

Viacheslav Pleskach

Ph.D. candidate (Law)

Scientific research institute of state building and local government of National Academy of Law Sciences of Ukraine,

Poltava, Ukraine, e-mail: viacheslav.pleskach@ukr.net,

<https://orcid.org/0000-0002-4854-4328>

Abstract.

Keywords.

Problem statement.

Analysis of recent studies and publications.

The purpose of the article.

Presentation of the main material. Одним із процесуальних прийомів, який широко вживається у судовій практиці конституційних країн Європи, є відновлення дії чи попередньої редакції правового акту, який втратив чинність чи змінив редакцію за вказівкою іншого акту, що надалі був визнаний неконституційним за рішенням Конституційного Суду (далі по тексту для зручності такий нечинний акт чи його стара редакція будуть іменуватись також як «стара норма»).

В Україні це питання стало особливо актуальним і дискусійним в 2010 році, коли Конституційний Суд України в рішенні від 30.09.2010 № 20-рп/2010 визнав неконституційними зміни до Конституції України і вказав на відновлення дії її попередньої редакції.

Такий результат розгляду цієї справи отримав вкрай неоднозначні оцінки правників і науковців, що можна пояснити вжиттям КСУ такого прийому у своїй практиці вперше. Так, наприклад, Любченко П.М. зазначає, що вказавши на необхідність відновлення дії Конституції України від 28 червня 1996 р. Конституційний Суд України вийшов за межі компетенції, визначеної ст. 147 Конституції України, та втрутився у сферу органу законодавчої влади [10, pp.18-20]. Дещо менш категоричну позицію у цьому відношенні займає Різник С.В., на думку якого при вирішенні питання про відновлення дії старої норми слід враховувати чи мало місце саме порушень процедури розгляду, прийняття і набрання чинності законом, який вносив зміни до іншого закону. Тобто на його думку відновлення дії старої норми є допустимим в одному випадку: якщо має місце визнання Конституційним Судом неконституційним закону про внесення змін до іншого закону з підстав порушення процедури його прийняття [14, p.55].

Відновлення старої редакції Конституції України в 2010 році фактично відбулось і можна було б просто прийняти це як за доконаний факт. Проте питання про те, чи відновлюють дію старі норми у разі визнання неконституційним закону, на підставі яких вони втратили чинність, виник вже в 2018-2019 роках – коли виник спір про те, чи було відновлено дію Закону «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 1991 року, який втратив чинність за вказівкою Закону «Про всеукраїнський референдум» від 2012 року (який надалі був визнаний неконституційним в цілому за рішенням КСУ від 26.04.2018 року №4-р/2018). Неочікувано ствердно на це питання відповів Верховний Суд – який вказав, що з ухваленням рішення КСУ від 26.04.2018 року Закон 1991 року відновив дію [13]. Пізніше Верховний Суд розглядав подібний спір і у справі 9901/123/20, де він не був остаточно вирішений Великою Палатою Верховного Суду – хоча один із суддів її складу так само висловився в окремій думці на користь того, що Закон 1991 року поновив свою дію [12].

Надалі ані Верховний Суд, ані КСУ, ані парламент не вжили будь-яких дій по внесенню ясності у це питання, а тому спір про те, то чи відновив дію Закон «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 1991 року залишається невирішеним.

Як бачимо, в Україні на рівні доктрини і практики відсутній консенсус у тім, чи відновлюють (і чи мають відновлювати?) свою дію «старі норми» у разі визнання неконституційним закону, на підставі якого вони втратили чинність чи змінили свою редакцію. А тому для всебічного пошуку відповіді на це питання слід проаналізувати також доктрину та практику інших країн Європи.

