обставинами судових рішень з трьох причин:

- на момент ухвалення судових рішень норма закону, згодом визнана неконституційною, була чинною;
- рішення не підлягали виконанню;
- перегляд рішень за таких підстав порушує принцип правової визначеності (*res judicata*).

Проте, одна з колегій суддів вважає, що застосування норми п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України у вищенаведених справах унеможливило ефективний захист та поновлення прав особи, якій відмовлено у задоволенні позову внаслідок застосування закону, визнаного згодом неконституційним. З огляду на це, ухвалою від 14.05.2020 у справі №808/1628/18 було заявлено про намір відступити від правових висновків, викладених у наведених вище судових рішеннях, та передано справу на розгляд об'єднаної палати Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

Ключовим правовим питанням, що потребує розв'язку, є застосування ч. 2 ст. 152 Конституції (ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суд України») у взаємозв'язку з п. 1 ч. 4 ст. 361 КАС України:

(а) виключні обставини як виняток з принципу юридичної визначеності

Колегія суддів виходила з того, що інститут виключних обставин має на меті забезпечення перегляду судових рішень, ухвалених з порушеннями, що мали суттєвий вплив на вирішення справи. Визнання закону неконституційним, не застосування судом конституційного закону, злочинні дії судді, порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення справи судом – усе це свідчить про помилку з боку держави та підриває довіру до судового рішення.

Суспільний інтерес у усуненні сумніву у законності та обґрунтованості судового рішення переважає над суспільним інтересом, що виявляється у дотриманні принципу юридичної визначеності (*res judicata*). У разі конкуренції між правильним і стабільним перевагу слід надавати першому.

Щоб усунути цей сумнів, судові рішення, навіть те, що набрало законної сили, може бути переглянуте за заявою учасника справи або іншої зацікавленої особи, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси чи обов'язки.

Застосування принципу юридичної визначеності докладно розроблено у практиці Європейського суду з прав людини. Цей принцип спрямований насамперед на запобігання перегляду судових рішень, що набрали законної сили, з ініціативи держави. Натомість, немає релевантної практики, яка б обмежувала право людини ініціювати перегляд судового рішення, ухваленого внаслідок суттєвих помилок з боку держави, зокрема таких, як неконституційність закону.

Міркування ЄСПЛ до принципу юридичної визначеності сформульовані у багатьох справах, але ґрунтуються на однакових підходах. Для прикладу, у справі «Христов проти України» (*Khristov v. Ukraine*, заява № 24465/04, рішення від 19 лютого 2009 року), цей Суд зазначив:

«34. Принцип юридичної визначеності вимагає поваги до принципу *res judicata* ... тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. Повноваження

судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися для виправлення судових помилок і недоликів, а не задля нового розгляду справи. Таку контрольну функцію не слід розглядати як замасковане оскарження, і сама лише ймовірність існування двох думок стосовно предмета спору не може бути підставою для нового розгляду справи. Відхід від цього принципу можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомій й непереборній обставини (див. справу «Рябих проти Росії» (Ryabukh v. Russia), N 52854/39, п.52, ECHR 2003-IX).

Отже, ЄСПЛ допускає відхід від принципу юридичної визначеності як виняток, якщо для цього є певні обставини. Переліку цих обставин у практиці ЄСПЛ не сформовано – це питання національного законодавства. Кожна держава самостійно визначає які саме обставини можуть бути підставою для перегляду судового рішення. Проте ЄСПЛ дає їх якісну характеристику: вони повинні бути істотними та переконливими.

Окрім того, у доповіді № 512/2009 CDLAD(2011)003rev «Верховенство права», схваленій Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року), зазначено, що системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності (п. 46).

Виключні обставини, зокрема такі, як неконституційність закону, застосованого під час вирішення справи, є саме тими безспірними підставами, які повністю узгоджуються з публічним інтересом.

Правова природа виключних обставин, про які йдеться у ч. 5 ст. 361 КАС України, виявляється вже у самій їх назві. Їх виключність свідчить про те, що вони є винятком з принципу юридичної визначеності. Виникнення цих обставин з достатнім ступенем переконливості ставить під сумнів законність судового рішення, що не узгоджується ні з публічним інтересом, який уособлює держава, ні з приватним інтересом сторін, і є підставою для його перегляду за заявою зацікавленої особи.

Отже, перегляд справи за виключними обставинами, передбаченими ч. 5 ст. 361 КАС України, не суперечить принципу юридичної визначеності (*res judicata*) та узгоджується з практикою ЄСПЛ.

(6) рішення, які є предметом перегляду

Відповідно до ч. 1 ст. 361 КАС України за виключними обставинами може бути переглянута судове рішення, яким закінчено розгляд справи і яке набрало законної сили. Зазначене положення передбачає лише дві вимоги до рішення, яке може бути переглянуто: (1) рішення закінчує розгляд справи; (2) рішення набрало законної сили.

Відповідно до ч. 1 ст. 245 КАС України при вирішенні справи по суті суд може задовольнити позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю або частково.

Усі ці рішення, які набрали законної сили можуть бути предметом перегляду. Закон не дає підстав вважати, що є якісь види судових рішень, які не може бути переглянута. Отже, рішення, яким у задоволенні позову відмовлено, можуть бути предметом перегляду так само,

як і рішення, яким позов задоволено.

Підставою перегляду таких рішень за п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України є встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане.

Отже, можна виділити такі умови перегляду за цією підставою:

- неконституційність (конституційність) нормативно-правового акта чи його окремого положення;
- застосування (не застосування) такого акта у справі;
- рішення суду у такій справі не виконане.

У постанові Верховного Суду від 17.12.2019 у справі №808/2492/18 сформульовано висновок про те, що не може вважатись невиконаним в контексті приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС, рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову відмовлено, оскільки воно не передбачає примусового виконання.

Таке тлумачення призводить до того, що особа, якій у задоволенні позову відмовлено (позивач), фактично позбавляється права на перегляд рішення з підстав визнання неконституційним закону, застосованого в її справі. Це стосується навіть позивача, який пройшов усі інстанції в судах загальної юрисдикції, звернувся з конституційної скаргю до Конституційного Суду України і домогся визнання закону неконституційним – за такого підходу він не може розраховувати на перегляд рішення. Інститут перегляду справи за виключних обставин фактично перестає діяти і втрачає практичне значення.

Натомість граматичне тлумачення словосполучення «якщо рішення суду ще не виконане» дає підстави для висновку, що йдеться про рішення, яке підлягає виконанню (тобто резолютивна частина рішення містить зобов'язання вчинити певну дію, ухвалити рішення, сплатити гроші тощо), але на момент подання заяви про перегляд воно не виконане (ще не виконано).

Виконанню підлягають лише судові рішення про задоволення позову (повне або часткове). Натомість рішення, яким у задоволенні позову відмовлено, виконанню не підлягають за жодних обставин.

Таким чином, якщо позов задоволено, то таке судове рішення може бути переглянуто за виключними обставинами лише у тому разі, якщо воно не виконане. Якщо ж у позові відмовлено, то таке рішення не виконується (і не може виконуватись із об'єктивних причин). Воно не може бути «ще не виконаним». Отже, до цього виду рішень не може бути застосовано таку умову перегляду як те, що рішення суду ще не виконане.

З огляду на це, на думку колегиї суддів, перегляд судових рішень, якими відмовлено у задоволенні позову, за виключними обставинами на підставі п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України можливий в усіх випадках.

Колегія звертає увагу на те, що ч. 5 ст. 361 передбачає *підстави* перегляду. Натомість рішення, які можуть бути предметом перегляду, передбачено у ч. 1 ст. 361 КАС України.

Тлумачення, яке пропонується, у повній мірі відповідає нормі, передбачені ч. 1 ст. 361 КАС України, яка не встановлює обмежень для перегляду рішень, якими у задоволенні позову відмовлено.

Правові підходи Верховного Суду щодо тлумачення нормативної конструкції «ще не виконане», від яких колегія суддів має намір відступити, зводять до розширювального тлумачення положень вказаної норми, хоча в п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України є застереження лише щодо тих рішень, які передбачають виконання.

Зазначена норма не встановлює заборони на перегляд судового рішення, яке хоча й не передбачає примусового виконання, але яке водночас чинить вплив на права та свободи особи, перешкоджаючи їй в отриманні блага, щодо якого вона має принаймні законні сподівання, чи покладаючи непропорційний тягар негативних наслідків, спричинених дією неконституційного закону (певних його положень).

(в) щодо дії рішення Конституційного Суду України у часі та за колом осіб

Відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. Аналогічне положення закріплене також й у статті 91 Закону України «Про Конституційний Суд України».

Можливість перегляду рішення за виключними обставинами не суперечить зазначеним вище положенням про пряму дію рішення Конституційного Суду України.

Дійсно, наслідки неконституційності застосовуються лише до правовідносин, що виникли або продовжують існувати після оголошення рішення Конституційного Суду України. Це загальне правило. Відновлення права (наприклад на перерахунок пенсії) можливе з моменту ухвалення відповідного рішення Конституційного Суду України.

Матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку (ч. 3 ст. 152 Конституції України). Відшкодування шкоди, завданої органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності передбачено також статтею 1175 Цивільного кодексу України.

Отже, якщо особа зазнала шкоди від дії закону, визнаного згодом неконституційним, вона може вимагати її відшкодування, зокрема звернутися до суду з окремим позовом. Це загальний порядок.

Поряд із цим, до осіб, які в судовому порядку оспорювали наявність/відсутність прав чи обов'язків, що ґрунтуються на законі, визнаному згодом неконституційним, діє спеціальне правове регулювання. Захист їхніх прав від наслідків неконституційності застосованого до них закону можливий також через перегляд справи за виключними обставинами.

Інший підхід до зазначеного питання, на що вже зверталася увага, робить неефективним інститут конституційної скарги. Скориставшись своїм правом на оскарження конституційності

застосованого щодо неї закону, особа прагне відновити саме свої права та законні інтереси. Коли Конституційний Суд України задовольняє конституційну скаргу, має бути механізм, що забезпечує реальне поновлення її порушених прав. Саме таким механізмом є перегляд справи за виключними обставинами.

Негативні наслідки порушення Конституції України не будуть адекватно усунені тільки констатацією невідповідності положень нормативного акта Конституції і не можуть бути виправлені в інший спосіб, окрім як за допомогою повторного судового провадження.

Держава має забезпечити ефективне поновлення прав через можливість повторного розгляду справи, під час якого суд загальної юрисдикції, зважаючи на рішення Конституційного Суду України, повинен переглянути судові рішення, яке ґрунтувалося на неконституційних положеннях закону, відповідно до закону, який узгоджується з Конституцією (або без застосування закону, який з Конституцією не узгоджується), та на основі юридичної позиції Конституційного Суду України.

Перегляд судових рішень, які ухвалені на підставі положень закону, визнаних неконституційними (конституційними), є одним із проявів «відповідальності» держави, про яку йдеться у ст. 3 Конституції України. У такий спосіб держава виконує свій обов'язок поновити права, які вона сама й порушила, ухваливши акт, який став об'єктом судового конституційного контролю і визнаний неконституційним.

Гарантуючи таке право особи, законодавець мав на меті забезпечити поновлення порушеного права особи внаслідок застосування у її справі положень закону, які не відповідали Конституції України.

Зважаючи на вищевикладене, можна дійти висновку, що рішення Конституційного Суду України про визнання закону неконституційним має перспективну дію. Але для учасників судової справи, у якій застосовано неконституційний закон, українське законодавство передбачає спеціальний інструмент захисту їхніх прав – перегляд справи за виключними обставинами.

Volodymyr Kravchuk,
judge of the Administrative Cassation Court,
Supreme Court, Ukraine, Doctor of Law

UNCONSTITUTIONALITY OF THE LAW AS THE GROUNDS FOR COURT JUDGMENT REVIEW UNDER EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES

The report discusses the legal implications of finding a law unconstitutional for persons to whom such law was applied by a court during the administrative case consideration.

Under Ukrainian legislation, a decision on finding the law unconstitutional is an exceptional circumstance for review of court judgments. The institute of exclusive circumstances that does not

exist in the legislation of Germany and most European countries is aimed at ensuring the review of court judgments passed with violations that significantly affected the case outcome. Finding a law unconstitutional, failure of the court to apply the constitutional law, judge's illegal acts, violations by Ukraine of its international obligations during case resolution in court – all of these indicate the state's mistake and undermine trust in the court judgment.

The public interest to the elimination of doubts as to the legality and validity of a court judgment prevails over the public interest that is manifested in observance of *res judicata* principle. In case of competition between the correct and stable, the former should be preferred. Therefore, court judgments adopted based on the unconstitutional law must be overturned should the party insist on it.

The ECtHR allows to depart from the principle of legal certainty as an exception if there are specific circumstances for it. The ECtHR case-law does not contain a list of such circumstances as this is a matter of national legislation. Every state has the discretion to determine circumstances that can serve as the ground to review court judgment. However, the ECtHR case-law gives their qualitative description: they must be substantial and convincing.

Report No. 512/2009 CDLAD(2011)003rev "The Rule of Law" adopted by the Venice Commission on its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) notes that systems that allow overturning final decisions without indisputable grounds based on the public interest and also allow uncertainty in time are incompatible with the legal certainty principle (para. 46).

Exceptional circumstances, including the unconstitutionality of the law, applied during case resolution are those indisputable grounds that are fully compatible with the public interest.

The legal nature of exceptional circumstances mentioned in part five of Article 361 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine is manifested in their name. Their exceptional nature indicates that they constitute an exception to the legal certainty principle. The appearance of these circumstances with a sufficient degree of persuasiveness casts doubt on the legality of the court judgment which is compatible neither with the public interest embodied by the state nor with the private interest of the party and constitutes a reason for its review upon the application from the relevant stakeholder.

Thus, the review of the case due to exceptional circumstances does not contradict the legal certainty principle (*res judicata*) and is in line with the ECtHR case-law.

The review of court cases adopted based on the law provisions that were found unconstitutional (constitutional) is one of the manifestations of the state "liability" referred to in Article 3 of the Constitution of Ukraine. This way, the state fulfils its obligation to restore rights violated by it by adopting an act that became a subject of judicial review of constitutionality and was found unconstitutional.



Автобіографічна довідка

Альберт Єзеров, суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді. Народився 11 листопада 1981 року в м. Одеса.

2003 року здобув кваліфікацію магістра права в Одеській національній юридичній академії. Протягом 2003 – 2019 – аспірант, асистент, доцент, професор, завідувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія».

У 2007 році захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, з 2012 року має наукове звання доцента кафедри конституційного права.

З 2003 по 2015 здійснював юридичну практику як юрисконсульт приватних підприємств. У 2016 – 2019 – помічник адвоката, адвокат,

заступник голови комітету з питань верховенства права Національної асоціації адвокатів України.

У 2015–2016 перебував на державній службі: начальник юридичного відділу Одеської обласної державної адміністрації, в.о. заступника начальника Одеської митниці ДФС.

У травні 2019 Указом Президента України призначений суддею Верховного Суду.

Autobiographic Reference

Albert Yezzerov is a judge of the Supreme Court at the Administrative Cassation Court. He was born on 11 November 1981 in Odesa.

In 2003, he obtained a qualification of the Master of Law at Odesa National Law Academy. During 2003–2019, he was a post-graduate student, Assistant, Associate Professor, Chair of the Department of Constitutional Law at the National University "Odesa Law Academy".

In 2007, he defended his thesis for the PhD in Law degree, and since 2012, he has been Associate Professor at the Department of Constitutional Law.

From 2003 to 2015, he practised law as a legal counsel at private enterprises. In 2016–2019, he worked as a paralegal, Deputy Head of the Committee for Rule of Law of the Ukrainian National Bar Association.

In 2015–2016, he held a public office as the Head of the Legal Department at Odesa Region State Administration, Acting Deputy Head of Odesa Customs of the State Fiscal Service.

By the Decree of the President of Ukraine, he was appointed Judge of the Supreme Court in May 2019.

Альберт Єзеров

суддя Верховного Суду в Касаційному адміністративному суді
кандидат юридичних наук, доцент

НЕКОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ЗАКОНУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

За приписами частини першої статті 361 КАС України судове рішення, яким закінчено розгляд справи і яке набрало законної сили, може бути переглянута за виключними обставинами. Серед підстав для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами є, зокрема, неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи. Частиною шостою цієї самої статті встановлено обмежувальну умову, за змістом якої під час перегляду судового рішення за виключними обставинами суд не може виходити за межі тих вимог, які були предметом розгляду при ухваленні судового рішення, що переглядається, розглядати інші вимоги або інші підстави позову.

Отже, у разі, коли Конституційний Суд України встановив неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом під час розв'язання справи, і якщо рішення суду в такій справі ще не виконане, то це є підставою для перегляду судових рішень з огляду на виключні обставини відповідно до пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України. Водночас слід розуміти, що Конституційний Суд України своїм рішенням не робить норму закону неконституційною — він лише констатує її неконституційність. Такий підхід є важливим для правильного розуміння природи перегляду судових рішень за виключними обставинами.

Зі змісту юридичних приписів частини першої статті 362 КАС України зрозуміло, що право на подання заяви про перегляд судового рішення за виключними обставинами мають учасники справи та особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки. Важливо, що таку змогу вказані особи мають тільки за тієї умови, якщо рішення суду ще не виконане. Така обмежувальна умова, напевно, встановлена задля забезпечення стабільності правопорядку, який був встановлений після виконання відповідного вердикту суду, та забезпечення принципу правової певності щодо того, що після вичерпання реалізації акта судової влади правове становище учасників справи не зазнає жодних змін.

Судова практика, що формується, може бути продемонстрована на прикладі справ щодо перерахунку та виплати пенсії, обчисленої з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня відповідного року, відповідно до статті 59 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 року №796–XII зі змінами (далі — Закон). Так, наприклад, у справі №826/14077/18, задовольняючи позовні вимоги, суд першої інстанції виходив із того, що військовозобов'язані, призовані на військові збори для ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, є військовослужбовцями та прирівнюються до осіб, які перебувають на дійсній строковій військовій службі. Постановою апеляційного адміністративного суду апеляційну скаргу

управління Пенсійного фонду України задоволено, рішення окружного адміністративного суду скасовано, ухвалено нову постанову, якою у задоволенні позову відмовлено. Ухвалюючи рішення про задоволення апеляційної скарги, апеляційний адміністративний суд виходив із того, що оскільки на момент участі у ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС позивач не проходив дійсну строкову службу, тому останній не відповідає всім критеріям, наявність яких обумовлює право особи на перерахунок пенсії за частиною третьою статті 59 Закону, адже його участь у ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС відбулася не в межах проходження дійсної строкової служби, у зв'язку з чим положення частини третьої статті 59 Закону на нього не поширюються.

