

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕЗМІНЮВАНИХ ПОЛОЖЕНЬ КОНСТИТУЦІЇ

Формальні правила щодо конституційних поправок існують із часу виникнення перших писаних конституцій. А от вимоги, що забезпечували незмінюваність положень конституції не були від початку розповсюдженими (хоч ситуація за декілька століть досить сильно змінилася). Йдеться про т.з. незмінювані конституційні положення, які забороняють в тій чи іншій формі вносити зміни до конституції. За однією з версій, вперше незмінюване положення було сформульовано в ст. V Конституції США – жоден зі штатів без його згоди не може бути позбавлений рівного з іншими штатами права голосу в Сенаті.¹ В Україні такі незмінювані положення закріплені у ст. 157 Конституції України.

Одразу маємо зробити застереження щодо термінології. Ми оперуємо терміном “незмінювані положення” (англ. “unamendable provisions”), який часто використовується.² Незмінювані положення обмежують повноваження щодо внесення змін до конституції, вони забороняють здійснювати такі повноваження щодо певних конституційних суб’єктів, принципів або інститутів.³

Замість терміну “незмінювані положення” можуть використовуватися також інші терміни: застереження про незмінюваність, застереження про вічність, формула (клаузула, гарантія) вічності чи незмінюваності (“eternity clause” – англ., “Ewigkeitsgarantie” – нім.).⁴ Термін “гарантія вічності” використовується безпосередньо в рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини (див., наприклад, рішення щодо Лісабонського договору, BVerfGE 123, 267 – Lissabon⁵). Незмінювані положення також на-

* Григорій Валерійович Берченко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Hryhorii Berchenko, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: berchenkog@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0365-9009>

¹ Детальніше про історію виникнення незмінюваних положень див.: Michael Hein, “Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism,” *European Journal of Law Reform* 21, no. 3 (2019): 226–42.

² Див., напр.: Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 15.

³ Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 21.

⁴ Див.: Silvia Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2021).

⁵ BVerfGE 123, 267 – Lissabon, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html>.

зивають “абсолютним закріпленням” (“absolute entrenchment”) – п. 89, 201, 206, 219 Доповіді CDL-AD(2010)001-е. В усіх випадках йдеться про положення конституції, які забороняють вносити до неї зміни. Надалі в статті ми будемо ототожнювати усі наведені формулювання, вживаючи узагальнений термін “незмінювані положення,” або “формула незмінюваності” (за винятком тих випадків, коли ми будемо згадувати авторську позицію певного вченого, тоді буде використаний той термін, яким оперує той чи інший автор, також збережена термінологія Венеційської комісії).

На думку Яніва Рознаї, термін “вічні положення” є неточним:

ці положення не є ні вічними, ні незмінюваними. Хоча вони служать механізмом обмеження повноважень щодо внесення поправок, вони не обмежують (і не можуть обмежувати) повноваження первинної установчої влади. Навіть положення, які не підлягають змінам, піддаються змінам, внесеним позаконституційним чином. Більше того, їх зміст також може “змінюватися” через судове тлумачення.⁶

Вчений стверджує, що вдалішим є термін із бразильської конституції, яка називає відповідні положення “petrous clauses” (в оригіналі з іспанської – *cláusula pétrea* – кам’яна клаузула або кам’яні положення).⁷

На нашу думку, що “кам’яність,” що “вічність” – це певні метафори, що набули юридичного статусу. Конкретний термін, вжитий для позначення відповідного явища, може варіюватися залежно від країни і відповідних національних юридичних традицій і юридичної техніки. Такі метафори позначають юридичні презумпції (“кам’яності,” “вічності”), і такі презумпції в ході історії, звичайно, можуть бути спростовані (якщо все таки не зможуть забезпечити відповідну незмінюваність на практиці). Допоки вони (презумпції) не спростовані, до них слід ставитися серйозно і визнавати як незмінювані положення, формули “вічності” тощо.

Потрібно підкреслити, що незмінювані положення за своєю природою стосуються передусім саме внесення змін до конституції. При перегляді конституції за встановленою в ній самій процедурою, а також ухваленні нової конституції у зв’язку із розривом континуїтету (правонаступності), тобто при здійсненні “конституційної революції” (тобто коли нова конституція ухвалюється поза процедурами, передбаченими чинною конституцією), найпоширенішою є думка, що незмінювані положення вже не діють.⁸

Як стверджує Венеційська комісія, усі історичні дані вказують на те, що для конституцій, які діють протягом будь-якого періоду часу, абсолютне закріплення на практиці ніколи не буде абсолютним. Якщо обставини зміняться достатньо, або якщо політичний тиск стане занадто сильним, то навіть “незмінювані” правила будуть змінені – так чи інакше. У таких ситуаціях конституційна незмінність може навіть мати негативний

⁶ Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers” (PhD diss., the London School of Economics, 2014), 23–24.

⁷ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 129.

⁸ Із цього приводу існує дискусія, проте її аналіз не входить в предмет дослідження цієї статті.

вплив невинного затягування конфліктів і, таким чином, посилення тиску та збільшення витрат для суспільства на необхідні реформи (п. 219 Доповіді Венеційської комісії про внесення змін до конституцій,⁹ далі – Доповідь CDL-AD(2010)001-e). Жодна конституція не може зберігатися шляхом заборони певних змін конституції, якщо вона втрапить свою нормативну силу.¹⁰ Наведена думка є цілком зрозумілою у вже згаданому нами випадку розриву континуїтету і створення ситуації конституційної революції.

