

ДЮССЕЛЬДОРФСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ГЕНРІХА ГЕЙНЕ
КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

СОКОЛОВ Е., РОСНЕР С., МЕЛЬНИК Р.

НІМЕЦЬКА МЕТОДИКА ПРАВА

Навчальний посібник

2019

УДК 340.115(430)(075)
Н67

Німецька методика права : навчальний посібник / Е. Соколов,
Н67 С. Роснер, Р. Мельник. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика»,
2019. – 136 с.

ISBN 978-966-916-836-8

У навчальному посібнику викладено основні положення німецької методики права, які стосуються роботи з юридичними казусами. Читачам пропонується ознайомитися з методами тлумачення права, правилами аналізу обставин справи та загальними положеннями робочої техніки.

Друга частина посібника знайомить читача з організацією державної влади Німеччини, зокрема з питаннями принципів демократії та органів представницької демократії, з виборчою системою та юрисдикцією Федерального конституційного суду.

Навчальний посібник розрахований як на студентів, так і на викладачів, які цікавляться практично орієнтованими методиками викладання права. Він може бути корисний також судям та адвокатам.

УДК 340.115(430)(075)

ISBN 978-966-916-836-8

© Соколов Е., Роснер С., Мельник Р., 2019

ЗМІСТ

ВСТУП.....	6
ЧАСТИНА 1. МЕТОДИКА ЮРИДИЧНОЇ РОБОТИ	10
I. Субсумпція	10
1. Вступ	10
2. Пояснення	14
а) Верхній рядок (загальна посилка)	15
б) Визначення (дефініція).....	16
с) Субсумпція (у вузькому розумінні)	17
д) Висновок.....	18
3. Експертний стиль/стиль експертного висновку	18
II. Тлумачення/інтерпретація	27
1. Історія питання	27
2. Чотири методи тлумачення	29
а) Дослівне тлумачення (граматичне)	31
б) Системне тлумачення.....	32
с) Історико-генетичне тлумачення	34
д) Телеологічне тлумачення.....	35
е) Підсумок	38
III. Аналіз обставин справи/ситуації	39
1. Обмеження сформульованими фактами	39
2. Постановка завдання та редакційна примітка	40
3. Нотатки	41
4. План/схема вирішення.....	42
5. Приклад завдання з вирішенням.....	48
IV. Робоча техніка/джерела	58
1. Судова практика.....	58
а) Значення/Загальні моменти	58
б) Місця і форми оприлюднення/джерела публікацій ...	61
2. Література	61
а) Коментарі.....	61

b) Підручники і монографії	62
c) Пам'ятні праці і довідники/посібники	63
d) Статті.....	64
3. Юридичні бази даних.....	64

**ЧАСТИНА 2. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ
ОРГАНІЗАЦІЇ/ДЕРЖАВНЕ ОРГАНІЗАЦІЙНЕ ПРАВО 66**

I. Принцип демократії 66

1. Народний суверенітет	66
a) Предметний вимір.....	67
b) Людський вимір	67
c) Часовий вимір.....	68
2. Процес пошуку і прийняття рішень	70
3. Принцип/правило більшості.....	71
a) Сприяння загальному благу	72
b) Можливість меншості стати більшістю.....	73
c) Забезпечення прав (свобод)	74
d) Відкритість до змін	75
4. Обороноздатна демократія	75

II. Органи представницької демократії 77

1. Бундестаг.....	78
a) Загальні положення.....	78
b) Завдання.....	79
c) Необхідні в умовах демократії функціональні вимоги	83
d) Статус депутатів	86
2. Бундесрат	91
3. Уряд.....	92
4. Політичні партії.....	97
a) Функції.....	97
b) Правові гарантії функціонування.....	99
c) Заборона партії.....	104

III. Виборча система і виборче право Федеративної Республіки Німеччина.....	110
1. Виборча система ФРН	110
2. Виборче право ФРН – Принципи виборчого права ..	113
3. Конкретні способи і форми творення виборчого права	118
a) Перший голос	118
b) Другий голос	120
IV. Конституційна юрисдикція.....	122
1. Роль Федерального конституційного суду	122
a) Історичне тло та поява Конституційного суду.....	123
b) Правове становище.....	124
c) Будова	126
d) Види проваджень	128
e) Ефект, чинність і обов’язкова сила рішень	131
2. Відносини із судами загальної юрисдикції	132

Вступ

Ведучи мову про сучасний стан підготовки студентів юридичних факультетів, можна часто почути, що отримані ними знання носять переважно теоретичний характер, що, як наслідок, не дає їм змоги розв'язувати практичні завдання (казуси).

Причин, які пояснюють такий стан справ у сфері юридичної освіти, доволі багато. Зокрема, наголошується на тому, що навчальні плани все ще містять велику кількість навчальних дисциплін неюридичного профілю, які абсолютно зайво переважають як викладачів, так і студентів. Існуючі підходи до навчання часто не охоплюють практичну складову, а навчальні матеріали (підручники та навчальні посібники) майже не містять прикладів із судових рішень. Попри те, що вже були випробувані нові методологічні підходи, досі відсутні відповідні навчальні матеріали; а наявні часто застарілі або абсолютно непридатні для підготовки юриста, здатного одразу після закінчення навчального закладу працювати за фахом. Отже, головна проблема, яку дедалі більше усвідомлюють університети – це відсутність у навчанні чітких та зрозумілих методик вирішення юридичних справ (казусів), опанування яких є головним завданням студента-юриста.

Численні заходи, які проводилися у співпраці з українськими викладачами, засвідчили значний інтерес у переорієнтації юридичної освіти на нову методологію викладання. Під цим розуміється не вивчення різних теорій і методологій або принципів методології як такої, а бачення юриспруденції як науки прийняття рішень. У процесі навчання необхідно опанувати відповідний інструментарій, за допомогою якого на практиці можна буде вирішити будь-який правовий спір. Тільки таким чином підготовлений випускник знайде свій шлях у невідомій для нього раніше галузі права. Цього можна досягти лише тоді, коли важливі питання в різних галузях права розглядатимуться крізь призму однієї (єдиної) методології.

Тлумачення

Закони та інші нормативні акти наповнені численними відносно визначеними юридичними термінами та містять різноманітні застереження, що дає можливість неоднозначного тлумачення змісту. З огляду на це юридичні рішення ніколи не будуть об'єктивно правильними, тобто заснованими на доказах у математичному сенсі. Частина рішення завжди буде присвячена оцінці обставин справи. Для того, щоб ці рішення були повністю прийнятними та максимально об'єктивними, мають існувати загальноприйняті правила їх прийняття. Однакове застосування відповідних правил у всіх необхідних випадках робить право зручним для використання, прозорим та передбачуваним. Тому, коли йдеться про прагнення розрізнити правильне і неправильне в межах застосування права, потрібні конкретні критерії¹. Іншими словами, має існувати єдиний, визнаний усіма метод застосування права. Під методом у даному випадку розуміється шлях від абстрактного права до конкретного правового рішення, що, поміж іншим, досягається шляхом тлумачення правових норм. Цьому аспекту у даній книзі буде присвячено належну увагу.

Методика вирішення спорів та необхідність прийняття рішення

Під час викладання в університеті (особливо коли за мету ставиться підготовка студентів до практичної роботи) необхідно мати на увазі наступне: юрист, приймаючи рішення, обмежений двома вимогами. Це, по-перше, його вміння знаходити правильне вирішення юридичного спору та, по-друге, врахування всіх істотних аспектів справи в ході прийняття такого рішення.

¹ Pawlowski H.-M., Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000, Rn. 4.

Незважаючи на те, що процес прийняття рішення ускладнюється обмеженим часом та наявною інформацією, існує необхідність обов'язково прийняти рішення. Суддя не може відмовитись від вирішення справи з огляду на те, що він не знає правильного рішення, на відміну від вченого, який може досліджувати юридично актуальну проблему місяцями або роками, зрештою, написавши про це статтю або книгу. Суддя відповідає за винесення рішення у відносно короткий термін, так само як і адвокати, що знаходяться під постійним тиском часу і повинні швидко знайти найкраще рішення для своїх клієнтів. Задля цього необхідно дослідити справу у всіх її аспектах, щоб мати можливість знайти найбільш вигідне (правильне) рішення для клієнта.

Найбільш надійний спосіб працювати швидко та водночас послідовно, враховуючі усі необхідні деталі справи – це використовувати експертний метод. Експертна оцінка справи має важливе значення для всіх юридичних професій.

Отже, юридична експертна оцінка є центральним аспектом цього посібника. Всі процеси, починаючи від першого ознайомлення із обставинами справи, перших міркувань про можливе рішення та закінчуючи підготовкою ескізу рішення і, нарешті, формулювання самого експертного висновку, представлені за допомогою прикладів.

Оскільки юридичне рішення не може претендувати на математичну коректність, воно повинно бути чітко обґрунтоване задля того, щоб змусити сторони його «прийняти». Тому вагоме значення в даному контексті має влучність формулювання аргументів і знайденого результату. Звідси робимо висновок, що юриспруденція є також ораторською дисципліною.

Методи роботи

Задля того, щоб віднайти правильне рішення у справі, юрист повинен опанувати різноманітні інструменти своєї роботи. Серед

них: правові коментарі, монографії, підручники, наукові статті, судова практика, що можуть та повинні бути використані для пошуку правової інформації або вирішення справи. Роботу із відповідними джерелами студентам слід інтенсивно опановувати вже під час навчання. Ця книга містить розділ, у якому детально демонструється, яке значення мають методи роботи із такими матеріалами та можливості їх застосування.

Матеріальна частина

Представлений вашій увазі посібник містить матеріал, що стосується матеріально-правової частини державного права, тобто відносин, які виникають по суті. Посібник було створено з урахуванням змін, що відбулися в цій галузі. Завдання авторів – надати читачу загальну концепцію вирішення спорів, у рамках якої можна безпосередньо отримати теоретичні та методологічні знання.

Мета посібника

Ця книга насамперед орієнтована на викладачів, які зацікавлені в реалізації юридичних методик під час своїх занять. Посібник дає змогу ознайомитись не лише із традиційними німецькими методиками та способами опрацювання навчального матеріалу, а й пропонує вправи, що орієнтовані на практику та ознайомлюють студентів із юридичною технікою вирішення спорів.

Будемо раді почути Ваші пропозиції та коментарі.

Висловлюємо окрему подяку Німецькій службі академічних обмінів (DAAD) за фінансування розробки та видання цієї книги.

Частина 1

Методика юридичної роботи

I. Субсумпція

1. Вступ

Поняття субсумпції походить з латини і означає підпорядкування видового поняття родовому. У правовій науці це відбувається в контексті правозастосування, коли має місце мисленнєве підпорядкування життєвих фактів (видове поняття) певній юридичній нормі (родове поняття). Закони є абстрактними і сформульовані в такий спосіб, щоб їх можна було застосувати до невизначеної кількості випадків і причетних осіб. Власне, тому і говорять, що вони містять **абстрактно-загальні правила**². Юристи повинні застосовувати ці норми (абстрактно-загальні правила) до конкретних випадків, вирішуючи у такий спосіб юридичні справи (ситуації). У даному випадку якраз і йдеться про підпорядкування *конкретної сукупності фактів/обставин відповідній абстрактно сформульованій нормі (субсумпцію)* або, іншими словами, про перевірку, чи має закон бути застосований до конкретного випадку/сукупності обставин. Якщо, наприклад, у певній нормі права згадується про річ у розумінні § 90 Цивільного кодексу Німеччини, то цей припис може бути застосованим лише у разі, якщо в обставинах справи буде присутня саме річ.

Приклад: «А» має книгу. Чи поширюється дія § 90 Цивільного кодексу Німеччини на дані обставини справи?

Щоб відповісти на це питання, сукупність обставин «А» має книгу» має бути субсумована, тобто підведена під відповідну норму закону, а саме під § 90 Цивільного кодексу Німеччини.

² Див. нижче в частині 1, пункт III.1.

Субсумпція відбувається не шляхом довільної аргументації, а за допомогою **чотирьох методичних і хронологічних кроків**.

1. Першим кроком буде постановка відповідних вступних запитань у *верхньому рядку (загальна посилка)* логічного силогізму.

Верхній рядок: «Для того, щоб можна було застосувати § 90 Цивільного кодексу Німеччини, книга повинна бути річчю» або «Цілком можливо, що книга – це річ».

§ 90 Цивільного кодексу Німеччини. Поняття речі

Речами в розумінні цього Закону є лише тілесні предмети/фізичні тіла.

2. Другий крок – *дефініція*, у межах якого необхідно пояснити, що саме мається на увазі під поняттям (у даному випадку таким поняттям є «річ»), яке перевіряється (досліджується).

Визначення: Річ є фізичним тілом/предметом.

3. Третій крок передбачає перевірку, чи підпадають фактичні обставини справи під наведене вище визначення (власне *субсумпція*).

Субсумпція (нижній рядок): Книга є фізичним тілом/предметом.

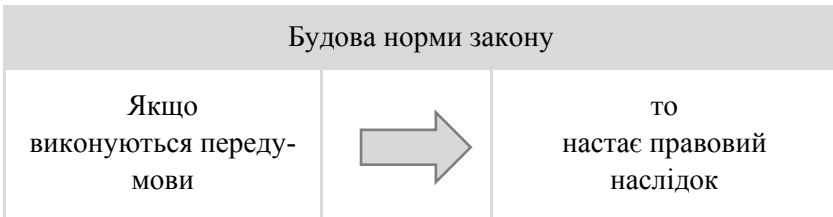
4. Останнім кроком є висновок або результат, який містить логічний наслідок, що впливає із кроків два і три.

Результат: Книга є річчю. Отже, § 90 Цивільного кодексу Німеччини застосовується до описаної фактичної ситуації.

Результат – це лише фіксація переконливого логічного висновку: Речі (А) є фізичними тілами/предметами (В). Книги (С) є фізичними тілами/предметами (В).

Це виражається такими рівняннями: $A = B$ і $B = C$. Звідси можна зробити висновок, що $A = C$.

Дана техніка субсумпції може бути застосована рівною мірою в усіх галузях права і на всіх його рівнях. Переваги такої техніки добре помітні, якщо звернути увагу на будову законів.



Закони, як правило, складаються з частини, яка починається сполучником *якщо* (сукупності передумов або, іншими словами, юридичного складу) і частини, яка починається сполучником *то* (правового наслідку). Якщо передумови виконано, настає правовий наслідок. Правозастосування, зрештою, й полягає у знаходженні описаних вище зв'язків: щоб дізнатися, чи настає правовий наслідок, передусім необхідно перевірити, чи виконані для цього усі передумови.

Наступний **приклад** із кримінального права ще раз це ілюструє:

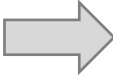
Обставини справи: «А» б'є «В» ключкою для гольфа по голові. «В» одержує болючу й криваву рвану рану. Чи має «А» бути притягнений до відповідальності, згідно з § 223 Кримінального кодексу Німеччини за вчинені дії?

§ 223 Кримінального кодексу Німеччини. Тілесне ушкодження.

(1) Той, хто завдає іншому тілесні ушкодження або шкоди здоров'ю, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі до 5 років або грошового штрафу.

(2) ...

Будова норми § 223 Кримінального кодексу Німеччини

якщо тілесні ушкодження або шкода здоров'ю		то позбавлення волі до 5 років або грошовий штраф
--	---	---

Вирішення:

Верхній рядок (загальна посилка):

«А» може (припущення), відповідно до § 223, абз. 1 Кримінального кодексу Німеччини, підлягати кримінальному покаранню, оскільки він вдарив ключкою для гольфа по голові «В». Він буде притягнутий до кримінальної відповідальності у разі завдання іншій особі **тілесного ушкодження (а)** або **шкоди здоров'ю (б)**.

Визначення:

а) Тілесним ушкодженням є будь-яке неприпустиме поведіння, яке тягне за собою більш ніж незначне погіршення фізичного самопочуття або фізичної недоторканності;

б) Шкода здоров'ю проявляється у спричиненні або погіршенні (тимчасово) патологічного стану здоров'я.

Субсумпція:

Щодо а): «В» зазнав унаслідок удару ключкою для гольфа, якого завдав «А», значного болю, а також отримав велику й криваву рвану рану. Таким чином, його фізичний стан і фізична недоторканність зазнали несприятливого/шкідливого впливу.

Щодо б): Рвана рана на тілі «В» являє собою патологію, відхилення від нормального стану здоров'я. Таким чином, відбулось погіршення стану здоров'я «В».

Висновок:

«А» завдав «В» і тілесне ушкодження, і спричинив погіршення стану його здоров'я. Отже, відповідно до § 223, абз. 1 Кримінального кодексу Німеччини, він має понести відповідальність³.

2. Пояснення

Техніка субсумпції, яку в ширшому розумінні називають ще експертним стилем⁴, є не лише і не стільки стилістичним засобом або особливим видом мови, за допомогою якого юриспруденція намагається виділитися серед інших дисциплін, скільки вона (техніка) виступає предметом правознавства, демонструючи його призначення встановлювати (шукати) справедливе й обґрунтоване рішення.

Юристи повинні вирішувати спори/вирішувати справи. Це означає, що вони мають приймати рішення щодо порушених

³ Власне суб'єктивний склад, який ще вимагає перевірки, а також протиправність і наявність вини тут з дидактичних міркувань винесено за дужки.

⁴ Щодо цього детальніше див. у частині 1, абз. II, п. 3.

юридичних питань. При цьому такі рішення будуть юридично релевантними лише в тому випадку, коли прийматимуться в межах, визначених правом. Таким чином, техніка субсумпції призначена для того, щоб встановити відповідність (взаємну) між обставинами конкретної справи та правовою нормою, сприяючи тим самим вирішенню справи відповідно до вимог закону. Дотримання описаних вище чотирьох кроків забезпечує прозорість ухваленого рішення і, таким чином, його переконливість (зрозумілість). Структурування відповіді (покрокове), серед іншого, полегшує і самоконтроль у процесі вирішення справи:

а) Верхній рядок (загальна посилка)

На перший погляд, може здатися, що **верхньому рядку** приділено надмірну увагу, однак це пояснюється важливою функцією, яка виконується завдяки цьому кроку. Для того, щоб (правильно) це зрозуміти, треба чітко усвідомити його завдання.

Для вирішення спору необхідною є конкретизація значення норм чи понять, які в них містяться. Лише в незначній кількості випадків вимагається максимально повний аналіз усіх правовідносин і питань, які стосуються конкретної ситуації. Як правило, через постановку конкретного завдання на іспиті відбувається (більш-менш) конкретизація рішення, а відтак і тієї відповіді, яка вимагається і очікується від студента. Під час формулювання верхнього рядка студент повинен чітко розуміти, що саме йому необхідно перевірити. Це стосується як усього завдання, так і окремих запитань, які виникають у ході складання іспиту (вирішення казусу). Інакше кажучи, вже аналіз верхнього рядка дозволяє зрозуміти, чи дав студент відповідь на правове запитання, яке було поставлене перед ним у завданні. Таким чином, для самого студента допомогою буде його власна здатність структуровано шукати відповідь на безліч конкретних правових питань, яка вбереже його від усіляких вигадок та намагання в хаотичному порядку дати відповіді на всі питання одночасно. Верхній рядок

набуває, таким чином, свого роду фільтраційної функції, яке сприяє виключенню з юридичного аналізу нерелевантних юридичних запитань. Усе це з'ясовується на етапі попереднього розгляду. Відповідно, у верхній рядок включається лише те, що є абсолютно необхідним для відповіді на поставлене запитання.

b) Визначення (дефініція)

На етапі формулювання **визначення (дефініції)** перед студентом постає виклик, пов'язаний із необхідністю вичленити зі змісту абстрактно і загально сформульованого правила таке (визначення), яке можна було б застосувати до конкретної ситуації. При цьому, однак, сформульоване визначення має залишатися достатньо абстрактним, що забезпечить можливість його застосування не лише до одного, але і до інших (подібних) випадків. Таким чином, відповідь на запитання про те, чи можна підвести (узгодити) факти в конкретному випадку (індивідуальні обставини) під абстрактно сформульовані ознаки норми, впливає з тлумачення і, таким чином, із правильного розуміння цих ознак норми права. Тому субсумпція неможлива без попередньої дефініції (визначення). При цьому, однак, треба утримуватися від визначення (встановлення) тих аспектів (понять), які не є необхідними для пошуку відповіді на поставлене правове питання. До уваги має братися та аналізуватися лише те, що є необхідним для пошуку відповіді. Таким чином, визначення (дефініція) – це не довільне розмірковування на задану тему, а чіткий і загальний її опис. Для багатьох юридичних категорій із часом у законодавстві та літературі з'явилися однозначні й чіткі визначення (дефініції), які можуть бути для цього використані. Проте запам'ятовування таких визначень не є доцільним з огляду на їх велику кількість. З іншого боку, студенти юридичного факультету в процесі навчання мають і самі формулювати юридичні визначення (дефініції), адже правозастосування без цього неможливе. При цьому, однак, завжди слід мати на увазі, що визначення має

складатися з опису загально-абстрактних ознак. Тому перелік відповідних прикладів дефініцією бути не може. Приклади здебільшого можуть слугувати лише ілюстрацією змісту дефініції, але не підмінювати її.

с) Субсумпція (у вузькому розумінні)

За результатами **субсумпції** можна зробити висновок, чи відповідає сукупність фактів (обставин справи) нормативно встановленим ознакам, тобто охоплена або ні вона відповідною нормою. Проте перед цим потрібно повно та всебічно дослідити наявні факти. При цьому важливо відфільтрувати зайві з них, залишивши, як наслідок, лише ті, що мають значення для субсумпції. Відповідно, ті аспекти дійсності, які не допомагають сформулювати відповідь на початкове запитання верхнього рядка силогізму, не повинні аналізуватися. При цьому недостатнім буде висновок про те, що наявні у визначенні/дефініції передумови існують насправді. Такий підхід не є субсумпцією і не матиме ані значення, ані цінності. Натомість, матиме місце лише просте відтворення відповідних фактичних обставин власними словами. Вказане, однак, не виключає можливості цитування конкретних формулювань, якщо це є необхідним для виконання поставленого завдання. Якісну ж субсумпцію вирізняє той факт, що студент вже на підставі ознайомлення із запитанням може виокремити для себе найбільш важливі аспекти ситуації без необхідності читати все завдання справи.

Таким чином, у наведеному вище прикладі під час формулювання дефініції було б помилкою написати: «Згідно з описом фактичних обставин справи, «А» завдав «В» тілесного ушкодження». Цього не зазначено в умовах справи. Відповідно, висновок про те, що у даному випадку має місце тілесне ушкодження, може бути лише результатом зіставлення дефініції (тілесним ушкодженням є будь-яке неприпустиме поводження, яке тягне за собою більш ніж незначне погіршення фізичного самопочуття або

фізичної недоторканності) та інформації, що міститься в описі обставин справи («В» одержав болючу і криваву рвану рану). Відомості, виокремлені з опису фактів/обставин справи, мають бути згаданими у відповіді для того, щоб зроблений висновок виглядав правдоподібним. В іншому випадку вирішення полягатиме у твердженні про те, що передумови цих дефініцій виконані.

Узагальнення під час здійснення субсумпції не допускаються. Відповідь на питання про те, чи наявні ті або інші ознаки, завжди стосується кожного конкретного випадку. У зв'язку із цим не рекомендується у подібних, але не тотожних випадках без перевірки робити висновок про тотожність відповіді. Такий підхід не лише не дозволить отримати високу оцінку, оскільки під час перевірки рішення екзаменатор буде виставляти пункти за кожний правильний крок, але й неодмінно призведе до хибної відповіді, тому що поза увагою студента залишаться особливі деталі, сформульовані в конкретному (а не аналогічному) завданні.

d) Висновок

Якщо визначення сформульовано коректно, то наслідком відповідної субсумпції стане правильний результат. Студенту залишиться лише стисло описати зроблений ним логічний висновок. Навіть якщо результат є очевидним, його все одно треба чітко сформулювати і записати, адже висновок – це відповідь на поставлене запитання.

Таким чином, описані вище чотири кроки є логічно обов'язковими. Відхилення чи ухилення від них поставитиме правильність виконання завдання під сумнів, оскільки відповідь буде не обґрунтованою, а спекулятивною.

3. Експертний стиль/стиль експертного висновку

Згаданий вище експертний стиль, який студенти вчаться опанувати з першого семестру, відображає техніку субсумпції

загалом. Він відрізняється від **стилю судового рішення** тим, що висновок/результат не наводиться на самому початку, а формулюється в кінці рішення, як результат необхідних та послідовних логічних кроків. У судовому ж рішенні навпаки, спочатку робиться остаточний висновок, наприклад засудження чи виправдання обвинуваченого або накладення зобов'язання на відповідача чи відмова у задоволенні вимог позову, і лише після цього подається необхідне обґрунтування прийнятого рішення. Експертний стиль використовується також і у випадках, коли виникає необхідність давати відповіді на окремі питання. Тобто спочатку автор дає відповідь на проміжні запитання, а потім у кінці формулює загальний висновок.

Експертний стиль, натомість, вимагає чіткого дотримання описаних вище чотирьох кроків. Спочатку має бути сформульоване питання, потім надається визначення, після цього відбувається субсумування обставин, і лише після цього можна сформулювати кінцевий висновок. Ця послідовність відображається і в стилі мови. Стиль **судового рішення** характеризується словами «тому що», «оскільки». Проте цих слів слід уникати в експертному стилі. Вони є індикаторами порушення правильності техніки субсумпції. Ця техніка вимагає використання таких слів і зворотів, як «тому», «з цього випливає, що», «внаслідок цього», «таким чином» чи подібних до них. Дані слова та звороти означають, що наступні висновки засновані на чомусь, що їм передує, а саме на перевірці передумов для відповідного висновку. Тобто тут йдеться ні про що інше, як про дефініцію і субсумпцію, які стають наслідком попередньо поставленого питання. Отже, експертний стиль спочатку вимагає наведення доказів, і лише після цього – формулювання заснованого на них, і, таким чином, переконливого і логічного, висновку/результату. Щоб підкреслити це, у верхньому рядку (загальній посилці) часто використовується умовний спосіб: «Те, що повинно бути перевірено, досі є неясним, тому стверджувати це

було б неправильним, помилковим». Такі формулювання, як: «Ця дія може являти собою адміністративний акт» виражають потребу перевірити і довести наявність відповідного факту. Вступ зі словами «Сумнівним/питальним є те, що [...]» може підкреслити, що предмет подальшої перевірки є неоднозначним і тому вимагає детального аналізу.

