

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

**Науково-дослідний інститут  
порівняльного публічного права та міжнародного права  
Юридичний факультет**

**Михайло САВЧИН**

Монографія



Ужгород  
2018

УДК 342.553+341.172+352.07+353

С 13

**Савчин М.В. Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму:** монографія. Ужгород: ПІК-У, 2018. 440 с.

ISBN 978-617-7404-71-1

Монографія присвячена сучасним тенденціям глобалізації конституційного права, ключову роль в чому відіграє запозичення та обмін найкращим досвідом захисту прав людини на інституціональному та процедурному рівнях. Розкрито основні методологічні аспекти розвитку сучасного конституційного права у контексті конституційної ідентичності, глобалізації та правового плюралізму. З точки зору основоположних цінностей і принципів розглядається зміщення акцентів у діяльності публічної влади та засад взаємодії між державами на між-державному та наднаціональному рівнях. Порівнюються сучасні моделі захисту конституції, зокрема, в умовах життєвих загроз нації, проаналізовано проблеми забезпечення єдності судової практики, трансформації суверенітету держави та організації публічної влади на мереживо-центричних засадах.

Видання адресоване науковцям, викладачам і студентам юридичних факультетів, фахівцям у галузі публічного урядування, політологам, соціологам, а також практикуючим юристам, експертам та працівникам органів публічної влади, незалежних установ та агенцій, які здійснюють окремі функції публічної влади.

#### **Рецензенти:**

**ШЕВЧУК Станіслав Володимирович**, доктор юридичних наук, професор, суддя Конституційного Суду України, член-кореспондент Національної академії правових наук України

**БАТАНОВ Олександр Васильович**, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу конституційного права і місцевого самоврядування Інституту держави і права НАН України імені В.М. Корецького

**ОНИЩУК Микола Васильович**, доктор юридичних наук, ректор Національної школи суддів України, заслужений юрист України.

***Рекомендовано до друку Вченою радою  
Ужгородського національного університету  
(протокол № 14 від 21.11.2017 р.)***

ISBN 978-617-7404-71-1

© Савчин М.В., 2018

© ТОВ «ПІК-У», 2018

**MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE  
UZHGOROD NATIONAL UNIVERSITY  
Research Institute for Comparative Public Law and International Law  
Law Department**

**Mykhailo SAVCHYN**

**MODERN CONSTITUTIONALISM  
TENDENCIES IN THE CONTEXT  
OF GLOBALIZATION AND LEGAL  
PLURALISM**

Monograph



Uzhgorod  
2018

UDC 342.553+341.172+352.07+353

C 13

**Mykhailo Savchyn. Modern constitutionalism tendencies in the context of globalization and legal pluralism:** monograph. Uzhgorod: RIK-U Publishers, 2018. 440 p.

ISBN 978-617-7404-71-1

Present monograph is devoted to the modern tendencies of the constitutional law globalization with the key role being played by adoption and exchange of the best experience in the human right protection on the institutional and procedural levels. The basic methodological aspects of the modern constitutional law development are analyzed within a context of the constitutional identity, globalization and legal pluralism. Shifting of emphases in the public authority activity and the principles of interaction between the states on the interstate and supranational levels is considered from the viewpoint of the fundamental valuables and rules. The modern models of constitution protection, in particular, in the conditions of the vital threats to nation, are compared, the problems of provision of the judicial practice unity, state sovereignty transformation and public power organization based on the network and centric principles are analyzed.

This book is addressed to scientists, university teachers and students of departments of law, specialists in the field of public governing, political experts, as well as to practicing lawyers, experts and employees of public authorities, independent institutions and agencies that realize certain public power functions.

#### **Referees:**

**Stanislav Volodymyrovych SHEVCHUK**, doctor of law, professor, a judge of the Constitutional Court of Ukraine, a corresponding member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

**Oleksandr Vasylyovych BATANOV**, doctor of law, professor, a leading research associate of the Department of constitutional law and local self-governing of the V.M. Koretsky Institute of State and Law, National Academy of Sciences of Ukraine

**Mykola Vasylyovych ONISHCHUK**, doctor of law, rector of the National school of judges of Ukraine, an Honored lawyer of Ukraine

***Recommended for publication in accordance with the decision  
of the Scientific council of the Uzhgorod National University.  
Minutes No. 14 of 21 November 2017.***

ISBN 978-617-7404-71-1

© Mykhailo Savchyn., 2018

© RIK-U, LLC, 2018

<b>Судові рішення</b> .....	<b>13</b>
<b>Вступ</b> .....	<b>16</b>
<b>РОЗДІЛ 1. Методологія сучасного конституційного права</b> .....	<b>24</b>
<b>1.1. Методологія юридичних досліджень у сфері публічного права</b> .....	<b>24</b>
1.1.1. Засади наукових досліджень у публічному праві.....	25
1.1.2. Структура публічного права та межі втручання держави у приватну автономію.....	27
1.1.3. Основні підходи юридичних досліджень у публічному праві. ....	28
1.1.4. Синтетизм у юридичних наукових дослідженнях.....	30
1.1.5. Диференціація досліджень на прикладі економічної системи. ....	31
Висновки.....	36
Список використаних джерел .....	37
<b>1.2. Окремі аспекти юридичних досліджень у сфері публічного та приватного права</b> .....	<b>40</b>
1.2.1. Основні підходи до розуміння предмета конституційного права. ....	40
1.2.2. Конституційне право і «горизонтальний ефект». ....	41
1.2.3. Конституційне право та гетерархія сучасного суспільства.....	44
Висновки.....	45
Список використаних джерел .....	46
<b>1.3. Методологія порівняльного публічного права та правовий плюралізм</b> .....	<b>47</b>
1.3.1. Принципи та загальні правила порівняльно-правових досліджень. ..	48
1.3.2. Основні сучасні підходи методології компаративних досліджень.....	50
1.3.3. Синтетичні та логічні методи дослідження: роль синергетики у порівняльному конституційному праві. ....	52
1.3.4. Засоби юридичної техніки у компаративних дослідженнях.....	54
1.3.5. Конституційна ідентичність та конституційні системи.....	56
1.3.6. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції.....	57
Висновки.....	58
Список використаних джерел .....	58

<b>1.4. Методологія міжнародного конституційного права .....</b>	<b>60</b>
1.4.1. Глобалізація права та інтеграційні процеси: проблема конституційних цінностей.....	60
1.4.2. Сучасні тенденції захисту прав людини: мондіалізм та культурний релятивізм.....	64
1.4.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права.....	66
Висновки.....	67
Список використаних джерел .....	68
<b>1.5. Основні доктрини верховенства конституції.....</b>	<b>69</b>
1.5.1. Огляд основних доктрин конституції.....	69
1.5.2. Синтетична теорія конституції: структура конституції і роль судового конституційного контролю.....	70
1.5.3. Забезпечення верховенства конституції у контексті верховенства права.....	74
1.5.4. Тлумачення Конституції України у світлі верховенства права.....	78
Висновки.....	79
Список використаних джерел .....	79
<b>РОЗДІЛ 2. Конституція та конституційна ідентичність.....</b>	<b>81</b>
<b>2.1. Вихідні засади конституціоналізму в Україні.....</b>	<b>81</b>
2.1.1. Витоки українського конституціоналізму у світовому контексті.....	82
2.1.2. Чинники розвитку конституційної традиції в Україні.....	83
2.1.3. Конституційна традиція у структурі конституціоналізму.....	85
2.1.4. Основні сучасні риси конституціоналізму в Україні.....	86
Висновки.....	88
Список використаних джерел .....	89
<b>2.2. Українська конституційна традиція та революція.....</b>	<b>90</b>
2.2.1. Загальна характеристика державності під час правління Януковича.....	91
2.2.2. Інституціональні пастки Конституції України і словацький досвід.....	95
2.2.3. Проблеми легітимності повернення до конституційного закону № 2222-IV.....	98
Висновки.....	98
Список використаних джерел .....	99
<b>2.3. Континуїтет і конституційна традиція.....</b>	<b>100</b>
2.3.1. Державний континуїтет.....	101
2.3.2. Територіальний континуїтет.....	102
2.3.3. Правовий континуїтет.....	103

Висновки.....	107
Список використаних джерел .....	107
<b>2.4. Європейські рамки конституційної реформи.....</b>	<b>108</b>
2.4.1. Імперативи конституційної реформи в Україні.....	108
2.4.2. Конституційна традиція України як європейська.....	109
2.4.3. Головні параметри конституційного устрою: парламентаризм і судовий конституційний контроль.....	110
2.4.4. Децентралізація влади та нові грані національного суверенітету.....	114
2.4.5. Незалежні органи та установи, конституційні гарантії.....	116
Висновки.....	117
Список використаних джерел .....	118
<b>РОЗДІЛ 3. Структура конституціоналізму та вірність конституції .....</b>	<b>119</b>
<b>3.1. Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму.....</b>	<b>119</b>
3.1.1. Проблема вибору та конституціоналізм: огляд основних доктрин...	120
3.1.2. Емоційність та раціональність у призмі теорій соціальної взаємодії ...	124
3.1.3. Конституційний контроль і проблема вибору.....	128
3.1.4. Установча влада та проблема вибору.....	133
3.1.5. Вибір та суспільно-політичні дебати: до реалізації конституції.....	136
Висновки.....	140
Список використаних джерел .....	140
<b>3.2. Конституційні інновації та вірність конституції .....</b>	<b>143</b>
3.2.1. Конституційна ідентичність – фокус: правовий плюралізм та багаторівневий конституціоналізм .....	143
3.2.2. Права людини, право на розвиток та симбіоз людства з природою...	145
3.2.3. Роль суду у суспільних інноваціях та вірність законодавця конституції.....	147
3.2.4. Вірність конституції та конституційна юстиція.....	149
3.2.5. Вірність конституції та конституційна традиція у світлі інтеграційних процесів.....	152
Висновки.....	153
Список використаних джерел .....	153
<b>3.3. Конституційний Суд України та реалізація конституції.....</b>	<b>156</b>
3.3.1. Сутність і структура реалізації конституції.....	156
3.3.2. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю.....	159
3.3.3. Вплив конституційної юстиції на суспільно-політичні дебати і суддівський розсуд.....	162

Висновки.....	165
Список використаних джерел .....	166
<b>3.4. Конституційний Суд України і динаміка конституційного порядку.....</b>	<b>167</b>
3.4.1. Природа конституційної динаміки.....	167
3.4.2. Установча легітимність Конституційного Суду України: роль динамічного тлумачення.....	169
3.4.3. Пряма дія конституції та конституційний порядок.....	171
Висновки.....	173
Список використаних джерел .....	174
<b>РОЗДІЛ 4. Захист конституції в умовах життєвих загроз нації .....</b>	<b>175</b>
<b>4.1. Захист конституційних цінностей в умовах екстраординарних обставин.....</b>	<b>175</b>
4.1.1. Виклики для конституційних цінностей в умовах перехідних демократій.....	176
4.1.2. Інституційні пастки Конституції у світлі конституційних цінностей. ....	180
4.1.3. Основні напрями захисту конституційних цінностей при екстраординарних обставинах.....	184
Висновки.....	189
Список використаних джерел .....	190
<b>4.2. Забезпечення конституційного порядку та стан війни .....</b>	<b>193</b>
4.2.1. Надзвичайні юридичні режими та забезпечення конституційного порядку. ....	194
4.2.2. Моделі захисту конституційного порядку при застосуванні надзвичайних юридичних режимів. ....	196
4.2.3. Прерогативи Президента України при застосуванні надзвичайних юридичних засобів захисту конституційного порядку. ....	200
4.2.4. Парламентський контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.....	201
4.2.5. Судовий конституційний контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.....	202
4.2.6. Юридичні режими воєнного стану та стан війни.....	204
4.2.7. Конвенційна війна та «гібридна» війна у конституційному ракурсі.....	206
4.2.8. Економічна війна .....	210
4.2.9. Кібервійна.....	212
4.2.10. Інформаційна війна.....	214
4.2.11. Засоби поновлення конституційного порядку на окупованих територіях України.....	215



4.2.12. Юридичний режим поновлення конституційного порядку та забезпечення належного урядування на звільнених від окупації територіях.....	217
Висновки.....	219
Список використаних джерел.....	220

## **РОЗДІЛ 5. Судова влада та єдність конституційної матерії..... 224**

### **5.1. Конституційні принципи та їх інтерпретація.....224**

5.1.1. Природа конституційних принципів та балансування між ними.....	225
5.1.2. Загальні засади інтерпретації конституції та доступ до правосуддя у світлі запровадження конституційної скарги в Україні.....	226
5.1.3. Основні засади та вимоги тлумачення конституційних принципів.....	229
5.1.4. Види тлумачення конституції.....	231
Висновки.....	238
Список використаних джерел.....	238

### **5.2. Забезпечення єдності судової практики у контексті верховенства конституції.....240**

5.2.1. Верховенство конституції як основа функціонального зв'язку із конституційною і загальносудовою юрисдикцією.....	242
5.2.2. Принцип прямої дії конституції у діяльності судів загальної юрисдикції.....	243
5.2.3. Доктрина горизонтального ефекту конституції та суди загальної юрисдикції.....	246
5.2.4. Вплив юриспруденції Конституційного Суду України на усталену практику судів загальної юрисдикції.....	248
5.2.5. Усталена практика судів загальної юрисдикції та інцидентний конституційний контроль.....	251
Висновки.....	252
Список використаних джерел.....	253

### **5.3. Свобода суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій.....255**

5.3.1. Суддівський розсуд та принцип верховенства права.....	256
5.3.2. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії.....	258
5.3.3. Значення суддівського розсуду у формуванні сталої судової практики.....	260
Висновки.....	262
Список використаних джерел.....	263

### **5.4. Систематика судового захисту у світлі зобов'язальної природи прав людини.....264**

5.4.1. Правова природа конституційної скарги. ....	265
5.4.2. Організація та процедура розгляду справ у Конституційному Суді.....	267
5.4.3. Преюдиціальний запит як новела у судовій практиці.....	268
5.4.4. Сутність апеляційного та касаційного перегляду судових рішень у світлі єдності судової практики. ....	270
Висновки.....	272
Список використаних джерел .....	272

## **РОЗДІЛ 6. Права людини ..... 273**

### **6.1. Права людини як основоположне конституційне рішення .....273**

6.1.1. Поняття прав людини у сучасній доктрині: основні підходи. ....	274
6.1.2. Гідність людини у структурі прав людини. ....	277
6.1.3. Структура прав людини згідно із змістом речення третього частини другої статті 3 Конституції України як основоположної конституційної норми. ....	278
6.1.4. Сутнісний зміст прав людини як фундаментальна категорія у правовій системі.....	280
6.1.5. Принцип пропорційності як методологічна основа для визначення легітимних меж втручання публічної влади у приватну автономію особи.....	283
6.1.6. Структура конституції та поділ влади.....	286
Висновки.....	289
Список використаних джерел .....	289

### **6.2. Обмеження прав людини.....291**

6.2.1. Законність. ....	292
6.2.2. Легітимність (легітимна мета втручання). ....	293
6.2.3. Зміст критеріїв обмеження прав людини. ....	293
6.2.4. Пропорційність (сумірність) обмежень прав людини. ....	296
6.2.5. Вичерпний характер переліку підстав для обмежень прав людини. ...	298
Висновки.....	298
Список використаних джерел .....	298

### **6.3. Гарантії прав і свобод людини .....299**

6.3.1. Нормативно-правові гарантії прав людини. ....	300
6.3.2. Інституційні гарантії прав людини. ....	305
6.3.3. Процесуальні гарантії прав людини. ....	308
Список використаних джерел .....	311

### **6.4. Право на справедливий суд та конституційна юрисдикція .....312**

6.4.1. Природа конституції та право на справедливий суд. ....	312
---	-----

6.4.2. Основні елементи права на справедливий суд та конституційна юриспруденція. ....	314
6.4.3. Конституційний Суд України і забезпечення права на справедливий суд. ....	316
Висновки.....	319
Список використаних джерел .....	320
<b>6.5. Належна правова процедура та конституційні стандарти у кримінальному процесі .....</b>	<b>322</b>
6.5.1. Матеріальна і процесуальна належна правова процедура. ....	322
6.5.2. Гарантії доступу до незалежного і безстороннього суду. ....	323
6.5.3. Правова визначеність і обґрунтовані очікування. ....	323
6.5.4. Принцип пропорційності: легітимність обмежень прав людини. ....	324
6.5.5. Основні процесуальні гарантії у світлі конституційних положень. ....	325
6.5.6. Процесуальні гарантії основних прав і свобод. ....	325
6.5.7. Структура громадянських прав як класичних негативних прав та кримінальний процес. ....	326
6.5.8. Вимога судової перевірки обґрунтованості слідчих дій. ....	328
6.5.9. Обов'язок захисту і процесуальні гарантії прав людини. ....	329
Висновки.....	329
Список використаних джерел .....	330
<b>6.6. Природа соціальних прав.....</b>	<b>331</b>
6.6.1. Позитивні обов'язки держави та соціальні права. Природа соціальних прав. ....	331
6.6.2. Правомірні очікування та соціальні права. ....	333
6.6.3. Структура захисту соціальних прав. ....	336
Висновки.....	240
Список використаних джерел .....	341
<b>РОЗДІЛ 7. Мереживний суверенітет та глобальне право .....</b>	<b>342</b>
<b>7.1. Національний суверенітет та мереживо-центрична публічна влада ....</b>	<b>342</b>
7.1.1. Динамізм мереживо-центричної публічної влади: погляд з точки зору соціетального конституціоналізму .....	343
7.1.2. Гетерархія сучасного суспільства та структура мереживо-центричної публічної влади. ....	346
7.1.3. Субсидіарність та мереживо-центрична структура публічної влади. ....	350
7.1.4. Мереживо-центрична публічна влада: глобалізація та глобальне право .....	352
7.1.5. Права людини та мереживо-центрична публічна влада. ....	354
7.1.6. Легітимізація мереживо-центричної публічної влади.....	356

---

Висновки.....	357
Список використаних джерел .....	359
<b>7.2. Національні держави в умовах глобалізації .....</b>	<b>362</b>
7.2.1. Конституційні цінності та глобалізація: конституціоналізація міжнародного права. ....	362
7.2.2. Національний суверенітет та захист конституційних цінностей у контексті глобального права. ....	363
7.2.3. Конституційні засоби становлення глобального права. ....	366
Висновки.....	380
Список використаних джерел .....	381
<b>7.3. Мереживо-центрична публічна влада та формування глобального права. ....</b>	<b>383</b>
7.3.1. Конвергенція конституційного та міжнародного права.....	383
7.3.2. Виклики глобалізації. ....	384
7.3.3. Недержавні форми творення права та передумови формування глобального права. ....	385
7.3.4. Судова практика у становленні міжнародного конституційного права. ....	387
7.3.5. Виклики глобалізації та криза світового порядку.....	388
7.3.6. Субсидіарність та глобальне право. ....	390
Висновки.....	394
Список використаних джерел .....	394
<b>АНОТАЦІЯ .....</b>	<b>395</b>
<b>SUMMARY .....</b>	<b>402</b>
<b>Додаток 1.....</b>	<b>409</b>
<b>Додаток 2.....</b>	<b>412</b>
<b>Додаток 3.....</b>	<b>416</b>
<b>Бібліографія.....</b>	<b>424</b>
<b>ПРЕДМЕТНИЙ ПОКАЖЧИК.....</b>	<b>437</b>

*Airey v. Ireland* (1979), 305  
*Arnold v. Nat'l Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [104-05].  
BVerfGE 49, 89, Kalkar I  
BVerfGE 5, 85, KPD-Verbot  
BVerfGE 7, 198, Lüth  
BVerfGE 72, 339, Wuensche Handelsgesellschaft «Solange II»  
BVerfGE 71, 162 - Frischzellentherapie.  
BVerfGE 107, 339, NPD-Verbotsverfahren  
BVerfGE 123, 267, Lissabon  
BVerfGE 129, 300, Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG  
BVerfGE 135, 259, Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl  
*Collin v. Smith* (7<sup>th</sup> Circuit 1978)  
*Costa v. ENEL*  
*Dr Bonham's Case* (1610) 8 Co Rep 114.  
*Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1029 (Court of Common Pleas).  
*Garcia Manibardo vs Spain*.  
*Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).  
*Golder v. Unite Kingdom*  
*Goodwin v. UK*  
*Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749 (2006).  
*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507, 518 (2004).  
*Iliasku v. Moldova and Russian Federation*  
*Klass v. Germany*.  
*Kucherenko v. Ukraine*  
*Lisbon Case*  
*McCann v. UK*  
*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).  
*Maastricht Case*  
*Microcensus Case* (1969), 27 BVerfGE.  
*Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966).  
*Mozer v. Moldova and Russian Federation*  
*PI. US 48/95*  
*R (Miller) v Secretary of State of Exiting the Europeane Union*, Judgment 3 November 2016, Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016, [2016] EWHC 2768 (Admin).  
*Riabykh v. Russian Federation*.  
*Shaughnessy v. U.S.*, 345 U.S. 206 (1953).  
*Soldatenko v. Ukraine*.  
*Sovtransavto-Holding v. Ukraine*  
*Teixeira de Castro v. Portugal*, (1998) 28 ECHR 101.  
*Yelov v. Ukraine*.

Висновок КСУ № 3-в/2001

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 р. № 14.

Рішення Конституційного Суду Литви від 8 серпня 2006 р. «Про відмову у судочинстві».

Рішення КСУ № 5-зп/1997 від 30.10.1997 р. (справа К.Г.Устименка).

Рішення КСУ № 9-зп/97 (справа за зверненням жителів міста Жовті Води)

Рішення КСУ № 8-рп/98 (справа щодо внесення змін до Конституції України)

Рішення КСУ № 2-рп/1999 від 02.03.1999 р. (справа про комунальні послуги)

Рішення КСУ № 10-рп/1999 від 14.12.1999 р. (справа про застосування української мови)

Рішення КСУ № 2-рп/2000 від 10.02.2000 р. (справа про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги)

Рішення КСУ № 3-рп/2000 від 27.03.2000 р. (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою)

Рішення КСУ № 9-рп/2000 (справа про ратифікацію Хартії про мови, 1992 р.)

Рішення КСУ № 15-рп/2000 від 14.12.2000 р. (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України)

Рішення КСУ № 20-рп/2001 (справа про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 року)

Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р. (справа про призначення судом більш м'якого покарання)

Рішення КСУ № 18-рп/2004 від 01.12.2004 р. (справа про охоронюваний законом інтерес)

Рішення КСУ № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р. (справа про постійне користування земельними ділянками)

Рішення КСУ № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом)

Рішення КСУ № 4-рп/2007 від 18.06.2007 р. (справа про гарантії незалежності суддів)

Рішення КСУ № 6-рп/2008 (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі)

Рішення КСУ № 13-рп/2008 від 26.06.2008 р. (справа про повноваження Конституційного Суду України)

Рішення КСУ № 16-рп/2008 (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України)

Рішення КСУ № 7-рп/2009 від 16.04.2009 р. (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування)

Рішення КСУ № 11-рп/2010

Рішення КСУ № 20-рп/2010 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України).

Рішення КСУ № 7-рп/2013 («справа Дмитра Козлова»)

Рішення КСУ № 3-рп/2015

Рішення КСУ № 2-рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу)

Рішення КСУ № 1-рп/2017

*Світлій пам'яті моєї матері Гафії  
присвячується*

*Де закони можуть бути порушені під приводом  
загального порятунку, там немає конституції*  
Ніколя Мальбранш

*Народи врешті-решт бувають тим, чим їх зробив уряд;  
а уряди стають нарешті такими, якими хоче їх мати народ*  
Рейналь, Гійом Тома

*Право в умовах плюралізму має посісти  
місце конкуруючих версій етики*  
Зандкюлер, Ганс Йорг

Конституція має соціальну конотацію. Насамперед, сенс конституції пов'язаний зі спільною діяльністю людей. Така діяльність у юридичному сенсі спрямована на формулювання певних правил, процедур та суспільних інституцій. Для цього між людьми має існувати певний орієнтир та згода щодо фундаментальних цінностей, на основі яких буде будуватися певний порядок речей. Тобто навряд чи конституцію можна розглядати поза цінностями, щодо яких існує суспільна згода.

Розвиток конституційного права можливий у контексті доктрини конституціоналізму. Проте доволі тривалий період часу проблеми конституціоналізму для конституційного права України були своєрідним табу. Це було відображенням колоніального минулого України. Тривалий час юридична доктрина України цілком у постколоніальному дусі була у полоні впливу юридичної системи сусідньої країни зі сходу.

Отверезіння прийшло лише після Революції гідності. Брутальна, всупереч принципів конституційного та міжнародного права, анексія Криму та безпосереднє вторгнення російських військових підрозділів розкрило справжню картину того юридичного світогляду. Тому ми маємо шукати власні сенси і тренди у розвитку конституційного права, а не бути у полоні чужих фальшивих ілюзій.

Звільнення від постколоніальної спадщини у юриспруденції є критично важливим для подальшого поступального розвитку України. Залишаючись і надалі в авторитарному дискурсі державного права, згідно з яким у кожній дер-



жаві існує конституція, суперечить сучасним досягненням у доктрині та практиці конституціоналізму. Це є редукцією у розумінні конституції, яку зводять у такий штаб, лише до писаного документа. Насправді, якщо навіть і трактувати конституцію як певний писаний акт (що не є універсальним навіть до структури Конституції Французької Республіки – я вже тут не буду говорити про структуру Конституції Сполученого Королівства!), то цей правовий акт певним чином лише формалізує результат суспільного консенсусу у вигляді формул, правил, процедур та інститутів. А насправді за ними приховується глибокий зміст. І раз це є завданням для академічної спільноти та суддів.

У цій роботі наводиться характеристика мережевих структур і їх ролі у формуванні правил та їх легітимації. Так от, специфічною рисою цих структур в Україні є те, що вони є уламками політичних, економічних та культурних структур тоталітарного Радянського Союзу, який канув у Лету. Звідси, інтелектуальна спадщина представників цих мережевих структур скоріше схильна йти у фарватері прихильників авторитарних практик та побудови суспільно-політичних інституцій авторитарного штабу. Тому й не дивним буде у такій ситуації ототожнення наявності конституції із існуванням державності, незважаючи на існуючі авторитарні практики.

Ця робота є результатом моїх подальших досліджень після захисту докторської дисертації, присвяченої проблемам конституціоналізму та розумінню конституції у світлі поваги до гідності та прав людини. Більшість її положень були опубліковані як наукові статті, а деякі як науково-популярні статті, зокрема в «Дзеркалі тижня», «Юридичній газеті» та «Юридичному віснику України». Тому тут є певне узагальнення моїх позицій щодо сучасних тенденцій розвитку конституціоналізму у контексті глобалізації.

Метою цього дослідження є визначення основних тенденцій у розвитку сучасного конституціоналізму та їх впливу на національну конституційну традицію України. Основу його становлять міждисциплінарність, правовий плюралізм, конституційна аксіологія та гуманітарний вимір права.

Трансформація сучасного конституціоналізму триває під впливом чинників, про які піде мова нижче. Попри зазначені деталі, суть такої трансформації визначають міждисциплінарність, правовий плюралізм, гуманітарний вимір права та процеси глобалізації та фрагментації у праві. Цьому сприяє також зміна характеру правотворчості у структурі якої зростає роль приватно-правового елемента. Прикладом цього є вплив на публічний економічний порядок України рішення Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма у справі за позовом НАК Нафтогаз України проти Газпрому. Такого роду рішень накопичується все більше і вони мають все вагомий вплив на розвиток права.

### **Правовий плюралізм та глобалістика**

У моїй роботі звертається увага на ту обставину, що наслідком глобалізації та дигіталізації стає більш оперативний обмін інформацією. Це сприяє швидшому поширенню ідей, концепцій, теорій та доктрин у конституційному праві. На

перший план виходить мистецтво формулювати ідеї та здійснювати комунікації щодо визначення їх змісту та сутності у контексті досягнень сучасного конституціоналізму. Обмін ідеями свідчить, що конституція як політико-правовий феномен є багатоаспектною, а тому передбачає дискусію та обмін досвідом щодо формулювання, відтворення та інтерпретації правил. За будь-яких умов конституціоналізм є цілісною доктриною, яка ґрунтується на ціннісному вимірі права, формою якого виступають насамперед принципи права. Мистецтво інтерпретувати принципи права, знаходити взаємозв'язки між ними та на основі цього формулювати ідеї є квінтесенцією сучасного конституціоналізму. Ці речі пов'язані із розумінням структури конкретного суспільства, його інституцій та правил, які надають специфічного забарвлення національній правовій системі. У цьому контексті великий і невикористаний потенціал має порівняльне конституційне право, а також розробка загальних, універсальних стандартів на транс- та наднаціональному рівнях, що може мати перспективу зародження міжнародного конституційного права. Попри фрагментацію у світі та напружений стан із забезпеченням прав людини, саме гідність людини, можливість її самовираження та вільного розвитку є основними маркерами розвитку сучасного конституціоналізму.

Право не можна розглядати у відриві від інших соціальних норм. Все більш актуальним стає міждисциплінарний підхід. Особливе значення він має для молодих конституційних демократій, що спинаються на ноги. При здійсненні конституційних реформ найскладнішим є питання синхронізації реформ економічної та політичної системи, що інколи здається дилемою на кшталт первинності курки і яйця. Визначення пріоритетності та певного алгоритму дій якраз сприяє дослідженню проблем на межі конституціоналізму, з одного боку, та, відповідно, економічної теорії та політології – з іншого. Також для розуміння ефективності конституційного реформування важливе значення має дослідження стану суспільних інституцій та ступеня солідарності в суспільстві. При інтерпретації конституції відіграють значну семіотика, герменевтика, а не лише формально-юридичні підходи. Вміння творчо поєднувати ці підходи та дотримуватися певних процедур досліджень виражає мистецтво творення конституційних сенсів, ідей та концепцій.

### **Конституційна ідентичність та конституціоналізм**

Правовий плюралізм у конституційному праві поглиблюється проблемами конституційної ідентичності. Навіть у статті 6 Договору про ЄС є посилання на «національну конституційну традицію». Модерний концепт національної державності спирається саме на самобутність правової традиції конкретної країни. На цій основі обґрунтовується доктрина конституційного патріотизму. Водночас глобалізація, транс- та наднаціональність у праві розглядаються як своєрідна антитеза конституційному патріотизму як такі, що атакують конституційну ідентичність конкретної країни. Прийнято вважати, що пряма дія наднаціонального права нівелює основні елементи національної конституційної

традиції. На прикладі Угорщини, яка схильна у своєму розвитку до авторитарної традиції державності, можна спостерігати дискусію щодо концепту вільного демократичного устрою, який вважається ціннісною установкою та організаційною засадою ЄС. Так само, згорання процесів укладання Угоди про асоціацію України з ЄС у листопаді 2013 р. стало одним із каталізаторів Революції гідності та відходу від правління Віктора Януковича. З іншого боку, транс- чи наднаціональність дає змогу краще відстоювати національні інтереси, ніж у випадку, коли держава не інтегрована у ці об'єднання. Відмову від інтеграції можуть дозволити хіба що собі, за характеристикою Фернана Броделя, світ-держави (США, КНР, ЄС).

Необхідною умовою поступального розвитку суспільства є тяглість національної конституційної традиції, що проявляється у державному, територіальному та правовому континуїтеті. Це складні пазли, які лежать в основі національної конституційної традиції та характеризують логіку розвитку певної моделі конституціоналізму. Якщо йде мова про конституційну ідентичність України, то нещодавній дискурс щодо дилеми європейської та євразійської традицій права чи то містка між обома традиціями права зводиться нанівець сьгоднішніми реаліями. Зокрема, тут має особливе значення звільнення від постколоніальної спадщини Російської імперії та Радянського Союзу (хоча останній можна розглядати як своєрідну трансформацію першої).

### **Вірність конституції та конституційні інновації**

Питання реалізації конституції – складна проблема. Насамперед, це пов'язано із природою людської поведінки, яка поєднує в собі емоційне та раціональне начала. Для перехідних конституційних демократій потенційну небезпеку становлять намагання викривити зміст конституційних цінностей і принципів, що може у кінцевому рахунку підірвати засади конституційного порядку. Тому тут дуже важливо витримати баланс між парламентаризмом та судовим конституційним контролем. Попри певні переваги парламентаризму, його Ахіллесовою п'ятою є потенційне ухвалення довірливих за змістом рішень, що має наслідком тиранію парламентської більшості. У монографії наводиться словацький досвід протистояння опозиції тиранії парламентської більшості прем'єр-міністра Мечіяра, який став можливий завдяки саме принциповій позиції Конституційного суду Словаччини. Цей досвід засвідчує, наскільки важливий баланс між парламентаризмом та юдикатурою. При захисті основоположних цінностей конституційна юстиція може спиратися лише на власний авторитет та силу аргументу, яка викладена у її актах. Дуже часто новели у конституційному праві продукуються саме в академічному середовищі та в конституційному суді. Тому дуже важлива репрезентація авторитетних і компетентних конституціоналістів серед суддів конституційного суду чи аналогічної інституції, які б могли опиратися свавільним владним рішенням. Динаміка конституційного порядку і розвиток розуміння змісту конституційних цінностей вносить інновації у право. Тому тут стоїть питання, наскільки конституційний розвиток України вписуєть-

ся у загальносвітові тенденції та яким чином вони сприяють вільному розвитку особистості.

### Правовий захист конституції

Процес інтерпретації конституції переплітається із її правовим захистом. Він має свої витоки з ідеєю нетерпимості до несправедливих законів. Раніше подолання проблеми несправедливих законів часто розглядалося у контексті права народу на повстання проти тиранії. Адже несправедливі закони самі по собі є свідченням розірвання носіями публічної влади соціального контракту про те, що вони будуть правити народом, який доручив їм ці повноваження, відповідно до загально визнаних правил і процедур. Проте, як ще підкреслював у свій час Джон Лок, доволі складно реагувати на кожен несправедливий закон повстанням. Оптимальнішим варіантом є судовий контроль над актами носіїв публічної влади, що дає змогу доволі оперативно розв'язати конфлікт і запобігти громадському протистоянню, яке навіть може загрожувати розкладу і розпаду державності. Україна мала вже досвід конституційного розриву (дисконтинуїтету), коли поразка національно-визвольної революції 1917–1921 років привела до влади маріонетковий режим УСРР. Наслідком радянського правління, апофеозом якого була сталінщина, стали геноцидні практики проти власних громадян під час Голодоморів 1921–1922, 1932–1933 років, чого раніше і пізніше не здійснювали жодного разу національні держави. Масова різня народності тутсі з боку хуту у Руанді в 1993 році – це інше питання, яке ще потребує свого дослідження щодо практик соціальної взаємодії, ролі сучасних медіа у поширенні ідей насильства та стилю *hate speech* (мови ворожості) у викладі інформації та стійкості інститутів громадянського суспільства. Водночас окремі елементи нагнітання суспільної обстановки, використання мови ненависті та поширення ксенофобії при підтримці підривних мережевих структур можна побачити на прикладі логіки розгортання подій в Криму, Донецькій та Луганській областях, що пізніше були окуповані воєнізованими структурами, які управляються та вирішально підтримуються Кремлем.

За таких умов потребує нового осмислення співвідношення звичайних і надзвичайних засобів конституції. У цій роботі проведено аналіз надзвичайних засобів захисту конституції крізь призму розуміння нових засобів і способів ведення війни. У роботі доводжу, що сучасне національне право містить достатньо інструментів протидії підривній діяльності проти національної державності, для чого проаналізовано парламентську, виконавчу та дерогаційну моделі надзвичайного захисту конституції. При цьому акцентовано увагу на тому, що такий захист має здійснюватися крізь призму конституційних цінностей. Інакше благі наміри забезпечення конституційного порядку без опертя на фундаментальні правові цінності і принципи часто призводять до встановлення диктатури та масових порушень прав людини. У цьому контексті в Україні доволі поверхово врегульовано діяльність органів влади під час оголошення правових режимів воєнного і надзвичайного стану, а режим стану війни (який згадується у Консти-

туції) майже не врегульовано. За таких умов слід також наповнювати змістовним компонентом правове регулювання інформаційних, економічних воєн, кібервоєн тощо.

Динаміка конституційного порядку вимагає забезпечення єдності судової практики. У перехідних конституційних системах ця проблема також пов'язана із становленням незалежності судової влади. Ці інституційні проблеми можуть полягати у різних формах: у необхідності застосування люстраційних заходів з метою запобігання здійсненню правосуддя особами, схильними до свавільного обмеження прав людини; у тяжінні до формального, а не субстантивного розуміння законності, що безпосередньо впливає на аргументацію судових рішень; в освоєнні аксіологічного інструментарію при юридичній аргументації, що має бути зорієнтовано на цінності та на визначеність у застосуванні правил і процедур.

### **Сутнісний зміст права та обов'язок захисту**

Центральною категорією конституційного права є ступінь втручання держави у приватну автономію індивіда. Приватна автономія індивіда складає сутність самої свободи, оскільки вона передбачає відповідальний вибір особи без зовнішнього тиску. Тобто проблема стосується сприяння здійсненню певних актів поведінки особи, які можна визначити як такі, що призначені для розвитку її як індивіда із притаманними їй якостями характеру, темпераменту, навичок, життєвих компетентностей тощо. Рівною мірою ці складні питання також пов'язані із ідентичністю та самовираженням особи. У зв'язку із цим гідність людини розглядається як основоположна цінність, яка має важливе методологічне значення. Наскільки можливе втручання держави у ці складні питання – доволі суперечлива дилема сама по собі. При цьому саме держава виступає у двох іпостасях: організація суспільства у державу є необхідною умовою захисту прав людини, а з іншого боку – держава є найвірогіднішим порушником прав людини. Тим самим права людини презюмують втручання держави у здійснення таких свобод. І бажаною, якщо не ідеальною, є мінімізація такого втручання держави у приватну автономію. Цього досягти складно у зв'язку із ситуацією порушення права з боку третіх осіб чи певного органу публічної влади. Тому виникає питання обґрунтованості та меж втручання держави, що має здійснюватись за допомогою належних і доречних юридичних засобів, щоб не виникало ситуації створення істотних перепон у здійсненні права або заперечення його сутнісного змісту. У роботі здійснено короткий аналіз сутнісного розуміння права, виходячи з інтерпретації принципів поваги до гідності людини, рівності та свободи як основоположних конституційних цінностей.

### **Трансформація публічної влади**

В умовах глобалізації трансформація публічної влади полягає у новітніх механізмах перерозподілу владних повноважень, що по ідеї дедалі більше має сприяти процесу деконцентрації владних повноважень та зловживання ними.

Проте, наднаціональним та міжнародним інституціям дорікають, що вони шляхом концентрації значних ресурсів фактично переміщують важелі ухвалення рішень на наднаціональний рівень, чим атакують конституційну ідентичність країн. Цим поглядам є заперечення, оскільки у національних держав виникає новий, наднаціональний простір реалізації національних інтересів. Проте, тут слід брати до уваги інституційну спроможність, наявні ресурси, економічний та військовий потенціал держави. Інституційну спроможність держави характеризує збалансованість у розподілі повноважень між рівнями публічної влади, система стримувань і противаг, стан верховенства права та захисту прав людини. У світлі численних протистоянь і зіткнень, які спостерігаються в окремих регіонах світу, також свою роль відіграє спроможність інститутів громадянського суспільства чи інших форм соціальної взаємодії, які формулюватимуть та відтворюватимуть правила та процедури, які б піддавалися мінімальному впливу з боку політичних, етнічних, релігійних факторів. Використання права як нейтрального інструмента є запорукою у здійсненні свобод у відповідних сферах життєдіяльності індивіда. Ці чинники зумовлюють трансформацію публічної влади поряд із завданнями щодо захисту довкілля, забезпечення економічних свобод та становлення єдиних регіональних і глобального ринків, розвитку інформаційних технологій та засобів електронної демократії.

*«Майте, брати мої, повну радість, коли впадаєте в усілякі випробовування, знаючи, що досвідчення вашої віри дає терпеливість. А терпеливість нехай має чин досконалий, щоб ви досконалі та бездоганні були, і недостачі ні в чому не мали ... Блаженна людина, що витерпить пробу, бо, будши випробувана, дістане вінця життя, якого Господь обіцяв тим, хто любить Його»*

*Якова 1:2-4, 12*

Моя монографія присвячується світлій пам'яті моєї матері Гафії Савчин, який мало сповнитися 85 літ цього року, але вона нас покинула 30 років тому. Ми всі вдячні нашим матерям, які народили нас на цей світ і радили, як шукати свій шлях у цьому буремному світі, йти по тому шляху, поважаючи фундаментальні цінності.

Ця робота є також результатом моїх роздумів під час моєї наукової діяльності в Ужгородському національному університеті, Закарпатському державному університеті та Київському університеті права НАН України. І де би я не був, то завжди складається творча атмосфера обговорень та пошуку інноваційних рішень, за що спасибі моїм колегам, цимборкам і цимборам по науці і життю. Висловлюю вдячність рецензентам професорам Станіславу Шевчуку, Миколі Оніщуку та Олександрю Батанову за цінні зауваження та пропозиції. За багато ідей я вдячний своїм вчителям за цінні поради Віктору Погорілку, Петру Мартиненку, Володимирю Кампо, Олександрю Петришину, Олександрю Скрипнюку, Михайлу Баймуратову, Богдану Футею, Івану Машкаринцю, Андрію Стрижаку. Дякую за обмін думками та поради Юрію Барабашу, Олександрю Батанову, Олені Бориславській, Юрію Волошину, Олексію Кресіну, Наталії Мішиній, Станіславу Погребняку, Сергію Перемоту, Сергію Різнику, Ігорю Сліденку. Надихала на нові ідеї та юридичні концепти вже традиційна Літня школа «Верховенство права і конституціоналізм», серед слухачів якої вже багато себе реалізують як високодостойні та талановиті науковці, поширюючи ідеї верховенства права та фундаментальні цінності серед юридичної спільноти. Це також важлива соціальна платформа для творення нових сенсів та смислів у конституціоналізмі та подоланні соціальної апатії та інфантилізму.

Думаю, що ця праця додасть хоча би децицію сенсу та людяності у сучасне конституційне право та сприятиме поступальному розвитку українського суспільства та людства. Будьмо оптимістами, маймо дяку до прекрасного і гармонію в душі.

# Розділ 1.

- 1.1. *Методологія юридичних досліджень у сфері публічного права*
- 1.2. *Окремі аспекти юридичних досліджень у сфері публічного та приватного права*
- 1.3. *Методологія порівняльного публічного права та правовий плюралізм*
- 1.4. *Методологія міжнародного конституційного права?*
- 1.5. *Основні доктрини верховенства конституції*

## **1.1. Методологія юридичних досліджень у сфері публічного права**

**Вступ.** Для країн перехідної від авторитаризму конституційної демократії важливим є проведення неупереджених і об'єктивних наукових досліджень у сфері публічного права. Публічне право за таких умов також зазнає трансформації, яка визначається істотними змінами у сфері правосуддя та гарантій цивільних, політичних та економічних свобод. Можна припустити, що є певний алгоритм дій при вирішенні дилеми демократизації політичної системи та лібералізації економічної системи, оскільки емпіричний досвід свідчить про необхідність надання переваг саме в економічних інноваціях. У сенсі демократизації політичної системи сьогодні більш перспективним виглядає запровадження системи електронного урядування, а не забезпечення участі в ухваленні політичних рішень акторів, обмежених у доступі до економічних ресурсів чи ключової інформації стосовно форм використання економічних ресурсів та їх властивостей. А це передбачає функціонування сталих інституцій, правил і процедур на засадах континуїтету.

У цьому контексті важливим є аналіз (1) засад наукових досліджень у публічному праві, які мають бути наповнені соціогуманітарним змістом та позбавлені догматизму та надмірної абстракції. З огляду на це (2) структуру публічного права буде розглянуто крізь призму фундаментальних принципів як основи конституційного права та їх конкретизацію в адміністративному праві (3). У якості основних напрямів дослідження буде проаналізовано переваги і недоліки детермінізму, стохастики та наукового плюралізму, виходячи із основоположного характеру свободи та гідності людини. Значну роль відіграє (4) синтетизм у



наукових дослідженнях, оскільки юриспруденція має оперувати здобутками як гуманітарних наук, так і точних наук, чому сприяє, зокрема, концепт сутнісного змісту права (the very essence of the right) та зростання ролі компаративних досліджень для перехідних конституційних демократій. На прикладі дослідження ступеня втручання держави в економіку буде розкрито (5) особливості диференціації досліджень економічної системи як однієї зі сфер регулятивного впливу в публічному праві. Метою цієї частини роботи є розкриття основних положень соціетальної доктрини публічного права, заснованої на повазі до гідності людини, сталого розвитку та інновацій у праві.