Під час розробки т.зв. «кельзенської» моделі Конституційного Суду в 1920 році її автор відзначав потребу відмежування Конституційного Суду від «позитивного» законодавця не лише інституційно, але і в плані юрисдикційних його повноважень, що пояснювалось потребою запобігти надмірній концентрації влади в тепер уже новоствореному поруч з парламентом органі. Тому можливо і є певна доля іронії в тім, що вперше ідея відновлення «старої норми» (тобто, як вже вказувалось, чинності законів, які втратили чинність чи змінили редакцію за вказівкою іншого закону, що надалі був визнаний неконституційним), виникла саме за пропозицією таки Г.Кельзена в Австрії у ході реформи 1929 року – за наслідками якої передбачалось, що у разі визнання Конституційним Судом неконституційним закону, який припинив дію іншого закону (або змінив його редакцію), такий нечинний закон (його попередня редакція) відновлює дію, якщо інакше не вирішить сам Конституційний Суд. Іншими словами, за загальним правилом передбачалось, що стара норма завжди відновлює свою дію, якщо КС не зробить протилежного застереження. Незважаючи на це на практиці Конституційний Суд Австрії в результаті майже завжди застосовує таке застереження у своїх рішеннях, допустивши відновлення дії старих норм за всю історію своєї діяльності лише у декількох випадках [1, pp.33-34]. Пізніше правило про поновлення дії старих норм, якщо інакше не вирішить Конституційний Суд, було закріплено і в Конституції Португалії [3, p.8]. Наразі Австрія і Португалія – єдині країни в Європі, де питання

про не/поновлення дії старих норм вирішено безпосередньо в національних конституціях.

В той час як в Австрії і Португалії це питання вирішено безпосередньо в конституціях, а тому не виникає спору про уповноваженість конституційних судів його вирішувати, у інших країнах Європи підходи до його вирішення видаються досить суперечливими. Адже, як правило, законодавство про діяльність конституційних судів у країнах Європи не містить вказівок на відновлення чи невідновлення дії «старих норм», а тому ці питання доводиться вирішувати науковцям і конституційним судам – і роблять вони це із вкрай розбіжними підходами.

Спир про відновлення дії «старих норм», як правило, не є проблемним у тих правових системах, де визнається можливість ретроактивної дії в часі рішення Конституційного Суду (*ex tunc*). Це пояснюється тим, що принцип *ex tunc* дії рішення базується на ідеї нікчемності неконституційного правового акту, тобто у разі визнання правового акту неконституційним він не створює ніяких правових наслідків ще з моменту його видання, якщо Суд не вирішить інакше. А тому правовий акт, що вносить зміни до іншого акту чи вказує на втрату ним чинності, не створює правових ефектів у правовій системі, в тому числі і щодо втрати чинності іншими актами. Прикладом таких країн є Німеччина [15, р.289]. Проте у тих країнах, де визнаються лише принципи *ex nunc* і *pro futuro* дії в часі рішення Конституційного Суду, вирішення цього питання видається більш проблематичним. Адже у разі застосування цих принципів навіть у разі визнання правового акту неконституційним він вважається таким, що створив незворотні наслідки щонайменше у певному проміжку часу (у тому числі наслідки у вигляді втрати чинності чи зміни редакції інших правових актів).

На доктринальному рівні зарубіжними науковцями озвучуються різні позиції. Наприклад, колишній суддя Конституційного Суду Болгарії і член Венеційської комісії Evgeni Tanchev у якості аргументу проти поновлення дії старої норми зазначає, що у результаті такого поновлення може виникнути внутрішня суперечливість у законі. На його думку, поновлення старої норми можливе виключно у разі, якщо рішення Конституційного Суду матиме ретроактивну (*ex tunc*) дію в часі [17, р.60]. Хоча пізніше він також висловлювався на користь можливості поновлення чинності старої норми – мотивуючи це тим, що таке поновлення буде спонукати законодавця до прийняття змін у закон, що був предметом конституційного контролю [18, р.6].

Натомість професор Valchev D. підтримує ідею поновлення дії «старої норми» за рішенням Конституційного Суду і наводить у якості аргументу на користь цього економію часу і зусиль, які має витратити парламент для усунення прогалини, що виникає в результаті визнання неконституційною «нової норми» [19, р.102].