У касаційній скарзі скаргник зазначив, що Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Скрипки Анатолія Володимировича та Бобиря Олексія Яковича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 59 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 25 квітня 2019 року № 1-р(III)/2019 (далі – Рішення) визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), словосполучення «дійсної строкової», що міститься в положеннях частини третьої статті 59 Закону.

Верховний Суд констатував, що відповідно до вказаного рішення Конституційного Суду України словосполучення «дійсної строкової», що міститься у положеннях частини третьої статті 59 Закону (за якими визначення розміру відшкодування заподіяної внаслідок ліквідації аварії на Чорнобильській АЕС шкоди при обчисленні пенсії виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня відповідного року, поширюються лише на категорію військовослужбовців, які брали участь у ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи під час проходження дійсної строкової служби і внаслідок цього стали особами з інвалідністю), суперечить Конституції України, не підлягає застосуванню як таке, що втратило чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України Рішення.

Тому касаційний суд, посилаючись на статтю 91 Закону України «Про Конституційний Суд України» у взаємозв'язку із частиною другою статті 152 Конституції України, дійшов висновку, що суд апеляційної інстанції правильно застосував норми матеріального і процесуального права з огляду на чинність застосованих норм на момент ухвалення судового рішення. І, посилаючись на пункт 2 резолютивної частини Рішення, яким Конституційний Суд України визнав неконституційним та таким, що втрачає чинність, словосполучення «дійсної строкової», що міститься в положеннях частини третьої статті 59 Закону, саме з дня ухвалення Конституційним Судом України Рішення, тобто з 25 квітня 2019 року, Верховний Суд визначив, що до правовідносин, які виникли до цієї дати, слід застосовувати редакцію статті, що була чинною до визнання її неконституційною.

Аналогічну позицію Верховний Суд виклав у зразковій справі № 520/1972/19, вказавши, що фактично в результаті ухвалення Рішення Конституційним Судом України змінено положення частини третьої статті 59 Закону, оскільки розширено раніше встановлений перелік осіб, на яких поширювався порядок обчислення пенсій по інвалідності, визначений цими положеннями Закону. Відтак особи, які брали участь у ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи під час проходження служби та є інвалідами внаслідок цього, мають право на обчислення пенсії виходячи з п'ятикратного розміру згідно з частиною третьою статті 59 Закону з 26 квітня 2019

року. Водночас у період з 1 жовтня 2017 року до 25 квітня 2019 року у позивача було відсутнє право на отримання пенсії по інвалідності саме виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня відповідного року, оскільки у цей період стаття 59 Закону поширювалась лише на осіб, які на момент участі у ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС проходили дійсну строкову службу (Рішення Верховного Суду у зразковій справі № 520/1972/19 від 25 лютого 2020 року).

Логіка Верховного Суду в цьому випадку, з огляду на відповідне правове регулювання, є цілком зрозумілою, а зазначене рішення — таким, що ґрунтується на приписах законодавства. Однак факт того, що до особи частково застосовано неконституційну норму, також залишається наявним. Тому слушною виглядала б рекомендація Верховного Суду звернути увагу скаргника на процесуальну можливість перегляду за виключними обставинами судових рішень, ухвалених із застосуванням закону (іншого правового акта чи їх окремого положення), визнаного неконституційним. Водночас оскільки глава 3 «Перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами» КАС України є окремим інструментом задля реалізації особами свого права на захист прав, свобод та інтересів у сфері публічно-правових відносин, відмінним від права на касаційне оскарження, Верховний Суд позбавлений можливості застосувати зазначені положення КАС України в межах розгляду такої касаційної скарги.

Однак практика судів наразі складається не в спосіб, що дає змогу людині поновити свої права, і ключовим правовим питанням у цьому випадку є застосування частини другої статті 152 Конституції України (стаття 91 Закону України «Про Конституційний Суд України») у взаємозв'язку з пунктом 1 частини п'ятої статті 361 КАС України.

Верховний Суд неодноразово розглядав справи, у яких вирішувалося це питання. Так, Верховний Суд у постанові від 17 грудня 2019 року у справі № 808/2492/18, відмовляючи у задоволенні заяви, зазначив, що наявність Рішення Конституційного Суду України від 25 квітня 2019 року № 1-р(II)/2019 у справі № 3-14/2019 (402/19, 1737/19) не змінює правового регулювання спірних правовідносин та не доводить факту допущення судом помилки під час розв'язання спору. На час виникнення спірних правовідносин та ухвалення рішення судом Закон був чинним та підлягав застосуванню.

У цій самій постанові Верховний Суд звернув увагу на те, що із тексту імперативних приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України вбачається, що встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом у процесі розв'язання справи, *може бути підставою для перегляду рішення за виключними обставинами у разі, якщо рішення суду ще не виконане*. Колегія суддів дійшла висновку, що в ситуації, яка є предметом дослідження, рішення не може вважатись невиконаним у контексті приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України, *оскільки рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову відмовлено, не передбачає примусового виконання*.

У постанові від 19 листопада 2018 року у справі № 755/4893/18 (755/18431/15-а) Верховний Суд дійшов такого висновку: «Згідно з резолютивною частиною рішення Конституційного Суду України № 1-р/2018 від 27 лютого 2018 року положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України визнані неконституційними, останні

втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього рішення. Із змісту наведеного зрозуміло, що дія положень абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України втратила чинність з 27 лютого 2018 року, водночас така не має зворотної сили. Тому, рішення Конституційного Суду № 1-р/2018 не може бути застосовано до правовідносин з приводу виплати пенсії позивачеві, що виникли до 27 лютого 2018 року, а саме в період з липня 2014 року. Враховуючи, що на час ухвалення постанови Дніпровського районного суду міста Києва від 20 листопада 2015 року положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України були чинними, останні втратили чинність лише з 27 лютого 2018 року, тому правильним є висновок судів попередніх інстанцій про те, що відсутні підстави для скасування постанови Дніпровського районного суду міста Києва від 20 листопада 2015 року у справі за позовом ОСОБА_2 до Лівобережного об'єднаного управління Пенсійного фонду України в місті Києві про визнання дій неправомірними та зобов'язати вчинити певні дії».

У постанові від 25 липня 2019 року у справі № 804/3790/17 Верховний Суд, відмовляючи у задоволенні заяви, висловив правову позицію про те, що Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин третьої, десятої статті 133 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 4 грудня 2018 року № 11-р/2018 на спірні правовідносини не може вплинути, оскільки такі виникли до прийняття зазначеного рішення Конституційного Суду України, а останнє не містить положень, які б поширювали його дію на правовідносини, що виникли до набрання ним чинності.

У справі № 808/1628/18, розглядаючи заяву позивача від 22 травня 2019 року про перегляд рішення Запорізького окружного адміністративного суду від 6 липня 2018 року в цій справі за виключними обставинами, суд першої інстанції, з позицією якого погодився суд апеляційної інстанції, дійшов висновку, що встановлена Конституційним Судом України неконституційність словосполучення «дійсної строкової», яке міститься в положеннях частини третьої статті 59 Закону, застосованого судом при вирішенні цієї справи, могла бути підставою для перегляду судового рішення у зв'язку з виключними обставинами, якщо б судові рішення, яке просить переглянути позивач, підлягало б виконанню та не було б виконане на час ухвалення Рішення. Та оскільки рішенням Запорізького окружного адміністративного суду від 6 липня 2018 року відмовлено у задоволенні позову, це судові рішення не підлягало виконанню, а тому перегляду не підлягає.

Отже, підхід, сформований рішеннями судів, не визнає права на перегляд за виключними обставинами судових рішень з підстав, передбачених пунктом 1 частини п'ятої статті 361 КАС України, з трьох причин: 1) на момент ухвалення судових рішень норма закону, згодом визнана неконституційною, була чинною; 2) рішення не підлягали виконанню; 3) перегляд рішень з цих підстав порушує принцип правової визначеності (*res judicata*).

Застосування норми пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України у вищенаведених справах унеможливило ефективний захист та поновлення прав особи, якій відмовлено у задоволенні позову внаслідок застосування закону, визнаного згодом неконституційним. З огляду на це

колегія суддів вважала за необхідне відступити від правових висновків, викладених у наведених вище.

Інститут виключних обставин має на меті забезпечення перегляду судових рішень, ухвалених із порушеннями, що мали суттєвий вплив на вирішення справи. Визнання закону неконституційним, незастосування судом конституційного закону, злочинні дії судді, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом – усе це свідчить про помилку з боку держави та дискредитує судові рішення. Отже, інститут перегляду судових рішень за виключними обставинами спрямований на усунення помилок держави, а не суду.

Суспільний інтерес в усуненні сумніву в законності та обґрунтованості судового рішення переважає над суспільним інтересом, що виявляється у дотриманні принципу юридичної визначеності (*res judicata*). У разі конкуренції між правильним і стабільним перевагу слід надавати першому. Для усунення цього сумніву судові рішення, навіть те, що набрало законної сили, може бути переглянуте за заявою учасника справи або іншої зацікавленої особи, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси чи обов'язки.

Правова природа виключних обставин, про які йдеться у частині п'ятій статті 361 КАС України, виявляється вже у самій їх назві. Їх виключність свідчить про те, що вони є винятком із принципу юридичної визначеності. Виникнення цих обставин із достатнім ступенем переконливості ставить під сумнів законність судового рішення, що не узгоджується ні з публічним інтересом, який уособлює держава, ні з приватним інтересом сторін і є підставою для його перегляду за заявою зацікавленої особи.

Відповідно до частини першої статті 361 КАС України за виключними обставинами може бути переглянуто судові рішення, яким закінчено розгляд справи і яке набрало законної сили. Зазначене положення передбачає лише дві вимоги до рішення, яке може бути переглянуто: 1) рішення закінчує розгляд справи; 2) рішення набрало законної сили.

Відповідно до частини першої статті 245 КАС України при вирішенні справи по суті суд може задовольнити позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю або частково. Усі ці рішення, які набрали законної сили, можуть бути предметом перегляду. Закон не дає підстав вважати, що є якісь види судових рішень, які не можуть бути переглянуті. Отже, рішення, яким у задоволенні позову відмовлено, можуть бути предметом перегляду так само, як і рішення, яким позов задоволено.

Підставою перегляду таких рішень за пунктом 1 частини п'ятої статті 361 КАС України є встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом під час вирішення справи, якщо рішення суду ще не виконане. Отже, можна виділити такі умови перегляду за цією підставою: а) неконституційність (конституційність) нормативно-правового акта чи його окремого положення; б) застосування (незастосування) такого акта у справі; в) рішення суду в такій справі не виконане.

У постанові Верховного Суду від 17 грудня 2019 року у справі № 808/2492/18 сформульовано висновок про те, що не може вважатись невиконаним у контексті приписів пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову

відмовлено, оскільки воно не передбачає примусового виконання. Таке тлумачення призводить до того, що особа, якій у задоволенні позову відмовлено (позивач), фактично позбавляється права на перегляд рішення з підстав визнання неконституційним закону, застосованого в її справі. Це стосується навіть позивача, який пройшов усі інстанції в судах загальної юрисдикції, звернувся з конституційної скаргою до Конституційного Суду України і домогся визнання закону неконституційним – за такого підходу він не може розраховувати на перегляд рішення. Інститут перегляду справи за виключних обставин фактично припиняє діяти і втрачає практичне значення.

Важко погодитися з таким підходом. Граматичне тлумачення словосполучення «якщо рішення суду ще не виконане» дає підстави для висновку, що йдеться про рішення, яке підлягає виконанню (тобто резолютивна частина рішення містить зобов'язання вчинити певну дію, ухвалити рішення, сплатити гроші тощо), але на момент подання заяви про перегляд воно не виконане (ще не виконано).

Виконанню підлягають лише судові рішення про задоволення позову (повне або часткове). Натомість рішення, яким у задоволенні позову відмовлено, виконанню не підлягають за жодних обставин.

Отже, якщо позов задоволено, то таке судове рішення може бути переглянуто за виключними обставинами лише у тому разі, якщо воно не виконане. Якщо ж у позові відмовлено, то таке рішення не виконується (і не може виконуватись з об'єктивних причин). Воно не може бути «ще не виконаним». Отже, до цього виду рішень не може бути застосовано таку умову перегляду, як те, що рішення суду ще не виконане. З огляду на це перегляд судових рішень, якими відмовлено у задоволенні позову, за виключними обставинами на підставі пункту 1 частини п'ятої статті 361 КАС України можливий в усіх випадках.

Частина п'ята статті 361 КАС України передбачає підстави перегляду. Натомість рішення, які можуть бути предметом перегляду, передбачено у частині першій статті 361 КАС України. Тлумачення, яке пропонується, повною мірою відповідає нормі, передбаченій частиною першою статті 361 КАС України, яка не встановлює обмежень для перегляду рішень, якими у задоволенні позову відмовлено.

Правові підходи Верховного Суду щодо тлумачення нормативної конструкції «ще не виконане», від яких ухвалою Верховного Суду від 20 лютого 2020 року пропонувалося відступити, зводять до розширювального тлумачення положень вказаної норми, хоча в пункті 1 частини п'ятої статті 361 КАС України йдеться тільки про застереження щодо тих рішень, які передбачають виконання.

Зазначена норма не встановлює заборони на перегляд судового рішення, яке хоча й не передбачає примусового виконання, але водночас чинить вплив на права та свободи особи, перешкоджаючи їй в отриманні блага, щодо якого вона має принаймні законні сподівання, чи покладаючи непропорційний тягар негативних наслідків, спричинених дією неконституційного закону (певних його положень).

Можливість перегляду рішення за виключними обставинами не суперечить зазначеним вище положенням про пряму дію рішення Конституційного Суду України. Дійсно, за загальним

правилом, наслідки неконституційності застосовуються лише до правовідносин, що виникли або продовжують існувати після оприлюднення рішення Конституційного Суду України. Такий підхід слід застосовувати до осіб, які не звертались до суду з метою відновлення порушеного права. У таких ситуаціях відновлення права (наприклад, на перерахунок пенсії) можливе з моменту ухвалення відповідного рішення Конституційного Суду України.

Негативні наслідки порушення Конституції України не будуть адекватно усунені тільки констатацією невідповідності положень нормативного акта Основному Закону держави і не можуть бути виправлені в інший спосіб, окрім як за допомогою повторного судового провадження.

Держава має забезпечити ефективне поновлення прав через можливість повторного розгляду справи, під час якого суд загальної юрисдикції, зважаючи на рішення Конституційного Суду України, повинен переглянути судові рішення, яке ґрунтувалося на неконституційних положеннях закону, відповідно до закону, який узгоджується з Конституцією України (або без застосування закону, який із Конституцією України не узгоджується), та на основі юридичної позиції Конституційного Суду України.

Перегляд судових рішень, які ухвалені на підставі положень закону, визнаних неконституційними, є одним із проявів «відповідальності» держави та відповідального публічного урядування. У такий спосіб держава виконує свій обов'язок поновити права, які вона сама й порушила, ухваливши акт, який став об'єктом судового конституційного контролю і визнаний неконституційним.

Кожне наступне рішення Конституційного Суду України, особливо у справах, що стосуються соціальних прав, матиме наслідком виникнення подібних ситуацій. Окрім того, означена проблема є «міжюрисдикційною», адже всі процесуальні кодекси містять інститут перегляду судових рішень за виключними обставинами внаслідок встановлення Конституційним Судом України неконституційності (конституційності) закону, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи. Натомість практика їх застосування відрізняється.

Отже, особа, справу якої було вирішено на підставі неконституційного закону (його окремих положень), повинна мати змогу одержати сатисфакцію внаслідок порушення своїх прав, і саме для цього вона звертається із заявою про перегляд справи за виключними обставинами. Суд має керуватися конституційним принципом, згідно з яким держава відповідає перед людиною за свою діяльність, насамперед тоді, коли внаслідок дії неконституційного закону були порушені її права.

Саме тому держава має забезпечити для людини, яка зазнала конституційної несправедливості, ефективне поновлення її прав через можливість повторного розгляду справи, під час якого суд, зважаючи на рішення Конституційного Суду України, матиме змогу переглянути справу відповідно до закону, який узгоджується з Конституцією України, а отже, особі буде надана практична та ефективна можливість на здійснення справедливого судового розгляду. Тому, попри перспективну дію рішень Конституційного Суду України, людині має бути надано можливість розгляду її справи на підставі закону, що відповідає Конституції України й гарантує право на справедливе вирішення спору, що є головною метою правосуддя.

Albert Yezerov,

Judge of the Administrative Cassation Court,
Supreme Court, Ukraine,
PhD in Law, Associate Professor

UNCONSTITUTIONALITY OF THE LAW AS THE GROUNDS FOR COURT JUDGMENT REVIEW UNDER EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

If the Administrative Cassation Court finds a law, other statutory instrument or its separate provision applied (not applied) by the court during case resolution unconstitutional (constitutional), and if the court judgment in such a case has not yet been executed, it may serve as the reason for court judgment review due to exceptional circumstances as stipulated by paragraph 1, part five, Article 361 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine. However, it must be clear that with its decision, the Administrative Cassation Court does not make a statutory provision unconstitutional – it only states the fact of its unconstitutionality. Such an approach is important for the proper understanding of the nature of court judgment review in exceptional circumstances.

However, the case-law is not currently shaped in a way that would allow a person to restore his or her rights. The established approach does not recognise the right to court judgment review in exceptional circumstances for the grounds provided under paragraph 1, part five, Article 361 of the Code of Administrative Proceedings, due to three reasons: 1) the statutory provision that was later found unconstitutional was applicable at the time of court judgment adoption; 2) judgements were unenforceable; 3) court judgment review due to these grounds violates *res judicata* principle. Such an approach disables effective protection and restoration of rights of the person whose lawsuit was dismissed due to the application of the law that was later found unconstitutional.

The institute of exceptional circumstances aims at ensuring the review of court judgments passed with violations that had a considerable impact on the case resolution. Finding a law unconstitutional, failure of the court to apply the constitutional law, judge's illegal acts, violations by Ukraine of its international obligations during case resolution in court – all of these indicate the state's mistake and undermine trust in the court judgment. Thus, the institute of court judgment review in exceptional circumstances targets to eliminate the mistakes of the state, rather than that of the court.

Negative consequences of violations of the Constitution of Ukraine will not be adequately eliminated by a mere statement of the fact that provisions of the enactment are inconsistent with the Basic Law and may not be rectified other than through repeated court proceedings. The review of court judgments passed based on law provisions that were later found unconstitutional constitutes one of the manifestations of the liability of the state and responsible public governance. This way, the state fulfils its obligation to restore rights violated by it by adopting an act that became a subject of judicial review of constitutionality and was found unconstitutional.



Автобіографічна довідка

Наталія Блажівська, суддя Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, кандидат юридичних наук, доцент.