Важливе значення для розуміння експертного стилю і техніки субсумпції має усвідомлення того, що під час виконання завдань на іспитах ці чотири кроки використовуються як на макро-, так і мікрорівні. Це означає, що їх можна застосовувати як до основного, загального питання іспиту, так і до конкретних детальних/часткових питань, які постають на шляху до рішення.

Приклад:

Завдання: Чи має позов шанси на успіх?

Верхній рядок (загальна посилка): Необхідно визначитися з тим, чи має позов шанси на успіх.

Визначення/дефініція: Позов має шанси на успіх, якщо він є допустимим/прийнятним і обґрунтованим.

Субсумпція: Усі передумови допустимості/прийнятності та обґрунтованості позову виконані. Таким чином, позов є допустимим/прийнятним і обґрунтованим.

(Загальний) результат/висновок: З цього випливає, що позов має шанси на успіх.

Наведений вище приклад демонструє чотири етапи виконання завдання на макрорівні. На цьому рівні встановлюється загальний результат, який, у кінцевому рахунку, слугує для формулювання відповіді на загальне питання іспиту. Цього результату самого по собі, звичайно, недостатньо для складання іспиту, оскільки

необхідними є подальші роз'яснення та окремі кроки, які й приведуть до формулювання вичерпної кінцевої відповіді:

Верхній рядок / загальна посилка: Необхідно перевірити, чи є у позову шанси на успіх.

Визначення / дефініція: Позов має шанси на успіх, якщо він є допустимим/прийнятним і обґрунтованим.

Субсумпція: Висновок, що дефініція/визначення, у свою чергу, містить ознаки, які потребують розкриття й уточнення їхнього змісту, таким чином, це означає, що безпосередня субсумпція є неможливою (*це не слід писати у вирішенні, оскільки тут маємо лише обмірковування подальших дій*).

Перша умова – допустимість

Верхній рядок: Запитується, чи подання позову є допустимим.

Визначення / дефініція: Позов є допустимим, якщо виконано передумови 1, 2, 3 і 4.

Субсумпція: (*як вище, обмірковування і висновок*).

Перша передумова

Верхній рядок: По-перше, має бути виконана передумова 1.

Визначення / дефініція: Передумова 1 виконана, якщо ...

Субсумпція

Висновок / результат: Таким чином, передумова 1 виконана.

Друга передумова (як для передумови 1).

Третя передумова (як для передумови 1).

Четверта передумова (як для передумови 1).

Проміжний висновок: Передумови 1–4 виконано.

Висновок: Позов є допустимим.

Друга умова – обґрунтованість

Верхній рядок: По-друге, слід перевірити обґрунтованість позову.

Визначення / дефініція: Позов є обґрунтованим, якщо виконані передумови 1, 2,

Субсумпція: (Як вище, обмірковування і висновок).

Перша передумова

Верхній рядок: По-друге, має бути виконана передумова 1.

Визначення / дефініція (...).

Субсумпція:

Висновок / результат.

Друга передумова (Як для передумови 1).

Проміжний висновок: Передумови 1– ... виконано.

Висновок: Позов є обґрунтованим.

Підсумок / результат: Позов є допустимим і обґрунтованим і, таким чином, підлягає задоволенню.

Під час виконання завдання на іспиті ці чотири кроки доводиться повторювати дуже часто. Схема, додана в наведений вище приклад, ілюструє проведення перевірки на декількох рівнях. Для того, аби відповісти на поставлене на самому початку запитання на поточному рівні, необхідно сформулювати відповідне визначення. Якщо це визначення, у свою чергу, включає в себе поняття, які потребують подальшого чи додаткового уточнення/опрацювання, вони зумовлюють появу наступного рівня, на якому, у свою чергу, треба надати ці додаткові чи подальші уточнення через відповідні дефініції, які

згодом субсумуються, щоб отримати проміжний результат, а це, у свою чергу, дає змогу відповісти на запитання попереднього рівня. Така послідовність кроків має повторюватись окремо для кожної передумови, що міститься у відповідній нормі закону чи в наступній дефініції. Залежно від рівня складності завдання може виникати скільки завгодно таких рівнів. Важливо при цьому діяти точно і фіксувати на відповідному рівні проміжний результат, щоб на попередньому рівні використати його для відповіді та продовжити виконувати завдання. Юридична робота, таким чином, показує свою близькість до математичних іспитів, але нагадує також інформатику. Перевага цього системного методу полягає в тому, що він суттєво зменшує кількість помилок. Якщо систематично і послідовно перевіряти наявність однієї передумови за іншою, при цьому аналізуючи в цьому контексті всю сукупність обставин справи і наявних фактів, можна знизити ризик втратити з поля зору окрему обставину чи факт або забути щось важливе. Така перевірка завдяки її прозорості та логічному підходу є достатньо переконливою.

Наступний класичний приклад з адміністративного права має це наочно продемонструвати.

Приклад

Справа: працівник Служби правопорядку «О» міста «М» наказує артисту «А» залишити ринкову площу, оскільки той не має дозволу на діяльність, пов'язану з організацією музичних виступів.

1. Завдання: Чи є дії «О» предметом регулювання публічного права?

2. Завдання: Чи є розпорядження залишити ринкову площу адміністративним актом?

Частина 1:

Верхній рядок: Дії «О» можуть належати до предмета регулювання публічного права.

Визначення: Певні дії повинні бути класифіковані як такі, що належать до предмета регулювання публічного права, у випадку коли норма, на підставі якої має бути врегульовано спір або вирішено справу, уповноважує чи зобов'язує до певних дій виключно носія владних повноважень як такого.

Субсумпція: «О» наказує «А» залишити ринкову площу. Правовою підставою для таких дій виступає положення речення першого § 22 Закону про дороги і шляхи Землі Північний Рейн-Вестфалія, де визначено, що Служба правопорядку міста (див. § 17, § 22, речення 1, § 56 названого закону) має вживати необхідні заходи для припинення недозволеного користування дорогами і шляхами. Таким чином, наведена норма уповноважує на прийняття відповідних розпоряджень виключно носія владних повноважень – працівника Служби правопорядку.

Висновок / результат: Дії «О» є публічно-правовими.

Частина / завдання 2:

Верхній рядок: Розпорядження «О» про залишення ринкової площі артистом «А» може бути адміністративним актом.

Визначення: Адміністративним актом є будь-який **владний захід органу влади**, вжитий з метою врегулювання **окремого (конкретного)** випадку у сфері публічного права, що тягне за собою **юридичні наслідки зовнішнього** характеру (див. § 35, речення 1 Закону про адміністративні процедури Землі Північний Рейн-Вестфалія).

Субсумпція: Оскільки дефініція сама містить невизначені правові поняття, то це не дозволяє одразу зробити пряму субсумпцію. Таким чином, для того, щоб зробити висновок, чи є розпорядження адміністративним актом, необхідно проаналізувати усі ознаки, властиві адміністративному акту, та встановити, чи мають

вони місце у даному випадку щодо розпорядження (це не слід писати у вирішенні, оскільки маємо лише обмірковування подальших дій).

Ознака 1: Владний характер (заходу)

Верхній рядок: Наказ про залишення площі повинен мати владний характер.

Визначення / дефініція: Владною є дія, яка в односторонньому порядку визначає чи встановлює право, тобто не потребує співпраці чи згоди адресата.

Субсумпція: Розпорядження про залишення ринкової площі, адресоване «А», видається самостійно (в односторонньому порядку) працівником «О» Служби правопорядку без погодження його змісту з «А».

Висновок / результат: Таким чином, має місце владна/суверенна дія.

Ознака 2: Захід / дія

Верхній рядок: Повинен мати місце певний захід.

Визначення: Захід – це будь-яка дія, яка містить певне волевиявлення.

Субсумпція: Розпорядження про залишення ринкової площі містить волевиявлення працівника «О» Служби правопорядку, яке зводиться до роз'яснення «А» необхідності вчинити певні дії.

Висновок/результат: Розпорядження про залишення ринкової площі є заходом.

Ознака 3: Орган влади

Верхній рядок: Крім того, захід має бути вчинено органом влади.

Визначення: Органом влади є будь-яка установа, що виконує завдання публічного управління/виконавчої влади

(див. § 1, абзац 2 Закону про адміністративні процедури Землі Північний Рейн-Вестфалія.

Субсумпція: Працівник «О» Служби правопорядку діє, щоб запобігти подальшому використанню ринкової площі без дозволу. Разом із тим його дії спрямовані на відвернення загроз. Таким чином, він виконує завдання публічної адміністрації.

Результат/висновок: Мають місце заходи належного органу.

Ознака 4: Регулювання [...]

Ознака 5: Окремий випадок [...]

Ознака 6: У сфері публічного права [...]

Ознака 7: Юридичні наслідки зовнішнього характеру [...]

Усі передумови, встановлені в § 35, реченні 1 Закону про адміністративні процедури Землі Північний Рейн-Вестфалія, мають місце (виконані).

Результат/висновок: Розпорядження «О» про залишення ринкової площі артистом «А», таким чином, є адміністративним актом, за змістом § 35, речення 1 Закону про адміністративні процедури Землі Північний Рейн – Вестфалія.

Відшукування чи конструювання визначень/дефініцій є обов'язковим результатом роботи юристів. Частину потрібних юристові визначень дає сам законодавець (це так звані легальні дефініції). Крім того, ті або інші визначення можна знайти в науковій літературі з права або у судових рішеннях, чи сформулювати їх самостійно, виходячи з практики правозастосування.

Набагато важче (порівняно з визначеннями термінів, явищ) дати визначення принципам, сформульованим у законі. Це пов'язано з тим, що принцип іноді дуже важко або взагалі неможливо визначити (сформулювати його визначення), хоча (для потреб правозастосування) вони вимагають своєї конкретизації. Принципи опосередковують собою відповідні цінності та цілі.

Якщо в юридичному спорі заходить мова про принципи, їх необхідно враховувати. Проте сформулювати універсальне об'єктивне визначення принципу, яке підходило б до усіх випадків, неможливо. Абстрактне значення і цінність принципу повинні визначатися для кожного індивідуального випадку. Якщо йдеться саме про порушення конкретного принципу, то під час тлумачення/загального аналізу необхідно пояснити, яке саме розуміння принципу необхідно брати до уваги.

Прикладом принципу може слугувати принцип демократії / демократичності, передбачений у статті 20, абзац 1 Конституції Німеччини. Для того, щоб застосувати цей принцип, йому слід надати формального значення, як це, серед іншого, має місце в Законі про федеральні вибори. Положення Закону про федеральні вибори можуть бути далі знову перевірені на відповідність принципу демократії.

II. Тлумачення/інтерпретація

1. Історія питання

Незважаючи на те, що законодавець володіє широкими фаховими знаннями, має великий досвід, може залучати до розроблення законів експертів, усе це ніколи не допоможе йому передбачити в законі усі особливості його (закону) майбутнього застосування. Суспільство змінюється, змінюються й цінності, ми живемо в час постійного технічного прогресу. Тому сьогодні просто неможливо передбачити, що буде відбуватися завтра. Коли декілька десятиріч тому законодавець вів мову про телефонний зв'язок, він не мав ані найменшого уявлення про те, що колись з'являться мобільні телефони та Інтернет, які матимуть панівне становище в медійному світі. Усе це призводить до того, що в законі виникають ненавмисні прогалини/нерегульовані сфери, які залишаються поза увагою законодавця на етапі підготовки та видання закону.

Законодавець знає про цю проблему і тому навмисно формулює закони абстрактно, використовуючи загальні, відкриті положення (категорії).

Екскурс. Що таке закон?

Закон – це **абстрактно-загальне** правило. «Абстрактно» тут означає, що закон регулює невизначену кількість випадків і справ/спорів, які охоплені його регулюванням, а «загально», – що його дія поширюється на невизначене коло адресатів відповідного правила.

Якщо, наприклад, орган підтримання порядку зобов'язує «А» сьогодні прибрати лопатою сніг біля свого будинку, то йдеться про конкретно-індивідуальний захід. Він стосується лише «А» і лише одного випадку, який має місце в конкретний день. Якщо ж територіальна громада міста у своєму статуті передбачить, що, кожного разу, коли випадає сніг, мешканці міста зобов'язані прибирати його самостійно, то в цьому випадку мова буде йти про **абстрактно-загальне правило**, тобто про закон у матеріальному розумінні, оскільки його положенням охоплюються невизначене коло адресатів і невизначена кількість випадків.

Для того, щоб мати можливість за допомогою закону регулювати невизначену кількість випадків, законодавець у нормативних актах використовує невизначені юридичні поняття. Таким, наприклад, є термін «добрі звичаї», вживаний у § 138, абзаци 1 Цивільного кодексу Німеччини, який (термін) може бути інтерпретовано та застосовано до абсолютно різних ситуацій. У кримінальному праві аналогічну функцію виконує категорія «небезпечне знаряддя», яка згадується у § 224, абзаци 1 пункту 2 Кримінального кодексу Німеччини. У межах відповідної кримінальної справи ця категорія має бути конкретизована суб'єктом правозастосування, оскільки, якщо до жертви злочину застосовується небезпечне знаряддя, то це є підставою для більш суворого покарання злочинця. Це означає, що використання невизначеного правового поняття «небезпечне знаряддя» звільняє

законодавця він необхідності перераховувати в статті кримінального закону усі можливі види зброї, користування якими під час вчинення злочину виступатиме обтяжуючою обставиною.

Таким чином, у подібних до описаної вище ситуації вирішення казусу відбувається не безпосередньо на підставі закону, а стає наслідком інтелектуальної діяльності, де спочатку необхідно визначитися зі змістом категорій «добрий звичай» або «небезпечне знаряддя», а після цього перейти до субсумпції. Таким чином, правозастосування в межах конкретних справ і становить собою основний зміст професійної діяльності юриста.

Юриспруденція як наука, на відміну від природничих наук, не створює точні й безсумнівні знання. Неконституційність закону, наприклад, не може бути доведена за допомогою таких самих доказів, які застосовуються до аналізу природних законів⁵. Тому, якщо хтось забажає відшукати різницю між правильним і хибним у процесі правозастосування, йому для цього знадобляться певні (спеціальні) критерії.

Для цього в нагоді стане методологія правозастосування, яка являє собою пошук шляху від абстрактного права до конкретного правового рішення. Як саме повинен відбуватись цей процес, визначає загальна правова методика. Лише за допомогою чітко структурованої і раціональної інтелектуальної діяльності можна досягти прозорості й зрозумілості ухваленого рішення, забезпечити умови для його перевірки, та, нарешті, гарантувати його визнання учасниками юридичної справи. Як слід розуміти й тлумачити норму права? Відповідь на дане питання є метою цього розділу, тобто далі будемо говорити про **тлумачення** правових норм.

2. Чотири методи тлумачення

Значний внесок у розвиток методів тлумачення зробив *Фрідріх Карл фон Савіньї*. Він визначив тлумачення так: «Це реконструкція

⁵ *H. Sauer*, in: *J. Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013. – S. 172.

притаманної закону думки»⁶. Отже, йдеться про дослідження і відтворення того, що, виходячи зі здорового глузду, мав на увазі законодавчий орган. Запропоновані *Савінні* методи тлумачення отримали такий рівень визнання, що їх навіть було закріплено на законодавчому рівні в Італії⁷, Австрії⁸ та Швейцарії⁹. Це є правильним і важливим. Закон і, зрештою, будь-який юридичний текст завжди є обмеженим порівняно з необмеженими випадками і можливостями життя. Тому необхідним є розширення способів прочитання (розуміння) закону, оскільки таке розширення збільшує можливості відшукування адекватної відповіді на нові виклики. Проте надмірна різноманітність можливих відповідей може також призвести до невизначеності – яка ж із можливих альтернатив є правильною.

Приклад справи

На одному з озер, де дозволено купатися, існує заборона щодо перебування біля нього собак та інших домашніх тварин. До озера прийшов поплавати чоловік із тигром. Чи підпадає ця ситуація під встановлену заборону?

На перший погляд, не виникає жодного сумніву в тому, що приводити тигрів теж заборонено. Однак дослівне формулювання норми такої заборони не містить. Для того, щоб рішення не допускати на територію особу з тигром було правомірним, воно має впливати із закону. Для цього юрист повинен розтлумачити норму й перевірити, чи охоплюються її змістом тигри та інші дикі тварини.¹⁰

⁶ *F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I, 1840. – S. 213.*

⁷ Стаття 12 *Codice Civile*.

⁸ §§ 6, 7 *ABGB*.

⁹ Стаття *IZGB*.

¹⁰ Приклад наведено за: *M. Morlok, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriffe der Juristischen Methodenlehre, 2012, S. 192.*

a) Дослівне тлумачення (граматичне)

Першим методом є дослівне тлумачення, також відоме як «граматичне тлумачення». Текст передає/транспортує обов'язкові вимоги законодавчого органу, тому будь-яке тлумачення має починатися з аналізу дослівного формулювання. Дослівний зміст є вихідним пунктом і, таким чином, – основою та межами для усіх інших методів тлумачення.

aa) Відчуття мови

Можна спочатку зупинитись на лінгвістичній інтуїції та асоціативному відчутті. Поняття вживається, скоріше, в позитивному або негативному контексті? Що відразу спадає на думку після ознайомлення з нормою? Першого враження, незважаючи на його очевидну суб'єктивність, цілком достатньо для того, аби одержати корисні результати, адже розуміння глибини мови і її відчуття приходять із досвідом.

bb) Мовний аналіз

Менш суб'єктивним способом є той, що пов'язаний із використанням словників та енциклопедій. У них, за умови ретельного пошуку, можна відшукати, практично, усі можливі значення слів. Але й цей крок не гарантує отримання повністю об'єктивних результатів. Розвиток та зміни в мові відбуваються постійно, і тому в критичний момент часу, коли виникне необхідність у тлумаченні того або іншого слова, його відповідний (необхідний) зміст може бути не відображено у словниках. Крім того, зустрічаються спеціалізовані, зумовлені професійним сленгом, випадки використання різних термінів. А питання про те, коли і яке значення використано, саме і має бути з'ясованим.

Зрештою, і це цілком може бути приводом для критики, прецедентні справи й стають визначальними для наповнення змістом юридичного поняття і разом з тим впливають на фактичне використання мовних засобів у професійному співтоваристві

юристів. Тому в нагоді стане звернення до інших законів з метою відшукування альтернативних варіацій застосування у них того або іншого терміна, що водночас забезпечить перехід до наступного методу тлумачення.

b) Системне тлумачення

aa) У вузькому сенсі

Під час систематичного тлумачення певного правила відбувається «охоплення оком» усього припису (закону), аналізуються окремі абзаци та статті, увесь текст закону, а також інші аналогічні закони. При цьому можуть вивчатися норми як вищої, так і нижчої юридичної сили.

Так, наприклад, у кримінальному праві має сенс порівняння міри покарання і/або розгляд питання про розрізнення між категоріями «злочин» і «проступок» (менш тяжке) правопорушення»).

В адміністративному праві можна порівняти передумови різних або подібних видів позовів і зробити на цій підставі відповідні висновки. Якщо, наприклад, йдеться про те, щоб з'ясувати, чи справді законодавчий орган через неухважність обійшов увагою певну проблему, внаслідок чого з'явилась прогалина в законодавстві, є сенс подивитися, чи що-небудь подібне не врегульовано в іншому місці. Якщо це так, то можна зробити висновок, що законодавець умисно залишив прогалину в місці, про аналіз якого йдеться. Водночас саме це може дати підстави для висновку про те, що законодавець забув про потребу врегулювати відповідне питання. З місця локалізації (розміщення) норми в законі також можна зробити відповідні висновки. Так, наприклад, з місця розташування статті 20а в Конституції Німеччини (відразу після переліку основних (конституційних) прав і найбільш важливих конституційних принципів статті 20 Конституції Німеччини), впливає важливість цієї статті та її роль як державної мети. Разом

з тим стає очевидно, що вона не має суб'єктивно-правового характеру.

bb) Конформне тлумачення

Корисним і необхідним є так зване «конформне з конституцією (узгоджене) тлумачення» (тобто тлумачення, сумісне з Основним законом). Коли йдеться про тлумачення (простого) закону, що обмежує, наприклад, свободу слова, його зміст і дія мають тлумачитись таким чином, аби бути сумісними з регулятивним змістом свобод, гарантованих абзацом першим статті 5 Конституції Німеччини, тобто статті закону слід розуміти у світлі конституційних положень (так зване вчення про взаємний вплив¹¹).

Якщо результати тлумачення виходять за межі конформного з конституцією розуміння (змісту), то така норма є неконституційною. Якщо положення закону не можуть бути витлумачені як конформні з конституцією, то прийняті на його підставі правові акти також є неконституційними.

У цьому контексті говорять про «системно узгоджену/конформну інтерпретацію». Отже, наявний примат права, що має вищий (конституційний ранг). До такого права належить і європейське право.

Передумовою систематичного тлумачення є наявність когерентної правової системи, тобто такої, у межах якої має місце внутрішня узгодженість між елементами структури, послідовність та відсутність внутрішніх протиріч. Правова наука є системною або її немає взагалі. Тому взаємозв'язки між законами не є випадковостями. З цього можуть постати певні можливості тлумачення, але це водночас означає обмеження в здійсненні тлумачення.

¹¹ Рішення Федерального конституційного суду (BVerfGE) 7, 198 (209).

с) Історико-генетичне тлумачення

Процес історико-генетичного тлумачення можна пояснити більш точно, якщо провести різницю між двома операціями: дослідження суб'єктивної волі автора закону (генетичне тлумачення), з одного боку, і реконструкція історичного горизонту – з іншого (історичне тлумачення).

Отже, перший крок стосується історії появи закону, тобто законодавчого процесу. Це вимагає аналізу історії законопроекту, інших правових матеріалів. У них містяться обговорення депутатів або думки експертів, які можуть бути джерелом корисної інформації. Відомий приклад, у якому аналіз законодавчої історії відіграв вирішальну роль, стосувався тлумачення абзацу першого статті 2 Конституції Німеччини, тобто конституційного права на вільний розвиток особистості. Запропоноване в процесі законотворчих дебатів, але зрештою відкинута формулювання мало вирішальне значення для розуміння абзацу першого статті 2 Конституції Німеччини як загальної свободи дій.

Наступним кроком є реконструкція історичного горизонту. Вона охоплює і розкриває соціальні умови відповідного періоду, які слід враховувати. Цей підхід є особливо корисним тоді, коли відповідна норма законодавства прийнята давно, у часи, коли інші речі були самоочевидними. Так, норми, які засновані на застарілому розумінні статевого стосунку, можуть (а з погляду системно-конформної інтерпретації повинні) бути переосмислені й розтлумачені так, як вимагає сучасність. Це повністю відповідає думці: «З урахуванням сьогоденного світогляду законодавець так би не вчинив».

Однак до певної міри до історико-генетичного тлумачення треба ставитися критично. «Воля» законодавця навряд чи може бути достеменно визначена. Зрештою, йдеться про колективний орган, який діє за складною процедурою. Шлях до прийняття

закону досить тривалий – починаючи з розроблення проектів законів, до їх розгляду Бундестагом, Бундесратом, можливо, відповідними профільними комітетами. Чи можливо при цьому встановити єдину «волю» законодавчого органу – досить сумнівно. На додаток до цього, очевидним є те, що законодавчий орган не може передбачити все, що станеться в майбутньому.

До того ж, потенційно встановлена воля законодавчого органу і прив'язка до неї несуть у собі ризик «правління мертвих над живими». Норма, що раніше діяла природно й зрозуміло, в умовах сьогодення може викликати досить сумнівні наслідки. Якщо ж суворо дотримуватись зафіксованого в первісній редакції норми змісту, то пов'язане з ним «закам'яніння» закону хоч і протидіє свавіллю інтерпретації, однак приховує в собі звуження сфери його застосування.

d) Телеологічне тлумачення

Слово *telos* має грецьке походження і означає мету, спонукальну підставу. За допомогою цього методу інтерпретації можна визначити, що за розумного підходу мається на увазі. Іншими словами, якою є мета цієї норми?

Початковою точкою, відтак, є, насамперед, не текст, а дещо менш осяжне, а саме сенс і мета норми. Цей елемент тлумачення відповідає інструментальному розумінню права: право використовується для вирішення певної проблеми. Важливо при цьому розуміти, що норми не є самоціллю, а слугують для вирішення конфліктів і пошуку рішень. На передньому плані перебуває зусилля знайти правильне рішення. За допомогою пошуку мети запроваджується критерій якісної оцінки – норма має служити реалізації розумної мети. Цей метод, таким чином, є в певному сенсі орієнтованим на конкретні результати і часто має вирішальне значення і на практиці, і в навчанні. Недоліком відкритості

цього методу інтерпретації є часткова відсутність прив'язки до тексту норми.

Приклад з кримінального права покликаний проілюструвати цей метод:¹²

«А» та «В» подорожують на своїх велосипедах, не обладнаних світловими засобами, в нічний час по темній велосипедній доріжці в одному й тому ж напрямку. «В» їде правіше, а зліва по діагоналі позаду нього їде «А». «А» нашттовхується на «С», що рухається назустріч. «С» зазнає різноманітних травм. У зв'язку з цим виникає питання про те, чи можна звинуватити «В» у порушенні правил, які потягли за собою травми «С», оскільки «В» не мав на велосипеді освітлювальних приладів, не освітлював шлях «А», і тому останній не міг помітити попереду себе «С», що й призвело до ушкоджень.