### **1.1.1. Засади наукових досліджень у публічному праві.**

Труднощі у реалізації певних засад досліджень у публічному праві піднімаються дискурсом про обмін свободи на безпеку – тієї вічної проблеми, яка впливає із дискусії між Гобсом та Локом, хоча конституціоналізм чітко акцентує увагу на захисті приватної автономії індивіда від свавільного втручання як з боку держави, так і третіх осіб.

**а) Принцип антропологізму** полягає у відстоюванні підходу, згідно з яким права людини наповнюють змістом і сенсом правову систему як таку. Це навіть закріплено у юридичному конструкті статті 3 Конституції України, згідно з яким утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Людський, антропоцентричний вимір права зумовлений розумінням історії як певного процесу соціального прогресу в бік розширення свободи і вільностей, який на сучасному етапі втілюється у повазі до гідності та прав людини. Можна по-різному виводити права людини – із сутнісного (гідність людини) підходу, засад рівності чи свободи. Однак такі підходи лише відображають соціальне призначення влади – гарантувати права людини, оскільки сучасна державність покликана знаходити баланс між цінностями прав людини та безпеки. Зокрема, сьогодні глобальний виклик правам людини насамперед пов'язаний із тероризмом як сукупністю методів, спрямованих на породження в суспільстві атмосфери страху задля досягнення певних політичних цілей. Захист прав людини при боротьбі із тероризмом не може розглядатися як універсальний, оскільки тут зачіпаються безпекові питання і вони можуть вирішуватися на засадах юридичної визначеності, субсидіарності та збалансованості у системі організації публічної влади.

**б) Принцип пізнаваності** заснований на безсторонності та етосі наукових досліджень, пов'язаних із обмеженістю доступу до певної інформації на майбутнє (прогностичний аспект) та необхідністю обробки значного масиву інформації (аналітичний аспект). На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Роберт Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади [1]. Спираючись на багатий емпіричний матеріал, Роберт Патнам разом із групою італійських дослідників робить висновок, що правила та усталені процедури, що їх утверджують

інституції, позначаються на політичних результатах через формування поведінки і вони впливають на результати тому, що формують правосуб'єктність, їхні повноваження та стратегію [1, с.20]. Теорія процедурної справедливості Джона Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації [2], тобто в умовах правової невизначеності.

**в) Принцип об'єктивності.** Оскільки обсяг інформації в залежності від об'єкта дослідження може бути недостатнім або існує потреба обробки значного масиву інформації, набуває значення *принцип об'єктивності* наукових досліджень у праві. Тут у нагоді стає інструментарій верховенства права, згідно з вимогами якого має існувати юридична визначеність у правовідносинах. За будь-яких умов вимоги юридичної визначеності передбачають, що запровадження певних обмежень, обтяжень на здійснення прав людини або накладання на особу юридичної відповідальності мають стати предметом публічного обговорення. Такі заходи згідно із засадами об'єктивності мають відповідати реальній і нагальній суспільній потребі. Тому об'єктивність дослідження полягає у збалансованості аналізу наявних фактичних даних та їх співставленні у світлі основоположних цінностей і принципів права, які мають універсальний характер.

**г) Поєднання засад верифікації та фальсифікації.** Воно полягає в екстраполяції емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму з урахуванням динаміки політико-правових інститутів. На думку Роберта Патнама [1] та Карла Поппера [3], суспільно-політичні інститути переконливо свідчать на користь ефективності соціальних норм і процедур. Таким чином, інститути громадянського суспільства, політичної системи, органи публічної влади, побудовані на мережі соціальних зв'язків свідчать, у свою чергу, про ефективність правових норм і процедур. Водночас компаративний аналіз моделей конституціоналізму свідчить, що цього не достатньо. Адже виникає замкнене коло: відсутність або неефективність правових процедур і правил зумовлює неефективність згаданих інститутів – недоліки інститутів є об'єктивною перешкодою правових реформ. В Україні продовжується дискусія про власну конституційну традицію та компліментарність інститутів, які впроваджуються відповідно до стандартів Ради Європи чи в рамках гармонізації законодавства із правом ЄС. Отже, виникає питання щодо критеріїв формування конституційних правил і процедур. Прикладом фальсифікації можемо назвати сумнозвісну конституцію Сталіна, оскільки її характер спростовується наявністю кримінальної відповідальності згідно із так званим «законом про п'ять колосків», схваленого у позапарламентський спосіб та всупереч вимог *jus cogens*. Це також стосується формалістських концептів нацистської правової держави у силу ухвалення нюрнберзьких законів та втілення їх положень в життя.

**д) Принцип міждисциплінарності.** Така екстраполяція емпіричного досвіду на конституційні явища і процеси досить часто призводить до використання міждисциплінарних підходів, що притаманно, зокрема, застосуванню системно-

го методу, юридичної герменевтики, правового моделювання тощо. Зокрема, як буде нижче наведено, є справедливими висновки теорії Рональда Коуза [4] щодо трансакційних видатків, які формалізуються у корупційні явища у разі надмірного втручання держави в економіку, неякісних адміністративних послугах, відсутності належних гарантій свободи і додержання умов контрактів та гарантій права на незалежний і безсторонний суду. При застосуванні принципу пропорційності також важливими є здобутки теорії економічного аналізу права, зважаючи на необхідність балансування цінностей з точки зору їх вартості та важливості з етичної точки зору. В залежності від конфліктного чи кооперативного середовища може використовуватися інструментарій теорії ігор чи соціальної взаємодії щодо обґрунтування легітимності певних інститутів, правил і процедур у праві. І таких прикладів можна наводити багато, не зводячи дискурс до трансцендентності основної норми, як це має місце у Ганса Кельзена [5].

### **1.1.2. Структура публічного права та межі втручання держави у приватну автономію.**

Публічне право ґрунтується на правилі визнання, в силу якого держава наділяється повноваженнями задля забезпечення захисту прав людини та публічного порядку. Це передбачає конкуренцію цінностей прав людини та публічного порядку, що вирішується за допомогою принципу пропорційності (у вузькому розумінні – балансування).

**а) Концепція сутнісного змісту права (the very essence of the right).** Права людини і основоположні свободи за своєю природою є суб'єктивними публічними правами, що визначає особливості правового стилю їхнього конституційного регулювання, яке є «відкрите», оскільки «каталог» цих прав є невичерпним і вони можуть «виводитися» судами із засад гідності людини, рівності і свободи. Ця правова концепція визначає, що запровадження державою певних обмежень на здійснення конкретного суб'єктивного публічного права не може сягати такого рівня, який створює істотні перепони, за яких унеможливується їхнє фактичне здійснення або здійснення такого права втрачає свій сенс, оскільки запроваджені обмеження, обтяження чи заборони заперечують їхню сутність.

**б) Структура публічного права.** Відповідно до принципу пропорційності та сутнісного змісту основного права структура публічного права набуває нової конфігурації, яка зумовлена ступенем інтенсивності (щільності) правового регулювання.

і) *Конституційне право як сукупність принципів і цінностей.* У структурі конституційного права умовно можна виділити два блоки правового матеріалу, що стосуються (1) прав і свобод людини та (2) організації влади.

(1) Оскільки права і свободи людини мають моральну основу, визначаючи вимоги і стандарти для організації та діяльності публічної влади, то вони, скоріше, є сукупністю базових правових цінностей і принципів. Такі цінності і принципи визначають якість законодавства, стандарти адміністративної та судової практики. Тобто правові норми та практика їх застосування мають відповідати

базовим цінностям, на вершині яких стоїть цінність гідності людини. Тому на перший план виходить належна аргументація юридичних рішень [6], заснована на інтерсуб'єктивному дискурсі, який передбачає участь у цьому процесі якомога ширшого кола заінтересованих осіб [7; 8].

(2) Принципи поділу влади та законності як конкретизація базової ідеї конституціоналізму обмеження влади правами людини зумовлюють чітке визначення підстав, повноважень, організації та порядку діяльності органів публічної влади. При цьому конструювання розподілу повноважень має переслідувати двоєдину мету – забезпечення прав людини та недопущення концентрації влади в одних руках. Засобом верифікації тут слугує конституційний контроль у формі парламентського та судового контролю. З точки зору правил юридичної аргументації рішень процес здійснення влади є процесом комунікації між якомога ширшим колом заінтересованих осіб, позиція яких має бути принаймні заслуханою, а їхні інтереси мають зважуватися з точки зору верховенства права та вимог належної правової процедури.

ii) *Адміністративне право як ідея правового регулювання, конкретизація принципів права.* Якщо конституційне право визначає засади правового регулювання, то адміністративне право визначає інтенсивність та напрями правового регулювання [9]. Це пов'язано із особливостями структури норми права, регулятивний вплив якої спрямований на майбутнє, а тому при прийнятті законів законодавець не володіє і не може володіти всією повнотою інформації, за яких обставин буде застосовуватися закон. Тому має залишатися певний простір для розсуду органам виконавчої влади та судової влади конкретизувати та деталізувати положення закону відповідно до засад пропорційності та поваги до прав людини. Основним критерієм розсуду є основні цілі закону та якомога ефективний режим сприяння у здійсненні прав і свобод людини.

**в) Доктрина горизонтального ефекту [10]: дія публічного права стосовно третіх осіб.** На перший погляд публічне право не спрямоване на приватноправові відносини. Однак у ситуації рівного ставлення, що призводить до несправедливих наслідків для певної групи людей у порівнянні з іншими, або у ситуації неоднакового ставлення, заснованого на необґрунтованій диференціації у приватноправових відносинах, необхідно вживати заходів щодо вирівнювання положення на користь слабкішого. Так само держава несе позитивний обов'язок щодо захисту фундаментальних цінностей (гідність людини, свобода, рівність, право на самовизначення), якщо вони нівелюються у силу застосування приватноправового інструментарію (договір, арбітраж і т.п.).

### **1.1.3. Основні підходи юридичних досліджень у публічному праві.**

Вони зумовлені взаємодоповнюваністю системного та синергетичного підходів у юридичних дослідженнях. Ідентичність у праві відіграє чи не головну роль для самовизначення особи як основи приватної автономії індивіда, що і зумовлює поєднання абстракції закону та конкретики судової та договірної практики.

**а) Детермінізм** часто пов'язаний із вадами лінійного підходу причинно-наслідкових зв'язків. З іншого боку, цей підхід має бути збалансований горизонтальним ефектом основних прав та вертикальною їх структурою. Згідно з постулатами діалектичного методу основою розвитку конституційних явищ і процесів є внутрішні суперечності між ними. Саме динаміка і статика конституційних явищ і процесів виражає *sui generis* зміст цього методу. Отже, діалектика звертає увагу на дуалізм конституційних явищ і процесів (свобода і відповідальність, права і обов'язки, суверенітет і поділ влади тощо), кількісні і якісні їх параметри, їх заперечення внаслідок суспільних змін, співвідношення між формою і змістом, сутністю і явищем тощо [11]. Однак діалектичний метод не дає задовільного пояснення природи конституційних явищ і процесів, оскільки вони у діалектиці розглядаються *per se* (самі по собі), безвідносно від їх цілепокладання та соціальної цінності.

**б) Стохастика** проявляється у вираженні ідей свободи та обмеження влади на засадах пропорційності є фундаментом сучасного конституціоналізму, зокрема, стосовно розвитку державності. Наприклад, російський конституціоналіст Андрій Медушевський сформулював теорію конституційних циклів, яка ґрунтується на уявленнях про те, що розвиток конституційних інститутів заснований на послідовності трьох стадій: підйом, криза, занепад [12, с.38]. У руслі цієї теорії російський компаративіст Роман Ромашов також розкриває циклічність публічної влади, формами якої виступали антична держава (*politeia*), патримоніально-теологічна держава (*kingdom*), політико-правова держава (*state*). Між зазначеними циклами існування державності, як правило, виникає правовий хаос, коли «старе» право поступається «новому» [13, с.51–57; 33]. Саме на стохастичності ґрунтується синергетичний підхід у праві, що зумовлює дослідження взаємного впливу закону і судової практики у забезпеченні верховенства конституції.

**б) Плюралізм** у юридичних наукових дослідженнях (*legal Bukovina*) враховує субсидіарність, теорії соціальної взаємодії та теорію ігор. Зокрема, теорія ігор ґрунтується на міждисциплінарному підході і виникла на стику фізики та математики (Джон Форбс Неш, Джон фон Нойман, Оскар Морґенштерн). Згідно з її постулатами, існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть приносити найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів (обмеженість ресурсів, конкуренція на ринку, динаміка цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо). Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватних до конкретної історичної обстановки і необхідних для досягнення певної легітимно покладеної мети в умовах конкуренції та боротьби за доступ до ресурсів. По суті теорія ігор дає відповідь на запитання щодо зародження певного типу правових норм та інститутів, відображаючи певний баланс інтересів у суспільстві. Теорія ігор вказує на джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації або правового конституційного конституції у конфліктному середовищі. Теорія

соціальної взаємодії пояснює формулювання правил на основі взаємодії та зважування взаємних інтересів на відміну від конкурентного середовища у теорії ігор. Субсидіарність дає змогу пояснити логіку певних ініціатив та вертикальні зв'язки між різними типами соціальної взаємодії, які ґрунтуються на різних рівнях ідентичності за схемою: індивід – спільноти – інститути – держава-нація.

#### **1.1.4. Синтетизм у юридичних наукових дослідженнях.**

Відповідно до синтетичної методології передбачається поєднання у залежності від соціального контексту таких елементів: а) міждисциплінарний підхід; б) конституційна гносеологія, онтологія, аксіологія і праксеологія; в) теоретичні та практичні аспекти чинності конституції; г) нормативні та сутнісні (субстантивні) елементи конституції. Проведення аналізу природи конституції має ґрунтуватися на засадах компліментарності порівняльно-правових досліджень, герменевтичного, динамічного і формально-юридичного тлумачення конституційних положень, динаміки і статичності конституційної матерії, ідеального і реального у праві.

**а) Природа синтетизму у праві.** Синтетизм впливає із розуміння права як сфери взаємодії природного та позитивного права, що зумовлює поєднання здобутків природно-правового та позитивістського підходів. Синтетичний підхід немає нічого спільного із змішуванням понять і методів наукового дослідження і пізнання [14, с. 86]. Синтез передбачає належне володіння науковим інструментарієм у залежності від результатів аналізу конкретної правової проблематики у її соціальному контексті. Така проблематика вирішується у контексті того, що людина розглядається саме як мета, а не засіб розвитку суспільства, що, власне, є стрижнем синтетизму. Конституційно-правова реальність така багатогранна і багатоманітна у силу мови і стилю конституції, «відкритого» характеру конституційного тексту, що вирішення тих чи інших проблем конституційного характеру залежить від того, в якій площині воно лежить – зокрема, встановлення конституційного порядку, реалізації, інтерпретації чи правового захисту конституції. У залежності від цього контексту є відповідні вимоги як до доктринальних досліджень, так і до впровадження конституційних цінностей, принципів і норм у життя та їх правового захисту.

Однак емпіричні дані свідчать як про суспільну необхідність та легітимність втручання, так і про об'єктивні межі культурного релятивізму. На міжцивілізаційному рівні видно відмінності у системі правових норм і процедур, які зумовлені структурою суспільства та особливостями соціальних зв'язків. Однак зміст конституційних норм та процедур пояснюється своєрідним їх каркасом, який зумовлений тяглістю відповідних конституційних традицій, що пов'язано з континуїтетом. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний. Тому розкриття цього процесу ґрунтується на певних параметрах з їх взаємними зв'язками, оскільки сьогодні в світі спостерігається плюралізм правових традицій, систем та моделей конституціоналізму. Отже необхідно

з'ясувати, які соціальні блага забезпечуються юридичним захистом, яка їх вага у суспільному житті, тобто мова йде про конституційні цінності [15; 16].

Виходячи із загального аналізу системи методів у публічному праві та із об'єкта і предмета, мети і завдання цього дослідження, правові явища і процеси можуть досліджуватися за таким синтетичним підходом: 1) екстраполяція емпіричного досвіду на юридичну доктрину та динаміку політико-правових інститутів; 2) взаємозв'язок соціальних цінностей та правових явищ і процесів; 3) вплив ієрархії правових цінностей на нормативність конституції; 4) структура та чинність конституції.

**б) Алгоритм синтетичного компаративного дослідження.** Цей алгоритм має важливе значення для перехідних демократій у силу необхідності запозичення прийнятного та адекватного зарубіжного досвіду законотворення та судової практики, насамперед юридичної техніки та юридичної аргументації рішень. Алгоритм синтетичного компаративного дослідження правових явищ і процесів можна здійснювати таким чином: 1) визначення проблеми, яка потребує вирішення; 2) збір матеріалу дослідження, виходячи із особливостей правової традиції, системи джерел права та їх інтерпретації, а також правової культури правил, процедур, інститутів або правових систем, які порівнюються; 3) визначення нормативної основи порівняльно-правового дослідження; 4) визначення зворотного впливу стану законодавства і судової практики; 5) визначення юридичної природи інтерпретації правових норм та особливостей застосування певних методів інтерпретації чи їх поєднання [17].

Методологія порівняльно-правових досліджень правових явищ і процесів повинна базуватися на таких основних принципах їх компліментарності: додержання вимог наукової та професійної етики юриста; незаангажованість та неупередженість досліджень; функціоналізм; поєднання концептуалізму із конкретно-прикладними методами дослідження; синтетизм та поліваріантність робочих гіпотез; застосування інструментів формальної юридичної логіки та юридичної техніки; досягнення академічної та прикладної прийнятності, а також коректності результатів дослідження.

### ***1.1.5. Диференціація досліджень на прикладі економічної системи.***

В умовах глобалізації для розвитку економічної системи України важливе значення має дерегуляція економічної активності, ефективна економічна інфраструктура (біржі, свобода договору, гарантії додержання контрактів, антимонопольні заходи, боротьба та запобігання недобросовісній конкуренції тощо), якісні адміністративні послуги, спрямовані на поліпшення інвестиційного клімату та ведення економічної діяльності. Вирішення таких непростих завдань можливе завдяки інструментарію соціетальної моделі правового забезпечення економічної системи, зокрема шляхом аналізу переваг і недоліків моделей втручання та стандартів додержання економічних свобод державою згідно з вимогами верховенства права, принципу пропорційності та належної правової процедури.

**а) Засади економічного аналізу права.** Ця проблематика фрагментарно досліджена у вітчизняній юридичній науці, зокрема, у монографії «Конституційні засади економічної системи України» [18]. У цьому дослідженні групою вітчизняних науковців розкрито структуру конституційного ладу та економічної системи України, окремі аспекти вдосконалення відносин права власності, сутнісного змісту свободи підприємницької діяльності, засад правового регулювання конституційної економіки.

У зарубіжній юридичній науці стосовно проблеми втручання держави в економіку конкурують різні школи. Наприклад, австрійська школа (Фрідріх фон Гаек, Людвіг фон Мізес) обґрунтувала сучасні засади лібералізму як доктрини обмеження втручання публічної влади у сферу економічної свободи, зокрема, прийняття управлінських рішень. Бруно Леоні наголошує на небезпеці дирижизму у сфері економіки, що має наслідком інфляцію законів [19]. Ернандо де Сото з ліберально-демократичних позицій трактує цей процес не лише як систему забезпечення економічної свободи, а як відкриту систему легітимації правил поведінки у сфері економіки, щодо яких у суспільстві склався консенсус і він забезпечений механізмами суспільного договору [20]. Концепція протекціонізму Джона Мейнарда Кейнса є рефлексією на проблеми інфляції закону та демократичної легітимації правил, що набуває характеру проблеми на певних етапах розвитку економічних процесів у силу їх циклічної природи і вимагає легітимного втручання публічної влади в економічну свободу [21].

Особливої уваги потребує дослідження правового регулювання економічної системи в умовах глобалізації. Трансформація сучасної влади в умовах глобалізації була предметом дослідження Альфреда Амана, Річарда Аппельбаума, Френсіса Фукуями [22–24]. Зважаючи на різні моделі втручання держави в економічні процеси, аналізуються відповідні механізми правового регулювання (Кейнс, фон Мізес, фон Гаек, де Сото). Водночас ключовими моментами є визначення цих моделей у адміністративному механізмі здійснення регуляторної політики (Альберт Зайберт-Фор, Ебергардт Шмідт-Ассманн) [25; 9]. З точки зору розвитку *Lex Mercatoria* заслуговують на увагу дослідження ефективності інститутів СОТ, СБ, МВФ (Чарльз Едлі, Бонавентура Сантос, Джон Стігліц) [26–28]. Також має важливе значення дослідження мінімальних стандартів діяльності транснаціональних корпорацій для визначення параметрів ступеня відкритості національної економіки і правового забезпечення її конкурентоспроможності.

**б) Обґрунтування соціальної моделі.** Особливістю формування соціальної моделі [29; 30] економічної системи в Україні є її реальна можливість забезпечити конкурентоспроможність на світовому ринку та належну інтеграцію України в регіональні та глобальні економічні інституції. У цій системі відносин мають забезпечуватися належним чином гарантії права власності на засадах соціального партнерства між роботодавцями та працівниками, свобода ведення підприємницької діяльності на засадах свободи договору та гарантування додержання їх умов, захисту конкуренції та обмеження монополізму, визначення



регуляторної політики держави відповідно до вимог верховенства права та належної правової процедури.

Засади конституційної економіки розроблені в працях відомих вчених Джеймса Б'юкенена [31], Фрідріха фон Гаєка [32] та ін. Останні дослідження з питань сталого розвитку суспільства та інновацій потребують їх інтеграції та осмислення. З точки зору гарантій права власності та свободи підприємницької діяльності потребують якісно нового обґрунтування моделі соціального партнерства, спрямованого на забезпечення участі працівників в управлінні підприємством, справедливий розподіл майна та гарантій вільного вибору професії і роду занять. З позицій сталого розвитку суспільства та принципу пропорційності слід дослідити також баланс між законними інтересами суб'єктів підприємницької діяльності та споживачами. Всі ці питання так і не знайшли цілісного і комплексного дослідження, як у вітчизняній, так і в зарубіжній науці, існуючи лише у вигляді окремих, вище згаданих, доктрин. Таких цілей можна досягти за допомогою методології, яка комплексно поєднує міждисциплінарний підхід, теоретичні і практичні аспекти чинності правових актів, нормативні і субстантивні елементи правової системи на засадах компліментарності порівняльно-правових досліджень, а саме через методи:

1) історичний – з'ясування особливостей еволюції явищ глобалізації та розвитку економічної системи в Україні та світі;

2) діалектичний – дослідження втручання держави в економічні явища і процеси у динаміці на основі загальних принципів права та поваги до економічних свобод;

3) порівняльно-правовий – визначення компліментарності економічних систем у разі конвергенції правових інститутів та глобалізації економічних явищ, роль гармонізації законодавства, *Lex Mercatoria* та судової практики;

4) системний – визначення ступеня аутопоєзису правової системи з урахуванням процесів глобалізації та інтеграції, виходячи із самоорганізації економічної системи та функцій держави із захисту слабшого;

5) теорії ігор – визначення ролі права в регулюванні конкурентного середовища на ринку за допомогою юридичних засобів, а також визначення основних закономірностей у формулюванні правил на ринку;

6) визначення трансакційних витрат – в обґрунтуванні ступеня втручання держави у здійснення економічних свобод, зокрема, свободи договору та недопущення надмірного їх обмеження у діяльності органів держави;

7) економічного аналізу права – для визначення ступеня корисності, вартості, цінності у виборі моделей втручання держави в економічну систему;

8) синергетичний – виявлення ролі і впливу флуктуацій на динаміку розвитку економічних системи та юридичних засобів впливу на них;

9) юридичної герменевтики – визначення ступеня впливу семіотики, екзегези і стилю правових актів на практику їх застосування і втілення в життя економічних свобод.

Обґрунтування та впровадження соціальної моделі економічної системи на засадах верховенства права та принципу пропорційності дасть змогу

збалансувати роль держави в економічних процесах, які засновані на саморегулюванні та втручанні держави з мотивів забезпечення публічного економічного порядку. Необхідно також переосмислити засади економічного публічного порядку як юридичної підстави для втручання держави у здійснення економічних свобод. За таких умов мають гарантуватися соціальний захист населення, реалізація принципу соціальної правової держави (*welfare state*), захист довкілля та здійснення публічної влади відповідно до принципів сталого розвитку (*sustainable development*), оскільки реалізація прав людини і спільноти обмежена природними ресурсами та відповідальністю нинішнього покоління перед прийдешніми, яким має бути гарантований рівний доступ до природних ресурсів принаймні на рівні нинішнього. Тому соціетальна модель економічної системи визначає відповідні вимоги щодо організації публічної влади та якості здійснення функцій законодавства, управління та правосуддя.

**в) Проблеми втручання держави у економічну систему.** Тут слід акцентувати на вимогах принципу пропорційності, на основі якого власне формулюються моделі втручання держави в економіку в залежності від особливостей структури, правил і процедур конкретного типу суспільства.

і) *Вимоги принципу пропорційності.* Цей принцип, який ще називається трискладовим тестом, ґрунтується на аналізі правового масиву за основними трьома критеріями:

(1) *законність – легітимність мети.* Втручання в здійснення основного права має ґрунтуватися на повноваженнях, чітко визначених у законі. Закон може надавати певну свободу розсуду публічній адміністрації чи судовим органам, однак всі колізії чи недоліки мають інтерпретуватися таким чином, щоб не заподіювати перепон у здійсненні основного права, а забезпечити якомога краще їхнє здійснення;

(2) *необхідність у демократичному суспільстві.* Запроваджувані заходи мають бути нагальними, вирішувати невідкладно важливу суспільну проблему, забезпечуючи баланс інтересів у неоднорідному суспільстві. За цим критерієм втручання характеризується ступенем інклюзивності, тобто включенням зацікавлених акторів у процес ухвалення рішень, які стосуються сутнісного змісту основного права та вимог належної правової процедури, яка визначає параметри легітимності владних рішень;

(3) *доречність заходів – адекватність обраних заходів відповідно до законної мети.* Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як зазначає Юлія Євтошук, як в правотворчості, так і в правозастосуванні в основі мети, якої має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних та приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема заходи мають бути індивідуалізовані [33, с. 101]. При цьому запроваджувані заходи не можуть посягати на сутнісний зміст основного права та накладати надмірні обтяження або несуч-

мірні заходи юридичної відповідальності з урахуванням тяжкості порушення та особи правопорушника.

ii) *Моделі втручання.* Ступінь втручання у економічні явища і процеси зумовлені структурою суспільства та ефективності державних інституцій, а тому слід диференціювати ці підходи у залежності від покладених цілей досліджень (мікро-, мезо- та макрорівень).

(1) *Австрійська школа* (фон Гаск, фон Мізес) обґрунтувала сучасні засади лібералізму як доктрини обмеження публічної влади у сферу економічної свободи, зокрема, прийняття управлінських рішень. Важливу роль у становленні цієї доктрини відіграли чиказька школа, яка обґрунтовувала сучасні засади лібералізму як доктрини обмеження втручання публічної влади у сферу економічної свободи. Таке втручання згідно з постулатами абстрактної теорії справедливості Джона Ролза має відповідати засадам, за якими соціальні й економічні нерівності слід залагоджувати таким чином, щоб можна було розсудливо сподіватися на їх корисність для кожного та щоб вони пов'язувалися з відкритими для всіх посадами і постами. Загалом цей підхід передбачає гарантії свободи у рамках закону, рівність перед законом і судом, верховенство права, заперечення ідеї, що закони визначають наслідки соціальних процесів, влада має обмежуватися регулюванням задля гарантування свободи і вона передбачає реформи задля індивідуальних свобод перед обличчям невизначеності; тому у лібералізмі немає раз і назавжди заданої ідеї [34]. Економічна система трактується як результат спонтанних дій її учасників, що зумовлює зміст та функції інститутів економіки. Економічний порядок є результатом спонтанної взаємодії, яка ґрунтується на саморегулюванні та самоорганізації. За таких умов основними функціями держави вбачаються захист права власності, забезпечення стабільних правил на ринку. Поведінка учасників економічної системи базується на раціональних засадах [35], тобто на системі абстрактних правил на засадах концепції унітарного консенсусу, який розглядає конституцію як нейтральний інструмент в економічній системі.

(2) *Ліберально-демократичний підхід* передбачає, що економічна система є відкритою структурою легітимзації правил поведінки у сфері економіки, щодо яких у суспільстві склався консенсус і він забезпечений механізмами суспільного договору. Ліберально-демократичному конституціоналізму притаманна ідея економічної демократії, за допомогою інститутів якої забезпечується рівновага та динаміка розвитку економічної системи. До економічної демократії відносять такі засади: рівність видів власності та гарантії права приватної власності, свобода економічної діяльності, зокрема підприємницької діяльності та вибору професії або виду занять, свобода конкуренції та гарантії прав споживачів, гарантії участі працівників у управлінні справами підприємства.

(3) *Концепція протекціонізму* наголошує на тому, що інфляція закону вимагає легітимного втручання публічної влади в економічну свободу. На думку Джона Кейнса, ринкові механізми саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятості, тому є виправданим втручання держави

з метою справедливого розподілу ресурсів [21]. Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Лібералізація економічної системи до свободи руху капіталів, товарів, послуг і робочої сили призводить, скоріше, до явища авторитарного лібералізму. Його характерними рисами є олігопольна структура, монополізм, диспропорція економічної структури, в якій домінує великий капітал на шкоду малому і середньому підприємству, що веде до згортання свободи економічної діяльності.

При проведенні економічних реформ у перехідних суспільствах слід вирішувати фундаментальні завдання – побудова інститутів ринку та соціального захисту, які є слабо-розвинутими в авторитарних та традиційних суспільствах. Такі суспільства характеризуються атомізацією, тобто низьким рівнем суспільної координації та інтеграції. Згідно із теорією ігор, формування правил, які б забезпечували консенсус та високий рівень ділової активності, за таких умов є складним і навіть неймовірним процесом. Це пов'язано з тим, що формування легітимних правил ґрунтується на доступі до інформації, можливості на цій основі досягати згоди щодо взаємовигідних умов реалізації свободи економічної діяльності. Як свідчить емпіричний досвід, досягнення згоди щодо взаємовигідних правил поведінки ґрунтується на максиміальному підході, який у кінцевому результаті дає змогу сформулювати правила, що визначають конкретні механізми забезпечення балансу інтересів між суб'єктами економічної діяльності.

Тому метою економічних реформ є гарантування соціальної інтеграції у сфері економічної реформи, яка має бути забезпечена належними правилами, процедурами та інститутами економічної системи на засадах відкритості інформації та доступу до ресурсів. Соціальна інтеграція у рамках економічної системи досягається завдяки сталому розвитку, що зумовлено обмеженістю в ресурсах.

**Висновки.** Згідно із Томасом Куном, у разі, якщо накопичується критична маса відхилень від усталених взірців вирішення певних проблем, необхідна зміна відповідної парадигми мислення та концептів. Тому цей недолік долається шляхом об'єктивного, всебічного і повного аналізу доступних джерел і носіїв інформації, а також добросовісного додержання процедур наукових досліджень та належної верифікації їх результатів [36, с.525–538]. При цьому така верифікація має виходити за традиційний горизонт знань та доктрин. Слід підкреслити, що вітчизняна юридична наука у сфері публічного права не виробила наразі певної оригінальної доктрини, оскільки йде пошук шляхів відходу від радянського мислення, що наразі давить своїм догматизмом, схоластикою, надмірною абстракцією, яка є інколи вихолощеною до рівня холодної та зневажливої нелюдності. В умовах перехідної конституційної демократії багато що залежатиме від вирішення дилем права людини – безпека та демократія - соціальна ринкова економіка. У цій роботі зроблена спроба окреслити засади соціального конституціоналізму, в рамках якого суспільство на засадах субсидіарності та самоорганізації забезпечує функціонування ефективної системи забезпечення

прав людини та економічну демократію. Однак для цього слід, у залежності від типу суспільства, вибудувати чіткий механізм переходу від надмірно дирижистських, авторитарних економік до відкритих соціально ринкових [37]. Як би там не було, критично важливим є розуміння багаторівневої природи публічної влади [38], що можливо саме із застосуванням інструментарію синтетизму [39] та порівняльного конституційного права [40; 41]. Для перехідних конституційних демократій запозичення позитивного і прийнятого для національної конституційної традиції досвіду законотворення та взірців аргументації юридичних рішень набуває особливого значення у силу природи демократичної легітимності та важливості відстоювання конституційних цінностей [42].

### Список використаних джерел

1. Патнам, Р.Д., Леонарді, Р., Нанетті, Р.Й. *Творення демократії. Традиції громадської активності в сучасній Італії*. Київ: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. 302 с.
2. Ролз, Дж. *Теорія справедливості*. Київ: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.
3. Поппер, К.Р. *Відкрите суспільство та його вороги*. В 2 т. Київ: Наукова думка, 1994. Т. 1: Чари Платона. 444 с.
4. Коуз, Р. *Фирма, ринок и право*. Москва: Новое издательство, 2007. 224 с.
5. Кельзен, Г. *Чисте правознавство*. К.: Юніверс, 2004. 496 с.
6. Barak, A. *Judicial Discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989. 270 p.
7. Habermas J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1992. 704 s.
8. Циппеліус, Райнгольд. *Юридична методологія*. Київ: Реферат, 2004. 176 с.
9. Шмідт-Ассманн, Еберегардт. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права*. 2-е вид., перероблене і доповнене. Київ: «К.І.С.», 2009. 552 с.
10. Ташнет, Марк. Соотношение судебного контроля с нормотворчеством и толкование законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2. С. 28–36.
11. Орзіх, М.П. (ред.). *Проблеми сучасної конституціоналістики*. Київ: Юрінком Інтер, 2011. 272 с.
12. Медушевский, А.Н. *Теория конституционных циклов*. Москва: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2005. 574 с.
13. Ромашов, Р.А. Метод цикличности как инструмент сравнительно-антропологического анализа государства. Шемшученко, Ю.С., Губерський, Л.В., Гриценко, І.С., Кресін, О.В. (ред.) *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*. Київ: Логос, 2009. С. 51–57.
14. Крусян, А.Р. *Сучасний український конституціоналізм: теорія і практика: Дис... д.ю.н.* Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2010. 546 с.

15. Нерсесянц В.С. (ред.) *Политико-правовые ценности: история и современность*. Москва: Эдиторал УРСС, 2000.
16. Горобець, К. Аксіосфера права як філософсько-правова категорія. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 67. С. 178–186.
17. Савчин М. Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права. *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*. Київ: ІДП ім. В.М. Корецького НАНУ, Таврійській національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАНУ, 2006. С. 136–144.
18. Устименко, В.А., Джабраїлов, Р.А., Кампо, В.М. та ін. *Конституційні засади економічної системи України*. Донецьк: Юго-Восток, 2011. 219 с.
19. Леони Б. *Свобода и закон*. Москва: ИРИСЭН, 2008. 307 с.
20. Де Сото Е. *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше*. Київ: Ніка-Центр, 2009. 232 с.
21. Итуэлл Джон. Кейнсианство. Итуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмена, П. (ред.) *Экономическая теория*. Москва: ИНФРА-М, 2004. С. 454–455.
22. Aman, Alfred C. *Administrative Law in a Global Era*. Cornell University Press, 1992. 207p.
23. Appelbaum, Richard P., Robinson, William I. *Critical Globalization Studies*. Psychology Press, 2005. 488 p.
24. Фукуяма Ф. *Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке*. Москва: АСТ, 2006. 221 с.
25. Зайберт-Фор А., Вольфрум Р. Осуществление минимальных международно-правовых стандартов в отношении транснациональных корпораций на внутригосударственном уровне. *Дайджест публичного права и международного права*. 2012. № 1.С. 29–69.
26. Edley Ch. The Governance Crisis, Legal Theory, and Political Ideology. *Duke Law Journal*. 1991. No. 3. P. 561–606.
27. Santos, Boaventura de Souza. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Cambridge University Press, 2002. 565 p.
28. Стігліц Дж. *Глобалізація та її тягар*. Київ: Видавничий дім «КМ Академія», 2003. 252 с.
29. Sciulli David. *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of Non-Marxist Critical Theory*. Cambridge University Press, 1992. 380 p.
30. Teubner Guenter. *Societal Constitutionalism. Alternative to State-center Constitutional Theory*. (Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School). Open access: [http://www.jura.uni-frankfurt.de/1\\_Personal/em\\_profs/teubner/dokumente/societal\\_constitutionalism.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/1_Personal/em_profs/teubner/dokumente/societal_constitutionalism.pdf).
31. Buchanan J. *Liberty, Market and the State: Political Economy in the 1980s*. New York: New York University Press, 1986. 278 p.
32. Хайек Ф.А. фон. *Право, законодательство, свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва: ИРИСЭН, 2006.
33. Євтошук, Ю.О. *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Київ: Університет економіки і права «Крок», 2015. 214 с.

34. Дарендорф, Ральф. Либерализм. Итуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмена, П. (ред.) *Экономическая теория*. Москва: ИНФРА-М, 2004. С. 475–480.
35. Автономов, В.С. *Модель человека в экономической науке*. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 1997. 232с.
36. Кун, Томас. *Структура научных революций*. Москва: ООО Издательство АСТ, 2002. 608 с.
37. Гузіна, Д. (ред.) *Упошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи*. Київ: Ай Бі, 2003.
38. Bogdandy von, A., Haussler, S., Hanschmann, F., Uitz R. State-Building, Nation-Building, and Constitutional Politics in Post-Conflict Situations: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approach. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 9, 2005, p. 579–613.
39. Савчин, М. Особливості синтетичної методології досліджень конституційних явищ і процесів. *Актуальні проблеми сучасного конституційного права України*. Київ: Вид-во Юридична думка, 2014. С. 353–362.
40. Франкенберг, Г. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение. *Сравнительное конституционное право*. 2004. № 3. С. 68–76; 2004. № 4. С. 95–112.
41. Хасебе, Я. Конституционные заимствования и политическая теория. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4 (53). С.81–92.
42. *Constitutional Values: Governmental Power and Individual Freedom*. Ed. by Daniel E. Hall: John Feldmeier. 2008.

## 1.2. Окремі аспекти юридичних досліджень у сфері публічного та приватного права

**Вступ.** Синтетичне розуміння конституції як правового порядку гарантій прав людини і обмеження влади з допомогою певного юридичного інструментарію передбачає її систематизуючий вплив на публічне і приватне право. З цієї точки зору слід розглянути альтернативи щодо розуміння природи конституційного права, впливу конституції на третіх осіб (горизонтальний ефект) та юридичного інструментарію щодо забезпечення зважування та балансу інтересів між рівними учасниками правовідносин.

### 1.2.1. Основні підходи до розуміння предмета конституційного права.

**а) Згідно з класичним підходом,** конституційне право є складовою частиною публічного права, оскільки його предметом є відносини владарювання, учасники якого знаходяться у взаємозв'язку «правитель – підпорядкований». Такий підхід передбачає, що конституційне право забезпечує легітимацію державного втручання у приватне життя з метою захисту публічних інтересів. З цією метою здійснюється конституювання (закріплення конституційного статусу) політичних інститутів та публічної влади. Для забезпечення легітимності публічної влади конституція виражає формалізацію повноважень і відповідальності органів публічної влади. Здійснення ефективного публічного управління залежить від його зворотних зв'язків із народом та визначення форми впливу народу на управлінські рішення у суспільстві. З цього робиться висновок, що конституційне право є провідною галуззю публічного права у національній правовій системі.

**б) За посткласичним підходом** конституційне право складно уявити виключно як складову частину публічного права. Скоріше це співвідношення полягає у тому, що конституційне право за своїм обсягом ширше публічного права (оскільки воно містить фундаментальні принципи, що стосуються і приватного права), однак воно глибоко не визначає, не регулює низку питань публічного права (управління, фінансову систему, оподаткування, процесуальне право тощо). Зокрема, конституційне право визначає ступінь легітимності втручання держави у приватну автономію, встановлюючи межі такого втручання. На відміну від класичної, посткласична концепція передбачає, що конституційне право виконує функцію узгодження, збалансування приватних і публічних інтересів. Співвідношення політичних інститутів та публічної влади розглядається, як правило, на засадах автономії. Організація публічної влади зумовлена принципами обмеженого правління, поділу влади та збалансованого конституювання повноважень між органами публічної влади. Конституційне право є позапартійним, державна політика підпорядкована праву, відповідно держава є відділеною від партійного апарату. У свою чергу публічна влада трактується у вигляді правової традиції із здійснення влади народом, здійснення народом ефективного контролю за діяльністю уряду. Тому конституційне право є сукупністю загальнодержавно-



них суспільних цінностей і принципів національної правової системи та правил діяльності конституційних органів влади, заснованих на повазі гідності людини та верховенстві права.

**в) Конституційне право і приватне право.** Приватне право визначає засновані на рівності та еквівалентності горизонтальні стосунки між учасниками правовідносин. Тут основним методом регулювання виступає договірний механізм. Тобто приватні особи можуть вільно домовлятися про умови конкретного правовідношення, зокрема стосовно купівлі товару чи оренди житла. Закон лише може встановлювати рамки умов певного договору, однак такий перелік є неповним. Наприклад, положення ЦК України не містять повного переліку цивільно-правових договорів, а також лише в загальних рисах визначають їх (договорів) істотні умови.

У приватноправовій сфері конституційне право визначає баланс публічних та індивідуальних інтересів. Тому існує необхідність забезпечення належних гарантій гідності та особистої свободи індивіда. Основою цього виступає свобода договору, що передбачає добросовісність вступу особи у правовідносини. Приватна особа повинна обачливо та розсудливо визначати моделі своєї поведінки, щоб мінімізувати негативні наслідки своєї діяльності. У приватноправові відносини сторони вступають на засадах рівності, що не допускає надання переваг чи привілеїв одній стороні інакше, ніж це було б виправдано міркуваннями загального інтересу. Тому від індивіда передбачається соціальна активність та відповідальність, тобто він повинен володіти правосуб'єктністю, що включає в себе правоздатність, дієздатність і деліктоздатність.

### **1.2.2. Конституційне право і «горизонтальний ефект».**

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Parties Effect*) є усталеним поняттям у порівняльному конституційному праві [1–3]. Вперше цю концепцію було застосовано у 1953 році Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, відповідно до якої права і свободи людини становлять особливу цінність конституційного ладу, тому основні права і свободи пронизують та визначають зміст норм приватного права, і, насамперед, цивільного права. Тому незважаючи на те, що між горизонтальним ефектом та прямою дією конституції є певні спільні риси, насамперед йде мова про те, що конституція закладає фундаментальні цінності для приватного права. Таким чином, змінюються акценти щодо дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірного та зобов'язального права [3, с. 28]. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth*, положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до яких конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності

основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу» [4, с. 363].

Проблема горизонтального ефекту конституції майже не розглядається у вітчизняній літературі. Фрагментарно вона розкривається через визначення обсягу і змісту особистих прав людини й основоположних свобод [5; 6] та пов'язаними з особистим життям індивіда соціальними правами [7]. Однак таке дослідження має значну перспективу, зважаючи на проблему втілення положень Конституції України у сфері прав людини й основоположних свобод. Також поняття «горизонтальний ефект» конституції можна досліджувати з приводу природи соціальних прав, які визначені у Конституції України та їх проблемного трактування як норм прямої дії. Разом з тим «горизонтальний ефект» конституції встановлює певні вимоги до законодавства та накладає відповідні обов'язки до виконавчої та судової влади.

Горизонтальний ефект впливає на доктрину офіційного тлумачення Конституційним Судом природи соціально-економічних прав і свобод. Здійснення заходів соціального захисту визначає відповідна соціальна інфраструктура. Те ж стосується здійснення інших напрямів соціальної політики держави, зокрема, права вільного вибору соціальної та економічної діяльності, доступу до безоплатної освіти тощо. Конституційний Суд при вирішенні питання про конституційні гарантії безоплатного користування шкільними підручниками виходив з того, що вони повинні бути доступними і безоплатними, оскільки це є складовим елементом гарантій здобуття обов'язкової повної загальної середньої освіти (рішення КСУ № 18-рп/2002).