Має багаторічний досвід наукової та викладацької роботи в Академії адвокатури України. До призначення суддею Верховного Суду працювала суддею в Окружному адміністративному суді міста Києва та Вищому адміністративному суді України. Підвищувала свою кваліфікацію в Інституті Права Інтелектуальної власності Ягелонського університету (Краків, Польща), проходила стажування у Верховному адміністративному суді Фінляндії як переможець конкурсу, організованого Міжнародною асоціацією вищих судових органів адміністративної юрисдикції. У 2019 році завершила курс з міжнародного оподаткування Лейденського університету.

Є віце-президентом та співзасновником Всеукраїнської асоціації адміністративних суддів.

Autobiographic Reference

Natalia Blazhivska, judge of the Supreme Court at the Administrative Cassation Court, PhD in Law, Associate Professor

She has many years of experience in scientific and teaching activities at the Academy of Advocacy of Ukraine. Before being appointed as a judge of the Supreme Court, she worked as the judge at the District Administrative Court of Kyiv and High Administrative Court of Ukraine. She upgraded her qualification at the Institute of Intellectual Property Law of the Jagiellonian University (Krakow, Poland), completed an internship at the Supreme Administrative Court of Finland as a winner of the contest organised by the International Association of Supreme Administrative Jurisdictions. In 2019, she completed a course in international taxation at Leiden University.

She is a Vice President and co-founder of the All-Ukrainian Association of Administrative Judges.

Наталія Блажівська,
Суддя Верховного Суду
в Касаційному адміністративному суді,
кандидат юридичних наук, доцент

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА VS ЕФЕКТИВНЕ ВІДНОВЛЕННЯ ПОРУШЕНОГО ПРАВА ОСОБИ ОСТАТОЧНИМ СУДОВИМ РІШЕННЯМ У СВІТЛІ ПЕРЕГЛЯДУ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ ЗА ВИКЛЮЧНИМИ ОСБСТАВИНАМИ

Аналіз застосування судами положень процесуального законодавства, що регулюють порядок розгляду заяв, поданих про перегляд судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, вказує на те, що запроваджена модель конституційної скарги в Україні містить істотні недоліки. Передусім, це зауваження стосується фактичної неможливості ефективного відновлення порушених прав, свобод, інтересів особи, яка намагалася захистити свої права у судовому порядку (в адміністративному суді), у разі визнання закону чи його окремих

положень неконституційними за результатами розгляду конституційної скарги такої особи.

Різним аспектам проблематики впровадження та функціонування інституту конституційної скарги присвячені роботи науковців, зокрема й суддів Лемака В.В., Єзерова А.А. [1, 2, 3].

Так, Конституцією України закріплено модель побудови такої держави, діяльність якої підпорядкована праву, а головним призначенням є максимально повне забезпечення юридичними засобами охорони і захисту прав людини та громадянина за рахунок обмеження дій держави правовими нормами [4]. Основний Закон не надає публічній владі всіх рівнів можливості діяти інакше, аніж це визначено Конституцією та законами.

На адміністративні суди, згідно з положеннями частини першої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України, покладено завдання справедливого, неупередженого та своєчасного вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [5].

Законодавцем з метою ефективного захисту порушених прав запроваджено інститут конституційної скарги, який покладаний виконувати функцію захисту громадянина від порушення його прав державою.

У класичній доктрині природного права категорія «права людини» лежить у площині взаємодії особи та держави, а доктрина позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини є невід'ємною частиною сучасної теорії прав людини, яка дає можливість переосмислити модель взаємодії людини і держави [6], віднайти системні зв'язки між правами особи та обсягом і характером обов'язків держави щодо їх реалізації, установити межу відповідальності держави за їх порушення [7]. Лише існування юридичних засобів закріплення прав людини є недостатнім. Необхідно, щоб вони не були ілюзорними, а реально діяли, на що й спрямована доктрина позитивних зобов'язань держави, яка визначає обов'язок держави не тільки мати законодавство, що цілком забезпечує дотримання конституційних прав і свобод, а й вживати всіх необхідних заходів для того, щоб воно розвивалося і реально діяло, тому гарантії захисту прав індивіда повинні забезпечуватися і *de jure*, і *de facto*.

Інститут перегляду судового рішення після визнання застосованої норми неконституційною передбачено частиною п'ятою статті 361 Кодексу адміністративного судочинства України. Так, встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом під час вирішення справи, якщо рішення суду ще не виконане, є підставою для перегляду рішення за нововиявленими обставинами [5]. Наведена норма фактично закріплює на рівні національного законодавства принцип *restitutio in integrum* (повернення сторін до первинного юридичного стану).

Однак аналіз судової практики свідчить про те, що фактично наведені положення щодо відновлення порушених прав внаслідок визнання неконституційними (конституційними) положень норм чинного законодавства за результатами розгляду конституційної скарги можуть бути реалізованими лише в тому разі, якщо в рішенні Конституційного Суду України прямо вказано про його ретроспективну дію.

Так, частиною другою статті 152 Конституції України передбачено, що Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення [8].

У контексті податкових правовідносин, для аналізу проблематики щодо відновлення порушеного права внаслідок визнання неконституційною норми закону саме за результатами розгляду конституційної скарги, можна згадати про справу № 826/11743/17, яка хоч і не переглядалась в касаційному порядку, проте має неабияке значення для аналізу проблематики.

Так, у цій справі платник податків, який безпосередньо звертався до Конституційного Суду України з конституційною скаргою, а саме Товариство з обмеженою відповідальністю «МЕТРО КЕШ ЕНД КЕРІ УКРАЇНА», отримав ухвалене Першим сенатом Конституційного Суду України рішення № 3-р(І)/2019 у справі № 3-391/2018(6048/18), яким визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення першого речення абзацу двадцять шостого розділу I Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України» щодо уточнення деяких положень та усунення суперечностей, що виникли при прийнятті Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо покращення інвестиційного клімату в Україні» від 23 березня 2017 року № 1989-VIII, згідно з якими «нараховані та сплачені за період проведення антитерористичної операції суми плати за землю відповідно до статей 269-289 цього Кодексу за земельні ділянки, розташовані на тимчасово окупованій території та/або території населених пунктів на лінії зіткнення, та/або території проведення антитерористичної операції, не підлягають поверненню на поточний рахунок платника податку, не спрямовуються на погашення грошового зобов'язання (податкового боргу) з інших податків, зборів, не повертаються у готівковій формі за чеком у разі відсутності у платника податків рахунка в банку».

Після цього, посилаючись на Рішення Конституційного суду України, вказаний суб'єкт господарювання звернувся до суду із заявою про перегляд за виключними обставинами судового рішення, водночас у задоволенні цієї заяви з посиланням на практику Верховного Суду було відмовлено з тих підстав, що на час виникнення спірних правовідносин та на час прийняття рішень судами першої та апеляційної інстанції положення норм були чинними та підлягали застосуванню; Рішення Конституційного Суду України від 5 червня 2019 року № 3-р(І)/2019 у справі № 3-391/2018(6048/18) на спірні правовідносини не може вплинути, оскільки правовідносини у даній справі виникли до прийняття такого рішення, яке не має ретроактивності та змінює законодавче регулювання лише для правовідносин, що матимуть місце з дати ухвалення рішення [9].

Так, відповідно до висновків наведеного судового рішення, рішення Конституційного Суду України про неконституційність застосованих судами положень нормативно-правового акту не є підставою для скасування рішень судів, оскільки в такому разі суд має застосовувати положення закону, який хоча і визнаний неконституційним, проте був чинним на момент існування спірних правовідносин.

Отже, на прикладі цієї справи, з огляд на вже усталену практику, можна прослідкувати фактичну неможливість реалізації адміністративними судами свого завдання щодо ефективного відновлення порушених прав фізичних та юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин, що фактично нівелює запроваджені Основним Законом гарантії судового захисту конституційних прав та інтересів de facto.

За наведеного, вірним є твердження Єзерова А.А. про те, що практика судів наразі складається не у спосіб, що дозволяє людині поновити свої права, і ключовим правовим питанням у цьому випадку є застосування частини другої статті 152 Конституції України (стаття 91 Закону України «Про Конституційний Суд України» у взаємозв'язку з пунктом 1 частини п'ятої статті 361 Кодексу адміністративного судочинства України [10].

Така ситуація стала підставою для висновку про необхідність вирішення Великою Палатою Верховного Суду означеного питання як виключної правової проблеми (Ухвала Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі № 808/1628/18 від 20 лютого 2020 року) [11].

Зурахуванням наведеного існуючі юридичні реалії щодо виконання рішень Конституційного Суду України не створюють інструментів реального відновлення порушених прав та інтересів за результатами розгляду адміністративними судами поданої особою заяви про перегляд за виключними обставинами судових рішень з підстав встановленої Конституційним Судом України неконституційності (конституційності) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом під час вирішення справи. Фактично неможливість зворотної дії актів Конституційного Суду України викликає сумніви в контексті наведених положень насамперед щодо її відповідності принципу верховенства права та закріпленому на конституційному рівні примату прав і свобод людини (стаття 3, частина перша статті 8 Основного Закону України).

Запроваджений законодавцем підхід є непослідовним, оскільки процесуальне законодавство про перегляд судового рішення надає чітку можливість фактичного поновлення особою її порушеного права шляхом подання заяви про перегляд за виключними обставинами судових рішень у разі встановлення Європейським судом з прав людини порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення справи судом. Непослідовність запровадженого законодавцем підходу також проявляється в тому, що в разі встановлення порушення одного і того самого основоположного права (адже Конституція України гарантує здебільшого схожі за змістом права і свободи людини, що й Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року), його суб'єкти фактично отримують поновлення у правах лише за рішенням міжнародної судової установи.

З урахуванням наведеного та виходячи з того, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність, судова практика в світлі принципу верховенства права має розвиватися в тому напрямку, який буде забезпечувати ефективний захист конституційних прав, свобод та інтересів особи.

Список використаних джерел:

1. Лемак В. В. Конституційна скарга в Україні: проблеми механізму впровадження/ В. В. Лемак, О. В. Петришин // Вісник Національної академії правових наук України. – 2017. – № 2. – С. 79–88. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2017_2_9
2. Лемак В.В. Конституційна скарга: досвід держав Центральної Європи і можливі уроки для України / В. В. Лемак // Публічне право. – 2016. – № 4. – С. 49–56.
3. Єзеров А.А. Конституційна скарга і виключні обставини для перегляду справ/ Судово-юридична газета. URL <https://sud.ua/ru/news/blog/153161-konstitutsiy-na-skarga-i-viklyuchni-obstavini-dlya-pereglyadu-sprav>
4. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редколегії) та ін. – К.: Українська енциклопедія, 2003. – Т. 5: П. – С. 36.
5. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV/ База даних «Законодавство України»/ВР України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
6. Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. – Council of Europe: Human rights handbooks, 2007. – P.14–16; Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. Репринтное воспроизведение издания 1908 г. – Одесса: Юридическая литература, 2005. – С. 55–57. 136
7. Христова Г.О. Впровадження доктрини позитивних зобов'язань держави щодо прав людини в національний правопорядок // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.)/за ред. С.В. Ківалова
8. Конституція України від 28 червня 1996 р. / База даних «Законодавство України»/ВР України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
9. Ухвала Шостого апеляційного адміністративного суду від 10 вересня 2019 року у справі 826/11743/17/ база даних «Єдиний державний реєстр судових рішень»//<http://reyestr.court.gov.ua/Review/84295183>
10. Єзеров А. Неконституційність закону як підстава для перегляду судових рішень за виключними обставинами в адміністративному судочинстві// Вісник Конституційного Суду України №3/2020. С. 122-124.
11. Ухвала Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі № 808/1628/18 від 20 лютого 2020 року// <http://reyestr.court.gov.ua>.

Natalia Blazhivska,

Judge of the Administrative Cassation Court,

Supreme Court, Ukraine,

PhD in Law, Associate Professor

A CONSTITUTIONAL COMPLAINT VS EFFECTIVE RESTORATION OF PERSON'S VIOLATED RIGHT BY A FINAL COURT JUDGMENT PASSED IN THE CONTEXT OF JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE CASES IN EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES

The analysis of courts' application of the procedural law regulating consideration of applications on court judgment review in exceptional circumstances shows that the constitutional complaint model introduced in Ukraine contains substantial shortcomings. First of all, this remark concerns the actual inability of effective restoration of violated rights, freedoms, and interests of the person who tried to protect their rights in court (administrative court) should the law or its separate provisions be found unconstitutional following the consideration of such person's constitutional complaint.

Administrative court case-law indicates that provisions on the restoration of violated rights as a result of provisions of the current legislation being found unconstitutional (constitutional) based on the results of consideration of the constitutional complaint can be implemented only if the Constitutional Court judgment clearly states its retroactive effect.

Given the above, the existing legal reality in the field of enforcement of the Constitutional Court judgments does not create a tool for actual restoration of violated rights and interests based on the results of administrative courts' consideration of an application for judicial review in exceptional circumstances due to the fact that the Constitutional Court of Ukraine found (un)constitutional the law, other statutory instrument or its separate provision applied (not applied) by the court during case resolution. In fact, the lack of retroactive effect of the instruments passed by the Constitutional Court of Ukraine casts doubts in the contexts of above provisions, predominantly with regard to its compliance with the rule of law principle and the supremacy of human rights and freedoms enshrined at the constitutional level (Article 3, part one, Article 8 of the Basic Law of Ukraine).

The legislator's approach is inconsistent since procedural law on the court judgment review provides a clear possibility for the person to restore his or her violated right by filing an application for court judgment review in exceptional circumstances should the European Court of Human Rights determine Ukraine's violation of its international obligations during court resolution of the case. The inconsistency of the approach introduced by the legislator is also manifested in the fact that if the same fundamental right is violated (as the Constitution of Ukraine mostly guarantees human rights and freedoms that are similar to those protected by the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), its entities get their rights restored only upon the decision of the international judicial institution.

In light of the above and drawing on the fact that the state is answerable to the people for its activities, in the light of the rule of law principle, the case-law must develop in the direction that would ensure effective protection of person's constitutional rights, freedoms and interests.



Автобіографічна довідка

Бартош Войцеховскі, суддя Верховного адміністративного суду Республіки Польща.

У 1997 році закінчив магістратуру факультету права та управління Лодзького університету.

У 2002 році отримав наукове звання доктора юридичних наук, кафедра юридичної теорії та філософії права, факультет права та управління Лодзького університету.

У 2009 року став доцентом кафедри юридичної теорії та філософії права, факультету права та управління Лодзького університету.

З 2012 року займає посаду директора Центру теорії та філософії прав людини.

З 2002 по 2010 роки працював суддею Радомського районного суду, а також завідувачем кафедри цивільного права Лодзького університету.

З 2010 по 2015 роки обіймав посаду судді Адміністративного районного суду в місті Лодзі.

З 2015 року є суддею Вищого адміністративного суду та керівником Департаменту Європейського права Вищого адміністративного суду.

Автор численних наукових досліджень у галузі кримінального права, права інтелектуальної власності, прав людини, правозастосування та правотворчості, а також інших досліджень у галузі права.

Autobiographic Reference

Bartosz Wojciechowski, Judge of the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland.

In 1997 obtained the Master of Laws degree, the Faculty of Law and Administration at the University of Lodz.

In 2002 obtained a PhD degree at the Chair of Legal Theory and Philosophy of Law, Faculty of Law and Administration at the University of Lodz.

In 2009 became Assistant Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law, Faculty of Law and Administration of the University of Lodz.

Since 2012 holds the position of the Director of the Center for Theory and Philosophy of Human Rights.

From 2002 to 2010 worked as a judge at the District Court in Radomsko, as well as the Head of the Lodz University Civil Law Faculty.

From 2010 to 2015 held the position of Judge of the Administrative District Court of Lodz.

Since 2015 holds the position of a judge of the Supreme Administrative Court and the Head of the Department of European Law of the Supreme Administrative Court.

Author of the numerous scientific researches in the field of Criminal Law, Intellectual Property, Human Rights, Application of Law, Law Making and other researches in the field of law.

Бартош Войцеховскі,

суддя Фінансової палати Верховного
адміністративного суду Польщі,
доктор юридичних наук

ПРЕЦЕДЕНТНИЙ ХАРАКТЕР РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ В ПРАВОПОРЯДКУ ПОЛЬЩІ

Схоже, нам доведеться погодитися з тезою, що творче застосування права судами, навіть конституційними, часто перевищує прийнятні межі; але, з іншого боку, ми не можемо з необхідною точністю конкретизувати, як ці межі були визначені або вказати критерії, як чітко розрізнити перетворення, тлумачення та творче застосування права. Однак у польській правовій літературі загальноновизнаною є теза про те, що рішення Конституційного суду мають правотворчий характер¹. Ця думка стала поширеною після того, як було постановлено, що «концепція вичерпного переліку джерел права, прийнята в главі III Конституції Республіки Польща, не виключає, за певних умов, створення «судових правотворчих актів, створених адміністративною судовою владою». Прихильники цієї тези вважають, що вичерпний перелік джерел права носить обмежений характер, оскільки йдеться лише про джерела писаного права, які набувають форми нормативних актів. Тому автори Конституції не виключали їх доповнення іншими джерелами, такими як загальне право та судовий прецедент»².

(...)

Здається аналогічний процес переосмислення моделі застосування права судами мав місце і в Польщі. Розуміння принципу прямого застосування Конституції, безпосередньо вираженого у частині 2 статті 8 Конституції Республіки Польща (далі – Конституція) швидко стало предметом суперечки між Конституційним судом, Верховним судом та Вищим адміністративним судом, кожен із яких вимагає виключної компетенції щодо розгляду питання конституційності³. Однак, цей спір не вирішився через посилення на зміст положення Конституції та концепцію єдиного тлумачення, висловлену в судовій практиці Конституційного суду. Навпаки, насправді існував досить специфічний розподіл функцій між Конституційним судом, Верховним судом та Вищим адміністративним судом. Цього було досягнуто за допомогою складних концепцій, таких як очевидна невідповідність конституції⁴. Цей спір підкреслив складний характер судових рішень, зокрема, обґрунтування рішень вищих судових інстанцій, коли суперечливі дискурси призводять до визнання сигнального та комунікативного характеру діяльності судів. Водночас, у середині 1990-х років, через зростання ролі Конституційного суду розпочалась дискусія про вплив

¹ Cf. R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008.

² Z. Kmiecik, *Prawotwórstwo sędziowskie w sferze jurysdykcji sądów administracyjnych*, Państwo i Prawo 2007, no. 12, p. 24. See also J. Małecki, *Prawotwórcza rola orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach podatkowych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, no. 4, A. Gomulowicz, *Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego jako źródło prawa podatkowego* [in:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004.

³ R. Hauser, J. Trzciński *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, pp. 11–46.