Таку причинність виключати не можна. Проте слід поставити питання про захисну мету норми, що вимагає мати світло на велосипеді. Аналіз цілей цього зобов'язання обумовлює висновок, що світло на велосипеді потрібне для того, щоб сам велосипедист міг бачити простір довкола себе і помітити інших осіб. Норма, за розумним підходом, не може мати на меті освітлювати шлях третім особам, щоб вони могли бачити інших учасників дорожнього руху і безперешкодно пересуватись на велосипеді. Зміст і мета застосування вимоги мати світло на велосипеді не охоплює вимогу освітлювати шлях третім особам. Отже, ця норма не може бути використана для того, аби звинуватити В в ушкодженнях, яких зазнав «С».

¹² За рішенням Імперського суду з кримінальних справ (RGSt 63, 392, Radleuchtenfall), Справа про велосипедний ліхтар; *Wessels/Beulke/Satzger*, *StrafrechtAT*, 43. Auflage 2013, Rn. 182.

До початкового прикладу

У тексті чітко і явно йдеться про собак та інших домашніх тварин. Тигр не є собакою, тому він може підпадати під згаданих далі «домашніх тварин». З тлумачного словника випливає, що домашня тварина – це вигодована і доглянута людиною тварина, яка звикла до людей, не живе як дикий звір, і утримується в господарських цілях (наприклад, худоба і домашня птиця: кінь, корова, вівця, коза, курка, гусак). Крім того, існують також так звані одомашнені тварини. До них відносять одомашнені види тварин і порід, які пристосовані жити з людьми під одним дахом. До них належать собаки й кішки, а також деякі птахи і рептилії, причому останні вважаються, незважаючи на відсутність одомашнення, домашніми тваринами.

Тигрів не утримують для того, аби мати від них продукти тваринного походження. У кращому випадку тигр може бути корисною сільськогосподарською твариною, якщо стане потрібним для людини, виконуючи яку-небудь корисну роботу. Але й це теж викликає сумніви, оскільки тигри не використовуються, наприклад, у сільському господарстві. Однак, не можна виключати, що тигр може використовуватись для розваг і, таким чином, добре служити економічним цілям. Проте, за цією логікою, будь-яка тварина, що живе у зоопарку і розважає там людей, вважатиметься одомашненою твариною.

Чи є тигр домашньою твариною, також виглядає сумнівно. Навіть якщо за допомогою дресури його можна зробити слухняним, і він не буде нападати на людей, сумнівно, чи може тигр жити під одним дахом з ними. Дослівний текст швидше слід тлумачити так, що тільки тварини, які, зазвичай, вважаються домашніми, підпадають під це формулювання, проте воно повністю не виключає й можливості охоплення ним тигрів.

У ході системного аналізу слід звернути увагу на контекст, у якому згадано домашніх тварин. Згадка про цих тварин йде відразу ж після того, як названо собак. Собаки – одні з найбільш поширених домашніх тварин. З цього можна зробити висновок про те, що екзотичні тварини не можуть бути охоплені цією нормою.

Історичне тлумачення не обіцяє особливих результатів.

Відправною точкою залишається питання про сенс і мету норми. Вона є абсолютно очевидною, і, передусім, має на меті дозволити безбоязне купання. Крім того, слід звернути увагу і на аспекти гігієни. Собаки можуть забруднювати воду, газон або лугові ділянки екскрементами. Тому собакам та іншим домашнім тваринам забороняється перебувати на відповідній території. Безбоязне перебування на озері є навряд чи можливим за присутності там тигра. Існує також описаний вище ризик забруднення. Всі описані вище ризики домашніх тварин такою ж чи навіть більшою мірою – а *minoreadmaius* (традиційний латинський вислів «що для малого – те й для великого») – стосуються й тигра. Мета норми підводить до вимоги, що слід утриматись від того, аби пустити тигра до озера. Отже, ця норма також застосовується і до тигра.

е) Підсумок

Останній приклад свідчить про те, що йдеться не стільки про суворе хронологічне застосування методів тлумачення, скільки про те, щоб у кожному випадку і від однієї ситуації до іншої звертатись до елементів методики тлумачення для того, аби за їх допомогою правдоподібно продемонструвати отриманий (кінцевий) результат.

На іспиті навряд чи з'явиться можливість пошуку в словниках, законодавчих матеріалах чи енциклопедіях. У більшості випадків можна вдатись лише до скромного аналізу дослівного

формулювання, погляду на внутрішню систематику закону і трохи глибші міркування про сенс та мету відповідних норм.

Заключне зауваження:

Надійність і прогнозованість результатів тлумачення є важливими й пріоритетними. Тому тлумачення жодним чином не слід розуміти як довільно орієнтовану на результат інтерпретацію. Саме такому підходу має протидіяти зрозуміла й прозора методика. Зрештою, правові рішення претендують на обов'язковість, правильність і справедливість. Водночас правозастосування має не тільки відповідати *lege artis* (*усім правилам, які до нього висуваються*), а й забезпечувати досягнення нормативно задовільного результату. Юрист повинен намагатись підтримувати цей баланс.

III. Аналіз обставин справи/ситуації

1. Обмеження сформульованими фактами

Студент, що отримав завдання, не знає усіх «реальних» фактів, а тільки ті, які він може одержати з тексту, що описує справу. До першого державного юридичного іспиту студенти не вивчають питання отримання або оцінювання доказів. Факти справи, так як їх описано в завданні на іспиті, слід вважати обов'язковими. Не допускається додавання своїх власних припущень або виключення тих чи інших обставин. Спекуляції та прогнози мають бути зведені до абсолютного мінімуму.

Приклад: «А» було заборонено приносити із собою на карнавал, що проходив у центрі міста, скляні пляшки. «А», твердження якого відповідає дійсності і є правдоподібним, заперечує, вказуючи, що можна було б уникнути куп сміття на карнавалі,

якби там були розміщені в достатній кількості контейнери для сміття. Тому заборона принесення скляних пляшок є непотрібною.

Тепер, якщо в рішенні слід обміркувати питання, чи на будь-якому масовому заході заборона принесення із собою скляних пляшок є єдиним ефективним засобом запобігання появі купи сміття, слід використати факти, які наводяться у фабулі справи. Згідно з цими фактами, достатньо розмістити там певну кількість сміттєвих контейнерів. Студент не повинен ставити це твердження під сумнів, наприклад, оскільки він зі свого власного досвіду вважає, що це не спрацює. Завдання на іспитах часто виявляють схожість із відомими в реальності випадками або спеціально сконструйовані за реальними судовими рішеннями. Проте вони можуть бути змінені так, що зрештою треба дійти протилежного висновку. Тому важливо точно сприймати будь-які відомості про факти, що наведені в завданні, і оцінювати їх без упередження, навіть якщо вони подібні до відомого випадку.

2. Постановка завдання та редакційна примітка

Завдання на іспиті складається, зазвичай, із двох або трьох частин: текст випадку / обставин справи, завдання і, можливо, вказівка щодо опрацювання завдання.

Насамперед, рекомендується прочитати лише завдання без повного ознайомлення з обставинами справи, зрозуміти і уявити собі його, а тоді з урахуванням цього прочитати повідомлені у справі факти. Однак окремі експерти виступають проти такого підходу, оскільки він може перешкодити повноцінному погляду на обставини справи і на поставлене завдання. Зрештою, це справа студента – відшукати власний, найбільш ефективний підхід, «під себе». Проте який би спосіб не було обрано, в будь-якому випадку рекомендується кілька разів дуже уважно перечитати завдання і проаналізувати його. Помилка в інтерпретації (розумінні) завдання може призвести до

того, що студент почне вирішувати (розв'язувати) не те питання, яке насправді поставлено перед ним у завданні.

Не менш важливими є вказівки щодо опрацювання завдання. Вони можуть містити приписи про те, що саме необхідно перевірити, а що слід залишити поза увагою. Іноді буває, що в них уже наведено деякі частини рішення. Зазвичай, завданням студента є знайти правову основу – наприклад норму, яка уповноважує орган влади на вчинення певної дії (рішення). Тому вказівки можуть містити посилання на цю норму. Не помітивши таку вказівку, можна втратити багато часу або зробити серйозні помилки.

Дуже уважно слід ознайомлюватись і з самими фактами справи. Часто допомагає спроба уявити собі всю описану історію як сукупність підказок щодо постановки питань чи проблеми, які треба було б вирішити.

3. Нотатки

Під час ознайомлення з текстом завдання і питаннями, на які слід відповісти, рекомендується робити по тексту нотатки і підкреслення. Це можна робити як у самому завданні, так і на окремому аркуші. Все, що студентові здається важливим, він має занотувати. Нічого страшного, якщо в процесі подальшого аналізу виявиться, що та чи інша інформація не має значення. Адже тоді студент просто знатиме, що він обдумав відповідний аспект і може виключити його з подальшого кола питань. Дієві особи, норми, дані та аргументи таким чином поступово будуть відфільтровані й допоможуть визначити вирішальне коло фактів, необхідних для вирішення справи.

Крім того, сукупність фактів може включати в себе й відповіді на деякі питання іспиту. Якщо серед фактів повідомляється, що «А» своєчасно подав позов», то більше не слід перевіряти, чи був дотриманий з боку «А» строк позовної давності. Про це вказано безпосередньо в завданні, тому слід виходити саме із цього. Перевірка при цьому буде зайвою витратою часу, а, крім того,

означатиме для екзаменатора, що студент працює неуважно. Отже, варто підкреслити слово «своєчасно».

Залежно від складності справи можна представити умови та події у формі ескізу, наприклад позначити послідовність виникнення фактів (розвитку подій) на часовій шкалі або за допомогою позначень буквами і стрілками, які вказуватимуть на відносини між дійовими особами. Такі складні (комплексні) відносини притаманні, насамперед, цивільному праву.

4. План/схема вирішення

Після ознайомлення зі змістом завдання і з'ясування, що саме слід перевіряти, можна рухатися в напрямку пошуку рішення. Перед тим як перейти до власне вирішення (відповіді), рекомендується скласти його проект, або принаймні приблизну схему. У публічному праві більшість завдань спрямовані на перевірку допустимості позову та його частин, правомірності закону або іншого ухваленого рішення чи реалізованого заходу. Саме ці елементи окремо або в сукупності можуть підлягати оцінюванню. Відповіді на поставлені запитання повинні базуватись на нормах права. Тобто студент, таким чином, у своїй відповіді має «слідувати відповідним нормам».

Якщо розпочати відразу з рішення, може статися так, що під час його написання на думку спадуть нові аргументи або з'явиться потреба вжити ті чи інші доводи в іншому місці вирішення. Крім того, може виникнути враження, що у вирішенні з'явилась логічна помилка, а тому раніше написане має бути виправлене. Для того, аби оминати такі моменти, рекомендується спершу викласти основну структуру рішення, сформулювавши її у вигляді ескізу. При цьому є сенс керуватися вже ustalеними схемами перевірок, шукаючи відповіді на стандартизовані запитання, крок за кроком досліджуючи обставини справи й аналізуючи отримані дані. Отже, як має виглядати ескіз рішення?

Приклад

«М» став членом Бундестагу з початку чергового терміну скликання два роки тому. Він потрапив у конфлікт зі своєю фракцією «F», і його виключають з її складу 24.02.2016 року. З цього часу «М» є позафракційним. У зв'язку із цим функціями «М», які він виконує у Комітеті з європейських справ, починає займатися депутат «X», який є членом фракції «F». Таким чином, «М» більше не належить до жодного комітету Бундестагу. Регламент та інші процедури Бундестагу передбачають, що тільки фракції приймають рішення про склад комітетів. Президент Бундестагу дотримується правил регламенту.

«М» звертається до Федерального конституційного суду. Він вважає, що його виключення з Комітету з європейських справ є порушенням Конституції, але в будь-якому випадку, з огляду на рівноправність усіх депутатів і на вільний мандат, згідно з абзацом першим статті 38 Конституції Німеччини, йому мають надати можливість бути членом іншого комітету і тим самим отримати відповідне право голосу. Тому він у письмовій формі і з обґрунтуванням звертається 07.04.2016 року з позовом до Конституційного суду.

Чи має його позов шанси на успіх?

Попередні міркування:

- питання у справі: чи має шанс на успіх позов до Конституційного суду, тобто треба перевірити допустимість і обґрунтованість позову;
- зміст: права депутатів, їх робота в комітетах → провадження у спорах між органами.

План-схема вирішення:

Верхній рядок: Позов буде мати шанси на успіх (+), якщо він буде допустимим і обґрунтованим.

А. Допустимість (для з'ясування питання, чи є позов допустимим, треба перевірити):

I. Компетенція

- пункт 1 речення першого частини першої статті 93 Конституції Німеччини, пункт 5 § 13, § 63 і далі Закону про Федеральний конституційний суд (+), провадження у справах між органами.

II. Право- і дієздатність для участі у спорі

- змагальний характер провадження (заявник та відповідач повинні бути наділені право- і дієздатністю у цьому провадженні).

1. Заявник

- § 63 Закону про Федеральний конституційний суд (-), депутати не є частинами органу;
- пункт 1 частини першої статті 93 Основного закону, «інший причетний» (+), депутатам надано власні права, речення 2 частини першої статті 38 Конституції Німеччини.

2. Відповідач

- Проблема: хто?
 - Президент Бундестагу (-), тільки застосовує норми Регламенту (GO), які були прийняті раніше;
 - Автор Регламенту = Бундестаг, право- і дієздатність (+), § 63 Закону про Федеральний конституційний суд.

III. Предмет спору/заяви, частина перша § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

- юридично значуща дія або бездіяльність відповідача, що стосується прав сторін;
- правило Регламенту, яке стосується формування складу комітетів;
- актуальна юридична причетність/проблема (+), «М» більше не може брати участь у роботі жодного комітету через наявність відповідного правила.

IV. Право на позов, § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

- стає можливою (= можливість), у разі якщо внаслідок дій відповідача позивач зазнав порушення або загрози порушення власних прав;
- речення друге частини першої статті 38 Конституції Німеччини виключає роботу депутата «М» у комітеті, тоді як всі інші депутати можуть там працювати;
- не виключена можливість порушення права на вільний мандат;
- право на подачу позову (+).

V. Строк, частина третя § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

- протягом 6 місяців з моменту, коли дізнався про порушення власного права;
- Проблема: регламент був прийнятий на початку роботи скликання, отже його зміст відомий заявнику вже 2 роки;
- але: право на позов з'являється лише тоді, коли виникає правова причетність до конкретної ситуації;

- лише з цієї дати адресат може вважатися таким, чий права були порушені він може зазнати порушень свого права і захищатись від них;
- в іншому випадку позови новообраних депутатів будуть завжди подаватися з пропуском строку позовної давності;
- виключення з Комітету 24.02.2016 – подання позову 07.04.2016 = протягом 6 місяців;
- строк (+).

VI. Заява подана в належному порядку

1. У письмовій формі і з обґрунтуванням, частина перша § 23 Закону про Федеральний конституційний суд (+), відповідно до відомостей у завданні

2. Вказівка на порушене право, частина друга § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

– «М» має вказати на речення друге частини першої статті 38 Конституції Німеччини як на норму, яка була порушена оскаржуваними діями

VII. Висновок

- допустимість позову (+).

В: Обґрунтованість [...]

С. Загальний результат [...]

Перший аналіз фактів справи не означає, що роботу з даними, які стосуються фактичних обставин, вже закінчено. При підготовці плану-схеми рішення, а, крім того, і в інших подальших діях слід постійно тримати в полі зору факти справи і проект вирішення. Кожна деталь повинна знайти своє місце серед опису фактів,

загальні фрази тут недоречні. Студенту слід постійно перевіряти, чи відповідають відомості у справі вимогам закону.

План-схема вирішення має бути короткою, лаконічною, повні речення не потрібні і їх слід скорочувати до словосполучень, позначень. Очевидні обставини та висновки можна формулювати за допомогою одного слова. Це допоможе не забути очевидні деталі, готуючи остаточний текст відповіді. Часто при цьому вживають символи (+) і (-). Ними позначають, чи виконана та або інша вимога закону. Місця, які потребують глибшої обробки або є проблемними, можуть бути позначені у схемі за допомогою слова «Проблема». Щодо таких моментів слід завчасно, вже на етапі схеми вирішення, готувати аргументи і обмірковувати зайняту позицію та подальші кроки з її урахуванням. У таких місцях схема може бути більш детальною, містити докладні відомості. Якщо йдеться про відомий спір, у якому відомо декілька аргументів «за» і «проти», можна навіть скласти їх список, протиставляючи одну графу іншій. Після того, як такий план-схема складений, не повинно бути жодних серйозних ускладнень і необдуманих моментів. Тому план-схему не слід недооцінювати. На етапі його підготовки виконується більша частина розумової діяльності, тому на нього можна відвести до третини усього часу іспиту. Під час оформлення чистового (кінцевого) вирішення можна викреслювати у плані-схемі ті пункти, які вже відпрацьовані і описані. Це допоможе нічого не забути.

Загалом вся процедура (від прочитання й усвідомлення обставин справи і поставленого завдання, наступної побудови плану-схеми і до оформлення чистовика відповіді на іспиті) вимагає ретельної та тривалої підготовки, напрацювання практики і досвіду. На початковому етапі навіть правильний розподіл часу може бути досить важким завданням.

На відміну від завдань на іспитах, при виконанні домашніх чи курсових робіт або інших форм довгострокових завдань чи робіт можна використовувати допоміжні інструменти й джерела права. Вони поділяються на дві категорії: судова практика та література.

Останню можна поділяти на коментарі, монографії, підручники і наукові статті.

5. Приклад завдання з вирішенням

Справа: Право Федерального президента здійснювати перевірку

У межах своєї компетенції, наданої статтею 70 та іншими статтями Основного закону, Бундестаг приймає закон. Його приймають у другому читанні більшістю у дві третини голосів відповідно до встановленої процедури за участю верхньої палати – Бундесрату, всі інші вимоги процедури при цьому також дотримано. За змістом йдеться про зміни до Конституції, які стосуються скасування федерального устрою. Німеччина, відповідно, перетворюється на унітарну централізовану державу. Президент вважає закон неконституційним і відмовляється підписувати й оприлюднювати його. Більшість у Бундестазі хоче, щоб закон якомога швидше набув чинності, і тому подає до Федерального конституційного суду позов з вимогою зобов'язати Президента підписати закон і передати його для оприлюднення.

Чи має заява до суду перспективу бути задоволеною?

Вирішення

У цьому випадку Президент і Бундестаг перебувають у спорі. Щодо таких обставин спадає на думку провадження з приводу спору між конституційними органами. Заява більшості Бундестагу до суду буде мати перспективи на успіх, якщо вона є допустимою і обгрунтованою.

А. Допустимість

По-перше, мають бути виконані усі вимоги щодо допустимості заяви.

I. Компетенція

Конституційний суд, згідно з пунктом 1 частини першої статті 93 Конституції Німеччини, пунктом 5 § 13, § 63 і наступними Законом про Федеральний конституційний суд, розглядає спори між конституційними органами.

II. Право- і дієздатність у конституційному спорі

У судовому провадженні з приводу спору між конституційними органами має місце змагальний процес. Як заявник, так і відповідач повинні володіти відповідною здатністю бути учасником провадження. Згідно з § 63 Закону про Федеральний конституційний суд, такою здатністю володіють президент Бундестагу, Бундестаг, Бундесрат, Федеральний уряд і частини цих органів, яким нормами Основного закону або Регламентом Бундестагу надано власні права. Крім того, з пункту 1 частини першої статті 93 Конституції Німеччини випливає здатність «інших» причетних, яким цими регламентними нормами надано власні права.

1. Відповідач

Заява спрямована проти Федерального президента, який відмовляється підписати й оприлюднити прийнятий закон. Він, відповідно до § 63 Закону про Федеральний конституційний суд, є стороною у спорі й, таким чином, належним відповідачем за заявою.

2. Заявник

Заяву подає більшість Бундестагу. Бундестаг як орган приймає свої рішення в принципі більшістю. Отже, більшість Бундестагу є ідентичною з органом Бундестагом, оскільки немає

необхідності в тому, щоб усі депутати були згідні з цією заявою. Відповідно, у цьому випадку Бундестаг є належною стороною і, таким чином, належним заявником.

Отже, відповідач і заявник мають належні право- і дієздатність для участі у справі.

III. Предмет спору/заяви, згідно з абзацом першим § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

Крім того, має існувати належний предмет заяви і спору. Предметом спору між органами може, відповідно до абзацу першого § 64 Закону про Федеральний конституційний суд, бути будь-яка юридично значуща дія або бездіяльність відповідача. У цьому випадку йдеться про відмову від оприлюднення (тобто поставлення свого підпису під текстом) закону, відповідно до абзацу першого статті 82 Конституції Німеччини. Без цього кроку закон не може бути оприлюднений, і тому не набуває чинності. Отже, ця дія є юридично значущою, а тому повністю належним предметом заяви і спору.

IV. Право на подання заяви, за § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

Крім усього зазначеного вище, заявник повинен мати належні повноваження. З цією метою він, відповідно до § 64 Закону про Федеральний конституційний суд, має стверджувати, що дія або бездіяльність відповідача за заявою порушує або безпосередньо викликає ризик для його прав або обов'язків чи прав або обов'язків установи, до якої він належить, згідно з Основним законом. Відповідно, має існувати ймовірність правопорушення.

З частини першої статті 82 Конституції Німеччини випливає, що Федеральний президент підписує «закони, які набули чинності, відповідно до положень цього Основного закону». Звідси може

впливати його обов'язок підписати та оприлюднити закон. Зі статті 76 і наступних Конституції Німеччини випливає право Бундестагу на прийняття законів. Якщо ж Федеральний президент не підписує закон, він перешкоджає набуттю ним чинності. Тобто відмова від підписання закону може порушувати право Бундестагу на законотворення. Отже, Бундестаг має право звернутися з відповідною заявою.

V. Строк, за частиною третьою § 64 Закону про Федеральний конституційний суд

Бундестаг повинен подати заяву протягом шести місяців після того, як йому стало відомо про відмову від дії, у цьому випадку – відмову від підписання та оформлення закону.

VI. Належна заява

Відповідно до речення першого частини першої § 23 Закону про Федеральний конституційний суд, заяву слід подавати у письмовій формі і з обґрунтуванням, а згідно з частиною другою § 64 Закону про Федеральний конституційний суд, вона має містити вказівку на порушене нормативне положення.

VII. Результат

Усі умови щодо допустимості заяви виконано. Тому заява є допустимою.

V. Обґрунтованість

Заява у спорі між органами є обґрунтованою, якщо відмова від підписання Федеральним президентом закону порушує права

Бундестагу відповідно до статті 76 і далі, частини першої статті 82 Конституції Німеччини.

В принципі, з частини першої статті 82 Конституції Німеччини випливає зобов'язання Федерального президента підписувати і оприлюднювати прийняті закони. Політичний розсуд при цьому йому не надається. Однак, можливо, що Федеральний президент не повинен підписувати абсолютно усі закони, а лише ті, що відповідають Конституції. У зв'язку з цим виникає питання про перевірку конституційності закону Федеральним президентом. Чи має він таке право – питання спірне.

Відправним моментом є формулювання речення першого частини першої статті 82 Конституції Німеччини. У ньому йдеться про те, що Федеральний президент підписує і оприлюднює закони, які «прийняті відповідно до положень цього Основного закону».

I. Право формальної перевірки закону

Відповідно до загальноприйнятого погляду, дослівне формулювання цієї норми дозволяє зробити висновок, що Федеральний президент уповноважений відмовити у підписанні й оприлюдненні формально неконституційних законів. Тобто він наділений правом перевірки формальної відповідності законів вимогам Конституції. Звідси випливає право перевіряти, чи федерація наділена відповідною компетенцією, згідно з вимогами статті 70 і далі Основного закону, чи був належно здійснений законодавчий процес, а також – чи були дотримані усі відповідні формальні вимоги.

Згідно з обставинами спору, федерація володіє необхідною компетенцією для прийняття цього закону, відповідно до статті 70 і наступних Основного закону. Крім того, законодавчий процес відповідав конституційним нормам, у тому числі статті 76 і далі Основного закону, зокрема в провадженні був залучений

Бундесрат. Таким чином, є підстави вважати, що законодавча процедура відповідає конституційним вимогам. Крім того, Бундестаг і Бундесрат проголосували необхідними двома третинами голосів за прийняття цього закону. Отже, вимоги щодо більшості, які випливають із відповідних конституційних норм, було також задоволено. Закон, таким чином, формально відповідає конституційним вимогам. Тому Федеральний президент не міг відмовитися від підписання закону.

II. Право матеріальної перевірки закону

Однак справа виглядала б інакше, якби Федеральний президент мав право матеріальної перевірки, тобто перевірки конституційності змісту закону. Слід перевірити, чи передбачене воно серед положень Конституції.

1. Дослівний зміст

Вже згадуване дослівне формулювання речення першого частини першої статті 82 Конституції Німеччини уможливорює висновок, згідно з яким у фразі «закони, прийняті відповідно до положень цього Основного закону» під положеннями маються на увазі всі норми і положення Основного закону. Тому Федеральний президент може перевірити відповідність усіх законів конституційним положенням, а це означає, що йому надано право матеріальної перевірки конституційності законів. Однак із розташування/місця речення першого частини першої статті 82 Конституції Німеччини можна зробити висновок, що йдеться лише про формальні положення Основного закону. Це підтверджує зміст статті 78 Конституції Німеччини, який пов'язує прийняття законів із формальними правилами законодавчого процесу. Крім того, речення перше частини першої статті 82 Конституції Німеччини знаходиться в тій частині Конституції, яка має підзаголовок

«законодавство Федерації». Отже, лише дослівний зміст норми не є переконливим аргументом у її тлумаченні.

2. Поділ влади – роль Конституційного суду

Право матеріальної перевірки, до того ж, може суперечити принципу поділу влади. Згідно з цим принципом, тільки Конституційний суд може перевіряти закони на відповідність Конституції, що відповідає пункту 2 частини першої статті 93 і частині першій статті 100 Конституції Німеччини. Якщо ж Федеральний президент візьме на себе таку компетенцію, у цьому можна вбачати порушення принципу поділу влади, закріпленого в Конституції Німеччини.