Крім того, дія незмінюваних положень може бути нейтралізована за рахунок т.з. “подвійної поправки.” Мається на увазі, що спочатку скасовується або змінюється положення, яке встановлює незмінюваність (формула незмінюваності), а потім – безпосередньо ті положення, які були захищені формулою незмінюваності і після поправки втратили такий захист.¹¹ Це скоріше гіпотетична конструкція, оскільки її реалізація є дуже складною на практиці. Водночас, свого часу до Конституції Португалії якраз були внесені зміни до формули незмінюваності, хоч і внесення подібних змін було досить спірним.¹²

Більше того, змістовне наповнення формули незмінюваності може еволюціонувати за допомогою практики її застосування (формування звичаю) або судового тлумачення. Тому саме з огляду на вищевказане ми маємо ще раз наголосити на необхідності не перебільшувати роль семантики слів “вічність” і “незмінюваність” і не переоцінювати регулятивний вплив незмінюваних положень, не розглядати їх як своєрідну панацею для захисту тих чи інших цінностей.

Незмінювані положення часто кваліфікують як конституційні надконституційні норми (*supra-constitutional norms*).¹³ Дійсно, історично ідею надконституційності розвивали саме таким чином і в такий спосіб, щоб вона охоплювала питання про незмінювані положення самої конституції. Ми ж пропонуємо подумати про перегляд таких поглядів, і використовувати ідею надконституційності для характеристики меж установчої влади, пов’язаних із природним і міжнародним правом, але не включати до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення. Такі незмінювані положення якраз можуть мати відповідне надконституційне походження (у природному або міжнародному праві), а можуть мати

⁹ CDL-AD(2010)001-e. Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e).

¹⁰ Конрад Хессе. *Основы конституционного права ФРГ*, пер. Е. А. Сидоровой (Москва: Юридическая литература, 1981), 328.

¹¹ Див. детальніше про це: Ричард Альберт, “Как вносит изменения в правила внесения конституционных поправок,” *Сравнительное конституционное обозрение* 2 (2016): 64–95.

¹² Див. детальніше: Xenophon Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* (Abingdon: Routledge, 2012), 287–88; Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 237.

¹³ Див.: Дмитрий Шустров, “Надконституционные нормы в конституционном праве,” *Сравнительное конституционное обозрение* 140, no. 1 (2021): 102–04.

своїм джерелом виключно волю установчої влади (тобто допускається широка свобода розсуду у встановленні тих чи інших незмінюваних положень різного змісту). Крім того, ідея надконституційності може бути використана при характеристиці доктрини “конституційного блоку” і в рамках неї визначати певні внутрішні акти ієрархічно вищими щодо самої конституції (наприклад, Литва, Молдова).¹⁴

Ще один важливий аспект. Як свідчить практика, незмінювані положення можуть бути не лише формально встановленими в позитивному конституційному тексті. Зарубіжний досвід свідчить про значну роль у формулюванні незмінюваних положень суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. В цьому разі установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (для кельзенівської моделі конституційного контролю – суддів конституційного суду). Як приклад, можна назвати доктрину базової структури конституції (Індія) і доктрину заміщення конституції (Колумбія), вироблену судовими органами цих держав. В такому випадку формуються імпліцитні незмінювані положення, як їх часто називають в літературі. Ми маємо враховувати такі випадки при загальній характеристиці незмінюваних положень, проте можливості детально зупинитися на таких випадках в рамках цієї статті, на жаль, немає.

Як ми побачимо далі, в літературі використовується термін “unamendability,” тобто незмінюваність. Незмінюваність може бути пов’язана із певними позитивними і експліцитно вираженими в тексті конституції положеннями, вона може також виявлятися у імпліцитних положеннях, що формулюються судовими органами (в обох випадках експліцитно або імпліцитно виражена незмінюваність характеризується нами крізь призму незмінюваних положень). Крім того, незмінюваність позначають певний стан, тобто сукупність низки характеристик, що забезпечують власне незмінюваність на практиці, тобто як фактичний результат.

Ричард Альберт запропонував попередню типологію шести основних форм незмінюваності (англ.: “unamendability”) в ліберальних демократіях. Ці форми незмінності вчений розділив на дві основні категорії – матеріальні та процесуальні – з трьома дорядними варіаціями: формальні, неформальні та теоретичні.¹⁵

Вчений виокремлював також конструктивну незмінюваність, яка походить від політичного клімату, який робить малоімовірним, хоча й не неможливим, досягнення необхідної більшості для прийняття формальної поправки. Тому це не є результатом ні формального конституційного задуму, ні тлумачення конституційного права, а скоріше конституційної політики.¹⁶

¹⁴ З приводу доктрини конституційного блоку див: Григорій Берченко, “Декларація про державний суверенітет України і Акт проголошення незалежності в аспекті доктрини конституційного блоку,” *Право та державне управління* 4 (2020): 24–30; Григорій Берченко, “Преамбула конституції: юридична природа та практика внесення змін,” *Прикарпатський юридичний вісник* 34, no. 5 (2020): 44–48.

¹⁵ Richard Albert, “Constructive Unamendability in Canada and the United States,” *Supreme Court Law Review* (2014): 188–93.