⁴ R. Hauser, J. Trzciński *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, *PIP* 2008, No. 2, pp. 13–15

рішень Конституційного суду та інститут абстрактного тлумачення Конституції⁵. Це зникло з правової системи Польщі після 1997 року, коли набула чинності нова Конституція Польщі. З огляду на нові норми питання правотворення судами стало менш важливим, оскільки новий інституційний формат судової системи, встановлений цим нормативно-правовим актом та запровадження вичерпного переліку джерел права відсунули питання правотворчості на другий план. Проте виявилось, що це питання набуває нового значення як в теорії, так і на практиці. Після 1997 року рішення Конституційного суду вже не підлягали затвердженню кваліфікованою більшістю Сейму, як це було раніше. Водночас тлумачення Конституційним судом призвело до питань щодо його правотворчого характеру. Ця проблема стосувалася насамперед ситуацій, коли Конституційний суд виносив так звані рішення-тлумачення, у яких вказувалося на розуміння певного положення, яке відповідає Конституції⁶. До того ж, у літературі наразі існує думка, що рішення Конституційного суду мають правотворчий характер⁷.

У Польщі існують спори щодо рішень Конституційного суду. Предмет і значення цих спорів різняться. Так, ми стикаємося із заявами, що ставлять під сумнів компетенцію Конституційного суду у винесенні рішень певного типу, дебати щодо їх кваліфікації (про те, чи є у чогось певна природа, наприклад: Чи мають рішення правову природу?) та класифікації (чи належить щось до певної групи, наприклад: є рішення тлумачним чи обмежувальним?). Відправною точкою цього питання є стаття 190 Конституції, яка головним чином регулює правові наслідки рішень Конституційного суду.

Для вирішення вищезазначених питань необхідно почати з розгляду видів судових рішень Конституційного суду в правовій системі Польщі:

1. Стверджувальне (класичне/просте) – положення/стаття X відповідає статті Y Конституції;
2. Негативне (класичне/просте) – положення/стаття X не відповідає статті Y Конституції;
3. Тлумачне – положення X, яке розуміється як ... відповідає/ не відповідає статті Y Конституції;
4. Обмежувальне – положення X, в частині ... відповідає/ не відповідає статті Y Конституції;
5. Застосовні – наприклад, стаття X не відповідає статті Y Конституції, що не створює підстав для повернення податку, сплаченого за цим положенням; стаття X не відповідає статті Y Конституції, але збори, стягнуті відповідно до положення X, не підлягають поверненню;
6. З відкладальною умовою – положення X є неконституційним та перестає бути чинним в день Y;
7. Постанови

⁵ L. Morawski, Precedens a wykładnia, PiP 1996, No. 10, pp. 5–9

⁶ J. Trzciński, Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego, PiP 2002, No. 1, p. 3; K. Pietrzykowski, O tak zwanych 'interpretacyjnych' wyrokach Trybunału Konstytucyjnego, PS 2004, No. 3, p. 15.

⁷ M. Safjan, Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, PiP 2003, No. 3, pp. 3–4; A. Sulikowski, Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność, PiP 2005, No. 8, pp. 20–24.

Ця класифікація не є вичерпною, оскільки існують рішення, які не належать до жодної з перерахованих вище категорій, наприклад, запобіжні рішення або сигнальні постанови. Крім того, класифікація не є виключною, оскільки деякі рішення одночасно належать до більш ніж однієї категорії, наприклад: нібито обмежувальні – правотворчі, нібито обмежувальні – тлумачні, негативні – тлумачні рішення, стверджувальні – тлумачні рішення. Їх різноманітність також стає очевидною з огляду на різні правові наслідки, що виникають із судових рішень. Деякі судові рішення мають чіткі правові наслідки, хоча таких меншість (навіть класичне негативне рішення може викликати сумніви, якщо положення про внесення змін було визнане неконституційним – чи це означає, що як наслідок рішення слід повернутися до положення, що діяло до внесення змін?). Особлива ситуація виникає, передусім, щодо тлумачних, обмежувальних та – в останні роки – застосовних рішень (і, очевидно, саме ці рішення нас найбільше цікавлять).

З точки зору Конституційного суду, нормативні наслідки судових рішень очевидні та зрозумілі незалежно від виду судового рішення. Як щодо класичних позитивних чи негативних рішень, так і тлумачних, обмежувальних чи застосовних рішень, результат завжди однаковий – вони мають загальнообов'язковий характер, як неодноразово наголошував Конституційний суд у своїх рішеннях, посилаючись на зміст частини 2 статті 190 Конституції.

З іншого боку, у літературі та судовій практиці висуваються різні аргументи, щоб ствердити, що будь-які рішення Суду, які не є класичними позитивними або негативними рішеннями, не є обов'язковими. Найчастіше можна почути, що Суд не має повноважень вносити інші судові рішення, крім класичних. Особливо примітно, що навіть Верховний суд не має єдиної позиції з цього питання. В обговоренні обов'язкового характеру рішень Суду також вказується, що врахування тлумачних, обмежувальних чи застосовних рішень може призвести до розділення правового регулювання певного інституту на частини, сумісні та несумісні з Конституцією, що дискредитує нормативну основу такого нормативно-правового акту і може призвести до набуття ним форми, не передбаченої законодавцем.

Наприклад, Вищий адміністративний суд (ВАС) вирішив, що, хоча Конституційний суд не має загальних повноважень здійснювати загальнообов'язкове тлумачення законодавства, оцінювання повноважень Конституційного суду з метою визначати межі його рішень – інше питання. Необґрунтовано ставити під сумнів можливість Конституційного суду уточнити, як обмежується вплив його рішень (рішення Вищого адміністративного суду від 10 жовтня 2007 р. № II GSK 154/07).

Так само Верховний суд констатував, що Конституція не відокремлює судові рішення Конституційного суду та не накладає жодної класифікації на обов'язкову силу його рішень. Однак, множинність доктринальних підходів не обов'язково повинна породжувати дискусії про те, які з рішень Суду мають повну обов'язкову силу, які – лише часткову обов'язкову силу, а які взагалі не мають обов'язкової сили. Норми Конституції не створюють підстав робити такі вибірki. Такий відбір був би надзвичайно небезпечною тенденцією, оскільки міг би дискредитувати кваліфікацію судів чи доктрину.

Однак широко прийняті такі висновки:

- кожен суд та адміністративний орган зобов'язані виконувати рішення Конституційного

суду з моменту набрання ними чинності, оскільки вони мають загальнообов'язкову силу;

– необхідно визнавати легітимність рішення по суті та посилатися на нього безпосередньо у рішенні незалежно від характеру рішення Суду і його обов'язкової сили.

Приклад дискусії, що триває щодо цього – рішення Вищого адміністративного суду від 10 червня 2014 року (I FSK 993/13), винесене на підставі порушення частини 1, пункту 4 частини 6 та частини 8 статті 70 Податкового кодексу. Відповідно до частини 8 статті 70 Податкового кодексу податкові зобов'язання, забезпечені іпотекою, не підлягають часовому обмеженню; однак після закінчення строку позовної давності ці зобов'язання підлягають виконанню лише щодо предмета іпотеки. Заявник стверджував: неправильним є тлумачення, що закінчення терміну дії рішення про забезпечення податкового зобов'язання не призводить до закінчення строку застави нерухомості, тоді як з правильного тлумачення положень можна дійти висновку, що закінчення терміну дії рішення про забезпечення податкового зобов'язання призводить до закінчення строку застави нерухомості, тоді як просте вилучення іпотеки є лише матеріально-технічною діяльністю, а наказ для забезпечення відповідальності на підставі рішення про її забезпечення, встановлення обов'язкової іпотеки призупиняє перебіг позовної давності, тоді як з частини 8, що є уточнювальним положенням для пункту 4 частини 6 логічно, що встановлення обов'язкової іпотеки не призводить до призупинення перебігу строку позовної давності, а лише надає можливість врегулювання позову, незважаючи на закінчення строку позовної давності щодо об'єкта іпотеки.

Ключовим для вирішення спірного питання стало рішення Конституційного суду від 8 жовтня 2013 року, справа № SK 40/12. У пункті 2 Конституційний суд постановив, що частина 6 статті 70 Податкового кодексу в редакції, що діяла з 1 січня 1998 р. по 31 грудня 2002 р., не відповідає частині 2 статті 64 Конституції. Незважаючи на те, що це положення з 1 січня 2003 року більше не застосовується до нових застав для податкових зобов'язань через втрату його обов'язкової сили, правова норма, що міститься в ньому, була повторена та розширена (через податкову заставу) у частині 8 статті 70 Податкового кодексу. Хоча формально це положення не було предметом справи (воно не було підставою для прийняття остаточного рішення у справі заявника), ті ж конституційні застереження, які були викладені у вищезазначеному рішенні, явно поширюються на нього (див. Рішення Вищого адміністративного суду від 13 грудня 2013 року, справа № I FSK 1807/12).

Рішення про невідповідність нормативного акту (або його частини) актові, який є вищим за ієрархією в джерелах права, призводить до втрати його обов'язкової сили (*lex superior derogat legi inferiori*), що по суті означає, що положення, невідповідність якого Конституції була встановлена Судом, втрачає свою обов'язкову силу в частині невідповідності, яка була виявлена⁸.

Аналогічну точку зору висловив Вищий адміністративний суд у своєму рішенні від 7 грудня 2009 року (справа № I OPS 9/09), згідно з якою «в ситуації, коли після подання стороною касаційної скарги Конституційний суд визнає неконституційним нормативно-правовий акт,

⁸ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, pp. 835–853; M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, *Prawo do wznowienia postępowania administracyjnego po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, [in:] S. Biernat, L. Bosek, L. Garlicki, T. Górzyska, M. Grzybowski, R. Hauser, J. Korczak, M. Masternak-Kubiak, M. Niedźwiedz, M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski, *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, System Prawa Administracyjnego, vol. 2, eds. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, p. 333.

на підставі якого винесене оскаржуване рішення, якщо неконституційне положення не було зазначено в підставах для касації, Вищий адміністративний суд повинен безпосередньо застосувати положення частини 1 та 4 статті 1 Конституції Республіки Польща та враховувати рішення Конституційного суду, не будучи зв'язаним змістом частини 1 статті 183 Закону про адміністративне судочинство від 30 серпня 2002 року (JL RP № 153, пункт 1270, із змінами)». У цьому контексті слід зазначити, що суд не зв'язаний тут правовою оцінкою, здійсненою при тлумаченні положень про позовну давність (зокрема, частина 8 статті 70 Податкового кодексу) у рішенні Воєводського адміністративного суду Варшави від 29 березня 2011 року, справа № III SA/Wa 1820/10 за статтею 153 Кодексу адміністративного судочинства, оскільки рішення Суду має наслідки *ex tunc* (див., зокрема, рішення Вищого адміністративного суду від 6 лютого 2008 р., II OSK 1745 / 07). Іншими словами, хоча на момент адміністративно-правової події діяло положення (тоді вважалося конституційним), яке було підставою для конкретного акту чи дії публічної адміністрації, подальше рішення Конституційного суду про його неконституційність призвело до того, що акт/діяльність, що розглядалися, не вважалися законними та його неконституційність стала підставою для скасування акту/діяльності.

Думка щодо правових наслідків рішень Конституційного суду в часі не є очевидною, оскільки частина 3 статті 190 Конституції регулює це питання лише в загальних рисах. Література передбачає, що рішення набуває чинності з дня його оприлюднення (*ex nunc*), але Суд сам може призначити іншу дату набуття ним обов'язкової сили. У Конституції нічого не зазначено про набуття чинності рішення з дня визнання акту неконституційним (*ex tunc*), тобто найшвидше. Однак думка, що наслідки судового рішення починаються з дня визнання акту неконституційним, видається припустимою, хоча це має бути чітко викладено у рішенні самого Конституційного суду⁹.

Ця думка підтверджується рішенням Вищого адміністративного суду від 12 березня 2014 року (II FSK 221/14) щодо тлумачення та застосування частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб від 26 липня 1991 року (JL RP 2010. № 51, п. 307 зі змінами, в редакції, що діяла з 1998 по 2006 рік), стосовно яких виникли серйозні сумніви, які і стали підставою скарги, поданої до Конституційного суду. У рішенні від 18 липня 2013 року SK 18/09 у пункті 2 Конституційний суд постановив, що: «Частина 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб у редакції, що діяла з 1 січня 1998 року по 31 грудня 2006 року, не відповідає зі статті 2 та частині 1 статті 64 Конституції» (пункт 985 JL RP 2013).

Що стосується частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб, у резолютивній частині рішення, зазначеного вище, Суд не здійснював повноваження, що містяться у частині 2 статті 71 Закону від 1 серпня 1997 року про Конституційний суд (JL RP No 102, пункт 643 зі змінами, надалі також: Закон про КС), і не постановив, що обов'язкова сила цього положення Закону про податок на доходи фізичних осіб має припинитися після дати оприлюднення рішення про визнання його несумісним із Конституцією. Частина 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб (в редакції, що діяла з 1 січня 1998 р. по 31 грудня 2006 р.) була визнана неконституційною і не може вважатися законною підставою для вирішення податкових справ та підставою для їх контролю адміністративними судами; крім того, це не може бути правовою підставою для початку та продовження податкового

⁹ B. Banaszak, *Konstytucja...*, op. cit., pp. 840-841.

провадження. Отже, слід зробити висновок, що припинення обов'язкової сили частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб, що застосовувалася з 1 січня 1998 року по 31 грудня 2006 року, є *ex tunc*. Ця дія рішення Суду пов'язана з часом опублікування вищезазначеного рішення у справі SK 18/09 на підставі пункту 1 статті 79 Закону про КС, і, з огляду на це положення, твердження в обґрунтування цього рішення, що «(...) можливість здійснення податкового провадження щодо нерозкритого доходу на основі: 1) частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб у редакції, що діяла з 1 січня 1998 року по 31 грудня 2006 року, втрачає силу з моменту оприлюднення цього рішення в Журналі законів» (див. пункт 8 обґрунтування рішення Конституційного суду).

Щодо того, чи мають рішення Конституційного суду, у яких міститься твердження про неконституційність відповідного положення права, правові наслідки без зворотної дії в часі (на майбутнє, тобто *ex tunc*), або, також будучи декларативними, мають зворотню дію в часі – після введення в дію положення, несумісного з Конституцією, тобто *ex tunc*, можна було спостерігати суперечливі підходи, висловлені щодо цього самим Конституційним судом (і на це вказував ВАС у своїх рішеннях II FSK 2322/11, II FSK 2413/11, II FSK 2426/11, II FSK 2598/11 від 17 жовтня 2013). Однак колегія, що розглядала цю справу, також використала позицію, висловлену, серед іншого, у рішенні Вищого адміністративного суду від 20 листопада 2013 року у справі № II FSK 1303/13, що такі рішення Конституційного суду мають правові наслідки з моменту введення в дію положення, що не відповідає Конституції, тобто *ex tunc*, і що такі аргументи підтверджують це:

1) у другому пункті резолютивної частини рішення Конституційного суду від 18 липня 2013 року SK 18/09, який як (опублікована) постанова Конституційного суду є загальнообов'язковим відповідно до пунктів 1 і 2 статті 190 Конституції, Суд оголосив частину 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб у редакції, що діяла з 1 січня 1998 року по 31 грудня 2006 року, неконституційною. Як було зазначено вище, формулювання обґрунтування вищезазначеного рішення Конституційного суду, згідно з яким на дату опублікування рішення Конституційного суду щодо частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб, продовження існуючого або порушення нового провадження за частиною 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб неможливе. Це лише один із наслідків рішення про невідповідність цього положення закону Конституції (цей аргумент також використовувався Вищим адміністративним судом у рішеннях від 24 жовтня 2013 № II FSK 2673/11 та № II FSK 2891/11);

2) заборону на використання такого положення в правочинах також можна знайти у пунктах 3 та 4 статті 190 Конституції. Слід дійти висновку з пункту 3 статті 190 Конституції: оскільки Конституція дозволяє збереження чинності неконституційного правового акту лише у якості винятку, правило таке, що неконституційний правовий акт не повинен діяти, тобто, не повинен застосовуватися, і оскільки згідно частини 4 статті 190 Конституції якщо після рішення Конституційного суду про невідповідність положення виникає підстава для поновлення провадження, таке положення не повинно застосовуватися, навіть якщо воно покликане закінчити розгляд справи, переданої до суду¹⁰;

¹⁰ R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie ...*, op. cit., p. 46.

3) На думку колегії Вищого адміністративного суду, прийняте у розглянутій справі рішення відповідає стандарту конституційного захисту громадян (платників податків), який можна конкретизувати як принцип рівності перед законом, закріплений в частинах 1 та 2 статті 32 Конституції. Для реалізації цього принципу треба припустити, що внаслідок рішень Конституційного суду, у яких скасовується презумпція конституційності норм закону (у справі, що розглядається, це стосується рішення Конституційного суду від 18 липня 2013 року № SK 18/09, правовим наслідком якого є скасування презумпції конституційності частини 3 статті 20 Закону про податок на доходи фізичних осіб (в редакції, що діяла з 1 січня 1998 року по 31 грудня 2006 року), податкове провадження, завершене до дати опублікування вищезазначеного рішення Конституційного суду, а згодом скарга платника податків підлягає незавершеному перегляду в адміністративному суді, а податкове провадження ще не закінчене або розпочате на підставі вищезазначеного положення Закону про податок на доходи фізичних осіб були або є позбавлені матеріальної правової підстави.

На обґрунтування вищезазначеного рішення Конституційного суду, винесеного в справі № SK 18/09, було зазначено, що механізм оподаткування доходу з нерозкритих джерел доходу або не охоплений розкритими джерелами, про що йдеться у частині 3 статті 20 та частинах 1 та 7 статті 30 Закону про податок на доходи фізичних осіб та частині 4 статті 68 Податкового кодексу мають дуже серйозні законодавчі недоліки щодо конструкції правових норм. Через запровадження особливо обмежувального податкового інституту прихованого доходу, законодавець врегулював це питання лише трьома короткими законодавчими положеннями, два з яких виявились надзвичайно неточними та неоднозначними, тоді як інститутам, які значно менш складні і, що найбільш важливо, менше втручаються в конституційні права осіб, присвячена низка нормативних актів. На думку Суду, можна ризикнути та сказати, що насправді вищезазначені правові положення є лише основою інституту, оскільки його зміст сформовано тільки на практиці, що, очевидно, повинно викликати серйозні заперечення з точки зору демократичної держави, у якій має місце верховенство права. У цьому випадку платникам податків недостатньо знати діючі правові норми; щоб визначити їх права та обов'язки, вони повинні були також ознайомитися з позицією податкових органів та судовими рішеннями.