Таке тлумачення, однак, дозволяє вважати, що відмова від підписання закону Федеральним президентом ще не є останнім словом у конституційному процесі. Адже це рішення може бути оскаржене у провадженні зі спору між органами, у якому, зрештою, Конституційний суд і може прийняти належне рішення. Крім того, перевірка конституційності законів Конституційним судом можлива лише після завершення законодавчого процесу. А це не обов'язково означає виключення можливості перевірки її іншим органом ще протягом законодавчого процесу.

3. Присяга

Право матеріальної перевірки може бути виведене з присяги, відповідно до статті 56 Конституції Німеччини. Згідно з даною статтею, Федеральний президент зобов'язується шанувати Конституцію і захищати її. Проте це становить обов'язок усіх конституційних органів і всієї державної влади, відповідно до частини третьої статті 1 і частини третьої статті 20 Конституції Німеччини. Тому конкретне право на такі дії повинно бути чітко передбаченим в Основному законі. Саме існування певного

конституційного органу не може бути достатнім для визнання за ним такого права. Крім того, Федеральний президент може виконати такий свій обов'язок, тільки якщо він має відповідне право на перевірку. Очевидно, тут маємо замкнене коло (кругову аргументацію).

4. Позов до президента

З частини першої статті 61 Конституції Німеччини також випливає, що Федеральний президент має право матеріальної перевірки, оскільки він, у свою чергу, може бути звинувачений у порушенні Конституції, і на нього теж можна подати до суду. Ця відповідальність може бути покладена в основу відмови чинити антиконституційні дії – у цьому випадку оприлюднювати неконституційний закон. Проте і цей аргумент не є достатньо переконливим. Федеральний президент має право лише тоді умисно порушити Основний закон, коли може переконатись у неконституційності закону, тобто перевірити його. Отже, аргументи знову повертають до відповідальності. І далі по тому ж колу.

5. Загальне становище Федерального президента як конституційного органу

Права і обов'язки Федерального президента слід розглядати в поєднанні з частиною третьою статті 20 Конституції Німеччини. Згідно з цією нормою, конституційні органи підпорядковані вимогам конституційного порядку/ладу, які є для них нормами прямої дії. Зобов'язання вчинити дію, яка порушує Основний закон, несумісне з цим. З цього випливає, що від Федерального президента не можна вимагати підписання законів, які, на його думку, є неконституційними. Адже це означало б, що він має порушити Конституцію. У зв'язку з цим доцільно визнати за Федеральним президентом певне право перевірки. Проте цей

підхід не пояснює проблему межі, до якої допускається перевірка конституційності законів Федеральним президентом, оскільки тільки те, що норми Конституції є нормами прямої дії і зв'язують Федерального президента частиною третьою статті 1 і частиною третьою статті 20 Конституції Німеччини, нічого не говорить про зміст цієї дії і зв'язаності. В основному, визнають так звану перевірку очевидності. Згідно з цим підходом, Федеральний президент у жодному разі не повинен підписувати очевидно неконституційні закони. При цьому вельми складним є питання про те, коли саме можна вести мову про наявність очевидного порушення. На користь обмеження контролем очевидності також говорить те, що в існуючій структурі інституцій, встановленій Конституцією, саме демократично легітимний законодавець має головним чином нести відповідальність за зміст того чи іншого закону. Відповідно, цьому суперечила б можливість Федерального президента нав'язувати свою точку зору з питання про конституційність, до якого належать дуже складні і часто спірні детальні питання, і її вищість порівняно з безпосередньо демократично обраним парламентом.

6. Проміжний висновок

Отже, існує багато причин для обмеження права проведення матеріальної перевірки прийнятого закону Федеральним президентом лише контролем того, що очевидно не відповідає Конституції. Проте спір може розвиватися і в напрямку з'ясування, коли неконституційність закону слід вважати очевидною.

III. Матеріальна конституційність закону

Федеральний президент може утриматися від підписання закону, коли той є неконституційним. Тому слід перевірити, чи є конституційним закон, що вносить зміни до Конституції.

Може мати місце порушення частини третьої статті 79 Конституції Німеччини. Згідно з нею, зміни до Конституції не допускаються, «якщо вони спрямовані на зміну поділу Федерації на землі, на принципову участь Федеральних земель у законодавчому процесі або загрожують принципам, викладеним у її статтях 1 і 20». Прийнятий Закон передбачає скасування поділу Німеччини на Федеральні землі. Це є явним порушенням вічної гарантії частини третьої статті 79 Конституції Німеччини. Крім того, охоплена змістом частини третьої статті 79 Конституції Німеччини стаття 20 Конституції Німеччини визначає у своїй першій частині, що Федеративна Республіка Німеччина є федеральною державою. Згадана тут федеральна державність, таким чином, подвійно захищена вічною гарантією, що міститься в частині третій статті 79 Конституції Німеччини. Отже, неконституційність цього закону є очевидною. Тому наведений вище спір можна залишити невирішеним.

Проміжний підсумок

Представлений Федеральному президенту на підписання закон порушує частину першу статті 20 Конституції Німеччини і частину третю статті 79 Конституції Німеччини, а тому є неконституційним.

IV. Підсумок: обґрунтованість

Федеральний президент має право як формальної, так і матеріальної перевірки законів. Закон, про який йдеться, формально прийнятий у належний спосіб, але його матеріальний зміст явно є неконституційним. Таким чином, Федеральний президент не зобов'язаний підписувати цей закон. З огляду на вказане в такій ситуації на Федерального президента не покладається обов'язок оформляти (підписувати і оприлюднювати) закон, а тому він не

порушує права Бундестагу, визначені статтею 76 і далі, частиною першої статті 82 Конституції Німеччини.

Отже, заява Бундестагу є необґрунтованою.

С. Загальний результат

Заява Бундестагу є допустимою, але необґрунтованою, і тому в її задоволенні має бути відмовлено.

IV. Робоча техніка/джерела

1. Судова практика

а) Значення/Загальні моменти

У Німеччині існує давня традиція правосуддя. Незважаючи на те, що німецька правова система не відповідає поширеному в англослов'янському середовищі загальному праву, а ґрунтується на кодифікованому праві, судові рішення відіграють важливу роль і в системі права Німеччини.

Як вихідну умову, проте, також слід зазначити, що посилання на рішення суду в подібному випадку/спорі само собою є лише одним із різноманітних аргументів, який не є за своєю сутністю обов'язковим. Це також стосується й рішень Федерального конституційного суду. Не слід такі моменти плутати із практикою, коли посилання на інші судові рішення слугує засобом переконання опонента в правильності своєї власної правової позиції.

В експертному висновку, однак, юридично виважений аналіз є вирішальним інструментом. Для цього корисно, а іноді й критично важливо розібратись із доводами, які були застосовані у судовій аргументації. З одного боку, аргументи судів можуть бути використані для підтвердження своєї власної позиції. З іншого – можна обґрунтувати їх неповноту, неточність, застарілість,

невідповідність новим знанням тощо і, таким чином, знову ж підтвердити свою власну позицію.

Рішення Федерального конституційного суду посідають особливе місце і мають непересічне значення. Це пов'язано не тільки з тим, що йдеться про найвищу судову інстанцію з конституційних питань. Рішенням Федерального конституційного суду, а також Федерального адміністративного суду, Верховного суду тощо, як правило, передують низка рішень судів попередніх інстанцій. Це означає, що зі спором вже мали справу численні судді, адвокати та інші заінтересовані сторони. А це дає змогу припустити, що значна частина певних аспектів спору вже знайшла своє відображення у відповідних рішеннях у справі. Конституційний суд також, зазвичай, аналізує поточну літературу з відповідної теми. Отже, його рішенням передують великий обсяг вже проведеної роботи, яку можна використати.

У конкретних випадках з уже вирішених прецедентних справ можна одержати вказівки на конкретизацію і актуалізацію/оновлення нормативного змісту, а також відомості щодо заповнення прогалин у праві.

Закони, як правило, містять невизначені правові поняття або передумови для різних варіантів тлумачення. Для того, аби зробити закон операбельним, тобто придатним для застосування, значення його понять має бути розкриті, з'ясовані і **конкретизовані**. Суди, оскільки вони постійно стикаються з новими справами, виконують новаторську роботу. Що стосується тлумачення законів, вони, зіставляючи групи аналогічних випадків, утворюють так звані групи справ. Також для їх позначення використовують термін типізації. Класифікація і віднесення сукупності фактів до такої групи може суттєво полегшити правозастосування. З догматичного погляду, віднесення справи до певного усталеного виду чи шаблону аргументації полегшує правозастосування. Якщо певні сукупності обставин виникають більш-менш регулярно, і

щодо них вже прийнято багато визнаних загалом судових рішень, то більше немає потреби у надто щільній аргументованості подальших рішень щодо них.

У ході суспільних змін і перетворень закон час від часу постає перед викликом відповідати актуальному стану справ. Суди першими стикаються з тим, що треба вирішити спір, щодо якого закон не містить чіткої відповіді. У зв'язку з цим судовими рішеннями можна проілюструвати процес оновлення існуючих законів. Наприклад, під гарантії таємниці кореспонденції, встановленої в статті 10 Конституції Німеччини, зараз підпадає також спілкування через комп'ютерні мережі, а також електронною поштою та SMS. Федеральний конституційний суд¹³ описує основоположне право, гарантоване статтею 10 Конституції Німеччини, як відкрите для розвитку і, таким чином, поширює його захисний характер і на нові методики та техніки комунікації. Якщо, наприклад, виникне правове питання, чи охоплене надання послуг зв'язку, таких як WhatsApp або Viber, гарантіями статті 10 Конституції Німеччини, то його вирішення не зможе обійти відповідні рішення Федерального конституційного суду. Процитоване вище рішення може допомогти підвести використання цих каналів зв'язку під статтю 10 Конституції Німеччини.

На один крок далі знаходяться суди при заповненні існуючих або таких, що виникли у законі, прогалін. Вони повинні робити це для того, щоб прийняти рішення у тій чи іншій справі. На відміну від науки, суди зобов'язані приймати рішення. Якщо закон не врегульовує певну сукупність обставин, і його тлумачення також не дає можливості застосування його норм, рішення повинно бути методично вивіреном та обґрунтованим. Це, наприклад, може бути досягнуто за аналогією. Аналогія означає перенесення правила, передбаче-

¹³ Рішення Федерального конституційного суду (BVerfGE) 106, 28 (36).

ного для юридичного складу однієї норми, на інший, якщо передумови застосування існуючої норми не виконуються, але існує неплановірна прогалина в регулюванні, і за подібної сукупності обставин йдеться про подібну за спрямованістю інтересів ситуацію. Таким чином, судді здійснюють добудову права, яку має враховувати правозастосувач.

На додаток до цих сутнісних питань вивчення судових рішень може бути корисним, аби зрозуміти й усвідомити методи і техніки аргументації. Хоча доводи та пояснення часто мають складну будову і не відразу можуть бути зрозумілими, в процесі навчання бажано завчасно почати з ознайомлення і вивчення судових рішень. Методика вирішення спорів, а також чітка й лаконічна форма вираження мають важливе значення для юристів, тож їх опанування є більш ніж корисним для правознавців.

б) Місця і форми оприлюднення/джерела публікацій

Судові рішення вищих судових інстанцій публікуються в офіційних збірниках. Тут особливо слід відзначити рішення Федерального конституційного суду і рішення Федерального адміністративного суду. Їх можна знайти в бібліотеках або частково в мережі Інтернет, наприклад на веб-сайті Конституційного суду або за адресою www.servat.unibe.ch. Крім того, багато рішень опубліковані і зберігаються в правових базах даних та в юридичних журналах.

2. Література

а) Коментарі

Коментарі відповідають структурі коментованого закону. Вони наповнені великими і докладними поясненнями і доводами, що наводяться відразу ж за статтями чи параграфами закону,

розкриваючи їхній зміст. У них, у свою чергу, містяться подальші вказівки на літературу й судову практику. На відміну від підручників, під час роботи над конкретним правовим питанням було б неправильно читати повністю коментар до конкретного параграфу. Це пов'язано з тим, що конкретні питання в них опрацьовуються з настільки різних точок зору, з урахуванням таких детальних ознак, що велика частина тексту не буде мати в них ніякого відношення до питання у справі, на яке слід дати відповідь. Перед тим, як приступити до ознайомлення з коментарем, слід докладно вивчити обставини справи, про яку йдеться. Тільки після чіткого опрацювання деталей, із яких складається поставлене питання, рекомендується читання коментаря. Залежно від деталізації коментаря можна ознайомитися з поточним станом, на якому перебуває науковий/юридичний спір, або навіть з аргументами, які наводять сторони в науковій конфронтації. Для того, аби глибоко зануритися в спірну матерію, необхідно вдатись до дослідження додаткової літератури, в тому числі й літератури іншого типу чи з інших предметних сфер. Слід також завжди мати на увазі, що з більшості актуальних поточних тем коментарі, будучи публікаціями, що потребують значних ресурсів, не завжди можуть містити останні (найновіші) відомості.

b) Підручники і монографії

Підручники в основному стосуються певної галузі права або, принаймні, більшої частини певної галузі чи підгалузі права, наприклад конституційних/фундаментальних прав, державної організації або Загального адміністративного права. Структура підручників ґрунтується не на хронології відповідних норм, а радше самостійно обирається автором або упорядниками з огляду на сприятливіший дидактичний ефект. У підручниках можна знайти як загальні пояснення, так і, щонайменше, короткі описи відомих більш-менш конкретних проблем і спорів. Як правило, до підручників включають і приклади справ із пропозиціями їх

вирішення для полегшення читачам доступу до матеріалу. Цей формат літератури адресовано, переважно, студентам, тому в них містяться визначення, структурні схеми, екзаменаційні поради тощо. Завжди слід враховувати, що автори пропонують, насамперед, свої власні думки і погляди на ті чи інші спори або проблеми. Тому варто досить обережно ставитись до прочитаного і розрізняти думки меншості й панівні думки/погляди, якщо такі вже існують. У більшості випадків автори наводять протилежні точки зору. Тому завжди бажано ознайомитися зі змістом кількох підручників.

Інші види літератури, такі як **монографії** (тези кандидатських або докторських дисертацій), на відміну від підручників, стосуються одного юридичного питання або конкретної правової проблеми. Тож слід констатувати, що монографії заглиблюються в проблематику права. У цьому контексті вони пропонують широкий огляд попередньої і сучасної літератури, а також відповідні судові рішення/прецеденти. Монографії слід використовувати для детального аналізу справи. Для навчання монографії не підходять.

с) Пам'ятні праці і довідники/посібники

Пам'ятні видання/праці є збірниками більших за обсягом праць із конкретного приводу. Наприклад, їх видають на честь ювілею особи або установи. Особлива цінність таких робіт полягає в тому, що тема розглядається докладно, але не має обсягу повної монографії. Своєчасність, якої іноді бракує такого роду виданням, підштовхує вважати їх інструментами для поглиблення теоретичних знань, розширення погляду на проблему. Подібно до монографій, ювілейні видання використовуються не для навчання, а для написання семінарських чи курсових, магістерських робіт.

Те ж саме стосується й **посібників/довідників**. Щоправда, вони спрямовані не тільки на наукову/академічну аудиторію, а, зазвичай, містять суттєві внески в науку, де матеріал розглядається поглиблено, на високому рівні наукової абстракції. Для робіт,

що мають витримати випробування часом, рекомендується звертатись до посібників, довідників та ювілейних видань. Тут міститься безліч зауважень і міркувань, що стосуються порушеної теми. У них, поряд із загальними моментами, можна також знайти детально аргументовані дискурси і міркування. Тож студентам не варто боятись використовувати ці нерідко багатотомні твори для роботи над своїми темами.

d) Статті

У фахових юридичних журналах публікуються короткі або середні за обсягом матеріали, які називають статтями. Основна цінність статей полягає в тому, що вони стосуються тієї чи іншої «свіжої» проблеми. Журнали іноді виходять кілька разів на місяць, тож вони, як правило, оперативно описують поточні події. Редакції прагнуть публікувати тематичні статті, які відображають поточні події, якомога швидше. Але й більш давні публікації мають значну цінність. Точкова і точна робота з дослідження того чи іншого питання часто поєднується з початковим оцінюванням питання. Таке оцінювання допомагає в роботі над обґрунтуванням рішення у справі за умови належного оцінювання використаних аргументів.

Журнали мають різних адресатів. У них можна знайти і теоретичні спори зі складними аргументами, а також корисні та зрозумілі студентам дописи, які мають характер завдань на письмових іспитах і рішень до них. Деякі журнали доступні в повному обсязі у правових базах даних в Інтернеті. Ці бази даних включають у себе для більшості статей принаймні короткі резюме. Як правило, найпопулярніші журнали є у юридичних бібліотеках, і там їх можна прочитати або скопіювати.

3. Юридичні бази даних

Юридичні бази даних, такі як «Бек-онлайн» («beck-online») або «Юріс» («juris») пропонують хороші можливості для пошуку

потрібної інформації. За ключовими словами і категоріями можна протягом короткого часу відшукати статті, монографії або судові прецеденти. Як уже згадувалося, деякі тексти наводяться повністю, інші – лише посиланнями. У базі «Бек-онлайн» є також доступ до повного тексту деяких коментарів. Для їхнього використання варто звернути увагу й на пропозицію, яку розробляють у Дюссельдорфі.

Частина 2

Правове регулювання державної організації/ Державне організаційне право

I. Принцип демократії

Організація людей у державі передбачає наявність панування. Панування є допустимим і має право на існування, якщо воно є легітимним. Легітимність панування, у свою чергу, має брати початок серед тих, над ким це панування реалізується. З одного боку, йдеться про обґрунтування панування і можливості впливу – це називають **вхідною легітимністю**. З іншого – про те, що постає як рішення, тобто, врешті-решт, про дії держави – це називають **вихідною легітимністю**.

Панування також означає владу, а саме владу держави. Ця влада не може бути надана без обмежень. Тому Конституція, у своїй основній функції, є обмеженням державної влади.

1. Народний суверенітет

Легітимация тими, над ким здійснюється панування, передбачає їхню участь у процесі ухвалення рішень у державі. Демократія означає «панування народу». По суті, зміст демократії, таким чином, не обмежується співучастю народу, але означає панування народу, тобто його суверенітет (верховенство).

У правовій сфері, опрацьовуючи питання демократії загалом і народного суверенітету зокрема, завжди важливо говорити не про загальні цінності, а розглядати ці категорії у тісному зв'язку з конституцією. У реченні першому абзацу другого статті 20 Конституції Німеччини говориться: «Вся державна влада походить від народу». Це можна було б інтерпретувати так, що панівні структури не потрібні, тому що народ панує сам над собою. Таке розуміння буде суперечити наступному реченню вказаної норми, з якого зрозуміло, що народ панує з використанням певних

структур і органів. Таким чином, демократія означає не ліквідацію, а організацію і панування¹⁴.

Під народним суверенітетом розуміють колективність, яка самоорганізується і претендує на самовизначення¹⁵. Які конкретно передумови повинні бути виконані, аби можна було говорити про самовизначення, чітко й однозначно встановити не вдається. Швидше, народний суверенітет є принципом, який потребує конкретизації. Цей принцип можна розділити на три частини/виміри.

a) Предметний вимір

Предметний вимір народного суверенітету передбачає, що основні рішення перебувають у руках самого народу. На голосуваннях народ сам приймає рішення з конкретних питань. В Основному законі Німеччини предметний вимір відносно слабо виражено. Вибори не супроводжуються прийняттям конкретного змістовного рішення, натомість вони є персональним рішенням чи вибором тих людей, які, у свою чергу, уповноважені на прийняття рішень по суті. Референдуми допускаються тільки відповідно до статей 29, 118, 118а Конституції Німеччини в разі зміни складу і входження земель у Федерацію. На рівні земель та місцевого самоврядування закони забезпечують широкі можливості використання прямої демократії.

b) Людський вимір

Про людський вимір йдеться під час заповнення вакансій у сфері державної влади. Тут народний суверенітет вимагає, щоб заповнення кожної вакансії, через яку відбувається здійснення державної влади, відбувалося через нерозривний легітиміційний ланцюжок, безпосередньо до рішення народу.

¹⁴ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 10.

¹⁵ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 600 ff.

Вирішальною процедурою є вибори до органу народного представництва. Вони являють собою перший і єдиний крок прямої легітимації. Безпосередньо і прямо обрані, у свою чергу, можуть делегувати повноваження іншим і таким чином продовжувати **ланцюжок легітимності**. Це ілюструє класичний приклад з царини виконавчої влади: громадяни під час виборів Бундестагу (федерального парламенту) обирають тих, хто їх представляє, тобто депутатів. А депутати визначають шляхом виборів у парламенті, хто буде канцлером, згідно зі статтею 63 Конституції Німеччини. Канцлер пропонує кандидатури міністрів, які призначаються Федеральним президентом відповідно до абзацу першого статті 64 Конституції Німеччини. Міністри призначають службовців на високі позиції у підпорядкованих їм органах виконавчої влади. Ці вищі посадові особи, у свою чергу, призначають підлеглих їм посадовців – публічних службовців і так далі. Якщо тепер публічний службовець офіційно представлятиме владу у відносинах із громадянином, то перевірка його легітимності поверне по описаному вище ланцюжку назад аж до акту участі громадян у виборах. Отже, в людському вимірі демократія означає можливість простежити і вивести всі важливі рішення з народного представництва за допомогою нерозривного ланцюжка легітимності¹⁶.

При цьому не слід забувати, що легітимність завжди – хай навіть і передана неперервним ланцюжком – є опосередкованою легітимністю. Проте конституційні положення не обов'язково виключають прямі вибори на деякі посади. Слід зауважити, що в інших країнах ця практика є набагато більш поширеним явищем.

с) Часовий вимір

I, нарешті, влада не може надаватись на необмежений період часу, оскільки так втрачається зв'язок із волею народу. Тому

¹⁶ BVerfGE 47, 253 (275); 77, 1 (40); 83, 60 (73 f.); C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016, § 2 Rn. 26.

уряд – це завжди здійснення влади і повноважень для прийняття рішень лише протягом певного часу, що означає, зокрема, обмеження визначеним часовим періодом. Тільки через регулярні вибори електорат, як носій влади, може оновлювати свою волю, здійснювати її адаптацію до політичних реалій і поновлювати демократичну легітимність своїх представників¹⁷. В іншому випадку народ опинявся б під владою одного разу обраних осіб на невизначений термін. Тому час до наступних загальних виборів не повинен бути надто великим.

Крім того, строк повноважень депутатів парламенту не може бути продовжений ними самими. Врешті-решт, вони були обрані тільки на певний період. На правління за межами цього періоду народ свою згоду не давав, тому такому продовженню бракувало б легітимності. Тож продовження строку повноважень законодавчого органу, яке в принципі не заборонене конституційними правилами, допускається лише для наступного його складу, після чергових виборів.

Разом із тим законодавчий орган повинен діяти протягом певного періоду. Це має, передусім, низку дуже практичних причин: щорічні вибори навряд чи є можливими з організаційних підстав, окрім того, їхнє проведення стало б фінансово відчутним навантаженням. Не слід також забувати, що політичні рішення потребують часу для їхньої реалізації. Занадто короткий строк повноважень законодавчих зборів навряд чи дозволив би належно реалізувати важливі і політично значущі проекти.

Панування, обмежене певним часовим інтервалом, тягне за собою відповідальність можновладців за свої дії. Вони завжди ризикують відчути політичне покарання і втратити владу під час наступних виборів. За бажання бути переобраними політики

¹⁷ H. Kühr/S. Ziehm, ZJS 2012, 206 (208), online abrufbar unter http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012_2_543.pdf.

мають брати до уваги волю народу. Тому панування, обмежене часом, виключає панування всупереч волі народу.

2. Процес пошуку і прийняття рішень

Народ, як такий, у своїй повноті, сам по собі не завжди і не в усьому здатний приймати рішення¹⁸. Важко уявити собі рішення мільйонів людей без структурування процесу прийняття такого рішення. Відповідно, воно вимагає певної організації і, зокрема, нормування процесу пошуку. Артикулювання/озвучення волі народу є можливим тільки завдяки інституціональній організації, створенню відповідних органів. «Волі народу» не існує самої по собі, але вона виникає у результаті процесу волевиявлення.

Самоорганізація народу, за збереження при цьому абсолютної рівності процесу прийняття/обрання рішення, стає неможливою, якщо кількість учасників цього процесу перевищує певну межу. Для неї постає потреба появи провідної або, принаймні, модеруючої фігури, правил координації доступу до слова тощо. Тобто у цілому процес прийняття рішень потребує організованих форм і може відбуватись лише за їх допомоги. Достатньо уявити собі кілька сотень людей, що мають взяти участь у вирішенні того чи іншого питання. Якщо демократія означає, що громадяни мають право брати участь у вирішенні справ, які стосуються усієї спільноти, то будь-який із цих громадян має брати участь у вирішенні питання, його інтерес має **бути представлений** у результаті. Обговорення, в якому візьме участь кілька сотень людей, є слабо ймовірним, а ухвалення рішення неможливим. Адже слід врахувати інтерес кожного, тому повинна бути встановлена процедура врахування цих інтересів. Класичним шляхом для цього є подання свого голосу на виборах або голосуваннях.

¹⁸ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 36.*

Оскільки всі громадяни не завжди можуть голосувати з усіх питань, постає питання про те, яким чином забезпечити постійну можливість співучасті великої кількості громадян. Якщо певне питання неможливо вирішити самому, то класичний спосіб – відправити свого представника. Він має представляти інтереси свого замовника/клієнта. Народний суверенітет, таким чином, реалізується, в основному, за рахунок репрезентації/представництва. Викликом і завданням для формування представництва народу є формування такого процесу прийняття обов'язкових державних рішень, за якого відбувається максимально можливе врахування побажань народу. У цьому формулюванні вчувається відлуння концепції **представницької демократії**. Йому протистоїть пряма демократія. Хоча в останньому випадку громадяни приймають свої рішення прямо і безпосередньо – тобто без посередників і представників – як по суті, так і щодо кадрових справ. Проте навіть найбільш пряма демократія не функціонує без належної організації і відповідних процедур¹⁹. Існують правила, якими визначається, які питання висуваються на голосування, наприклад, за умови збору певної кількості підписів громадян. Мають існувати правила голосування, правила визнання їх такими, що відбулись/наявності кворуму тощо і багато іншого.