¹⁶ Albert, “Constructive Unamendability in Canada and the United States,” 182.

Згодом у той же Річард Альберт у співавторстві із Бертіль Емра Одер запропонували вісім варіантів форм незмінюваності (англ.: “unamendability”). В основу класифікації вчені покладають декілька критеріїв: незмінюваність у конституційному тексті може бути як прямо зазначена формально так і не зазначена (є неформальною), може стосуватися змісту поправки або самої процедури змін. Додатково можуть існувати вимоги в часі: або тимчасові або діяти стільки, скільки сама Конституція. Тому існує чотири форми матеріальної незмінюваності: експліцитна чи імпліцитна незмінюваність, зі строком дії чи без такого строку. Також може бути чотири форми процедурної незмінюваності: формальна та неформальна зі строком дії чи ні.¹⁷

Як бачимо, незмінюваність постає в дуже широкому розумінні – як сукупність низки факторів. При цьому така незмінюваність сама по собі не впливає лише із незмінюваних норм сама по собі, а й охоплює інші фактори і обставини.

Крім того, в науці оперують терміном “матеріальні межі щодо внесення змін до конституції.” На думку Д. Г. Шустрова матеріальні межі змін до конституції можуть бути двох видів: 1) експліцитні – які прямо виражені в конституції; 2) імпліцитні – такі, що не отримали прямого закріплення в конституції, але що мають на увазі і виводяться з тексту або змісту конституції органом конституційного контролю за допомогою тлумачення. Прикладом останнього є практика конституційного суду Італії, де окрім прямо встановленого незмінного принципу республіканської форми правління у ст. 139 статі Конституції Італії,¹⁸ конституційний суд розширив матеріальні межі також на принципи конституційного порядку і невід’ємні права людини.¹⁹ Можемо згадати також приклади Литви, Бразилії, України, Молдови Колумбії, Індії та багатьох інших країн, що сформували такі імпліцитні межі.

До відповідної класифікації Д. Г. Шустрова ми б додали зауваження про те, що експліцитні незмінювані положення можуть розширюватися органом конституційної юрисдикції за рахунок додавання імпліцитних. Про це свідчить і наведений самим автором приклад Італії. Таким же шляхом пішла практика в Молдові, Україні, Бразилії. Прикладом імпліцитних меж в чистому вигляді (за повної відсутності експліцитних) є Литва, Колумбія, Індія.

За Д. Г. Шустровим, матеріальні межі внесення змін до конституції формулюються в ній в так званому застереженні про незмінність – нормі, яка перераховує незмінні конституційні положення і/або принципи. В основі матеріальних меж зміни конституції лежить ідея збереження конституційної ідентичності, яка базується на уявленні про те, що конституція, держава, правопорядок втратять свій характер в тому вигляді,

¹⁷ Richard Albert and Bertil Emrah Oder, eds., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham: Springer, 2018), 5.

¹⁸ “Конституція Італійської Республіки,” у *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Державо-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка* (Київ: ОВК, 2021), 68.

¹⁹ Дмитрій Шустров, *Конституційний контроль за поправками к конституции в зарубежных странах* (Москва: Юрлитинформ, 2019), 20–21.

як їх створила установча влада, якщо виключити або змінити будь-який фундаментальний принцип або положення, що лежать в їх основі.²⁰

Визначення матеріальних меж внесення змін до конституції через формулу незмінюваності означає те, що вчений ототожнює незмінюваність із матеріальними межами внесення змін до конституції, ігноруючи процедурну незмінюваність, про яку згадують Річард Альберт і Бертіль Емра Одер.

На нашу ж думку, матеріальні межі внесення змін і формули незмінюваності все ж мають співвідноситися не як тотожні поняття, а як ті, що частково перетинаються. По-перше, формули незмінюваності означають також процедурну незмінюваність. По-друге, самі по собі матеріальні межі внесення змін не обов'язково означають незмінюваність, оскільки в певних випадках вони не є абсолютними і лише створюють додаткові бар'єри, а не повну заборону щодо внесення змін. Власне матеріальні обмеження складаються з двох груп: абсолютні обмеження, що включають незмінювані положення *per se*, та відносні обмеження. Лише абсолютні обмеження щодо внесення змін до конституції можна охарактеризувати як незмінювані положення.

На прикладі Литви Дайніус Жалімас описує три випадки відносних обмежень.²¹ Так само Венеційська комісія розмежовує абсолютну незмінюваність і посилену сувору процедуру внесення змін до конкретних положень, що є майже “незмінністю” на практиці (п. 216 Доповіді CDL-AD(2010)001-е).

Останню тезу Венеційської комісії можна розвинути за рахунок ідеї про те, що конституційний дизайн часто є багаторівневим. За ідеєю Розалінд Диксон і Девіда Ландау багаторівневий конституційний дизайн має на меті поєднати переваги жорсткості та гнучкості, створюючи різні правила внесення змін до конституції для різних частин конституції. Більшість положень досить легко змінити, але деякі статті чи принципи мають більший рівень закріплення. Багаторівневий дизайн потенційно може зберегти простір для необхідних оновлень конституційного тексту, завдяки гнучкому дизайну, водночас забезпечуючи стабільність ядра конституції та захист від антидемократичних форм конституційних змін.²²

Тут же можна навести позицію Майкла Гейна, який виділяє загальне поняття “положення про закріплення” (англ.: “entrenchment clauses”) і всередині нього два різновиди. По-перше, “загальні заборони внесення поправок” (“general prohibitions of amendments”), а також “загальні обмеження щодо внесення поправок” (“general constraints on

²⁰ Дмитрій Шустров, “Материальные пределы изменения конституций постсоветских государств,” *Сравнительное Конституционное Обозрение* 2 (2018): 88.