Згідно з прецедентним правом ФКС Німеччини «в основоположних нормативних областях, особливо в області здійснення основоположних прав, якщо вони підпадають під державне регулювання, законодавець зобов'язаний сам приймати всі істотні рішення». Таким чином, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, повинно бути заснованим на законі.

Держава повинна піклуватися про гідне життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда шляхом задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних та подібного роду потреб. Фактично ступінь забезпеченості соціально-економічних прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципі соціальної держави.

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї над-позитивного характеру основних прав і свобод у бік думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканого і тим са-

ним як одного із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними.

Німецький конституціоналіст Гюнтер Тойбнер виділяє такі аспекти доктрини горизонтального ефекту на прикладі цифрових технологій [8]:

1) вона виражає конституційні права як своєрідні колективні інституції, оскільки передбачає їхнє зважування у контексті приватних і публічних відносин (наприклад, таке зважування цілком справджується в мережі Інтернет, йому притаманна саме ціннісна оцінка певних суджень, ідей та постулатів, що передбачає діалог і вироблення спільних цінностей);

2) експансіоністські тенденції держави у сфері медіа, коли вертикальна структура прав людини як правомірної вимоги приватних осіб, що зумовлює обов'язок захисту держави, накладається на відносини рівності та еквівалентності між приватними особами – це зумовлює втручання держави для вирівнювання такого положення з міркувань захисту слабшого з використанням всієї соціоекономічної структури держави (це може зумовити стагнацію розвитку комунікаційної сфери, оскільки містить приховані ризики цензури та модерування медіапростору);

3) наповнення змістом конституційних прав у кіберпросторі, що зумовлює наповнення адекватним змістом організацію та процес при вирішенні питання щодо притягнення до відповідальності порушників, які свавільно втручаються у сферу приватної автономії інших приватних осіб.

Таким чином, наповнення якісно новим змістом конституційного права в епоху інформаційного суспільства та швидкий розвиток інформаційних технологій створює мереживну структуру соціальної взаємодії, результатом чого є трансформація правила визнання. Тобто домагання та здійснення суб'єктивного публічного права змінюється і набуває все більшої горизонтальної природи, адже вплив держави залишається коригуючим – публічний порядок набуває легітимності за умови задоволення засад рівності та еквівалентності у відносинах між приватними особами.

Якщо мова йде про запозичення до публічного права юридичних конструкцій, притаманних приватному праву, то інколи його складності пов'язують із «технічним» характером правил приватного права. Суспільно-політичні дебати не можуть істотно змінити їхній характер, що зумовлено відкритим характером конституційних положень [9, р. 1312]. З іншого боку, більш усталений та конкретизований через базові юридичні конструкції характер правил у приватному праві є вельми чутливим до їх розбалансування у разі неналежного забезпечення його базових функцій. Як правило, такими функціями приватного права є еквівалентність та забезпечення належного виконання зобов'язань (незалежно від того, чи вони договірні чи деліктні). Саме тут і слід застосовувати доктрину горизонтального ефекту, яка спрямована на вирівнювання положення задля захисту слабшого контрагента та недопущення зловживання сильнішою стороною у ситуації виконання типових контрактів чи зловживання довірою.

### **1.2.3. Конституційне право та гетерархія сучасного суспільства.**

Отже, горизонтальний ефект прав людини пов'язаний з гетерархічною структурою сучасного суспільства з притаманною йому множинністю і багаторівневістю зв'язків, що виникають спонтанно на основі раціонального вибору. Зокрема, поведінка учасників економічної системи базується на раціональних засадах, тобто на системі абстрактних правил, на основі концепції унітарного консенсусу, який розглядає конституцію як нейтральний інструмент. Тому в економічному дискурсі раціональна поведінка розглядається як основа збереження і виживання індивіда або групи, навіть якщо така мета не ставиться, що дозволяє забезпечити рівновагу в системі; раціональна поведінка не завжди може мати усвідомлений характер, вона може виступати рефлексією на певні фактори або подразники (зміна курсу валют, співвідношення попиту і пропозиції і т.п.) на ринку з метою забезпечення свого автономного положення [10].

Прийняття рішень в суспільному середовищі обумовлено проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведінку його акторів. За таких умов досить проблематично ставити в якості мети діяльності держави досягнення конкретних результатів в суспільстві, коли складно передбачити його майбутню структуру, взаємозв'язки між акторами на майбутнє. Тому актуальним є питання формування певних усталених абстрактних правил, які б гарантували доступ до інформації та побудови на основі цього раціональних паттернів (усталених зразків, моделей поведінки акторів соціальної системи).

Виходячи з цього, я розглядаю публічну владу як мережу з притаманними їй горизонтальними і вертикальними зв'язками, аутопоезисом правил і процедур, які спонтанно виникають і самовідтворюються в новій якості всередині системи. Тобто це мереживо-центрична публічна влада. Отже, цілком обгрунтовано можна вважати, що публічна влада повинна визнавати вплив структур громадянського суспільства на прийняття владних рішень в якості основи їх легітимності.

Існують певні межі здійснення публічної влади, які зумовлені процесами, що відбуваються у суспільстві, та функціонуванням інститутів громадянського суспільства. Держава володіє обмеженими можливостями впливу на суспільні процеси. Врешті-решт держава не є всесильною – ефективна держава завжди спирається на громадські інститути, які служать джерелом її розвитку та можливої модернізації. Організуючий вплив держави на суспільство можливий виключно у рамках права, яке виконує функцію соціального контролю людської поведінки. У цьому відношенні держава володіє правом втручання з метою недопущення виникнення недемократичних, авторитарних чи тоталітарних структур у суспільстві.

Таким чином, основу конституювання інститутів громадянського суспільства складають гарантії їх самоорганізації, ролівої автономії та змагальності, права приватної власності та економічної свободи, виходячи із пріоритету основних прав і свобод, зв'язаності втручання публічної влади основними правами і свободами. На відміну від публічної влади громадянське суспільство володіє високим ступенем самоорганізації. Згідно із синергетичним підходом

ступінь втручання держави з мотивів публічних інтересів у функціонування інститутів громадянського суспільства повинен переслідувати легітимну, суспільно корисну мету, бути пропорційним з урахуванням балансу приватних та публічних інтересів.

Тому критично важливо, щоб питання визначення економічного клімату, самоорганізації спільнот та їх легалізації, забезпечення правопорядку, освіти, охорони здоров'я, культури були передані на максимально доступний рівень інститутам громадянського суспільства. Згідно з концепцією соціетального конституціоналізму сенс передачі повноважень органам місцевого самоврядування полягає у формуванні мережі ухвалення управлінських рішень за участі громадськості через дорадчі інститути. У такий спосіб досягаються збалансовані і виважені управлінські рішення (*deliberative democracy*), які мають відповідати стандартам транспарентності і довіри. Вимога виваженості і збалансованості рішень, з точки зору демократичної конституційної держави, зумовлює додержання стандарту належної правової процедури, згідно з якою такі мають бути засновані на законі, відповідати принципу пропорційності, заборони свавілля, правової визначеності, обов'язку заслуховування, обов'язку реагування, реституції та компенсації у сфері основоположних прав, а також засобів попереднього правового захисту [11, с.84].

Тобто, ухвалення рішень у суспільному середовищі зумовлено проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведінку його акторів.

Основою інтеграції громадянського суспільства та публічної влади є політична система, у якій сьогодні найважливішими є вплив групи інтересів і політичних партій на процес формування уряду та контроль над ним як на національному, так і наднаціональному рівнях. Сьогодні це можна визначити як поєднання засобів консоціативної і консенсусної демократії, що залежить від особливостей розвитку конкретного суспільства (його інститутів, правил і процедур). Перша передбачає більшу подібність структур, а друга – більш диференційовану структуру суспільства [12, с.18-19, 21, 22-23]. Деякою мірою ці системи опосередковуються через коаліційну систему узгодження інтересів та інтеграцію суспільства, однак його структури є аморфними, нестійкими і в них майже не проявляються зв'язки аутопоезису, а тому є слабкими і неспроможними. Такі речі істотно впливають на інституційну наповненість публічної влади, що аналізується з точки зору конституційної інженерії як певне мистецтво інституціоналізації публічної влади відповідно до правил і процедур, щодо яких існує консенсус у конкретно історичному типі суспільства.

**Висновки.** Саме виходячи із засад, розроблених Дж. Сарторі [13, с. 187–193] та А. Кайзером, М. Ленертом, Б. Міллером і У. Зіберром [14], я роблю висновок, що підриває засади демократичної легітимності виборча система обрання депутатів міських, районних і обласних рад за закритими партійними списками (пропорційною системою), яка, не забезпечуючи реального представництва громад, є безпосередньою атакою на відкритість і доступність інститутів влади

на локальному рівні публічної влади, привносячи в її організацію зайвий корпоративізм і закритість. Так само не відповідає засадам демократичної легітимності обрання депутатів сільських і селищних рад, а також сільських, селищних і міських голів за системою відносної більшості, оскільки за таких умов саме меншість нав'язує свої інтереси більшості, що закладає конфліктогенний потенціал у відносини рада – голова.

### Список використаних джерел

1. Абвель М. Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4.
2. Гарлицкий Л. Взаимоотношения частных лиц Конвенции о защите прав человека и основных свобод. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4.
3. Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2.
4. Kommers D.P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham: Duke University Press, 1997. P. 363.
5. Васецький В.Ю. *Доктрина прав людини в романо-германській правовій системі*: автореф. дис... к.ю.н. Київ: ІДП НАН, 2006.
6. Волинка К.Г. *Механізм забезпечення прав і свобод особи: питання теорії і практики*: автореф. дис... к.ю.н. Київ: ІДП НАН, 2000.
7. Пустовіт Ж.М. *Основні соціальні права та свободи людини і громадянина в Україні*: автореф. дис... к.ю.н. Київ: ІДП НАН, 2001.
8. Teubner, Guenter. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case of Digital Constituion. *The Italian Law Journal*. 2017. Vol. 03. No. 01. P. 193–205.
9. Vlad Perju. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. [in:] *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. by M. Rosenfeld and A. Sajo, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1304–1327.
10. Мизес Л. фон. *Индивид, рынок и правовое государство*. Санкт-Петербург: Пневма, 1999. 196 с.
11. Шмідт-Ассманн Е. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права*. 2-ге вид., перероблене та доповнене. Київ: К.І.С., 2009. 552 с.
12. Keman, Hans. *Comparing political systems: Towards positive theory development*. Working Papers Political Science No. 2006/01. Department of Political Science. Vrije Universiteit Amsterdam. 32 p.
13. Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*: пер. з 2-го англ. вид. Київ: АртЕк, 2001. 212 с.
14. Andre Kaiser, Matthias Lehnert, Bernhard Miller and Ulrich Sieberer. The Democratic Quality of Institutional Regimes: a Conceptual Framework. *Political Studies*. 2002. Vol. 50. P. 313–331.

### 1.3. Методологія порівняльного публічного права та правовий плюралізм

**Вступ.** Сьогодні спостерігається криза правознавства в Україні, яка полягає у визначенні магістральних напрямів його подальшого розвитку. Така поліваріантність розвитку юридичної науки зумовлена втратою актуальності панівної донедавна доктрини діалектичного матеріалізму. Відповідно до цієї парадигми роль права у суспільстві зводилася до інструменту політики держави. З такої точки зору право є доволі бездушним. Скоріше право необхідно розглядати в якості інструменту забезпечення егалітарної справедливості, рівного масштабу дій та вільного розвитку індивіда. Також сьогодні немає єдиного бачення щодо ідеальної моделі обмеження влади та гарантій прав людини. Та й це суперечить досвіду досліджень у порівняльному конституційному праві.

Багаторівнева та багатфункціональна спрямованість правознавства визначає роль індивіда як відповідальної та вільної особи, яка повинна діяти у суспільстві за певними правилами та впливати на їх подальший розвиток у контексті певної традиції права. Це накладає свій відбиток на національні конституційні традиції. Адже не випадково стаття 6 Договору про ЄС наголошує на повазі до національних конституційних традицій держав-членів ЄС. Сьогодні проведення компаративних досліджень у конституційному праві є надзвичайно актуальним у зв'язку із розширенням соціальних зв'язків між представниками різних правових культур, зважаючи на тенденцію зближення національних законодавств та інтеграційні процеси.

Така поліваріантність і викликає певні ризики у компаративних дослідженнях, на які звертають увагу в літературі: 1) помилки при встановленні іноземного права; 2) ілюзія сприйняття букви закону за чинне право; 3) існування специфіки у правовій культурі; 4) високий ступінь володіння мовою національного права; 5) проблема вибору правопорядку для порівняльного аналізу; 6) тісний взаємозв'язок компаративного дослідження із правовою політикою; 7) небезпека надмірно швидких висновків без аналізу загальносвітових тенденцій розвитку права [1, с. 328–330]. У цьому контексті для вітчизняної та юриспруденції інших постсоціалістичних країн здається небезпека факторів (2) – (4) та (6).

У цій частині роботи буде розкрито природу методології порівняльного конституційного права у контексті плюралізму права та міждисциплінарного підходу. Тому необхідно проаналізувати принципи та загальні правила порівняльно-правового аналізу. У другій частині буде розглянуто основні підходи до компаративних досліджень, а це, в першу чергу, функціональний метод та метод державно-правової ідентифікації. На основі цього аналізу визначаються основні синтетичні та логічні методи дослідження. Насамкінець розглядається роль ідеографії, зокрема, інструменти юридичної техніки при здійсненні компаративних досліджень.

### **1.3.1. Принципи та загальні правила порівняльно-правових досліджень.**

Засади і правила методології компаративних досліджень залежать від цілей, суті проблеми, яку необхідно вирішити, та масштабів і рівня порівняльно-правового аналізу. Тому методи компаративних досліджень можуть по-різному поєднуватися і застосовуватися. Однак при цьому необхідно дотримуватися певних фундаментальних положень і засад.

Компаративісту в своїх дослідженнях необхідно враховувати суспільний та державний устрій країни, її правову культуру і традиції, існуючу правову інфраструктуру, рівень правової техніки юристів тощо. Ретельне вивчення комплексу соціальних та правових явищ, що впливають на процес прийняття правових рішень, повинно стати наріжним каменем формування об'єктивних критеріїв порівняльно-правових досліджень.

Академічні компаративні дослідження визначають основні структурні елементи правових систем на рівні традиції права та його принципів. Загальноприйнятою є практикою вважати, що в основі конституціоналізму лежить верховенство права, верховенство основних прав і свобод та легітимність публічної влади (обмежене правління), а також конституційна юстиція [2; 3].

При здійсненні моніторингу прав людини група дослідників Гельсінського фонду з прав людини під керівництвом М. Новицького та З. Фіалової досліджували різні фактори та умови забезпечення основних прав і свобод. На думку авторського колективу, концепція здійснення моніторингу залежить від того, як передбачається використати його результати [4, с. 29]. При цьому моніторинг розглядається як засіб досягнення цілей захисту прав людини.

У ході порівняльного дослідження правових засад і функціонування регіональних властей колектив авторів виходив із таких методологічних засад: 1) яким чином побудовано проміжний рівень управління відносного центрального та місцевого рівнів влади; 2) наслідки європейської інтеграції для цього рівня властей; 3) переваги та недоліки специфічної організації проміжного управління; 4) напрями розвитку проміжного рівня управління [5, с. 9].

Приведений аналіз деяких компаративних досліджень як академічного, так і прикладного характеру свідчить про різноманітність його підходів, способів та прийомів. Принципи, способи та прийоми методології компаративістики залежать, як правило, від цілей дослідження та їх використання як у теоретичному, так і практичному аспектах.

На основі приведеного аналізу можна сформулювати деякі принципи методології порівняльно-правових досліджень, серед яких можна виділити такі: дотримання вимог наукової та професійної етики юриста; незаангажованість та неупередженість досліджень; функціоналізм; поєднання концептуалізму із конкретно-прикладними методами дослідження; синтетизм та поліваріантність робочих гіпотез; застосування інструментів формальної юридичної логіки та юридичної техніки; досягнення академічної та прикладної прийнятності та коректності результатів дослідження.



Важливим у сучасному порівняльному конституційному праві є місце формулювати конституційні ідеї та смисли, яке умовно можна назвати конституційною ідеографією. Основоположником цього підходу є відомий конституціоналіст Ран Гіршл. На його думку, ідея порівняльного конституційного права поступово проходить трансформацію до порівняльного конституційного вчення [6, р. 151–191]. Гадаю, це є вдалою постановкою вирішення питання, над яким б'ються тривалий час ориджиналісти та контекстуалісти при тлумаченні конституції чи прибічники природного та позитивного права. Науковець також пов'язує це із актуалізацією міждисциплінарного підходу, що наразі сприяє поглибленню розуміння сутності та сенсів конституційних явищ і процесів, зокрема конституційної ідентичності у контексті явищ глобалізації та інтеграції у праві. На думку Гіршла, кристалізація конституційного порівняльного права як вчення відбулося на рубежі XIX–XX стст. завдяки працям Алберта Венна Дайсі, Георга Єліннека, Джеймса Брайса [6, р. 158]. Пізніше визначний вклад у вчення порівняльного конституційного права внесли Райнер Арнольд, Арнім фон Богданді, Стівен Голмс, Доналд Горовіц, Аренд Лійпгарт, Хуан Лінц, Алфред Степан, Джованні Сарторі, Адам Пшеворські, Мішель Розенберг, Ондраш Шайо, Петер Шульце.

Оскільки конституційне право пов'язане, насамперед, із сферою політичного, за відомим висловом Жан Жака Руссо є «політичним правом», значно зростає роль міждисциплінарного підходу у розмежуванні права і політики, зокрема, доктрини політичного питання у діяльності конституційної юстиції чи питань свободи політичної діяльності у контексті доктрини демократії, здатної до самозахисту, яка визначає засади легітимності партій, лояльності до конституції та політичної нейтральності публічних службовців, деконцентрації влади тощо. У зв'язку із інтеграційними процесами та глобалізацією важливого значення набуває врахування етнографічних, демографічних та культурних чинників у самоідентичності спільнот, реалізації ними права на самовизначення, кристалізації цих спільнот у політичні нації, що претендують на створення національної державності (Nation-State). Таких прикладів чинників розвитку конституційного права у компаративній перспективі можна наводити досить багато. Конституційна ідеографія, окрім подолання відомої дилеми ориджиналістів та контекстуалістів, дає змогу осягнути особливості висвітлення певних ідей та цінностей через юридичні конструкції у тексті конституцій, актах законодавства та судової практики. Також такий підхід доволі прозоро пояснює досягнення *opinio iuris doctorum* через інтерсуб'єктний дискурс між учасниками конституційних правовідносин. Розуміння природи суспільно-політичних дебатів, ступеня конкретизації і деталізації положень конституції в актах законодавства та судових рішеннях дає змогу з'ясувати межі законодавчого, адміністративного та судового розсуду, додержання засад юридичної визначеності та обґрунтованості рішень. Це також має чи не вирішальне значення для інтерпретації таких універсальних цінностей, як гідність людини, свобода, рівність.

### **1.3.2. Основні сучасні підходи методології компаративних досліджень.**

Складність проведення порівняльно-правових досліджень зумовлює багатоманітність поглядів на їх природу. На думку угорського вченого Імре Сабо у порівняльно-правовому дослідженні можна застосовувати всі правила і методи логічного мислення, однак серед них домінуючим є порівняльний метод. Такі методи дають змогу комплексно проводити “зовнішні” та “внутрішні” порівняння правових галузей, інститутів та норм. Болгарський юрист Живко Сталев рекомендував використовувати уставлені поняття і терміни у різних правових системах.

Такі підходи володіють дещо обмеженим методологічним інструментарієм. У першому випадку не завжди всі правові явища є наслідком раціональної діяльності людини. Друга позиція є вразливою вже в тому відношенні, що у кожній правовій сім’ї, у національному правопорядку існує властива їм правова термінологія, що звужує предмет порівняльно-правового аналізу при об’єктивних потребах його проведення для вирішення конкретної правової проблеми.

Здається, що сьогодні найбільш важливою є дискусія між концепціями методів порівняльно-правових досліджень функціональної та державно-правової ідентифікації. Сутність дискусії полягає у тому, чи повинна компаративістика розглядатися як суха академічна дисципліна, заснована на схоластичному формально-юридичному методі, чи у її основу покладаються певні комплексні, змістовні методи.

**а) Функціональний метод.** Сутність цього методу полягає у визначенні оптимального способу вирішення конкретної проблеми, яку ставить перед собою компаративіст. Він ґрунтується на постановці проблемного питання, що супроводжується робочою гіпотезою, підбіркою зарубіжного правового матеріалу, вибором критеріїв їх дослідження та формулювання методики “автономного” тлумачення обраної правової проблематики. На думку прибічників цього методу К. Цвайгерта і Г. Кьотца, це дає змогу зробити коректний порівняльно-правовий аналіз правових явищ і процесів. На переконання авторів функціональний метод вирішує як теоретичні, так і практичні завдання юриспруденції, він створює «умови для більш глибокого вивчення правового матеріалу, щоб досягти його адекватного осмислення і в кінцевому результаті підняти право на більш високий якісний рівень»[6, с.51].

Зміст функціонального методу зводиться до певного алгоритму, послідовності дій аналітика при проведенні порівняльного дослідження:

- 1) постановка робочої гіпотези у компаративних дослідженнях;
- 2) при зборі матеріалів для порівняльно-правового аналізу, компаративісту необхідно володіти “винахідливістю” щодо систематизації норм іноземного права, функціонально ідентичних норм національного права;
- 3) “презумпція ідентичності” виступає як засіб прийняття практичних рішень:

- насамперед може вказати досліднику правильний шлях – яку сферу іноземного права необхідно обрати для виявлення відповідності та по-

- дібності норм іноземного та вітчизняного права, щоб прийняти аналогічне рішення на практиці;
- служить засобом контролю правильності досягнутих результатів, дозволяє корелювати обсяг дослідження;
- 4) виведення загальних принципів права. Критерії порівняльного аналізу необхідно будувати на загальних рисах правових інститутів, які регулюються у національному праві, що є типовими у конкретній правовій сім'ї;
- 5) визначення варіантів вирішення академічної проблеми та здійснення автономного тлумачення при вирішенні прикладних проблем.

На основі цього формулюється власне єдина система порівняльно-правового дослідження, в яку необхідно включити однотипний понятійний апарат, гетерогенний по відношенню до порівнюваних правових інститутів. У цьому випадку можна освоїти специфіку стилю законодавчих актів (статутного права), засобів судового тлумачення.

Позитивним моментом функціонального методу є розкриття механізму вирішення конкретної правової проблеми у національному правопорядку без прив'язки до системи юридичної термінології власного правопорядку дослідника. Негативною рисою принципу функціоналізму є те, що компаративіст повинен рішуче звільнитися від концепцій і понять власного права, які укорінилися у його правосвідомості. Позитивом цього методу є те, що можна визначити, яку конкретну сферу іноземного права необхідно досліджувати, щоб знайти аналогії рішень власних юридичних проблем.

**б) Метод державно-правової ідентифікації.** На думку Юрія Тихомирова, цей метод інтегрує в собі логічні методи та метод порівняльного аналізу у компаративістичних дослідженнях. Правова ідентифікація заснована не тільки на об'єктах, формах і методах правового регулювання, а також на виявленні місця правового акту в конкретній правовій системі та його внутрішньогалузевих і міжгалузевих зв'язках. "Вона означає усвідомлене ототожнення громадянина як зі своєю системою права, законодавства, так і з близькими політичними, релігійними і моральними поглядами" [7, с. 57]. З певних причин надається пріоритет порівняльного аналізу законодавства, хоча не відкидається можливість порівняльного дослідження інших аспектів правових систем.

Важливий момент у порівняльно-правовому аналізі, на думку Ю.Тихомирова, полягає у визначенні об'єкта дослідження, організації роботи, основних проблемах компаративістики, плануванні дослідницької роботи, визначенні формально-юридичних та юридично-змістовних критеріїв досліджень та у підготовці інформаційно-аналітичних матеріалів.

і) *Формальний аспект.* В якості об'єктів порівняльно-правового аналізу служать нормативно-правові акти зарубіжних країн та міжнародні акти, а також правові інститути, норми, засоби юридичної техніки. Об'єкти порівняльного дослідження повинні бути сумісними за предметом правового регулювання і включати весь масив нормативно-правових актів у досліджуваній сфері.

З формально юридичної точки зору визначається ефективність нормативного регулювання досліджуваних правових інститутів, галузей, масивів законодавства з традиційних позицій російської теорії права. Необхідно визначати кількісний і якісний стан нормативного регулювання, зокрема, ступінь розвитку законодавчої техніки, правового режиму тощо.

ii) *Змістовний аспект.* При дослідженні змістовних аспектів правових інститутів, норм беруться до уваги варіанти вирішення економічних, соціальних та інших завдань, їх відповідність конституції та міжнародним актам. При порівняльно-правовому аналізі відповідності правових рішень загальновищезначимим принципам і нормам міжнародного права необхідно враховувати: механізм забезпечення правових рішень, способи вирішення колізій; ступінь забезпеченості правових рішень фінансовими, матеріально-технічними, організаційними і кадровими ресурсами; ступінь відповідності порівнюваних норм правам і законним інтересам учасників правовідносин; ступінь нормативного регулювання, наявність прогалин у праві.

Метод державно-правової ідентифікації очевидно побудований на домінанті публічного інтересу у проведенні порівняльно-правового аналізу. Кидається у вічі при формуванні змістовних критеріїв порівняльного дослідження формалізація процедур, коли надається перевага стану правового регулювання. "Догмат закону" закриває критичний погляд на можливі варіанти та пріоритети при прийнятті правових рішень, можливого розвитку правових процедур. Також залишаються нез'ясованими об'єктивні умови та фактори самоорганізації правової системи у цілому, побіжно вирішуються проблеми юридичного функціонування.

### **1.3.3. Синтетичні та логічні методи дослідження: роль синергетики у порівняльному конституційному праві.**

В основі національних правопорядків існують певні форми і засоби визнання прав і законних інтересів суб'єктів права, їх вступу у конкретні правові зв'язки, а також власна система забезпечення стабільності їх правового положення, на чому базується тип визнання правовідносин. З точки зору правової безпеки індивіда стабільність та передбачуваність стандартних процедур прийняття правових рішень складають основу національного правопорядку. Тому існує необхідність визначення загальної методики формулювання правового статусу суб'єктів права у різних типах правопорядків. Саме з цих причин Гюнтер Франкенберг підкреслював, що порівняльне правознавство поступово відходить від левоцентризму до критичних студій юридичних явищ і процесів, про що він продемонстрував на прикладі судових рішень про аборти [9, с. 445–448].

У випадку низького рівня гарантій правової безпеки індивіда у юриспруденції застосовуються такі логічні методи вирішення питань права, як методи аналогії права та аналогії закону. У компаративістичні такі методи дослідження необхідно застосовувати обережно, в цьому відношенні цілком правий Юрій Тихомиров, який відзначає потребу чіткого визначення обсягу повноважень,

форм і засобів їх реалізації та врахування юридичного режиму функціонування органів влади.

Порівняльне правознавство переслідує як академічні, так і прикладні цілі, тому згадані підходи (вони подібні відповідно до методу державної правової ідентифікації та функціонального методу) необхідно певним чином інтегрувати. Це зумовлено тенденціями розширення сфери нормативного регулювання, підвищенням ролі закону, принципів верховенства права і конституційної держави та необхідністю забезпечення правової безпеки у суспільстві. Одночасне проведення порівняльних досліджень з метою визначення сумісності правових інститутів, норм та можливості їх переведення з однієї правової системи до іншої, а також юридичного режиму їх функціонування крізь призму порівняльного аналізу юридичного стилю, юридичної техніки та системи тлумачення норм права дасть змогу виявити позитивні та негативні характеристики порівнюваних правових явищ і процесів.

Можна запропонувати синтетичну методику порівняльного аналізу, засновану на закономірних зв'язках та впливі на них випадкових факторів усередині правової системи. Алгоритм синтетичного компаративного дослідження такий:

- 1) визначення проблеми, яка потребує вирішення, виходячи із функціонального критерію;
- 2) накопичення матеріалу дослідження, з огляду на особливості правової традиції, системи джерел права та їх інтерпретації, а також правової культури правил, процедур, інститутів або правових систем, які порівнюються;
- 3) визначення нормативної основи порівняльно-правового дослідження:
  - горизонтальної структури конституційного та міжнародного права, ступінь конкретизації цих норм у національних правопорядках, насамперед у поточному законодавстві;
  - вивчення прецедентного права органів конституційної юстиції та заснованих на конституційній преюдиції актів загальних судів вищих інстанцій;
  - визначення сфери закону та техніки делегування законодавчих повноважень парламентами урядові та можливість видання главами держав актів, що прирівнюються за юридичною силою до закону;
  - визначення ступеня свободи розсуду уряду та адміністрації у регламентарній правотворчості;
- 4) визначення зворотних зв'язків між законодавством і судовою практикою:
  - можливість судового коригування стану законодавчого упущення у випадку "мовчання" закону;
  - можливості судів формулювати прецеденти в силу застереження в законі;
  - характер судової практики та її впливу на стан визнання правовідносин у національних правопорядках.
- 5) визначення юридичної природи інтерпретації правових норм можна вести за такими параметрами:

- дослідження ролі повноважень судів юстиції в інтерпретації (тлумаченні) правових норм, тобто у загальній сукупності їх повноважень стосовно розгляду спорів про право;
  - визначення “правового стилю” ухвалення рішень судами, порядку добору судами матеріалів справи та формування відповідної доказової бази;
  - засоби юридичної техніки, зокрема техніки формулювання юридичних конструкцій, понять та термінів; з’ясування домінуючих методів формальної юридичної логіки, які лежать в основі обґрунтування рішень судів (зокрема ролі юридичної догматики);
  - юридичний зв’язок судової практики із практикою правотворення, зокрема форм впливу цих органів на законотворення, статутне право парламентів;
  - сумісність актів інтерпретації судів із системою джерел права, їх вплив на правову систему, зокрема через керівні принципи, правові позиції судочинства;
- б) сумісність структурних елементів порівнюваних правопорядків на основі загальних принципів права;

7) визначення можливості запозичення/рецепції правил, процедур, інститутів іноземного права та їх адаптації; можливості зближення/уніфікації законодавства.

Відповідні засоби і способи синтетизму при компаративному дослідженні можуть певним чином поєднуватися у залежності від предмета дослідження та конкретної проблематики, яку має дослідити та вирішити науковець та практик. Наприклад, при дослідженні законодавчої техніки буде більше звертатися увага на комплексність правового регулювання певної сфери у взаємозв’язку із іншими соціальними регуляторами, а при запозиченні певної судової практики – засоби і способи аргументації судових рішень.

#### **1.3.4. Засоби юридичної техніки у компаративних дослідженнях.**

Юридична техніка, будучи достатньо розробленою, служить дисциплінуючим фактором, бар’єром, перешкодою на шляху абстрактних домагань або самоуправних дій, спрямованих на охоплення правового простору. Вона надає знання про конкретні умови застосування будь-якого правового акту, дії чи ситуації. Завдяки існуванню юридичної техніки неможливо у сфері права стверджувати що завгодно, а якщо і робити це, то робити відкрито, сміливо і відверто ігноруючи логічні принципи судження. Все це звільняє право від надмірно деформованих, якщо не помилкових, суджень і зберігає його від самоуправних дій органів публічної влади.

Згідно з французькою доктриною права, юридична техніка забезпечує справедливість та ефективність правових норм, служить засобом пристосування абстрактних формулювань до реальних обставин, що нерідко важко піддаються аналізу та вирішенню. Юридична техніка розглядається як сукупність ін-

струментів формальної юридичної логіки, яка характеризується стабільністю та застерігає від самоуправних дій представників політичної влади. Юридичну техніку розглядають як співвідношення між юридичною стратегією та тактикою (В. Карташов); сукупність прикладних аспектів юридичної діяльності, формально структурних елементів теорії права та ступінь досконалості форми, структури та мови права (Г. Муромцев); як засіб зближення правових систем при творенні судового прецеденту (С. Поленіна).

а) У порівняльному конституційному праві важливими є юридична термінологія та юридичні конструкції. Європейський Суд з прав людини при тлумаченні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод шляхом автономного тлумачення формулює власну термінологію та юридичні конструкції. Зокрема, ЄСПЛ, на відміну від національних правопорядків, кваліфікує санкції як кримінальні, якщо вони пов'язані із безоплатним відчуженням власності та обмеженнями свободи індивіда. Це має важливе значення для діяльності конституційних судів, які також застосовують автономне тлумачення конституції, згідно з яким через положення поточного законодавства не можна викривляти зміст і сутність юридичних конструкцій конституції, а закон має належним чином конкретизувати їх положення.

б) Інтерпретація правових норм залежить від співвідношення закону та судової практики (прецеденту) як джерела права. У континентальній Європі інтерпретація норм права зумовлена пануванням доктрини законності, згідно з якою визнається провідна роль закону у системі джерел права, у широкому застосуванні методів індукції, системного аналізу змісту правових норм, розгалужених методів застосування правових норм при розгляді конкретних юридичних справ. Особливу роль відіграють "керівні принципи", що виробляються судами (верховними, касаційними судами). По суті керівні принципи визначають певні вимоги щодо якості та змісту закону, враховуючи конкретно-історичні обставини механізму правового регулювання, забезпечують стабільність правової системи.

Поширені методи тлумачення та засоби юридичної техніки свідчать про те, що при тлумаченні не стоїть питання з'ясування волі законодавця. Такий стан пояснюється тим, що воля законодавця із зміною обставин втрачає своє значення, а тому правовий акт отримує самостійне життя, його зміст еволюціонує із змінами у самому суспільстві, він інтерпретується у відповідності до конкретно-історичних обставин.

в) Використання інструментів юридичної техніки (мова, стиль, структура правових актів, розміщення правового матеріалу) є структурним елементом правового стилю юристів. Зокрема, лаконічність рішень французьких судів є антитезою розгорнутого обґрунтування німецьких чи англійських судів. Мова німецького Цивільного установлення є абстрактною та складною із розгорнутою відсильною технікою на відміну від простоти та лаконічного стилю французького Цивільного кодексу.

Важливе значення юридичної техніки полягає у виробленні юридичних понять та визначень, які становлять кістяк права (вірніше, його догматику). Тому

категоріальний юридичний апарат повинен визначатися правотворчими органами, залишаючи свободу для правозастосовчих органів, бо у протилежному випадку це буде суперечити природі норми визначення. Це дає змогу правозастосовчим органам влади виробляти правові позиції, правові доктрини.

### **1.3.5. Конституційна ідентичність та конституційні системи.**

Порівняльне конституційне право розкриває деякі відповіді, пов'язані із конституційною ідентичністю. Водночас конституційна ідентичність має пряму кореляцію із національною конституційною традицією, що на сьогодні визначається переважною більшістю національних правопорядків, в яких реалізовані основні постулати сучасного конституціоналізму.

**а) Особливості конституційної ідентичності.** Конституційна ідентичність після становлення Вестфальської системи у 1648 р. по закінченні Тридцятилітньої війни насамперед уособлюється у національній державі (State-Nation). Основою сучасного розуміння є концепт соціолога Лоуренса Кольберга, який виділяє такі рівні ідентичності: індивідуальну, соціальних груп (спільнот), національних держав. Також сьогодні тривають дебати про наднаціональну ідентичність, серед форм якої розглядають принаймні громадянство Європейського Союзу.

Якщо стосовно наднаціональної ідентичності ще існує невизначеність, то в основі національної конституційної ідентичності лежить ідея політичної нації як єдності громадян конкретної держави. Національну конституційну ідентичність складають такі основні елементи: а) національна конституційна культура і доктрина; б) правовий стиль ухвалення юридичних рішень; в) система судового конституційного контролю; г) інституційний дизайн: горизонтальний і вертикальний поділ влади; д) вибори та контроль над владою.

**б) Взаємодія національних конституційних порядків та конституційні системи.** Різноманітність національних конституційних культур і традицій зумовлює обмін ідеями, техніки розробки та прийняття конституції, тлумачення конституції та здійснення законодавчої діяльності. Така взаємодія відбувається на трьох рівнях:

i) *Мікрорівень* взаємодії включає в себе: а) правові норми та процедури; б) техніку ухвалення та обґрунтування рішень; в) запозичення засобів юридичної техніки, зокрема інтерпретації принципів і норм.

ii) *Мезорівень* взаємодії між конституційними порядками зумовлений: а) конкуренцією судових юрисдикцій; б) запозиченням принципів права та доктрин; в) запозиченням та/або інкорпорацією інститутів.

iii) *Макрорівень* взаємодії передбачає: а) співвідношення конституційного та міжнародного права; б) співвідношення конституційного та наднаціонального права; в) конвергенцію конституційних систем; г) конституційну динаміку та конституційний перехід (транзит).

Взаємодія національних конституційних традицій зумовлює такі функції порівняльного публічного права: а) зближення національних стандартів забезпечення основних прав і свобод, запровадження демократичних інститутів та



процедур; б) вироблення і запровадження єдиних стандартів функціонування публічної влади, заснованої на повазі до особистості індивіда, його гідності та основних прав; в) уніфікація правил та процедур прийняття владних рішень у відповідності до принципу верховенства права, поваги до гідності індивіда; г) вироблення єдиних стандартів та критеріїв тлумачення конституційних норм.

### **1.3.6. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції.**

Якщо доктрина відіграє основну роль у поширенні ідей конституціоналізму, то взаємодія органів конституційної юстиції сприяє імплементації цих ідей як нормативної основи вирішення конкретних юридичних спорів та критеріїв конституційності правових актів органів публічної влади. Зростає роль обміну досвідом діяльності органів конституційної юстиції у рамках Світового конгресу конституційних судів та подібного роду регіональних об'єднань органів конституційної юрисдикції (наприклад, Європейської конференції конституційних судів) тощо.

Це сприяє зближенню (конвергенції) конституційної юриспруденції, що полягає у взаємному впливі при застосуванні техніки обґрунтування рішень конституційної юстиції, запозичення окремих ідей чи викладу сутності основоположних принципів чи цінностей як юридичної основи аргументації власних рішень. Природа конвергенції судової юрисдикції полягає насамперед у застосуванні ними загальних принципів права в якості нормативної основи аргументації судових рішень. У даному випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції у визначенні судових стратегій та застосуванні принципів права, яке було піднято у свій час Рональдом Дворкіним. Це має важливе значення для розуміння доктрини політичного питання, зокрема, питань зовнішньої політики та захисту конституційних цінностей, перебігу політичного процесу та проблеми забезпечення балансу правлячої більшості та опозиції тощо.

У свою чергу, це породжує конкуренцію судових юрисдикцій, яка може виступати у таких варіаціях: а) верховні суди та наднаціональні інституції (наприклад, Суд ЄС); б) конституційні суди та наднаціональні суди у контексті верховенства конституції; в) конституційні суди, верховні суди та міждержавні суди (наприклад, ЄСПЛ).

Додержання вимог поваги до гідності людини є джерелом демократичної легітимації юрисдикційної діяльності. Саме з цих підстав знамените рішення Федерального конституційного суду Німеччини у справі *Lueth* ґрунтується на ідеї, що гідність людини знаходиться на верхівці конституційних цінностей, які обумовлюють систематику юридичного захисту та його ефективність.

Якщо все це екстраполювати на специфіку України, то існує вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні. Особливу роль це має для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом України елементів обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини при розгляді конституційних скарг. У зв'язку із актом агресії Росії проти України, анексії нею Криму та скоєння низки злочинів

проти людяності і миру мають значення рішення Міжнародного суду ООН (справи Намібії, Нікарагуа), Міжнародного трибуналу у справах колишньої Югославії (справи Караджича, Мілошевича) та Європейського суду з прав людини (Мозер проти Молдови та Російської Федерації).

**Висновки.** Стан методології порівняльного правознавства, як справедливо зазначав проф. Рейнштайн, відображає загальний стан методології юриспруденції. Правова доктрина в Україні як постсоціалістичної країни знаходиться на етапі перехрестя. Однак слід визнати, що вітчизняне юридичне співтовариство повинно інтенсивно інтегруватися у світовий простір. Все це передбачає самоідентифікацію юридичної науки. Водночас, у разі конституційних запозичень чи транспозицій набуває значення забезпечення балансу між конституційною ідентичністю та впровадженням у конституційну систему елементів, які б надавали їй розвиток, а не збурювали в ній процеси дезінтеграції та розкладу. На цьому наголошує польський конституціоналіст Віктор Осятинський, характеризуючи процес конституційних реформ у постсоціалістичних країнах Східної Європи після колапсу Радянського Союзу [10].

Така самоідентифікація вбачається у забезпеченні, насамперед, гуманітарного виміру розвитку правових явищ і процесів. Збереження національної правової традиції, матеріальними носіями якої можна вбачати Руську правду та Права, за якими судиться малоросійський народ, передбачає примноження вітчизняних здобутків і відмову від „соціалістичної спадщини“. Серед елементів „соціалістичної спадщини“ можна виділити догматизм, етатизм, критиканство, визначення права переважно як інструмента державної політики тощо.

Гуманітарний вимір права свідчить, що компаративні дослідження повинні вестися у контексті забезпечення основних прав і свобод, солідаризму в суспільстві, трансформації загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права у вітчизняний правопорядок. При вирішенні питання про делегування частини суверенітету Україною наддержавним інститутам насамперед необхідно виходити із забезпечення національних інтересів та переваги вітчизняних стандартів забезпечення основних прав і свобод.

### Список використаних джерел

1. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. *Международное частное право и сравнительное правоведение*. Москва: МО, 2001. С. 328–330.
2. Медушевский А.Н. *Сравнительное конституционное право и политические институты*. Москва: ГУ ВШЭ, 2002.
3. Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, Character and Experience*, *Boston University Law Review*, Vol. 72, no. 4.
4. Новицкий, Марек, Фиалова, Зузана. *Мониторинг прав человека*. Варшава, 2001.
5. Ларсон, Т., Номден, К., Петітвіль, Ф. *Проміжний рівень управління в європейських державах: складність проти демократії?* Київ: К.І.С., 2003.

6. Hirschl, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2014.
7. Цвайгерт К., Кетц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*: В 2-х тт. Том I. Основы: пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000.
8. Тихомиров Ю. *Курс сравнительного правоведения*. Москва: Юридическая литература, 1996.
9. Frankenberg G. Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law. *Harvard Int. L. J.*, Vol. 26, No. 2, Spring 1985.
10. Осятынски В. Парадоксы конституционных заимствований. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3. С. 53–67.

## 1.4. Методологія міжнародного конституційного права

**Вступ.** Постановка питання про міжнародне конституційне право є доволі неординарним у зв'язку із відсутністю сталих інституцій, рішеннях яких би мали пряму дію у національних правопорядках. Наразі рішення міжнародних установ на кшталт Генеральної Асамблеї ООН чи Ради Безпеки ООН потребують принаймні певного конституційного забезпечення, що залежить від особливостей розподілу сфери законодавства і регуляторної політики уряду, побудови публічної адміністрації та побудови судової системи. Принаймні на сьогодні в якості інструменту формування міжнародного конституційного права слід розглядати міжнародні механізми захисту прав людини, оскільки в силу вертикальної природи суб'єктивних публічних права має місце зв'язаність національними державами здійснення функції захисту прав людини. Це створює достатні і необхідні умови для подальшого формування міжнародного публічного права.

### 1.4.1. Глобалізація права та інтеграційні процеси: проблема конституційних цінностей.

Сучасні конституційні процеси накладаються на тенденції глобалізації та фрагментації у розвитку правових явищ і процесів. Глобалізація передбачає взаємозалежність держав у різних сферах суспільного життя, а відкритий характер країни впливає на форми здійснення нею зовнішньої політики. Обмеженість ресурсів у забезпеченні ефективного та належного урядування зумовлює об'єднання зусиль національних держав для вирішення спільних завдань. Зокрема, потреба у взаємній співпраці зумовлена різними факторами: міркуваннями попередження можливих міждержавних політичних конфліктів та пошук спільних позицій за відносно нейтральних економічних інструментів (ЄС, Рада Європи); посилення конкурентоспроможності національних економік, як ми це спостерігаємо з метою функціонування спільного ринку (NAFTA); контроль значних територій, міграційних процесів та здійснення військового співробітництва (Шанхайська організація співробітництва) тощо. Правові та політичні інструменти в рамках сучасних інтеграційних процесів виражають фрагментацію як організації публічної влади, так і правових систем.