Таким чином, народний суверенітет не може існувати без організації і процедур.

3. Принцип/правило більшості

У принципі демократія має на увазі врахування усіх інтересів у прийнятому рішенні. Цього може бути досягнуто шляхом переговорів і узгодження позицій. Як було показано вище, зі збільшенням кількості учасників та зростанням складності предмета, з приводу якого слід прийняти рішення, можливість дійти згоди, ухваливши прийнятне для всіх рішення, стає дедалі

¹⁹ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 38.

складнішою. Тому важливим правилом процесу прийняття рішень у демократичному суспільстві є рішення більшості. За цим стоїть утилітарна/практична думка, згідно з якою рішення більшості означає, що число прихильників є більшим, ніж кількість супротивників. Таким чином, демократична думка як ідея **самовизначення/суверенітету** громадян задоволена у тому розумінні, що визначилась більша кількість громадян, ніж кількість, що залишилась невизначеною. Ті ж, чия думка виявилась у меншості, мали можливість проявити свою волю у справі і не були змушені її змінювати.

З цим узгоджується й те, що рішення більшості мають підвищену **ймовірність їхньої реалізації**²⁰. В крайньому випадку, більшість здолає меншість просто за рахунок кількісної переваги. Таким чином, рішення більшості несуть стабільність.

Альтернативними до рішень більшості є одностайні рішення або рішення меншості. Забезпечити одностайність при прийнятті рішення є важкою і, мабуть, неможливою справою у багатьох питаннях. Голосування більшістю сприяють спрощенню процесу прийняття рішень. Якщо залишити панування за меншістю, то проблемою стане завдання встановити/знайти таку меншість. Вона, крім іншого, має бути прийнятною для більшості, інакше неминучим є повстання проти її панування. У сучасних суспільствах такі привілейовані меншини витворити неможливо²¹.

Оскільки панування є лише тимчасовим, рішення більшості також потребують постійного оновлення. Це тягне за собою важливі наслідки.

а) Сприяння загальному благу

Оскільки ті, хто перебуває при владі, в принципі хочуть бути переобрані на своїх посадах, вони повинні прагнути до прийняття рішень на користь громадян. Для цього вони мають діяти таким

²⁰ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 49.

²¹ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 48.

чином, аби здобути схвалення більшості громадян і їхню готовність до подальшого переобрання. Це означає, що рішення повинні прийматися так, аби задоволених громадян було більше, а незадоволених – якомога менше. В іншому випадку виникає небезпека не бути обраним знову. У цьому відображається зобов'язання представників політики **сприяти суспільному добробуту/загальному благу**. Таким чином, принцип більшості розгортає і чинить завчасний вплив на прийняття політичних рішень²².

Принцип більшості також обумовлює слідування центристським і дистанціювання від крайніх позицій. Адже для того, аби здобути більшість голосів, слід мати прихильність якомога ширшого кола виборців. Як правило, у виборців дуже різні, нерідко суперечливі інтереси. Принцип більшості, відтак, змушує гравців відмовитися від крайніх позицій з метою **пошуку компромісу**. Політичні антагоністи, протилежні полюси, таким чином, змушені вести діалог. Вони торгуються: одна сторона йде назустріч іншій або навіть поступається своїми позиціями, аби забезпечити реалізацію власних інтересів в іншому питанні. Ці домовленості можна вважати неформальними і, таким чином, буквально «досягнутими за зачиненими дверима». Проте компроміси і угоди шляхом діалогу між сторонами є нічим іншим, ніж бажаним і очікуваним наслідком принципу більшості. У такий спосіб можна шукати компроміс між різними і суперечливими інтересами громадян та, відповідно до їх ваги, врахувати при прийнятті політичних рішень.

b) Можливість меншості стати більшістю

Панування більшості логічно приводить до того, що існує переможена і, отже, підвладна меншість. Вона може й задовольнитись своєю роллю, якщо є, принаймні, потенційна можливість

²² M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 43.

стати більшістю. В іншому випадку навряд чи для неї існує сенс в перебуванні у спільноті, залишаючись постійно меншістю. **Можливість стати більшістю** мотивує прийняти небажане для себе рішення. Адже завжди залишається можливість залучити більшість на свій бік, маючи хороші аргументи і певну волю до дії. Тому демократія повинна завжди дозволяти зміни та корекцію. Тільки в цьому випадку може бути збережена й солідарність меншості.

с) Забезпечення прав (свобод)

Якщо переважає і панує більшість, завжди є ризик того, що інтереси меншості будуть представлені недостатнім чином, опиняться під загрозою або будуть порушені. Щоб не допустити цього і забезпечити суспільну згоду, більшість має гарантувати певний незалежний обсяг правової певності. Її також називають захищеними/недоступними для рішень більшості **гарантіями/правами**²³. Насамперед, це конституційні/фундаментальні права. Однією з основних їхніх функцій є захист меншостей та їхніх прав. Тільки забезпечення **гарантій їхнім позиціям** робить правило більшості стерпним і, отже, функціонально спроможним.

Крім того, саме конституційно гарантовані права на свободу і рівність забезпечують можливість стати більшістю. Зокрема, до них належать права вільно збиратися, висловлювати свої думки, поширювати їх та об'єднуватись. Ці права спираються на свободу зібрань, гарантовану статтею 8 Основного закону, свободу вираження поглядів, друку і мовлення, а також свободу творчості у розумінні статті 5 Конституції Німеччини і свободу асоціації, визначену в статті 9 Конституції Німеччини.

Формування політичної волі зазвичай відбувається шляхом поєднання індивідуальних інтересів. Організаційною формою при цьому виступають політичні партії як центральна форма політич-

²³ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 166 f.*

ного об'єднання з метою участі в політичному житті, що виражене в гарантіях статті 21 Конституції Німеччини. Можливість успішної участі в ухваленні політичних рішень вимагає також, аби політичні партії мали рівні шанси у конкурентній боротьбі. Таким чином, необхідним є захист рівності сторін у межах і поза межами виборчої боротьби²⁴.

d) Відкритість до змін

Багаторазово відзначений фактор часу, тобто обмеження павування в часі, є тим інструментом, який забезпечує можливість народу перевіряти свій вибір і ухвалювати інше рішення. Таким чином, суверенітет народу вимагає **можливості зміни прийнятих рішень**²⁵. У персональному вимірі це досить легко реалізувати, а саме – періодичністю виборів у законодавчі органи та зайняттям політичних посад на певний обмежений час. Політичні директиви, а з ними й закони можуть бути змінені й спрямовані в інші напрями. Проблема виникає тоді, коли приймаються рішення, вплив і наслідки яких неможливо повернути назад, або такий розворот можливий тільки з використанням великих обсягів грошей і часу. Це досить слушно щодо заходів, які впливають на довкілля, питання ядерної безпеки, зберігання ядерних відходів або вирубки лісів. Народний суверенітет вимагає діяти обачно, ухвалюючи незворотні рішення.

4. Обороноздатна демократія

Демократія забезпечує змінюваність політичної системи. Вона дає свободу не тільки відрізнятися один від одного і думати по-іншому, але й досягати власних інтересів, використовуючи наявні інструменти. Свобода вираження поглядів, зборів і асоціацій

²⁴ Більше про політичні партії див. у частині II, розділ II. 4.

²⁵ C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016, § 2 Rn. 76; M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 59.

забезпечує право кожного вільно виражати свої переконання і відстоювати та захищати їх.

Зокрема, стаття 21 Конституції Німеччини, яка вже дослівно проголошує багатопартійну демократію, гарантує свободу заснування партій у другому реченні першого абзацу. Вирішальним критерієм визнання партією є мета і бажання здобути представництво в органі, що репрезентує народ – в парламенті. Право партій, з урахуванням конституційних функцій політичних партій, визначає саме поняття і концепцію політичної партії. Його зміст не має жодних обмежень. Навіть реєстрація як така не потрібна. У своїй змістовній, тематичній спрямованості партії, відтак, є вільними. Тільки одна зі свобод, які надані Основним законом, ним не гарантується: свобода скасувати свободу. Це проявляється в реченні першому абзацу 2 статті 21 Конституції Німеччини. Відповідно до цієї норми, неконституційними є партії, які за своїми цілями або за поведінкою своїх послідовників мають намір завдати шкоди вільному демократичному ладу або скасувати його чи спричинити загрозу існуванню Федеративної Республіки Німеччина. Ця норма є формулою прояву **діє- і обороноздатності демократії**²⁶. Демократія, таким чином, войовничо протистоїть ворогам демократичної держави. Конституція забезпечує для цього відповідні засоби і процедури. До них належить, зокрема, можливість заборони партій, передбачена в абзаці другому статті 20 Конституції Німеччини²⁷.

Конституція також є документом, який протиставляється націонал-соціалізму. Тому вона містить гарантії проти повторного виникнення не правової держави. На додаток до заборони партій у ній міститься заборона об'єднань, передбачена в абзаці другому статті 9 Конституції Німеччини. Інструментом, який використовується при цьому заздалегідь, є заходи щодо захисту Конституції,

²⁶ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 171.*

²⁷ Щодо цього див. у частині 2 під пунктом II. 4с.

наприклад спостереження. Так, попри політичні привілеї, які гарантуються партіям, можуть здійснюватись заходи спостереження за партією, її членами або підпорядкованими чи первинними організаціями і допоміжними органами. Це впливає з обов'язкової логічності того факту, що лише таким чином можна здобути і зібрати докази підстав для заборони партії.

Обороздатна демократія також не зупиняється перед вільним мандатом, який гарантує речення друге абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини. Навіть правомірно обраний громадянами депутат втрачає свій мандат, якщо він є членом партії, забороненої Конституційним судом. Депутат може також, звичайно, за дотримання певних передумов, перебувати під спостереженням органів конституційного захисту.

II. Органи представницької демократії

Зрозуміло, що народний суверенітет, по суті, реалізується через представництво²⁸. При цьому зрозуміло, що комплексне представництво обов'язково вимагає **організації**. Якщо певна особа має бути представленою своїм повіреним, то достатньо, аби така особа надала відповідне доручення, тобто мандат. Носій мандату може потім чинити відповідні юридичні угоди та приймати рішення від імені і для свого клієнта. Але коли мільйони людей будуть представлені кількома сотнями представників, то й взаємодія таких представників у межах представницьких органів вимагає певного структурування. Це завдання бере на себе Конституція, яка, таким чином, передбачає створення відповідних представницьких органів, тобто Конституція бере на себе **інституційну**, або ж **установчу** функцію. Ці передбачені конституційними нормами органи представницької демократії мають надані їм компетенції і тим самим володіють легітимністю, тому можна говорити про

²⁸ Див. щодо цього в частині 2 під пунктом I. 2.

легітимаційну функцію Конституції. Дієздатність і, отже, можливість здійснення державної влади народ, таким чином, має не прямо, а через опосередкування своїми представницькими органами.

1. Бундестаг

а) Загальні положення

Бундестаг є центральним органом демократії. Він – єдиний орган, легітимність якого **безпосередньо впливає з волі народу**. Це робиться шляхом виборів членів Бундестагу, згідно з реченням першим абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини²⁹. Акт голосування на виборах є, таким чином, найважливішою формою вияву волі громадян. Цей прямий зв'язок із волею народу є причиною того, що будь-яке делегування/передача повноважень має мати свій початок у парламенті, тобто в Бундестазі. Якщо громадянин стає адресатом державних заходів, вони мають впливати з неперервного **ланцюжка легітимності**, що тягнеться аж до парламенту³⁰. Таким чином, хоча й побічно, ідеальне уявлення про природу державної влади народу набуває юридичного виразу. Водночас Бундестаг не має монопольного статусу, але займає своє, нехай і видатне, та не єдине місце поряд з іншими конституційними органами в межах структури поділу влади і відповідних повноважень. Визначена законом кількість членів Бундестагу становить, згідно з § 1 Закону про федеральні вибори, 598 депутатів. Через наявність передавальних мандатів фактична їх кількість може змінюватися³¹.

²⁹ Докладно в частині 2 під пунктом II.

³⁰ Див. щодо цього в частині 2 під пунктом I. 1б.

³¹ Див. щодо цього в частині 2 під пунктом III. 2б.

b) Завдання

aa) Законодавча функція

Право і провозастосування є основними і найважливішими інструментами панування. Таким чином, основною функцією Бундестагу є прийняття законів. До неї належить прийняття законів з матеріального і процесуального права.

Оскільки Німеччина є федеративною державою, в ній існує багаторівнева система. Землі, з яких складається Федерація, мають свої власні конституції та парламенти. Таким чином, поряд із федеральними законами співіснують закони земель. Відповідно до ієрархії норм, у випадку колізії між нормами право земель поступається праву Федерації. Однак слід зазначити, що парламенти земель також обираються, і, таким чином, вони є носіями безпосередньої легітимності, щоправда на іншому рівні.

Поряд із Бундестагом Бундесрат і Федеральний президент беруть участь у законодавчому процесі. З огляду на це Бундестаг не має **монополії** у сфері законодавства³². Проте слід зауважити, що участь Бундестагу у прийнятті формальних законів оминати неможливо, тоді як згода Бундесрату потрібна тільки для певних законів. Крім того, члени Бундесрату не обираються безпосередньо шляхом голосування.

Два визнані принципи правової державності визначають законодавство основним інструментом парламентської формотворчої прерогативи: принцип **примату закону** (1) і принцип **заснованості на законі** (2):

(1) Принцип примату закону

³² M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 11 Rn. 8.

Принцип примату закону, що впливає з абзацу третього статті 20 Конституції Німеччини, вимагає, аби державні органи були підпорядковані нормам чинного законодавства і дотримувались його. Виконавча влада, таким чином, має діяти відповідно до законів, тобто не повинна порушувати їх. Цей принцип діє беззастережно, його слід застосувати повністю і безумовно для всієї сфери виконавчої влади.

(2) Принцип заснованості на законі

Принцип заснованості на законі означає, що виконавча влада уповноважена діяти лише тоді, коли їй законом надано відповідні повноваження. Іншими словами: не здійснювати жодної дії без закону.

Отже, всі державні рішення підпорядковані законам, які були прийняті парламентом. Таким чином, Бундестаг здійснює від імені народу надані йому представницькі функції.

Щоправда, існує законодавство, яке ухвалив не Бундестаг, і до нього, наприклад, належать правові положення та постанови. Їх приймають органи виконавчої влади. Проте повноваження на видання положень і постанов, відповідно до абзацу першого статті 80 Конституції Німеччини, пов'язані саме з дозволом Бундестагу. Бундестаг, таким чином, не випускає правотворчу владу зі своїх рук. Звідси впливає, що й закони, які формально не є такими (правові положення) зводяться до волевиявлення Бундестагу і, таким чином, через нього – народу.

bb) Виборча функція

Відповідно до статті 63 Конституції Німеччини, Федерального канцлера обирає Бундестаг. Спочатку кандидатуру пропонує Федеральний президент. Як правило, пропонується кандидатура

канцлера, яку висунула найбільша партія і, таким чином, найчисельніша парламентська фракція. Обраною є особа, яка отримала голоси більшості членів Бундестагу. Якщо запропонована особа не обрана (чого до цього часу ніколи не траплялось) то, відповідно до абзаців третього і четвертого статті 63 Основного закону, має бути виконана передбачена там процедура. Хоча Федеральний президент обирається Федеральними зборами, однак Бундестаг, відповідно до абзацу третього статті 54 Конституції Німеччини, становить половину членів цих Федеральних зборів. Крім того, Бундестаг обирає, відповідно до абзацу першого статті 94 Конституції Німеччини, половину суддів Федерального конституційного суду.

Шляхом співучасті Бундестагу при визначенні персонального складу державних органів останні отримують, таким чином, народну легітимацію. Отже, Бундестаг реалізує владу народу.

сс) Контрольна функція

Серцевинним елементом побудови демократичної держави є поділ трьох гілок влади (законодавчої, виконавчої та судової) – **принцип поділу влади**. Відповідно до принципу *стримувань і противаг*, цей принцип служить для розподілу владних повноважень і, отже, здійснення взаємного контролю з метою дотримання балансу. Таким чином, істотною функцією Бундестагу є контроль за діями виконавчої влади. Відтак, йдеться про **парламентський контроль**. Він включає в себе, зокрема, контроль над урядом. Через зв'язок парламентської більшості і уряду парламентський контроль насамперед перетворюється на засіб/інструмент опозиції. Відповідно, парламентські контрольні повноваження є правами меншості.

Детальний розгляд показує, що здійснення контролю і контрольні механізми є частково складною, диференційованою матерією. Тому далі буде наведено як приклади лише деякі його аспекти:

- **Бюджетний суверенітет:** Фінансові питання є ключовими інструментами державного управління. Так, до повноважень Бундестагу належить затвердження проекту державного бюджету відповідним законом, за яким уряд отримує дозвіл належного використання фінансових коштів.
- **Співучасть у зовнішній політиці:** Договори ФРН з іншими державами або міжнародними організаціями підлягають обов'язковій ратифікації законом. Таким чином, вимагається згода Бундестагу, відповідно до речення першого абзацу другого статті 59 Конституції Німеччини.
- **Наступні контрольні інструменти:** Бундестаг і його комітети можуть, відповідно до абзацу першого статті 43 Конституції Німеччини, здійснювати своє **право цитувати**, тобто використовувати можливість виклику урядовців, щоб отримати від них необхідну інформацію. Тому поряд із правом цитування також йде право їх опитування. Крім того, депутатам безпосередньо, на підставі речення другого абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини, також належить право задавати питання, так зване **загальне право інтерпеляції**. Для нього, на відміну від права на запит, відповідно до абзацу першого статті 43 Конституції Німеччини, не вимагається рішення більшості. Для так званих великих і малих запитів потрібна тільки підтримка фракції або п'яти відсотків членів Бундестагу, як вимагають літера f абзацу першого та абзацу третього § 75 у поєднанні з абзацом першим § 76 Регламенту (Правил процедури) Бундестагу (GOBT). Згідно з § 105 GOBT, навіть один єдиний депутат може поставити короткі індивідуальні питання. Урядовці, у свою чергу, зобов'язані відповісти на поставлені питання.
- **Комітети:** Бундестаг за своїм рішенням формує комітети. Вони використовуються для обговорень та підготовки до прийняття рішень парламенту. Виходячи з їхньої місії, ко-

мітети поділяються на три категорії: ті, що сформовані відповідно до завдань міністерств; комітети, які стосуються виконання парламентських завдань і обов'язків і, нарешті, тимчасові комітети, які виникають відповідно до появи окремих завдань. Окрему роль виконують слідчі комітети, відповідно до статті 44 Конституції Німеччини. Детальні положення, які стосуються різних комітетів, частково містяться в самій Конституції, а значною мірою їх визначають Правила процедури (Регламент) Бундестагу.

с) Необхідні в умовах демократії функціональні вимоги

аа) Загальна репрезентація

Парламент є представництвом усього народу. Його членами є обрані депутати. Як і різнорідний народ, парламент лише у повному складі має право на представництво, тобто він є легітимним представницьким органом тільки у повному складі³³. Відповідно, всі обов'язкові рішення повинні бути прийняті повним складом депутатського корпусу.

Те, що насправді велика частина роботи відбувається в комітетах, має своє обґрунтування міркуваннями ефективності³⁴. Політичні рішення часто мають у своїй основі доволі складні матерії. Для опрацювання непростих питань потребується досвід та інтенсивне вивчення й обговорення відповідної проблематики. Тому нереалістичною виглядає вимога від кожного депутата всебічно знати і докладно розуміти сутність кожного рішення Бундестагу. Отже, допустимо і необхідно, аби рішення пленуму (повного складу) були підготовлені невеликими групами фахівців та/або депутатів, які інтенсивно займаються конкретним питанням. Цього вимагає вже практичний бік справи, оскільки об'єктивне обговорення по суті справи навряд чи може бути

³³ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 11 Rn. 49.

³⁴ C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016, § 7 Rn. 643.

належно проведене усім складом парламенту. Якщо ж рішення будуть підготовлені заздалегідь, іноді в неофіційному порядку, може виникнути негативне враження, що голосування є лише формальністю, тоді як рішення по суті вже було готове. Проте для того, щоб не ставити під сумнів свою дієздатність, Бундестаг повинен діяти продуктивно. Тобто, якщо остаточне рішення залишається за самим Бундестагом, тоді як попередня робота делегована дрібнішим утворенням, такий підхід є допустимою і обов'язковою практикою.

bb) Публічність

Народ, представлений парламентом, має повне право отримувати інформацію про дії і рішення останнього. Це є обов'язковою передумовою для того, аби мати можливість контролювати обраних представників і перевіряти, чи задовільним чином вони виконують свої представницькі функції для народу, роблячи на цій основі відповідні висновки³⁵. У цьому процесі можна виділити дві фази: процес формування політичної волі і прийняття остаточного рішення. З одного боку, народ повинен мати доступ до самого процесу прийняття рішень, аби, можливо, контролювати чи й втручатись у нього. Цьому відповідає публічність пленарних засідань парламенту і парламентських обговорень/дебатів, як це передбачає речення перше абзацу першого статті 42 Конституції Німеччини. Хоча громадяни й не можуть безпосередньо брати участь в обговореннях, проте конституційно гарантовані свободи дозволяють їм вільне вираження думок, свободу преси або свободу зібрань, де можна гостро висловити свою волю і представити її увазі широкої аудиторії.

Крім того, результати обговорень і, нарешті, прийняті рішення повинні бути прозорими. Тому доповіді і звіти про парламентські дебати та інші процедури підлягають опублікуванню. Те ж

³⁵ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 11 Rn. 52.*

саме стосується й прийнятих законів. Поінформований таким чином народ може на наступних виборах виразити своє задоволення шляхом переобрання або незадоволення виборами інших осіб/політичних сил через виборчий бюлетень, тим самим реалізуючи свій політичний суверенітет.

сс) Правило/принцип більшості

Бундестаг приймає рішення більшістю голосів³⁶. У процесі пошуку і формування більшості, який досягається за рахунок компромісу, неминучим є врахування багатьох інтересів. Таким чином, принцип більшості сприяє легітиматії ухваленого рішення за рахунок максимально можливого і широкого кола врахованих інтересів.

Виділяють різні поняття, які означають різні варіанти більшості:

- **проста більшість**: проста більшість відданих голосів – речення перше абзацу другого статті 42 Конституції Німеччини (число поданих голосів «за» переважає кількість голосів «проти»).
- **відносна більшість**: за певну позицію віддано більше голосів, ніж за кожну іншу окремо, але не більше 50% голосів, – речення друге абзацу шостого статті 54 Конституції Німеччини.
- **кваліфікована більшість**: від числа поданих голосів повинна бути досягнута певна частка, кворум, що, зазвичай, становить дві третини, – речення друге абзацу першого статті 42 Конституції Німеччини.
- **абсолютна більшість членів**: повинно бути отримано більше половини голосів передбаченої нормативним положенням кількості членів органу.

³⁶ Докладно в частині 2 під пунктом I. 3.

- **кваліфікована більшість членів**: має бути отриманий певний кворум (частка голосів) від передбаченої нормативним положенням кількості членів органу – абзац другий статті 79 Конституції Німеччини.

Чим важливішим є рішення, тим вищі вимоги встановлюються конституційними положеннями. Так, внесення змін до Конституції вимагає, відповідно до абзацу другого статті 79 Конституції Німеччини, голосів двох третин складу членів Бундестагу. Підґрунтям цієї вимоги є те, що, зазвичай, потрібна й участь опозиції для того, щоб одержати цю кількість голосів.

d) Статус депутатів

Згідно з реченням другим частини першої статті 38 Конституції Німеччини, депутат є представником усього народу, тому він не зв'язаний жодними наказами або інструкціями і керується тільки власною совістю. Таким чином, речення друге абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини захищає незалежний мандат депутатів. Посада депутата вимагає від нього служіння загальному благу. З цим пов'язаний певний особливий **статус**, який використовується для підтримки і реалізації принципу демократії. Сувереном є народ, який реалізує свою державну владу через вибори, як це передбачено абзацами першим і другим статті 20 Конституції Німеччини. Як представник народу, депутат має своїм завданням і відповідальністю слідувати інтересам народу за допомогою політичних рішень.

aa) Функція репрезентації/представництва

За допомогою свого мандата депутат стає підрядником виборців. Можливості народу самостійно ефективно представляти свої інтереси є обмеженими. Депутат же має, відповідно до Конституції, право голосу в парламенті. Тому його роль полягає в тому, аби реалізувати думку народу в демократичному процесі та

належно інституціоналізувати її і визначати політику держави, відповідно до уподобань народу, надавши їй таким чином легітимності³⁷. Тому депутат є політичною зв'язуючою ланкою між населенням і органами прийняття політичних рішень.

Оскільки парламент як народне представництво репрезентує народ у його сукупності, окремі депутати не є ні представниками громадян зі свого виборчого округу, ні індивідуальними представниками усього народу. Тільки сукупність депутатів представляє народ у цілому. Таким чином, визначається вага індивідуального носія мандата: виключення вже одного депутата впливає на процес прийняття рішень в парламенті і, отже, його функцію як народного представництва.

bb) Комунікаційна і трансформаційна функції

Вільний мандат, передбачений реченням другим абзацу першого статті 38, включає в себе *двосторонній процес комунікації* між громадянами і депутатами. Тут йдеться про *функцію перетворення/трансформації*³⁸. Депутат є не просто рупором громадян. Пряма передача різних політичних поглядів та інтересів через нього у механізми прийняття політичних рішень неможлива. Але депутат має структурувати думки, пов'язувати їх і тільки потім вирішувати, чи варто, якою мірою і, зокрема, з якою пріоритетністю реалізувати ці інтереси під час прийняття політичних рішень. Існує, таким чином, не просто передача поглядів і думок, а й їх зважування, упорядкування та аргументована підготовка. Водночас мандат депутатів супроводжує функція інформування народу про факти або думки, що є важливими для прийняття актуальних рішень. Саме цей діалог між парламентарями і виборцями дозволяє ефективну передачу очікувань і турбот громадян у політичні процеси прийняття рішень.