²¹ Dainius Žalimas, “Hierarchy of Constitutional Principles as Criteria of Constitutionality of Constitutional Amendments,” in *Presentation to the XVIIIth Congress of the Conference of the European Constitutional Courts “Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles,” June 28-July 1st, 2017, Batumi*, https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments_batumi2017.pdf.

²² Rosalind Dixon and David Landau, “Tiered Constitutional Design,” *The George Washington Law Review* 86, no. 2 (2018): 438.

amendments”), які розрізняють дві або більше груп конституційних предметів, щодо яких застосовуються різні жорсткі правила внесення змін.²³ Перший різновид – це те, що ми називаємо незмінюваними положеннями, другий різновид – це той самий згаданий вище багаторівневий конституційний дизайн за Розалінд Диксон і Девідом Ландау.

Мова йде про те, що за матеріальними критеріями (змістом змін) ми відмежовуємо одну процедуру внесення змін (більш просту) від іншої (більш складної). За своєю природою багаторівневий конституційний дизайн встановлює матеріальні межі внесення змін до конституції, проте не обов’язково в формі незмінюваності, а може набувати форми ускладненої процедури внесення змін до конституції. Отже, при вживанні терміну “матеріальні обмеження,” не обов’язково йдеться саме про абсолютні матеріальні обмеження щодо внесення змін до конституції. Цей аспект треба враховувати, використовуючи відповідні терміни.

Незмінювані положення іноді тлумачаться як такі, що все ж можуть бути змінені. І мова не йде про ситуацію, коли незмінюваність спростовується в ході історії і конституційної революції (у випадку розриву конституційного континуїтету) або ж при скасуванні самої формули незмінюваності в тексті чинної конституції шляхом “подвійної поправки.” Йдеться про специфічну інтерпретацію самої незмінюваності. Є. Танчев при класифікації конституційних положень, які належать до числа недоторканих або таких, що не підлягають змінам, виділяє три основні типи таких положень. *Першу групу*, на його думку, складають питання, які лежать поза межами повноважень установчої і встановленої влади і є так званими вічними положеннями. Конституції Німеччини, Франції (Третьої, Четвертої і П’ятої республік, що передбачають незмінність республіканської форми правління), деякі положення Конституції Румунії 1991 р. тощо. *До другої групи*, на думку вченого, належать такі конституції, як, наприклад, Конституція Болгарії 1991 року, містять квазівічні положення що стосуються форми правління, унітарного характеру держави, форми встановленого балансу влади або встановленої форми поділу влади, які фіксують таким чином установчу владу. Внесення змін надзвичайно складно здійснити, оскільки потрібне рішення Великого народного зібрання, що дозволяє де-факто віднести ряд положень до категорії “вічних.” *Остання (третья) група* положень, що складають основу, яка не підлягає перегляду, за Є. Танчевим, це положення, що містять певні національні характеристики конституційної конфігурації, зміна яких вимагає абсолютної або кваліфікованої парламентської більшості.²⁴

²³ Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 227.

²⁴ Евгений Танчев, “Конкурирующие иерархии: конституционное верховенство против примата наднационального права. Доклад Евгения Танчева. Международная конференция ‘Применение международных договоров конституционными судами и эквивалентными органами: вызовы для диалога’, Батуми, 9–10 сентября 2015 г.,” в *Венецианская комиссия о конституциях, конституционных поправках и конституционном правосудии: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы*, сост. Т. Я. Хабриева, Р. А. Курбанов, В. И. Лафитский; под ред. Т. Я. Хабриевой (Москва: Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации, 2016), 565–66.

Аналізуючи підхід Є. Танчева, як на нас, коректніше було б застосовувати термін “матеріальні межі” у абсолютному і відносному значеннях, а не розширювати термін “незмінювані положення” і включати до таких положень водночас і ті, що не можуть бути змінені, і ті, що можуть бути змінені лише за певних умов. По суті, вчений в термінах незмінюваності насправді намагається описати інше явище – багаторівневий конституційний дизайн, про який ми згадували вище.

Зрозуміло, що така заплутаність в термінології, яку ми навели, не може не позначатися на якості досліджень незмінюваних положень, оскільки дуже часто різні вчені тією самою назвою позначають відмінні явища.

Тлумачачи незмінювані положення вузько, як абсолютно незмінювані, варто поглянути на їх експліцитні варіанти закріплення на прикладів окремих формул незмінюваності в зарубіжних конституціях.