Співвідношення між глобалізацією та фрагментацією у праві дає новий тип правопорядку, який поступово формується – мережу правопорядків, які є різнорівневі та різнофункціональні. Відповідно до цього будується мережа публічних властей (*The Net of public powers*), яка розглядається як сукупність різнорівневих правопорядків. Мережеві правопорядки передбачають новий тип легітимації влади, який неможливо розкрити у рамках дискурсу Макса Вебера. Це не лише раціональний тип легітимації, заснований на верховенстві права, поділі влади, судовому контролю, процедурах захисту прав людини *habeas corpus*, *amparo* чи *Verfassungbeschwerde*. Він також побудований на комунікаційних зв'язках між незалежними аналітичними центрами та публічними властями, експертному механізмі вироблення політичних рішень у поєднанні із інструментами пред-

ставницької і безпосередньої демократії. Іншими словами, це є ніщо інше, як мереживний правопорядок та *the Net of public powers*, що на наших очах засноується на соціальному капіталі та довірі в суспільстві.

**а) Національні інтереси та глобалізація.** Сьогодні спостерігається тенденція до посилення універсального характеру основних прав і свобод на тлі культурного релятивізму. У свою чергу відбувається трансформація Вестфальської міжнародної системи, змінюється роль нації-держави з урахуванням посилення ролі транснаціональних корпорацій. Тому виникають питання щодо меж державного суверенітету. В зв'язку із інформаційною революцією, розвитком високих технологій, зокрема у військовій сфері, а також розширенням соціальних зв'язків і посиленням міграційних процесів все більш вразливою стає проблема забезпечення територіальної цілісності країни.

За таких умов посилюється роль держави у забезпеченні національних інтересів, які можуть бути різноманітними в залежності від конкретної історичної ситуації. Разом з цим, національні інтереси [1; 2] базуються на самоідентичності нації, державному суверенітету, правах і свободах людини, національних традицій та культурній спадщині.

**б) Парламентаризм та глобалізація.** Як правило, як це встановлено зокрема ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства. Додержання парламентом належної процедури ратифікації міжнародних договорів є необхідною умовою чинності міжнародних договорів в Україні, які застосовуються як звичайний закон. При цьому положення міжнародного договору повинні відповідати конституції і вони можуть бути застосовані лише в частині, що не суперечить їй.

Парламент як політичний форум нації шляхом визначення засад зовнішньої політики, ратифікації та денонсації міжнародних договорів, здійснення контрольних функцій задає модус зовнішньополітичному курсу держави. Як орган, сформований народом шляхом прямих демократичних виборів, парламент володіє прерогативами щодо визначення стратегії зовнішньополітичного курсу. При цьому важливим є досягнення консенсусу між учасниками політичного процесу, щоб вирішення зовнішньополітичних питань не розколювало суспільства і такі рішення були адекватними щодо геополітичних реалій.

**в) Конституційний Суд та глобалізація.** Забезпечення конституційного порядку Конституційним Судом України у сучасних умовах ускладнюється глобалізаційними процесами. Роль конституційної юстиції виражається у тому, що вона все частіше поряд із адміністративною та загальносудовою юстицією впливає на здійснення державної політики шляхом оцінки законів і підзаконних актів на предмет їх відповідності конституції країни. Оголосивши незаконним (неконституційним) відповідне рішення парламенту або уряду, вони блокують його здійснення [3]. За допомогою цих засобів конституційна юстиція тлумачить фундаментальні конституційні принципи та цінності, розвиваючи ідеї, закладені у конституцію, наповнюючи всю правову систему більш глибоким змістом. Тому

при прийнятті певних рішень та вчиненні актів органи публічної влади повинні враховувати стан конституційної юриспруденції в країні.

При прийнятті рішень у справах про Римський статут (висновок КСУ № 3-в/2001), про ратифікацію Європейської хартії міноритарних мов та мов національних меншин (рішення КСУ № 9-рп/2000) Конституційному Суду України довелося давати оцінку складним питанням меж державного суверенітету, додержання процедури ратифікації парламентом міжнародних договорів. Міжнародний правопорядок впливає на діяльність Конституційного Суду також у формі застосування цим органом прецедентного права Європейського суду з прав людини. Такі складні процеси накладаються на проблеми забезпечення основоположних конституційних цінностей, на сторожі яких стоїть Конституційний Суд, а саме: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність; зв'язаність держави основними правами і свободами; основні права і свободи; державний суверенітет; територіальна цілісність (статті 3 та 157 Конституції України). З практики Конституційного Суду випливає, що питання щодо делегування повноважень окремих органів влади наднаціональним інститутам повинно обов'язково супроводжуватися внесенням змін до Конституції України.

з) *Конституціоналізація міжнародного права та виникнення глобального права.* Глобальне право таким чином можна розглядати у перспективі з точки зору двох аспектів. По-перше, з середини ХХ ст. розпочався пошук спільних універсальних цінностей, які можуть стати основою нового світового правопорядку. Як вже було з'ясовано, не завжди національні держави можуть вирішити екологічні питання, проблему обмеженості природних ресурсів, забезпечення стійкого розвитку суспільств, створення високих технологій, забезпечення діалогу з іншими цивілізаціями людства тощо. Тому національні держави у сучасних умовах не є компетентними щодо належного вирішення більшості із зазначеного кола питань. Вирішення такого кола питань лежить у площині модерного трактування народного суверенітету, який забезпечується через інструменти парламентаризму, судового конституційного контролю, механізмів децентрації влади та субсидіарності. Власне на цих механізмах побудовано систему участі федеральних земель і федеральних органів влади Німеччини у виробленні політики Європейського Союзу [4; 5]. Зокрема, внаслідок розгляду Федеральним конституційним судом ФРН *Lisbon Case* Європейський Союз сьогодні в німецькій доктрині розглядається як асоціація суверенних держав [6]. У німецькій конституційній доктрині визнаються непорушними принципи демократії, народного суверенітету та засади установчої влади. Положення статей 23(1) та 79(3) Основного закону ФРН визначають консолітаивну модель участі федеральних земель та органів федерації у виробленні політики ЄС. Це означає, що органи федерації та федеральних земель Німеччини через механізми субсидіарності мають можливість впливати на прийняття владних рішень інститутами Європейського Союзу. Тому у модерному розумінні такі механізми не можна розглядати як послаблення народного суверенітету та незалежності держави. Навпаки, за допомоги таких засобів національна держава отримує можливості

виражати свою владну волю на більш високому, ніж національному, щаблі публічної влади.

За таких умов виникає питання щодо якості організаційних засад наднаціонального об'єднання та природи його легітимності. Звісно, що засади участі національних держав в ухваленні владних рішень у наднаціональних об'єднаннях мають відповідати засадам установчої, наближеної та рефлексивної легітимності. Емпіричний підхід у формуванні правосуб'єктності Європейського Союзу свідчить про те, що тут мають бути елементи консолітаивної демократії, які передбачають: демократичні процедури формування інститутів влади (це, наприклад, прямі вибори до Європарламенту та вибори Президента Європарламентом); мережа дорадчих структур, участь яких в ухваленні владних рішень є необхідною умовою їх легітимності; зважена і збалансована регіональна політика, спрямована на забезпечення когерентності (рівномірного й узгодженого їх розвитку). Засоби парламентського і судового конституційного контролю дають змогу забезпечити баланс повноважень та принцип *ultra vires* у ході участі національних органів влади у виробленні владних рішень в органах влади наднаціональних об'єднань. Хоча в Європейському Союзі триває дискусія щодо забезпечення норми представництва та схеми прийняття рішень його органами влади з урахуванням балансу національного парламентаризму, у цілому було досягнуто консенсусу щодо забезпечення легітимності прийняття владних рішень.

Таким чином, можна говорити про формування конкретних механізмів міжцивілізаційного діалогу і формування спільних цінностей, притаманних людській цивілізації загалом. Міжцивілізаційний діалог полягає у формулюванні єдиних підходів щодо зважування універсальних конституційних цінностей, які мають стати основою для формулювання правил і процедур та організації владних інституцій на універсальному рівні публічної влади. Зрозуміло, що такий дискурс не може здійснюватися виключно у рамках західної традиції права чи ліберальної конституційної традиції, це може викликати відторгнення представників інших правових традицій і блокування процедур легітимації глобального права. Таким чином, механізм формування глобального права має поєднувати механізми імплементації/трансформації міжнародного права та конституціоналізації. З одного боку, необхідно забезпечити належний легітимний механізм делегування частини суверенних повноважень національних держав наднаціональним структурам за умови додержання демократичних стандартів народного волевиявлення. У цьому контексті можна буде говорити про глобальний народний суверенітет. З іншого боку, міжнародна легітимність формування глобального права уявляється через певний алгоритм, послідовність кроків з вирішення низки проблем, які національні держави неспроможні сьогодні компетентно вирішити на засадах установчої та наближеної легітимності. Звісно, що при таких умовах будуть формуватися публічно-владні інституції глобального характеру, які прийматимуть рішення на основі установчих договорів. Гарантією легітимності здійснення повноважень такими наднаціональними інститутами влади служитимуть засоби парламентського та судового конституційно-

го контролю, які б не допускали можливості зловживання повноваженнями та послаблення засад незалежності держав-учасниць таких наднаціональних об'єднань. Важливим компонентом легітимності глобального права мають стати гарантії прямого доступу приватних осіб до міжнародної судової юрисдикції на предмет перевірки щодо додержання їх основних прав і свобод у діяльності органів наднаціональних об'єднань.

#### **1.4.2. Сучасні тенденції захисту прав людини: мондіалізм та культурний релятивізм.**

Глобалізація ідеї основних прав і свобод у сучасному світі впливає на здійснення державою своїх повноважень. Незважаючи на відносний характер основних прав і свобод, що зумовлено особливостями правової культури конкретного суспільства, у світі склались стандарти у галузі людських прав. Міжнародний каталог прав і свобод складає мінімальні стандарти у галузі відносин індивіда з державою. Відповідно держава зобов'язана поважати гідність індивіда, оскільки закріплені у міжнародно-правових актах права і свободи є своєрідним *ius cogens*, яких покликані додержуватися держави як загальновизнані принципи міжнародного права.

Зрозуміло, що основне навантаження із забезпечення основних прав і свобод лежить на національному законодавстві, яке регулює організацію та процедури їх здійснення. Разом з тим кожна держава покликана забезпечити принаймні той мінімум прав, що гарантується міжнародно-правовими актами. У випадку порушення їх міжнародного каталогу, в особи виникає право на звернення до міжнародних юрисдикційних установ – Ради ООН з прав людини, Комітету ООН проти дискримінації тощо або юрисдикційних установ регіонального рівня. Держави не можуть ігнорувати діяльність цих установ, оскільки йде мова про репутацію країни на міжнародній арені, її міжнародній дієздатності вступати у міжнародні відносини на засадах взаємовигідного співробітництва. Тому ці міжнародні установи є додатковими інститутами до національних засобів правового захисту. Серед міжнародних юрисдикційних установ найбільш ефективними є регіональні.

Україна, ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини та основних свобод, приєдналася до європейської системи захисту прав людини. Особливою рисою європейської правової культури є уявлення про роль юристів як основних посередників у вирішенні соціальних конфліктів, що гарантується публічною владою. Це також відображається на правосвідомості населення та функціонуванні соціальних інститутів. У таких умовах юрист покликаний керуватися у своїй діяльності такими критеріями: індивідуальна свобода та правопорядок, незаангажованість правової позиції політичною кон'юнктурою, довіра до основних правових інститутів, які розвиваються поступово з урахуванням динаміки соціального життя та суспільного прогресу тощо.

Змістове наповнення прав і свобод людини залежить від типу цивілізації, особливостей культурного і соціального розвитку кожної країни. Тому справедливо вважає німецький вчений Петер Хеберле [7, с. 14], що:



*“...до цих пір не вироблено чіткого та зручного формулювання відносно того, як слід розуміти гідність людини. У різних визначеннях цього поняття між рядками вгадується, що всі вони виходять із уявлень про гідність, що притаманні різним і своєрідним культурам. У результаті виникає проблема культурної залежності таких уявлень, в тому числі і насамперед, проблема їх релігійних витоків. Наприклад, виникає питання, чи не суперечить положення жінки за нормами ісламу поняттю людської гідності, загальноприйнятому у західному світі (універсальному)”.*

**а) Європейська система захисту основних прав і свобод.** Практика масових порушень прав людини нацистським режимом у Німеччині та на окупованих Третім рейхом територіях зумовили створення європейської системи захисту основних прав і свобод. Основою такої системи стало забезпечення гарантій прав людини у випадку їх порушення з боку держави за допомогою діяльності наднаціональних інститутів. Створення європейської системи захисту прав людини відбувається в рамках Європейських Співтовариств / Європейського Союзу та Ради Європи. Ці дві системи взаємодоповнюють одна одну, а засновані відповідні інститути діють досить ефективно.

Дієвість цих інституцій тісно пов'язана із дієвістю міжнародного права. Як показує практика, міжнародне право ефективно “спрацьовує” там, де воно найчастіше застосовується, тобто – у національних правових системах. Якщо положення міжнародного договору чи норма міжнародного звичаєвого права або будь-яка інша норма міжнародного права використовується при ухваленні національним адміністративним або судовим органом на основі спільних правил, які розроблені та діють у кількох національних правопорядках [8, с. 3].

На європейському рівні склалися дві системи правового захисту під егідою Європейського Суду з прав людини та Суду правосуддя Європейського Союзу. Як справедливо підкреслюють авторитетні спеціалісти, система європейського права в галузі прав людини характеризується як “система правового примусу, яка користується як психологічними, так і фізичними засобами і діє як опосередковано, так і прямо на учасників цієї системи, а саме – на держави” [8, с. 6]. Діяльність правових інституцій європейської системи правозахисту доповнюється діяльністю політичних інституцій. Зокрема, важливу роль відіграє Організація з Безпеки і Співробітництва в Європі (ОБСЄ). Політичні інституції дають змогу ефективно впливати на політичний курс європейських держав, що сприяє поліпшенню політики захисту основних прав і свобод у цих країнах. У цьому контексті ОБСЄ сприяє політичним процесам, попереджує і врегульовує конфлікти, сприяє побудові громадянського суспільства. З цією метою ця політична інституція здійснює такі заходи безпеки: контроль над озброєнням, превентивну дипломатію, заходи із зміцнення безпеки, прав людини, демократизації, моніторинг виборів, а також економічної та екологічної безпеки.

Вплив на функціонування політичних інститутів дає зворотній ефект, оскільки зближуються стандарти дотримання прав людини у країнах з різним рівнем політичної і правової культури, з різною структурою політичних та правових інститутів тощо. Проблема вироблення єдиних стандартів та культурного релятивізму визначається типом національного правопорядку. У галузі прав людини мають важливе значення положення міжнародного звичаєвого права (*jus cogens*), які містяться насамперед у міжнародному Біллі прав людини (у першу чергу, Загальна декларація прав людини, Міжнародні пакти про громадянські та цивільні права та про соціальні, економічні і культурні права), так як вони дають широку свободу розсуду з реалізації їх положень у національних правопорядках. Незважаючи на універсальний характер основних прав і свобод, проблема культурного релятивізму існує також і в європейській системі правозахисту. На європейському континенті діє доктрина “меж розсуду” (*margin of appreciation*) кожної держави відносно обмежень прав людини, що вводяться стосовно окремих прав і свобод, закріплених у Європейській конвенції з прав людини та основних свобод.

#### **1.4.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права.**

Сьогодні спостерігається взаємний вплив міжнародного і конституційного права. Для розуміння його характеру слід мати на увазі вертикальну природу прав людини та горизонтальний ефект відносин між державами, які на сьогодні ще залишаються основними суб'єктами творення джерел міжнародного права.

**а) Вертикальну структуру** взаємодії між міжнародним та конституційним правом репрезентуються такі тенденції. Міжнародне право розвивається у бік захисту прав людини, встановлюючи його мінімальні стандарти захисту. Це є також джерелом конкуренції юрисдикцій у разі, якщо існує ситуація більш високих стандартів захисту у національних юрисдикціях. Однак гарантії прав людини частково нівелюються потенційними загрозами тероризму, який для сучасного конституціоналізму виступає своєрідним викликом, що потребує певного вирішення. Боротьба із тероризмом часто пов'язана із обмеженням певних прав людини, що потребує належного обґрунтування. Власне кажучи, тероризм як суспільний феномен має в якості однієї із своїх цілей підірвати довіру в суспільстві, посіяти страх у ньому та нівелювати ефективність захисту прав людини.

Водночас впровадження субсидіарності найбільшою мірою визначає вертикальний зріз співвідношення міжнародного і конституційного права, адже мова йде про забезпечення балансу між центром та регіонами та обрання певної моделі співвідношення – федералізму чи автономізації. Також права корінних народів чи національних меншин можуть створювати напругу при обранні певної моделі територіальної організації влади. Важливу роль у вертикальній структурі конституційного права відіграють інституційні компоненти: верховенство права, парламентський та судовий конституційний контроль. Нездатність подолання дилеми між верховенством парламенту та конституційною юстицією

може слугувати джерелом постійних конституційних криз в окремих країнах (Угорщина, України, окремі країни Балкан чи Латинської Америки).

**б) Горизонтальна структура** співвідношення конституційного і міжнародного права засвідчує сучасний тренд творення правил третіми особами, тобто приватними особами, а не лише державами. Тут важливими стають засади демократичної легітимації визнання правил, які потім лягають в основу міжнародних документів чи служать джерелом національного конституційного права. У цьому контексті важливу роль відіграють процеси інтеграції на світових ринках, які поступово глобалізуються та одночасно фрагментуються. Фрагментація правил пов'язана із поглибленням спеціалізації на ринку та його диференціацією. Це ускладнює процес структуризації правил та їх формальне визначання через міжнародних акторів – Світову організацію торгівлі, Міжнародну організацію праці чи Всесвітню організацію з охорони здоров'я тощо.

З огляду на це, говорити про формування міжнародного конституційного права універсального характеру зарано. Хоча існує в регіональному масштабі своєрідне конституційне право Європейського Союзу, яке володіє верховенством стосовно національних правопорядків держав-членів ЄС. Разом з тим, ст. 6 Договору про ЄС містить застереження про повагу до національних конституційних традицій держав-членів ЄС. Наразі конвергенція більше спостерігається на юрисдикційному рівні через конкуренцію юрисдикцій національних конституційних судів та міжнародних і наднаціональних судових юрисдикційних установ. На політичному рівні конвергенція національних правопорядків характеризується конкуренцією реалістичної та ціннісної концепції розуміння національних інтересів та їх відстоювання на міжнародній арені. При реалістичному підході має місце більш конфліктна модель взаємодії, при ціннісному підході більш ефективною є модель кооперації між країнами та між національними державами та міжнародними/наднаціональними організаціями. Тому роль судів у творенні глобального поля міжнародного конституційного права є доволі значною. Також посилюється роль кіберправа на конвергенцію національних правопорядків шляхом запровадження електронного урядування, зміни парадигми діяльності політичних партій з масових рухів, які поступово надають перевагу взаємодії із цільовою аудиторією за допомоги соціальних мереж та створення за сприяння сучасних медіа нових платформ для обговорення проєктів та ухвалення владних рішень.

**Висновки.** Формування міжнародного конституційного права є сьогодні віддаленою перспективою. Наразі зближення національних конституційних традицій має характер горизонтальних зв'язків і зумовлене конкуренцією між судовими юрисдикціями національних і наднаціональних установ. Взаємодія між політичними інститутами має конфліктний характер, що зумовлює застосування тривалих за часом і громіздких підчас процедур забезпечення балансу інтересів. Очевидна криза сучасного конституційного порядку, яка пов'язана із доволі інертним механізмом реагування на факт анексії Криму Російською Федерацією, лише є свідченням цього. Тобто в рамках Статуту ООН та діяльності

його інституцій – Генеральної Асамблеї, Ради Безпеки, Міжнародного Суду та деяких інших установ завжди передбачає згоду на участь у процедурі порушника, що потенційно служить формальною причиною для блокування процедури врегулювання. У цьому ж руслі можна навести приклад блокування процесу ухвалення проектів резолюцій Радою Безпеки ООН стосовно Сирії, що певною мірою лише сприяло ескалації насилля у цій країні Леванту. Наразі тривають дебати щодо реформування організації роботи ООН та її установ. Тому на сьогодні конституціоналізація міжнародного права спостерігається у Європі, хоча інституційна основа ЄС також перебуває у системній кризі.

### Список використаних джерел

1. Національні інтереси України у системі міжнародних відносин: Україна в сучасному світі. *Україна в 2006 році: внутрішнє і зовнішнє становище та перспективи розвитку*: Експертна доповідь. Київ: НІСД, 2007.
2. Ліпкан В.А. *Національна безпека України*. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2009.
3. Горбачев М.С. и др. *Грани глобализации: Трудные вопросы современного развития*. Москва: Альпина Паблишер, 2003. С. 81.
4. Kiiver Ph. German Participation in EU Decision-Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. № 8. P. 1287–1296.
5. Suszycka-Jasch M., Jasch H.-C. The Participation of the German Lander in Formulating German EU-policy. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. № 9. P.1215–1256.
6. Shorkopf F. European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon. *German Law Journal*. 2009. Vol.10. № 10. P. 1219–1240.
7. *Государственное право Германии*: Сокращ. перев. в 2-х т. Т. 1. М: ИГП РАН, 1994.
8. Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. *Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування*. Київ: АртЕк, 1997.

## 1.5. Основні доктрини верховенства конституції

**Вступ.** Сьогодні в Україні конституція трактується переважно у значенні політико-правового документа, чинність якого зумовлена станом конкретизації і деталізації у поточному законодавстві, в адміністративній і судовій практиці. Доволі часто це питання трактується у площині ієрархії правових актів у контексті розмежування питань конституційності і законності, що визначає зміст діяльності конституційної юрисдикції в Україні.

Однак верховенство конституції має підкріплюватися певними інституційними та процедурними гарантіями. Лише у своїй сукупності вони визначають природу конституції. Інституційні та процедурні гарантії визначають певні критерії щодо якості законодавства, адміністративної та судової практики. Таким чином природа конституції та конституційного порядку зумовлена проблемою статичності та динаміки конституційної матерії.

Метою цієї частини роботи є визначення природи конституції у контексті співвідношення парламентаризму та судового конституційного контролю. Спочатку буде проаналізовано основні доктринальні підходи щодо природи конституції, потім буде розкрито структуру конституції, зокрема у контексті співвідношення парламентаризму і судового конституційного контролю, а також сформульовані основні параметри синтетичного розуміння конституції.

### 1.5.1. Огляд основних доктрин конституції.

На визначення природи конституції впливає соціальне середовище, оскільки реальні конституційні правовідносини зумовлені певним типом суспільства, цивілізації загалом. На природу конституції впливає правова традиція, в основі якої лежать панівна конституційна доктрина, конституційна свідомість і культура, національні традиції урядування, система соціальних цінностей. Яким чином поєднуються ці складові у процесі оформлення конституції та побудови конституційного порядку зумовлює різноманітність підходів у визначенні природи конституції.

Серед цих підходів найбільш поширеними є природно-правова, зокрема договірна, соціологічна, політологічна, позитивістська доктрини. Така різноманітність конституційних доктрин зумовлена комплексним характером конституції, яка містить у собі ціннісні, нормативні, праксеологічні елементи, які взаємопов'язані.

**а) Природно-правова теорія** трактує конституцію як результат еволюції публічно-владних форм життя, накопичення народом досвіду управління та його оформлення у певні інститути. Зокрема, Ш.-Л. Монтеск'є [1] звертав увагу на демографічні, економічні, географічні фактори, які впливають на «дух народу», на основі якого й побудована конституція. Разом з тим накопичення народом практики управління зумовлює необхідність обмеження правління, встановлення балансу між центрами влади, тобто поділу влади, забезпечення основних (природних) прав людини. Основні права і свободи визначають організаційні та процедурні основи функціонування публічної влади.

**б) Соціологічна теорія** розглядає конституцію як джерело солідарності в суспільстві та роль інститутів влади у політичному житті суспільства [2]. Закон соціальної солідарності розглядається як універсальний закон розвитку суспільства. Український вчений С. Дністрянський розглядав державу як публічну корпорацію, організовану на громадських засадах та самообмеженні членів корпорації [3; 4]. Різновидом соціологічної теорії є реалістична теорія, яка визнає активну роль суду у формуванні конституційно-правового матеріалу на основі індуктивного методу [5; 6].

**в) Політологічна школа** права розглядає конституцію як засіб забезпечення стійких «правил політичної гри», як регулятор політичних відносин. Ж.-П. Жакке визначає конституцію таким чином: «Будь-яке політичне суспільство володіє сукупністю правил, писаних чи неписаних, які призначені для встановлення умов набуття і здійснення політичної влади. Такі правила складають конституцію» [7, с. 17].

**г) Позитивістська теорія** трактує конституцію як систему правових норм, що мають найвищу юридичну силу і регулюють основи відносин між людиною і суспільством, з одного боку, і державою – з іншого, а також засади організації самої держави та її відносин зі світовим співтовариством. Зокрема, конституцію розкривають як «установчий правовий акт, основний закон держави, що приймається в ускладненому порядку, володіє у сучасних умовах особливим об'єктом регулювання, вищою юридичною силою і є юридичною базою для правотворчості, правозастосування і правосвідомості» [8, с. 39]. Крайній прояв позитивізму – легізм трактує конституцію виключно через її текст, в якому мають бути відображені істотні принципи конституційно-правового регулювання, яке забезпечується через закони і підзаконні акти відповідно до ієрархії правових норм і виражає політичну волю більшості. За цим підходом тлумачення конституції здійснюється відповідно до волі конституцієдавця.

Поняття конституції є багатовимірним, однак основна дискусія зводиться до її нормативного та сутнісного змісту. Тому конституцію необхідно розглядати як певний правовий акт, який є загальнообов'язковим і забезпечується правовим захистом. Сутнісний зміст конституції – це певний тип правопорядку, який забезпечує правове оформлення публічної влади та свободу вільного розвитку індивіда у демократичному суспільстві.

### ***1.5.2. Синтетична теорія конституції: структура конституції і роль судового конституційного контролю.***

Унормування суспільних відносин залежить від певних обставин і саме вони лягають в основу певного порядку. Разом з тим, виникає питання про ступінь формалізації відповідних нормативних вимог. Тому досить складно говорити про природу конституції, не проаналізувавши цей взаємний зв'язок між нормативною природою конституції та конституційним порядком.

Суспільний консенсус є джерелом легітимності влади та побудови системи управління публічними справами (в основі яких лежить суспільний інтерес) на засадах довірливості та лояльності у відносинах громадян із державою.

Згідно з концепцією консолідованої демократії, демократичні процедури легітимації влади забезпечують досягнення широкого консенсусу щодо майбутніх напрямів політичного курсу органів публічної влади, який повинен відповідати принципу верховенства права [8]. За допомоги вільних демократичних виборів процес легітимації влади забезпечується шляхом ротації політичних еліт, що дає змогу народові впливати на формування інститутів влади та забезпечити підзвітність і підконтрольність осіб, наділених представницьким мандатом народу. Формування інститутів влади за допомоги вільних виборів дає змогу ввести політичний процес у конституційне русло, однак його дієвість залежить від певної моделі виборчої системи, яка б дала змогу забезпечити реальне представництво народу та механізми відповідальності перед народом осіб, наділених представницьким мандатом.

Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі. Це є класична формула ліберального конституціоналізму [9], яка випливає з природи універсальних конституційних цінностей. Згідно з ліберально-демократичним трактуванням, конституція також покликана забезпечити право людини на вільний розвиток та ефективне демократичне правління.

Згідно з теорією ігор<sup>1</sup>, джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації або правового захисту конституції не завжди можна досягти максимально корисного результату<sup>2</sup>, оскільки конструювання положень конституції є результатом консенсусу, компромісу, а такі конструкції не завжди є ідеальними. Тому, до

---

<sup>1</sup> Теорія ігор ґрунтується на міждисциплінарному підході і виникла на стику фізики та математики (Дж. Неш, Дж. фон Нойман, О.Моргенштерн). Згідно з її постулатами, існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть приносити найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів (обмеженість ресурсів, конкуренція на ринку, динаміка цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо). Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватного до конкретної історичної обстановки і необхідного для досягнення певної покладеної мети. По суті теорія ігор з точки зору соціології права дає відповідь на питання щодо зародження певного типу правових норм та інститутів, які забезпечують їх чинність.

<sup>2</sup> Емпірично це проявилось у юриспруденції КСУ, який послідовністю своїх правових позицій (рішення КСУ № 13-рп/2008 і № 20-рп/2010 від 30.09.2010 р.) обґрунтував ідею наступного конституційного контролю за конституційними законами, що у кінцевому результаті призвело до визнання закону № 2222-IV від 08.12.2004 р. (цей закон діяв вже протягом тривалого часу і деяким його положенням надавалася інтерпретація КСУ) неконституційним у зв'язку із порушенням процедури його прийняття. Це дало підстави для звинувачення КСУ у надмірному активізмі і недостатності засобів конституційної юстиції щодо реалізації установчої влади, адже конституційні суди не можуть писати конституції. Водночас КСУ є імplementований у механізм установчої влади, оскільки надає висновок щодо відповідності конституційних законопроектів вимогам статей 157 і 158 Конституції, забезпечуючи у такий спосіб легітимність внесення змін до Конституції України і захист конституційних цінностей.

речі, складно говорити, що конституція закладає якийсь суспільний ідеал. Водночас ці речі не слід плутати із програмно-перспективною функцією конституції.

На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Р. Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади<sup>3</sup>. Водночас теорія процедурної справедливості Дж. Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації, тобто в умовах правової невизначеності. Таким чином вимоги належної процедури у поєднанні з інструментарієм теорії ігор дають змогу зрозуміти логіку конституційних реформ і реалізації установчої влади народу.

Згідно з юриспруденцією КСУ, влада народу визнається «первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України. Результати народного волевиявлення у визначених Конституцією та законами України формах безпосередньої демократії є обов'язковими. Установча влада народу реалізується «безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначити конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII». При цьому КСУ зазначив, що чинна Конституція України лише визначає питання внесення змін до неї (*Рішення КСУ № 6-пн/2005*). У цьому рішенні так і не визначено природи та змісту установчої влади, лише зроблено застереження про її реалізацію Верховною Радою шляхом прийняття Конституції 28 червня 1996 р., тобто що суверенна воля народу була своєрідно «опосередкована» відповідним рішенням парламенту. У зв'язку із нинішнім функціонуванням Конституційної Асамблеї як допоміжного органу влади при Президентіві України, яка має розробити конституційний законопроект (законопроекти), це питання набуває гостроти, оскільки у разі ревізії Конституції слід вносити спочатку зміни до розділу XIII.

У 2008 р. КСУ визнав, що Конституція може бути ухвалена на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою (*рішення КСУ № 6-пн/2008*). Водночас було зазначено, що на час розгляду справи ця процедура не врегульована законом. Звідси можна зробити висновок, що можливість прийняття нової Конституції на референдумі за народною ініціативою (за процедурою, передбаченою статтею 72) потребує свого законодавчого врегулювання, оскільки його

<sup>3</sup> Спираючись на багатий емпіричний матеріал Р. Патнам, разом із групою італійських дослідників робить висновок: «Правила та усталені процедури, що їх утверджують інституції, позначаються на політичних результатах через формування політичної поведінки. (...) Інституції впливають на результати тому, що вони формують особистості гравців, їхні повноваження та стратегію» [10, с. 20].



відсутність порушує засади правової визначеності. Слід відзначити, що рішення від 16 квітня 2008 р. приймалося Конституційним Судом незабаром після скликання Президентом Національної конституційної ради, призначенням якої було прийняття нової редакції Конституції України, щодо якої йшли бурхливі суспільні дебати як щодо змісту, так і способу її прийняття. По суті Конституційний Суд визначив свою правову позицію у такий спосіб, що нова Конституція України може бути прийнята безпосередньо народом, якщо буде попередньо з'ясовано його волю шляхом проведення відповідного консультативного референдуму з наступним проведенням всеукраїнського референдуму за народною ініціативою. Необхідною умовою цього є те, що процедуру всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, яка у загальних рисах врегульована у статті 72 Конституції, необхідно належним чином конкретизувати у відповідному законі.

Легітимність влади зумовлена роллю парламенту як законодавчого органу із забезпечення відкритої і прозорої процедури інвестиції (формування та набуття повноважень) уряду на засадах народного представництва. У модерних умовах парламенти набувають значення політичного форуму нації, оскільки окрім традиційної законодавчої функції значно посилюється роль контрольної їх діяльності. Формула парламенту як політичного форуму нації визначається шляхом досягнення компромісу між фракціями (які, не є органами парламенту, проте є основою для структуризації його діяльності) з метою реалізації конституційних цілей на рівні законів та у здійсненні парламентського контролю за їх реалізацією у діяльності уряду.

Соціальне буття конституції зумовлене заснуванням правопорядку з метою забезпечення вільного розвитку індивіда у суспільстві з його горизонтальними і вертикальними зв'язками. Призначенням конституції у такому соціальному порядку є легітимація соціального устрою, в якому гарантується узгодження різноманітних воель індивідів, соціальних груп, інституцій та інших акторів впливу на процес здійснення влади. Процес управління у складних соціальних системах тісно пов'язаний із системою соціальних цінностей, щодо яких у суспільстві існує консенсус.

За цим підходом, нормативною основою правопорядку є конституція, яка засновує певний тип політичної організації суспільства та інтеграції його інститутів з метою досягнення суспільного блага. Відповідно до загальних соціальних установок та цінностей, щодо яких у суспільстві існує загальна згода і їхнє здійснення приймається за природний порядок речей, формується конституційне право конкретної країни. Нормативне наповнення конституції залежить від панівної правової традиції, забезпечується через режим демократії, парламентаризму та конституційну юриспруденцію (судовий конституційний контроль). Звідси можна вивести абстрактне визначення конституції синтетичного характеру.

Відповідно до цього, конституція є актом установчої влади народу, яка втілюється через систему правових засобів (установчий характер, найвищу юридичну силу, верховенство і пряму дію основного закону) забезпечення прав людини й основоположних свобод та легітимації публічної влади на основі за-

гального блага (публічних інтересів), ґрунтується на усталених цінностях, інститутах, процедурах і нормах конкретно-історичного типу суспільства.

Конституція виконує функцію легітимації суспільного порядку. Тому у формі конституційних принципів визначається демократичний доступ до посад через демократичні вибори та засадничі принципи поділу влади (переважно через парламентаризм та судовий конституційний контроль), а також через обмеження влади, які здійснюються переважно через правові гарантії прав і свобод людини [11, с. 204-205]. З інституційної точки зору конституція втілюється у забезпеченні консолідації демократії, представництва народу шляхом проведення вільних і періодичних виборів, режимі парламентаризму та судовому конституційному контролю.

У нормативному розумінні конституція містить як норми, з конкретними приписами, так і норми, що визначають загальні правові засади втручання публічної влади у приватне життя індивіда. Таким чином, конституція у нормативному сенсі поширюється як на сферу публічного, так і приватного права. У формально-юридичному значенні конституція є основним законом, який має установчий характер, володіє верховенством, забезпечується спеціальним правовим захистом.

За своїм змістом конституція виражає: а) суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом; б) способи здійснення демократичних процедур та контролю народу над публічною владою; в) легітимацію публічної влади; г) межі втручання публічної влади у приватну автономію особи; д) правовий механізм міжнародного співробітництва держави. Таким чином, конституція за змістом є певним типом соціального порядку, заснованого на визначенні легітимних рамок правління з метою забезпечення суспільного блага (балансу публічних і приватних інтересів).

### **1.5.3. Забезпечення верховенства конституції у контексті верховенства права.**

Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України визнається і ґрантується принцип верховенства права, який в доктрині трактується як поєднання певних формальних і матеріальних вимог до правових актів і дій органів публічної влади. Відповідно до наявного *opinio juris doctorum* (загально прийнятої юридичної думки), вираженої у Доповіді Венеціанської комісії від 24-25 березня 2010 р. [12] принцип верховенства права поєднує такі формальні і змістовні характеристики: законність, правова визначеність, неприпустимість свавілля, забезпечення прав і свобод людини, доступ до правосуддя (*justice*) перед незалежним і безстороннім судом, рівність і недопущення дискримінації.

Змістовним вираженням верховенства права є забезпечення прав людини і основоположних свобод, що є причиною судового активізму, зокрема конституційних судів. На думку Браяна Таманаґи, формальні концепції зосереджуються на належних джерелах і формі законності, а матеріальні включають окрім цього вимоги до якості закону. Як правило, змістовні теорії верховенства ґрунтуються

на ідеї невідчужуваності та невід'ємності прав і свобод людини, конституційне закріплення яких означає їх визнання державою, оскільки вони засновані на рівності кожної людини. З іншого боку, Браян Таманага вказує на небезпеку надмірної активізації судів шляхом перевірки законів на предмет забезпечення прав людини, оскільки за таких умов може мати місце втручання у сферу законодавства [13, с. 107, 126-127]. Збалансування між верховенством (суверенітетом) парламенту та судовим конституційним контролем є центральною проблемою сучасного розуміння конституції у доктрині країн континентальної Європи.

У юриспруденції КСУ принцип верховенства права виражає сутність судового конституційного контролю, оскільки закладає змістовні і формальні критерії перевірки конституційності правових актів відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції. У своєму рішенні у справі про призначення судом більш м'якого покарання КСУ визначив, що верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо (рішення КСУ № 15-рп/2004).

За формальним критерієм принцип верховенства права визначає верховенство конституції у національній правовій системі, положення якої володіють найвищою юридичною силою і є вищим імперативом, накладаючи відповідні обов'язки на органи законодавчої, виконавчої і судової влади. Будучи актом установчої влади народу, конституція щодо так званих «установлених влад»<sup>4</sup> визначає розподіл повноважень між ними на засадах правової визначеності<sup>5</sup>, збалансованості<sup>6</sup> і співвідпорядкування<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Конституційний Суд України в одному із перших своїх рішень (рішення № 4-зп/1997) сформулював доктрину установчої влади народу, яка засновує так звані «встановлені влади» і які підпорядковані конституції, зазначивши таке: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (частина перша статті 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої.

<sup>5</sup> Про це однозначно говорить частина друга статті 19 Конституції, яка встановлює принцип законності, відповідно до якого органи публічної влади мають діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України.

<sup>6</sup> Сутність цієї конструкції полягає в тому, що у залежності від особливостей конституційної системи, конституційної традиції і культури владні повноваження мають бути розподілені таким чином, щоб ніякий владний інститут не володів надмірними повноваженнями, оскільки це потенційно загрожує свавіллям. З метою додержання балансу розподілу повноважень між органами публічної влади в Україні засновано інститут судового конституційного контролю (constitutional review) – Конституційний Суд України.

<sup>7</sup> Засади співвідпорядкування у діяльності органів публічної влади визначають взаємодію між ними, з метою узгодження владних рішень через механізми взаємних консультацій, переговорів, а також через систему стримувань і противаг. За таких умов забезпечується взаємний контроль і баланс, а також попереджаються випадки порушення конституції.

Конституція України засновує ієрархію правових актів, що впливає на семіотику і герменевтику її інтерпретації як цілісного кодифікованого правового акту. Відповідно до цієї ієрархії Конституція має трактуватися як відкритий текст у конкретно історичному контексті<sup>8</sup>.

Згідно із синтетичним трактуванням конституції вона володіє нормативністю, відповідно до якої її норми мають імперативний характер і накладають обов'язки на органи публічної влади<sup>9</sup>. Цілісне тлумачення цих конституційних положень заперечує концепцію конституції як політико-правового документа, який є переважно декларативним правовим актом, чинність якого залежить від прийнятих законів і підзаконних актів.

За змістовим критерієм принцип верховенства права виражає вимоги якості до законодавства, адміністративної і судової практики. Зокрема, рішеннями №№ 17-рп/2010 і 10-рп/2011 КСУ визнав одним із елементів верховенства права принцип правової визначеності, згідно з яким обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями<sup>10</sup>. До речі, опосередковано у цих рішеннях КСУ

<sup>8</sup> Це також підтверджується системним аналізом наступних положень Конституції України, які є взаємопов'язані і їх необхідно тлумачити гармонійно, як цілісну систему: 1) Конституція має найвищу юридичну силу, тому закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі і повинні відповідати їй (частина друга статті 8); 2) права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними; конституційні права і свободи людини не є вичерпними (речення друге статті 21 і частина перша статті 22); 3) при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження обсягу і змісту існуючих прав і свобод у поєднанні із правом кожного на вільний розвиток своєї особистості (частина третя статті 22 і стаття 23); 4) Конституційний Суд України може визнавати закони та інші правові акти неконституційними повністю (їх частину), якщо вони не відповідають Конституції або якщо була порушена конституційна процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності (стаття 152).

<sup>9</sup> Нормативність Конституції України визначено такими її положеннями: 1) її норми є нормами прямої дії; на підставі її положень гарантується звернення до суду за захистом конституційних прав і свобод (частина третя статті 8); 2) кожному гарантується право на судовий захист, який полягає у гарантіях права на оскарження правових актів (рішень, дій і бездіяльності) органів публічної влади; кожен має право будь-якими незабороненими засобами захищати свої права і законні інтереси від порушень і протиправних посягань (частини перша, друга, п'ята статті 55); 3) кожен має право на відшкодування заподіяної шкоди правовими актами органів публічної влади; 4) як єдиний орган конституційної юрисдикції Конституційний Суд України вирішує питання конституційності правових актів і дає тлумачення Конституції і законів України (стаття 147).

<sup>10</sup> Пізніше КСУ у рішенні № 10-рп/2011 від 11.10.2011 р. констатував, що законодавство про адміністративну відповідальність не відповідає вимогам правової визначеності і заборони адміністративного свавілля, оскільки встановлює можливість адміністративного затримання на більшій строки, ніж це передбачає стаття 29 Конституції (до 72 годин). На думку Суду, законодавець залишив поза сферою свого регулювання питання щодо строків складання протоколу про адміністративне правопорушення та його надіслання до органу чи

по-новому дав трактування своєї юрисдикції щодо вирішення питання стосовно конституційності прогалин і колізій у законодавстві, рекомендувавши Верховній Раді внести відповідні зміни у поточне законодавство.

Сама Конституція говорить про принцип юридичної визначеності опосередковано у статті 57, згідно з якою кожному гарантується знати свої права і обов'язки незалежно від того, чи це нормативно-правовий акт, чи акт індивідуальної дії. Частини друга-третья зазначеної статті встановлюють порядок набрання чинності нормативно-правовими актами, що обов'язково пов'язано із їх оприлюдненням. При цьому Конституція зобов'язує парламент прийняти спеціальний закон, який би визначав порядок оприлюднення нормативно-правових актів, однак такий і до сьогодні не ухвалений, що є порушенням вимог Основного Закону.

Отже, відсутність законодавчого регулювання, прогалини і колізії поточного законодавства порушують вимоги частини першої статті 8 і статті 57 Конституції, які у цьому контексті необхідно тлумачити у своєму взаємозв'язку, оскільки за таких умов будь-яка особа не може знати достеменно про зміст і обсяг власних прав і обов'язків, а це порушує засади правової визначеності. У свою чергу парламент у таких ситуаціях зволікає із реалізацією своєї законодавчої функції, чим порушує права людини і основоположні свободи.

Згідно з Підсумковою доповіддю 14-ої Конференції європейських конституційних судів, прогалини, колізії і недоліки поточного законодавства є порушенням засад верховенства права, зокрема, прав людини і основоположних свобод, і розглядається загалом як аномалія у праві [14]. З точки зору верховенства конституції, прогалин у праві не існує, оскільки конституція визнає, що каталог прав людини і основоположних свобод є невичерпним, вони мають тлумачитися конституційними судами або аналогічними установами відповідно до соціальної динаміки на засадах рівності, справедливості та збалансованого розподілу обов'язків<sup>11</sup> між приватними особами та публічною владою. У такій ситу-

---

посадової особи, уповноважених розглянути справу про таке правопорушення і винести відповідну постанову, залишивши цим самим за органами (посадовими особами), уповноваженими реагувати на адміністративні правопорушення, право на власний розсуд визначати такі строки, чим створено підґрунтя для можливих зловживань з боку останніх.