³⁷ M. Morlok/E. Sokolov, DÖV 2014, S. 405 (407).

³⁸ M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 34; S. Magiera, in: M. Sachs (Hrsg.) GG-Kommentar, 6. Aufl. Art. 38 Rn. 26.

сс) Гарантії свободи мандата

Похідний від народного суверенітету статус депутатів охороняється відповідними правовими нормами.

(1) Парламентські права співучасті

Для того, щоб депутати могли представляти народ, у них повинні бути права на співучасть. Такі права виводять із положень речення другого абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини і деталізують у нормах регламенту (Правил процедури) Бундестагу. До них належать: права на участь, координацію, висловлення, постановку запитань і на отримання інформації. Важливим правом депутатів є також можливість об'єднуватися з іншими депутатами у групи і фракції³⁹, оскільки фактичний вплив, як правило, ефективніший за участь великої кількості однодумців.

(2) Звільнення від відповідальності

Абзац перший статті 46 Конституції Німеччини регулює захист депутатів від будь-яких позапарламентських дій уряду, що втручаються у діяльність депутатів через їхні виражені в процесі діяльності в Бундестазі або в одному з його комітетів погляди чи голосування. Таким чином, гарантований індемнітет забезпечує повну свободу дій депутатів всередині парламенту і, отже, відвертає навіть непрямі загрози, пов'язані з внутрішньопарламентськими промовами і голосуваннями.

(3) Імунітет

Абзац другий статті 46 Конституції Німеччини включає в себе захист від судового переслідування за «карані діяння». Фактична сфера захисту цієї норми охоплює вже порушення кримінальної справи. Тільки на основі попередньої прямої згоди парламенту цей захист може бути скасований, тому відповідні процедури можуть

³⁹ Більше щодо цього питання далі в пункті II. 1d, dd).

бути проведені лише після зняття імунітету. Таким чином, Бундестаг приймає рішення про допустимість дій щодо своїх членів. Депутати, отже, користуються імунітетом, тобто захистом від кримінального покарання.

(4) Право на відмову від давання свідчень або надання доказів, заборона конфіскації

Крім того, відповідно до речення першого статті 47 Конституції Німеччини, депутат не зобов'язаний розкривати інформацію, що має для нього значення, а також довірену йому як депутату інформацію. Отже, має місце індивідуальне суб'єктивне право на відмову від давання показань або надання доказів. Це захищає депутата також від розголошення відомостей про осіб, від яких він отримує інформацію, а також осіб, яких інформує сам депутат. Навіть обставини комунікації охоплені цим захистом, якщо вони дозволяють зробити висновок про їхній зміст. Той факт, що комунікація відбулась, сам по собі є важливою інформацією. Крім того, з нього можливі висновки про депутата і його діяльність.

Поряд із цим має місце заборона конфіскації, передбачена в реченні другому статті 47 Конституції. Вона доповнює право на відмову від давання свідчень або надання доказів, тобто має той самий обсяг.

dd) Фракції

Незважаючи на те, що Конституція не передбачає щодо фракцій жодного особливого положення, а лише згадує їх у реченні другому абзацу першого статті 53а Конституції Німеччини, вони мають першорядне значення для парламентської демократії. Йдеться про групи депутатів із подібною політичною орієнтацією. В основному вони є членами однієї партії. Незважаючи на цей фактичний зв'язок із партіями, політичні фракції не є частинами партій, але складовими елементами парламенту.

Цей юридичний поділ особливо важливий у питаннях політичного фінансування.

Уже було сказано, що парламентська демократія вимагає наявності більшості. Якщо фракція діє узгоджено, вона може забезпечити собі більший вплив на політичні рішення. Кожен член парламенту не має достатньо часу і досвіду для вивчення кожного предмета і формування всебічно зваженої думки. Фракції складаються з однодумців, у результаті чого внутрішні структури можуть функціонувати на основі взаємної довіри. Фракції можуть створювати робочі групи для вирішення конкретних питань. У зв'язку з цим член групи може покладатись на напрацьовану за результатами роботи групи позицію і, відповідно, голосувати за неї в парламенті. Таким чином, фракції є необхідними засобами прийняття рішень і особливо – прийняття рішень у парламенті. Право об'єднуватися у фракції і, таким чином, мати реальний вплив на конкретні рішення впливає, як було показано вище, з речення другого абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини.

Формування фракції відповідно до § 10 GOBT вимагає участі, принаймні, 5 % членів Бундестагу.

Ситуація, коли фракція буде мати можливість за допомогою тиску вимагати від свого члена певного рішення, або й узагалі загрожуватиме вжиттям дисциплінарних заходів, суперечитиме ідеї вільного мандата. Така ситуація вважатиметься недопустимим **примусом фракції**. Слід відрізнити його від звичайної практики **фракційної дисципліни**. Вона характеризується тим, що в інтересах одноманітного формування політичної волі фракції свобода політичного вибору депутатів, що входять до неї, обмежується⁴⁰. Це досягається за допомогою пробних голосувань і, за необхідності, дискусіями/протистоянням із тими, хто відхиляється від лінії фракції. Одним із можливих, але таких, що вимагає пояснень, є відкликання члена фракції з комітету або

⁴⁰ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 11 Rn. 52.*

навіть і виключення з фракції. Але член фракції може шукати судового захисту у Федеральному конституційному суді. Межі між законною і незаконною партійною дисципліною і фракційним примусом розгледіти нелегко.

2. Бундесрат

[Пояснення, що стосуються Бундесрату, свідомо сформульовані коротко в цьому матеріалі.]

Бундесрат є незалежним вищим федеральним органом. Статті 50–53 Конституції Німеччини містять основні конституційні положення щодо його статусу. Проте і в інших статтях можна знайти положення про повноваження Бундесрату, зокрема у статтях 76 і 77 Конституції Німеччини. Бундесрат слугує координації між землями, а також взаємодії між федеральними та земельними органами влади. Він повинен представляти інтереси земель на федеральному рівні і, отже, також створює певну протывагу Бундестагу. Адже політичний баланс сил у землях і в їх представницьких органах часто відхиляється від балансу сил у федеральному парламенті. Слід зазначити, що Бундесрат, незважаючи на цю свою функцію, є органом Федерації, а не земель. Разом із тим він не є прямим представницьким органом народів земель. Його члени не обираються безпосередньо й прямо і тому не є депутатами, а залишаються членами урядів відповідних земель, згідно з реченням першим абзацу першого статті 51 Основного закону. Хто є членом уряду землі, визначається конституційним порядком кожної з 16-ти німецьких земель.

Завданням Бундесрату, відповідно до статті 50 Конституції Німеччини, є співучасть у законодавчому процесі і в управлінні Федерацією. Але при цьому цей орган не є незалежною другою парламентською палатою. На відміну від Бундестагу (речення перше абзацу першого статті 77 Конституції Німеччини), Бундесрат не приймає федеральні закони, але бере участь у законодавчому процесі. В принципі кожний закон приймається, якщо Бундесрат

надає згоду або, принаймні, не висуває заперечень. Якщо Бундесрат використовує своє право вето, ухвалюючи відповідне рішення, то він може **тимчасово** зупинити законодавчий процес і таким чином відстрочити його, але не зможе повністю заблокувати. Виняток становлять так звані закони, що потребують погодження. Вони приймаються тільки у випадку рішення Бундесрату про згоду. Таким чином, щодо них він має свого роду вето.

Крім того, Бундесрат, відповідно до статті 50 Конституції Німеччини, бере участь в управлінні Федерацією, але сюди входить вся виконавча влада, і, таким чином, і сам Федеральний уряд.

3. Уряд

Федеральний уряд, як правило, знаходиться в центрі політичних подій. Основні політичні ініціативи, зазвичай, пропонуються урядом і його главою, Федеральним канцлером, який майже завжди є найпомітнішою фігурою в німецькій політиці. Як і личить політичному нервовому центру держави, у федеральному уряді збігаються разом різні напрямки і лінії. По-перше, уряд відповідає за здійснення низки конкретних завдань, він власне виконує функції і завдання уряду. Канцлер визначає «напрямки і директиви політики», як це передбачає речення перше абзацу першого статті 65 Конституції Німеччини, що є досить розпливчастим висловлюванням. Для виконання цих завдань уряд володіє різними компетенціями. Наприклад, він може внести законодавчі пропозиції в Бундестаг, відповідно до частини першої статті 76 Основного закону, він пропонує проект бюджету Федерального уряду, згідно зі статтею 110 Конституції Німеччини, він також представляє Німеччину в справах Європейського Союзу, про що вказано в абзацах 1 і 2 статті 15; абзацах 1 і 2 статті 16 ДФЕ; статті 23 Конституції Німеччини, він контролює дії Федерального президента в різних відносинах, згідно з реченням першим абзацу першого статті 58 і реченням першим абзацу

першого статті 81 Конституції Німеччини, або здійснює контроль за виконанням федеральних законів землями, відповідно до статей 84, 85 Конституції Німеччини.

Але Федеральний уряд також знаходиться на чолі адміністрації/виконавчої влади Федерації, як впливає з положень статті 86 Конституції Німеччини, і виконує завдання управління. Отже, незважаючи на те, що Федеральний уряд є частиною виконавчої влади, він має при цьому ще одну важливу функцію: значна частина законодавчих ініціатив пропонується урядом (а не Бундестагом чи Бундесратом). Федеральний уряд при виконанні своїх завдань має підтримку армії чиновників у міністерствах, а тому користується їхнім досвідом у різних сферах. Особливо висока активність уряду в різних сферах, зокрема у сфері законодавства, відповідно може бути пояснена великими наявними ресурсами.

Важливому теоретичному і ще більшому практичному значенню уряду відповідає велика увага, яку звертають на нього і його діяльність у засобах масової інформації та в публічній сфері: вибори в Бундестаг сприймаються значною мірою як боротьба між двома провідними кандидатами на пост Федерального канцлера, незважаючи на те що Федеральний канцлер обирається парламентом, а не безпосередньо народом. Закони в сприйнятті багатьох громадян вважаються результатом роботи уряду, поняття уряду іноді повністю ототожнюють з поняттям «держава». При цьому інколи проходить повз увагу те, що Німеччина є парламентською демократією, в якій уряд із Федеральним канцлером на чолі залежить від довіри з боку парламенту.

Федеральний уряд (іноді його називають «кабінет») складається з Федерального канцлера і міністрів. Творцем і главою Федерального уряду є Федеральний канцлер. Він може на свій розсуд пропонувати Федеральному президенту обраних ним кандидатів на посади міністрів і може, знову ж, пропонувати

звільняти їх, як встановлено в абзаці першому статті 64 Конституції Німеччини. На практиці Федеральний канцлер, звичайно, не є таким вільним у прийнятті рішень, як це вбачається з тексту Конституції. Він, призначаючи та звільняючи з посад міністрів, повинен брати до уваги різні погляди: позиції його власної партії та її земельних об'єднань, своєї власної фракції в Бундестазі, партнерів по коаліції (всі Федеральні уряди раніше, за одним винятком, були коаліційними), а також враховувати громадську думку.

Життя нового Федерального уряду, таким чином, починається з того, що обирається новий Федеральний канцлер. Вибори Федерального канцлера регулюються в статті 63 Конституції Німеччини. У ній можна відрізнити три варіанти: відповідно до абзаців першого і другого статті 63 Конституції Німеччини, Федеральний президент висуває кандидатуру, яка потім може бути затверджена Бундестагом голосуванням більшості його членів. Усі Федеральні канцлери були обрані саме за допомогою цього методу. Якщо кандидат, запропонований Федеральним президентом, не отримає більшості, Бундестаг може спробувати самостійно знайти кандидата, який потім, у свою чергу, має об'єднати більшість голосів членів Бундестагу для того, аби стати Федеральним канцлером, відповідно до абзацу третього статті 63 Конституції Німеччини. Якщо протягом 14 днів за цим провадженням не буде обрано Федерального канцлера, Бундестаг може спробувати в наступному турі голосування обрати його самостійно. Якщо запропонований кандидат не набере більшості голосів членів Бундестагу, Федеральний президент може на свій розсуд все одно призначити особу, обрану Федеральним канцлером, або розпустити Бундестаг і так відкрити шлях до нових виборів, відповідно до абзацу четвертого статті 63 Конституції Німеччини. Вибори Федерального канцлера проводяться таємним голосуванням (§§ 4, 49 GOBT).

Крім того, існування і діяльність Федерального уряду безпосередньо залежить від Федерального канцлера. Якщо термін повноважень на посаді Федерального канцлера припинено, Федеральний уряд іде у відставку. Канцлер може втратити свою посаду внаслідок смерті, відставки, по закінченні законодавчого періоду або з обранням нового канцлера. Попередній період, на який обрано законодавчий орган, закінчується з першим засіданням нового Бундестагу, про що говориться в реченні другому абзацу першого статті 39 Конституції Німеччини. У той же час завершується й термін повноважень старого уряду і Федерального канцлера, які були обрані попереднім складом парламенту. Як правило, строк повноважень законодавчого органу закінчується через чотири роки, як встановлює речення третє абзацу першого статті 39 Конституції Німеччини. Але він може також закінчитися передчасно, якщо Федеральний канцлер не знаходить більшості за його пропозицією висловити йому довіру (питання політичної довіри) в Бундестазі. У цьому випадку Федеральний президент керується політичним розсудом, чи слідуватиме він пропозиції Федерального канцлера розпустити Бундестаг, чи ні, згідно з реченням першим статті 68 Конституції Німеччини. Якщо Федеральний президент обирає розпуск Бундестагу, протягом шістдесяти днів мають пройти вибори, як того вимагає речення четверте абзацу першого статті 39 Конституції.

Бундестаг може також переобрати чинного Федерального канцлера протягом часу поточного складу законодавчого органу, тим самим обравши нового Федерального канцлера на посаду. Для цього Основний закон містить можливість висловити конструктивний вотум недовіри, передбачений у статті 67 Основного закону. Згідно з цією нормою, парламент може висловити Федеральному канцлеру недовіру, але – і це є особливістю згаданої норми – одночасно він має обрати нового Федерального канцлера. У зв'язку з цим канцлер (і з ним весь уряд) є залежним від довіри

до нього Бундестагу. Бундестаг може позбавити Федерального канцлера довіри, коли він тим самим актом обирає наступного кандидата на цю посаду. Просто відмова від старого канцлера є недостатньою. У зв'язку з цим такий вотум недовіри називається «конструктивним». Метою цього правила є запобігти ситуації, коли діють Федеральний канцлер і уряд, що не мають підтримки в парламенті, яку вони повинні мати, аби разом з Бундестагом формувати поточну політику. Парламентська більшість при цьому необхідна для ухвалення нового законодавства або прийняття нового федерального бюджету.

Внутрішня організація роботи Федерального уряду відбувається за трьома різними принципами: Федеральний канцлер, згідно з реченням першим статті 65 Конституції Німеччини, визначає основні і загальні напрями політики (так званий «*канцлерський принцип*»), за яким основні принципи політики уряду визначаються Федеральним канцлером. Це повноваження опирається на право керувати діяльністю уряду, відповідно до речення четвертого статті 65 Конституції Німеччини, конкретизовано § 2, 6, абзацом першим §22 Регламенту Федерального уряду і організаційними повноваженнями. Вони означають, що Федеральний канцлер визначає кількість і обов'язки федеральних міністерств, як передбачено в абзаці першому статті 64 Конституції Німеччини, реченні першому § 9 Регламенту Федерального уряду⁴¹.

У рамках встановлених Федеральним канцлером керівних принципів міністри спрямовують свою діяльність самостійно і під свою відповідальність (так званий «*відомчий принцип*»), як указує речення друге статті 65 Конституції. Згідно з ним, кожен міністр самостійно організовує своє міністерство і ухвалює в рамках

⁴¹ Проте виняток становлять міністерства, які передбачено конституційними положеннями: юстиції, оборони і фінансів – речення четверте абзацу другого статті 96, статті 65а, абзацу третього статті 108 Конституції Німеччини.

принципових напрямів, встановлених Канцлером, політичні рішення в межах компетенції Міністерства.

Однак Федеральний уряд діє не тільки через окремих його членів, таких як канцлер або міністри, а й у цілому (так званий «*принцип кабінету*»). У цих випадках рішення приймаються більшістю членів уряду. Це стосується таких важливих компетенцій, як внесення законодавчих пропозицій у Бундестаг, відповідно до абзацу першого статті 46 Конституції Німеччини, скликання погоджувального комітету, згідно з абзацом другим статті 77 Конституції Німеччини, а також ухвалення урядових положень, як наведено в реченні першому абзацу першого статті 80 Конституції Німеччини.

4. Політичні партії

Передусім, слід уточнити місце цього розділу в матеріалі: політичні партії **не є державними органами**. Вони в принципі є **об'єднаннями груп осіб**. Через умови особливої близькості до держави, які будуть обговорюватися нижче, політичні партії мають особливий статус і тому розглядаються тут відразу ж після інститутів представницької демократії.

Для особливого становища організацій, які називаються «політичні партії», покажемо те, що їм присвячено **окреме конституційне положення – стаття 21 Конституції Німеччини**.

а) Функції

Вихідним пунктом для розуміння функцій партій є текст конституційних положень. Згідно з реченням першим абзацу першого статті 21 Конституції Німеччини, партії беруть участь у формуванні політичної волі народу. Це конституційно-правове визначення завдання партій слід розглядати в світлі принципу демократії і його втілення в абзацах першому і другому статті 20 Конституції

Німеччини⁴². Постульоване там народовладдя здійснюється, в основному, через вибори представників народу. Конституція цим віддає владу народові, та водночас її здійснення залишається в руках органів державної влади. Результатом є необхідність посередництва між волею народу і конкретними рішеннями державних органів. Іншими словами це можна сформулювати так: народ повинен визначити своїх представників і передати цим представникам свою волю.

Для того, аби взагалі конвертувати різнорідні інтереси народу в політичні рішення, вони повинні бути визначені. Істотна функція партій полягає в тому, що вони намагаються **збирати разом різноманітні потреби та інтереси громадян**, узагальнювати і агрегувати їх.

З формулювання «брати участь» можна зробити висновок, що йдеться не тільки про збір і узгодження існуючих інтересів народу, а й про вплив на **формування думок і політичних позицій**, що належить власне до завдань політичних партій. Завданням політичних партій є обговорення і встановлення політичних компетенцій та пропозиції щодо вирішення відповідних проблем. Усе це, зазвичай, визначається й озвучується в партійних програмах і платформах, які й визначають політичні цілі. Партії можуть і покликані для того, аби поширювати власні переконання та рекламувати свої партійні цілі, критикувати інших і таким чином інформувати громадян.

І, нарешті, вже поширені чи сформовані або пропоновані інтереси громадян мають бути перетворені на відповідні політичні рішення. Це завдання включає в себе перемоги на парламентських виборах і обрання до парламентів великої кількості членів партії аби, за можливості, досягти більшості в народному представництві. Далі йдеться про зайняття якомога більшої кількості високих позицій і посад, щоб забезпечити і розширити свій вплив. Абзац

⁴² Щодо принципу демократії див. уже в частині 2, пункт I.

другий § 1 Закону про політичні партії визнає їхню необхідність і знову ж, гарно ілюструючи, визначає їх функції.

На реалізації цих функцій політичні партії спеціалізуються і – як показує досвід різних демократичних країн – вони не мають альтернативи, принаймні повністю їх замінити нічим.

b) Правові гарантії функціонування

Як вже було зазначено, партії є сполучною ланкою між громадянами і державними установами. Завдяки тому, що вони **укорінені в суспільстві**, їх організація відповідає принципам приватних об'єднань, тобто вони є об'єднаннями громадян за змістом Цивільного кодексу Німеччини. Оскільки їхні завдання тісно пов'язані з державою, вони користуються особливими правами, які надаються їм положеннями статті 21 Конституції Німеччини, перериваючи приписи Цивільного кодексу. Таким чином, вони, юридично висловлюючись, перебувають на межі між **громадською, суспільною, з одного боку, і публічною, державною** – з іншого, сферами. Тому партійне право як таке не підсумоване в одному законі, а складається, зокрема, з Конституції, Закону про політичні партії, з виборчого права, з Цивільного кодексу та інших законів.

Особлива роль політичних партій для демократії вимагає правових **гарантій функціонування** цих організацій. Такі гарантії визначаються статтею 21 Конституції Німеччини і, вважається, можуть бути описані з використанням **чотирьох елементів їх статусу**. Формування цих гарантій можна знайти в Законі про політичні партії. Нижче наведено тільки часткові відомості з цього питання⁴³, в центрі уваги тут перебувають положення конституційної теорії.

⁴³ В основному, про це йдеться на лекції.

aa) Статус свободи

Абзаци перший і другий статті 21 Конституції Німеччини гарантують існування і функціонування політичних партій. Демократія вимагає **формування політичної волі знизу вгору**. Партії як утворені громадянами об'єднання являють собою найважливішу форму політичної участі. Відповідно стаття 21 Конституції Німеччини регулює **гарантію існування партій як суспільного інституту**. Вона гарантує, що партії можуть і повинні бути створені та функціонувати. Звідси випливає незалежність від держави **свободи утворення** партій. Для утворення партії не вимагається жодного процесу реєстрації. Крім того, партії повинні бути в змозі діяти вільно без жодного державного впливу. Стаття 21 Конституції Німеччини є **гарантією гарантування**, тобто вона забезпечує певну сукупність прав і свобод. Щоправда, сама по собі стаття 21 не є конституційним/фундаментальним правом, але забезпечені нею свободи «прикривають з флангів» конституційні/основні права, такі як свобода слова, свобода зібрань та свобода власності, гарантовані Конституцією Німеччини.

До основних прав, які впливають зі статусу свободи, належать, у тому числі, й індивідуальні права, такі як вступ та участь або вихід із партії. Оскільки в багатопартійній державі партії зазвичай перебувають в конкурентній боротьбі, свобода партійної діяльності також захищає ідеологічні характеристики партій, згідно з якими останні мають можливість жити і втілювати їх у життя. Це починається з права формувати власну програму відповідно до власних уявлень та ідей, що в реченні першому абзацу першого § 6 Закону про політичні партії навіть формулюється як обов'язок партій: укласти власну програму, і продовжується як можливість виключення з партії або вже і як відмова від прийняття/участі у партії тих кандидатів, які, за партійною оцінкою, не підходять до неї.

bb) Статус рівності

Термін «партій», що міститься в абзаці першому статті 21 Конституції Німеччини, вжито в множині, що показує багатопартійність політичної системи, сформованої за Конституцією. Партії мають на меті одні й ті ж цілі: вигоду своїм членам і здобуття голосів виборців, отримання мандатів та зайняття виборних посад. Усе перераховане доступне лише обмеженій кількості. Отже, між політичними партіями існує конкуренція за бажані ресурси. Конкуренція сама по собі не несе нічого негативного, а, навпаки, може справляти позитивний вплив. Для демократії відкрита конкуренція становить широку варіативність вхідної матерії. Але це триватиме тільки до тих пір, доки конкуренція для всіх учасників буде справедливою і рівною. Тому необхідним є **впорядкування конкурентної боротьби**.

Отже, зі статті 21 Конституції Німеччини в поєднанні зі статтею 3 Конституції Німеччини можна вивести право на **партійно-політичну рівність можливостей/шансів**. Це не означає, що всі партії повинні отримати однакові фінансові можливості, вплив, кількість членів, виборців і посад. Це було б незаконним втручанням у поточну конкурентну ситуацію. Сила і влада окремих партій полягає в їхній підтримці громадянами і відображає їх укоріненість у суспільстві. Спотворення таких умов реалізації волі народу не є сумісним з Конституцією. Конкуренція означає, що є переможці і переможені. Їхня наявність відповідає уподобанням народу. Відповідно справедлива конкуренція означає, що всі партії мають однакові шанси на перемогу або поразку. Як їх буде використано в кожному конкретному випадку – перебуває за межами впливу і оцінки з боку держави. Вона, однак, має гарантувати, що не використовуватимуться недобросовісні прийоми і не відбуватимуться зловживання, які можуть призвести до спотворення конкуренції. Відповідні порушення і злочини повинні підлягати покаранню.

Особливої уваги завжди заслуговує фінансування партій. Його можна проілюструвати принципом **поділених на ступені рівних можливостей**: партії отримують щонайбільше половину коштів від держави. Якби кожна з партій незалежно від її політичного результату отримувала однакову суму грошей, то маленька партія, що не мала жодних успіхів у виборах і, таким чином, отримала мало підтримки серед населення, могла би бути політично активною тією ж мірою, що й велика успішна партія, яку підтримує багато громадян. Наслідок цього – вона могла б винаймати, крім усього іншого, таку ж кількість співробітників, як велика партія, замовляти так само багато реклами тільки тому, що держава її фінансує, і так одержати більший успіх за державний кошт. Держава, однак, зобов'язана дотримуватись **політичної нейтральності**. Звідси випливає, що держава ранжирує партії з огляду на їхнє фінансування, тобто може ставитись до них відповідно до їхніх політичних досягнень. Класичною відправною точкою для розподілу державного фінансування між партіями є посилення на результати попередніх виборів і пропорційний розподіл коштів відповідно до чітких критеріїв розподілу народної підтримки. Таким чином держава реалізує підтримку конкуренції, не спотворюючи її. Проблема полягає в тому, однак, що фінансування німецьких партій означає державну підтримку отриманих членських внесків партії і залученого як пожертвування капіталу: для фінансових внесків партій фінансові можливості громадян відіграють головну роль. На відміну від стану на виборчих дільницях у фінансових питаннях не всі є однаково рівними.

сс) Статус публічності

Як і більшість основних процесів, важливих для демократії, партійна діяльність також вимагає прозорості. Отже, існує також **підпорядкування політичних партій вимозі публічності**. Громадяни і виборці повинні мати можливість бути поінформованими про цілі партії: з одного боку, щоб мати можливість вільно

обирати, до якої з партій вони потенційно хочуть приєднатися, з іншого, – звичайно ж, отримати уявлення про те, які політичні погляди, швидше за все, будуть реалізовані в разі обрання і приходу партії до влади. Абзац третій § 6 Закону про політичні партії реалізує ці вимоги, встановлюючи, що партії повинні забезпечити доступ громадськості до своїх статуту і програми.