Відповідно до ч. 1 ст. 110 Конституції Греції положення Конституції можуть бути переглянуті за винятком тих, які визначають основу і форму державного ладу, у тому числі однопалатну парламентську демократію, рівно як і положення, що регулюються ч. 1 ст. 2, частинами 1, 4 і 7 ст. 4, частинами 1 і 3 ст. 5, ч. 1 ст. 13 і ст. 26 Конституції.²⁵ Це такі положення: авторитет і захист цінностей людства є первинним завданням; греки є рівними перед законом; лише громадяни Греції допускаються на всі державні служби крім випадків, що передбачені спеціальними законами; дворянські титули і звання не схвалюються і не визнаються серед громадян Греції; кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості і участі в соціальному, економічному і політичному житті країни, якщо не порушує прав інших осіб або норм Конституції і вимоги моралі; особиста свобода є недоторканною. Ніхто не може піддаватися переслідуванню, арешту або позбавлення свободи або іншому способу обмеження за винятком випадків, вказаних в законі.; свобода релігійної совісті є недоторканною; здійснення громадянських і політичних прав не залежить від релігійних переконань. Двадцять шоста ж стаття регулює розподіл влад.

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Конституції Чеської Республіки зміна основних атрибутів демократичної правової держави не допускається.²⁶

Відповідно до ч. 193 Конституції Швейцарської конфедерації при повному перегляді зобов'язуючі положення міжнародного права не можуть порушуватися. Відповідно ж до ч. 2 ст. 194 частковий перегляд повинен дотримуватися єдності матерії і не може порушувати зобов'язуючі положення міжнародного права.²⁷

У Бельгії під час правління не можна вносити змін до Конституції щодо конституційних повноважень Короля та статей 85–88, 91–95, 106 та 197 Конституції²⁸ (всі вони стосуються повноважень Короля).

²⁵ “Конституция Греции” (Харків: Право, 2014), 96–97.

²⁶ “Конституція Чеської Республіки,” у *Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Чеська Республіка, Республіка Польща* (Київ: ОВК, 2021), 103.

²⁷ “Конституція Швейцарської Конфедерації,” у *Конституції країн світу: Швейцарська Конфедерація, Королівство Норвегія, Фінляндська Республіка* (Київ: ОВК, 2021), 79.

²⁸ “Конституція Королівства Бельгія,” у *Конституції країн світу. Королівство Бельгія. Федеративна Республіка Німеччина. Королівство Швеція* (Київ: ОВК, 2021), 105.

У ст. 148 Конституції Румунії, яка називається “Межі перегляду,” передбачено таке. Положення, що стосуються національного незалежного, єдиного і неподільного характеру румунської держави, республіканської форми правління, територіальної цілісності, незалежної юстиції, політичного плюралізму та офіційної мови, не можуть бути предметом перегляду. Крім того, не може проводитися ніякий перегляд, якщо його результатом буде скасування основних прав і свобод громадян або їх гарантій.²⁹

Відповідно до статті 139 Конституції Італії республіканська форма правління не може бути предметом конституційного перегляду. Як зазначає П'єтро Фарагуна, хоча текст конституції передбачає досить вузьке експліцитне незмінюване положення, конституція була з боку конституційного суду піддана розширювальному тлумаченню. Інтерпретаційне розширення незмінюваності спочатку пройшло через розширене тлумачення експліцитного незмінюваного пункту, поєднавши його тлумачення з проголошенням недоторканності основних прав. Паралельно процес розширення проходив через розробку теорії імпліцитної незмінюваності.³⁰ Мова йде про рішення конституційного суду Італії від 15–29 грудня 1988 р. № 146.

Відповідно до ст. 288 Конституції Португалії закони про перегляд Конституції повинні поважати:

- a) національну незалежність і єдність держави;
- b) республіканську форму правління;
- c) відділення церкви від держави;
- d) права, свободи і гарантії громадян;
- e) права трудящих, комісій трудящих і профспілкових об'єднань;
- g) наявність економічних планів у рамках змішаної економіки;
- h) загальні, прямі, періодичні вибори при таємному голосуванні для призначення виборних посадових осіб органів державної влади, органів автономних областей і місцевої влади, а також систему пропорційного представництва;
- i) плюралізм думок і політичних організацій, включаючи політичні партії, і право на демократичну опозицію;
- j) поділ і взаємозалежність органів державної влади;
- l) контроль за конституційністю юридичних норм при їх застосуванні або в разі прогалин в законодавстві;
- m) незалежність судів;
- n) автономію місцевих самоврядних одиниць;
- o) політико-адміністративну автономію Азорських островів і Мадейри.³¹

²⁹ “Конституція Румунії,” у *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія* (Київ: ОБК, 2021), 119–20.

³⁰ Pietro Faraguna, “Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience,” *European Journal of Law Reform* 3 (2019): 329–44, <https://ssrn.com/abstract=3391105>.

³¹ “Конституція Португальської Республіки,” у *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Держава-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка* (Київ: ОБК, 2021), 315.

Відповідно до ч. 1 ст. 182 Конституції *Республіки Кіпр* статті та частини статей Конституції, зазначені в Додатку III, включені до Конституції відповідно до угоди, укладеної в Цюриху 11 лютого 1959, являють собою основні статті Конституції і не можуть будь-яким способом бути зміненими, наприклад, шляхом поправок, доповнень, скасування або скорочень.³²

Причому сам перелік досить значний, можливо навіть це найбільший за обсягом перелік незмінюваних положень серед усіх зарубіжних конституцій. На відміну від досить широкого переліку, визначеного в португальській конституції, де визначені певні принципи, а не конкретні норми, Конституція Кіпру містить перелік саме конкретних статей, що не підлягають змінам, скасуванню, доповненню, скороченню.