<sup>11</sup> Мається на увазі, що суб'єктивне публічне право ґрунтується на свободі волі та рівних можливостях, що зумовлює поступати індивіду таким чином, щоб не порушувати права і свободи інших; тобто права завжди кореспондуються із обов'язками. У свою чергу органи публічної влади несуть щодо приватних осіб негативні обов'язки, які полягають в утриманні від втручання у здійснення переважно особистих і політичних прав і свобод, а також у здійсненні певних позитивних обов'язків, переважно у сфері соціальних прав, реалізація яких залежить, як правило, від соціальної інфраструктури, економічних спроможностей держави та структури соціальної допомоги, яка підтримується державою на засадах поваги гідності особи та рівності і справедливості. У цьому відношенні є ключовою доктрина «втручання» публічної влади у сферу приватної автономії індивіда (свобода волі у поєднанні із гідністю особи).

ації і виникає дилема парламентаризму і судового конституційного контролю<sup>12</sup>, оскільки з точки зору демократичної легітимності саме на парламенті лежить обов'язок належного законодавчого регулювання. Водночас акти парламенту є об'єктом судового конституційного контролю, а тому вони мають відповідати вимогам Конституції України та конституційної юриспруденції, яка виражає конкретизацію і розвиток конституційних положень у правових актах КСУ.

#### **1.5.4. Тлумачення Конституції України у світлі верховенства права.**

З огляду на вертикальну природу та пряму дію прав людини<sup>13</sup>, КСУ може диференціювати свої підходи щодо вирішення питань, пов'язаних із прогалинами, колізіями чи іншими недоліками поточного законодавства. Така диференціація при застосуванні усього арсеналу техніки<sup>14</sup> і методики<sup>15</sup> тлумачення правових норм може полягати в наступному:

1) якщо КСУ встановить вади законодавства у сфері особистих і політичних прав, то він може констатувати факт законодавчого упущення (недогляду) і, застосовуючи динамічне або конституційно-конформне тлумачення положень міжнародних договорів і законів, конкретизувати зміст конституційних положень у контексті захисту гідності людини (стаття 3), рівності і справедливості (стаття 24). При цьому КСУ складно буде звинуватити у надмірному судовому активізмі, оскільки ці права є негативними за своєю природою і саме Конституція визначає межі їх здійснення;

2) якщо вади законодавства будуть встановлені у сфері соціальних і культурних прав, які за своєю природою є позитивними, то Конституційний Суд,

---

<sup>12</sup> З метою недопущення обструкції та вчинення будь-якого тиску (навіть під приводом формально законних процедур) на діяльність КСУ необхідно запозичити досвід деяких європейських країн (Литви, Словаччини, Чехії), у яких у складі конституційних судів створюються дисциплінарні палати (сенати) для розслідування обставин порушення конституційними суддями присяги, правил несумісності або ділової етики. Суддя, щодо якого проводиться розслідування, відсторонюється від виконання своїх службових обов'язків до закінчення розслідування. Питання про відсторонення судді вирішується на засіданні конституційного суду, який розглядає висновок дисциплінарної палати (сенату) і у разі встановлення обставин порушення суддею конституції, Конституційний Суд вносить подання щодо зміщення з посади судді до органу влади, що його призначив. У Польщі діє спеціальний орган – Державний трибунал, предметом відання якого є відповідальність вищих посадових осіб, зокрема і суддів.

<sup>13</sup> Природа прав людини є дуалістичною, оскільки поєднує у собі ідеальне та реальне у праві [15; 16, с. 172-189] та в силу розуміння категорії «втручання», яка зумовлює позитивні і негативні обов'язки держави щодо приватних осіб.

<sup>14</sup> Мається на увазі арсенал засобів тлумачення, які включають граматичний, системний, історичний, порівняльний, телеологічний, функціональний способи тлумачення.

<sup>15</sup> Тут мається на увазі про традиційно-консервативний метод (як правило, заснований на застосуванні граматичного та історичного способів тлумачення, а інколи – системного), динамічний, а також конституційно-конформне тлумачення міжнародних договорів, законів і підзаконних актів.

встановивши такі обставини, може вказати законодавцеві забезпечити належне законодавче регулювання на засадах пропорційності. Можливий також варіант ухвалення рішення, в якому може бути конкретизовано конституційне положення, набрання чинності якого можна пов'язати із вчиненням певних дій парламентом.

Природа тлумачення конституційних положень полягає у з'ясуванні юридичного і фактичного складу [17] при розгляді справ у ході конституційного провадження. Визначення юридичного складу виражає семіотику конституційного тексту, відповідно до якого конституція тлумачиться як набір певних знаків і символів із притаманними їм внутрішніми і логічними взаємозв'язками, які передають певні поняття, категорії, юридичні конструкції тощо. З'ясування фактичного складу здійснюється через конституційну герменевтику, яка бере до уваги не лише конституційний текст із його формальним понятійно-категоріальним апаратом, а також їхнє пристосування до конкретних історичних обставин, для чого є притаманною диференціація застосування певних понять і категорій відповідно до соціального контексту. Синтез юридичного і фактичного складу дає змогу конституційній юстиції мінімізувати ризики, пов'язані, насамперед, із динамічним тлумаченням конституції і конституційно-конформним тлумаченням міжнародних договорів і законів, може служити достатньою легітимною підставою для судового активізму, особливо у контексті теорії компенсації повноважень.

**Висновки.** Охарактеризовані вище властивості конституції визначають особливий характер і специфічне її положення серед джерел права, зокрема у системі нормативно-правових актів. Термін «відповідність нормативно-правового акта конституції» означає, що такий акт повинен прийматися на основі та у порядку, визначеному конституцією, прийнятий на реалізацію та конкретизацію її положень, узгоджуватися з її змістом та конституційними цінностями. Тим самим забезпечується єдність правотворчої політики у державі. Тому інтерпретація норм конституції дозволяє органу конституційної юстиції узгодити зміст нормативних актів відповідно до конституції шляхом вирішення питання про нечинність окремих положень такого правового акту.

### Список використаних джерел

1. Монтескьє Ш.-Л. *О духе законов*. Москва: Мысль, 1999. 672 с.
2. Дюги Л. *Конституционное право: общая теория государства*. Москва: СПАРК, 2006. 1000 с.
3. Дністрянський С.С. Теорія конституції. *Антологія української юридичної думки*. В 6 т. Шемшученко Ю.С. (голова редкол.). Том 4: Конституційне (державне) право. Погорілко В.Ф. (відп. ред.). Київ: Видавничий Дім Юридична книга, 2003. С. 549–556.
4. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4. С.171–181.

5. Тропер М. Реалистическая теория толкования. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 1. С. 136–143.
6. Жакке Ж.-П. *Конституционное право и политические институты*. Москва, 2002.
7. Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. *Теория современной конституции*. Москва: НОРМА, 2005.
8. Чебаненко О., Шрамович В., Ковриженко Д., Колодяжна Н. К. *Консолідована демократія: Перспективи для України*. Київ: Фонд Конрада Аденауера, серія «Політична освіта», 2007.
9. Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва, 2001.
10. Патнам Роберт Д. та ін. *Творення демократії. Традиції громадської активності в сучасній Італії*. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 20 с.
11. Циппеліус Р. *Філософія права*. Київ: Тандем, 2000.
12. Venice Commission. *Report of the Rule of Law: European Commission for Democracy through Law*. CDL-AD(2011)003rev. Strasbourg, 4 April 2011.
13. Таманага Б. *Верховенство права: Історія. Політика. Теорія*. Київ: Київ.-Могилян. академія, 2007. С. 107, 126–127.
14. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов // Конституционное правосудие. *Вестник органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2(40) – 3 (41), 2008. С. 70–245.
15. Алекси Р. Дуальная природа права. *Право Украины*. 2011. № 11. С. 45–58.
16. Алекси Р. Институціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі. Ш. Госепат, Ш та Ломанн Г. *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. С. 172–189.
17. Циппеліус Р. *Юридична методологія*. Київ: Реферат, 2004. 176 с.



## Розділ 2.

- 2.1. *Вихідні засади конституціоналізму в Україні*
- 2.2. *Українська конституційна традиція та революція*
- 2.3. *Континуїтет і конституційна традиція*
- 2.4. *Європейські рамки конституційної реформи в Україні*

### 2.1. Вихідні засади конституціоналізму в Україні

**Вступ.** Конституціоналізм є не лише явищем, характерним суто для західної традиції права. Адже формування правопорядку, для якого характерними є гарантії прав і свобод людини та організація влади на засадах забезпечення балансу повноважень, властиве і для вітчизняної традиції права. Власне такі елементи зближують конституційну систему України із ліберально-демократичним конституціоналізмом країн Заходу.

В умовах кризи політичних інституцій та глобальної економічної кризи здається, що трансформація конституційної системи в Україні набуває все більш невідомого характеру. Якщо розглядати цю проблему, поєднуючи системний, синергетичний та цивілізаційний підходи, необхідно говорити про певний стан конституційної традиції в Україні, її трансформацію в умовах кардинальних змін економічного порядку, трансформацію права, процесів глобалізації та інтеграції на світовому рівні. За таких умов слід також зважати на дилему континуїтету і дисконтинуїтету, оскільки ці поняття виражають наступність-перервність конституційного ладу, в основі якого лежить певна конституційна традиція.

Таким чином, ця дилема потребує відповідей на такі запитання: які правові традиції закладені в основу українського конституціоналізму? Чи це російська традиція права, чи то радянська «правова спадщина», чи належність до європейської традиції права, чи, врешті, це власні здобутки і надбання, які ідентифікують з Україною на багатоманітній карті світового конституціоналізму? Відповідаючи на ці запитання, можна визначити напрями інтеграції України у світовий правовий простір через забезпечення прав людини, народного суверенітету, відстоювання державою своєї незалежності на світовій арені.

### **2.1.1. Витоки українського конституціоналізму у світовому контексті.**

Витоки конституціоналізму конкретної спільноти, яка утворює державу, зумовлені різними умовами перебігу суспільних процесів. Згідно з природно-правовим підходом, який обґрунтовано у поглядах Шарля-Луї Монтеск'є, на особливості конституціоналізму конкретної спільноти, організованої у державу, впливають природа, клімат, особливості флори і фауни, оскільки вони визначають ментальність цієї спільноти, народу [1]. З точки зору етногенезу, природничо-кліматичні фактори та критична маса осіб із видатними здібностями (пасіонаріїв) на переломному етапі розвитку соціальних спільнот відіграють важливу роль у формуванні певної традиційної структури суспільства, а отже в становленні суспільного порядку [2]. Згідно із концепцією етногенезу, правова традиція є відображенням завершальних стадій розвитку цивілізації, що виражає необхідність захисту історичного та природного простору, коли суспільство вичерпує свій потенціал пасіонарності.

Однак такі трактування правової традиції є спрощенням розуміння проблеми. З такої точки зору важко пояснити тяглість традиції лібералізму, притаманної правовим системам європейських країн, оскільки вона виникла ще у період Античності. Зрозуміло, що існували періоди послаблення ліберальної традиції; однак вона зберігається і має сталий характер, зазнаючи своєї трансформації відповідно до політичних, економічних, соціальних, культурно-духовних змін. Зокрема, ідеї лібералізму сьогодні розвинуті через християнську концепцію свободи волі, а також зазнають подальшої трансформації завдяки доктрині субсидіарності, сформованої католицькою етикою. За таких умов сутність правової та конституційної традиції, зокрема, відображає наявність тягlosti уявлень про систему правил спільноти, яка формується у контексті певного природного середовища її існування. Правила, сформовані у римському праві у вигляді *responsa prudentium* та преторських еділів, знайшли своє подальше відображення і в період Середньовіччя, що проявилось у діяльності глосаріїв і постглосаріїв, що мало наслідком його рецепцію. Ліберальний дух римського права також мав значний вплив на кодифікацію права, що сьогодні взагалі має глобальний характер, оскільки до цього процесу долучилися країни із відмінними правовими традиціями.

У сфері публічного права римське право дало сприятливий ґрунт для формування певної системи прийняття рішень правителями, які в ході їх ухвалення завжди залучали як радників авторитетних юристів. По суті правителі середньовічної Європи завжди визнавали себе зв'язаними рішеннями, які були прийняті їх попередниками, і це *ipso facto* (у силу факту) та *prima facie* (на перший погляд, достатній доказ, якщо він не спростовується) розглядалось як базові основи публічного порядку. Саме така правова традиція з прийняття управлінських рішень була покладена в основу *Magna Carta libertatum* 1215 р. (Велика Хартія Вольностей) англійського короля Генріха II, Золотої булли 1222 р. угорського короля Андраша II Арбата та Золотої булли 1356 р. імператора Священної римської

імперії германської нації Карла IV Люксембурзького тощо. За такими королівськими грамотами визнавалися механізм обмеження влади монарха, принцип дорадчості при прийнятті управлінських рішень, що виражало формування справедливих засад процедурної демократії та гарантії чесного і справедливого юридичного процесу.

Для України така традиція мала свою тяглість шляхом рецепції окремих елементів римського права через візантійську традицію права, насамперед у догворній практиці київських князів із Візантією. Водночас київські князі спиралися на власну правову традицію, оскільки джерелом легітимності своїх дій вони вбачали «закон руський» та звичаєве право. При цьому через слабкість систематизації звичаєвого права на практиці досить складно було провести межу між законом і звичаєм. Власне «закон руський», руське звичаєве право і традиція народоправства (демократії) у поєднанні із візантійською традицією права склали основу для зародження конституційної традиції України.

Правову традицію також обґрунтовують із цивілізаційної точки зору. Зокрема слід звернути увагу на характеристику західної та російської традиції права. Це має значення для з'ясування особливостей конституційної традиції України, оскільки вона зазнала впливів обох цих правових традицій. Цивілізаційний підхід загалом базується на характеристиці соціальних цінностей як базових елементів становлення та еволюції правової традиції.

Британський вчений Гарольд Берман відзначає, що західна традиція права зазнає кризи, яка, насамперед, пов'язана із інфляцією законодавства, посиленням втручання держави у приватне життя, що має наслідком партикуляризацію права як певної системи, яка повинна складати єдиний організм, цілісний «корпус» правил [3, с.19-58]. На його думку, західна традиція права сьогодні поки що зберігає певні атрибути, які виражаються у функціонуванні відокремлених правових інститутів та установ, автономності юридичної професії, відділенні права від політики, комплексній еволюції права з урахуванням надбання судової практики (юриспруденції у вузькому значенні слова), доктрини, аналітичних досліджень правових явищ і процесів з боку експертного середовища.

### **2.1.2. Чинники розвитку конституційної традиції в Україні.**

Інфляція законодавства підриває єдність правової системи, що пов'язано насамперед із соціальним дирижизмом урядів. Однак такий стан речей компенсується діяльністю конституційних судів, які часто обмежують довільні дії законодавця та уряду, які очевидно не відповідають фундаментальним засадам цієї правової традиції. У європейській традиції права зростає роль Суду ЄС (інститут Європейського Союзу) та Європейського суду з прав людини (інститут Ради Європи), які сприяють забезпеченню єдності правової системи на основі доктрин легітимності державного втручання у приватне життя, сутнісного змісту прав людини й основоположних свобод, гарантій права особи на справедливий і чесний суд, що вносять значну кореляцію у діяльність національних парламентів та урядів. Це сприяє зростанню ролі доктринальних досліджень у сфері конститу-

ційної компаративістики, які слугують одним із важливих джерел національних законодавчих реформ та соціальної політики урядів. Прикладом цього є діяльність Венеційської комісії Ради Європи та мережа дорадчих структур при інститутах ЄС. Це дає змогу відновити послаблений авторитет права, зумовлений двома хвилями кризових явищ в економічній сфері. При цьому маються на увазі рух 1968 р. до посилення лібералізму у політичній сфері і пов'язана з ним, як це не парадоксально, криза лібералізму в ході економічної кризи 1972–1974 років, а також економічна криза 1997–98 років та її друга фаза, яка розпочалася 2008 р. і триває понині. Ці кризи мають комплексний характер, зумовлені також кризою системи цінностей західної цивілізації та трактуванням явищ глобалізації лише в західноцентричному сенсі [4]. На цій основі поступово формується єдине правове поле ЄС для поглиблення верховенства права.

На характер конституційної системи та конституціоналізму України впливає те, що її територія протягом тривалого часу (понад 350 років) входила до складу Російської імперії (спочатку Московського царства), а потім СРСР. Це зумовило своєрідність українського права та вплинуло на його еволюцію. Зокрема, узбецький компаративіст А. Саїдов виділяє такі основні риси російського права: 1) нерозвиненість правових традицій у російського населення, що часто переходить у правовий нігілізм, у заперечення самої необхідності та цінності права; 2) ідеологізація правових норм, підпорядкування права ідеології. У СРСР система джерел була власне доктринальною, оскільки фактично основним джерелом права було марксистсько-ленінське вчення (точніше, вульгаризований марксизм у працях Леніна і Сталіна). Сьогодні основою правової політики в Росії виступає ідеологія «суверенної демократії»; 3) колективізм суспільних форм життя, соборність, перевага ролі громади у житті людей, слабкі прояви індивідуалізму, ідея суб'єктивних прав знаходиться у зародковому стані і є поширеною переважно у середовищі інтелігенції, соціальної еліти [5, с.313–314]. Для російського права характерний авторитаризм, який проявляється у переважанні комунітаризму, переплетінні права із релігійно-етичною думкою, тягіння до монархізму.

Україна як держава фронтиру перебуває на межі цих двох правових традицій. Криза суспільних цінностей, що нині спостерігається як у західному, так і в російському праві, зумовлює проблеми легітимності правових інститутів та установ, довіри між державою та населенням, стану терпимості (толерантності) у суспільстві, зважаючи на еволюцію системи соціальних цінностей. Ці проблеми також зумовлені й тим, що в умовах економічної рецесії 2008–2010 рр.) вже можна ставити питання про формування системи єдиних соціальних цінностей в рамках людської цивілізації і відповідного наповнення ними положень як конституційного, так і міжнародного права.

В якості основи конституційної традиції України можна виділити принаймні чотири джерела. По-перше, важливим є уявлення про природу суспільного порядку, що виражається в засадах демократії і республіканізму. Саме ця традиція відобразилася у подіях, які отримали назву Помаранчевої революції 2004 року та Революції гідності 2013–2014 років. Адже недостатньо трактувати, що

будь-яка влада походить від волі народу, наскільки критично важливими є інститути підзвітності і підконтрольності публічної влади. По-друге, це концепція забезпечення індивідуальної свободи, яка є основою положень Руської Правди, Литовських статутів і Прав, за якими судиться малоросійський народ. По-третє, погляди на природу публічної влади, які лягли в основу козацького звичаєвого права та Пактів вільностей та конституцій Війська Запорозького, ідей самоврядування, які пізніше були трансформовані у вигляді рецепції магдебурзького права. Ці погляди відображали відому інтелектуальну спадщину XVII ст. європейської традиції права (Гуго Гроцій, Джон Лок, Самуель фон Пуфендорф) та поглядів вітчизняних мислителів (Петра Могили, Станіслава Роксолана-Оріховського). Загалом такі погляди полягають у забезпеченні деконцентрації влади «по-горизонталі» у вигляді поділу влади та децентралізації влади «по-вертикалі», що зумовлює послідовне впровадження принципу субсидіарності. По-четверте, вітчизняна інтелектуальна традиція, що мала кілька хвиль свого піднесення, серед яких слід виділити рубіж XVII–XVIII століть епохи українського бароко (вершиною якого є так звана Конституція Пилипа Орлика та Права, за якими судиться малоросійський народ), інтелектуальна традиція, пов'язана із діяльністю декабристів у першій половині XIX ст. та Кирило-Мефодіївського товариства, інтелектуальна думка на зламі XIX–XX століть до національно-визвольних змагань періодів 1917–1922 рр. (громадянської війни), 1938–1939 рр. (Карпатської України) та 1941–1953 рр. (опору УПА режимам нацизму і сталінщини).

Радянський період радше слід розглядати як відхід від української конституційної традиції, оскільки радянська концепція права була етатистською за своєю природою і суперечила ідеї обмеження владної сваволі та реального забезпечення гарантій прав людини й основоположних свобод, тягlostі української конституційної традиції.

### ***2.1.3. Конституційна традиція у структурі конституціоналізму.***

Конституційна традиція передбачає тягlostі конституційних явищ і процесів, що тісно пов'язано із континуїтетом і дисконтинуїтетом. Формування та еволюція конституційного права зумовлені відтворенням конституційних явищ і процесів у практичній діяльності людей, у певних стереотипах поведінки, зумовлених рівнем моралі, освіченості та додержанням елементарних правил взаємного визнання прав та законних інтересів у суспільстві. Для узгодження таких інтересів існують різноманітні механізми пошуку суспільного консенсусу. Сучасна криза демократичних інститутів та демократичної легітимності набуває постмодерного характеру [6, с.79-92], оскільки все більше акцентується увага на забезпеченні прав і свобод індивіда. Через обмеженість ресурсів і в зв'язку із екологічними проблемами, задоволення зростаючих потреб, які визначають мотивацію, інтереси та права конкретного індивіда, потребує формування певної когерентної моделі узгодження інтересів у суспільстві загалом.

Проблема легітимності завжди була і є актуальною для українського суспільства, яке зробило кілька спроб організуватися в державу. Українські тра-

диції легітимності мають свою тяглість з практики народоправства періоду Русі, козацького звичаєвого права, традиційного тяжіння народу до відстоювання своїх прав і вільностей. Найбільш оптимальним для забезпечення легітимності владних інститутів в Україні є функціонування дорадчих механізмів прийняття рішень, які базуються на детальному обговоренні передбачуваних наслідків із залученням представників народу. У сучасних умовах така традиція полягає у залученні незалежних фахівців, які представляють профільні наукові, аналітичні центри, громадські організації тощо. Формування й еволюція мережі інститутів, правил і процедур (соціальних паттернів) для прийняття рішень у сфері публічної політики є важливою складовою легітимності владних інститутів відповідно до принципу верховенства права.

Русь за формою була імперією і на початкових етапах свого розвитку розвивалася подібно до Франкської імперії, однак надалі в Русі не склалася традиція ленного права, в основі якого лежав договір про взаємні права і обов'язки між сюзереном та васалом, що імпліцитно обмежувало *imperium* (абсолютну владу) будь-якого феодала. Головними причинами занепаду системи правління у Русі було запозичення київськими князями непрозорих методів правління, притаманних Візантійській імперії (для якої поряд із ними були характерні часті державні заколоти із кривавими розправами наступників із своїми попередниками та конкурентами щодо імператорського престолу), а також монголо-татарська навала, яка перервала формування традиції узгодження владних рішень у вигляді міжкнязівських з'їздів, які можна розглядати як своєрідну проформу зібрань князів, які існували у Священній римській імперії германської нації – сеймів, що пізніше трансформувалися у станово-представницький парламент – рейхстаг із трьома колегіями – радою курфюрстів, радою імперських князів, радою міст.

#### **2.1.4. Основні сучасні риси конституціоналізму в Україні.**

З урахуванням цивілізаційного підходу та стану демократичної легітимації можна розкрити особливості сучасного стану конституційної системи в Україні, що впливає на подальший розвиток конституційної традиції. Ще й нині спостерігаються впливи стереотипів, які характерні для радянського соціалістичного права, на розвиток правової системи України. Тому українську конституційну традицію доцільно розглядати крізь призму негативного впливу «соціалістичної спадщини», яка проявляється як:

1. Переважання публічних елементів у системі права. Публічність права полягає у звуженні свободи економічної діяльності та у відсутності, на жаль, чітких гарантій недоторканності права приватної власності. Держава тяжіє до надання населенню різного роду пільг і преференцій, що зумовлює надмірні соціальні її зобов'язання, які стають декларативними і не забезпечують ефективно ні інституційно, ні процедурно. Система відносин між адміністративними органами та громадянами ще є надто далекою від європейських стандартів довіри та готовності посадових осіб служити суспільним інтересам. Прикладом цього є

неоднократне перенесення скасування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського, що є запереченням сутності змісту права власності на важливому сегменті ринку.

2. Вплив ідеологій державності та православ'я як факторів консолідації української нації із здобуттям Україною незалежності. Конституція України відображає авторитарну традицію поряд із закріпленням принципів правової держави, поділу влади, демократії та верховенства права. На офіційному рівні спостерігалися неодноразові спроби «сприяння» консолідації розрізнених напрямів православної церкви, а на певному етапі – підтримки утворення власної автокефальної церкви (створення патріархату). Невирішеність цього питання підриває засади політичної інтеграції як засади конституційного порядку в Україні.

3. Догматичне праворозуміння, що в офіційній доктрині означає: обмежувальне тлумачення системи джерел права, власне, як сукупності нормативно-правових актів. Так, юридичний позитивізм унеможлиблює здійснення ефективного судового контролю щодо правомірності дій та актів органів публічної влади, оскільки в умовах демократії головним критерієм їх конституційності та законності є забезпечення прав людини і основоположних свобод. Сьогодні поки що спостерігаються окремі спроби визнання усталеної судової практики як джерела права.

4. Орієнтація юридичної громадськості на державну політику; основні напрями доктринальних досліджень зумовлені міркуваннями політичної доцільності, державної політики. У сфері вищої освіти та науки так і не створено дієвих гарантій автономії університетів. Для науки конституційного права України, як і для інших країн Східної Європи, на думку польського конституціоналіста Віктора Соколевича, характерним є незначний вплив на світові тенденції конституціоналізму, на його інтелектуальну спадщину [7, с.365].

5. Високий рівень централізації виконавчої влади, значна концентрація влади та фінансових ресурсів у центрі на шкоду збалансованого розвитку регіонів; низькі темпи реформування якості суддівського корпусу, неналежний рівень гарантій незалежності судової влади, розгалужений поліцейський апарат (наприклад, податкова служба, по суті, є подібно до прокуратури автономним спеціалізованим органом влади).

Сьогодні в конституційній доктрині в Україні спостерігається дискурс між концепціями суверенітету парламенту як уособлення демократичного конституційного порядку [8] та конституційної держави, обмеженої правом, діяльністю конституційної юстиції [9]. Таку ситуацію можна охарактеризувати як постмодерний конституційний дискурс. По-перше, він зокрема проявляється у дилемі ліберально-демократичної концепції забезпечення прав людини й основоположних свобод та ідеї державного патерналізму в цій царині. По-друге, ідея конституційної держави дістає спротив, оскільки, на переконання представників пострадянської конституційної доктрини, судові установи не володіють правотворчими повноваженнями, функції конституційної й адміністративної

юстиції трактується звужено [10, с.19-27]. Звідси проблема у забезпеченні відкритості та доступу населення до управлінських послуг, належного (доброго) урядування (*good administration*), справедливого й неупередженого правосуддя. По-третє, в умовах процесів глобалізації виникла реальна дилема між забезпеченням державного суверенітету та можливістю делегування окремих суверенних повноважень України наднаціональним інститутам (*supranational power*) ЄС [11], що є істотним фактором формування реальної незалежності молодій українській державності.

Україна нині перебуває на перехідному етапі розвитку конституціоналізму; цей етап характеризує істотні проблеми в становленні системи гарантій прав людини й основоположних свобод. Зокрема, забезпечення права на справедливий і неупереджений судовий розгляд, виконання судових рішень є істотною проблемою забезпечення прав людини в Україні. Дискурс щодо співвідношення негативних і позитивних прав часто підміняється відверто популістськими заходами з боку уряду. Донині залишається не вирішеною проблема забезпечення адресної соціальної допомоги, слабкою та малоефективною є система соціального, в тому числі медичного, страхування, діяльності установ соціального захисту.

У конституційній доктрині України домінує підхід щодо пріоритетного положення парламенту на протиположності діяльності конституційної юстиції із забезпечення верховенства конституції. Однак також можна виділити погляди щодо необхідності сильної позиції конституційної юстиції як основи конституційного порядку [12; 13].

Інститут місцевого самоврядування в Україні так і не втілено у повному обсязі, оскільки його законодавче регулювання не відповідає у багатьох аспектах Європейській Хартії про місцеве самоврядування. Зокрема, в Україні так і не забезпечено самодостатності громад, не визначено оптимального механізму вирівнювання регіонів та пов'язаної з ними реформи податкового законодавства.

Аналіз конституційної традиції є більш обґрунтованим на підставі синтетичного підходу, заснованого на поєднанні системного, синергетичного, комунікативного та бігевристського підходів у дослідженні суспільних явищ і процесів, які ідентифікують вітчизняний конституціоналізм.

**Висновки.** Таким чином, існує тяглість конституційної традиції України, яка виражається загалом у європоцентричному баченні ролі права і держави у суспільному житті, про що також висловилося раніше низка вітчизняних вчених-конституціоналістів [14]. Західна традиція права ґрунтується на підпорядкуванні політики праву, що накладає відповідні обов'язки на органи публічної влади. Принцип верховенства права визначає в якості критеріїв ефективності владних рішень, насамперед, забезпечення прав людини й основоположних свобод; відповідно до адміністрації пред'являються вимоги надання належної якості управлінських рішень та у сфері правосуддя – забезпечення доступу до справедливого і неупередженого суду [15]. Однак конституційна традиція України тривалий час була дискретною, що пов'язано із драматичними перипетіями формування власної державності.



Конституційну традицію становлять соціальні цінності, щодо яких в суспільстві склався консенсус і щодо яких еліта суспільства впроваджує певні політичні заходи, спрямовані на забезпечення її безперервності. Водночас конституційна традиція України тісно пов'язана із проблемою континуїтету і дисконтинуїтету, на яку впливає тривалий суспільний дискурс між авторитаризмом і демократією. Під цим мається на увазі не лише дискусія ідеологічного чи доктринального характеру, а й певна послідовність дій, спрямована на впровадження таких ідей в життя, використовуючи їх як певний інструмент у політичному процесі, юриспруденції тощо.

### Список використаних джерел

1. Монтескьє Ш.–Л. *О духе законов*. Москва: Мысль, 1999. 672 с.
2. Гумилев Л. *Этногенез и биосфера Земли*. Москва, 1979. 638 с.
3. Берман Г. Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*. 2-е изд. Москва: Изд-во МГУ; ИНФРА-М-НОРМА, 1998. 624 с.
4. Стігліц Дж. *Глобалізація та її тягар*. Київ: Видавничий дім «КМ Академія», 2003. 252 с.
5. Саидов А. Х. *Сравнительное правоведение*. Москва : СПАРК, 2002. 441 с.
6. Розанвалон П. *Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність*. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. 286 с.
7. *Ten Years of Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*. Lublin, 2001. 447 p.
8. Шемшученко Ю.С. (ред.) *Український парламентаризм: минуле і сучасне*. Київ, 1999. 367 с.
9. Стецюк П. Б. *Основи теорії конституції та конституціоналізму*. Львів : Астролябія, 2003. Ч.1 . 231 с.
10. Авер'янов В.Б. (ред.) *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту*. Київ: Наукова думка, 2007. 587 с.
11. Луць Л. А. *Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України*. Київ: ІДП НАНУ, 2003. 304 с.
12. Скомороха В. Є. *Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики*. Київ: МП Леся, 2007. 715 с.
13. Шевчук С. *Основи конституційної юриспруденції*. К. : Український центр правничих студій, 2001. 294 с.
14. Козюбра М., Лисенко О. *Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф. Українське право*. 2003. Число 1. С. 7–16.
15. Савчин М.В. (ред.). *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід*. Ужгород : Мистецька лінія, 2008. 348 с.

## 2.2. Українська конституційна традиція та революція

**Вступ.** Революції із правовою традицією мало сумісні; навпаки – революції, як би це не парадоксально звучало, є предтечею формування нової правової традиції, яка є запереченням старого права, яке відмирає і непридатне для нових соціальних структур. Адже правова традиція ґрунтується на повазі до старого права, на відтворенні правил і процедур на основі старого права, які можуть пристосовуватися до мінливих обставин та змінюватися еволюційним шляхом [1, с. 35–47].

Тоді як оцінювати Революцію гідності у цій площині, якщо існує така несумісність?

Насамперед нам слід задатися питанням: на що саме була реакція суспільства у формі Революції гідності? А чи відтворювала і примножувала вона українську правову традицію правління Януковича, як вона вплинула на цю традицію? На яких цінностях взагалі була побудована влада Януковича і як це вкладається у прокрустове ложе традиційних уявлень про право, як воно склалося в українському суспільстві? Як це все виглядає з точки зору української конституційної міфології?

Для висновків стосовно того, що відбулася революція, мають бути глибокі, структурні зміни в суспільстві – політичні, економічні, соціальні, культурні. Той факт, що після відмови Януковича здійснювати повноваження президента не відбулося істотних зрушень у діяльності судів, а також законодавчої і виконавчої влади, соціальних структур, є свідченням інертності процесів у владі – що б ми про це не говорили.

Революція гідності була відповіддю на тотальне утвердження особистої диктатури Януковича, «зелене світло» якій відкрив Конституційний Суд своїми рішенням від 6 квітня 2010 року (рішення № 11-рп/2010) та 30 вересня 2010 року (рішення КСУ № 20-рп/2010). Я у той час, працюючи у Секретаріаті КСУ, ще на стадії вирішення питання про відкриття конституційного провадження написав висновок, згідно з яким доводилося, що Конституційний Суд не володіє юрисдикцією щодо вирішення питання конституційності закону № 2222 від 8 грудня 2004 р. Мої міркування щодо відсутності юрисдикції у Конституційного Суду у цій справі стосувалися трьох основних моментів: 1) закони, передбачені пунктом першим частини першої статті 85 Конституції, ухвалюються відповідно до вимог розділу XIII і ніяким чином не статтями 93 і 94 Конституції, які регулюють порядок ухвалення та промульгації звичайних законів; Конституційний Суд імплементований у механізм установчої влади, до якої, окрім нього, входять народ України, Верховна Рада, Президент, Центральна виборча комісія (оскільки покликана забезпечити національний референдум щодо внесення змін до Конституції) – звідси, Суд не може ставати над установчою владою; 2) Конституція є вираженням консенсусної демократії, що у діяльності КСУ виразилося в застосуванні положень Конституції у редакції від 8 грудня 2004 року протягом чотирьох років – якщо би були сумніви у КСУ щодо додержання конституційної проце-

дури ухвалення Закону № 2222, він мав би це питання вирішити невідкладно при розгляді будь-якої справи, керуючись правилом «зв'язаності ініціативи» на підставі ч. 3 ст. 61 власного статусного Закону № 422/96-ВР, – тому у такий спосіб КСУ порушив державний і правовий континуїтет, загрозу розриву якого лише зняла Революція гідності; така практика КСУ також не відповідає сталому розумінню у праві поняття строків давності; 3) конституційні суди не пишуть конституцій; вони можуть лише вирішувати конкретні конституційні спори, пов'язані зі змістом окремих конституційних положень, їх застосуванням іншими органами публічної влади чи інтерпретацією, стоячи на сторожі конституційних цінностей і принципів. Насамкінець, КСУ у своєму рішенні так і не навів переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки. Власне кажучи, у цих рішеннях КСУ конституційні цінності не були предметом його інтерпретації та захисту.

### **2.2.1. Загальна характеристика державності під час правління Януковича.**

Саме правління Януковича було антитезою українській правовій традиції, оскільки її основними джерелами були концентрація влади та зловживання нею. Державність Януковича стала наслідком перехідного характеру Третьої республіки 1991 – 2010 років<sup>16</sup>, яка мала виражений пострадянський характер і поєднувала далеко не найкращі риси радянської партноменклатури та легалізацію кримінальників при владі, що особливо проявлялося під час правління Леоніда Кучми. Президентство Леоніда Кравчука – ніби формального фундатора Третьої республіки – теж складно розглядати як успішне хоча би з огляду на безвільну відмову від ядерного статусу, взамін якого ми одержали невизначений за змістом Будапештський меморандум, без будь-яких фінансових зобов'язань країн-гарантів його додержання та просто скандальним розкраданням активів Чорноморського пароплавання, яке «успішно» закінчив Леонід Кучма. Президент Віктор Ющенко, будучи дитям своєї епохи, нічого реального не здійснив у плані поступу країни, розтративши свій кредит довіри, здобутий у результаті Помаранчевої революції 2004 року, – він створив чудовий трамплін приходу до влади Януковича, першим прозвістком якого був сумнозвісний Універсал національної єдності 2006 року.

---

<sup>16</sup> Я виділяю чотири етапи у розвитку Української держави у суто конституційній національній ідентичності: Перша республіка – Гетьманщина (1648–1775/83 роки); Друга республіка – Українська Народна Республіка-Директорія-Гетьманат (1917–1921); Третя республіка – Україна (1991–2010) як доволі певний гібридний державний механізм, що поєднував пострадянську традицію (не)права та постмодернізм у праві. Тобто державність 2010–2014 років розглядаємо як третій конституційний розрив, оскільки правій традиції України не властива концентрація влади у руках окремої особи, бо, до прикладу, гетьмани володіли диктаторськими повноваженнями лише в часи військових походів чи війни. Далі піде мова про сучасні фактори поновлення Української державності на основі вітчизняної традиції права та інноваційних засадах у праві, зокрема в конституційному праві.

Державність Януковича ґрунтувалася з урахуванням «досягнень» своїх попередників, по-перше, на шантажизмі, коли на ключові посади у державному апараті допускали людей переважно із свого оточення (непотизм) або людей, на яких володіли певним компроматом [2, с. 39–42]. По-друге, корпоративізм влади, який полягав у обмеженому допуску осіб до державного апарату і розставлення на всі ключові посади, від вищих органів держави до органів місцевого самоврядування, лоялістськи налаштованих людей без належного досвіду роботи та рівня компетентності. По-третє, влада розглядалася Януковичем і його оточенням як доступ до ресурсів або суперренти, які його оточення і сім'я намагалися вичавити із максимальною користю для себе (*jus patrimonium*).

Концентрація всієї повноти влади у руках Януковича, зокрема підконтрольність судів, призвела до масових зловживань нею, останньою краплею чого стало ігнорування думки більшості громадян і відкладення на невизначений час укладання із ЄС Угоди про асоціацію. На фоні згортання економічних свобод, прозвістком чого став Податковий майдан осені 2010 року, та практики порушення прав людини і повсталала Революція гідності. Загалом, обрання Януковича було парадоксальним для розвитку нації, що свідчило на той час про надзвичайно складні проблеми із ідентичністю України, просто макабричність соціальних структур, сенсами політичного процесу та правових правил і процедур. Відсутність незалежних судів, засади скасування чого було закладено з прийняттям одіозного закону про судоустрій і статус суддів від 7 липня 2010 року, разом із фактичною ліквідацією суддівського самоврядування перетворило суди в інструмент оформлення рейдерського захоплення майна оточенням і сім'єю Януковича.

З точки зору традиції права запанував найгірший варіант юридичного позитивізму, коли органи влади, спираючись на формальну законність, ухвалювали аморальні з порушенням елементарних вимог процедури рішення, якими порушувалися фундаментальні права людини. Все це стало основним фактором виникнення масових протестів, які підсилювалися процесами дисконтинуїтету, фактичного розриву з українською правовою традицією.

Доказами такого розриву стало повне ігнорування органами охорони правопорядку фактів викрадення та катування учасників Євромайдану. Розгін учасників масових протестів в ніч з 29 на 30 листопада, 11 грудня 2013 р., 18 січня та криваві події протягом 18–20 лютого 2014 р. довели повний колапс системи охорони правопорядку. Написання під копірку адміністративними судами від Львова, Івано-Франківська до Полтави і Сум про заборону свободи зібрань за цілком надуманими мотивами, а також ухвалення санкцій судами на арешт учасників акцій протесту за мотивами «організації масових безпорядків» засвідчили колапс правосуддя. Колапс спецслужб також цілком проявився, коли не було кому виконувати наказ для усунення наслідків незаконного захоплення будівлі Верховної Ради Автономної Республіки Крим в ніч з 26 на 27 лютого 2014 року. Складнощі із розгортанням Збройних сил України, яких привели до чуття лише незламний дух народу і рух волонтерів свідчать про свідому діяльність

поплічників Януковича щодо згортання української державності. Все це і викликало адекватну реакцію суспільства у формі усунення від влади відверто антиукраїнських сил.

Взагалі конституційне право складно уживається із революцією [4, с. 31]. Це на перший погляд. Але ще гірше пов'язані з ідеєю конституції концентрація влади та зловживання влади, що є антитезою конституції і правління, заснованого на повазі людської гідності.

Тому спротив мафіозній державі був природним. Неприродним було терпіти і далі масове беззаконня, яким супроводжувалося правління Януковича.

Власне кажучи, свою правову революцію Україна пережила в часи Гетьманщини 1648 – 1775/83 років, головними історичними пам'ятками якої є Пакти і Установлення прав і вольностей Війська Запорозького, себто так звана Конституція Пилипа Орлика 1710 року, та Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року. Поступовий перехід Гетьманщини під юрисдикцію Московської держави не дав змоги сформувати модерний бюрократичний апарат із його абстрактними і безособими формальними і безсторонніми правилами і процедурами та оформленням судів у сучасному розумінні. Формально ці документи не набрали чинності на території тодішньої Гетьманщини, однак за своїми наслідками їх можна прирівняти до Папської революції 1075–1122 років, прикметною боротьбою за інвеституру та відділенням церковної і світської юрисдикцій, знаменитої Славетної революції в Англії 1688 року, Великої французької буржуазної революції 1789 року.

Правова традиція, сформована у Гетьманщині, є оформленням модерної української державності, якій притаманна традиція конституціоналізму, тобто обмеження владного свавілля та забезпечення гарантій прав людини. Адже недостатньо демократичної традиції, яка має тяглість ще з часів Київської Русі, якій притаманно схвалення на віче обрання князя та механізми його підзвітності і відповідальності чи лише зародковий стан дорадчості у формі Любечського снему князів, який так і не трансформувався в інституцію на зразок Рейхстагу Священної римської імперії германської нації, який істотно обмежував prerogative імператора через різноманітні форми парламентського контролю та традицій германських племен обмеженого правління.

Головне у правовій традиції – це відтворення і примноження правил і процедур, спрямованих на захист прав людини, задля чого і має функціонувати ефективна державність. Модерна державність, заснована на національному суверенітеті як продукту Вестфальської системи 1648 року та ідеї захисту прав людини, сьогодні у суворому розумінні не може становити предмета революції у праві – тобто формування права якісно нового зразка.

Масові акції протесту, які отримали назву Євромайдану, лише завершують остаточне оформлення фундаментальної конституційної засади – республіканізму, бо, окрім формування інститутів влади безпосередньо народом, сьогодні на порядку денному гостро стоїть питання про підзвітність і підконтрольність влади народові. Причому структура Євромайдану була горизонтальною і це об'єктивно змушувало владу формувати відносини кооперації і співпраці, а

не ієрархії, оскільки за логікою горизонтальних зв'язків влада знаходиться на службі гетерархічного суспільства і покликана надавати йому певні послуги, необхідні для забезпечення його сталого розвитку.

Ситуація склалася така, що запозичена окремими фрагментами із Франції напівпрезидентська влада заклала у Конституцію України інституціональні пастки, які дозволяють трансформуватися владі у суперпрезидентську республіку, в якій глава держави концентрує всю повноту влади у своїх руках. При слабких політичних партіях саме Президент починає модерувати політичний процес у парламенті і в такий спосіб стає домінантою у законодавчій та виконавчій владах. Слабкі традиції незалежності судової влади, а тим більше Конституційного Суду, вносять ще більший дисбаланс у систему стримувань і противаг, піддаючи реальній загрози засади конституціоналізму.