Viktorija Staugaitytė відзначає, що по Кельзену відновлення чинності старої норми хоча і є «позитивною» (тобто нормотворчою) діяльністю Конституційного

Суду, але вона є допустимою, адже річ йде про поновлення чинності норми, яка вже раніше була введена у правову систему самим же законодавцем, а не про впровадження Конституційним Судом правової норми самостійно. Вона зазначає, що з точки зору логіки можна виснувати, що якщо після набрання чинності рішенням Конституційного Суду не відновлять чинність старі норми, які втратили чинність на підставі акту, що був визнаний неконституційним, то доведеться визнати, що цей неконституційний акт, попри рішення Конституційного Суду, фактично зберіг частину свого правового ефекту. А тому рішення Конституційного Суду у цих випадках позбавляється сенсу – особливо якщо неконституційний правовий акт і взагалі тільки ці правові ефекти й створював. Автор вказує, що, наприклад, саме таку позицію зайняв у своїй практиці Конституційний Трибунал Польщі, який висловлювався на користь поновлення чинності старих норм, які втратили чинність чи змінили редакцію за вказівкою неконституційного акту. Підсумовуючи свою позицію Вікторія Стаугайтете відзначає, що в цілях забезпечення ефективності конституційного контролю Конституційний Суд повинен мати право на власний розсуд вирішувати поновлювати чи не поновлювати чинність старої норми. У разі вибору Суду у конкретній справі на користь поновлення старої норми він має перевіряти конституційність одночасно і нової, і старої норм – адже рішення Конституційного Суду не досягне свою ціль, якщо після набрання ним сили виникне ситуація, яка ще більш далека від конституційних вимог [15, pp.288, 294, 300-301].

Не менш розбіжно спори такого роду вирішуються також у судовій практиці. Так, наприклад, Конституційний Суд Литовської Республіки у рішенні від 24.01.2014 року розглядав спір про конституційність змін до Конституції Литви, які змінювали окремі питання діяльності Національного банку. Суд визнав ці зміни неконституційними, в результаті чого нові положення Конституції втратили чинність. Незважаючи на це Конституційний Суд вказав, що попередня редакція Конституції не відновлювала дію. Натомість Суд роз'яснив наслідки свого рішення і вказав, що виходячи з концепції Конституції як доконаного акту, що не може мати прогалин і внутрішніх суперечностей, сама лише відсутність регулювання особливостей діяльності Національного банку в Конституції не означатиме, що вона тепер містить законодавчу прогалину. Натомість парламент просто повинен прийняти новий закон, яким ці особливості визначити [8].

Через два роки подібний спір цілковито протилежно вирішив Конституційний Суд Молдови, який у рішенні від 04.03.2016 року визнав неконституційними окремі зміни до Конституції Молдови. При цьому Конституційний Суд вказав, що попередня редакція Конституції Молдови автоматично відновлює свою дію після втрати чинності законом, за яким ця редакція була змінена [9].

Таким чином, як бачимо конституційні суди України, Литви і Молдови вирішуючи подібні справи щодо внесення змін до конституцій зайняли неоднакові

підходи до наслідків своїх рішень. Проте іноді така суперечливість виникає навіть на рівні практики одного і того самого Конституційного Суду.

У якості прикладу можна вказати на суперечливість і взаємовиключність судової практики Конституційного Суду Болгарії. В рішенні від 31.10.1995 року цей Суд вказав, що з визнанням неконституційним закону, за яким змінюється або втрачає чинність інший закон, такі положення (старі редакції) автоматично відновлюють свою дію. Такий підхід Конституційний Суд пояснив неприпустимістю появи законодавчих прогалин у разі визнання закону неконституційним. Троє суддів Конституційного Суду долучили окремі думки до рішення, але з різних мотивів. Суддя Тодор Тодоров в цій частині висловив збіжну окрему думку і вказав, що відновлення старої норми не буде свідчити про «позитивну» (нормотворчу) діяльність Конституційного Суду, адже стара норма буде відновлювати свою чинність не по волі Конституційного Суду, а натомість це буде просто зіновидом автоматичного правового ефекту, що витікає з самого рішення про неконституційність закону (тобто відновлення старої норми відбувається *ex lege*). Суддя Пенчо Пенєв навпаки виклав розбіжну окрему думку і висловив застереження в тім, що відновлена таким чином норма може також бути неконституційною, в результаті чого рішення Конституційного Суду про неконституційність одного закону призведе до повернення у правову систему іншого неконституційного закону. Тому, на його думку, у таких випадках Конституційному Суду слід оцінювати конституційність як нової, так і старої норм [5].