Відповідно до ст. 4 Конституції *Турецької Республіки* положення статті 1 щодо форми держави, яка є республікою, характеристики республіки у статті 2 та положення статті 3 не можуть бути змінені та жодні пропозиції щодо цього не можуть вноситись.³³

Відповідно до ч. 2 ст. X Конституції *Боснії і Герцеговини* жодні поправки до цієї Конституції не можуть скасовувати або обмежувати будь-які з прав і свобод, про які йде мова в статті II цієї Конституції, або змінювати цей пункт.³⁴

Ю. Г. Барабаш³⁵ називає дві тенденції конституційного закріплення недоторканих положень: від встановлення чіткого переліку таких положень до закріплення лише загального формулювання стосовно обмеження в конституційному реформуванні.³⁶

Вартим нашої уваги є підхід Венеційської комісії, яка розрізняє *положення* і *принципи*. Відносно невелика кількість конституцій містять правила про те, що певні положення, які не можуть бути змінені – це означає, що будь-яка запропонована поправка до формулювання положення є неприйнятною. Більш поширеним методом, однак, є закріплення того, що певні принципи в конституції не можуть бути змінені. Це набагато більш гнучкий підхід, який дозволяє певною мірою проводити зміни до тих пір, поки підтримуються основні елементи охоронюваних принципів (п. 209 Доповіді CDL-AD(2010)001-e).

Прикладом *положень* у вищевказаному розумінні Венеційської комісії можуть бути незмінювані положення турецької конституції, яка вказує норми, зміни до яких внесені бути не можуть.³⁷ Країни, в конституціях яких містяться саме *принципи* – Франція,

³² “Конституція Республіки Кіпр,” у *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки* (Київ: ОВК, 2021), 232.

³³ “Конституція Турецької Республіки,” у *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки* (Київ: ОВК, 2021), 261.

³⁴ “Конституція Боснії і Герцеговини,” у *Конституції країн світу: Республіка Словенія, Боснія і Герцеговина, Республіка Північна Македонія* (Київ: ОВК, 2021), 94.

³⁵ Юрій Барабаш, *Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права* (Харків: Право, 2008), 161.

³⁶ Із контексту зрозуміло, що під недоторканими положеннями мається на увазі те, що ми називаємо “незмінюваними положеннями.”

³⁷ Такий підхід використано також у вже згаданій Конституції Республіки Кіпр.

Італія, Чехія, Португалія, Україна (п. 210–214 Доповіді CDL-AD(2010)001-е). Серед спеціальних принципів, що охороняються незмінюваністю, зазвичай, можна знайти один або кілька наступних: фундаментальна демократична (або республіканська) форма правління, федеративна структура, суверенітет, територіальна цілісність і деякі основні права і свободи (п. 215 Доповіді CDL-AD(2010)001-е).

На прикладі Німеччини Конрад Гессе (Konrad Hesse) пояснює складність тлумачення відповідних принципів:

Звичайно, були б “порушені” межі ст. ст. 1 і 20, якщо б ст. 1 була скасована, вводилася б монархія, скасовувалися б вибори або правосуддя передавалося б виконавчим органам. У менш ясих випадках на питання не можна відповісти відразу, тому що форма демократичного, державно-правового і федерально-державного ладу Основного закону визначена лише сукупністю низки окремих положень, і все залежить від того, наскільки велике значення цих положень, щоб вони підпадали під заборону змін.³⁸

Схожий класифікаційний підхід на положення і принципи, який здійснює Венеційської комісії, використовує і Д. Г. Шустров. Використання *положень*, передбачає неприпустимість формальної зміни того чи іншого конституційного положення, в тому числі забороняє його скасування, виключення, доповнення, переформулювання тощо.³⁹ Тим самим незмінна норма чи інша структурна одиниця конституції не може бути змінена. Використання *принципів* передбачає неприпустимість, насамперед, змістовного, хоча також і формально-процедурного, протиріччя конституційним принципам змін, внесених до конституції. Це більш гнучкий і складний підхід, що передбачає оцінку змісту зміни на предмет відповідності принципам, при якому постає питання про факт і ступінь відповідності або суперечності зміни конституційним принципам. Незмінювані конституційні принципи не просто забороняють їх формальну зміну, але означають щось більше, а саме: основоположним ідеям і фундаментальним рішенням конституції не повинні суперечити ніякі зміни конституції, які, в разі їх реалізації, призводять до появи в конституції конкретних правил, здатних блокувати дію принципів. Перший і другий підходи можуть поєднуватися в рамках третього, який передбачає одночасну заборону вносити зміни як в певні конституційні положення, так і змінювати конкретні конституційні принципи.⁴⁰

Зовнішню (експліцитно) виражену незмінюваність детально дослідив Янів Рознаї на прикладі 742 конституцій світу з 1789 по 2015 рік. На першій хвилі конституціоналізму між 1789 і 1944 роками лише 17 відсотків конституцій світу, прийнятих у цей період, містили незмінювані положення (52 із 306), тоді як у другій хвилі конституціоналізму, між 1945 і 1988 роками, 27 відсотків конституцій країн світу, прийняті в ті роки, включали такі положення (79 із 287). 3 конституцій, прийнятих на третій

³⁸ Хессе, *Основи конституційного права ФРГ*, 329–30.