Здається, що з подібною ситуацією у свій час стикалася Словаччина за часів уряду прем'єр-міністра Владіміра Мечьяра, який також намагався сконцентрувати у своїх руках владні повноваження, використовуючи ту обставину, що він реально контролював кваліфіковану більшість парламенту – Народної ради. На думку словацької конституціоналістки Д. Малової, за таких умов реальний баланс у системі влади можуть забезпечити (1) конституціоналізм, який втілюється у ефективному судовому конституційному контролі, та (2) система стримувань і противаг. На відміну від України, в якій в умовах суперпрезидентської республіки центр влади сконцентрований у зв'язці Президент – Адміністрація Президента – Кабінет Міністрів, у Словаччині із парламентським правлінням такою зв'язкою виступає прем'єр-міністр – парламент [4]. У системі стримувань і противаг важливими прерогативами прем'єр-міністра є конструктивний вотум, вотум довіри і ординарна процедура подолання президентського вето. Хоча Президент може головувати на засіданнях уряду, однак такі прерогативи незбалансовані із повноваженнями кабінету. При такій системі координат важливими є функції і реальна незалежність Конституційного Суду.

Перехід до авторитаризму в Україні можна охарактеризувати наступними віхами:

- ухвалення Конституційним Судом рішення № 11-рп/2010 про те, що уряд може утворюватися коаліцією із числа фракцій і позафракційних депутатів, усупереч раніше сформованій у рішенні № 18-рп/2008 позиції, що уряд може формувати виключно коаліція, без урахування позафракційних депутатів, що впливало із буквального тлумачення статті 83 Конституції України;
- ухвалення Конституційним Судом рішення № 20-рп/2010 про визнання прийняття конституційного закону № 2222 неконституційним у зв'язку із порушенням конституційної процедури його ухвалення, унаслідок чого було поновлено дію Конституції у редакції 1996 року;
- ухвалення адміністративними судами низки рішень про позбавлення депутатських мандатів на парламентських виборах 2012 р. після складання присяги народного депутата і вступу на посаду;

- ухвалення всупереч конституційних засад розподілу повноважень прем'єром Азаровим рішення про згорання процесу підготовки до саміту у Вільнюсі й підписання Договору про асоціацію між Україною і ЄС, а також бездіяльність Президента, незважаючи на пряме вторгнення прем'єра у прерогативи глави держави;
- нерозслідування фактів масових і брутальних порушень прав учасників масових протестів проти політики влади, спрямованої на згорання фундаментальних прав і свобод людини, і розгортання масових переслідувань проти їх учасників з боку органів держави;
- ухвалення 16 січня 2014 року так званих «диктаторських законів» усупереч елементарним вимогам належної законодавчої процедури та фундаментальним засадам правової визначеності;
- відсутність будь-яких позитивних дій влади, щоб йти на діалог із представниками Євромайдану, зокрема, грубе ігнорування неформальних правил організації та проведення «круглих столів».

У порівнянні із словацькою ситуацією посилення авторитаризму українська політична криза стала більш глибокою, оскільки для неї був притаманний маргіналізм парламентаризму і судового конституційного контролю. По суті, влада під час правління Януковича заперечувала ідею конституціоналізму як таку (тобто ідею обмеження влади, її підзвітності та підконтрольності народові), тому на перший план виходять політична активність народу, зокрема фактор Євромайдану, формування структур самоорганізації суспільства (наприклад, Самооборона Євромайдану та Народні ради), а також міждисциплінарні явища. Серед останніх найбільш вирішальним був економічний фактор, оскільки Україна знаходилася у переддефолтному стані, протягом 2010–2014 рр. уряд накопичив значні борги по державним кредитам. По-друге, на основі структур Євромайдану українське суспільство пройшло від стану атомізованості до певних структур і процедур, які дають підстави говорити про поступове формування певного рівня суспільної довіри та солідаризму, що може стати основою майбутніх політичних партій.

### **2.2.2. Інституціональні пастки Конституції України і словацький досвід.**

Концентрація влади породжує безкарність, оскільки вітчизняна система управління тримається на трьох китах: шантажі, корпоративізмі та розумінні влади як *jus patrimonium*.

Природу «шантажистської держави» (*a blackmail state*) періоду президентства Кучми розкрив ще у 2001 році американський політолог Кейт Дарден [1]. Така держава спирається на: системну корупцію; успадкований від Радянського Союзу апарат тотального спостереження; вибіркоче застосування законів. За таких умов ключові пости у державному апараті заміщалися людьми, які «правильно» включені у «систему» і яких фактично цим можна було шантажувати. Нині ця схема діє більш функціонально.

Корпоративізм влади пов'язаний із відсутністю реальних механізмів розподілу повноважень і майже повним паралічем конституційного принципу поділу влади, що має наслідком надмірну концентрацію влади в одних руках та розподіл сфер впливу між групами фаворитів правителя. Проявом такого корпоративізму також є практика діяльності судів, розподілу сфер впливу між правоохоронними органами. Ці схеми були розроблені неформально під час функціонування уряду Юлії Тимошенко, а нині вони стали витонченими чи не до філігранності. Підконтрольні суди, використання правоохоронних структур для вирішення певного кола питань і поясноє те, що і до тепер немає фактів, що винні посадові особи, щодо яких є обґрунтовані підстави підозрювати у вчиненні актів насильства до мирних громадян, не притягнуті до кримінальної відповідальності. А глава уряду на порушення презумпції невинуватості навіть звинувачує учасників Євромайдану у державному перевороті, що власне і характеризує цю державу як корпоративістську. А це є небезпечним для суспільства.

Розуміння влади як *jus patrimonium* відкидає Україну по суті на тисячу років назад. Однак практики правління, що спостерігалися підчас правління Януковича, не завжди мали свій прояв у діяльності київських князів, оскільки вони розглядали державні справи не лише як власну родинну справу (домену, династії), а як загальну справу, благо підданих. Спроба концентрації економічних ресурсів у руках небагатьох без бачення чітких стратегічних перспектив у регіональному і глобальному вимірах рано чи пізно буде мати негативні політичні, економічні і соціальні наслідки для країни.

На цьому фоні існувала загроза, що Конституція набуватиме не те, що номінального, а навіть фасадного характеру, за класифікацією Джованні Сарторі [4]. Оскільки її положення застосовують лише вибірково і з метою максимальної легалізації свавільних рішень влади.

Однак цьому сприяє форма правління, встановлена номінально чинною Конституцією – напівпрезидентство. В Україну напівпрезидентство було трансформовано із французької конституційної системи. Однак, на відміну від французької конституційної традиції, в Україні і понині відсутні потужні, системні та ідеологічні політичні партії, належний рівень правової і політичної культури та деволуція влади, що передбачає широкі самостійні права регіонів і місцевого самоврядування. Це ті запобіжники, які перепиняють можливість президентів сконцентрувати всю повноту влади у своїх руках.

Адже при сильних партіях канцелярія президента не може дозволити собі модерувати процес формування уряду, навіть, зважаючи на формальні прерогативи призначати главу уряду на свій розсуд, як ніби то здається із формального прочитання Конституції Франції. За Конституцією України прерогативи Президента тут урізані, оскільки формально глава уряду вважається призначеним на посаду лише за умови схвалення його кандидатури Верховною Радою. Однак у силу слабкості і розпорошеності політичних партій цим процесом насправді модерує канцелярія Президента.



Реально період так званого «співіснування» між Президентом і Кабінетом міністрів, що спирався на парламентську більшість, яка не схвалювала політичний курс глави держави, спостерігався з кінця 2005 року до початку 2010 року. Однак тоді конституційний закон № 2222-IV, зберігши у загальних рисах напівпрезидентство, посилив засади парламентаризму в організації державної влади. І ці проблеми пов'язані з інституційними вадами Конституції, які накладає на конституційну матерію саме напівпрезидентство. Нинішні вади засвідчуються маргінальністю парламентаризму, що проявляється в елементарному невмінні опозиції, яка зазнала просто принизливої поразки розрахувати алгоритм можливої відставки уряду.

Натомість, у словацькому варіанті небезпечною є сама концепція суверенітету парламенту, яка притаманна більшості постсоціалістичних країн. За влучним виразом угорського конституціоналіста Ондраш Шайо [5], ця концепція може бути використана для обґрунтування свавільних за змістом рішень парламенту. Така ситуація, як правило, трапляється у разі наявності у парламенті більшості, яка може у рамках формальних процедур вносити зміни до конституції. Оскільки президентське вето при моделі парламентської асамблеї застосовується рідко і воно може бути подолано абсолютною більшістю голосів, за таких умов центр прийняття рішень переміщається за стіни парламенту до уряду, а при певних умовах – поза стіни конституційних інституцій. Виникає система домінування партії, як сьогодні в Угорщині, в якій домінуючою партією виступає право-популістська ФІДЕС, яка внесла зміни до угорської конституції, що навіть у доктрині обґрунтовується як перша конституція, оскільки угорці не мали писаної конституції, а конституція соціалістичної Угорщини була лише фасадною, вихолощеною за змістом.

З інституціональної точки зору ми не бачимо істотної різниці у разі домінування парламентських асамблей (Словаччина – 1994/98 чи Угорщина – 2011) чи суперпрезидентської республіки (Україна – 1996/2004 та 2010). Тут має значення *courtesy rules*, стан політичної системи, політична практика щодо взаємодії парламентської більшості та опозиції. Як правило, період концентрації влади передбачає авторитарні моделі правління, як це мало і має місце із словацьким прем'єром Владіміром Мечьяром, угорським прем'єром Віктором Орбаном чи українським президентом Віктором Януковичем.

За таких умов важливою є політична активність суспільства, яка може реально запустити ключовий елемент республіканізму – підзвітність і підконтрольність влади, – та реальні гарантії незалежності та авторитет Конституційного Суду. Ця синергетика дозволяє запустити конституційні запобіжники концентрації влади в одних руках.

Одним із варіантів виходу із системної кризи легітимності влади в Україні вбачали у поверненні до Конституції в редакції закону від 8 грудня 2004 р., що розглядалося як панацея від всіх бід, з яким стикнулася нині конституційна система внаслідок масових акцій протесту проти свавілля влади. Однак проблема посилилася низькою рефлексивністю влади на поточні події і запити народу або відсутністю такої.

### **2.2.3. Проблеми легітимності повернення до конституційного закону № 2222-IV.**

У мене, як конституціоналіста, не було певного уявлення щодо легітимних шляхів у рамках належної конституційної процедури повернутися до Конституції у редакції від 8 грудня 2004 р. Адже КСУ у рішенні № 20-рп/2010 встановив, і з чим я повністю погоджуюсь, що була грубо порушена конституційна процедура розгляду, ухвалення та прийняття закону:

- всупереч конституційній юриспруденції було внесено правки у конституційний законопроект № 4180, який, таким чином, набув нової редакції і потребував повторного висновку КСУ у порядку ст. 159 Конституції щодо відповідності основоположним цінностям – правам людини, суверенітету і територіальної цілісності України;

- розглядався і був ухвалений порядок із звичайними законами, що суперечить засадам правової визначеності і вимогам належної правової процедури (принципи належного слухання і розслідування, балансування інтересів більшості та меншості);

- і що найважливіше – парламент вже розглядав це питання менше року тому (у квітні того ж 2004 року) і зміни у ті ж самі положення Конституції.

Звісно, що такі обставини підірвали легітимність конституційного порядку внаслідок спроби модернізації у рамках конституційного закону № 2222-IV.

Також було малоймовірно, щоб КСУ міг кардинально змінити свою юриспруденцію щодо легітимності наступного конституційного контролю за законами про внесення змін до Конституції України. Якщо навіть прийняти логіку прибічників такого контролю, яка впливає із міркувань захисту конституційних цінностей та рівності конституційних органів влади – у нашому випадку – Верховної Ради і Конституційного Суду, то все одно мала місце ситуація клінчу, який не вирішує політичну кризу у силу відсутності в останнього достатніх регулятивних засобів, адже конституційні суди не пишуть конституцій – це завдання конституанти.

**Висновки.** Отже, повернення до нелегітимного закону потенційно може поглибити нелегітимність державного устрою, заснованого, по суті, на фасадній конституції згідно із Джованні Сарторі.

Це процесуальний аспект.

З точки зору матеріального аспекту мені ніколи Конституція у редакції від 8 грудня 2004 року не подобалася, оскільки вона поглиблювала конфлікти всередині конструкту організації влади. Зокрема, не визначалися механізми виходу із кризових ситуацій на кшталт конструктивного вотуму парламенту до уряду, вотуму довіри за запитом уряду, принципами зв'язаності ініціативи, тобто традиційних інструментів, які ефективно працюють при парламентській формі правління.

Натомість вона поглиблювала «дуалізм» виконавчої влади, посилюючи конфліктний потенціал у трикутнику «президент – уряд – парламент». Отже, Конституція у редакції конституційного закону № 2222-IV не виконувала основ-

ного призначення – обмеження публічної влади. Це мало ключове значення для поглиблення кризи забезпечення прав і свобод людини, оскільки «розділені влади» – президент і уряд – розпочали розподіл сфер впливу на правосуддя. І на середину 2010 року незалежність правосуддя була майже знищеною, що інституціонально було оформлено законом про судоустрій і статус суддів того ж року із просто гангстерськими повноваженнями президента та гестапівськими повноваженнями Вищої ради юстиції у сфері правосуддя.

Сам парламент не володіє повнотою установчої влади, щоб повернутися до Конституції – така влада є симбіозом повноважень українського народу, парламенту, Президента і Конституційного Суду, а також Центральної виборчої комісії (у разі застосування процедури всеукраїнського референдуму за народною ініціативою), які є рівноправними. За такої моделі навіть народ не володіє монополією на установчу владу, оскільки його повноваження зв'язані змістом вже попередньо схваленого конституційного законопроекту, що виноситься на остаточне схвалення національного референдуму.

Однак повернення до Конституції у редакції від 8 грудня 2004 р. з урахуванням положень рішення КСУ № 11-рп/2010 відбулося у доволі нетрадиційний спосіб – шляхом ухвалення Верховною Радою визнання неконституційним ухвалення рішення КСУ № 20-рп/2010. Прийнято сьогодні вважати, що Верховна Рада у такий спосіб вдруге реалізувала установчу владу, як це було вперше 28 червня 1996 р. Тому питання полягає у розумінні конституційного континуїтету.

### Список використаних джерел

1. Берман Гарольд Джордж. *Западна традиція права: епоха формування*. 2-е изд. Москва: Изд-во МГУ – Издательская группа ИНФРА-НОРМА, 1998.
2. Дарден Кейт А. Шантаж как орудие государственного господства: Украина при Кучме. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. № 3 (36). 2001.
3. Хессе Конрад. *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс. 1981.
4. Малова Д. Конституционный суд в Словакии: политический взгляд. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* № 1 (30). 2000.
5. Шайо Андраш. *Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма)*. Москва: Юристь. 1999.
6. Сорокин Питирим. *Социология революции*. Москва: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН). 2004.
7. BVerfGE 72, 339 (Wuensche Handelsgesellschaft «Solange II» case, 1986).

### 2.3. Континуїтет і конституційна традиція

**Вступ.** Під поняттям континуїтет (англ. Continuity, нім. Kontinuität) мають на увазі принаймні три речі. По-перше, його розуміють як спадкоємність у праві, правонаступництво держави у міжнародному праві, пов'язане із соціальною революцією, виникненням нової держави та як правило парламентської процедури. По-друге, у міжнародному праві – континуїтет правонаступництво держави-продовжувача, за яким вона визнає себе пов'язаною міжнародними зобов'язаннями іншої держави, наступником якої вона виступає. Ще раніше у конституційному праві під континуїтетом мали на увазі правило парламентської процедури, за якою не схвалений протягом чергової сесії законопроект продовжували розглядати на наступній сесії на відповідній стадії законодавчого процесу, не перериваючи його розгляд.

Континуїтет у конституційному праві пов'язаний з формуванням стабільних правил, які відтворюються та доповнюються із плином конституційних правовідносин та є основою конституційної ідентичності, елементами якої є правонаступність, народний суверенітет і територіальна цілісність України. Відповідно дисконтинуїтет є порушенням тяглості таких елементів конституційного порядку. Тому континуїтет також є фундаментальною конституційною цінністю України.

Континуїтет будь-якої країни ґрунтується на національній конституційній традиції, яка визначає усталені погляди на природу конституції, її призначення у суспільстві, відповідну конституційну культуру та свідомість, частково пояснює сутність конституційних трансформацій, зокрема логіку конституційних реформ та проблему самоідентифікації нації. Континуїтет має три аспекти – державний, територіальний і правовий.

Конституційне оформлення континуїтету втілюється у положеннях преамбули, особливостях набрання чинності конституцією, встановлення перехідного періоду щодо реорганізації та реформування системи органів публічної влади чи її територіальної організації, юридичних підстав та оформлення виникнення нової державності. Зокрема, у преамбулі Конституції Чеської Республіки доволі лаконічно обґрунтовується континуїтет з посиланням на «добрі традиції історичної державності земель Корони чеської і державності чехословацької, повні рішучості будувати, берегти і розвивати Чеську Республіку у душі недоторканих цінностей людської гідності і свободи». На противагу лаконічності чеської формули преамбула Конституції Угорщини під назвою «Національне кредо» має пишномовний барвистий характер, що, насамперед, наголошує на оригінальності національної конституційної традиції, яка сягає понад тисячоліття. Зокрема, вказується на багатовіковий захист угорським народом у запеклих боях Європи, шанування «досягнень історичної конституції і Святої Корони, в яких втілюється перманентність конституційної державності Угорщини і єдності нації». Також заперечується комуністична конституція 1949 року як така, що належить до угорської конституційної ідентичності. Хорватська Конституція у розділі «Історичні

основи» дає детальний опис виникнення та еволюції хорватської державності, зважаючи на низку персональних уній, обрання монархів із числа правлячих династій окремих країн Європи та становлення модерної хорватської державності внаслідок розпаду Союдної Федеративної Республіки Югославія.

### **2.3.1. Державний континуїтет.**

Преамбула Конституції України визнає наявність державного контитуїтету і визначає його як «багатовікову історію українського державотворення», яке було втілено в життя шляхом реалізації українським народом права на самовизначення. Таке втілення контитуїтету було оформлене шляхом прийняття 24 серпня 1991 року Верховною Радою Акту проголошення незалежності України, який був схвалений 1 грудня цього ж року за результатами голосування на всеукраїнському референдумі.

Згідно із Законом України про правонаступництво № 1543-XII від 12 вересня 1991 року Україна визнала себе правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами СРСР, які не суперечать інтересам Конституції України та інтересам республіки. Цим республіка відзначала тяглість своєї міжнародної правосуб'єктності як держави-засновниці ООН. У цьому законі також визначалися правові засади діяльності органів публічної влади до прийняття нової Конституції України, правового статусу державних кордонів, верховенства права України щодо правових актів СРСР та законів, прийнятих в УРСР до проголошення незалежності України. Такий акт був визнанням світом цивілізованих націй вкладу України у подолання нацистської загрози під час Другої світової війни.

Колапс і подальший розпад СРСР, який був оформлений Біловезькими домовленостями від 4 грудня 1991 р., дав змогу остаточно вирішити питання набуття незалежності союзними республіками правовим шляхом, оскільки цей процес мав також насильницький потенціал через численні сутички із людськими жертвами (Азербайджан, Грузія, Литва, збройні зіткнення у Ферганській долині тощо).

Власне, прийняття Конституції України 28 червня 1996 р. остаточно завершило процес оформлення державності в Україні завдяки формулі статті 4 Закону № 1543-XII. Так остаточного оформлення набули усі атрибути континуїтету. Зокрема, згідно з Перехідними положеннями Конституції, визначалися правила функціонування інститутів влади на перехідний період (*державний континуїтет*) і передбачалися строки чергових виборів до органів публічної влади, порядок формування нового складу уряду, порядок діяльності місцевих державних адміністрацій після набрання чинності Конституцією. Водночас Основний Закон передбачав перехідний період для реформування інститутів юстиції (правосуддя, поліцейських структур та спецслужб державної безпеки).

Державний континуїтет також втілюється у принципі безперервності діяльності органів публічної влади. Якщо це виборні органи на кшталт парламентів чи легіслатур територіальних одиниць, то до моменту формування нового складу за результатами чергових виборів діє орган попередньої каденції. У сис-

темі публічної адміністрації існує порядок заміщення посадових осіб замість тих що, вибули або в порядку ієрархії, визначеної законом, або за принципом старшинства. Специфічним є державний контитуїтет у системі судової влади, оскільки суддя, повноваження якого закінчилися, згідно із принципом безперервності судового розгляду, має взяти участь у прийнятті рішення у справі по суті, після чого складає свої повноваження.

При реалізації народом свого права на опір тиранії, зокрема природного права на повстання немає дисконтинуїтету, переривання державного континуїтету. Оскільки державна влада побудована на делегуванні народом повноважень офіційно обраним народним представникам задля забезпечення прав і свобод людини та громадянського миру, це не означає, що органи публічної влади можуть довільно визначати обсяг своїх повноважень. Коли критична маса зловживань владою досягає рівня узурпації влади, то виникають підстави для підзвітності носіїв публічно-владних повноважень і при вичерпанні юридичних засобів захисту, які стають неефективними, у народу виникають підстави для спротиву з метою формування нової структури влади та притягнення винних у зловживаннях та узурпації влади до юридичної відповідальності. Право на повстання проти тиранії спрямоване на захист державного контитуїтету.

### **2.3.2. Територіальний континуїтет.**

Територіальний континуїтет означає, що суверенітет України поширюється на всю її територію, яка у межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою. Ст. 17 Конституції забороняє розташування іноземних військових баз на території України. У перехідних положеннях Конституції передбачається, що використання існуючих військових баз на території України для тимчасового перебування іноземних військових формувань можливе на умовах оренди на основі міжнародного договору, ратифікованого Верховною Радою.

Згідно із Будапештським меморандумом про гарантії безпеки від 5 грудня 1994 р. у зв'язку з приєднанням України до договору про нерозповсюдження ядерної зброї підтверджено гарантії суверенітету і територіальної цілісності України у випадку посягання на них з боку третіх держав, а також підтверджено зобов'язання Російської Федерації, Сполученого Королівства та США не здійснювати такого роду дій.

У зв'язку із актом агресії Російської Федерації проти України, внаслідок якої анексовано Крим та окуповано окремі райони Донецької і Луганської областей, діють конституційні та міжнародні механізми поновлення територіальної цілісності України, тобто її територіального континуїтету. Водночас влада агресора несе відповідальність за стан додержання прав і свобод людини на анексованих та окупованих територіях. Це впливає із практики Європейського суду з прав людини. Зокрема, у справі *Мозер проти Молдови та Росії*, згідно з якою «першочерговим завданням для прав, передбачених Конвенцією, завжди має бути їх ефективна захищеність на території всіх Договірних Сторін, навіть якщо частина цієї території знаходиться під ефективним контролем іншої Дого-

вірної Сторони [тобто є окупованою]» (див. також рішення ЄСПЛ у справі *Іляску проти Молдови та Росії*). Міжнародний суд справедливості (*International Court of Justice*) у справі *Nicaragua v. US* також констатував з боку США неправомірне застосування сили всупереч загально визнаних принципів і норм міжнародного права, напади на морські порти та військові судна Нікарагуа, а також підготовку, навчання, озброєння, оснащення, фінансування та постачання військових груп «Контрас» та намагання повалити Сандіністський уряд Нікарагуа. Суд також наголосив на залежності «Контрас» від уряду США: «Суд повинен визначити, чи є ставлення Контрас до уряду США таким, що було б правильно, щоб прирівняти Контрас, для юридичних цілей, до органу влади уряду США, або діє від імені цього уряду. На думку суду, наявних доказів цього недостатньо, щоб продемонструвати повну залежність Контрас від допомоги США. Виходячи із часткової залежності лідерів Контрас, точну вагу якої суд не може встановити, можна зробити висновок з того факту, що вони були залежні від США, а також від інших факторів, таких як організація, підготовка і оснащення сил, планування операцій, обрання цілей і оперативна підтримка». Суд також констатував порушення США низки положень звичаєвого міжнародного права, а саме, заборони застосування сили проти іншої держави, заборони втручання у внутрішні справи, недопустимість порушення суверенітету іншої держави та недопустимість порушення мирної морської торгівлі.

На думку Юджина Конторовича, основний тягар щодо забезпечення прав людини на території Криму та ОРДЛО несуть відповідно незаконні владні формування та Російська Федерація, яка фактично ними керує. Загалом, питання поновлення територіального континуїтету України наразі є складним. Тут лише можна навести приклад із німецькою провінцією Саар, багатою вугіллям і залізом, яка була фактично анексована Францією після Другої світової війни і була повернута Федеративній Республіці Німеччині лише у 1957 році після тиску союзників на неї. Водночас такі обставини аж ніяким чином не позбавляють Україну виконання позитивних обов'язків щодо поновлення свого суверенітету і територіальної цілісності з урахуванням статті 51 Статуту ООН, яка гарантує право держави на самооборону.

### **2.3.3. Правовий континуїтет.**

Правовий континуїтет (правонаступність) означає, що Конституцією закладаються засади подальшої модернізації національної правової системи, що впливає, насамперед, із її характеристики як Основного Закону суспільства і держави. Перехідні положення Конституції передбачають, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття нею чинності, є чинними у частині, що не суперечить їй. Це накладає обов'язок на парламент забезпечити системне приведення поточного законодавства у відповідність до Конституції України. З іншого боку, узгодження поточного законодавства із конституційними положеннями є тривалим процесом, який також, як свідчить практика, залежить від особливостей політичного процесу. Доволі часто виходить так, що узгодження

законодавства забезпечується через рішення конституційної юстиції, оскільки у силу специфіки перебігу політичного процесу доволі складно досягнути консенсусу в парламенті щодо внесення змін до певних законів. Тоді, відповідно до концепту «добудови права» (Райнгольд Циппеліус), законодавчий недогляд усувається шляхом тлумачення конституції органом конституційної юстиції.

*Правовий континуїтет у поєднанні із дисконтинуїтетом* в Україні зазнав загалом три хвилі.

**а) Перша хвиля континуїтету і дисконтинуїтету** пов'язана із першою спробою формування модерної української держави у формі Гетьманщини. Згідно з Переяславськими Статтями в 1654 р. встановлювалися відносини сюзеренітету-васалітету між Московським царством і Гетьманщиною в обережній формі. Це була форма визнання з боку царя ленних прав гетьмана на управління українськими територіями і землями Війська Запорозького. Подальша практика засвідчила посилення залежності новообраних гетьманів, процедура призначення яких залежала остаточно від волі московського царя. Підсумкове оформлення вступу новообраного гетьмана шляхом укладання нового договору – статей з московським царем – підтверджує цю практику поступової асиміляції та інкорпорації Гетьманщини у склад Московського царства, пізніше – Російської імперії. Згідно з цією практикою все більш звужуються автономні права гетьманської державності до абсолютної їх ліквідації в другій половині XVIII ст. Тому перебування Гетьманщини у складі Московського царства (пізніше – Російської імперії) перервало конституційну традицію у формуванні інститутів публічної влади в Україні.

**б) Друга хвиля континуїтету і дисконтинуїтету** збігається із Українською революцією 1917–1921 рр. I – III Універсали Центральної Ради визначали статус України як суб'єкта федерації у складі Росії. Нездатність уряду М. Грушевського сформувати ефективні владні структури і, очевидно, недоречний розпуск військових частин позбавили молоду державність будь-якої опори в умовах загрози з боку Російської імперії, а пізніше радянської Росії. Лише в IV Універсалі проголошувалася незалежність Української Народної Республіки, однак вона ставала недієздатною в зв'язку із відсутністю відповідних ефективно діючих владних інституцій. Міжнародне визнання УНР було оформлене шляхом укладення Берестейського миру 9 лютого 1918 р. між Центральною Радою та німецько-австрійським блоком, який забезпечувався шляхом встановлення контролю німецько-австрійським військом над територією України взамін на постачання їх промисловою та сільськогосподарською продукцією.

На противагу цим процесам формування Радянської України розпочалося 22 грудня 1917 р., коли більшовицькі загони Володимира Овсієнка захопили Харків, що дало змогу вже 24 грудня провести Всеукраїнський з'їзд рад, на якому було створено Центральный виконавчий комітет радянської України, а 25 грудня 1917 р. проголошено створення Української народної республіки рад, ухвалено резолюції «Про організацію влади на Україні» та «Про самовизначення України». Так постало маріонеткове утворення, контрольоване і підтримуване



більшовицьким урядом Росії, яке легалізувало правові акти більшовицької Росії на підконтрольній йому території України. Після підписання Берестейського миру 9 лютого 1918 р., дещо пізніше, РРФСР визнала УНР та підписала 12 липня 1918 р. прелімінарний мир, вивівши свої війська з території України. 28 листопада 1918 р. у Курську був створений «Тимчасовий робітничо-селянський уряд України», осідком якого пізніше став Харків. Після взяття більшовицькими військами Харкова 3 січня 1919 р. було затверджено офіційну назву «Українська Соціалістична Радянська Республіка». Це була військова інтервенція, оскільки уряд та війська УСРР були керовані та підтримувані більшовицьким урядом РРФСР. Інституційно УСРР спиралася на Комуністичну партію (більшовиків) України, яка мала статус обласної організації РКП(б), а також на збройні сили Робітничої селянської червоної армії РРФСР. Остаточне оформлення анексії України до складу імперії у формі Союзу Радянських Соціалістичних Республік сталося 30 грудня 1922 р. Водночас слід підкреслити, що ні 30 грудня 1922 р. на І З'їзді рад СРСР, ні 11 квітня 1923 р. на ІІ З'їзді рад СРСР остаточного тексту союзного договору не було схвалено і тим більше не ратифіковано відповідно до вимог демократичної установчої легітимності при створенні нової державності.

**в) Третя хвиля континуїтету і дисконтинуїтету** пов'язана із становленням незалежності України. У період перебудови в Україні знову поживався правозахисний рух, який майже був зведений нанівець репресіями на рубежі 1970-80 років. Наприкінці 1989 р. утворюється Народний Рух України за перебудову, який згодом стає основною опозиційною політичною течією в Україні. Рух взяв курс на політику реалізації правового оформлення незалежної державності України. З прийняттям Декларації про державний суверенітет від 16 липня 1990 р. було визнано право народу України на самовизначення у формі незалежної держави. Каталізатором процесу становлення незалежності України стала спроба державного перевороту в СРСР з боку ГКЧП (Державного комітету з надзвичайного стану). Після спроби путчу ГКЧП в Москві протягом 19–21 серпня 1991 р., з метою розслідування обставин причетності КПУ до спроби перевороту її діяльність була тимчасово зупинена, згідно з Указом Президії Верховної Ради від 26 серпня 1991 р., а 30 серпня – прийнято Указ про її заборону.

Ухвалення Верховною Радою УРСР Акта проголошення незалежності України 24 серпня 1991 р. стало першим кроком до правового оформлення незалежної України. Легітимність установлення незалежності України було забезпечено шляхом схвалення Акта за результатами голосування на всеукраїнському референдумі 1 грудня 1991 року. Згідно із Законом України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 року на території України встановлювалося верховенство законодавства України. Акти союзного законодавства проголошувалися чинними, якщо вони не суперечили законодавству України. Згідно зі статтею 7 цього Закону, Україна стала правонаступницею прав та обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, якщо такі не суперечили Конституції України та інтересам республіки. Остаточне оформлення Української державності здійснювалося із прийняттям Конституції України 28 червня 1996 року.

**г) Революція гідності та загроза дисконтинуїтету України.** Україна під час правління В. Януковича пройшла майже всі стадії розпаду державності згідно із Джоном Локом – використання владних прерогатив для узурпації влади, присвоєння повноважень задля використання їх у приватних інтересах – тиранію, до реальної загрози розпаду державності. Революція гідності зупинила процес розпаду української державності, що лише підтвердилося ланцюгом подальших подій. Зокрема, це проявилось в актах зовнішньої агресії з боку Російської Федерації, яка анексувала Крим та сьогодні веде війну з Україною через гроху-Military (незаконні збройні формування, які підтримуються і керуються вирішальним чином з боку цієї держави-агресора). Як пише Лок, внутрішню слабкість державності використовують сусіди, які у такий спосіб виступають агресором. У період 2010 року – початку 2014 року главами низки міністерств і відомств були російські громадяни. Окрім сподівань на своїх агентів впливу на вищих владних щаблях, наш північно-східний сусід також вів систематичну діяльність щодо підризу української державності. Росія паралельно із зловживаннями української влади протягом 2010 року – початку 2014 року здійснювала систематичну діяльність щодо підризу української державності шляхом примушування до укладання Харківських угод, ведення економічних воєн (у вигляді енергетичної війни, ембарго на постачання з України в Росію окремих категорій товарів), ведення економічного шантажу під час проведення Україною переговорів щодо підписання Угоди про асоціацію з ЄС. Після укладення Угоди про врегулювання кризи тодішній правитель покинув країну і почав переховуватися саме у Росії (разом із ним і глави міністерств оборони, внутрішніх справ, генеральний прокурор, глава СБУ та ін.). Станом на 22 лютого 2014 року склалася така ситуація, що фактично єдиним легітимним органом влади залишилася Верховна Рада України як представницький орган. Саме парламент своїми рішеннями почав заповнювати вакуум влади, який утворився. Тим самим Верховна Рада України взяла на себе функції органу установчої влади народу України для поновлення конституційного порядку. Відповідно до цього був спочатку обраний виконувач обов'язків Голови Верховної Ради України, який пізніше також взяв на себе функції виконувача обов'язків Президента до обрання нового за результатами призначених на 25 травня дострокових президентських виборів. Відповідно до умов Угоди про врегулювання кризи від 21 лютого 2014 року було поновлено дію Конституції України у редакції Закону № 2222-IV з урахуванням положень рішення КСУ від 6 квітня 2010 року, що дало легітимні підстави сформувати новий склад Кабінету Міністрів України.

У такий спосіб Верховна Рада України заповнювала утворений вакуум влади, який виник внаслідок самоусунення від виконання своїх владних повноважень найвищих посадовців у системі виконавчої влади та органах забезпечення національної безпеки. У цій ситуації реалізація парламентом установчої влади полягала у поновленні конституційного порядку та усуненні негативних наслідків узурпації влади та встановлення особистої диктатури з боку В. Януковича. Також були призначені дострокові президентські і парламентські вибори, за ре-

зультатами яких було обрано Президентом України П. Порошенка та сформовано уряд А. Яценюка. Процес демократичної легітимації влади було завершено, а загроза дисконтинуїтету була відвернена.

**Висновки.** Континуїтет відіграє провідну роль у конституційній ідентичності країни. Виражаючи певні підходи щодо формування, відтворення та примноження інститутів, правил і процедур, континуїтет є визначальним щодо гарантій прав людини та обмеження влади. У процесі міжнародної співпраці та глобалізації права континуїтет є важливим чинником щодо забезпечення суверенітету і територіальної цілісності держави.

### Список використаних джерел

1. Лок Джон. *Два трактати про врядування*, К., 2001.
2. Klima Karel. *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen, 2008. P. 125–129.
3. Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2003.

## 2.4. Європейські рамки конституційної реформи

**Вступ.** У цій частині роботи звернуто увагу на три ключові особливості вітчизняного конституціоналізму, який лише спиняється на ноги після конституційного розриву (дисконтинуїтету). По-перше, буде доведено, що вітчизняна конституційна традиція є суто європейською. По-друге, питання збалансованого розподілу повноважень розглядатиметься у руслі посилення засад парламентаризму та судового конституційного контролю. По-третє, питання наднаціональності права Європейського Союзу та децентралізації влади в Україні буде розкрито через концепцію мереживного суверенітету, що народжується приблизно протягом останніх тридцяти років.

Це ключові речі, які сьогодні визначають конституційний дискурс в Україні. Адже дискусії щодо долучення України до європейської конституційної традиції видаються дивними, оскільки, до прикладу, система покарань згідно з Литовськими статутами чи за Правами, за якими судиться малоросійський народ, за якими навчали юристів і які використовували судді, були набагато ліберальніші від тогочасних західноєвропейських. Хоча потім істотний перелом у цю справу зробить Чезаре Беккарія зі своїм знаменитим трактатом «Про злочини і покарання» і це значно вплине на європейську доктрину права. Натомість вже у той час українському правосуддю були відомі юридичні конструкції на кшталт *Habeas Corpus*.

Також доволі складно говорити про досягнення владою рівня комунікативної демократії у руслі доктрини Юргена Габермаса [1], хоча він також говорить у цьому руслі про кризу легітимності інститутів ЄС. З точки зору наднаціональної природи ЄС, виникає проблема якості участі України в процесі європейської інтеграції та алгоритму такої у стратегічній перспективі. З іншого боку, дискусія щодо децентралізації та/чи федералізації в Україні йде на тлі існування номінального місцевого самоврядування, оскільки воно не забезпечене ні інституціонально, ні через фінансові, податкові, матеріальні інструменти та ресурси. Адже місцеве самоврядування у нас зліквідоване із скасуванням мадебурзького права в Києві у 1843 році, після чого воно, по суті, і не було поновлене, як в часи національно визвольних змагань 1917–1922 років, так і за часи незалежності України.

### 2.4.1. Імперативи конституційної реформи в Україні.

З урахуванням дійсності в Україні дієва і реальна конституційна реформа набуде свого сенсу лише після звільнення від промосковських проксі-мілітарі в Луганській і Донецькій областях. Цьому процесу також заважають світоглядні речі, оскільки значна територія країни на всю глибину зазнала впливу авторитарного стилю правління, що істотно вплинуло на аутопоезис норм, тобто формування і відтворення правил і процедур. Тут радше і не може йти мова власне про аутопоезис, оскільки нормативність при авторитаризмі заперечується як така, замінюючись пристосуванням певних правил до потреб правителя. В ін-

шій частині України певною мірою спостерігалася тяглість автентичної правової традиції, хоча і в складі інших країн, однак вона зберегла елементи узгодженості, збалансування, демократичної комунікації та поваги до гідності людини.

#### **2.4.2. Конституційна традиція України як європейська.**

**а) Зміст конституційної традиції України.** Вітчизняній конституційній традиції завжди були притаманні демократичність, деконцентрація влади і повага до прав людини. Принаймні традиція місцевого самоврядування має початок із часів Київської Русі з урахуванням рецепції магдебурзького права. Засади республіканізму є елементом практики правління з часів Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, зокрема, збалансована побудова влади, вирішення питань загального значення, парламентаризм і представництво народу. Таким чином, до конституційної традиції України належать такі елементи: 1) народоправство, яке полягає у дорадчості ухвалення владних рішень і підзвітності та підконтрольності влади народові; 2) повага до гідності людини та належна правова процедура; 3) деконцентрація і децентралізація влади, яка полягає у парламентаризмі та дійових гарантіях місцевого самоврядування; 4) визнання ролі юридичного співтовариства у виробленні правил і незалежність судів.

**б) Конституційний континуїтет і дисконтинуїтет в Україні.** Україна стоїть на порозі власної Четвертої Республіки. Адже в нас було три конституційних розриви після першої спроби формування модерної державності у вигляді Гетьманщини після національно-визвольної війни 1648 – 1667 рр. Наступний дисконтинуїтет пов'язаний із невдачею національно-визвольних змагань 1917 – 1921 рр. Поновлення конституційного порядку після проголошення незалежності України було паліативом, оскільки така державність базувалася переважно на радянських практиках правління, що проявлялося насамперед у слабкості місцевого самоврядування та судової влади, яка так і не набула справді незалежного статусу. Саме ці фактори ніби свідчать на користь аргументів, що Україна так і не має власної конституційної традиції і така лише формується.

Остання загроза розриву з конституційною традицією пов'язана із низкою зловживань під час правління Януковича, що розпочалося із ухвалення рішення про скасування конституційної реформи 2004 року Конституційним Судом, закінчуючи подіями, які отримали назву Революції гідності. Поряд із масовими порушеннями прав людини режим Януковича проігнорував існуючий у суспільстві консенсус щодо чинної на початок 2010 року Конституції, що мало наслідком колапс влади. Лише внаслідок переговорів трьох міністрів закордонних справ країн ЄС, спеціального посланника Росії, представників опозиційних фракцій парламенту із Януковичем було укладено 21 лютого Угоду про подолання політичної кризи та відбулося повернення до консенсусних механізмів функціонування влади. Після цього, 22 лютого, Верховна Рада 386-ма голосами депутатів ухвалила Закон про повернення до Конституції у редакції закону № 2222-IV, який на сьогодні виконує функцію перехідного конституційним акта, спрямованого на ухвалення нової Конституції (чи її нової редакції). Легітимізацію цього проце-

су забезпечило призначення дострокових президентських виборів. Однак він є ще несталим, оскільки залежить від ухвалення змін до Конституції.

**в) Механізми досягнення конституційного консенсусу відповідно до вимог установчої легітимності.** Дуже важливим у цьому процесі є налагодження горизонтальної і діагональної структури розробки нового конституційного проекту. Можна побудувати такі платформи для обговорення питань: міжконфесійні, централізм – децентралізація, нейтралісти – глобалісти/інтегратори, соціалісти – ліберали, за експертним підходом (юристи, політологи, соціологи, економісти тощо). Загалом для України оптимальним було б обрати іспанську або південноафриканську модель конституційної реформи, які були засновані на ідеях консоціативної демократії. У цій ситуації цілком реально можна використати напрацювання Конституційної Асамблеї, в Концепції оновлення Конституції якої є багато конструктивних і сучасних ідей, які заслуговують на увагу. Наразі у Конституцію України внесені зміни щодо правосуддя, більшість положень яких нещодавно були конкретизовані у законодавстві про судоустрій та процесуальному законодавстві. Однак базовою вимогою має стати ухвалення Конституції Установчими зборами після обговорення на різних суспільно-політичних платформах.

#### **2.4.3. Головні параметри конституційного устрою: парламентаризм і судовий конституційний контроль.**

**а) Інституційні аспекти конституційної реформи.** Ключове питання сучасного конституціоналізму – дилема концепції суверенітету парламенту та судового активізму, оскільки у залежності від певного типу конституційної системи одна із них стає домінуючою або в силу динаміки конституційних відносин вони періодично змінюють одна одну. Конституцієдавець є зв'язаний цими об'єктивними обставинами і відповідно до цих закономірностей має програвувати механізми подолання політичних криз через засоби парламентського контролю або судового конституційного контролю. У цьому відношенні доволі знаменитою є дискусія між Отфрідом Гьофе [2] та Райнгольдом Циппеліусом [3]. Зокрема, Отфрід Гьофе, порівнюючи європейську і американську модель конституційної юстиції, вважає, що функціонування конституційних судів виражає дилему сучасного конституціоналізму – «народний суверенітет або демократію та їх залежність від конституційних норм, тобто від прав людини та поділу влади». З іншого боку, науковець доводить, що британська система, яка не має писаної конституції, не передбачає судовий конституційний контроль актів парламенту тому, що «при використанні таких загальних формулювань, які потребують тлумачення, виникає небезпека нав'язування судом, замість законодавчих рішень, своїх власних світоглядних та політичних переконань» [2]. Про важливість вирішення питання співвідношення доктрин *Sovereignty of Parliament* та *Rule of Law* наголошував у свій час також і Альберт Венн Дайсі [4].

**б) Парламентаризм як елемент конституційної традиції України.** Незважаючи на критику парламентської демократії в інтерпретації Карла Шмітта

чи провідних вітчизняних конституціоналістів та політологів, потенціал парламентаризму належним чином не використовувався в Україні. Адже Президент як глава держави репрезентує більшість громадян України, що і є джерелом його легітимності; натомість джерелом легітимності парламенту є репрезентація спектру всіх політичних сил, які набрали статусу парламентських партій, подолавши виборчий бар'єр. Слабкість вітчизняного парламентаризму базується на неспроможності політичних партій у силу їх патрон-клієнтської практики та закритої недемократичної їх структури. З точки зору конституційної інженерії ці проблеми інституційного характеру посилюються нестабільністю та незбалансованістю виборчого законодавства.

Звісно, стоїть питання, щоб за таких умов визначалися конституційні параметри виборчої системи при формуванні парламенту. Також, на мою думку, раціоналізації парламентаризму сприятиме введення його двопалатності, оскільки це дасть змогу забезпечити представництво регіонів (земель) та оптимізувати законодавчий процес. Зокрема бікамеризм парламенту значно ускладнив або навіть блокував би появу актів на кшталт «диктаторських законів» від 16 січня 2014 року. Бікамеризм також вплітається у тло тенденцій трансформації національного суверенітету, про що піде мова нижче.