Через майже 25 років в рішенні від 28.04.2020 року Конституційний Суд Болгарії повністю змінив свою практику і реінтерпретував Конституцію таким чином, що у разі визнання неконституційним закону, який змінює або припиняє чинність іншого закону, старі норми не відновлюють дію. Таку зміну практики Конституційний Суд пояснив її «еволюційним розвитком» і тим, що правило автоматичного відновлення старої норми як наслідку рішення про неконституційність нової норми може створювати конституційно-неприпустимі колізії. Така зміна Конституційним Судом Болгарії своєї практики була розкритикована і його суддями в окремих думках, і в доктринальних джерелах [6; 16, р.78].

Іншим прикладом є Конституційний Суд Чехії, підходи якого до відновлення дії старих норм також змінювались з плином часу. Як зазначає КС Чехії в рішенні від 05.08.2014 року, Суд довгий час займав підхід, за якого законодавча правка не може бути предметом самостійного конституційного контролю, адже з набранням нею чинності вона «зливається» із тілом зміненого закону. У разі ж визнання неконституційним зміненого закону його попередня редакція не відновлюється. Тим не менше, надалі Суд прямо відступив від обох позицій. У частині питання про поновлення дії старої норми Конституційний Суд зайняв позицію в тім, що за загальним правилом таке відновлення не відбувається, але у конкретних випадках сам Конституційний Суд має свободу розсуду у вирішенні цього питання і може

вказати на відновлення чинності старої норми – якщо це вимагається для захисту прав і свобод людини, або якщо Конституційний Суд вже під час розгляду справи може розумно передбачати, що законодавець не виправить самотійно законодавчу прогалину, що виникне у результаті визнання зміненого закону неконституційним [4]. Іншими словами, Конституційний Суд змінив свою практику і вирішив, що за загальним правилом стара норма не відновлюється, якщо інакше не вкаже у своєму рішенні сам Суд.

Подібний підхід підтримується також у практиці Конституційного Суду Латвії – за практикою якого стара норма не відновлює свою чинність у разі визнання неконституційним закону, за якою вона втратила чинність чи змінила редакцію. Але у разі потреби захисту прав і свобод людини Конституційний Суд може вирішити це питання протилежним чином [11]. В такому випадку Конституційний Суд напряму у резолютивній частині свого рішення вказує на поновлення з певного моменту редакції акту, яка втратила чинність на підставі акту, що був визнаний неконституційним (ви можете бачити приклад цього в рішенні від 16.12.2005 [7]).

Аналізуючи судову практику конституційних судів Болгарії, Чехії і Латвії можна дійти висновку, що частіше за все на думку суддів питання про поновлення чи непоновлення дії старої норми має вирішуватись з урахуванням того, будуть чи не будуть в результаті цього поновлені або порушені права і свободи людини.

Ризики порушення прав і свобод людини у разі поновлення дії старих норм можна продемонструвати на прикладі деякої практики Конституційного Суду Словаччини. В той час як в Болгарії міркування суддів Конституційного Суду про те, що в результаті визнання неконституційним закону може автоматично поновити дію неконституційна стара норма мали лише гіпотетичний характер, в Словаччині такі побоювання виправдались у цілком конкретній ситуації. В 2003 році Конституційний Суд Словаччини визнав неконституційною норму щодо розміру плати за прострочення виплати боргу між лікарями і їх постачальниками встановивши, що ця плата була занадто висока. В результаті цього на підставі рішення Конституційного Суду автоматично відновила свою чинність попередня редакція цієї ж норми – яка, на жаль, передбачала навіть ще вищий розмір спірної плати. Тобто відновлена стара норма була навіть ще більш неконституційною ніж та, що була визнана такою за рішенням Конституційного Суду. Пізніше Конституційному Суду довелось вирішувати спір про конституційність вже й відновленої старої норми [2, р.193]. У законі про Конституційний Суд Словаччини було пізніше закріплено правило, за яким старі норми все ж ніколи не відновлюють свою чинність. Як бачимо, у цьому випадку наявність на той час правила автоматичного відновлення дії старої норми права у разі визнання неконституційною нової норми стала фактором неефективності конституційного контролю, адже за результатами розгляду Конституційним Судом першої справи стан правової системи став ще більш віддалений від вимог Конституції і Конституційному Суду довелось у двох окремих справах вирішувати фактично один і той самий спір задля забезпечення конституційної законності.