³⁹ Шустров, “Матеріальні межі змін конституцій постсовєтських держав,” 90.

⁴⁰ Там само, 91.

хвилі конституціоналізму, між 1989 і 2015 роками, вже більше половини (54 відсотки) включали положення, які не підлягають змінам (81 із 149). Загалом із 742 розглянутих вченим конституцій 212 конституцій (28 відсотків) містили незмінювані положення.⁴¹

За підрахунками Майкла Гейна, наприкінці 2015 року з усіх 57 національних конституцій, чинних у Європі та постсоціалістичній Центральній Азії, 16 конституцій містили загальну заборону внесення змін (англ.: “general prohibition of amendments”).⁴²

Отже, незмінювані положення містять далеко не всі конституції. Як стверджує Венеційська комісія, ситуація, пов’язана із наявністю незмінюваних положень в жодному разі не домінує. Велика кількість європейських конституцій не мають будь-яких правил про незмінюваність, і багато хто з тих, які обмежують невелику частину конституції, або принципів, які є настільки розпливчастими і загальними і не окладають будь-яких фактичних обмежень. Крім того, незмінність підпадає під юрисдикцію в деяких з цих конституційних систем, які мають такі правила. В інших системах, такі положення слугують більше як політичні заяви, ніж як юридичні обмеження конституційного законодавця (п. 208 Доповіді CDL-AD(2010)001-e).

Насправді це дуже важливий момент, який демонструє відсутність універсальних підходів щодо незмінюваності на практиці. І навіть за наявності таких положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням.⁴³ Можлива також ситуація, коли відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності (згадувані вже нами приклади Індії, Колумбії тощо). Проте, виходячи із кількісних показників, навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсалізм в конституційному праві. Конкурентом незмінюваних положень у цьому розумінні може вважатися багаторівневий конституційний дизайн (в термінології Розалінда Диксон і Девіда Ландау). Крім того, значна кількість конституцій, а також практика політичних і судових органів свідчить про визнання за установчою владою досить широкого розсуду при внесенні змін до конституції.

© Г. Берченко, 2021

Bibliography

- Albert, Richard. “Constructive Unamendability in Canada and the United States.” *Supreme Court Law Review* (2014): 181–219.
- Albert, Richard. “How to Amend the Rules for Constitutional Amendments.” [In Russian.] *Sravnitel’noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 2 (2016): 64–95.

⁴¹ Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 20–21.

⁴² Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 242.

⁴³ Див.: Григорій Берченко, “Конституційний контроль за внесенням змін до конституції: зарубіжний досвід,” *Публічне право* 3 (2020): 9–16.

- Albert, Richard, and Bertil Emrah Oder, eds. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Cham: Springer, 2018.
- Barabash, Iurii. *State and Legal Conflicts in the Theory and Practice of Constitutional Law*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Pravo, 2008.
- Berchenko, Hryhorii. "Constitutional Control over Amendments to the Constitution: Foreign Experience." [In Ukrainian.] *Publichne pravo* 3 (2020): 9–16.
- Berchenko, Hryhorii. "Declaration of State Sovereignty of Ukraine and the Act of Independence in the Aspect of the Doctrine of the Constitutional Bloc." [In Ukrainian.] *Pravo ta derzhavne upravlinnya* 4 (2020): 24–30.
- Berchenko, Hryhorii. "Preamble to the Constitution: The Legal Nature and Practice of Change." [In Ukrainian.] *Prykarpats'kyi yurydychnyy visnyk* 34, no. 5 (2020): 44–48.
- CDL-AD(2010)001-e. Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e).
- Contiades, Xenophon, ed. *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. Abingdon: Routledge, 2012.
- Dixon, Rosalind, and David Landau. "Tiered Constitutional Design." *The George Washington Law Review* 86, no. 2 (2018): 438–512.
- Fraguna, Pietro. "Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience." *European Journal of Law Reform* 3 (2019): 329–44. <https://ssrn.com/abstract=3391105>.
- Hein, Michael. "Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism." *European Journal of Law Reform* 21, no. 3 (2019): 226–42.
- Hesse, Konrad. *Fundamentals of Constitutional Law of the Federal Republic of Germany*. Translated by E. A. Sidorova. [In Russian.] Moscow: Yuridicheskaya literatura, 1981.
- Roznai, Yaniv. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." PhD diss., the London School of Economics, 2014.
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Suteu, Silvia. *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Shustrov, Dmitry. "Supra-constitutional Norms in Constitutional Law." [In Russian.] *Sravnitel'noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 140, no. 1. (2021): 100–27.
- Shustrov, Dmitry. "Material Limits of Changing the Constitutions of Post-Soviet States." [In Russian.] *Sravnitel'noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 2 (2018): 86–103.
- Shustrov, Dmitry. *Constitutional Control over Amendments to the Constitution in Foreign Countries*. [In Russian.] Moscow: Jurlitinform, 2019.
- Tanchev, Eugene. "Competing Hierarchies: Constitutional Supremacy versus Supranational Rule. Report by Evgeny Tanchev. International Conference 'Application of International Treaties by Constitutional Courts and Equivalent Bodies: Challenges for Dialogue.' Batumi, September 9–10, 2015." In *Venice Commission on Constitutions, Constitutional Amendments and Constitutional Justice: A Collection of Analytical Materials of the Venice Commission of the Council of Europe*, comp. T. Ya. Khabrieva, R. A. Kurbanov, V. I. Lafitsky; ed. T. Ya. Khabrieva. [In Russian.] Moscow: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 2016.