Оскільки парламент забезпечує репрезентацію політичних сил, то уряд має отримувати свою інвеституру саме через парламентські процедури і підлягати парламентському контролю. По-перше, уряд має формуватися наступним чином – Президент номінує на посаду кандидатуру прем'єр-міністра, яку має схвалювати парламент, при цьому інвеститура уряду має закінчуватися схваленням його програми діяльності. По-друге, задля визначення дійових механізмів подолання політичних криз у Конституції мають бути встановлені процедури конструктивного вотуму і вотуму довіри. У першому випадку необхідною умовою оголошення парламентом недовіри урядові є можливість призначення нового складу кабінету, інакше – Президент ухвалить рішення про розпуск парламенту і призначення дострокових парламентських виборів. У другому випадку уряд ініціюватиме розгляд парламентом законопроєкту, схвалення якого означатиме також підтримку політичного курсу уряду та імунітет уряду від оголошення резолюції недовіри протягом певного розумного періоду часу.

Ефективність запровадження таких засад парламентаризму залежатиме принаймні від двох умов. По-перше, визначення демократичних засад діяльності політичних партій, для чого поточне законодавство про партії має бути приведено у відповідність до статей 36, 37 Конституції і питання розпуску політичних партій належатиме до відання Конституційного Суду, оскільки адміністративна юстиція у цьому плані не володіє належними юрисдикційними засобами. Принагідно хочу підкреслити, що чинний Закон навіть не встановлює заборони створення партій, які відтворюють подібні назви до вже існуючих політичних партій, що лише потурає недобросовісній конкуренції між політичними силами. По-друге, представницька природа парламенту аж ніяким чином не означає абсолютності його суверенітету, що є шаблоном мислення

як вітчизняних юристів, так і політичних і державних діячів. Це суперечить за-  
садам верховенства права, згідно з якими парламент є зв'язаний законами,  
ухваленими ним, а також субстантивними та процедурними вимогами до за-  
конотворення.

**в) Судовий конституційний контроль та судовий активізм.** Проблема  
суддівського розсуду відома буквально одиницям з числа вітчизняних науков-  
ців; у суддівському середовищі про цю проблему знають інтуїтивно чи емпі-  
рично. Ця проблема посилюється, просто, не побоюся сказати, відчайдушним  
рівнем юридичного позитивізму серед суддів, що на практиці призводить лише  
до легітимації рішень влади, якими порушуються права людини. Доволі часто  
рекомендації суддям застосовувати принципи права та аналізувати законодав-  
ство через трискладовий тест (принцип пропорційності) з точки зору верхо-  
венства прав людини викликає в них фрустрацію, а інколи – і доволі відвертий  
скептицизм. З урахуванням цих речей слід змінити підходи до розуміння ролі  
конституційної юстиції з метою подолання юридичного позитивізму.

Згідно з доктриною суддівського розсуду конституційні суди чи аналогіч-  
ні установи у залежності від категорії і/та обставин конкретної справи можуть  
обрати принаймні три стратегії – суддівського мінімалізму, суддівської стрима-  
ності (самообмеження) та суддівського активізму. Цим непростим питанням у  
західній юридичній літературі присвячено чимало праць на основі ґрунтовного  
аналізу судової практики. Квінтесенцією цієї проблематики є специфіка демо-  
кратичної легітимності судів. Згідно із законом великих чисел та теорією ігор,  
конституційні суди чи верховні суди загалом відображають репрезентацію су-  
спільних інтересів та поглядів, що виражається потім у голосуванні при ухвален-  
ні рішень та винесенні суддями окремих думок. На відміну від парламентської  
процедури суди суворо зв'язані вимогами належної правової процедури, що зу-  
мовляє ухвалення збалансованих рішень згідно максими: *N<sup>o</sup>n ratione auctoritatis,  
sed auctoritate rationis* (сила аргументу, а не аргумент сили). Однак базовою умо-  
вою цього має бути реальна незалежність суддів Конституційного Суду, серед  
вимог якої має бути ухвалення рішення про припинення повноважень консти-  
туційного судді або самим Судом або незалежним аполітичним органом, який  
має складатися переважно із конституційних суддів у відставці та авторитетних  
професорів права.

Юридичний позитивізм відповідно до доктрини ієрархії норм Ганса Кель-  
зена [5] чи правила розрізнення Герберта Гарта [6] придатний для аналітичної  
юриспруденції в умовах стабільних правових систем. Однак ці техніки, як пра-  
вило, доволі часто мають наслідком порушення прав людини в умовах дина-  
мічних правових систем, які супроводжуються прогалинами чи колізіями у за-  
конодавстві, про що було зазначено у Генеральній доповіді на XIV конференції  
Конгресу європейських конституційних судів 2008 року [7]. Філософія Консти-  
туції України, окрім імперативної норми частини другої статті 3 («утвердження  
і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»), слабо  
просякнута духом захисту прав людини, а функції Конституційного Суду надмір-



но заполітизовані у бік вирішення конфліктів у трикутнику: парламент – глава держави – уряд.

Ці інституційні вади Конституційного Суду можуть вирішуватися з допомогою принаймні трьох інструментів. По-перше, з допомогою механізму притягнення конституційних суддів до відповідальності за порушення вимог несумісності та вимог добросовісності незалежною аполітичною інституцією. По-друге, повноваження щодо конституційного контролю мають суворо відповідати доктрині аналітичної юриспруденції, за якою відповідно до частини другої статті 8 у поєднанні зі статтею 9 Конституції має забезпечуватися ієрархія правових актів: Конституція – міжнародні договори – закони – підзаконні правові акти; це унеможливить ситуації штучного розмежування питань конституційності і законності та необґрунтованого вторгнення адміністративних судів у вирішення конституційних спорів, що буквально стало «структурою повсякденності» (за Фернаном Броделем) вітчизняної юриспруденції. По-третє, справжніми барвами і практичним змістом конституційна юрисдикція наповниться при розгляді конституційних скарг. Чи при конституційному контролі за правовими актами, чи при розгляді конституційних скарг Конституційний Суд володіє прерогативою перевіряти конституційність правового акту, що втратив чинність, або негайно зупиняти дію чинного правового акту, якщо на основі матеріалів справи буде достатньо підстав зробити висновок, що дія таких правових актів посягає на сутність змісту прав людини і основоположних свобод або накладає на їх здійснення такі обмеження, що заперечується сутність їх змісту. Немає якихось складнощів, щоб відповідні конструкції закласти в текст Конституції, хоча вони цілком можуть бути сформульовані у юриспруденції самого Конституційного Суду.

**г) Незалежність судів.** Забезпечення доступу до справедливого суду є центральним питанням функціонування правової системи України. Тут основна роль належить забезпеченню суддівського самоврядування в особі реально незалежного статусу Вищої ради правосуддя. Тут багато залежатиме від поточного регулювання статусу суддівського самоврядування, яке має бути максимальних спрощене. Воно має бути побудоване виключно через систему колегіальних органів, які періодично збираються для вирішення питань самоорганізації та формулювання етичних правил суддівського співтовариства, до складу яких не можуть входити судді, що обіймають адміністративні посади. І, найголовніше, мають бути поновлені функції Верховного Суду із забезпечення єдності судової практики як суду касаційної інстанції. Вирішення останнього питання забезпечене шляхом створення фактично автономних спеціалізованих судів у його складі. Це дасть змогу уніфікувати досвід забезпечення єдності судової практики. Але для цього процесуальне законодавство має бути спрямоване на забезпечення єдності судової практики, а не на перегляд всіх без винятку судових рішень чи направлення справ у нижчестоящі суди на повторний розгляд.

#### **2.4.4. Децентралізація влади та нові грані національного суверенітету.**

**а) Про міфи територіального устрою України.** За роки незалежності держава так і не вжила дійових заходів щодо становлення місцевого самоврядування в Україні, а після декларування цього принципу у Конституції України – інституційно та ресурсно. Загалом, без передачі земельних та матеріальних ресурсів, реально діючих і ефективних фіскальних, фінансових та інституційних інструментів конституційні положення про місцеве самоврядування стають міфом чисто у постмодерністському стилі, як обмін знаками і символами, під якими приховується жорстка централізація і визискування регіонів центральною владою, що досягло апогею під час диктатури Януковича. Натомість інституційну складову місцевого самоврядування становить принцип когерентності – узгодження регіональних політик та вирівнювання розвитку регіонів через субвенції і дотації із Державного бюджету. Цих речей у реальності в Україні не спостерігається, тому не існує чітких правил і процедур функціонування громад і регіонів, і тим більше – їх відтворення та припорошення. Оскільки в Україні дійове самоврядування існує у доволі обмежених формах, то побудова федерального державного устрою тягне за собою посилення зловживань на місцях, оскільки місцеве самоврядування й так не існуватиме.

**б) Про децентралізацію влади.** Властивими для України проблемами функціонування публічної влади є істотний дисбаланс у розподілі повноважень між органами публічної влади, переважання елементів авторитаризму та ієрархічних зв'язків у публічній владі, непрозорість та проблеми її відкритості, надмірний формалізм процедур на фоні неналежних гарантій належної правової процедури, трактування демократії переважно через принцип мажоритарності, непотизм та корупція.

З метою удосконалення конституційної моделі перерозподілу повноважень між рівнями публічної влади в Україні необхідно вирішити такі питання: а) визнати принцип субсидіарності як засаду поділу влади по вертикалі та засаду інститутів громадянського суспільства, які передбачають їх вільну ініціативу, самоорганізацію та саморегулювання; б) конкретизувати фінансові, бюджетні, податкові, ресурсні інструменти економічної самодостатності місцевого самоврядування; в) трансформувати місцеві державні адміністрації в інститут влади на зразок французького префекта, покликаною забезпечувати адміністративний контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування та забезпечення узгодження регіональних політик та вирівнювання розвитку регіонів (земель); г) ввести інститут муніципальних омбудсманів; д) ввести інститут конституційної скарги про захист прав місцевого самоврядування; е) здійснити дерегулювання (лібералізацію) економічної діяльності та громадських об'єднань. При цьому узгодження регіональних місцевих і державної політики має забезпечуватися комплексною реформою податкової системи на засадах децентралізації адміністративно-територіального устрою та формування публічної влади на засадах субсидіарності між державою, проміжною публічною владою і місцевим самоврядуванням. Такі засади організації влади визначають її децентралізацію; за

умов, коли Україна не оволоділа належними практиками публічного управління на рівні місцевого самоврядування, про перспективи федерального державного устрою взагалі недоречно говорити. Натомість у конституційному законопроекті щодо децентралізації влади, субсидіарність трактується як розподіл повноважень між місцевими радами та їх виконкомми, що є недоречно з огляду на сутність змісту цього принципу.

**в) Про останні тенденції трансформації змісту національного суверенітету і наднаціональності Європейського Союзу.** Мереживно-центрична структура ЄС дозволяє забезпечувати вирівнювання розвитку насамперед на регіональному і місцевому рівнях влади. Водночас криза ЄС зумовлена його інституціональною неспроможністю щодо вирівнювання розвитку національних держав, оскільки така на міжнаціональному рівні інституціонально є незавершеною насамперед через банківську, податкову та грошово-кредитну системи. Це доповнюється кризою демократичної легітимності, про що засвідчує чіткий тренд зниження явки виборців на вибори до Європейського парламенту.

Це дає підстави висунути гіпотезу про зародження мереживного суверенітету, який ґрунтується на багаторівневому конституціоналізмі (Інгвар Перніце [8], Гюнтер Тойбнер [9]). Такий суверенітет заснований на системі горизонтальних, вертикальних та реординаційних зв'язках між основними інститутами прийняття владних рішень на засадах конституційної державності, верховенстві права та вимог належної правової процедури. Його складно описати виключно через системний (лінійний) чи синергетичний підходи; їх необхідно певним чином синтезувати, оскільки такі зв'язки засновані на низці соціальних патернів. Зокрема, прийняття владних рішень зумовлює динаміку суспільно-політичних процесів. Приклад інституційної слабості ЄС свідчить, що як кількість інститутів публічної влади має бути оптимізованою, так і процедури прийняття владних рішень мають бути транспарентними і доступними. Тому говориться про «міжнаціональну мережу» як перспективу його подальшого розвитку, оскільки Федеральний конституційний суд Німеччини визнав ЄС як «асоціацію суверенних держав», а в доктрині ЄС називають «наднаціональною державою» (Іван Яковюк [10]).

З використанням здобутків доктрини «мереживоцентричної війни» (адмірала Артура Себровскі та ст.н.с. Стенфордського університету Джона Гарстки [11], які вивели його із аналізу функціонування ритейлових мереж через систему гіпермаркетів), тренд до зародження мереживного суверенітету ґрунтується на доступі до інформації та застосуванні ІТ-управління, самоорганізації та ініціативності елементів системи. Ця концепція цілком узгоджується із концепцією соціетального конституціоналізму. Управлінські технології за таких умов ґрунтуються на трьох основних компонентах: а) доступ до інформаційних ресурсів автономними підсистемами гарантує вибір оптимальних матриць ухвалення управлінських рішень; б) кожен елемент управлінської системи є автономний в ухваленні рішень, виходячи із умов наявних обставин; в) на основі чого виникає самоорганізована і саморегульована система управлінських рішень, які поєднують у собі ієрархічні та горизонтальні зв'язки, а також нелінійні зв'язки (реординацію) між компонентами

системи. Це передбачає запровадження електронного урядування на всі поверхи публічної влади та відкритість як інформації, так і технології управлінських рішень. Тобто мереживна публічна влада організована за різними рівнями, які наділені власною сферою повноважень на засадах установчої легітимності (конституції чи інших установчих актів народу та спільнот) та субсидіарності (розподіл повноважень між цими рівнями влади). У практичній площині перспектива європейської інтеграції дасть змогу Україні отримати інструменти впливу на наднаціонально-му рівні, оскільки в таких можливостях сьогодні Україна істотно обмежена.

#### **2.4.5. Незалежні органи та установи, конституційні гарантії.**

##### **а) Вимога політичної нейтральності та незалежні органи і установи.**

У тенденцію зародження мереживного суверенітету цілком укладається діяльність незалежних органів та установ на кшталт Центральної виборчої комісії, Антимонопольного комітету, Фонду державного майна, низки регуляторних органів тощо. Юридичний режим їх роботи подібний до діяльності органів виконавчої влади, тобто це адміністративна діяльність. Однак згідно з вимогами верховенства права, такі органи мають бути незалежними від уряду, оскільки така їх залежність має наслідком урядові зловживання коштами і матеріальними ресурсами. Інновацією у цьому плані стали зміни в угорській Конституції, в якій приділено окрему главу визначенню статусу та організації такого роду інститутів влади [12]. Оскільки забезпечити поділ влади на усталену тріаду – законодавчу, виконавчу і судову – у чистому вигляді складно, то з метою побудови належної системи стримувань і противаг слід визначити в окремій главі Конституції статус незалежних органів. Ця глава Конституції має визначити статус таких незалежних органів: а) Національної комісії свободи інформації, телебачення і радіомовлення; б) Антимонопольного комітету; в) Антикорупційного комітету; г) Фонду державного майна; д) Національного бюро розслідувань; е) національних комісій, що здійснюють державне регулювання природних монополій у сферах зв'язку та інформатизації, ринків цінних паперів і фінансових послуг.

Для цього необхідно забезпечити баланс глави держави і парламенту при призначенні функціонерів зазначених органів, які мають призначатися на визначений строк і можуть звільнятися за делікти з посади на підставі судового рішення.

##### **б) Конституційні гарантії та виклики для конституційного порядку.**

Забезпечення конституційного порядку є критично важливим, зважаючи на негативний досвід доведення державності до потенційного колапсу під час диктатури Януковича. Проведення антитерористичної операції також свідчить про важливість побудови владних інститутів за мереживо-центричною моделлю, зокрема, для побудови сил територіальної самооборони. З цією метою у Конституцію України необхідно включити розділ «Конституційні гарантії», в якому визначити статус таких інститутів:

і) омбудсманів із цивільних і політичних прав, соціальних прав та прав на розвиток, прав на інформацію та свободу преси, з питань особистої свободи і таємниці кореспонденції, з прав територіальних громад;

ii) врегулювати статус Рахункової палати (Аудиторського суду), що є незалежним органом, формується парламентом із числа фахівців із вищою юридичною та/або економічною освітою і здійснює контроль за надходженням і витратами коштів Державного бюджету;

iii) Національного банку, який забезпечує збалансовану грошово-кредитну політику держави і очолюється головою, який обирається парламентом;

iv) питання оголошення воєнного і надзвичайного стану, врегулюванті правовий режим стану війни (її оголошення та укладення миру), особливостей мобілізації ресурсів при настанні відповідних обставин та здійснення парламентського контролю за запровадженням заходів щодо забезпечення національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності республіки.

У разі настання екстраординарних економічних обставин мають бути запроваджені певні законодавчі та адміністративні заходи. Зокрема, держава за таких обставин покликана забезпечувати збалансованість бюджету на засадах пропорційності за допомоги таких інструментів. Кабінет Міністрів ініціює слухання у Верховній Раді про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Кабінет Міністрів щоквартально має звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини. Матеріали звіту підлягають невідкладному оприлюдненню в офіційних виданнях України.

**Висновки.** В організації конституційних органів державної влади необхідно підвищити роль парламентаризму, зокрема формування уряду на парламентській основі у поєднанні із конструктивним вотумом і вотумом довіри. Насамкінець, з точки зору соціетального конституціоналізму має свої переваги бікамеризм парламенту, оскільки верхня палата парламенту служитиме інструментом збалансування загальнодержавної та регіональних політик. На такій же правовій основі існує потреба законодавчого регулювання участі парламенту та уряду у прийнятті владних рішень на наднаціональному рівні, щоб визначити правові засоби легітимності участі України у наднаціональних об'єднаннях з метою урахування регіональних і національних інтересів, побудови реально діючої ефективної мережі публічної влади.

Насамкінець, чинна Конституція є занадто консервативною щодо можливості делегування частини суверенних повноважень наднаціональним інститутам, по суті заперечуючи таку можливість. Сучасна доктрина конституціоналізму не вбачає тут небезпеки для національної держави, адже у такий спосіб держава отримує можливість бути у курсі подій на регіональному і глобальному рівнях і впливати на процес прийняття владних рішень вище національного, що сприятиме кращому відстоюванню національних інтересів і реалізації національного суверенітету на наднаціональному рівні. У зв'язку із цим необхідна зміна конституційної формули суверенітету, оскільки він не має трактуватися

вузько як «суверенітет України» (стаття 157 чинної Конституції), а саме як національний суверенітет – суверенітет українського народу, організованого у державу. Гарантіями забезпечення конституційності механізму такого делегування мають бути доволі детально прописані процедури парламентського контролю і судового конституційного контролю з урахуванням німецького або французького досвіду та правила *Solange* (про допустимі межі делегування, якими визнаються права людини і основоположні свободи, гарантовані конституцією), сформульовані у практиці Федерального конституційного суду Німеччини. У разі введення бікамеризму, земельні управи також мають бути включені у процес прийняття зовнішньополітичних рішень через верхню палату, *inter alia*, з питань регіонального самоврядування та транскордонного співробітництва. Важливим також є закріплення положення про те, що акти щодо делегування частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам мають остаточно схвалюватися національним референдумом і бути об'єктом судового конституційного контролю.

### Список використаних джерел

1. Habermas J. *Between facts and Norms: contribution to discourse theory of law and democracy* Cambridge: MIT Press, 1998. 675 p.
2. Гюфе О. *Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу*. Київ: Альтерпрес, 2003. 264 с.
3. Циппеліус Р. *Юридична методологія*. Київ: Реферат, 2004. 176 с.
4. Дайси А. В. *Основи государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции*. Москва, 1907. 671 с.
5. Кельзен Г. *Чисте правознавство*. Київ: Юніверс, 2004. 496 с.
6. Гарт Х. Л. А. *Концепція права*. Київ: Сфера, 1998. 236 с.
7. Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2 (40) – 3 (41), 2008. С. 70–245.
8. Pernice Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 15. # 3. 2009. P. 349–407.
9. Teubner, Guenter. "Global Bukovina": Legal Pluralism in World Society. *Global Law Without A State* (Ed. G. Teubner). Aldershot: Dartmouth Gower, 1997. P. 3–28.
10. Яковюк І.В. *Правові основи європейської інтеграції та її вплив на державно-правовий розвиток України*. Автореф. дис... д.ю.н.. Харків: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2014. 42 с.
11. Cebrovski A., Garstka J. Network-Centric Warfare: Its Origin and Future. *Proceedings*. 1998, Jan.
12. Jakab A., Sonnevend P. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 72. P. 81–85.

## Розділ 3.

- 3.1. *Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму*
- 3.2. *Конституційні інновації та вірність конституції*
- 3.3. *Конституційний Суд України та реалізація конституції*
- 3.4. *Конституційний Суд України і динаміка конституційного порядку*

### **3.1. Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму**

**Вступ.** Поширеною міфологеєю у вітчизняній юриспруденції є розуміння юридичного світу як певного логічно завершеного світу, побудованого на раціональних засадах. Насправді ми маємо справу із суворими буднями юриспруденції, коли відображені на папері правила зовсім інакше діють у реальності, у юридичній практиці. Їхнє викривлення зумовлене як конкуренцією інтересів, так і низкою позаправових чинників, в основі яких лежить неповага до фундаментальних людських цінностей – насамперед, неповага до гідності та прав людини.

Складно говорити навіть за умов демократичного дискурсу про раціональність юридичних рішень. Наприклад, законодавство відображає правову політику, оскільки така пов'язана із політичними мотивами обрання певної моделі правового регулювання, розпочинаючи від лібертаріальних до крайньо лівацьких чи праворадикальних моделей втручання у приватну автономію. При цьому законодавець отримує достатній обсяг інформації для забезпечення балансу інтересів та прогностичної функції права, однак політичний процес не завжди є лінійним, тобто не завжди має причинно-наслідкові зв'язки, а також раціональним за своїм змістом. Згадаймо Ортегу-і-Гассета із його владою натовпу чи «залізний закон олігархії» Роберто Міхелса, які далеко не зводять політичний процес, власне кажучи законодавство, до якоїсь замкненої логічно побудованої системи юридичних категорій, понять і конструкцій, як це собі уявляють юридичні позитивісти. Навіть цинічний Карл Шмітт, який цілком прозорливо давав влучні діагнози кризи парламентській демократії, будучи у полоні ілюзії раціональності права, цілком наглядно продемонстрував, що правові явища і процеси складно адекватно трактувати через певні юридичні екстремуми.

Звісно, співвідношення емоційного і раціонального у праві є центральною проблематикою правової доктрини Леона Петражицького, яку в літературі характеризують як психологічну теорію права. Водночас привертає увагу доволі філігранне розмежування Джоном Ролзом розумного, раціонального та розсудливого у праві, яке вносить нові грані у досліджуваний нами предмет.

Цілком очевидно, що аналізована мною проблема стосується здійснення вибору суверенною приватною особою чи вибору владного рішення у рамках певних моделей правового регулювання чи стратегій. Зважаючи на це, метою цієї частини роботи є аналіз проблеми впливу раціонального та емоційного на вибір у ході реалізації конституційних цінностей і принципів. Спочатку будуть проаналізовані (1) основні теорії вибору прояву приватної автономії та владних рішень у доктрині конституціоналізму, на основі чого буде розглянута (2) роль емоційності і раціональності у соціальній взаємодії. На прикладах так званих «складних справ» буде (3) продемонстровано труднощі вибору при здійсненні конституційного контролю, а також (4) розкрито природу установчої влади на основі аналізу раціональних та емоційних чинників вибору. Насамкінець (5) буде обґрунтовано принцип вірності конституції як наслідок певних процедур реалізації її положень за результатами суспільно-політичних дебатів та додержання вимог легітимності меж втручання у приватну автономію індивіда.

### **3.1.1. Проблема вибору та конституціоналізм: огляд основних доктрин.**

Площина вибору юридичних рішень зумовлена певним типом конституціоналізму або відсутністю такого. Ми тут володіємо діапазоном, починаючи від знаменитого розподілу Джованні Сарторі конституцій на фальшиві, номінальні та гарантовані [1, с. 859], закінчуючи ідеями соціетального конституціоналізму, основні постулати якого розкриті як у працях Гюнтера Тойбнера, Крістофера Торнгілла, так і закінчуючи тронною промовою нідерландського монарха Вілема-Александера [2], в якій він наголосив на взаємній відповідальності держави та індивіда, з якої випливає побудова збалансованої системи соціального страхування та соціальних послуг. У рамках сучасного конституціоналізму існує цілий спектр багатоманітних рішень, які навіть не виключають сповзання у площину етатистських за змістом рішень у силу слабкості інститутів громадянського суспільства та недосконалості чи нестабільності існуючих юридичних процедур і правил. У наведеному нижче матеріалі будуть проаналізовані основні чинники ухвалення юридично значущих рішень.

**а) Теорія соціальної взаємодії.** Зазначена теорія акцентує увагу на доступі та перерозподілі ресурсів, що є основою трактувань проблем справедливості та належної правової процедури. Теорія соціальної взаємодії Еленор Остром, зокрема, на прикладі «дилеми ув'язненого» наочно демонструє [3, с. 28], що раціональна з точки зору індивіда поведінка може бути ірраціональною з точки зору колективу і навпаки. Раціональність при соціальній взаємодії має кумулятивний ефект, оскільки наслідок дій не є сумою дій конкретних індивідів,



які складають певну колективну дію. Наприклад, воля більшості на виборах, яка акумулюється у певні політичні рішення парламенту у вигляді законодавства, а тим більше референдумних рішеннях, не можуть завжди відповідати фундаментальним конституційним цінностям, вони можуть атакувати права людини, тобто права меншості, підриваючи устої конституційного порядку.

Юридична поведінка є інституціональною за своєю природою, адже вона має зв'язок із соціальними інститутами та процедурами. На думку Мансура Олсона, саме інституційний характер соціальної взаємодії зумовлює певні життєві стратегії ухвалення рішень на благо самої організації [4, с. 4], оскільки недодержання цих умов, як правило, призводить до загибелі організацій<sup>17</sup>. Також не завадить згадати порівняння Аннерса про основні мотивації виникнення права у південних народів, які, маючи доволі відкритий доступ до ресурсів, були заінтересовані у контрактній формі їх розподілу, а в північних народів це вилилося в ієрархічні структури, пов'язані із недопущенням взаємного винищення кланів та племінних союзів у жорсткій боротьбі за ресурси [6, с. 5–50].

Українське суспільство є посттоталітарним, якому притаманна доволі висока ступінь автономізації, що, насамперед, пов'язано із згубними наслідками Голодомору 1932/33 років та колоніальними практиками правління у складі Московської держави і різних формах імперії [7]. Це становить значну інституційно-нальну проблему для формування належних процедур і правил, а також практик належного урядування. У цьому відношенні доволі справедливою є думка Олсона про федеративні моделі соціальної взаємодії, зважаючи на стан атомізації українського суспільства, який частково був подоланий під час Революції гідності, адже соціальна структура Євромайдану була по суті побудована за цією моделлю мереживної соціальної взаємодії з її горизонтальними зв'язками<sup>18</sup>.

Організація передбачає певний розподіл ролей, відповідальності та витрат у ході своєї діяльності задля досягнення її цілей<sup>19</sup>. У юриспруденції це схоже

<sup>17</sup> Наводячи приклад надання переваги підкорення китайців мілітарним загонам, які фактично були бандитами, на противагу кочовим бандитам, Олсон говорить, що такі пріоритети в умовах хаосу 1930-х років у Китаї були зумовлені постійним контролем військовиків над територією та помірними розмірами данини, яку мало їм сплачувати населення [5].

<sup>18</sup> «...існує ситуація, в якій соціальні мотиви перш за все приведуть до узгодження дій членів латентної групи. Це так званий випадок «федеративної» групи – групи, поділеної на кілька малих груп, кожна з яких має причини об'єднатися з іншими для утворення федерації, яка представляла організацію в цілому. Якщо центральна (чи федеративна) організація надає будь-які послуги малій групі, що входить до федерації, то, скоріш за все, малі групи використають соціальну мотивацію, щоб примусити індивідів, що належать до кожної малої групи, вносити вклад у досягнення колективних цілей групи в цілому. Таким чином, організація, що використовують вибіркові соціальні мотиви для мобілізації латентної групи, мають бути федераціями, які складаються з малих груп» [4, с. 57].

<sup>19</sup> «Федеративна» модель соціальної взаємодії також справджується запровадженням моделі «витіснення» деградованої системи управління Міністерства внутрішніх справ, першим кроком чого стало створення патрульної поліції, що має мати логічним наслідком перебудови всієї системи поліції. Така модель соціальної взаємодії також передбачає

на певну ієрархію цінностей, яка має як формальну, так і матеріальну складові. Для юриспруденції критично важливим є доступ до основного ресурсу – інформації, оскільки достатній, інклюзивний її обсяг є основою компетентного владного рішення. Нижче я зроблю аналіз ролі цінностей та їх ієрархії на прикладі конституанти (п. 3.1.4) та юдикатури (п. 3.1.3).

**б) Теорія ігор.** Методологія теорії ігор ґрунтується на міждисциплінарному підході і виникла на стику фізики та математики (Джон Неш, Джон фон Нойман, Оскар Морґенштерн), а пізніше почала використовуватися в економіці та політології. Згідно з її постулатами існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть приносити найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів<sup>20</sup>. У юриспруденції ця теорія є найбільш придатною для соціології права, предметом дослідження якої є, зокрема, виникнення правовідносин, правосвідомості, проблеми ефективності правових норм. По суті методологія теорії ігор з точки зору соціології права дає відповідь на питання щодо зародження певного типу правових норм та інститутів, які забезпечують їх чинність.

У конституціоналізмі теорія ігор вказує на джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації або правового захисту конституції. Також теорія ігор пояснює особливості перебігу політичного процесу, вплив на його перебіг фундаментальних цінностей і принципів права, адже у кінцевому результаті додержання юридичних процедур і взаємний компроміс, як правило, дають гру із плюсовою сумою, а не з нульовою чи мінусовою сумою на відміну від конфронтаційних чи закритих моделей ведення політичної діяльності. Особливо згубним прикладом гри з мінусовою сумою є спроби виконавчої влади маргіналізувати згідно із формальними юридичними процедурами парламентаризм чи конституційну юстицію.

На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Роберт Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади [8]. Спираючись на багатий емпіричний матеріал Патнам разом із групою італійських дослідників робить висновок: «Правила та усталені процедури, що їх утверджують інституції, позначаються на політичних результатах через формування політичної поведінки. (...) Институ-

---

вितіснення надмірних регуляторних функцій держави, якими поки що мляво займається Міністерство економіки і регіонального розвитку, таргетними цілями якого би мали стати дерегуляція функцій держави, укрупнення громад для їх становлення як самодостатніх та європейська інтеграція України.

<sup>20</sup> Серед таких обмежувальних чинників можна назвати обмеженість ресурсів, конкуренція на ринку, динаміка цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо. Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватних до конкретної історичної обстановки і необхідних для досягнення певної легітимно покладеної мети.

ції впливають на результати тому, що вони формують особистості гравців, їхні повноваження та стратегію» [8, с.20]. Водночас теорія процедурної справедливості Джона Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації, тобто в умовах правової невизначеності [9]. Поряд з цим теорія ігор не враховує, на якій основі інституції можуть виробляти правила і процедури, чим вони зв'язані у своїй діяльності. Тобто, теорія ігор лише розкриває і зважає ефективність правил і процедур у конкретному суспільстві з його інститутами та відносинами. Дослідження Патнама лише підкреслюють, що в умовах атомізації суспільства існує низький рівень соціальної взаємодії, який на практиці означає вчинення індивідами раціональних, на їх думку, дій, кумулятивний ефект яких часто має результатом колективне безумство.

**в) Теорія визнання та легітимізація правил.** Процесові легітимізації правил передуює сам механізм визнання взаємних прав і обов'язків через обґрунтування лояльності як передумови легітимності владних інститутів. Згідно з доктриною політичного лібералізму такий механізм зумовлений моральними чинниками, які лягають в основу прийняття розважливих і раціональних рішень, що дає змогу забезпечити процес прийняття розсудливих управлінських рішень, які не можуть мати виключно утилітарний характер, а повинні задовольняти вимоги середньої корисності [9, с. 19–265;460–534].

Згідно з концепцією деліберативної демократії Юргена Габермаса, легітимність владних інститутів ґрунтується на демократичному дискурсові щодо передбачуваних наслідків владних рішень. Відповідно до розуміння громадянина у суто аристотелівській традиції він наголошує, що такий суспільний дискурс передуює суто нормативному прочитанню процесу влади: норми є лише наслідком такого дискурсу [10,с.337–354]. По суті Габермас наголошує на процедурному забезпеченні демократії, якому може сприяти і позитивне право, однак він обходить зачароване коло проблем, які хвилюють сьогodнішній конституційний дискурс в Україні: стан процедурної демократії – виборче і референдумне право – установчий процес. Подібний висновок робить Роберт Даль, проте він наголошує на гарантіях демократичного процесу як процесу ухвалення владних рішень, які забезпечують баланс інтересів у неоднорідному суспільстві [11].

Однак цього недостатньо, оскільки не можна прослідкувати, яким чином визнання та виконання таких владних рішень спирається на реальну підтримку громадян. Тому сьогodні актуальними є концепції демократичної легітимності прав людини та загальної демократичної легітимності. Концепція демократичної легітимності прав людини ґрунтується на зв'язку демократії із соціально-культурними, політично-структурними та етичними передумовами суспільства. З такої точки зору демократія не може розглядатися як бездоганий тип легітимності у конкретному визначеному суспільстві; однак без визнання прав людини процес легітимності імпліцитно відсутній, оскільки лише у демократичному устрої сьогodні можливо забезпечити гідність людини та приватну автономію [12].

За таких умов конституцію можна розглядати як інструмент забезпечення соціального порядку. Звідси можна визначити різні підходи до досягнення консенсусу. По-перше, конституція може розглядатися як нейтральний інструмент для соціального контролю. Така модель виходить з уявлень про індиферентність права до соціальних процесів і воно розглядається як інструмент владної політики.

По-друге, відповідно до моделі унітарного консенсусу через конституцію та акти законодавства встановлюється загальний інтерес, і, відповідно, правова система функціонує для їх захисту на противагу певним індивідуальним інтересам, які не узгоджуються із загальним інтересом. Унітарний консенсус будується на уявленнях про роль парламентської більшості у процесі ухвалення законів. У разі узгодження за допомогою права різних групових інтересів виходять з позиції, що правові інститути забезпечують ненасильницьке вирішення соціальних конфліктів у формі законодавчих процедур або застосування загальних принципів права судовими установами (плюралістична модель).

По-третє, узгодження інтересів за допомогою права тягне за собою вирішення проблеми оціночних понять (громадський порядок, публічний порядок, національна безпека, моральність тощо). Егалітарна тенденція права у даному випадку також тісно пов'язана із категоріями рівності і справедливості, які за своєю природою взаємодоповнюються.

По-четверте, аксіологічна легітимність передбачає наявність суспільного консенсусу щодо основних напрямів реалізації універсальних конституційних цінностей – гідності індивіда, свободи, рівності, справедливості, солідарності, субсидіарності. Зазначене передбачає наявність згоди щодо досягнення суспільно значущих цілей за допомогою виключно конституційних засобів, в основі яких лежить утвердження і забезпечення основних прав і свобод, функціонування суспільства на засадах відкритих зв'язків із забезпеченням балансу приватних і публічних інтересів, що є основою стабільності та динаміки конституційного ладу. Аксіологічна конституційна легітимність спирається на належні правові процедури, які гарантують доступ до конституційних благ на засадах рівності та справедливості.

### **3.1.2. Емоційність та раціональність у призмі теорій соціальної взаємодії.**

Тут буде коротко проаналізовано підходи Лева Петражицького та Джона Ролза з означених проблем та зроблено узагальнення з точки зору структури прав людини.

**а) Психологічна теорія Петражицького.** Лев Петражицький з посиланням на Імануїла Канта підкреслює складність визначення права. Хоча і в сучасному дискурсі теж доволі складно скласти цілісне уявлення права. Петражицький розкриває право через психічні переживання на прикладі відносин договору оренди [13, с. 24-25] як «зовнішнє відношення суб'єкта, що переживає правові явища в світі» [13, с. 25]. Далі він наводить приклад юридичних фікцій, які лежать

в основі конвенції в праві – звичаєве право як таке, що «колись так поступали предки», чи божественне походження права чи «конструктивістські», за його словами, концепції права, в основі яких лежить ідея загальної волі (наприклад, вчення Руссо). Натомість пропонується спостереження як спосіб дослідження правових явищ [13, с. 30]. Таким чином добудовується інсуб'єктна модель бачення правових явищ і процесів, як їхнє психологічне переживання, тому пропонується інтроспективний спосіб споглядання права. З точки зору теорії ігор за такої моделі правової поведінки ми будемо мати конкуруюче середовище із нульовою сумою, з точки зору соціальної взаємодії – суб'єктивно вмотивована поведінка буде раціональною, що суперечить практиці людських відносин; з точки зору правила визнання чи легітимації – виходить модель співпереживання щодо очікуваних наслідків правил, що впроваджуються у силу традиції чи визнання як взаємно збалансованого правила.

Для належного розуміння динаміки правовідносин у Петражицького слід звернути увагу на його визначенні ролі пізнання, почуттів та волі, оскільки вони мають значення для інтерпретації ним центральної категорії у праві свободи волі індивіда, яка має вирішальне значення для з'ясування предмета нашого розгляду. Пізнання трактується як певний акт переживання через органи почуття, що відображає процеси відчуття і сприйняття певних психічних актів [13, с. 118-119, 132-136]. Характеризуючи волю, Петражицький визначає два її різновиди: а) інстинкти та б) свідому волю. Переходячи до проблеми свободи волі, Лев Петражицький аналізує відмінність між детермінізмом і недетермінізмом у різного роду концепціях природи волі та свободи [13, с.150-151], доходячи до висновку про взаємопов'язаність свободи волі із причинно-наслідковими зв'язками [13, с. 153-154]. При цьому автор не абсолютизує детермінізм як такий, оскільки «універсальність причинного зв'язку ймовірна» [13, с. 155], з подальшим посиланням на мотив як на одну із засад поведінки особи [13, с. 160], на основі чого робляться припущення про її ціннісні установки.

Можна лише здогадуватися, чого Лев Петражицький все ж таки акцентував увагу на детермінізмі людської психології при вчиненні актів поведінки, хоча тут не завжди існує лінійний зв'язок, як не існує лінійного (причинного зв'язку) при визначенні природи цінностей у праві.

**б) Теорія справедливості Ролза.** Виводячи власну двоступінчасту структуру свободи, Джон Ролз також аналізує проблеми розумності у праві у контексті розмежування розсудливості і раціональності. На відміну від утилітарності, Ролз розглядає справедливість як чесність, на основі чого формулюється ним вимога вирівнювання: «...основна структура повинна б допускати ці нерівності так довго, поки вони поліпшуватимуть становище кожного, включно із ситуацією найменш привілейованих, за тієї умови, що вони узгоджуються з однаковою свободою й чесними можливостями» [9, с. 215]. Виходячи із правила розрізнення як основи розуміння засад рівності, згідно з якими з рівними слід поступати по-рівному, а з нерівними – не рівно, Ролз підкреслює важливість розсудливого ставлення до конкретного індивіда, з урахуванням його реального становища.

Далі робиться висновок, що сторони розглядають самих себе як таких, що мають інтерес вищого порядку навіть у порівнянні із власними інтересами, оскільки такі відносини зачіпають функціонування соціальних інституцій.

Згідно із таким розумінням свободи, Ролз зазначає, що застосований до основної структури принцип середньої корисності вимагає такого впорядкування інституцій, щоб максимізувати абсолютно зважену суму сподівань пов'язаних осіб, які презентують когось [9, с. 227]. Такі речі цілковитою мірою визначають вимоги якості установчої влади у дусі конвенціоналізму і її продуктом є конституція, яка навряд чи задовольняє сподівання всіх і є часто наслідком практичної і середньої корисності<sup>21</sup>. Ролз акцентує увагу насамперед на тому, що жодна конституція не є ідеальною, наскільки зводом певних правил політичного процесу, якого мають додержуватися всі, насамперед більшість, яка має ухвалювати відповідальні та зважені (розважливі) рішення. Так само, меншість має підкорюватися рішенням більшості, однак, якщо ступінь несправедливості таких рішень не може бути подолана законними засобами, тоді меншість вправі вимагати їх зміни навіть за допомоги засобів самозахисту. Наприклад, класичною такою ситуацією є перебіг Революції гідності, коли влада взагалі не реагувала на численні випадки кіднепінгу, катування і навіть вбивств учасників масового протесту проти правлячого уряду.

Розсудливість чи то розважливість розглядається Джоном Ролзом крізь призму передбачення можливих наслідків та адекватне їхнє усвідомлення в уяві. Тому робиться висновок, що раціональним буде такий вибір із запропонованих варіантів, такий план, який би був обраний за допомоги розважливої раціональності [9, с. 569]. Тобто Ролз акцентує увагу на зважування варіантів у конкретному контексті, за яких буде обраний не найкращий, а найоптимальніший, найдійовіший за відповідних обставин варіант. Тут знову ж таки постає проблема доступу до інформації з точки зору правової визначеності, оскільки брак такої також перешкоджає процесу ухвалення раціонального рішення. За будь-яких обставин тут постають питання свободи як здійснення відповідального вибору суверенною особою, наділеною повнотою приватної автономії.

#### **в) Погляд на проблему з точки зору структури конституціоналізму.**

Виходячи із мети і завдання цього дослідження, проблема розглядається на таких концептуальних засадах.

<sup>21</sup> «...на конституційних зборах метою сторін є знайдення поміж справедливих конституцій... однієї такої, котра б найімовірніше привела б до справедливого й дійового законодавства, з огляду на загальні факти суспільства, про яке мова. Конституція розглядається як справедлива, але не довершена процедура, сформована для забезпечення, наскільки це дозволяють обставини, справедливого результату. Не довершена вона тому, що немає такого здійсненого політичного процесу, котрий би гарантував справедливість прийнятих у відповідності з нею законів. У політичних справах годі досягти довершеної процедурної справедливості, ...наш природний обов'язок підтримувати справедливі інституції змушує нас коритися несправедливим законам і політичним напрямам чи, принаймні, не чинити їм опору незаконними засобами, поки вони не переступили певних меж несправедливості» [9, с. 486-487].

*i) Екстраполяція емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму та динаміку політико-правових інститутів.* Уже згадуваний Роберт Патнам підкреслював [8], що інститути громадянського суспільства і політичної системи, побудовані на мережі соціальних зв'язків, свідчать, у свою чергу, про ефективність правових норм і процедур. Водночас компаративний аналіз моделей конституціоналізму свідчить, що цього не достатньо. Адже виникає замкнене коло: відсутність або неефективність правових процедур і правил зумовлює неефективність згаданих інститутів – недоліки інститутів є об'єктивною перешкодою правових реформ. В Україні лише після Революції гідності та російської агресії почали всерйоз говорити про національну правову традицію та її гармонізацію із *acquis communautaire* ЄС. Виникає питання щодо критеріїв формування правил і процедур, щоб не вирішувати його у рамках дискусії на кшталт про первинність курки чи яйця. Така екстраполяція емпіричного досвіду на конституційні явища і процеси досить часто приводить до використання міждисциплінарних підходів, що притаманно, зокрема, для застосування системного методу, юридичної герменевтики, правового моделювання, психології права тощо.

*ii) Взаємозв'язок соціальних цінностей та конституційних явищ і процесів.* Динаміка конституційних явищ і процесів свідчить, що вони зумовлені певною структурою суспільства, мереживом соціальних зв'язків та усталених стереотипів поведінки. Оскільки соціальні патерни (усталені моделі поведінки) є результатом спонтанних соціальних процесів, відтворюються у поведінці та певним чином еволюціонують, то існують певні фактори, що обумовлюють природу цих явищ [14]. Лібералізм акцентує увагу на мінімізації втручання публічної влади у приватну автономію, натомість постмодерн – на диференціації, правах і свободах людини, культурний релятивізм. Однак емпіричні дані свідчать як про суспільну необхідність та легітимність втручання, так і об'єктивні межі культурного релятивізму<sup>22</sup>. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний процес.