Особливе значення надається прозорості фінансування політичних партій. Громадяни повинні мати змогу розуміти, хто шляхом надання фінансової допомоги у вигляді пожертвувань на користь партії може впливати на її діяльність. Вимога прозорості фінансів партії має конституційну вагу (речення четверте абзацу другого статті 21 Конституції).

Принцип публічності/громадського доступу також стосується й відносин усередині партії. Звідси випливає, що члени партії мають мати можливість отримувати інформацію про діяльність керівництва партії (абзац п'ятий § 9 Закону про політичні партії) або доступ до засідань/слухань/проваджень партійних арбітражів.

dd) Статус внутрішньопартійної демократії

Партії є основним засобом політичної участі громадян. Свою важливу роль вони, швидше за все, не зможуть реалізувати, коли рішення всередині партій буде залежати виключно від їхніх еліт чи лідерів. Тому речення третє абзацу першого статті 21 Конституції Німеччини вимагає, аби внутрішня структура партій відповідала **демократичним принципам**.

Це означає, що принцип демократії матиме вагу і у внутрішніх питаннях діяльності партій, однак не однаковою мірою з державним сектором. Через відкриття просторів дії на власний розсуд і можливих винятків повинні враховуватися особливості партійної діяльності і функції партій. Внутрішня демократія, таким чином, **потребує розбудови й уточнення**.

Незамінним і непорушним, однак, є процес прийняття рішень знизу вгору. Для цього § 7 Закону про політичні партії передбачає структурування партій шляхом поділу на регіональні підрозділи. Таким чином члени партії повинні отримати реальну можливість ефективної участі у роботі партії. Крім того, в рамках партій застосовується **принцип більшості**, а з ним – і **право на опозицію**. Аби забезпечити можливість трансформації балансу сил і зберегти за членами партії можливості контролю, необхідним також є обмеження влади в партії на тривалий час. Тому правління партій обирається тільки на строк до двох років, як вимагає абзац перший § 11 Закону про політичні партії. Не всі рішення можуть прийматись низовими партійними органами: це було б нереальним тягарем. Проте важливі рішення мають бути застережені за загальними зборами/з'їздом, що є зареєстрованим і юридично регламентованим зібранням посадових осіб та членів політичної партії. Йдеться, в основному, про делегатів з'їзду. Ці інститути гарантують, що правляча еліта не визначає за власним бажанням партійну лінію.

Усі ці гарантії є корисними тільки тоді, коли їм відповідають індивідуальні **суб'єктивні права членів партії**. Тому члени партії повинні мати можливість захищати свої права в суді.

с) Заборона партії

Політичні партії як інструменти громадян, що обслуговують реалізацію народного суверенітету, охороняються, поряд із нормами про основні права, положеннями статті 21 Конституції Німеччини. Це стосується не тільки їхнього створення і діяльності, а й особливою мірою їхнього існування. На відміну від інших об'єднань/асоціацій, які, відповідно до абзацу другого статті 9 Конституції Німеччини у поєднанні з § 3 і наступними Закону про об'єднання громадян, можуть бути заборонені федеральним міністром внутрішніх справ або компетентними органами земель, тобто органами виконавчої влади, заборона політичної партії

вимагає відповідного рішення Конституційного суду, як передбачено абзацом другим статті 21 Конституції Німеччини, § 43 і наступними Законом про Федеральний конституційний суд. Крім того, коло потенційних заявників про таку заборону є обмеженим: тільки Бундестаг, Бундесрат або Федеральний уряд можуть звернутися до Конституційного суду із заявою про необхідність оголосити неконституційною політичну партію і, таким чином, розпустити її. Тільки щодо партії, яка активна лише в одній землі, відповідний земельний уряд може звернутися із заявою, як передбачено в абзаці другому § 43 Закону про Федеральний конституційний суд.

Якщо вже процедурні вимоги захищають політичні партії від свавільного або легковажного розпуску, то й вимоги до матеріального змісту як причини розпуску не слід недооцінювати. Хоч би як там було, обговорення основних передумов для заборони Націонал-демократичної партії Німеччини (НПД/NPD) до сих пір обертається навколо критеріїв, які Федеральний конституційний суд сформулював ще в 1956 році, коли у Федеративній Республіці була заборонена комуністична партія Німеччини (КПД/KPD). Проте слід очікувати в найближчому майбутньому нового судового рішення, яке буде прийняте в справі, порушеній Бундесратом проти НПД.

Чого вимагає абзац другий статті 21 Конституції Німеччини? У ньому міститься два предмета захисту/дві захищені цінності. Перша – гарантія вільного демократичного порядку і друга – існування Федеративної Республіки Німеччина. Цю другу позицію можна залишити тут поза увагою, оскільки вона стосується, передусім, існування Німеччини як суверенної держави і щодо заборони партії не має жодного практичного значення.

Вільний демократичний лад означає ядро принципів демократичного процесу, тобто безперешкодне формування політичних думок і позицій, політичну рівність громадян, чинність принципу більшості, процеси демократичного прийняття рішень, у тому

числі багатопартійність, поділ влади, правову державність і, не в останню чергу, захист людської гідності й прав людини⁴⁴.

Для заборони партія тепер повинна «вийти на боротьбу» з вільним демократичним порядком і або «зашкодити» йому, або «усунути» його. «Усунення» означає скасування вільного демократичного ладу або припинення його чинності. Це найменш проблематична мета, оскільки зрозуміліша з двох заборонених⁴⁵.

Складність з'являється з розумінням, що таке «зашкодити», що, ймовірно, є попередником для «усунути»/«скасувати», і включає його в коло своїх цілей. Однак «зашкодити» не охоплює будь-яке втручання у реалізацію вільного демократичного порядку, а означає добре спланований, послідовний демонтаж, який у довгостроковому періоді має на меті «усунення»⁴⁶.

Цю мету – «зашкодити» або «усунути» – партія повинна певним чином переслідувати, вона має, власне, «*виходити на боротьбу*» за це. Під цим Конституційний суд свого часу розумів активну боротьбу або, принаймні, агресивне ставлення до основ вільного демократичного порядку⁴⁷. Відповідно до цього, недостатньо лише заявляти про переслідування заборонених цілей, натомість партія повинна якимось чином вже почати цей підступний план і втілити його в практичні кроки. В принципі, існує консенсус, що поріг між простим сповіданням і боротьбою з вільним демократичним порядком повинен бути високим, і партія має його переступити. Доказами такого переслідування з боку партії є її «цілі» або «поведінка її членів». Проблемою у цьому випадку стало широке тлумачення, яке Конституційний суд використав як основу своєї позиції, оскільки він визнав достатніми вже навчання членів цієї партії марксизму-ленінізму і публічне

⁴⁴ C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016, § 2 Rn. 57.

⁴⁵ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 180.

⁴⁶ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 180.

⁴⁷ BVerfGE 5, 85.

поширення цієї ідеології як підставу для заборони КПД. Цей широкий підхід було піддано певній критиці.

Дана судова практика, яка відзначає своє 60-річчя, вже скам'яніла і більше ніколи не була активована. Фактично, йдеться про юридичну скам'янілість, що лише обмежено має повчальний зміст. Кожна судова практика виникає в різних принципово своєрідних умовах, за яких текст закону є лише однією (див. вище «добудова права» і таке подібне) із передумов. Ці умови змінилися щодо заборони партій трьома способами:

Обидва рішення про заборону партій проти Соціалістичної імперської партії (СРП/SRP)⁴⁸ і КПД⁴⁹ були ухвалені під час холодної війни і у фазі післявоєнного періоду, коли Західна Німеччина намагалася відновити свій суверенітет. Ці обставини також вплинули на масштаби і застосування норм щодо заборони партій, розроблені Федеральним конституційним судом.

Соціалістична імперська партія була вже за своїм складом інструментом середньої ланки розпущеної тоді Націонал-соціалістичної партії Німеччини (NSDAP/НСДАП) і служила як підставна вивіска декого із нацистських героїв війни, таких як майор Ремер (Major Remer), який відіграв важливу роль у зриві спроби перевороту проти влади Гітлера 20 липня 1944 року. Якщо згадати, що це угруповання програмно перебувало у тісному зв'язку з НСДАП – зокрема, й далі йшлося про «необхідність вирішення єврейського питання» – і мало певний успіх як на місцевих виборах, так і на виборах національного рівня (11% на виборах до Ландтагу (парламенту землі) 1951 року в Нижній Саксонії), то буде зрозуміло, що існувала гостра необхідність у забороні, яка була оголошена в 1952 році. Крім того, Федеративна Республіка перебувала в переговорному процесі із західними

⁴⁸ BVerfGE 2, 1.

⁴⁹ BVerfGE 5, 85.

державами про припинення окупаційного режиму, який, у кінцевому підсумку, зробив усі важливі рішення новоствореної держави залежними від схвалення союзників. Для цих переговорів активна нацистська партія була важким тягарем і перепорою.

Дещо інша ситуація склалась щодо КПД. Незважаючи на те, що вона була заборонена лише в 1956 році, заява про заборону була подана ще наприкінці 1951 року, тобто майже одночасно з клопотанням про заборону СРП. У той час КПД була успішною і активною політичною силою, представленою в Бундестазі і майже у всіх західнонімецьких земельних парламентах. В умовах ескалації протистояння блоків держав підтримувану Москвою комуністичну партію швидко почали сприймати як загрозу і внутрішнього ворога.

Такі комбінації причин внутрішньої і зовнішньої політики, які стосувались заборони деяких німецьких партій, не з'являлися з п'ятдесятих років. Але протягом останніх шістдесяти років розвивалась не тільки політика, право також зазнало відчутного прогресу. Стосовно заборони партій важливим критерієм стало розроблення так званого «принципу пропорційності» і важливе значення, яке він отримав у правозастосуванні та судовій практиці щодо всіх «втручальних» дій держави, які вона використовує проти громадян. По суті, принцип пропорційності/відповідності вимагає двох речей: держава може застосовувати щодо обмеження прав заходи не більші за необхідні для досягнення нею своєї мети. Тобто, по-перше, втручання в права громадян має бути мінімальним. А, по-друге, обтяження, що накладається на права громадян, не може бути невідповідним/непропорційним тій вигоді, яку держава отримує від застосованих заходів. Ці масштаби мають бути дотримані й щодо заходів, спрямованих проти партій.

Існує третя рамкова умова заборони партій, що впливає із судової практики Конституційного суду, яка напрацьована на протигагу п'ятдесятих рокам. Йдеться про той факт, що тепер вже не Федеральний конституційний суд у Карлсруе має останнє слово

в питаннях заборони партій, а Європейський суд з прав людини у Страсбурзі (ЄСПЛ), до якого може бути подана скарга на рішення Федерального конституційного суду.

Для перевірки можливого порушення статті 11 Європейської конвенції з прав людини ЄСПЛ застосовує схему п'яти кроків⁵⁰:

1. По-перше, перевіряється, чи наявне достатньо конкретне правове уповноваження для того, аби висловити заборону. Вирішальним моментом є те, що заборона партії – результат конкретної поведінки заінтересованої партії, який вона об'єктивно могла передбачити. Ці вимоги задовольняє абзац другий статті 21 Конституції Німеччини у поєднанні з § 43 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд, зокрема з абзацом третім § 46 Закону про Федеральний конституційний суд.
2. По-друге, Суд вирішує питання, чи мала на увазі держава при забороні партії легітимну мету, таку, як, наприклад, запобігання загрозам національній безпеці або громадському порядку.
3. Як третій крок судді в Страсбурзі перевіряють нагальну суспільну необхідність заборони партії в демократичному суспільстві. Для цього, насамперед, необхідно, щоб партія, яка підлягає забороні, чітко переслідувала формування суспільної моделі, що є несумісною з поняттям демократичного суспільства.
4. По-четверте, партія повинна бути реальною загрозою для демократії. Тобто у неї має бути реальний шанс реалізувати свої демократичні негативні цілі.
5. П'ятим, і останнім, моментом Суд розглядає пропорційність заборони партії. Він протиставляє негативні наслідки заборони партії користі/превагам від такого кроку.

⁵⁰ Порівняй: рішення ЄСПЛ від 13 лютого 2003 року, заява номер 41340/98 та інші.

Цей крок є останнім моментом, де проводиться можлива корекція вже знайденого результату.

Наведені моменти Федеральний конституційний суд повинен буде врахувати у новому рішенні щодо заборони партії. Крім того, Європейський суд з прав людини визнав автоматичну втрату мандата, відповідно до законодавства Німеччини (наприклад, номер п'ятий абзацу першого § 46 Закону про федеральні вибори, депутатів забороненої партії порушенням права на вільні вибори, які гарантує стаття 3 підписаного Німеччиною Першого додаткового протоколу до Європейської конвенції прав людини. Таким чином, Суд вимагає окремого розгляду і перевірки кожного випадку щодо депутата, якому загрожує втрата мандата⁵¹. Отже, принаймні деякі з правових наслідків правила щодо заборони партії в Німеччині, ймовірно, суперечать вимогам Європейської конвенції з прав людини.

Оскільки Конституційний суд, судячи з недавнього перебігу процесу, ймовірно, вирішив ухвалити у питанні заборони НПД (NPD) судові рішення по суті цієї справи, розроблені в п'ятдесятих роках масштаби будуть, можливо, змінені.

III. Виборча система і виборче право Федеративної Республіки Німеччина

1. Виборча система ФРН

У сучасному світі, що складається з держав, вибори – процес повсюдний. Насамперед, вибори – це технологія формування певної спільноти, товариства, корпорації. Тому як спосіб організації вибори не обов'язково повинні мати демократичні ознаки чи зміст, оскільки вибори відбуваються і в умовах політичних систем, які не є демократичними.

⁵¹ Рішення ЄСПЛ від 11.06.2002 № 25144/94, Селім Садак (Selim Sadak).

Проте своє центральне значення вибори мають саме там – в умовах демократії західного зразка. Вибори є центральною процедурою політичної співучасті громадян і найбільш важливим джерелом державної легітимності. Вони роблять можливою конкурентну боротьбу за політичне керівництво країною і, таким чином, надають легітимацію всій політичній системі. Тому для демократій вибори мають екзистенціальне значення.

На виборах партія і/або кандидати перетворюють свої переваги на народні голоси, віддані за них, і таким чином здобувають політичні мандати. Цей процес регулюється рішенням про ту чи іншу виборчу систему, тобто про визначення меж виборчих округів, про правила допуску до участі у виборах, віддання їй розподіл голосів тощо.

Базовими можна вважати два основні типи виборчих систем, що тією чи іншою мірою представлені в західних демократіях⁵²:

- передусім, **пропорційні вибори** означають, що вся виборча територія розуміється як виборчий округ. Кандидати від політичних партій включаються у список і конкурують партійними списками за прихильність виборців. Парламентські місця потім розподіляються відповідно до отриманої певною партією кількості голосів від загального числа дійсних голосів виборців. Пропорційні вибори, таким чином, є способом партійних виборів, за якого можна обирати тільки осіб, зазначених у партійному списку, і лише їх.
- на відміну від цього, **вибори більшістю** (вибори за мажоритарною системою) означають, що виборчий округ підлягає поділу на різні округи, в яких відповідні кандидати конкурують за місце в парламенті. Кандидат, який набрав найбільшу кількість голосів у своєму виборчому окрузі (зокрема, в умовах правил відносної більшості) або з

⁵² Щодо цього і щодо наступного: *M. Morlok/L. Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 85 ff.

часткою виборців, які проголосували за нього, понад 50% (зокрема, в умовах абсолютної мажоритарної системи), отримує місце в парламенті, натомість його конкуренти не отримують нічого.

Обидва основні типи мають свої переваги й недоліки. Так, представництво за наслідками пропорційних виборів порівняно точно відображає політичні уподобання громадян. Але водночас у цьому полягає їхній головний недолік: оскільки політичні погляди народу можуть бути найрізноманітнішими, пропорційне представництво перебуває в небезпеці фрагментації суспільства на групи, що відобразиться і в парламенті. Мажоритарна ж система виборів забезпечує більш чітку картину поділу голосів у парламенті. Проте принцип *«переможець отримує все»* у виборчих округах означатиме, що голоси громадян, віддані за переможеного кандидата, просто пропадають, залишаючись непередставленими в парламенті. Таким чином, політичний розподіл уподобань виборців за умов мажоритарного представництва дещо спотворюється. Крім того, може виникнути дуже незадовільна ситуація для виборців, які мешкають у виборчому окрузі з особливим політико-культурним характером і відповідними вподобаннями, що призводить до чіткої партійної належності більшості на місцях. Для прихильників меншості в умовах мажоритарної системи їх голоси можуть залишатися постійно непередставленими на політичній арені⁵³.

Указані два основні типи дозволяють різні суміші й комбінації, що допомагають усунути чи хоча б послабити відповідні недоліки. До того ж облаштування виборчої системи має відповідні наслідки для партійної системи країни. Мажоритарна система

⁵³ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 87.

сприяє виникненню двопартійної системи, тоді як пропорційне представництво сприяє формуванню багатопартійної системи⁵⁴.

У статтях Конституції не визначено виборчу систему Федеративної Республіки Німеччина. Абзац перший статті 38 Конституції Німеччини просто передбачає, що вибори до німецького Бундестагу повинні бути прямими, вільними, рівними і таємними, але не зазначає, за яким принципом вони повинні відбуватись. Дане рішення конституційний законодавець умисно залишив на розсуд простого законодавця, як це впливає з абзацу третього статті 38 Конституції Німеччини. Відповідно, в абзаці першому § 1 Закону про федеральні вибори передбачено, що «обирається конкретна особа на пропорційній основі». Чисельна потужність різних партій у Бундестазі визначається відповідно до правил пропорційного представництва, тоді як особистий склад наполовину визначається на мажоритарній основі. Таким чином, німецька система являє собою комбінацію пропорційного представництва та мажоритарної системи.

2. Виборче право ФРН – Принципи виборчого права

Виборче право з багатьох причин постало перед викликами. Оскільки вибори є масовим явищем з багатьма технічними ускладненнями, воно має відповідати низці конкретних вимог. Тому їх правове регулювання вимагає високої технічності правил. Це завдання є доволі складним, оскільки в цьому процесі бере участь багато слабо чи й узагалі не підготовлених осіб. Результатом є висока ймовірність помилок. І, нарешті, вибори як право на політичний розподіл влади мають руйнівний потенціал для демократичного процесу. Оскільки конкуренція між партіями за місця і мандати в Бундестазі регулюється саме виборчим правом, воно завжди наражається на небезпеку маніпуляції ним з боку поточних сил при владі. **Виборче право є конкурентним правом,**

⁵⁴ *M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 88.*

тому існує потреба в ефективному нагляді «органом забезпечення конкуренції». Ця роль належить, за Основним законом, Конституційному суду.

a) Загальність виборів

Універсальність (загальний характер) виборів забезпечує право участі у виборах усіх виборців. Це стосується як права голосу (активне виборче право), так і права висувати себе на виборах (пасивне виборче право). Універсальність виборчого права формує роль громадян⁵⁵: Конституція передбачає **рівність громадян у доступі до виборів** і забороняє законодавчим органам виключати певні групи населення з виборів через політичні, економічні або соціальні причини. Принцип універсальності передусім конкретизує абзац другий статті 38 Конституції, згідно з яким необхідно досягнення 18 років для участі у виборах. Крім того, як видно з положень абзацу другого статті 20 у поєднанні з абзацом другим статті 1 і статті 146 Основного закону, право голосувати мають тільки особи з німецьким громадянством у розумінні статті 116 Конституції Німеччини. Основний закон, відтак, під «народом» завжди розуміє тільки «німецький народ»⁵⁶.

b) Безпосередність виборів

Відповідно до принципу безпосередності, виборний особистий склад парламенту повинен визначатися тільки рішенням громадян при голосуванні. Таким чином повинна бути забезпечена належність і достовірність результатів виборів. Для виборця має бути зрозуміло, як його голос може вплинути на успіх кандидатів на виборах. Крім того, цей принцип вимагає **виключно особистої реалізації** виборчого права: голос не може бути переданий третім

⁵⁵ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 93.

⁵⁶ Так вважає панівна думка, але висуваються слушні контраргументи: E. Sokolov, NVwZ 2016, 649 ff. m.w.N.

особам⁵⁷. Концептуально принцип виборів означає відмову від створення «посередників на виборах», як це має місце в Сполучених Штатах. Між рішенням виборців і особистим складом парламенту не може мати місце жодне стороннє волевиявлення.

с) Свобода вибору

Крім того, Конституція вимагає свободу вибору з тим, аби рішення громадян на голосуванні не визначалось шляхом **примусу, погрози або іншого неправомірного впливу**. Таким чином юридичне зобов'язання голосувати було б несумісним з Основним законом. Принцип свободи вибору виходить за межі простого акту голосування: він охоплює перед виборами право кожного громадянина на висунення кандидатури на виборах і має значення для висунення кандидатів політичними партіями, тому внутрішні процеси в партії повинні відповідати певним вимогам. Отже, аби вимога щодо вільних виборів могла бути реально реалізована у рішеннях громадян, з абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини для державних установ впливає обов'язок утримуватись від виявлення політичних преференцій, особливо під час виборчих кампаній. Адже демократична легітимация виростає «знизу вгору» і її недопустимо «перевертати» у зворотній бік, зокрема зловживанням засобами управління або посадовими повноваженнями на користь правлячих партій.

д) Рівність виборів

Особливе значення має принцип виборчої рівності. Слід забезпечити рівномірну участь усього народу в політиці. Якщо загальний характер виборів вимагає, щоб була забезпечена можливість участі у виборах для всіх громадян, то з рівності виборів випливає, що всі рівні в політичному плані. Таким чином,

⁵⁷ Загалом, відповідно до абзацу другого § 33 Закону про федеральні вибори, існує можливість вдатись до послуг помічника, якщо – через особисті вади чи неграмотність – особа неспроможна здійснити акт голосування.

забороняється градація права голосу, зокрема за рівнем сплати податків (так званий виборчий ценз), або за належністю до певного суспільного класу. Рівне виборче право формує громадянську роль, яка не повинна залежати від інших соціальних обставин, класової чи соціальної належності й ролі. Принциповим є: «одна людина – один голос». На інституційному рівні електоральна рівність забезпечує справедливу конкуренцію. Тому вона є елементарним складником функції виборчого права як права політичної конкуренції, оскільки воно легітимує вибори, які відбуваються в умовах чесної конкуренції/рівності шансів. Носіями права є, по-перше, виборці, а по-друге, кандидати і виборчі об'єднання (як правило, політичні партії), за які ті виступають. Рівність виборів стосується виборчого процесу як такого, а також передумов і попереднього етапу виборчої кампанії, тобто всього політичного процесу.

Що стосується сутнісного змісту гарантії рівності вибору, може бути зроблено таку диференціацію:

Передусім, абзац перший статті 38 Конституції Німеччини вимагає **рівності голосів виборців**. Кожен голос повинен мати однакову вагу, голос має бути рівний іншому голосу. Крім того, рівність суб'єктивного виборчого права вимагає певної рівності можливого політичного успіху кожного голосу⁵⁸. Рівність політичного успіху означає рівність сили, яка додається до представницького мандату кожним окремим голосом⁵⁹, тобто його впливом на розподіл місць у парламенті. Він може – залежно від виборчої системи – бути різним. Так, в умовах мажоритарної виборчої системи голоси, віддані необраним претендентам, є «втраченими», вони залишаються непередставленими, що є конституційно-правовою проблемою цієї системи. Вимога про

⁵⁸ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 104.

⁵⁹ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 104.

рівність кожного голосу у виборах означає певну презумпцію на користь пропорційного представництва⁶⁰.

Рівність виборів є *суворою і формальною рівністю*. Суворою, тому що її порушення може бути виправдане тільки захистом конкуруючих правових цінностей, які мають конституційний ранг/статус. Формальною, оскільки цього вимагає принцип однакового поводження як щодо політичних партій, так і щодо окремих індивідуальних кандидатів на виборах.

е) Таємність виборів

Можливість таємного голосування ускладнює спробу недопустимого впливу на голосування. Тобто таємність виборів служить захистом свободи вибору. Це здійснюється за допомогою низки простих законодавчих положень, відповідно до яких передбачена наявність кабін для голосування і є обов'язковим використання виборчих урн⁶¹. Оскільки таємниця виборів є не тільки індивідуальним правом, а й об'єктивно-правовою вимогою, особа не може відмовитися від таємності подання свого голосу. Таким чином усувається тиск із вимогою відкритих виборів.

ф) Публічний характер виборів

Публічний характер виборів – це розроблений Конституційним судом неписаний принцип виборчого права⁶². Він вимагає забезпечити можливість контролю громадянами різних етапів

⁶⁰ *M. Morlok/L. Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 104; рівність у виборчому праві у формі рівності результативного голосування відіграє певну роль у постановці певних проблем виборчого права, наприклад при визначенні розмірів виборчих дільниць, при встановленні виборчих бар'єрів і привілею висунення виборчих списків лише політичними партіями.

⁶¹ Відповідно до абзацу першого § 33 Закону про федеральні вибори, § 50 і наступні Положення про порядок виборів; згідно з реченням другим абзацу другого § 56 Положення про порядок виборів у виборчій кабіні може перебувати одночасно лише один виборець.

⁶² BVerfGE 123, 39 ff.

виборчого процесу (згідно з реченням першим абзацу першого § 10 Закону про федеральні вибори, § 54 Положення про порядок виборів). Таким чином, повинна бути забезпечена **впевненість у належному проведенні виборів**, яка є основою для функціонування демократії та її легітимності. Застосування цього принципу обмежує можливості для використання технічних пристроїв, зокрема машин для голосування, для проведення виборів, оскільки ці методи означають таємне виконання істотних операцій обробки результатів виборів і таким чином позбавляють виборця можливості наочного проведення виборів.