Conclusions. Коротко підсумовуючи проведений аналіз доктринальних джерел і судової практики можна зробити наступні висновки. Відновлення дії т.зв. «старої норми» є широко застосовуваним у судовій практиці конституційних судів процесуальним прийомом, що забезпечує ефективність конституційного контролю. Вжиття такого заходу здатно суттєво прискорити відновлення правової системи до стану, що передувало появі в ній неконституційного акту.

З іншої сторони, можна визнати очевидну небажаність поновлення чинності старої норми у якості *ex lege* правового ефекту рішення Конституційного Суду, тобто це не повинно бути автоматичним наслідком визнання неконституційним зміненого закону або закону, за яким втратив чинність (змінив редакцію) інший закон. Автоматичне поновлення дії старих норм може призводити до повернення у правову систему застарілих норм (в результаті чого закон втратить узгоджену структуру і він стане спотвореним) або і взагалі норм, що є навіть ще більш неконституційними за ті, що вже були визнані такими за рішенням Конституційного Суду.

Виходячи з цього можна виділити такі висновки і рекомендації:

- 1) відновлення дії старої норми є одним допустимим та іноді бажаним юридичним наслідком рішення Конституційного Суду;
- 2) в доктрині і судовій практиці не виявлено позицій на підтвердження того, що відновлення дії старої норми можливе лише у випадках, коли правовий акт визнається неконституційним з підстав порушення процедури його прийняття;
- 3) відновлення дії старої норми не повинно бути автоматичним (*ex lege*) наслідком визнання неконституційною нової норми. За загальним правилом стара норма не повинна відновлювати свою дію. Таке поновлення можливе лише у випадку, коли про це прямо зазначає Конституційний Суд;
- 4) досліджена судова практика і доктрина підтверджує критику Любченка П.М. в тім, що питання про уповноваженість Конституційного Суду вказувати на поновлення дії старих норм має бути чітко вирішено на рівні законодавства. В інакшому випадку на рівні судової практики це питання може вирішуватись непослідовно, що продемонстровано на прикладі судової практики Конституційного Суду Болгарії;
- 5) бажано щоб повноваження Конституційного Суду вказувати у своїх рішеннях про поновлення дії старих норм були закріплені саме на рівні Конституції. Але вони можуть бути формалізовані у звичайному законі, що регулює діяльність Конституційного Суду, оскільки у Європі не існує консенсусу і переважаючого стандарту в тім, що ці повноваження можуть бути закріплені виключно в тексті Конституції.

References:

1. Drinóczi, Tímea & Schneider, Philipp. (2014). The legitimation of a re-enactment of former law and temporal effects of judgments in a constitutional democracy - comparative study in the light of recent jurisprudence of Croatia's Constitutional Court. *ResearchGate.Net*. Retrieved from <https://tinyurl.com/mr3zdpht> [in English].
2. Florczak-Wątor, Monika. (2020). Judicial Law-Making in European Constitutional Courts. DOI: 10.4324/9781003022442.
3. Joaquim de Sousa Ribeiro, Esperança Mealha (2010). Constitutional Courts as "positive legislators". *Tribunalconstitucional.pt*. Retrieved from https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/relatorios/relatorio_004_confwashington.pdf [in English].
4. Judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic dated 5 August 2014 in case Pl.ÚS 26/13. Retrieved from https://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=Pl-26-13_1 [in Czech].
5. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria dated 31 October 1995 (with separate opinions). Retrieved from <http://constcourt.bg/bg/Cases/Details/218> [in Bulgarian].
6. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria dated 28 April 2020 (with separate opinions). Retrieved from <http://constcourt.bg/bg/Cases/Details/560> [in Bulgarian].
7. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia dated 16 December 2005 in case No. 2005-12-0103. Retrieved from <https://tinyurl.com/w3kd3euh> [in English].
8. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania dated 24 January 2014 in case No. 22/2013. Retrieved from <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta850/content> [in English].
9. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Moldova dated 4 March 2016. Retrieved from <https://www.constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/ru-h704032016rue6fd9.pdf> [in Russian].
10. Lyubchenko, P.M. (2016). Problemni pytannia rishen Verkhovnoi Rady Ukrainy ta Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy v aspekti vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy [Problematic issues of decisions of the Verkhovna Rada of Ukraine and the Constitutional Court of Ukraine in the aspect of amending the Constitution of Ukraine]. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia - Governmental development and local self-government*. № 31. P.15-24 [in Ukrainian].
11. Neimanis, J. (2019). Legal effects of a judgment of the Constitutional Court. *Satv.tiesa.gov.lv*. Retrieved from: <https://www.satv.tiesa.gov.lv/en/runas-un-raksti/legal-effects-of-a-judgment-of-the-constitutional-court/> [in English].
12. Okrema dumka suddi Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu Proroka V.V. vid 28.04.2021 u spravi 9901/123/20 [Separate opinion of the judge of the Grand Chamber of the Supreme Court Prorok V.V. dated 28 April 2021 in case No. 9901/123/20]. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97701027> [in Ukrainian].
13. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 25 zhovtnia 2019 roku u spravi № 826/17872/18 [Judgment of the Supreme Court dated 25 October 2019 in case No. 826/17872/18]. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85207737> [in Ukrainian].
14. Riznyk, S.V. (2014). Teoretychni problemy vidnovlennia chynnosti normatyvnykh aktiv v rezultati rishen Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Theoretical problems of restoring the validity of normative legal acts as a result of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine]. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seriya: Pravo - Uzhhorod National University Herald. Series: Law*. № 25, P.52–55 [in Ukrainian].
15. Staugaitytė V. (2006). Teisės normų atgijimo įsigaliojus konstitucinio teismo nutarimui problema [The problem of revival of legal norms after the entry into force of the decision of the Constitutional Court]. *A bulletin of the the Constitutional Court of the Lithuania Republic*, № 2, P.287-310 [in Lithuanian].
16. Stoilov, Y. (2020). Discrepancies in the Constitutional Court's jurisprudence. *Constitutional Court Republic of Bulgaria - Constitutional studies. II*, 51-82 [in English].

17. Tanchev, E. (2014). Negative and/or positive legislator in the context of constitutional justice historical, institutional and functional evolution. *Collected papers of the International Conference Constitutional Court - between a negative legislator and positive activism. Sarajevo.* (pp.35-63).
18. Tanchev, E., Toader, T., Granat, M., & Catană, V. (2016). Consolidarea rolului Curții Constituționale [Consolidation of the role of the Constitutional Court]. *Constcourt.md*. Retrieved from https://www.constcourt.md/public/files/file/Publicatii/Studiu_-_Consolidarea_rolului_Curtii_Constitutionale.pdf [in Romanian].
19. Valchev, D. Pravno deistvye na reshnyiata na Konstytutsyonnyia съд po uskanyia za ustanoviavane na protivokonstytutsyonnost na zakonyte, na druhyte aktove na Narodnoto събрanye y na aktovete na prezidenta [Legal effect of the decisions of the Constitutional Court on requests to establish the unconstitutionality of laws, other acts of the National Assembly and acts of the President]. *Правовата държава в България - The rule of law in Bulgaria*. Retrieved from <https://tinyurl.com/33abffsr> [in Bulgarian].