Суд нагадав, що у світлі Конституції слід розрізняти два стандарти правильності законодавства: (1) звичайний, який стосується всіх правових норм (цей стандарт гарантує принцип правильного законодавства), та (2) підвищений, що стосується лише нормативно-правових актів у конкретних сферах (цей стандарт гарантує принципи спеціалізації нормативно-правових актів, що обмежують права і свободи людини і громадянина, і заборонних норм чи норм про податки та збори). Оспорювані положення законодавства, передбачені в рішенні № SK 18/09 навіть не відповідають вимогам звичайного стандарту (стаття 2 Конституції), хоча вони, як податкові норми, повинні застосовувати вимоги, що відповідають вимогам підвищеного стандарту (статті 84 та 217 Конституції). Якщо передбачається, що однією з основних цілей існування інституту прихованого доходу є превентивність і що цей інститут (зокрема, податкова ставка в 75%) ефективно виконує свою роль, спонукаючи платників податків до належного звітування про доходи, слід зазначити, що, на думку Конституційного суду, у жодному разі не можна настільки поверхнево трактувати превентивність, що

призводить до нехтування елементарними вимогами ясності та точності правових положень, які мають застосовуватися до осіб.

На думку Вищого адміністративного суду, у справі, що розглядається, необхідно взяти до уваги рішення Конституційного суду від 18 липня 2013 року № SK 18/09, яке спростовує презумпцію конституційності положення норм матеріального права, яке було підставою для рішення податкових органів та оцінки, висловленої в оскаржуваному рішенні, про що правильно вказав суд першої інстанції. Тому висновок Воєводського адміністративного суду – позиція позивача про те, що правомірність оподаткування через податок на прибуток з прихованих джерел (частини 1 та 3 статті 20 та пункт 7 частини 1 статті 30 Закону про податок на доходи фізичних осіб) слід було оцінити з врахуванням змісту рішення Конституційного суду від 18 липня 2013 року № SK 18/09, була правильною. У той же час ця обставина визначає обґрунтованість звинувачень, висунутих органом у касаційній скарзі в повному обсязі. Суд першої інстанції правильно оцінив наслідки зміни правового статусу внаслідок усунення Конституційним судом суттєвої правової підстави для ведення податкового провадження, і це було *ex tunc*.

Підбиваючи підсумок щодо форм перегляду конституційності законодавства судами, на прикладі аналізу судової практики ВАС, можна дійти висновку, що обсяг перегляду конституційності законодавства та таким чином, безпосереднє застосування Конституції можна представити так¹¹:

1. щодо перегляду конституційності законів, правило полягає в тому, що суд, який має сумніви щодо відповідності правового положення, на якому ґрунтується справа, зобов'язаний направити юридичний запит до Конституційного суду, за виключенням таких ситуацій:
 - a) має місце так звана вторинна невідповідність положення законодавства або
 - b) положення законодавства явно неконституційне,
2. щодо перегляду конституційності основних актів (кодексів), давно діє позиція щодо допустимості розгляду судами їх відповідності Конституції під час розгляду справи та з правовими наслідками лише для цієї справи.

Ці висновки не породжують жодних серйозних сумнівів. З іншого боку, судова практика охоплює більше сфер, оскільки все частіше трапляється так, що Вищий адміністративний суд, Верховний суд та інші суди використовують рішення Конституційного суду як основу для судових рішень. Особливо це стосується справ, коли внаслідок рішення Конституційного суду правова норма втрачає обов'язкову силу. Однак для цього потрібно, щоб виконувалися дві умови:

1. Конституційний суд визнав положення законодавства неконституційним та виключив його з польського правового порядку, або
2. положення із конкретним значенням та з визначеним періодом часу визнано Конституційним судом неконституційним.

¹¹ R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie ...*, op. cit., pp. 108–109.

Dr Bartosz Wojciechowski,
Judge of the Financial Chamber,
Supreme Administrative Court of the
Republic of Poland

THE LAW-MAKING NATURE OF THE JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL IN THE POLISH LEGAL ORDER

It seems that we have to agree with the thesis that the creative application of the law by courts, even constitutional courts, often exceeds acceptable limits; yet, on the other hand, we find it impossible to specify how these limits have been defined with the necessary precision, or to indicate the criteria that clearly distinguish between the reconstruction, interpretation and creative application of the law. In the Polish legal literature, however, the thesis that the judgments of the Constitutional Tribunal are of a law-making nature is now generally accepted¹. This view gained currency after it was held that "the concept of a closed catalogue of the sources of law adopted in Chapter III of the Constitution of the Republic of Poland does not exclude, in certain conditions, the creation of 'judicial law-making acts, created by administrative judiciary'. The proponents of this thesis believe that the closing of the catalogue of sources of law is of a limited character, as it refers only to the sources of written law, which take the form of normative acts. Therefore, the constitutional legislator did not rule out supplementing them with other sources, such as common law and court precedent"².

(...)

It seems that an analogous process of redefining the judicial model of applying the law also took place in Poland. The understanding of the principle of direct application of the Constitution, expressed explicitly in Article 8(2) of the Constitution of the Republic of Poland (hereinafter 'the Constitution'), quickly became the subject of a dispute between the Constitutional Tribunal, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court, with each claiming the exclusive competence to examine constitutionality³. At the same time, this dispute was not resolved by referring to the content of the provision of the Constitution, combined with the imposition of a single interpretation expressed in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal. On the contrary, in reality there was rather a specific division of functions between the Constitutional Tribunal, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court. This was achieved by means of sophisticated concepts, such as that of obvious non-conformity with the constitution⁴. This dispute highlighted the complex nature of judgments, and in particular the justifications for higher court decisions, where conflicting discourses lead to the recognition of the signaling and

¹ Cf. R. Hauser, J. Trzcziński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008.

² Z. Kmieciak, *Prawotwórstwo sędziowskie w sferze jurysdykcji sądów administracyjnych*, Państwo i Prawo 2007, no. 12, p. 24. See also J. Małecki, *Prawotwórcza rola orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach podatkowych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, no. 4; A. Gomułowicz, *Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego jako źródło prawa podatkowego* [in:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004.

³ R. Hauser, J. Trzcziński *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, pp. 11–46.

⁴ R. Hauser, J. Trzcziński *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, *PiP* 2008, No. 2, pp. 13–15.

communicative nature of judicial activity. At the same time, in the mid-1990s, due to the growing role of the Constitutional Tribunal, a discussion began on the effects of the Constitutional Tribunal's judgments and the institution of abstract interpretation of the Constitution⁵. This instrument disappeared from the Polish legal system after 1997, when the new Constitution of Poland entered into force. Following the new regulations, the issue of judicial lawmaking became less important, as the new institutional framework of the judiciary set out by this legal act and the introduction of a closed catalogue of sources of law relegated the issue of judicial lawmaking to the background. Nevertheless, it transpired that this issue took on a new form, both in theory and practice. After 1997, the rulings of the Constitutional Tribunal were no longer subject to the approval of a qualified majority of the Sejm, as had previously been the case. At the same time, the interpretation of constitutional principles by the Constitutional Tribunal led to questions as to its law-making nature. This problem primarily concerned situations where the Constitutional Tribunal issued so-called interpretative judgments, which indicated the understanding of a given provision that is consistent with the Constitution⁶. Moreover, in the literature, the view that the rulings of the Constitutional Tribunal are law-making in nature seems to prevail today⁷.

There are disputes in Poland concerning the judgments of the Constitutional Tribunal. The subject matter and importance of these disputes varies. Thus we encounter statements questioning the competence of the Tribunal to issue rulings of a certain type, controversies concerning their qualification (whether something has a certain feature, for example: Is the ruling of a legal nature?) and classification (whether something belongs to a certain set, for example: Is the ruling interpretative or limited?). The point of reference for this issue is Article 190 of the Constitution, which primarily regulates the legal effects of Constitutional Tribunal judgments.

In order to address the above questions, it is necessary to start by considering the types of judgments of the Constitutional Tribunal in the Polish legal system:

1. Affirmative (classic/simple) – provision/article X is in conformity with Article Y of the Constitution;
2. Negative (classic/simple) – provision/article X is not compatible with Article Y of the Constitution;
3. Interpretative – provision X, understood as ... is compatible/not compatible with Article Y of the Constitution;
4. Limited – provision X, to the extent that ... is compatible/not compatible with Article Y of the Constitution;
5. Applicative – e.g. Article X is not compatible with Article Y of the Constitution, which does not create a basis for the refund of tax paid under this provision;
– Article X is not compatible with Article Y of the Constitution, but fees collected under provision X are not refundable;

⁵ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, PiP 1996, No. 10, pp. 5–9

⁶ J. Trzciński, *Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2002, No. 1, p. 3; K. Pietrzykowski, *O tak zwanych 'interpretacyjnych' wyrokach Trybunału Konstytucyjnego*, PS 2004, No. 3, p. 15.

⁷ M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2003, No. 3, pp. 3–4; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, PiP 2005, No. 8, pp. 20–24.

6. With a deferral clause – provision X is unconstitutional, and expires on day Y

7. Resolutions

This classification is not exhaustive, as there are judgments which do not belong to any of the above categories, e.g. preventative judgments or signalling resolutions. Furthermore, neither is the classification exclusive, as some judgments belong to more than one category at a time: e.g. ostensibly limited–law-making, ostensibly limited–interpretative, negative–interpretative judgments, affirmative–interpretative judgments. Their diversity also becomes apparent in the different legal effects that ensue from the judgments. Some judgments have clear legal effects, although such constitute a minority (even a classic negative judgment may be questionable if the amending provision has been declared unconstitutional – thus does this mean that the effect of the judgment is to return to the provision in force before the amendment or not?). A special case here is provided here by, above all, interpretative, limited and – in recent years – applicative judgments (and, obviously, it is these judgments that are of most interest to us).

From the Tribunal's point of view, the normative consequences of the judgments are obvious and clear, regardless of the type of judgment in question. Both with regard to classic affirmative or negative judgments, as well as to interpretative, limited or applicative judgments, the outcome is always the same—they are of universally binding application, as the Tribunal has repeatedly stressed in its judgments, referring to the content of Article 190(2) of the Constitution.

On the other hand, in the literature and jurisprudence, various arguments are put forward to assert that any Tribunal judgments which are not classic affirmative or negative judgments are not binding. The most frequent charge is that the Tribunal is not competent to issue judgments other than such classic ones. It is particularly noteworthy that not even the Supreme Court presents a uniform position on this issue. In the discussion on the binding character of the Tribunal's judgments it is also pointed out that taking into account interpretative, limited or applicative judgments may lead to splitting a legal regulation of a given institution into parts that are compatible and incompatible with the Constitution, which undermines the normative construction of this regulation and may result in giving it a shape that was not intended by the legislator.

For example, the Supreme Administrative Court (NSA) has decided that, although the Constitutional Tribunal does not have the general power to make a generally binding interpretation of the law, assessing the competence of the Constitutional Tribunal to determine the limits of its judgments is another matter. Questioning of the possibility of the Constitutional Tribunal to specify how the impact of its judgments is limited is unfounded (The judgment of the NSA judgment of 10 October 2007, II GSK 154/07).

In turn, the Supreme Court stated that the Constitution does not segregate the judgments of the Constitutional Tribunal and does not impose any classification of the binding force of its judgments. The multiplicity of doctrinal divisions, however, does not make it necessary to discuss which of the Tribunal's judgments have full binding force, which only partial, or which have no binding force. Constitutional norms do not allow for such selections. Such selection would be an extremely dangerous process, since it could undermine the qualification made by the courts or the doctrine.

However, the following conclusions are widely accepted:

- each court and administrative authority is obliged to comply with the Constitutional Tribunal's judgments from the moment they enter into force, given that they are assigned universally binding force;

- the recognition of the substantive legitimacy of the decision and reference to it explicitly in the judgment is necessary, regardless of the nature of the Tribunal's judgment and its binding force.

As an example of the ongoing discussion in this respect, the judgment of the Supreme Administrative Court of 10 June 2014 (I FSK 993/13) issued on the grounds of violation of Article 70 § 1, § 6 item 4 and § 8 of the Tax Ordinance can be cited. Pursuant to Article 70 § 8 of the Tax Ordinance, tax liabilities secured by a mortgage are not subject to limitation; however, after the expiry of a limitation period, these liabilities shall be enforced only against the subject of the mortgage. The applicant claimed that the interpretation is incorrect which states that the expiry of the decision to secure a tax liability does not result in the expiry of the mortgage security, whereas a correct interpretation of the provisions leads to the conclusion that the expiry of the decision to secure a tax liability results in the expiry of the mortgage, while the mere removal of the mortgage only constitutes a material-technical activity, and that the order to secure the liability on the basis of the decision to secure it, the establishment of a compulsory mortgage suspends the course of the limitation period, whereas it follows from § 8, which is a specifying provision for § 6 item 4, that the establishment of a compulsory mortgage does not result in suspension of the course of the limitation period, but only in the possibility of settling the claim, despite the expiry of the limitation period, against the mortgaged object.

Key to resolving the disputed issue was the judgment of the Constitutional Tribunal of 8 October 2013, court file no. SK 40/12. The Constitutional Tribunal ruled in point 2 that Article 70 § 6 of the Tax Ordinance, in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2002, is not compatible with Article 64(2) of the Constitution. Although this provision from 1 January 2003 was no longer applicable to new collateral for tax liabilities due to the loss of its binding force, the legal norm contained therein was repeated and extended (by tax lien) in Article 70 § 8 of the Tax Ordinance. Although this provision was not formally the subject of adjudication (it was not the basis for the final decision in the applicant's case), the same constitutional reservations which were raised in the above judgment clearly apply to it (cf. the judgment of the Supreme Administrative Court of 13 December 2013, court file no. I FSK 1807/12).

A judgment on the inconsistency of a normative act (or part of it) with an act which is higher in the hierarchy of sources of law results in the loss of its binding force (*lex superior derogat legi inferiori*), which to be precise means that the provision whose incompatibility with the Constitution has been established by the Court loses its binding force with regard to the incompatibility that has been found⁸.

A similar view was expressed by the Supreme Administrative Court in its resolution of 7 December 2009 (court file no. I OPS 9/09), according to which "in a situation where, after a

⁸ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, pp. 835-853; M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, *Prawo do wznowienia postępowania administracyjnego po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, [in:] S. Biernat, L. Bosek, L. Garlicki, T. Górzyska, M. Grzybowski, R. Hauser, J. Korczak, M. Masternak-Kubiak, M. Niedźwiedz, M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski, *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, System Prawa Administracyjnego, vol. 2, eds: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, p. 333.

party has filed a cassation appeal, the Constitutional Tribunal declares the normative act on the basis of which the appealed decision was issued to be unconstitutional, if the unconstitutional provision was not indicated in the cassation grounds, the Supreme Administrative Court should directly apply the provisions of Article 190(1) and (4) of the Constitution of the Republic of Poland and take into account the judgment of the Court, without being bound by the content of Article 183 § 1 of the Law of the Administrative Courts Procedure of 30 August 2002 (JL RP No. 153, item 1270, as amended)". In this context, it should be noted that the court is not bound here by the legal assessment made in the interpretation of the statute of limitations provisions (in particular, Article 70 § 8 of the Tax Ordinance) in the judgment of the Voivodship Administrative Court in Warsaw of 29 March 2011, court file no. III SA/Wa 1820/10 under Article 153 of the Code of Administrative Courts Procedure, because the judgment of the Tribunal has an *ex tunc* effect (cf. *inter alia*, the judgment of the Supreme Administrative Court of 6 February 2008, II OSK 1745/07). In other words, although at the time of the administrative and legal event, there was a provision in force (then considered constitutional) that was the basis for a specific act or action of the public administration, the subsequent judgment of the Constitutional Tribunal on its unconstitutionality precluded the act/activity under review from being considered legal and was the basis for its repeal.

The view on the legal effects of the Tribunal's judgments with regard to time is not obvious, as Article 190(3) of the Constitution only regulates this issue in general terms. The literature assumes that the judgment comes into force on the day of its promulgation (*ex nunc*), but it is permissible for the Tribunal to set a different date for the end of its binding force. The Constitution is silent on the entry into force of the judgment from the date of the unconstitutional act (*ex tunc*), i.e. the earliest possible date. However, the view that the *ex tunc* effect of the judgment seems to be admissible, although it should be clearly stated in the ruling of the Constitutional Tribunal itself⁹.

This view is confirmed by the judgment of the Supreme Administrative Court of 12 March 2014 (II FSK 221/14) concerning the interpretation and application of Article 20(3) of the Personal Income Tax Act of 26 July 1991 (JL RP 2010. No. 51, item 307, as amended, in the wording in force from 1998 to 2006), with regard to which serious doubts arose, which became the source of a complaint lodged with the Constitutional Tribunal. In the judgment of 18 July 2013, SK 18/09, in point 2 the Constitutional Tribunal ruled that: "Article 20(3) of the Personal Income Tax Act, in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2006, is incompatible with Article 2 in conjunction with Article 64(1) of the Constitution" (JL RP 2013, item 985).

With regard to Article 20(3) of the Personal Income Tax Act, in the operative part of the judgment referred to above, the Tribunal did not exercise the competence contained in Article 71(2) of the Act of 1 August 1997 on the Constitutional Tribunal (JL RP No 102, item 643, as amended, hereinafter also: the CT Act), and did not rule that the end of the binding force of this provision of the Personal Income Tax Act is to occur after the date of the promulgation of the decision declaring it incompatible with the Constitution. Article 20(3) of the Personal Income Tax Act (in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2006) has therefore been judged to be unconstitutional and cannot be considered a legitimate basis for resolving tax

⁹ B. Banaszak, *Konstytucja...*, op. cit., pp. 840-841.

cases and the basis for their supervision by administrative courts; moreover, it cannot constitute a legal basis for commencing and continuing tax proceedings. It must therefore be concluded that the end of binding force of Article 20(3) of the Personal Income Tax Act, as applicable from 1 January 1998 to 31 December 2006, is *ex tunc*. This effect of the Tribunal's judgment is linked to the time of publication of the above judgment in SK 18/09 on the basis of Article 79(1) of the CT Act, and in the light of that provision, the statement in the justification of that judgment that "(...) the possibility of conducting tax proceedings on undisclosed income based on: 1) Article 20(3) the Personal Income Tax Act in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2006, will cease upon the promulgation of this judgment in the Journal of Laws" (cf. point 8 of the justification for the judgment of the Constitutional Tribunal).