3. Конкретні способи і форми творення виборчого права

Норми права, які регулюють вибори до Бундестагу, сформовані на основі уповноваження, встановленого в абзаці третьому статті 38 Конституції Німеччини, в Законі про федеральні вибори та в Положенні про порядок виборів. Відповідно до абзацу першого § 2 Закону про федеральні вибори, вся країна являє собою виборчий округ. Передбачена законом кількість депутатів Бундестагу, відповідно до речення першого абзацу першого § 1 Закону про федеральні вибори, становить 598 депутатів. Половина з них обиратиметься особисто шляхом мажоритарних виборів в округах, друга половина – за списками, сформованими в кожній землі. Таким чином, відповідно до абзацу другого § 1 Закону про федеральні вибори, реалізоване рішення законодавчого органу щодо виборчої системи персоніфікованого пропорційного представництва.

Кожен виборець, відтак, отримує два голоси: *перший голос* за обрання кандидата від виборчого округу, *другий голос* – для виборів за списками партій землі.

а) Перший голос

Абзац другий § 2 Закону про федеральні вибори передбачає формування 299-ти виборчих округів, які, згідно з § 3 Закону про

федеральні вибори, утворюються комісією, склад якої визначено відповідно до різних критеріїв. Так, зокрема, повинні бути дотримані межі/кордони між землями, виборчі округи мають бути приблизно однакового розміру і охоплювати єдину область. У кожному виборчому окрузі, відповідно до § 5 Закону про федеральні вибори, обирається депутатом один кандидат, який отримав найбільшу кількість голосів. У виборчому окрузі, таким чином, діє принцип відносної більшості.

Хто виступає як кандидат у кожному виборчому окрузі, вирішується шляхом висування кандидатів. Обраним, згідно з абзацом першим § 15 Закону про федеральні вибори, може бути кожен німець, у розумінні абзацу першого статті 116 Конституції Німеччини, який досяг віку вісімнадцяти років і не позбавлений виборчих прав, відповідно до вимог абзацу другого. Для висування у виборчому окрузі, відповідно до § 19 Закону про федеральні вибори, необхідна подача пропозиції уповноваженому з виборів. Таке право надається, згідно з абзацом першим § 18 Закону про федеральні вибори, політичним партіям, а також будь-кому з виборців. Тобто він вступає у боротьбу за мандат як безпартійний, незалежний кандидат.

При цьому партії, які не були постійно представлені в Бундестазі чи, принаймні, в одному з ландтагів після останніх виборів щонайменше п'ятьма членами, відповідно до абзаців другого і четвертого § 18 Закону про федеральні вибори, повинні підтвердити свій статус партії перед Федеральним виборчим комітетом. У разі невизнання об'єднання партією з 2012 року, відповідно до пункту 4а абзацу першого § 18 Закону про федеральні вибори, воно може звернутись до Федерального конституційного суду за правовим захистом (пункт 4с абзацу першого статті 93 Конституції Німеччини, пункт 3а § 13, § 96а і наступні Закону про Федеральний конституційний суд). Партії, не представлені в парламенті, так само, як і незалежні кандидати, мають зібрати 200 підписів

виборців у відповідному виборчому окрузі, щоб бути внесеними у виборчі бюлетені (абзаци другий і третій § 20 Закону про федеральні вибори). Насправді як кандидати в округах змагаються майже виключно висуванці партій⁶³. Для того, аби потрапити до кола висуванців на виборах, претенденти повинні перемогти у внутрішніх виборах партії, до яких Закон про федеральні вибори теж висуває певні процедурні вимоги. Відповідно до речення першого абзацу першого § 21 Закону про федеральні вибори, необхідно проведення зборів партії або її делегатів, на якому кандидат має бути обраний як кандидат від партії шляхом таємного голосування. Не вимагається, аби кандидат сам був членом партії, але його має запропонувати одна особа, що має право голосу, і він (кандидат) має бути підтриманий зборами, причому кожний кандидат повинен мати можливість представити себе, згідно з абзацом третім § 21 Закону про федеральні вибори.

b) Другий голос

Другий голос визначає партійно-політичний склад Бундестагу. Місця в парламенті розподіляються за визначеними в абзацах другому–шостому § 6 Закону про федеральні вибори процедурами, причому розподіл здійснюється відповідно до отриманих голосів виборців. Обраними можуть бути земельні списки, подані лише партіями, відповідно до абзацу першого § 27 Закону про федеральні вибори (так званий списковий привілей політичних партій). Земельні списки повинні бути затверджені земельними керівниками виборів, причому непередставлені в парламентах партії повинні зібрати не менше 2000 підписів, про що свідчить абзац перший § 27 Закону про федеральні вибори.

⁶³ На федеральних виборах у 2013 році у 299 виборчих округах загалом було висунуто 4451 кандидатів, з яких лише 81 не були членами партій, див.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundeswahlleiter.de/de/presse/2013_statement_egeler.pdf.

Земельні списки встановлюють порядок черговості відповідних партійних кандидатів. Їх висування і вибори до списку відбуваються на зборах членів або делегатів місцевих осередків відповідної партії. Встановивши, скільки депутатських мандатів припадає на відповідну партію за кількістю поданих за неї других голосів (причому розподіл здійснюється за земельними квотами, які залежать від кількості населення землі, відповідно до речення першого абзацу другого § 6 Закону про федеральні вибори), від числа цих депутатів віднімаються ті, що виграли в одномандатних виборчих округах, тобто мають так званий **прямий мандат**. Решту місць заповнюють за списком партійних кандидатів. Якщо партія виграла більше прямих кандидатів, ніж отримала місць у парламенті відповідно до частки других голосів, вона отримує цю різницю як так звані **наднормові мандати**. З конституційного погляду, це виглядає проблематично, адже так спотворюється баланс сил на виборах, отриманий за результатами голосування другими голосами. Після того, як Конституційний суд визнав відповідну норму (абзац п'ятий § 6 Закону про федеральні вибори в попередній редакції) неконституційною, в абзаці шостому § 6 Закону про федеральні вибори були передбачені так звані компенсаційні місця, створені, щоб виправити цей результат⁶⁴.

При розподілі депутатських місць за земельними списками, відповідно до абзацу третього § 6 Закону про федеральні вибори, виключаються ті партії, які не зібрали на всій території Федерації щонайменше 5 % відданих за них других голосів (так званий 5%-й поріг). Цей **юридичний виборчий бар'єр** є втручанням у виборчу рівність (згідно з реченням першим абзацу першого статті 38 Конституції Німеччини) і в рівність шансів партій (відповідно до абзацу першого статті 3 Конституції Німеччини в поєднанні зі статтями 21, 20 Конституції Німеччини), тому для його виправдання необхідні обов'язкові причини конституційного рангу/статусу.

⁶⁴ BVerfGE 79, 169; 95, 353.

Вони, відповідно до судової практики Конституційного суду, можуть полягати в необхідності забезпечення гарантій виборів як процесу інтеграції політичних сил, а також належного функціонування обраного народного представництва/парламенту⁶⁵.

IV. Конституційна юрисдикція

Конституційна юрисдикція є частиною системи правосуддя у Федеративній Республіці Німеччина, і, таким чином, діє поряд із судами звичайної юрисдикції на федеральному та земельному рівнях. Разом вони утворюють судову гілку влади, або правосуддя, яке – спільно з виконавчою та законодавчою гілками – утворює державну владу.

Завданням конституційної юрисдикції є забезпечення дотримання Конституції державою та її органами. Вона може виконати це завдання тільки шляхом перевірки сумісності актів органів державної влади з вимогами Конституції. Адже **принцип правової держави**, відповідно до абзацу третього статті 20 Конституції Німеччини, зв'язує всю державну владу правом. Так, для законодавчої гілки влади конституційний порядок, а для виконавчої і судової – закон і право є нормами прямої дії.

Здійснення конституційної юрисдикції належить до повноважень конституційних або державних судів земель і Федерального конституційного суду. Конституційні суди земель приймають рішення про тлумачення та застосування конституцій земель, тоді як Федеральний конституційний суд перевіряє право на відповідність Основному закону.

1. Роль Федерального конституційного суду

У правосудді Німеччини Федеральний конституційний суд перебуває на найвищому рівні. Крім того, в усій державній структурі Федеральний конституційний суд також має визначне

⁶⁵ BVerfGE 95, 408 (421).

становище. Це знаходить своє відображення не тільки в конституційних положеннях, але й – особливо – в реальності: Федеральний конституційний суд безумовно визнається на всіх рівнях держави. У громадській думці Федеральний конституційний суд має навіть вищий рівень визнання, ніж парламент. На цій основі рішення Конституційного суду мають шанс бути втіленими у реальність, який межує з упевненістю.

Причинами високого визнання інституту Федерального конституційного суду, з одного боку, є його рішення, а з іншого – їх багато і вони досить різноманітні. Це й обумовленість історичним тлом і історією появи, і правове становище, і структура та види можливих процесів Конституційного суду.

а) Історичне тло та поява Конституційного суду

На перший погляд, Федеральний конституційний суд не має за собою тривалої історії. Створення інституту Федерального конституційного суду передбачалось в Основному законі, який набув чинності 23 травня 1949 року. Два роки по тому, в 1951 році, Федеральний конституційний суд із місцем перебування в Карлсруе був створений на підставі Основного закону. Але ідея конституційної юрисдикції має набагато тривалішу історію.

Уже в Священній Римській імперії німецьких націй в 1495 році з'явилась Імперська судова палата і Імперський суд у 1518 році як верховні суди Священної Римської імперії, які володіли компетенціями з урегулювання спорів між урядовими установами/органами. Сьогодні Федеральний конституційний суд також має компетенцію щодо процесів такого роду – так зване провадження зі спорів між органами, відповідно до пункту 1 абзацу 1 статті 93 Конституції Німеччини в поєднанні з пунктом 5 § 13, § 63 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд. Компетенція Федерального конституційного суду сьогодні поширюється далеко за ці межі. Але, незважаючи на це,

провадження зі спорів між органами державної влади з приводу сфери конституційно гарантованих повноважень державних установ – а отже, провадження, яке має центральне значення, – за своїм походженням повертає саме в цей період.

У наступний період в Конституції Німецької імперії 1871 року не було передбачено жодного конституційного суду, проте Веймарська Імперська Конституція 1919 року передбачала створення Державного суду. Державний суд Веймарської республіки був побудований за підходами конституційного суду і повинен був приймати рішення про тлумачення та застосування Конституції. Компетенція Державного суду Веймарської республіки поширювалась на різні види спорів, які сьогодні належать до юрисдикції Конституційного суду, відповідно до переліку статті 93 Конституції Німеччини. Державний суд Веймарської республіки в теорії мав зайняти сильну позицію, яка, однак, на практиці не була реалізована. Зокрема, була відсутня можливість правового захисту від порушення гарантованих Конституцією основних прав громадян, яка давала б їм можливість поскаржитися до цього органу. Розвиток конституційного судочинства зрештою раптово закінчився з приходом Гітлера до влади в період націонал-соціалізму з 1933 року.

З урахуванням недоліків Державного суду Веймарської республіки і беззаконня нацистської Німеччини, Федеральний конституційний суд був створений з метою надати Конституції всебічного та ефективного захисту. З огляду на це створення Конституційного суду стало відповіддю на раніше одержаний досвід.

b) Правове становище

Високе визнання Конституційного суду викликане, насамперед, його правовим статусом, гарантованим Основним законом і регламентованим простим Федеральним законом про Федеральний конституційний суд.

Основний закон Німеччини містить у статтях 92–94 положення, що стосуються Федерального конституційного суду. Передусім, там містяться норми, що стосуються його компетенції (стаття 93) і організації (стаття 94). Відповідно до статті 92 Конституції Німеччини, здійснення судової влади покладено на суддів. Завдяки згадці в цій нормі Конституційного суду, насамперед, виражається місце Федерального конституційного суду як найвищого судового органу Федерації. Інші положення, що стосуються правового статусу суду, як не дивно, в Основному законі відсутні.

Проте правовий статус суду конкретизовано у звичайному законодавстві – Федеральному законі про Конституційний суд. В абзаці першому § 1 Закону про Федеральний конституційний суд він згадується як «відокремлений і незалежний від інших конституційних органів Федеральний суд». Тому Федеральний конституційний суд є не тільки найвищим судом Федерації, він також є незалежним конституційним органом. Тому за рангом він подібний до таких федеральних конституційних органів, як Бундестаг, Бундесрат, Федеральний президент, Федеральний уряд, спільний судовий комітет і Федеральне зібрання (з виборів Федерального президента) Німеччини.

Федеральний конституційний суд сам проголосив себе в 1952 році в так званому Меморандумі про статус конституційним органом. Таке самовизначення не є достатнім, аби надати правової легітимності Федеральному конституційному суду. Проте класифікація Конституційного суду як конституційного органу була сприйнята іншими конституційними органами, визнана і знайшла підтримку вже на початковому етапі його існування.

Таким чином, Федеральний конституційний суд виконує подвійну функцію, будучи одночасно судом і вищим конституційним

органом. Завдяки своїй широкій компетенції Федеральний конституційний суд також називають «хранителем Конституції».

с) Будова

Структура, склад і порядок зайняття посад у Федеральному конституційному суді регулюються в статті 94 Конституції Німеччини і уточнюються відповідно до Закону про Федеральний конституційний суд. Федеральний конституційний суд поділяється на два рівні сенати, до яких входить по вісім суддів, відповідно до абзаців 1 і 2 § 2 Закону про Федеральний конституційний суд. Який сенат приймає рішення в конкретному спорі, визначається в § 14 Закону про Федеральний конституційний суд. Компетенція обох сенатів чітко розмежована. Кожен Сенат у зоні своєї відповідальності є «Конституційним судом». Рішення приймається, як правило, одним із сенатів. Тільки у виняткових випадках рішення передається на пленарне засідання, тобто суд у складі суддів обох підрозділів Федерального конституційного суду (порівняй абзац перший § 16 Закону про Федеральний конституційний суд. Пленум приймає рішення, якщо Сенат має намір відступити у своїй правовій інтерпретації від рішення іншого Сенату. § 16 Закону про Федеральний конституційний суд несе в собі ідею рівності сенатів і виражає ідеал єдиної судової практики.

Зайняття суддями посад відбувається за результатами виборів, як того вимагає речення перше абзацу першого статті 94 Конституції Німеччини у поєднанні з § 5 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд. Судді Конституційного суду, як вимагає речення друге абзацу першого статті 95 згаданого Закону, обираються таким чином: половину складу – Бундестагом, половина – Бундесратом. Судді, яких обирає Бундестаг, обираються за пропозицією виборчої комісії в парламенті без обговорення тасмними бюлетенями, згідно з реченням першим абзацу першого § 6 Закону про Федеральний конституційний суд. Щоб бути обраним, слід одержати, як мінімум, дві третини поданих

голосів, але не менше ніж більшість від загальної кількості голосів членів Бундестагу, як вимагає речення друге абзацу першого § 6 Закону про Федеральний конституційний суд. Виборча комісія, у свою чергу, складається з дванадцяти обраних Бундестагом його членів. Виборча комісія суддів пропонує кандидатуру, яка отримала щонайменше вісім голосів комісії, згідно з абзацом п'ятим § 6 Закону про Федеральний конституційний суд. У Бундесраті федеральні судді обираються більшістю в дві третини голосів, відповідно до § 7 Закону про Федеральний конституційний суд.

Основний закон і Закон про Федеральний конституційний суд також містять різні умови, які повинні бути виконані для виборів суддів Федерального конституційного суду і є обов'язковими. Судді Федерального конституційного суду, згідно з абзацами першим і другим § 3 Закону про Федеральний конституційний суд, повинні досягти 40-річного віку і мати право бути суддею.

Крім того, центральне місце займає правило про несумісність речення третього абзацу першого статті 94 Конституції Німеччини, яке також міститься в абзаці третьому § 3 Закону про Федеральний конституційний суд і має важливе значення для реалізації поділу влади й захисту нейтралітету суду. Згідно з ним, судді Федерального конституційного суду не можуть бути членами інших конституційних органів держави або федеральних земель. Ця норма не тільки гарантує незалежність і неупередженість суддів, а й сприяє сприйняттю рішень цих суддів причетними органами, суспільними установами і громадськістю. Навіть підозра в упередженості судді заперечувала б такий стан.

Той факт, що особовий склад Федерального конституційного суду визначається двома вищими федеральними органами з відповідно високими кворумами, значною мірою сприяє тому, що Федеральний конституційний суд знайшов визнання на політичному

рівні, в ЗМІ та у суспільній думці. Склад суду, отже, ґрунтується не на вподобаннях окремих людей, а на рішеннях більшості, які ухвалюються в рамках встановленої законом процедури. Рішення також приймається конституційними органами, які користуються довірою в державі. Участь Бундестагу як безпосередньо демократично легітимного конституційного органу означає, що вибори суддів можуть бути, в кінцевому рахунку, зведені до волі народу.

Вимога більшості в дві третини голосів обумовлює те, що Конституційний суд обирається, незважаючи на наявну дату обрання суддів більшістю голосів у Бундестазі та Бундесраті. Рішення про склад суду має прийматись не з огляду на наявність політичної більшості, а на основі здібностей і кваліфікації кандидатів. Тому говорять про **захищену від посягань більшості позицію** Федерального конституційного суду⁶⁶. У зв'язку з цим Федеральний конституційний суд повинен бути значною мірою незалежним від політичних органів. Це також приводить до того, що постійно критичне ставлення населення до політичних суб'єктів не поширюватиметься на Конституційний суд.

d) Види проваджень

Юрисдикція Федерального конституційного суду вичерпно регулюється перерахованими в статті 93 Конституції Німеччини типами процедур.

Найчастіше використовуваною у Федеральному конституційному суді процедурою є конституційна скарга, згідно з пунктом 4а абзацу 1 статті 93 Конституції Німеччини у поєднанні з пунктом 8а § 13, § 90 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд. Індивідуальна конституційна скарга є важливою процедурою, якої не було у попередників Федерального конституційно-

⁶⁶ M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. § 17 Rn. 68 f.

го суду. Примітно, що конституційна скарга дозволяє порушити провадження в Конституційному суді не тільки конституційним органам, а й кожному громадянину. Громадяни отримують можливість подати конституційну скаргу до Конституційного суду, якщо вони вважають, що органи державної влади порушили основні права, наприклад рішенням суду або нормою закону.

Подача конституційної скарги користується з часів створення Федерального конституційного суду найвищою популярністю. За період з 1951 по кінець 2015 року 96,58% усіх проваджень у Федеральному конституційному суді стосувались скарг на порушення конституційних прав. Однак успіху досягли лише 2,3%⁶⁷. Проте громадяни цінують можливість звернутися до Конституційного суду. Звертаючись із конституційною скаргою на рішення суду останньої інстанції, громадяни сподіваються, що Федеральний конституційний суд скасує попереднє рішення. Разом із тим вони розуміють, що, звертаючись до Конституційного суду, скаржник хапається за останній шанс, вичерпуючи національні правові засоби виграти спір і отримати бажаний результат. Рішення Конституційного суду приймається як остаточний висновок судового процесу.

Поряд із конституційною скаргою Конституційний суд, серед іншого, відповідно до пункту 1 абзацу першого статті 93 Конституції Німеччини у поєднанні з пунктом 5 § 13, § 63 і наступними Законом про Федеральний конституційний суд, також компетентний вирішувати спори, що виникають між вищими федеральними органами або іншими інститутами, які наділені нормами Конституції власними правами. Шляхом цього так званого **спору між**

⁶⁷ Із загальним оглядом діяльності Федерального конституційного суду з 1951 року за видами проваджень можна ознайомитись: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik_2015_node.html.

органами Конституційний суд перевіряє, чи зазнав заявник шкоди для своїх наданих конституційними нормами прав унаслідок дій або бездіяльності відповідача.

У тому ж напрямі рухається й так званий **спір Федерація-земля**, для вирішення якого Федеральний конституційний суд наділений компетенцією, згідно з пунктом 3 абзацу 1 статті 93 Конституції Німеччини у поєднанні з пунктом 7 § 13, § 68 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд. У такому випадку необхідно вирішити, чи Федерація або певна земля зазнали шкоди своїм правам, гарантованим Конституцією, внаслідок дії або бездіяльності один одного.

І, нарешті, існує важлива можливість перевірити законодавство для забезпечення його сумісності з Конституцією шляхом ініціювання такої перевірки Федеральним конституційним судом. Ці можливості дозволяють **абстрактний нормоконтроль**, згідно з пунктом 2 абзацу першого статті 93 Основного закону, пунктом 6 § 13, § 76 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд, а також **конкретний нормоконтроль**, відповідно до абзацу першого статті 100 Конституції Німеччини у поєднанні з пунктом 11 § 13, § 80 і наступними Закону про Федеральний конституційний суд. У рамках абстрактного нормоконтролю перевірку можуть ініціювати тільки Федеральний уряд, уряди земель або не менше чверті членів Бундестагу, що має наслідком оцінку судом законів будь-якого роду, якщо виникли сумніви щодо їхньої сумісності з нормами Конституції.

Також варто згадати рідко застосовну, але важливу процедуру **заборони партії**. **Виняткова компетенція** Федерального конституційного суду впливає безпосередньо з речення другого абзацу другого статті 21 Конституції Німеччини. Відповідно до неї Федеральний конституційний суд приймає рішення з питання про

неконституційність партії. З цього випливає, що для такого рішення не існує попередніх судових інстанцій, тому рішення Конституційного суду є монопольним. Таким чином Основний закон втілює **партійний привілей**⁶⁸. Більш детальне нормування міститься в пункті 2 § 13, § 43 і наступних Закону про Федеральний конституційний суд.

е) Ефект, чинність і обов'язкова сила рішень

Рішення Федерального конституційного суду мають надзвичайну юридичну силу і обов'язковість. Відповідно до абзацу першого § 31 Закону про Федеральний конституційний суд ці рішення зобов'язують федеральні органи державної влади, а також органи влади земель та всі суди й інші органи влади. Отже, його зобов'язальна сила перевищує чинність рішень інших судів у багато разів. Таким чином, видатна позиція Конституційного суду є очевидною і в далекосяжній обов'язковості його рішень.

Зміст рішення Федерального конституційного суду визначається відповідною процедурою. У разі скарги на неконституційність закону Конституційний суд може визнати закон нечинним, відповідно до речення першого абзацу третього § 95 Закону про Федеральний конституційний суд. Якщо конституційна скарга спрямована проти певного судового рішення, Конституційний суд скасовує його, відповідно до абзацу другого § 95 Закону про Федеральний конституційний суд.

Понад ці правові наслідки рішення Конституційного суду за їхніми межами також мають великий вплив через поширення засобами масової інформації. Інтерес до рішень Федерального конституційного суду є стабільно високим і в політиці, і в суспільстві взагалі.

⁶⁸ Більше з цього питання див. у частині 2, пункт II. 4.

2. Відносини із судами загальної юрисдикції

З огляду на той факт, що Федеральний конституційний суд найчастіше перевіряє за конституційними скаргами громадян конституційність ухвалених проти таких громадян рішень загальних/спеціалізованих судів, виникає питання про відносини Федерального конституційного суду із цими судами.

Суди загальної юрисдикції поділяються на загальні суди та спеціалізовані суди, до яких належать: адміністративні, соціальні, трудові та фінансові суди. У межах відповідної судової спеціалізації справа може бути розглянута на різних рівнях судами різних інстанцій. Спеціалізовані суди вирішують спори на основі простих законів, але всі інстанції повинні враховувати конституційно-правові норми.

Після проходження всіх інстанцій спеціалізованих судів громадянам надається можливість подачі конституційної скарги, відповідно до пункту 4а абзацу першого статті 93 Конституції Німеччини у поєднанні з пунктом 8а § 13, § 90 Закону про Федеральний конституційний суд, з оскарженням судового рішення спеціалізованого суду в Конституційному суді. Громадянин обов'язково повинен вичерпати наявні правові заходи, і має існувати ймовірність того, що судове рішення засноване на порушенні основного/конституційного права.

Федеральний конституційний суд у такому провадженні зобов'язаний поважати тлумачення і застосування простих законів із боку спеціалізованого суду та його рішення щодо фактів. Ці питання віднесено до компетенції тільки спеціалізованих судів. Федеральний конституційний суд, таким чином, не є «суперревізійною інстанцією». Тому Федеральний конституційний суд розглядає лише питання про те, чи не відбулось порушення конкретних конституційних положень. Він скасовує тільки певні типи конституційних порушень, тобто тільки такі, в основі яких є

Державне організаційне право

те, що суди загальної юрисдикції порушують основні права або права, подібні до основних, обґрунтовують свої рішення на в принципі неконституційних нормах або при тлумаченні й застосуванні простого права проігнорували конституційно-правові оцінки і масштаби.

Використані джерела:

1. *Degenhart, Christoph*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 31. Auflage, 2015.
2. *Dreier, Horst* (Hrsg.) GrundgesetzKommentar, Band II, 3. Auflage 2015.
3. *Sachs, Michael* (Hrsg.): GrundgesetzKommentar, 6. Aufl., 2011.
4. *Krüper, Julian* (Hrsg.): GrundlegendesRechts, 2. Aufl. 2013.
5. *Morlok, Martin/Michael, Lothar*, Staatsorganisationsrecht, 2. Auflage, 2015.
6. *Morlok, Martin/Sokolov, Ewgenij*: DÖV 2014, S. 405 ff.
7. *Tettinger, Peter J./Mann, Thomas*: Einführungindiejuristische-Arbeitstechnik, 4. Aufl.,
8. *Sokolov, Ewgenij*: NVwZ 2016, S. 649 ff.
9. *Voßkuhle, Andreas/KaufholdAnnKatrin*: JuS 2013, S. 1078–1080.

НОТАТКИ

Соколов Е., Роснер С., Мельник Р.

НІМЕЦЬКА МЕТОДИКА ПРАВА

Навчальний посібник

Українською мовою

Верстка – К.В. Бараненко

Підписано до друку 27.12.2018. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman. Цифровий друк.
Умовно-друк. арк. 7,91. Тираж 250. Замовлення № 0519-116.
Ціна договірна. Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105
Телефон +38 (0552) 39 95 80
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.