Žalimas, Dainius. "Hierarchy of Constitutional Principles as Criteria of Constitutionality of Constitutional Amendments." In *Presentation to the XVIIth Congress of the Conference of the European Constitutional Courts "Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles," June 28-July 1, 2017, Batumi*. https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments_batumi2017.pdf.

Григорій Берченко. Загальна характеристика незмінюваних положень конституції

Анотація. У статті розглядається феномен незмінюваних положень конституції, їх еволюція, різні класифікації. Незмінювані положення розглядаються вузько – як положення, що не підлягають жодним змінам, а також як критерії (принципи), яким зміни, що вносяться, не мають суперечити. Розглядаються синонімічні поняття, що позначають незмінюваність – абсолютне закріплення, клаузула про вічність, кам'яні положення. Ідея надконституційності все ж, розглядається як відмінне від незмінюваних положень конституції явище. Стверджується, що матеріальні (змістовні, субстантивні) вимоги до внесення змін не були від початку розповсюдженими (хоч ситуація за декілька століть досить сильно змінилася). Як свідчить практика, незмінюваність може бути не лише формально встановленою в позитивному конституційному тексті. Існуючі приклади наводять нас на думку про вагомую роль суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. В цьому разі установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (для кельзенівської моделі конституційного контролю – суддів конституційного суду). Незмінювані положення самі по собі можна змінити, про що свідчать відповідні приклади з практики (хоч і поодинокі). Крім того, історія знає приклади відходу від позитивно закріплених незмінюваних положень (у випадку розриву конституційного континітету). Навіть за наявності незмінюваних положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням. Відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності. Проте навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсальність в конституційному праві.

Ключові слова: внесення змін до конституції; конституційна ідентичність; незмінювані положення; абсолютне закріплення; вічні положення; надконституційність.

Григорій Берченко. Общая характеристика неизменяемых положений конституции

Аннотация. В статье рассматривается феномен неизменяемых положений конституции, их эволюция, различные классификации. Неизменяемые положения рассматриваются узко – как положения, не подлежащие никаким изменениям, а также как критерии (принципы), которым вносимые изменения не должны противоречить. Рассматриваются синонимические понятия, обозначающие неизменяемость – абсолютное закрепление, клаузула о вечности, каменные положения. Идея надконституционности все же рассматривается как отличное от неизменяемых положений конституции явление. Утверждается, что материальные (содержательные, субстантивные) требования к внесению изменений не были изначально распространены (хотя ситуация за несколько столетий достаточно сильно изменилась). Как показывает практика, неизменяемость может быть не только формально установленной в позитивном конституционном тексте. Существующие примеры наводят нас на мысль о весомой роли судей, истолковывающих положительный конституционный текст. В этом случае учредительная власть говорит не только через положительный текст конституции, но и через судей (для кельзеновской модели конституционного контроля – судей Конституционного суда). Неизменяемые положения сами по себе

можно изменить, о чем свидетельствуют примеры из практики (хотя и единичные). Кроме того, история знает примеры ухода от положительно закрепленных неизменяемых положений (в случае разрыва конституционного континуитета). Даже при наличии неизменяемых положений может отсутствовать конкретная судебная юрисдикция по контролю за их соблюдением. Отсутствие эксплицитной неизменяемости еще не означает, что практика не сформировала имплицитные критерии неизменяемости. Однако даже вместе взятая эксплицитная и имплицитная неизменяемость пока все равно не может претендовать на универсализм в конституционном праве.

Ключевые слова: внесение изменений в конституцию; конституционная идентичность; неизменяемые положения; абсолютное закрепление; вечные положения; надконституционность.

Hryhorii Berchenko. General Characteristics of the Unamendable Norms of the Constitution

Abstract. The article considers the phenomenon of unchanging provisions of the constitution, their evolution, different classifications. Immutable provisions are considered narrowly – as provisions that are not subject to any changes, as well as criteria (principles), which the changes made should not contradict. Synonymous concepts denoting immutability are considered – absolute entrenchment, the clause of eternity, stone provisions. The idea of supra-constitutionality, however, is seen as a different phenomenon from the unchanging provisions of the constitution. It is claimed that the material (substantive, substantive) requirements for change were not common from the beginning (although the situation has changed quite a few centuries). As practice shows, immutability can be not only formally established in a positive constitutional text. Existing examples lead us to think about the important role of judges who interpret a positive constitutional text. In this case, the constituent power speaks not only through the positive text of the constitution, but also through the judges (for the Kelzen model of constitutional control – the judges of the constitutional court). The unchanging provisions themselves can be changed, as evidenced by relevant examples from practice (albeit isolated). In addition, history knows examples of departure from the positively enshrined immutable provisions (in the case of a rupture of constitutional continuity). Even if the provisions remain unchanged, there may be no specific jurisdiction to monitor compliance. The absence of explicit immutability does not mean that the practice has not formed implicit criteria of immutability. However, even combined explicit and implicit immutability can still not claim universalism in constitutional law.

Keywords: constitutional amendments; constitutional identity; absolute entrenchment; eternity clause; supra-constitutionality; unamendability.

Одержано/Received 06.12.2021