With regard to the issue of whether the judgments of the Constitutional Tribunal in which a declaration of the unconstitutionality of a given legal provision is made have only prospective effects (for the future, i.e. *ex nunc*), or also, being declaratory, have retroactive effects—following the enactment of a provision that is incompatible with the Constitution, i.e. *ex tunc*, it was possible to observe divergent statements being made on the same subject by the Constitutional Tribunal itself (and this was pointed out by the NSA in its judgments of 17 October 2013, II FSK 2322/11, II FSK 2413/11, II FSK 2426/11, II FSK 2598/11). However, the panel hearing this case shared the position expressed, inter alia, in the judgment of the Supreme Administrative Court of 20 November 2013, court file no. II FSK 1303/13, that such judgments of the Constitutional Tribunal have effects from the moment of enacting a provision incompatible with the Constitution, i.e. *ex tunc*, and that the following arguments support this:

1) in the second point of the operative part of the judgment of the Constitutional Tribunal of 18 July 2013, SK 18/09, which as a (published) ruling of the Constitutional Tribunal is, pursuant to Article 190(1) and (2), of the Constitution, universally binding, the Tribunal declared Article 20(3) of the Personal Income Tax Act, in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2006, to be unconstitutional. As mentioned above, the formulation of the justification of the aforementioned judgment of the Constitutional Tribunal, according to which, as of the date of publication of the Constitutional Tribunal's judgment covering them, continuation of the existing—or initiation of new—proceedings under Article 20(3) of the Personal Income Tax Act is excluded, is only one of the consequences of the decision on the non-conformity of this legal provision with the Constitution (this argument was also used by the Supreme Administrative Court in the judgments of 24 October 2013, II FSK 2673/11 and II FSK 2891/11);

2) the prohibition on the use of such a provision in legal transactions can also be found in Article 190(3) and (4) of the Constitution. The conclusion should be drawn from Article 190(3) of the Constitution that since the Constitution only exceptionally allows for an unconstitutional legal act to be in force, the rule is that it should not be in force, i.e. not be applied, and since according to Article 190(4) of the Constitution, after a judgment of the Constitutional Tribunal on the non-conformity of a provision, a basis for reopening proceedings arises, such a provision should not be applied, even if it is intended to end a case pending before a court¹⁰;

3) in the opinion of the panel of the Supreme Administrative Court, the solution adopted in the

¹⁰ R. Hauser, J. Trzcinski, *Prawotwórcze znaczenie ...*, op. cit., p. 46.

case under consideration is consistent with the standard of constitutional protection of citizens (taxpayers), which can be concretized in the form of the principle of equality before the law, expressed in Article 32(1) and (2) of the Constitution. The implementation of this principle requires that it be assumed that, as a result of the judgments of the Constitutional Tribunal in which the presumption of constitutionality of the provisions of law is revoked (in the case under consideration this concerns the judgment of the Constitutional Tribunal of 18 July 2013, SK 18/09, whose legal consequence is to revoke the presumption of the constitutionality of Article 20(3) of the Personal Income Tax Act, in the wording in force from 1 January 1998 to 31 December 2006), both the tax proceedings completed before the date of publication of the aforementioned judgment of the Constitutional Tribunal, and subsequently a taxpayer's complaint subject to unfinished administrative court review, and tax proceedings not yet completed or commenced, on the basis of the aforementioned provision of the Personal Income Tax Act were or are deprived of a substantive legal basis.

In the justification of the above judgment of the Constitutional Tribunal issued in SK 18/09, it was stated that the mechanism for the taxation of income from undisclosed sources of income or not covered by disclosed sources—expressed in Article 20(3) and Article 30(1) and (7) of the Personal Income Tax Act, and Article 68 § 4 of the Tax Ordinance—is burdened with very serious legislative defects, in terms of its construction. By introducing a particularly restrictive tax institution on undisclosed income, the legislator has regulated this matter only in three brief legal provisions, two of which turned out to be exceptionally imprecise and ambiguous, while the institutions which are much less complicated and, above all, interfere less with the constitutional rights of individuals, devote entire normative acts to it. According to the Tribunal, one can risk stating that in reality the aforementioned legal provisions only form the backbone of the institution, because its content has only been shaped in practice, which obviously must raise serious objections from the point of view of a democratic state ruled by law. In this case, it is not sufficient for the taxpayers to know the legal regulations in force; in order to determine their rights and obligations, they would have to, at the same time, familiarize themselves with the position of the tax authorities and the judicial decisions.

The Tribunal recalled that in the light of the Constitution, two standards of legislative correctness must be distinguished: (1) ordinary, which concerns all legal regulations (this standard guarantees the principle of correct legislation), and (2) heightened, which only concerns regulations established in specific areas (this standard guarantees the principles of the specificity of regulations limiting human and civil rights and freedoms, and repressive or levy regulations). The disputed legal provisions in SK 18/09 do not even meet the requirements appropriate for an ordinary standard (Article 2 of the Constitution), even though—as tax regulations—they should implement requirements appropriate for a heightened standard (Articles 84 and 217 of the Constitution). If it is assumed that one of the fundamental objectives of the existence of the tax institution on undisclosed income is prevention, and in this respect the institution in question (in particular, the 75% tax rate) effectively fulfils its role by inducing taxpayers to report their income reliably, it should be noted that, in the Tribunal's opinion, under no circumstances can prevention be treated so instrumentally that it leads to disregarding the elementary requirements of clarity and precision of legal provisions which are to be applied to individuals.

In the opinion of the Supreme Administrative Court, in the case under consideration it is necessary to consider the judgment of the Constitutional Tribunal of 18 July 2013, SK 18/09, refuting

the presumption of the constitutionality of a provision of substantive law, which was the basis for the decision of the tax authorities and the assessment expressed in the contested judgment, and which was rightly pointed out by the court of first instance. Therefore, the conclusion of the Voivodship Administrative Court that in the case of the claimant, the legitimacy of taxation by means of income tax of revenues not covered by the disclosed sources (Article 20(1) and (3) and Article 30 (1) item 7 of the Personal Income Tax Act) had to be assessed by taking into account the content of the Constitutional Tribunal's decision of 18 July 2013, SK 18/09 was correct. At the same time, this circumstance determines the validity of the allegations raised by the authority in the cassation appeal in its entirety. The court of first instance correctly assessed the consequences of the change in legal status resulting from the Constitutional Tribunal's elimination of the substantive legal basis for conducting tax proceedings, and this was *ex tunc*.

To sum up, as far as the forms for reviewing the constitutionality of law by the courts are concerned, it can be concluded, from the example of the analysis of the NSA's jurisprudence, that the scope of the review of the constitutionality of law, and thus the direct application of the Constitution, can be presented as follows¹¹:

1. as regards the review of the constitutionality of laws, the rule is that a court that has doubts as to the conformity of a legal provision on which a case is based is obliged to refer the legal query to the Tribunal, unless:
 - a) there is a case of so-called secondary non-conformity of a statutory provision or
 - b) the statutory provision is clearly unconstitutional,
2. as for the review of the constitutionality of basic acts (ordinances), the view on the admissibility of the examination of their conformity with the Constitution by the courts, in the course of the case under consideration and with effect only for this case, has long been valid.

These conclusions do not give rise to any serious doubts. On the other hand, the jurisprudence is evolving in the remaining scope, as it is increasingly often the case that the Supreme Administrative Court, the Supreme Court and other courts use the decisions of the Constitutional Tribunal as a basis for court judgments. This is particularly the case when, as a result of the Tribunal's ruling, a provision is removed from the legal order. However, this requires two conditions to be met:

1. a legal provision has been declared unconstitutional by the Constitutional Tribunal and repealed from the Polish legal order, or
2. a provision with a specified meaning and a specified period of time has been deemed unconstitutional by the Constitutional Tribunal.

¹¹ R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie ...*, op. cit., pp. 108-109.

Автобіографічна довідка



Славіца Баніч, суддя Конституційного Суду Хорватії у відставці, колишня заступниця члена Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії), головна редакторка газети «Novi Informator d.o.o.» (м. Загреб).

Народилась 8 лютого 1966 року в м. Сараєво (Боснія і Герцеговина). У 1991 році здобула ступінь магістра за спеціальністю «Міжнародне публічне право та публічні відносини» на факультеті «Права» в Загребському університеті. У 1996 році склала адвокатський іспит та займалась адвокатською діяльністю.

З 2007 році вступила до Загребського університету на факультет «Право» для здобуття ступеня доктора юридичних наук за спеціальність «Публічне право та публічне адміністрування». З 2008 по 2017 роки викладала дисципліну «Підготовка законопроектів», що включала в себе складання законопроектів та законотворчий процес на прикладі Хорватії та країн Європейського Союзу в Загребському університеті. З 2017 року стала головною редакторкою газети «Novi Informator d.o.o.» у м. Загреб.

З 2008 по 2016 роки займала посаду судді Конституційного Суду Республіки Хорватія. З 2004 по 2008 роки займала посаду Директорки Управління з питань законодавства в Уряді Республіки Хорватія. З 2002 по 2004 роки працювала Радницею в Конституційному Суді Республіки Хорватія.

Активно бере участь в міжнародних конференціях та є авторкою численних наукових напрацювань, пов'язаних із законотворчою діяльністю, роботою Конституційного суду і дотриманням принципу верховенства права, захистом прав людини, а також інших досліджень у галузі права.

Autobiographic Reference

Ms. Slavica Banic, Former Judge of the Constitutional Court of Croatia, Former Substitute Member, the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Editor in Chief of the 'Novi Informator d.o.o.' (Zagreb, Croatia).

Ms. Slavica was born on February 8th 1966 in Sarajevo (Bosnia and Herzegovina). In 1991 she finished postgraduate Master Study in International Public Law and Public Relation at the Faculty of Law of the University of Zagreb. In 1996 Ms. Banic passed Bar Exam at the Ministry of Justice of the Republic of Croatia and started her practice as attorney.

Since 2007 Ms. Banic has started postgraduate Doctorate Study of Legal Sciences, study of Public Law and Public Administration at the Faculty of Law of the University of Zagreb. From 2008 to 2017 she was the lecturer on legal drafting which include legal drafting and legislative process in Croatia and EU of the University of Zagreb.

From 2008 to 2016 Ms. Banic was a justice of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. During 2004 – 2008 Ms. Slavica acted as the Director of the Legislation Office of the Government of the Republic of Croatia and from 2002 to 2004 she was the Constitutional Court Adviser of the Republic of Croatia.

She has actively participated in international conferences and has authored numerous scientific works related to law drafting, the practice of the Constitutional Court and respect for the rule of law, the protection of human rights and other legal research.

Славіца Баніч,

суддя Конституційного Суду Хорватії у відставці,
колишня заступниця члена Європейської Комісії
«За демократію через право» (Венеційської комісії)

ПРАВА ЛЮДИНИ ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ У КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ ТА ПРАВОСУДДЯ

У 1990 році – через сорок п'ять років після Другої світової війни – розпад Югославії повернув війну до Європи. Хорватія, а невдовзі і Боснія та Герцеговина (колишні югославські республіки) опинилися у війні за незалежність. Полум'я війни поширювалося швидко і тисячам осіб довелося покинути свої домівки. Наприкінці 1991 року окупація значної частини території Хорватії призвела до вимушеного вигнання або втечі близько 700 тисяч осіб, з яких 150 тисяч знайшли притулок за кордоном. Через рік до Хорватії прибуло близько 400 тисяч біженців з Боснії та Герцеговини. Згодом у хорватському законодавстві з'явилося визначення внутрішньо переміщених осіб та біженців (але лише для громадян Хорватії), яке містило права таких осіб. За два роки був прийнятий ґрунтовний Закон про статус переміщених осіб та біженців. Він став правовою основою для наступного післявоєнного законодавства, пов'язаного з нормалізацією життя на всій території країни.

У 1995 році (наприкінці війни) у Хорватії сталася чергова хвиля переміщення. Тисячі громадян Хорватії сербської національності були колективно вислані до Боснії і Герцеговини та до Югославії. У рішенні залишити Хорватію переважав страх помсти та націоналізму у випадку, якщо вони залишаться в країні. Досі виникають суперечки щодо їхньої загальної кількості (кількість таких біженців становила від 150 до 300 тисяч – останню цифру називають політики). Хоча незначна частина цих громадян повернулася додому, багато з них все ще мають громадянство Хорватії.

Кінець війни зумовив реалізацію складного державного завдання – організація та підтримка повернення додому переміщених осіб та біженців на звільнені території, а також регулювання статусу ветеранів війни, що забезпечить свободу для своєї держави.

Конституційний Суд Республіки Хорватія (далі – Суд), завдяки його широким повноваженням, був долучений до процесу формування законодавчих рішень – від моменту створення держави під назвою Хорватія і до нині [1, с. 8]; серед таких повноважень – встановлення порушень на підставі конституційних скарг як засобів захисту прав людини, а також повноваження щодо здійснення конституційного (абстрактного) контролю.

Під час війни Суд «значною мірою сприяв захисту суверенітету та територіальної цілісності Республіки Хорватія» [2, с. 8], а його діяльність у сфері захисту прав людини часто називали «конституційним опікунством». Однак деякі автори мають спільну думку, що Суд у той час не працював над розробкою конституційних стандартів захисту прав людини, а перегляд справ ґрунтувався на контролі законності судових рішень [3, с. 8]. Це дійсно було так. Більшість рішень в окремих випадках скасовувалися внаслідок порушення принципу рівності перед законом, а обґрунтування, надані Судом, щодо виявленого порушення були

достатньо простими або слабкими. Незважаючи на ці беззастережні зауваження, рішення Суду отримали визнання та повагу з боку суспільства. Одні пов'язують це з персоналіями членів Суду, які мали гарну репутацію, інші – досить сильними конституційними повноваженнями Суду. Аналіз ухвалених рішень безсумнівно свідчить про нерозгорнуті обґрунтування цих рішень, однак попри це, враховуючи той час, коли Суд ухвалював свої рішення, вони були виваженими та відповідали Конституції. Аналіз рішень створює відчуття наявності в них *принципу справедливості*. Якщо точніше, то за принципом *рівності* перед законом насправді стоїть принцип *справедливості*, який вимагає ставитися до конкретної особи у конкретній ситуації належним чином.

Принцип справедливості як рушійна сила був присутній, наприклад, у справі, де провадження було ініційоване самим Судом, щодо конституційності статті 94 Закону про право на оренду, оскільки Суд був *«вимушений (зробити це) внаслідок отримання численних конституційних скарг ... стосовно рішень державних органів влади, ухвалених на підставі статті 94 Закону про право на оренду ...»*[4, с.8]. Суд нечасто використовував свої повноваження *ex officio*. Однак за подібних обставин такі кроки безсумнівно були необхідні для припинення несправедливості, спричиненої застосуванням переглянутої норми.

Крім того, такий підхід свідчив про високий рівень усвідомленості держави щодо стану порушень прав людини. Суд *зупинив виконання всіх адміністративних актів, які були оскаржені в межах конституційних скарг до ухвалення рішення про конституційність цього положення*. Зокрема, це положення стало «активним» використовуватися державними органами влади через велику кількість вторгнень переміщених осіб та солдатів у порожні квартири, які або були залишені громадянами сербської національності, або ніколи не були заселені. Однак на практиці це положення також стало правовим підґрунтям для виселення орендарів-громадян сербської національності або осіб, які мали юридичні чи особисті зв'язки з югославською армією (були колишніми офіцерами або були членами сім'ї офіцерів) і їхні документи (про право власності) викликали сумніви. У своєму рішенні Суд не оскаржував норму як таку, а швидше критикував результати її застосування – негайні виселення, і в такому випадку не було важливо, чи існував спір про чинність правовстановлюючих документів для користування квартирою. Як зазначалося раніше, було відчуття того, що на переконання Суду *«вирішення проблеми» ex officio*, тобто скасування Судом відповідної норми закону за власною ініціативою, видавалося більш ефективним засобом правового захисту прав людини, аніж індивідуальне встановлення порушень майнових прав або права на справедливий суд через необґрунтоване застосування норми.

Оскільки принцип справедливості виступав *«резервним»* принципом для принципу рівності чи принципу верховенства права як конституційної основи діяльності Суду, він сприяв збереженню проголошених конституційних цінностей, таких як свобода, рівні права, національна рівність, миротворчість, соціальна справедливість, повага до прав людини, недоторканність власності тощо.

З часом принцип справедливості у меншій мірі був *«безпосередньо присутнім»* у практиці Суду, оскільки він почав розвивати напрям аргументації, де використовував

посилання на такі конституційні принципи, як верховенство права, юридична визначеність, недоторканність власності, принцип соціальної держави. Що стосується комплексного післявоєнного законодавства про права переміщених осіб та біженців, а також ветеранів війни, то вихідним пунктом Суду тут, який він неодноразово повторював, є те, що держава має широку свободу розсуду у виборі способів надання державної допомоги, відшкодування шкоди або визнання певних прав. Однак ця свобода вибору є виправданою доти, доки вона не нівелює саму суть встановлених законом прав, і не покладає непропорційний тягар на осіб, що ставитиме під загрозу справедливий баланс між правами людини та суспільними інтересами.

Однак часом держава була непослідовною у власних законодавчих намірах. Досить чутлива ситуація виникла стосовно переміщених осіб, які через неможливість проживати у власних (пошкоджених) будинках оселилися та перебували в будинках, що належали громадянам сербської національності, які покинули Хорватію у 1995 році. Після того, як ситуація нормалізувалась, багато власників вимагали повернення володіння та компенсації за користування майном. На вагах опинились права та інтереси переміщених осіб та права власників покинутих будинків. Держава вагалася у пошуку правильного рішення. Навіть більше – Законом про статус переміщених осіб та біженців вона призупинила усі судові та адміністративні провадження щодо виселення до моменту організації для переміщених осіб належного житла. Суд встановив порушення принципу верховенства права та права власності, визнавши, що тривала невизначеність щодо права власності власників була непропорційною [5, с. 8].

Проте, посилаючись на принцип соціальної держави, Суд двічі виправдовував Закон про реконструкцію та внесені до нього зміни, які передбачали різні соціальні заходи для полегшення умов життя переміщених осіб та біженців. В одному випадку [6, с. 8] Суд підтримав умови, відповідно до яких право на користування державною допомогою можна отримати у випадку доведення права власності на приміщення, факту проживання у ньому до початку війни, гарантування того, що воно буде використовуватися для проживання, а також факту наявності громадянства Хорватії.

Усі ці вимоги були оскаржені в Суді як дискримінаційні, оскільки вони не захищали право власності тих, хто не мав офіційно засвідченого факту проживання в будинках до війни. Основна претензія полягала в тому, що таке регулювання питань власності перешкоджає поверненню біженців (громадян сербської національності) до Хорватії. Однак незрозумілим лишалось те, яким чином така заборона була впроваджена. Суд посилався на конституційне положення, яке передбачає обов'язок держави створити соціальні, матеріальні та інші умови для захисту права кожного громадянина проживати у місці свого походження [7, с. 8]. Суд врахував інтерес та наміри Республіки Хорватія щодо «довоєнних приміщень» та визнав, що ця умова є раціональною та пропорційною меті Закону – забезпечити продовження проживання та роботи в одному і тому ж самому приміщенні. Суд підтвердив, що Закон переслідував законну мету «привести приміщення у стан, придатний для життя, розміщення та використання» і не знайшов жодних підстав для додаткового дослідження дискримінаційного впливу цих заходів на біженців.

Окремі справи, що стосувалися цієї проблеми, свідчили про те, що право на житло, державну допомогу та інші права як юридично визнані права прирівнювались до права власності або права на житло як конституційних прав, і тому між цими двома поняттями необхідно було провести межу. Тим не менш, виявилось, що іноді їхнє застосування стосувалося не лише права на справедливий суд, а й права власності, права на житло та права на приватне та сімейне життя. Порушення цих зазначених прав головним чином було наслідком двох речей: *надмірної бюрократії та довільного тлумачення законів*. Незлагодженість роботи державних органів під час ухвалення рішень з питань переміщених осіб, біженців та ветеранів, байдужість до конкретних приватних та сімейних ситуацій, а також пасивне ставлення до справ, що стосуються чутливих питань з точки зору прав людини, виявили чиновницьку поведінку у всій її красоті.

Таким чутливим із соціальної та політичної точки зору питанням у Хорватії є статус ветеранів війни. Перший закон був прийнятий у 1996 році, і зазнавав змін у подальшому. До Суду часто надходили звернення про перегляд конституційності певних положень, що говорить про високу ступінь напруженості, яку цей Закон створює під час його застосування. Однак держава іноді переходить межі дозволеного. Так, свого часу були дві ситуації у сфері законотворчості, які вимагали втручання Суду. Перша стосувалася створення на законодавчому рівні переваг дітям ветеранів війни в доступі до середньої та вищої освіти, а друга – встановлення законом вимоги щодо припинення офіційних проваджень щодо визнання статусу ветерана.

Дітям ветеранів війни (усіх категорій) на законних підставах був наданий безпосередній доступ до середніх шкіл та факультетів за умови, що вони набрали прохідний бал та якщо вони відповідають вимогам вмінь та здібностей, які оцінюються на відповідних вступних іспитах у закладах освіти. Ініціаторами провадження про перегляд цих положень перед Судом виступили, серед інших, Хорватський Гельсінський комітет із прав людини та Загребський університет. Заперечення полягали у тому, що відповідним положенням було порушено конституційне положення про рівний доступ до освіти відповідно до здібностей та встановлено привілеї на підставі походження, закріплено нерівність між різними групами громадян та позбавлено навчальні заклади права мати власну політику щодо зарахування. Суд погодився із позивачами та встановив порушення рівного доступу та зарахування всіх до середньої та вищої освіти за тих самих умов та порушення автономії університету, а також позбавлення самостійності навчальних закладів одноосібно ухвалювати рішення щодо політики зарахування. Суд також взяв до уваги дискримінаційний ефект цього закону у межах розгляду питання про порушення рівного доступу та не оцінював його окремо [8, с. 8].

Питання про кількість захисників, які брали участь у війні, є також дуже гострою політичною та соціальною проблемою у Хорватії. З роками список зареєстрованих ветеранів лише зростає і зростає. Несправедливість виявилась давно, коли статус ветеранів був наданий різним категоріям громадян, які не були на першій лінії фронту. У 2009 році уряд запропонував парламенту поправку, яка законодавчо призупинила всі розглянуті справи про визнання статусу ветерана, і основною ідеєю цього проекту було те, що двадцяти років після війни було достатньо для того, щоб визначити, хто є ветераном, а хто ні.

Адміністративний суд, беззастережно дотримуючись цієї правової норми, одним рішенням припинив усі справи, що розглядалися, як того вимагає Закон, і навіть не розглядав можливість вимагати від Суду здійснити перевірку цієї норми на предмет відповідності Конституції (у межах проваджень щодо неконституційності та незаконності) [9, с. 8].

У даному випадку Конституційний Суд Хорватії встановив порушення принципу верховенства права, а саме принципу правової визначеності [10, с.8]. Він заперечував право законодавця втручатися у справи, що розглядаються, наслідком чого стало перешкодження ухвалення рішень адміністративними й судовими органами, а також можливість громадян мати належний доступ до отримання рішення щодо свого статусу та матеріальних прав. Оскільки велика кількість громадян подали клопотання про перевірку закону на предмет відповідності Конституції, вони отримали право подати клопотання до компетентного органу *про зміну остаточного окремого акту* [11, с. 8]. Невідомо, чи мало це рішення про скасування (дія якого негайно поширювалась на всі випадки з моменту його ухвалення) прихований ретроактивний ефект у справах осіб, які не подали клопотання про перегляд для того, щоб використовувати це рішення як факт для поновлення призупиненого провадження.

Більшість соціальних прав переміщених осіб були встановлені законом і, як наслідок, були переглянуті Конституційним Судом з посиланням на визнання Хорватії як соціальної держави. Проведений огляд підходів Суду дає змогу дійти висновку про те, що в умовах забезпечення належних соціальних заходів для переміщених осіб спостерігалися два види проблем: одна з них стосується гнучкого використання державою своїх законодавчих повноважень для зміни «небажаного курсу» правових заходів. Це показало нам, що держава не може впоратись із проблемами цього напрямку. З іншого боку, конкретні справи продемонстрували нам, як адміністративний корпус держави, а також судова влада («несвідомо?») прагне захищати державу «за рахунок» прав людини конкретних осіб. Соціальні права завжди залежать від фінансових можливостей держави, і в цьому плані їхнє майбутнє є абсолютно непередбачуваним. Рішення Конституційного Суду щодо передбачених законом соціальних прав, безумовно, залежать від його підходу до розуміння суті цього питання. Хорватський суд належить до тих конституційних судів, які досить активно тлумачать Конституцію. Незалежно від того, чи керувався він принципом справедливості чи конституційними принципами, отримавши за такої умови дієвий результат, Суду вдалося утвердити себе опікуном прав людини внутрішньо переміщених осіб та біженців.

Список використаних джерел:

1. Стаття 125 Конституції Республіки Хорватія (Офіційний вісник, 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 та 5/14). https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf
2. Omejec J, *Odgovornost ustavnog sudstva za ustavne norme. Zbornik radova s okruglog stola: Ustavna demokracija i odgovornost Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti*, Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2013. str. 71-99;

3. *Там само* 2. Ваčić A, Zahtjevi konstitucionalizma, pitanje interpretacije i Ustavni sud Republike Hrvatske. *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu* 35 (1998): 80-81; 82.
 4. Рішення Конституційного Суду U-I-892/1994 від 20 листопада 1996 року (Офіційний вісник, 99/96)
 5. Рішення Конституційного суду U-I-236/1996 від 3 травня 2000 року
 6. Рішення Конституційного Суду U-I-2564/2007 від 18 червня 2008 року (Офіційний вісник, 78/08)
 7. Стаття 62 Конституції. https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf
 8. Рішення Конституційного Суду U-I-4585/2005 від 20 грудня 2006 року (Офіційний вісник 2/07), Вісник Венеціанської комісії, 2007/1 [CRO-2007-1-004]
 9. Частина 1 статті 37 Конституційного закону про Конституційний Суд Республіки Хорватія (Офіційний вісник, 49/02 – зведений текст). https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf
 10. Рішення Конституційного Суду U-I-4042/2005 i dr. od 15. prosinca 2010. (Офіційний вісник, 146/10)
 11. Пункт 2 статті 58 Конституційного закону про Конституційний Суд. https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf
-

Slavica Banić,

former Judge of the Constitutional Court of Croatia,
former Substitute Member, the European Commission for
Democracy through Law (Venice Commission)

HUMAN RIGHTS OF DISPLACED PERSONS BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND JUSTICE

Forty-five years after the Second World War, the dissolution of Yugoslavia in 1990 brought back the war to European soil. Croatia and soon after, Bosnia and Herzegovina, as former Yugoslav republics found themselves in war for independence. The war flame was spreading quickly and thousands of people had to leave their homes. At the end of 1991, the occupation of large parts of Croatian territory led to forced expulsion or escape of around 700.000 persons from whom 150.000 found shelter in abroad. One year later in Croatia came around 400.000 Bosno-Herzegovinian refugees. Very soon Croatia gave the legislative frame of who could be considered displaced

person or refugee (but only for Croatian citizens) and provided for them basic rights. Two years later a thorough Act on Status of Displaced Persons and Refugees was enacted. This Act was the legal basis for later post war legislation related to normalization of life in the whole territory.

In 1995, at the end of war, in Croatia happened another wave of displacement. Thousands of Croatian citizens of Serbian nationality collectively exiled in Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia. The fear of revenge and nationalism if they stay prevailed in decision to leave Croatia. There are still disputes on their total number (they count from 150.000 to 300.000 – the latter is mentioned by politicians). Although a small part of those citizens returned to their homes, many of them still hold Croatian citizenship.

The end of war put before the state a challenging task to organize and support the return to homes of displaced persons and refugees on the liberated territories as well as to regulate the status of the war veterans who were important component of the state's freedom.

The Constitutional Court of the Republic of Croatia (hereinafter: The Court) was involved in all legislative activities from the establishment of the Croatian state up to today thanks to its wide range of powers [1, p8] among which for this question are deciding on violations of human rights on the basis of the constitutional complaints as remedy for protection of human rights and constitutional (abstract) review of legislation.

During the war the Court *«to great extent contributed in protection of sovereignty and territorial integrity of the Republic of Croatia»*[2, p8] and in relation to protection of human rights it was widely recognized as its constitutional guardian. However, in literature there are unison claims how Court at that time did not work on development of the constitutional standards in protection of human rights and that review of the cases was based on the control of legality of judicial decisions. [3, p8] This was true. The most of decisions in the individual cases were abolished because of violation of the principle of equality before the law and the reasoning of violation was rather simple or poor. In spite of these justified objections, the decisions of the Court were respected and publicly accepted. Some attribute this to the members of the Court who enjoyed a good reputation, others to rather strong constitutional powers of the Court. The analysis of decisions for sure shows compressed reasoning. However, as much as the reasoning was poor, put in the context of the time when the Court's activities were pursued, they had its rationality and constitutional message. In decisions could be sensed the presence of *the principle of justice* in the approach to the problem. Namely, behind the principle of *equality* before the law, actually stood the principle of *equity* with requirement that person in question should be treated appropriately.

The principle of justice as a driving force was present, for example, in the case of *ex officio* institution of the proceedings on constitutionality of the Article 94 of the Act on Tenancy Rights because the Court was *«induced (to do so) by numerous constitutional complaints... in relation to decisions of the state bodies issued on the basis of the Article 94 of the Law on Tenancy Rights...»* [4, p8]. The Court rarely used its power to act *ex officio*. However, in the circumstances as they were then, this action was obviously needed to stop injustices produced by the application of the reviewed norm. Also, the approach revealed a high level of observance and conscience on the state of violation of human rights in question. The Court suspended execution of all administrative acts which were disputed by the constitutional complaints until the decision on the constitutionality of

the provision is made. Namely, this provision became «actively» used by state bodies because of large number of intrusions of displaced persons and soldiers in empty apartments, either which were left by Serbian nationality citizens or not inhabited at all. However, in practice this provision also became a legal base for eviction of tenants of Serbian nationality citizens or those who had legal or personal connections with Yugoslav army (were either former officers or were family members of officers) in case their documents for usage were doubtful. In its decision, the Court did not dispute the norm as such but rather argued the outcomes of its application which were the immediate evictions while it was irrelevant whether the dispute on validity of legal base for use of apartment existed. As it was previously said, it seemed that Court evaluated that ex officio «*cutting off the root*», i.e. the respective norm than individual establishment of the violations or right to fair trial because of arbitrary application of norm seemed to be more suitable or effective remedy for protection of human rights.

Being a «*backup*» principle for principle of equality or rule of law principle as predominant constitutional bases for Court's activities, principle of justice contributed to preservation of the proclaimed constitutional values such as freedom, equal rights, national equality, peace-making, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership etc.

In time, the principle of justice was less present (or sensed) as the Court started in developing the constitutional argumentation with reference to the constitutional principles such as rule of law, legal certainty, inviolability of ownership as well as principle of social state. In relation to the complex post war legislation related to displaced persons and refugees as well as war veterans etc., the Court's starting point, expressed many times in that regard, is that the state has wide margin of appreciation in the choice of the modalities for state aid, compensation of damage or recognition of certain rights. However, this freedom of choice is justified as long as it does not annul the essence of the rights of potential addresses of the law and produces the disproportionate burden by which the fair balance between the individual rights and public interest would be endangered.

The state, however, sometimes wandered in its legislative intentions. Rather sensitive situation was in relation to displaced persons who, because of impossibility to live in own (damaged) houses entered and were in possession of houses of Serbian nationality citizens who left Croatia in 1995. After the situation calmed down, many owners claimed return of possession and compensation for use of property. The position and interest of displaced persons at one point clashed with property rights of owners of the abandoned houses. The state hesitated in finding right solution. Even more, by the Act on status of displaced persons and refugees it suspended all judicial and administrative proceedings on evictions until suitable placement was arranged for displaced persons. The Court established violation of the rule of law and right to property determining how time uncertainty in relation to limitation of property rights was disproportionate [5, p8].

Nevertheless, with reference to the principle of social state, the Court twice has justified the Act on Reconstruction and its amendments which provided different social measures to facilitate living conditions of displaced persons and refugees. In one of them[6, p8], the Court justified the conditions that the right to use the state aid could be obtained if it is proved the ownership of the premises, residence in it before the war had started, if the statement that it would be used for living existed and Croatian citizenship was required. All of them were disputed at the Court as discriminatory because they did not protect the ownership of those who did not have residence in

houses before the war. The general claim was also that such regulation of property issues bars the return of refugees (citizens of Serbian nationality) to Croatia. However, it was not explained in what way it was barred. The Court referred to the constitutional provision which provides the obligation of the state to create social, material and other conditions for promotion of the right to descent life of every citizen [7, p8]. The Court took into account the interest of the Republic of Croatia in relation of residence before the war in the premises and realized that this condition is rational and proportionate to the aim of the Act which is to enable the continuation of living and working in the same object. The Court confirmed that the Act pursued the legitimate aim to «bring the goods in state which are suitable for life, residence and usage» and did not find any reason to review the discriminatory effects of measures on refugees.

The individual cases from this field showed how the right to housing, state aid etc. as legally recognized rights were equalized with right to property or right to home, as constitutional rights and therefore it was necessary to draw the line between these two things. Nevertheless, it showed up that sometimes their application did not touch only upon the right to fair trial, but also upon the right to property, right to home and right to private and family life. The violations of all mentioned rights were mainly consequence of two things: *excessive formalism and arbitrary interpretation of laws*. Non-coordination among state bodies in decision making process on issues related to the displaced persons, refugees and veterans, indifference for specific private and family situations and as well as passive attitude toward the cases which dealt with sensitive issues revealed the bureaucratic behaviour in all its shine.

A rather socially and politically sensitive issue in Croatia is the status of war veterans. The first Law was enacted in 1996 and ever since it has been changing. The Court is often required to review the constitutionality of certain provisions which speaks of high degree of tensions that this Law produces in its application and implementation. The state sometimes goes to extremes though. In that regard, there were two legislative situations which asked Court's intervention. First one refers to prescribing the legal advantages for children of the war veterans in access and enrolment to secondary and high education and the second one refers to the legal suspension of the proceedings on recognition of the status of veteran. The children of war veterans (all categories) were legally granted a direct access to secondary schools and faculties provided that they passed the bottom access line and if they satisfied the conditions of capacity and talent for schools which have such enrolment examination. The initiators of the proceedings were, among others, Croatian Helsinki Committee for Human Rights, and the University of Zagreb. The objections were that respective provision violated the constitutional provision on equal access to education in accordance with own abilities and it privileges the persons on the basis of origin, establishes inequality among different groups of citizens and disables the education institutions to have own policy of enrolment to schools. The Court agreed with initiators and determined on violations of the equal access and enrolment of all to secondary and high education under the same conditions and the violation of the autonomy of the university for being deprived of the autonomy to decide independently on its enrolment policy. The Court absorbed the question of discrimination within the violation of the equal access and did not observe it separately. [8, p8]

A question of how many defenders there were during the war is a hot spot (political and social) issue in Croatia. As years go by, the list of registered veterans is larger and larger. The injustices

started long time ago when the status of veterans was given to different categories of citizens which were not on the first front line. In 2009, the Government proposed to the Parliament the amendment which legally suspended all pending cases on recognition of veteran status with the message - 20 after the war was enough to determine who is and who is not veteran. The administrative court blindly followed the legal norm and by one step suspended all pending cases as the Law required and did not even consider the possibility to require from the Court examination of the constitutionality of this norm (in the proceedings for exception of unconstitutionality and illegality) [9, p8]. The answer of CCRC on this issue was - violation of the rule of law principle in the aspect of the legal certainty [10, p8]. It was denied the power of legislator to intervene into pending cases which disables the decision-making process by administrative and judicial bodies and possibility of citizens to obtain the decision on their status and material rights accordingly. Since many citizens filed the proposal for examination of constitutionality, they had the right to submit a request to the competent body to change the final individual act [11, p8]. It is not known whether this abolishment which had erga omnes effect, however ex nunc, produced in practice the silent retroactive effect on the cases with individuals who did not file proposal for review in the way that they could use this decision as a fact for renewal of suspended proceedings.

Most of social rights of displaced persons were prescribed by Law and as such were reviewed by the Constitutional Court with reference to the principle of Croatia being a social state. As it could be seen from this overview of the Court's approach, in providing the adequate social measures for displaced persons there were observed two kinds of problems: one of them refers to the state's easy reaching of its legislative power to interrupt unwanted course of development of the application of legal measures. It showed thus how it was not able to cope with occurred problems in that regard. On the other hand, the individual cases which refer to the imposed measure show how administrative corpus of the state as well as judiciary tends (unconsciously?) to protect the state at the expense of human rights of persons in question. Social rights always depend on the financial possibilities of the state and in that regard their future is many times unpredictable. The activity of the Constitutional Court in the field of social rights provided by the law depend very much of its approach to its adjudication. The Croatian Court falls into group of constitutional courts which are rather active in interpretation of Constitution. No matter whether it was driven by principle of justice, however with rational outcome of this motion or by constitutional principles, the Court succeeded to be recognized as guardian of human rights of displaced persons and refugees.

The list of foot-notes

1. Article 125 of the Constitution of the Republic of Croatia (Official Gazette, 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14) https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf

2. Omejec J, *Odgovornost ustavnog sudstva za ustavne norme Zbornik radova s okruglog stola: Ustavna demokracija i odgovornost Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti*, Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2013. str. 71-99;

3. *Ibid* 2. Bačić A, *Zahtjevi konstitucionalizma, pitanje interpretacije i Ustavni sud Republike Hrvatske Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu* 35 (1998): 80-81; 82.

4. Decision of the Constitutional Court U-I-892/1994 from 20 November 1996 (The Official Gazette, 99/96)
5. Decision of the Constitutional Court U-I-236/1996 from 3 May 2000
6. The Decision of the Constitutional Court U-I-2564/2007 from 18 June 2008 (The Official Gazette, 78/08)
7. The Article 62 of the Constitution https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf
8. The Decision of the Constitutional Court U-I-4585/2005 from 20 December 2006 (The Official Gazette 2/07), Bulletin of Venice Commission, 2007/1 [CRO-2007-1-004]
9. Article 37 par 1 of the Constitutional Act on Constitutional Court of the Republic of Croatia (The Official Gazette, 49/02 – consolidated text) https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf
10. Decision of the Constitutional Court U-I-4042/2005 i dr. od 15. prosinca 2010. (The Official Gazette, 146/10)
11. Article 58 par 2 of the Constitutional Act on Constitutional Court https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf



Автобіографічна довідка

Ганна Хрystова, доктор юридичних наук, доцент, керівниця проекту Ради Європи «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень». Народилась у 1980 р. в м. Харків. У 2001 р. з відзнакою закінчила Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого за спеціальністю «Правознавство» та здобула кваліфікацію юриста. У 2004 р. після навчання в аспірантурі захистила дисертацію на здобуття наукового ступеню кандидата юридичних наук на тему «Юридична природа актів Конституційного Суду України». У червні 2019 р. отримала науковий ступінь доктора юридичних наук, успішно захистивши докторську дисертацію на тему «Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини».

З 2004 викладала теорію держави і права, порівняльне правознавство, юридичну деонтологію в Національному юридичному університеті ім.

Ярослава Мудрого; працювала провідним науковим співробітником НДІ державного будівництва і місцевого самоврядування Національної академії правових наук України.

З 2015 р. координує проекти Ради Європи, що імплементуються Офісом Ради Європи в Україні. У 2015–2016 рр. керувала Проектом Ради Європи «Запобігання та боротьба з насильством щодо жінок та домашнім насильством в Україні», за підтримки якого було розроблено та активно просувався чинний Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству».

З 2016 р. керувала Проектом Ради Європи «Посилення захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб в Україні», з 2018 р. – Проектом Ради Європи «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень», який реалізується в межах Плану дій Ради Європи для України на 2018–2021 рр. (<https://www.coe.int/uk/web/kyiv/ids2-ukr>). Як керівниця Проекту, у тісній співпраці та координації зі штаб-квартирою Ради Європи в Страсбурзі, відповідає за забезпечення підтримки Уряду України у вдосконаленні законодавства та впровадженні реформ у сфері захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб та подолання наслідків збройного конфлікту з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Активно здійснює наукову–консультативну роботу як член Комісії з питань правової реформи зі статусом спостерігача від міжнародних організацій, Науково–консультативної ради Конституційного Суду України, Науково–експертної ради при Представництві Президента України в АР Крим тощо.

Autobiographic Reference

Ganna Khrystova, Doctor of Law, Associate Professor, Senior Officer of the Council of Europe Project "Internal Displacement in Ukraine: Building Solutions". She was born in 1980 in Kharkiv. In 2001, she graduated with honours from Yaroslav Mudryi National Law University majoring in "Legal Science" and obtained a qualification of the lawyer. In 2004, having completed her post-graduate studies, she defended a thesis on a topic "The legal nature of instruments passed by the Constitutional Court of Ukraine" for a scientific degree of the Candidate of Legal Sciences. In June 2019, she obtained a scientific degree of the Doctor of Law after successfully defending the doctoral thesis on the topic "The doctrine of state's positive obligations in the field of human rights".

Since 2004, Dr. Khrystova has been teaching the theory of state and law, comparative jurisprudence, legal deontology at Yaroslav Mudryi National Law University. She worked as a leading scientific researcher at the Scientific Research Institute of State Building and Local Government, National Academy of Law Sciences of Ukraine.

Since 2015, she has been coordinating the Council of Europe Projects implemented by the Council of Europe Office in Ukraine. In 2015–2016, she managed the Council of Europe Project "Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence in Ukraine" which supported and actively promoted the current Law of Ukraine "On Preventing and Combating Domestic Violence".

Since 2016, she has been managing the Council of Europe Project "Strengthening the Human Rights Protection of Internally Displaced Persons in Ukraine", and since 2018 – the Council of Europe Project "Internal Displacement in Ukraine:

Building Solutions" implemented as part of the Council of Europe Action Plan for Ukraine 2018–2021 (<https://www.coe.int/uk/web/kyiv/idps2-ukr>). As a Senior Project Officer, she is responsible for ensuring support to the Government of Ukraine in close cooperation and coordination with the Council of Europe Headquarters in Strasbourg for improving the legislation and implementing reforms in the field of human rights protection of internally displaced persons and addressing the consequences of the armed conflict with account for case-law of the European Court of Human Rights.

Dr. Khrystova carries out active scientific and advisory activities as a member of the Presidential Legal Reform Commission having a status of the observer, Scientific Advisory Board of the Constitutional Court of Ukraine, Expert Board within the Office of Permanent Representative of the President of Ukraine in the Autonomous Republic of Crimea, etc.

Ганна Христова,

керівниця Проекту Ради Європи

«Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень»,

доктор юридичних наук

«БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ ЗАКОНОДАВЦЯ» ЯК ПРЕДМЕТ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

Конституційне судочинство України відіграє все більшу роль у захисті основоположних прав і свобод, що передусім обумовлене запровадженням в Україні інституту конституційної скарги, а також усе частішим зверненням до ключових принципів й доктрин Європейського права прав людини, серед яких – доктрина позитивних зобов'язань держави стосовно прав людини [1; 2].

До позитивних зобов'язань держави належить і *позитивний обов'язок щодо розробки національної правової бази («національної правової рамки»)* для належного захисту прав людини з боку закону, який провідні європейські дослідники визнають «першочерговим і основним позитивним обов'язком» (англ. – *«the first and foremost positive obligation»*) [3, с. 159, 160]. Цей обов'язок у багатьох відношеннях виступає «мінімальним зобов'язанням держав» стосовно прав людини. «Захист з боку закону» (англ. – *«protection by the law»*) передусім вимагає, щоб національне законодавство дозволяло ефективно попереджати порушення зобов'язань щодо поваги, захисту й сприяння реалізації прав людини та забезпечувало належні й достатні засоби захисту.

У зв'язку з цим актуалізується питання щодо можливості розгляду в межах конституційного правосуддя «бездіяльності» законодавця (*законодавчих прогалин*, англ. – *«legislative omission»*). Найбільш повно ця проблема висвітлена у доповіді Венеційської комісії, підготовленій на запит Конференції європейських конституційних судів для її XIV Конгресу (2008 р.), на основі відповідного опитувальника та вичерпних відповідей більшості держав. Результатом консолідованих зусиль стала Загальна доповідь XIV Конгресу Конференції європейських конституційних судів щодо проблеми законодавчих *прогалин у конституційній судовій практиці* [4].

Дослідивши широку практику конституційних судів та аналогічних їм органів у різних країнах, Венеційська комісія зазначила, що законодавчі прогалини можна спостерігати в кожній країні: вони трапляються тоді, коли парламент, на який було покладено законодавчий обов'язок,

не спромігся забезпечити ухвалення відповідних та необхідних законів, тим самим створивши прогалину в законі. В окремих країнах конструкція законодавчих прогалин та способи їхнього подолання врегульовуються на конституційному рівні, а конституційні суди наділяються повноваженнями здійснювати контроль та оцінювати конституційність законодавчих прогалин.

Визначення законодавчих прогалин зазвичай пов'язане з відсутністю певних положень або невиконанням певної вимоги, що передбачає Конституція. Відсутність такого правового регулювання дає підстави для ухвалення рішення про неконституційність певного закону (або його окремого положення). Водночас конституційні суди застосовують різні методи тлумачення права або їхні комбінації, адже тільки за умови застосування всіх інструментів правової техніки зміст і сутність правового положення, консолідованого в Конституції та правовому акті, що підлягає конституційній перевірці, буде встановлено.

Слід наголосити, що лише незначна частина конституційних судів розглядає правові прогалини внаслідок повної *бездіяльності законодавця* або іншого суб'єкта нормотворчості (*«безумовне упущення»*). Більшість з них здійснює конституційний контроль стосовно законодавчих прогалин лише як наслідок *неналежної дії* (а не бездіяльності) законодавця (*«відносно упущення»*), тобто в останньому випадку конституційному контролю підлягає закон або інший правовий акт, який характеризується відсутністю (недостатністю) правового припису або групи приписів. Отже, *існування законодавчої прогалини може спричинити визнання правового акта неконституційним*. Відповідне рішення конституційного суду передбачає зобов'язання подолати таку законодавчу прогалину шляхом належного врегулювання та (або) виправлення недосконалого правового положення.

Очевидно, що для усунення законодавчих прогалин необхідні активні дії законодавця. Якщо прогалини в правовому положенні, що суперечать Конституції або роблять закон чи інший правовий акт «незавершеним», залишаються незмінними, це означає, що парламент або інший суб'єкт правотворчості належним чином не виконує своїх обов'язків та покладеної на нього конституційної місії. Адже ідея повноважень, обмежених Конституцією, передбачає *не тільки заборону на перевищення встановлених дозволів, а й обов'язок повною мірою їх виконувати*.

Однак нормотворці не завжди своєчасно реагують на рішення конституційних судів, тому в країнах, що не мають важливих традицій конституційного контролю, доцільно розглянути можливість запровадження механізму імплементації рішень Конституційного Суду щодо законодавчих прогалин безпосередньо в Конституції або в законах про конституційні суди [4, с. 61–63]. Загалом конституційний контроль стосовно законодавчих прогалин варто розглядати як важливу функцію конституційного правосуддя, адже визнання позитивного зобов'язання виправити законодавче положення посилює захист прав людини. Такі висновки цілком справедливі й для України.

Під час оцінювання «бездіяльності» суб'єкта нормотворчості, що зумовило законодавчі прогалини, слід ураховувати *вимоги до національного законодавства*, які становлять зміст позитивного зобов'язання стосовно розроблення правової бази для належного захисту прав людини з боку закону (*«належної правової охорони»*). Так, аналіз практики Європейського суду з прав людини доводить, що розвиваючи національну «правову рамку» (національне законодавство) щодо захисту прав людини, безумовно, повинен передусім брати до уваги такі елементи, як от: недискримінація, пропорційність, а також необхідність забезпечити захист «достатньої якості» (англ. – *«sufficient quality»*).

Причому більшість принципів, установлених у контексті матеріального «захисту з боку закону», *mutatis mutandis* також застосовують до процесуального захисту, зокрема: важливим є розуміння державою потреби у захисті з її боку; матеріальний та процесуальний захист потрібно застосовувати таким чином, щоб уникати дискримінаційного ставлення; відповідно до принципу пропорційності, що серйознішим є порушення прав людини, то більшим має бути матеріальний або процесуальний захист; як і у випадку з матеріальним захистом, забезпечення достатнього процесуального захисту є особливо важливим у справах, що стосуються «конфлікуючих» прав (англ. – «*conflicting rights*»). Нарешті, принцип ефективності є «каталізатором» матеріального та процесуального захисту. Хоча вибір засобів забезпечення «захисту з боку закону» загалом підпадає під дію свободи розсуду держави, «сутність» принципу ефективності може в деяких випадках вимагати більш «детального» захисту [5, с. 115–117].

Неналежне виконання такого обов'язку може також суттєво ускладнювати здійснення правосуддя судами загальної юрисдикції. Видається, що якщо національний суд вважає, що законодавче положення порушує саму суть основоположного права *через відсутність належного правового регулювання*, то має ініціювати питання про звернення до Конституційного Суду України з питань конституційності.

Попередній Закон України «Про Конституційний Суд України» надавав можливість судам загальної юрисдикції призупиняти провадження у справі у випадку виникнення сумнівів щодо конституційності закону, що підлягає застосуванню. Зміни до процесуального законодавства визначили, що суди загальної юрисдикції застосовують норми Конституції як норми прямої дії, якщо закон суперечить Конституції України. І тільки після винесення рішення у справі ці суди через Верховний Суд звертаються до Конституційного Суду України для вирішення питання конституційності цього закону або його окремих положень.

Утім така процедура звернення через Верховний Суд є надзвичайно громіздкою та довготривалою. До того ж, Конституція містить не лише норми, а й принципи та цінності, тобто необхідно ще забезпечити змістовне або субстантивне застосування конституційних положень, за що у правовій системі України відповідає Конституційний Суд України. Відповідно, національний суд чи інший правозастосувач виявляється практично безсилим, коли стикається з невиконанням позитивних зобов'язань держави на національному рівні через незапровадження «належної юридичної рамки», тобто неухвалення належного законодавчого положення у сфері матеріального права або відсутності законодавчо визначеної юридичної процедури, спрямованої на гарантування конституційних прав.

Аналіз законодавства України з питань конституційного та адміністративного судочинства свідчить, що Конституційним Судом України може бути встановлено неконституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, через відсутність (недостатність) правових засобів, якщо такі вимоги до належного правового регулювання прямо передбачено Конституцією України або витікають з її загальних засад. Як передбачено Кодексом адміністративного судочинства України (п. 1) ч. 5 ст. 361), встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом у вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане, може бути підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

Стаття 368 КАСУ (ч. 4), передбачає результати перегляду рішення, ухвали за нововиявленими або виключними обставинами, серед яких – й можливість суду «задовольнити заяву про

перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, скасувати відповідне судове рішення та ухвалити нове рішення чи змінити рішення» (п. 2) ч. 4 ст. 268 КАСУ). За результатами перегляду судового рішення за виключними обставинами Верховний Суд може також «скасувати судове рішення (судові рішення) повністю або частково і передати справу на новий розгляд до суду першої чи апеляційної інстанції» (ч. 5 ст. 268 КАСУ).

Разом з тим, за наявної «бездіяльності законодавця» суди не зможуть забезпечити належний судовий захист порушених прав. Адже, навіть за умови застосування аналогії закону чи аналогії права для заповнення законодавчих прогалин, з урахуванням меж «судового активізму», суди не можуть «підняти собою законодавця» і «створювати» законодавчі процедури або норми матеріального права, запровадження яких передбачено на конституційному рівні.

У цьому зв'язку Д. Рассел (*D. Russell*) справедливо наголошує, що «завдання щодо визначення позитивних зобов'язань не повинно залишатися на розгляд національних судів – воно має бути питанням законодавчого характеру» [6, с. 293–294]. Такий висновок повною мірою стосується й проблематики внутрішнього переміщення в Україні, адже у цій сфері судова практика нерідко «випереджає» законодавця, заповнюючи прогалини у законодавчому регулюванні задля забезпечення захисту прав вимушених переселенців або інших осіб, що постраждали від збройного конфлікту (зокрема, як у справах про компенсацію за зруйноване житло) [7]. Однак підходи, що застосовуються у цивільно-правовій сфері, відрізняються від адміністративного судочинства, адже при вирішенні спору про виконання або невиконання стороною публічно-владних управлінських функцій або надання (ненадання) адміністративних послуг, слід враховувати, що суб'єкти владних повноважень «зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ч. 2 ст. 19 Конституції України). Отже, кожна гілка влади в межах своїх функцій та повноважень, має нести відповідальність за впровадження доктрини позитивних зобов'язань держави стосовно прав людини у національну правову систему, причому ця відповідальність повинна мати не лише політичний, а і юридичний характер.

Список використаних джерел:

1. Христова Г. О. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики: монографія. Харків: Право, 2018. 680 с.
2. Христова Г. Конституційна скарга як національний «фільтр» справ на шляху до Європейського суду з прав людини. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції з питань запровадження конституційної скарги в Україні: зб. тез, м. Київ, 18 груд. 2015 р. Конституц. Суд України; за заг. ред. Ю. В. Бауліна. Київ: ВАІТЕ, 2016. С. 89–97.
3. Starmer K. Positive Obligations under the Convention. *Understanding Human Rights Principles* / eds. J. Jowell and J. Cooper. Oxford: Hart Publishing, 2001. P. 139 - 159.
4. General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. 235 p. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>.
5. Lavrysen L. Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights. *Human rights and civil liberties in the 21st century. Ius gentium: comparative perspectives on law and justice* / Ed. Y. Haeck, E. Brems. Dordrecht, the Netherlands : Springer, 2013. P. 69–129.

6. Russell D. Supplementing the European Convention on Human Rights: legislating for positive obligations. Northern Ireland Legal Quarterly (NILQ). 2010. Vol. 61, no. 3. P. 281–294.

7. Христова Г., Трало Ю., Буряковська К. Національна судова практика з питань внутрішнього переміщення: застосування стандартів Ради Європи. Х.: Право, 2019. 290 с.

Ganna Khrystova,

Manager of the Council of Europe Project

"Internal Displacement in Ukraine: Building Solutions",

Doctor of Law

«LEGISLATOR'S OMISSION» AS THE SUBJECT OF CONSTITUTIONAL CONTROL

Ukraine's constitutional proceedings play an increasingly important role in the protection of fundamental rights and freedoms which is predominantly caused by the establishment in Ukraine of the institute of constitutional complaints, as well as the more and more frequent reference to the key principles and doctrines of the European human rights law, including the doctrine of state's positive obligations in the field of human rights.

State's positive obligations also include a positive obligation related to the development of the national legal framework for adequate protection of human rights by law. This raises the issue of the possibility to verify legislator's "omission" within the framework of constitutional proceedings. A detailed report was dedicated to this matter at the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts on the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence.

The analysis of Ukrainian legislation on constitutional and administrative proceedings shows that the Constitutional Court of Ukraine may find that the law, other statutory instrument or its separate provision is unconstitutional due to the lack (insufficiency) of legal remedies if such requirements to proper legal regulation are expressly stipulated by the Constitution of Ukraine or follow from its basic framework. However, in the case of "legislator's omission", courts will not be able to provide adequate judicial protection of violated rights. After all, even when the law or jurisprudence analogy is applied to bridge the legislative gap, given the limits of "judicial activism", courts cannot "replace the legislator" and "create" legislative procedures or norms of substantive law that are to be implemented at the constitutional level.

Such a conclusion amply applies to the problems of internal displacement in Ukraine, as the case-law in this sphere is often "ahead" of the legislator by filling the gaps in legislative regulation to ensure the protection of the rights of displaced persons or other victims of the armed conflict (including in cases related to the compensation for destroyed housing). However, approaches applied in the civil law field are different from those used in administrative proceedings, as during the resolution of a dispute concerning party's performance or non-performance of its governmental administrative functions or provision (non-provision) of administrative services, the court must take into account that power entities are "obliged to act only based on the grounds, within the competence and in a way provided for by the Constitution and laws of Ukraine" (Part 2, Article 19 of the Constitution of Ukraine). This being said, each branch of power within the framework of its functions and authorities must bear responsibility for the implementation of the doctrine of state's positive obligations in the field of human rights in the national legal system, and this responsibility must be not only political but legal, too.

Наукове видання

**Юридичні наслідки визнання нормативного акта
неконституційним для захисту прав людини
в адміністративному судочинстві**

Збірник матеріалів Міжнародного семінару-практикуму

Видається в авторській редакції

Підписано до друку 04.09.2020.
Формат 60×84 ¹/₁₆. Папір крейдований. Гарнітура Muller.
Ум. друк. арк. 8,49. Вид. № 2603.
Тираж 70 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
вул. Чернишевська, 80а, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»
Тел. (057) 758-35-98

www.pravo-izdat.com.ua

ISBN 978-966-998-068-7