*iii) Ієрархія конституційних цінностей та обґрунтування рішень.* З точки зору юридичного позитивізму писана конституція задовольняє вимогам правової визначеності, оскільки містить у собі каталог прав і свобод людини та межі здійснення публічної влади. Однак структура конституції зумовлена саме ієрархією соціальних цінностей, які забезпечуються конституційним захистом. Адже відбувається процес інституціалізації цінностей, які не можуть бути предметом ревізії конституції за жодних умов. З одного боку, це свідчить про консервативні інтенції сучасного конституціоналізму, з іншого – про універсалізм соціальних цінностей, які підлягають конституційному захистові. Завдяки цьому

<sup>22</sup> На міжцивілізаційному рівні видно відмінності у системі правових норм і процедур, які зумовлені структурою суспільства та особливостями соціальних зв'язків. Однак зміст конституційних норм та процедур зумовлений своєрідним їх каркасом, який зумовлений тяглістю відповідних конституційних традицій, що пов'язано із явищами континуїтету і дисконтинуїтету.

визначається власне структура сучасної конституції та її властивості як засобу легітимації суспільного порядку. Саме з точки зору фундаментальних цінностей, які мають сталий характер, вирішується, власне, проблема недостатності інформації та зважування емоційного та раціонального при ухваленні рішень, що на практиці виливається у рівні компетентності.

*iv) Структура конституції та вимоги до рішень.* Конституційні цінності істотно впливають на структуру конституції, що зумовлює логіку втілення її положень у життя. Певною мірою спостерігається взаємозв'язок між структурою конституції та ступенем її реалізації, що зумовлює інституціональну компоненту конституційного порядку [15]. З формально юридичної точки зору також спостерігається внутрішня структуризація конституції за ступенем юридичної сили її положень. Ця структуризація зумовлена такою схемою: положення конституції, що не підлягають переглядові – положення, які потребують особливої процедури перегляду і вони виступають критерієм для конкретних приписів конституції – основні вимоги до законодавства, адміністративної та судової практики, які ґрунтуються на положеннях конституції. Щодо визначення конституційних вимог щодо якості законодавства та адміністративної і судової практики в Україні, то вони зумовлені низкою факторів (пострадянське праворозуміння, розуміння реалізації конституції переважно як реалізації правових норм, розгляд конституційних гарантій крізь чотири ланки – політичну, соціальну, економічну та юридичну).

### **3.1.3. Конституційний контроль і проблема вибору.**

Традиційна суперечка між юдикатурою (судовим конституційним контролем) та верховенством парламенту вирішується через балансування, що залежить від конституційної традиції. Загалом конституційна юстиція забезпечує у такий спосіб верховенство конституції стосовно установленої влади – законодавця. Згідно із вітчизняною конституційною традицією, раніше ця дилема вирішувалася у площині відносин гетьман – козацька рада, яка з урахуванням принципу правової державності сьогодні має розглядатися суто у площині конституційний суд – парламент. Нижче будуть наведені приклади «складних справ», які стосувалися сфери свободи конституційного розсуду парламенту та вибору певних моделей правового регулювання у світлі конституційних принципів.

**а) Справи про утворення коаліції у парламенті.** Розгляд цих справ Конституційним Судом України (далі – КСУ) став певною точкою біфуркації, яка пов'язана із двоякою проблемою: 1) ригідністю ст. 83 Конституції<sup>23</sup>, яка є своє-

<sup>23</sup> Частина 6 ст. 83 Конституції України визначають такі правила:

«У Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України формується протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання Верховної Ради України, що проводиться після чергових або позачергових виборів Верховної Ради України, або протягом місяця з дня припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України.



рідним «правилом довгої руки» і відверто втручається у політичний процес та надмірно – у свободу політичної діяльності; 2) мультिवаріативністю перебігу політичного процесу за відсутності стійких політичних партій, що ускладнює або навіть унеможливує запуск механізмів ст. 83 Конституції.

і) *Справа 2008 року*. Рішення КСУ у справі про коаліцію депутатських фракцій [16] викладено суто у нормативістському трактуванні статті 83 Конституції<sup>24</sup>. Змістовний аналіз і SWOT-аналіз<sup>25</sup> на стадії розгляду справи вказував, що КСУ при легістському підході вирішення цієї справи, доведеться знову повернутися до її розгляду, чим себе може загнати у глухий кут і викликати кризу в конституційній системі, що незабаром і сталося.

Насправді проблема полягає в тому, що ст. 83 слід інтерпретувати у взаємозв'язку із іншими принципами і положеннями Конституції, оскільки така має тлумачитися як цілісний документ у світлі її цілей та фундаментальних принципів<sup>26</sup>. Однак найсуттєвішою вадою аргументації рішення КСУ було те, що Суд не попіклувався обґрунтуванням того, чого саме ті чи інші положення Конституції він застосовує та на яких підставах, з урахуванням якого саме фактичного складу.

Натомість правила ч. 6-10 ст. 83 Конституції регулюють суто політичну діяльність у чистому вигляді і такі формули не притаманні конституціям зарубіжних держав, оскільки вони визначають питання розсуду суб'єктів політичного процесу, тобто ці питання зачіпають стандарти мінімальності правового регулювання. Зокрема, ч. 6 ст. 83 імперативно визначає, що «за результатами виборів

---

Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України відповідно до цієї Конституції вносить пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, а також відповідно до цієї Конституції вносить пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України.

Засади формування, організації діяльності та припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України встановлюються Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України.

Депутатська фракція у Верховній Раді України, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, має права коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, передбачені цією Конституцією».

<sup>24</sup> КСУ навіть сформулював «положення» чи то припущення, що нібито існують конституційні прогалини, що відверто суперечить ст. 22 самої Конституції, яка визначає невідчужуваний і невід'ємний характер прав людини. Однак, насамперед, це положення є відвертим нехтуванням людської гідності, яка визначається як основоположна конституційна гідність та обов'язок держави захищати права людини (ст. 3 Конституції).

<sup>25</sup> Автор цієї статті працював радником Голови КСУ у той час і попереджував про пагубність такого підходу Суду і про можливі потенційні загрози для авторитету конституційної юстиції, особливо в контексті вибору у складному і мультिवаріативному політичному середовищі із інфантильними партіями, та про потенційну необхідність повернення до цієї справи за результатами президентських виборів, що цілком справдилося взимку-весною 2010 року.

<sup>26</sup> Натомість пікантна методика обґрунтування цього рішення Конституційним Судом, яка спиралася переважно на цитування самих положень Конституції та положень Регламенту Верховної Ради. Оскільки Регламент парламенту не був на той час ухвалений у формі закону, то він був визнаний цілком правомірно неконституційним.

і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України». Якщо ці правила трактувати з точки зору свободи політичної діяльності (ст. 15) та гарантій вільного волевиявлення депутатів парламенту (ч. 2 ст. 80 Конституції), це може входити у конфлікт із правами конкретних депутатів. Загалом ця юридична конструкція вкрай невдала, не сприяє вирішенню політичних конфліктів юридичним шляхом, а навпаки – консервує (обструкція парламентом уряду) або каналізує їх (нестійкість коаліції, оскільки неможливо за цими правилами створити уряд меншості).

ii) *Справа 2010 року*. Рішення КСУ від 6 квітня 2010 р. [17] набуло резонансного значення, оскільки легітимувало прихід пропрезидентського уряду до влади фактично на порушення конституційної процедури. Це приклад, коли КСУ без якихось, хоча би загальних, зауважень різко змінив власну юриспруденцію по одному і тому ж питанню. Відсутність перспективної візії своїх рішень чітко вплинуло на характер схвалюваного рішення. Як справедливо підкреслили експерти з питань правосуддя, згадане рішення могло «конкурувати хіба що із рішенням... у справі щодо перебування на посту Президента (так зване «рішення про третій строк Л. Кучми» або «1+1=1»)» [18]. Бачення своєї візії, соціальної функції та відповідальності виражає також емоційне та раціональне начала у конституційного судді, яке має базуватись на його рівні компетентності з питань конституційного права, життєвому досвіді та гідної поведінки.

У чисто радянському дусі, через предикат, на порушення засад конституційного конформного тлумачення законів Конституційний Суд дав інтерпретацію Конституції через положення Закону про Регламент Верховної Ради, який вже був ухвалений на той час. Тобто КСУ тлумачив положення ст. 83 Конституції не у світлі конституційних положень та *stare decisis* рішення від 16 вересня 2008 р., яке певним чином зв'язувало його у силу ст. 152 Конституції, а саме через положення правового акту, який є об'єктом конституційного контролю – регламенту парламенту. Відповідно до правил *overruling* Суд може переглянути власне *stare decisis* лише у разі виявлення його шкоди для правової системи та *mutatis mutandis* при належному обґрунтуванні підстав перегляду власної юриспруденції [19, с. 339–347].

Водночас, у світлі конституційних принципів та сутності змісту свободи політичної діяльності (ст. 15), свободи об'єднань (ст. 36) та депутатського індемнітету (ст. 80) стаття 83 Конституції набуває зовсім іншого звучання, оскільки правила останньої надмірно звужують сутність змісту зазначених фундаментальних свобод, які є основою конституційного порядку. Такі виходять парадоксальні ситуації у разі відсутності чіткої візії передбачуваних наслідків чинності конституційних принципів і положень.

**б) Справа про порушення конституційної процедури ухвалення закону № 2222.** У цій справі [20] КСУ не володів належною юрисдикцією, оскільки задачею конституційних судів не є переписувати конституції з урахуванням природи установчої влади та природи власної діяльності. Насамкінець, КСУ не

навів переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки.

i) *Конституційні цінності та захист конституційного порядку.* У цій справі КСУ, як випливає з аналізу рішення, не ставив собі на меті захист конституційних цінностей, така мета припускається імпліцитно – питання процесуальної справедливості є також цінністю у праві. Ухвалення парламентом закону № 2222-IV без позитивного висновку Конституційного Суду відповідно до ст. 159 Конституції та одночасно із ординарними законами є грубим порушенням конституційної процедури. Водночас, загальною хвилюючою рисою висновків КСУ у справах щодо відповідності фундаментальним принципам конституційних законопроектів є фактична відсутність належної їх аргументації, що досягло свого апогею у висновку № 1-в/2016, про що свідчать 10 окремих думок до нього. Однак з точки зору конституційної процедури КСУ може розглядати конституційні законопроекти, які не набрали чинності, оскільки інакше, в режимі *a posteriori*, юдикатура втручається у правове регулювання, яке є у полі розсуду носія установчої влади – конституцієдавця.

ii) *Конституційна процедура та захист конституційного порядку.* Отже тепер питання лежить у площині захисту конституційних цінностей, оскільки лише у такій системі координат мислимий судовий активізм. Однак судовий активізм мислимий за умови «добудови права» [21], яка ґрунтується на конкретних обставинах справи і за жодних умов не має мати наслідком масштабної зміни моделі правового регулювання. Розумний суддя за зазначених обставин має мати на увазі, що скасування конституційного закону у цілому має масштабні юридичні наслідки, *inter alia*:

- зміна обсягу повноважень конституційних органів влади;
- порядок набуття, строки та перебіг строків повноважень конституційних органів влади;
- зміна конституційної системи стримувань і противаг як центрального елемента поділу влади, зокрема вже згадуваних ригідних «правил довгої руки» політичного процесу, визначених у ст. 83 Конституції.

За своєю природою жоден суд, ухвалюючи власне рішення, не може вирішувати питання, яке стосується поля розсуду установчої влади. Таким чином, конституційний закон може бути належним чином переглянутий у рамках загальної процедури внесення змін до Конституції після забезпечення демократичних засад його обговорення та ухвалення.

iii) *Цілі конституційного контролю та установча процедура.* Метою конституційного контролю є захист фундаментальних правових цінностей і принципів та вирішення спорів стосовно розуміння окремих аспектів конституційних положень, особливостей їх конкретизації в актах законодавства, управління та правосуддя. Цілі конституційного контролю залежать від обрання суддівської моделі від моделі стримування до активізму. За будь-яких обставин обрання судом стратегії вирішення справ, пов'язаних із реалізацією установчої влади народу, має бути спрямоване на забезпечення легітимності установчого процесу та підвищення стандартів захисту прав людини. У цьому відношенні Конституцій-

ний Суд включений у процес демократичного дискурсу стосовно передбачуваних наслідків закону про внесення змін до Конституції України.

**в) Конституційна юстиція і проблема вибору: справа про розпуск Компартії, демократичний дискурс та конституційні цінності.** Справа про розпуск Комуністичної партії [22] є прикметною значимістю дискурсу і ролі особистості судді в процесі конституційного судочинства. Особливістю цієї справи було те, що деякі судді КСУ у свій час були залучені до підготовки Указу Президії Верховної Ради УРСР про розпуск Компартії України і вони заявили самовідвід. При цьому ці судді були авторитетними конституціоналістами і теоретиками права, що значно вплинуло на дискурс між судьями під час розгляду цієї справи по суті. Склад *amicus curiae* у цій справі, виходячи із складу експертних установ та науковців (які представляли переважно осіб із комуністичною ідеологією), неповно представляли наукові школи України, також обмежив демократичність дискурсу<sup>27</sup>.

Заданий тон дискурсу призвів до того, що КСУ із незрозумілих і явно надуманих міркувань застосував фактично зворотну силу Конституції 1996 р. до правових актів вже неіснуючого органу Верховної Ради, які були ухвалені у 1991 р. у результаті парламентського розслідування участі КПУ у ГКЧП, яка мала спробу згорнути реформи у тогочасному СРСР, узурпувавши владу. При цьому КСУ навіть певні міркування, що ці правові акти Президії Верховної Ради УРСР мають характер нормативно-правових актів, хоча насправді вони є класичним актом індивідуальної дії, яким була зупинена і розпущена фактично злочинна організація. А заходи, спрямовані на звільнення членів КПУ та вирішення долі партійного майна, можна було розцінювати хіба що як організаційні елементи процедури ліквідації цієї організації як юридичної особи.

У руслі постструктуралістської деконструкції майже за Жаком Дерріда<sup>28</sup> [23] КСУ, спираючись навіть на сумнозвісну шосту статтю радянської фейкової конституції (за Джованні Сарторі [1]), наводить думку, що ні КПРС, ні КПУ не були організаціями, оскільки КПРС визнавалася в якості «керівної і спрямовуючої сили радянського суспільства, ядром політичної системи, державних і громадських організацій» і ці функції «фактично нею здійснювалися і після виключення 24 жовтня 1990 року статті 6 з Конституції... УРСР», а тому вони взагалі не були партіями чи організаціями у сенсі статей 15, 36, 37 чинної (?) Конституції України.

Такий дискурс у рішенні КСУ чітко демонструє залежність змісту правових явищ і процесів в Україні від радянської спадщини. Останнім штрихом, що характеризував стиль КСУ тодішнього періоду, це посилання на правову позицію Генеральної прокуратури транзитом через постанову Президії Верховної Ради вже України від 14 травня 1993 р., згідно з якою «не встановлено кримінальним звинуваченням

<sup>27</sup> Це приклад справ «міжріздвяних сутінків» (тобто між католицьким і православним Різдвам) у практиці Конституційного Суду, прикладом яких можуть служити справи про третій строк Леоніда Кучми 2003 р., про соціальні зобов'язання на рубежі 2012/13 років, коли увага суспільства до справ конституційної юстиції дещо слабшає на фоні різдвяних колядок і новорічних вакацій.

<sup>28</sup> Згадаймо знамениті слова Жака Дерріди, що «нічого не існує поза текстом»..

керівництва Компартії України у підтримці своїми діями державного перевороту 19-21 серпня 1991 року і сприятні тим самим його здійсненню на території України».

Слід зазначити, що радянському праву була притаманна гіпертрофована роль прокуратури у системі захисту прав людини, яка не витримала іспиту часом, особливо у період репресій за часів радянського правління і навіть під час Революції гідності (ігнорування обов'язку розслідування фактів кіднепінгу, катувань, зникнення і вбивств учасників масових протестів на Євромайдані). Це також тиснуло на КСУ при розгляді справи.

Криза пострадянського праворозуміння, його відверте нехтування правами людини, етатистський стиль правової системи наклали свій відбиток на розгляд справи КСУ про розпуск КПУ після ГКЧП 19–21 серпня 1991 р. За таких умов, як правило, емоційне начало бере верх над раціональним, оскільки перехідні суспільства є більш атомізовані і ступінь соціальної взаємодії в них істотно нижчий, що впливає на характер і зміст юридично значущих актів.

#### **3.1.4. Установча влада та проблема вибору.**

Установча влада стосується кардинального, вирішального вибору народом способу конституційного правління та визначення стратегії розвитку суспільства. Водночас слід наголосити, що конституцію складно уявити в якості якогось глобального соціального проекту.

**а) Основні моделі установчої влади у контексті вибору.** Проблема вибору в конституціоналізмі стосується парламентських, конвентистських чи змішаних моделей реалізації установчої влади. *Differencia specifica* належать моделі подолання тоталітарних практик правління, як це були ухвалені конституції у Японії та Німеччині після Другої світової війни (хоча німецька модель більш схожа на квазі-парламентську із елементами консоціації).

i) *Парламентські моделі* зорієнтовані на те, щоб пригасити чи обмежити політичні пристрасті у ході ухвалення конституцій чи їх перегляду. Це досягається, як у Нідерландах, через вимогу належної процедури, згідно з якою у разі внесення змін до конституції нижня палата парламенту підлягає розпускові, а конституційні зміни набувають чинності лише за умови їх схвалення парламентом наступної каденції. Цей підхід нині критикується, оскільки для країн Північної Європи, де діє ця модель, протягом тривалого періоду притаманна діяльність урядів меншості, а в цих умовах не можна вирішити кардинальні проблеми. Альтернативою цьому є процедура схвалення конституційного законопроекту кваліфікованою парламентською більшістю, але такі закони підлягають наступному матеріальному конституційному контролю на предмет відповідності фундаментальним принципам права.

ii) *Конвентистські моделі* є практичним втіленням ідей конституанти, яка насправді рідко реалізовується. Практичне втілення її інколи навіть є сумнівним з точки зору легальності – яскравим прикладом є Філадельфійський конвент, який не володів повноваженнями на ухвалення федералістської конституції. Однак Конституція США була ратифікована легіслатурами всіх штатів, сьогодні застосовується належним чином Верховним судом США, що забезпечило загалом легіти-

мність процесу. Так само Національні установчі збори у результаті своєї діяльності схвалили Конституцію Франції, яка набула чинності 30 вересня 1791 року. Це була одна із 16 конституцій Франції, яка підтверджує специфіку конституційної традиції цієї країни. Загалом конвентистські моделі засвідчують фазу переходу країн від колоніальної залежності, диктатур чи тоталітарних практик правління і не завжди засвідчують утвердження конституційного порядку (як то було у Франції).

*iii) Змішані моделі* реалізації установчої влади базуються на поєднанні матеріальних і процесуальних обмежень внесення змін до конституції, прикладом чого можуть служити вимоги статей 3, 5, 22, 72 та розділу XIII Конституції України. Процесуальні обмеження, пов'язані із вимогою повторного схвалення певних конституційних положень, спрямовані на улагодження політичних пристрастей, поглиблення соціального діалогу та обмін суспільно значущими думками у ході ухвалення рішення. Зважування конституційних цінностей обумовлює різні моделі балансування та обґрунтування таких змін.

#### **б) Проблема легітимності Конституції України у контексті вибору.**

Після двох конституційних розривів, які були наслідком (1) згорання державності Гетьманщини наприкінці 18 сторіччя і її асиміляцією до Російської імперії та (2) невдачею національно-визвольних змагань 1917/22 років та інкорпорації маріонеткової УСРР до складу імперського Радянського Союзу, поновлення конституційного порядку мало б здійснюватися за конвентистською моделлю. Адже Україна вийшла зі складу СРСР. Однак після колапсу Радянського Союзу так і не відбулося реальної декомунізації та десовєтизації влади, оскільки посткомуністична еліта так і залишила контролювати процес здійснення влади. Після проголошення незалежності України та схвалення відповідного Акту на всеукраїнському референдумі інститути влади потребували своєї легітимациї. Однак після набуття Україною своєї незалежності не були проведені вибори до Верховної Ради та місцевих рад. Як свідчить досвід «оксамитових революцій» у постсоціалістичних країнах проведення нових виборів після падіння комуністичного режиму відкрило соціальні ліфти та ротацію політичних еліт. Натомість в Україні зі старими інститутами влади процес політико-правових реформ набув конфліктного характеру. Україна після Польщі (1997 р.) та Угорщини (2010 р.) лише у 1996 р. ухвалила нову Конституцію, хоча у зазначених країнах були істотно ревізовані конституції соціалістичного взірця протягом 1989–1993 рр.

Процесові реалізації установчої влади істотно перешкождало протистояння Верховної Ради і Президента, а також незавершена приватизація та відсутність належних гарантій права власності. В якості політичного компромісу стало прийняття 8 червня 1995 року Конституційного Договору між ними на період до прийняття нової Конституції України. Конституційний Договір значно вдосконалив засади організації публічної влади і набрав характеристики своєрідної «малої конституції». Цей правовий акт виражав перехідний характер реалізації установчого процесу і зобов'язував публічну владу забезпечити прийняття нової Конституції України. Насправді легітимним способом мало бути схвалення спеціального закону, який би визначав порядок розробки і ухвалення нової Конституції Украї-

ни, оскільки численні поправки до Конституції УРСР 1978 р. так і не сприяли становленню конституційного порядку, а консервували авторитаризм.

Однак необхідно підкреслити, що парламент ухвалив нову Конституцію України під тиском глави держави, який виніс власну редакцію проекту Конституції на затвердження всеукраїнського референдуму. Також депутати парламенту мали на увазі потенційний прихід до влади комуніста Геннадія Зюганова за результатами другого туру президентських виборів 3 липня 1996 р. у Російській Федерації зі всіма їх наслідками. Це вплинуло на певні елементи демократичної легітимності Конституції України, адже її ухвалювали дві третини депутатів парламенту, більшість яких були пов'язані з комуністичною спадщиною.

#### **в) Окремі проблеми установчої легітимності Конституційної Комісії.**

Такі обставини ухвалення Конституції України 28 червня 1996 року завжди давали привід для її критики, на основі чого пропонувалися різного роду проекти її ревізії<sup>29</sup>. Однак найбільшу загрозу легітимності несе практика виконавчої влади<sup>30</sup> щодо неповаги до Конституції, оскільки переважно така ініціює її перегляд, навіть не випробуючи використання всіх конституційних правил, тобто всього прогностичного і регулятивного потенціалу Конституції.

Створення восени 2014 р. Конституційної комісії мало на меті забезпечити децентралізацію влади та права на справедливий суд; предметом її роботи також стали проблеми реалізації конституційних прав і свобод<sup>31</sup>. Реально процес децен-

<sup>29</sup> Після всеукраїнського референдуму за народною ініціативою 2000 р., внесення змін до Конституції 4 грудня 2004 р., діяльності Національної конституційної ради (2007 – 2010 рр.) та Конституційної Асамблеї (2012 – 2014 рр.). Внаслідок переговорів трьох міністрів закордонних справ країн ЄС, спеціального посланника Росії, представників опозиційних фракцій парламенту із Януковичем було укладено 21 лютого Угоду про подолання політичної кризи та відбулося повернення до консенсусних механізмів функціонування влади. Після цього 22 лютого Верховна Рада 386 голосами депутатів ухвалила Закон про повернення до Конституції у редакції Закону № 2222, який на сьогодні виконує функцію перехідного конституційним акта, спрямованого на ухвалення нової Конституції (чи її нової редакції). Легітимізацію цього процесу забезпечило призначення дострокових президентських виборів, а пізніше, восени 2014 р. – парламентських. Однак цей процес є ще несталим, оскільки його ефективність залежить від ухвалення змін до Конституції (наразі 2 червня 2016 р. внесені зміни до Конституції щодо правосуддя).

<sup>30</sup> Відповідно до усталеної європейської конституційної традиції у якості виконавчої влади розглядаю Президент і Кабінет Міністрів з публічною адміністрацією (неполітичне крило виконавчої влади).

<sup>31</sup> Проблема також пов'язана із сумнівним механізмом поновлення чинності конституційного закону № 2222, визнаного Конституційним Судом неконституційним у зв'язку із порушенням його процедури ухвалення шляхом ухвалення ординарного Закону від 22 лютого 2014 р. Це стало елементом квазі-конвентизму згідно з умовами Угоди про подолання політичної кризи від 21 лютого 2014 р., внаслідок чого Віктор Янукович самоусунувся від виконання обов'язків Президента. По суті поновлення конституційного порядку може бути здійснене лише за умови неухильного додержання конституційної процедури перегляду Основного Закону відповідно до вимог Розділу XIII Конституції чи ухвалення на основі цього розділу нового порядку ревізії Конституції.

тралізації влади залежить від законодавства та адміністративної практики – фрагментарно вже цей процес розпочався через перерозподіл на користь громад окремих податків та деяких інших фінансових інструментів. Пропозиції щодо федералізації, що звучали у рамках Мінських домовленостей між Україною та Росією при посередництві Німеччини і Франції, не витримують критики, оскільки вони не відповідають вітчизняній конституційній традиції. Так само, без якихось змін до Конституції дещо із запізненням запущено процес добровільного об'єднання громад з метою становлення їх як самодостатніх об'єднань. По суті, самодостатнє самоврядування і справедливий суд є метою конституційної реформи, а у кінцевому результаті – реалізацією конвентистської моделі установчої влади.

### **3.1.5. Вибір та суспільно-політичні дебати: до реалізації конституції.**

Про форми реалізації конституції я нещодавно писав, виділивши три її рівні: мікро-, мезо- і макрорівень [24]. На сьогодні домінуючою є чисто нормативістське прочитання реалізації конституції як процес реалізації конституційних норм (суто мікрорівень), що має мало спільного із реальним життям і насправді викривлює дійсність. Адже головним для нас є ступінь втілення положень конституції в життя, зважаючи на домінування позицій юридичного позитивізму. Саме тут важливим є аналіз сформульованого Федеральним конституційним судом Німеччини принципу вірності конституції.

У справі про загороджувальний бар'єр на виборах депутатів Європарламенту ФКС Німеччини наголосив, що у 2011 р. він визнавав вже неконституційним 5-відсотковий бар'єр, оскільки він істотно викривлює волевиявлення виборців та їх представництво. Натомість 7 жовтня 2013 р. Бундестаг вніс зміни у Закон про вибори депутатів Європейського парламенту, знизивши виборчий бар'єр для партій до трьох відсотків. Рішенням від 26 лютого 2014 р. ФКС визнав такий загороджувальний бар'єр також неконституційним [25, с. 297, 299]:

*«...запровадження виборчого бар'єру в 3% після визнання недійсним виборчого бар'єру в 5% викликає заперечення не лише в результаті того, що тим самим порушується заборона повторного прийняття скасованої норми або принцип вірності державних органів конституції (пункт 1). <...>*

*Законодавець не був повноважний замість визнаного нечинним п'ятивідсоткового виборчого бар'єру встановити оспорюваний тривідсотковий бар'єр не лише вже внаслідок обов'язкової юридичної сили рішення від 9 листопада 2011 р. згідно з § 31 абз. 1 Закону про Федеральний Конституційний Суд».*

**а) Вірність конституції та логіка вибору.** Принцип вірності конституції зв'язує законодавця і втілюється у вигляді певного алгоритму: і) суспільно-політичних дебатів; ii) вільної конкуренції та змагань між політичними ідеями та програмами; iii) свободі розсуду законодавця при правовому регулюванні.



i) *Суспільно-політичні дебати і раціональність вибору.* Перебіг політичного процесу залежить від ступеня демократичності дискурсу стосовно передбачуваних наслідків владних рішень та заснованих на них запроваджуваних соціально-економічних заходів у політиці уряду та адміністрації. В умовах дигіталізації, зростання ролі кіберправа та мас-медіа в суспільстві обмін політично значущими думками набуває вирішальної ваги у забезпеченні реалізації конституції. З точки зору комунікативної демократії ці питання стосуються гарантій вільного доступу до суспільно значущої інформації та гарантій свободи вираження поглядів. Переконливість аргументів при дискурсі є вагомим фактором ухвалення рішень і він не завжди відповідає вимогам раціональності вибору, оскільки передбачає зважування коротко, середньо- і довгострокових його перспектив з точки зору законних очікувань, що знову ж таки пов'язано із обмеженням доступу до інформації. Тому на перший план виступають гарантії свободи вираження поглядів. Водночас тут виникають і потенційні загрози у силу ведення різного роду інформаційних воєн [26; 27], які можуть служити елементом проксі-воєн. На це також слід належним чином реагувати у рамках заходів, передбачених доктриною *militant democracy*<sup>32</sup>, покликаною захищати фундаментальні цінності від маргінальних політичних течій і рухів.

ii) *Вільна конкуренція та змагання між політичними ідеями та програмами.* Діяльність у сфері політичного процесу у перехідних демократіях передбачає конкуренцію за доступ до ресурсів, які є завжди обмеженими. У практичній площині це втілюється у конкуренції політичних ідей та доступі до ресурсів між організаціями лобістів. Політичний інфантилізм вітчизняних партій має наслідком злиття функцій лобіювання та народного представництва, що не сприяє раціоналізації політичного процесу. Засобами подолання такого стану може стати легалізація лобіювання шляхом реєстрації лобістських організацій при парламенті, заборона лобіювання у діяльності депутатів парламенту, державне фінансування парламентських партій, встановлення заборон певних видів політичної агітації. Тому лобіювання має мати роль суто функціонала, а не вирішального фактора політичних рішень, що сприятиме хоча б частковій раціоналізації політичного процесу, зокрема, законодавчого процесу. Інакше ми будемо й надалі

<sup>32</sup> Зокрема канадський досвід у сфері боротьби проти ворожих висловлювань як невід'ємного елементу інформаційних воєн передбачає такі заходи:

- у законі про боротьбу з тероризмом 2001 р. були включені більш жорсткі положення, спрямовані проти пропаганди ненависті і дозволяють за вказівкою суду видаляти з Інтернету висловлювання, які сприяють розпалюванню ворожнечі;
- передбачено склад злочину на ґрунті ненависті, пов'язаний із заподіянням шкоди місцям відправлення релігійних культів і посяганням на власність релігійних організацій;
- Верховний суд вважає кримінальну заборону на «мову ненависті» розумною і пропорційною щодо свободи вираження (R. v. Keegstra (1990) 3 S.C.R. 397 і R.A.V. v. City of St. Paul 112 S.Ct. 2538(1992));
- використання кримінальної санкції може бути обґрунтовано турботою про жертви розпалювання ненависті і забезпечення їх права на рівність [28].

рухатися у системі координат, описаної ще у 1920-х роках доволі точно Карлом Шміттом [29], який критикував вади ліберального парламентаризму, хоча на-вряд їх можна віднести до класичного лібералізму, оскільки плутократія, непотизм, політична фрагментація, корупція притаманні перехідним демократіям; лібералізм тяжіє, скоріше, до традицій республіканізму, якій вищеозначені речі абсолютно чужі.

*iii) Свобода розсуду законодавця та моделі правового регулювання.* Демократія не є всеосяжною системою необмеженого правління «тиранії більшості». На думку Майкла Сейварда, демократична система повинна адекватно реагувати на суспільні запити й потреби<sup>33</sup>. Законодавець зв'язаний конституційними принципами і цінностями, які й визначають рамки законодавчого регулювання та можливий вибір певної моделі регулювання (від лібертарної то соціетальної). Для цих цілей Конституційний суд України обрав доволі сумнівну доктрину «політичної доцільності»<sup>34</sup>, оскільки такий підхід суперечить забороні сваволі у діяльності органів публічної влади, яка, тобто ця заборона, є елементом верховенства права.

**б) Вірність конституції та втручання у приватне життя.** Основоположна конституційна норма<sup>35</sup> визначає принцип, який є надпозитивним, тобто визначає критерій якості писаного права – встановлює критерій якості закону, який за ніяких умов не може посягати на реальну здатність особи забезпечити доступ до матеріальних чи духовних благ або захистити законний її інтерес. У структурі конституційного порядку категорія «гідність людини» є «відкритим положенням», яке у ході конкретизації та інтерпретації законодавства наповнюється змістом і надає обґрунтування стосовно забезпечення особи рівних можливостей для вільного розвитку своєї індивідуальності. Таким чином, сутність змісту права людини полягає у можливості особи робити суверенний і відповідальний вибір стосовно розвитку своєї індивідуальності у відкритому суспільстві<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Тому Сейвард відстоює концепцію самообмежувальної демократії, яка складається з низки елементів: «якщо а) правління, яке реагує (responsive rule), має діяти в політичних спільнотах настільки, наскільки це можливо і б) правління, яке реагує, може перетворитися просто на систему правління більшості, тоді в) чинники, логічно потрібні для стійкості правління, яке реагує, мають бути поза процедурами прийняття рішень більшістю» [30, с. 28].

<sup>34</sup> Задля таких цілей, відповідно до принципу верховенства права, КСУ мав би спиратися на доктрину «політичного питання», яка, власне, й означає, що конституційна юстиція не втручається у питання свободи розсуду парламенту чи уряду, якщо така ґрунтується на положеннях Конституції і не посягає на сутнісний зміст права (the very essence of the right).

<sup>35</sup> В якості такої розглядається формула речення третьої частини другої статті з Конституції: «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.»

<sup>36</sup> Так, Петер Коллер характеризує три моделі, які визначають обсяг значущості прав людини: а) модель розділених; б) модель всеохоплюючого світового суспільства; в) модель взаємозалежних національних суспільств [31, с. 100–102]. Ця модель є цілком задовільною, оскільки вона враховує диференціацію різних типів правової традиції та їхньої взаємодії стосовно розуміння прав людини.

У свою чергу, повага до прав людини насамперед означає, що законодавство має належним чином врегульовувати обсяг і зміст прав людини і основоположних свобод. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання відповідно до конституційних цінностей і принципів, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування виконавчою владою і судами, означає відсутність законодавчого регулювання<sup>37</sup>. Звідси випливає вимога до якості публічного управління як процесу вирішення питань суспільного значення.

З точки зору систематики юридичних засобів втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону<sup>38</sup>. Ідея втручання у сферу приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава і одночасно – найбільш потенційним їх порушником.

Конституція закладає стандарти законодавчого регулювання, яке має насамперед відповідати ідеям захисту прав людини та доступності управлінських послуг індивідам. Це вимагає корінної перебудови діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування. Адже справедливо пише Бруно Леоні, що законодавче регулювання має наслідком обмеження прав людини [34, с. 115 і наст.] – тому мають додержуватися стандарти стосовно збереження сутності змісту основного права. Нещодавно про ці стандарти висловився Конституційний Суд [35] наступним чином:

---

<sup>37</sup> Наприклад, встановивши дискримінаційність відсутності обмеження щодо встановлення граничних меж штрафів та неустойок для фізичних осіб – споживачів у порівнянні із наявністю такого обмеження для юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців Конституційний Суд України у справі Дмитра Козлова вказав на відповідне упущення законодавця і рекомендував врегулювати цей недолік [32]:

«...умови договору споживчого кредиту, його укладання та виконання повинні підпорядковуватися таким засадам, згідно з якими особа споживача вважається слабкою стороною у договорі та підлягає особливому правовому захисту з урахуванням принципів справедливості, добросовісності і розумності. Виконання державою конституційно-правового обов'язку щодо захисту прав споживачів вимагає від неї спеціального законодавчого врегулювання питань, пов'язаних із забезпеченням дії зазначених принципів у відносинах споживчого кредитування, зокрема щодо встановлення справедливого розміру неустойки за прострочення виконання грошових зобов'язань позичальниками – фізичними особами.»

<sup>38</sup> З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання» [33, с. 81]. Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини (BVerGE, 71, 183 (191)), згідно з яким: «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади і не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права.»

*«...обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрунтованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права».*

І вибір полягає саме у поліпшенні стандартів захисту прав людини.

**Висновки.** Проблема поєднання емоційного та раціонального у сучасному конституціоналізмі проявляється у зважуванні конституційних цінностей і принципів, що проявляється у функціонуванні правових інституцій та дієвості правил. Такі правила не завжди є справедливими, оскільки вони ґрунтуються на суспільному визнанні та належній формалізації, виражаючи середню корисність із набору можливих варіантів. За будь-яких обставин тут постають питання свободи як здійснення відповідального вибору суверенною особою, наділеною повнотою приватної автономії. Психологічні установки, переживання та емоції знаходять у юриспруденції у забезпеченні соціальної взаємодії, яка може мати конфліктну, нейтральну чи кооперативну моделі із відповідними їхніми модифікаціями.

Аналіз реалізації установчої влади народу та конституційного правосуддя засвідчує проблему недостатності інформації, що знижує раціональність вибору правил і процедур у ході ухвалення юридично значущих рішень. Це компенсується через нейтральність юридичних процедур та зважуванням конституційних цінностей. Якщо для конституційної юстиції притаманні стратегії від судового активізму до суддівського самообмеження, на чому будується логіка та аргументація її актів, то для конституцієдавця стратегія завжди є активною, оскільки вона спрямована на визначення певної конституційної моделі, найбільш придатної для наявної структури соціальних інститутів, процедур і правил. У світлі конституційних цінностей законодавець і виконавча влада мають ухвалювати власні рішення відповідно до засад вірності конституції, належним чином конкретизуючи, деталізуючи та інтерпретуючи її зміст. Основним критерієм легітимності дій влади є забезпечення прав і свобод людини, що й визначає сучасне розуміння проблеми у світлі демократичного дискурсу та вибору поведінки приватними особами, так і певного рішення органами публічної влади.

### Список використаних джерел

1. Giovanni Sartori. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*. 1962. Vol. 56. № 4 P. 853–864.
2. *Dutch King Willem-Alexander declares the end of the welfare state*. Open access: URL:<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/dutch-king-willemalexander-declares-the-end-of-the-welfare-state-8822421.html>

3. Остром Э. *Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности*. Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2010. 447 с. (Серия «Экономика»).
4. Олсон Мансур. *Логика коллективных действий. Общественные блага и теория групп*. Москва: Фонд Экономической Инициативы, 1995. 174 с.
5. Olson, Mancur. Dictatorship, Democracy, and Development. *American Political Science Review*. 1993. № 3. P. 567–576.
6. Аннерс Э. История европейского права. Москва: Наука, 1994. 397с.
7. Ева Томпсон. *Трубадури імперії: Російська література і колоніалізм*. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2006. 368 с.
8. Патнам Роберт Д. та ін. *Творення демократії: Традиції громадської активності в сучасній Італії*. Київ: вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 302 с.
9. Ролз Джон *Теорія справедливості*. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.
10. Габермас Юрген. *Залучення іншого: Студії з політичної теорії*. Львів : Астролябія, 2006. 415 с.
11. Даль Р. *Демократия и ее критики*. Москва: РОССПЭН, 2003. 576 с.
12. Бьокенфьорде Е.-В. Чи є демократія необхідною вимогою прав людини? Госепат Ш. та Г. Ломан (ред.). *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. С. 163 – 171.
13. Петражицкий Л.І. *Введение въ изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологи*. Изд. 3-е. Санкт-Петербург. : Типография Ю.Н. Эрлихъ, 1908. – iv+266 с.
14. Richers D. Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. 2007. № 67. S. 509 – 540.
15. Панов М.І., Герасіна Л.М. (ред.) *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність*. Київ: Ін Юре, 2005. 382 с.
16. Рішення КСУ № 16-рп/2008 від 17.09.2008р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>
17. Рішення КСУ № 11-рп/2010 від 06.04.2010 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10>
18. Щодо рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 року. URL: <http://www.khpg.org/en/index.php?id=1271109353>
19. Барак Аарон. *Судейское усмотрение*. Москва: Изд-во НОРМА, 1999. 376 с.
20. Рішення КСУ № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>
21. Циппелиус Р. *Юридична методологія*. Київ: Реферат, 2004. 176 с.
22. Рішення КСУ № 20-рп/2001 від 27 грудня 2001 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-01>
23. Дерида Ж. *Письмо та відмінність*. К.: вид-во Соломії Павличко «Основи», 2004. 602 с.
24. Савчин М. Конституційний Суд України та реалізація Конституції України. *Публічне право*. 2015. № 1. С. 9–17.
25. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент. *Дай-*

- джест публичного права и международного права Института Макса-Планка.* 2014. № 2. С. 285–324. URL: [http://dpp.mpil.de/03\\_2014/03\\_2014\\_285\\_324.pdf](http://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf)
26. Почепцов Г.Г. *Информационные войны.* Киев: Ваклер; Москва: Рефл-бук, 2000. 280 с.
  27. Почепцов Г.Г. *Теория коммуникации.* Киев: Ваклер; Москва: Рефл-бук, 2001. 656с. (Образовательная литература).
  28. Кент Роч. Антитерорризм та воиственна демократія. *Сравнительное конституционное обозрение.* 2002. №№ 2(47) , 3(48).
  29. Карл Шмитт. *Политическая теология.* Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 15–98.
  30. Бітем Д. (ред.) *Визначення і вимірювання демократії.* Львів: Літопис, 2005.
  31. Коллер П. Сфера значущості прав людини Г'осепат Ш. та Г. Ломан (ред.). *Філософія прав людини.* Київ: Ніка-Центр, 2008. 320 с. С. 87–109.
  32. Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13>
  33. Шмідт-Ассманн Г. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права.* Вид. 2-е. Київ: Вид-во «К.І.С.», 2009. 552 с.
  34. Леони Бруно. *Свобода и закон.* Москва: ИРИСЭН, 2008. 308 с.
  35. Рішення КСУ № 3-рп/2015 від 8 квітня 2015 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15>

## 3.2. Конституційні інновації та вірність конституції

**Вступ.** Сьогодні створюється враження, що свята справа авторитаризму та деспотії живе і перемагає, а простір ліберальної демократії звужується, як шагренева шкіра. І це в деякій мірі відображає реальні соціальні процеси. Адже така класична ліберальна демократія, як США, поступово втягується у справи Азійсько-Тихоокеанського регіону. Частково соціетальний Європейський Союз переживає інституціонально-процедурну кризу, свідченням чого стала економічна рецесія 2008–2010 років та проблема мігрантів, які захлинули його простори внаслідок кривавої громадянської війни в Сирії. Істотний виклик світовому правопорядку і системі глобальної безпеки викликала анексія Росією Криму та відверта підтримка нею мілітарних проксі-структур на Сході України, які забезпечують окупацію на порушення міжнародних зобов'язань [7]. Невирішення питання на Сході України має наслідком порушення основ світового правопорядку, оскільки ядерне роззброєння України було здійснено завдяки гарантіям згідно із приписами Будапештського меморандуму. За таких умов гарантії прав людини і незалежність суду чи процес інтеграції у світовий порядок стають ніби якоюсь надокучливою мухою у конституційному дискурсі.

Метою цієї частини роботи є висвітлення окремих аспектів конституційних інновацій з точки зору багаторівневого конституціоналізму та правового плюралізму. Робочою гіпотезою є становлення сучасних моделей мереживної публічної влади як ієрархічної та гетерархічної структури на тлі конституційної ідентичності України. У роботі розглянуто (1) особливості конституційної традиції України на основі методологічних засад сучасного конституціоналізму, (2) права людини як основи вільного розвитку індивіда та сталого розвитку людства, (3) співвідношення законодавства та правосуддя при конституційних інноваціях, (4) принципу вірності конституції у контексті інтеграційних процесів.

### 3.2.1. Конституційна ідентичність – фокус: правовий плюралізм та багаторівневий конституціоналізм

Сучасний світ складно собі уявити як однорозмірний та однозначний. Так і конституційні процеси і явища є складними і вплетені цілком у світовий контекст. На сьогодні одними із найвпливовіших уявлень про світову будову є погляди Імануїла Веллерстайна про «світ-систему», в якій центр визискує периферію [13], та теорія великих циклів Фернана Броделя, згідно з якою спостерігаються певні економічні цикли, засновані на культурних, політичних, демографічних та ресурсних моментах, що зумовлюють поступ людських цивілізацій [12]. Також слід мати на увазі процес цивілізації у сенсі Норберта Еліаса [24] на противагу варваризації, яку ми нині фактично спостерігаємо на Близькому Сході (*Middle East*). Врешті-решт, право є наслідком стохастичної, спорадичної соціальної взаємодії, яка задовольняє потреби практичного досвіду шляхом забезпечення балансу інтересів [15]. Конституційне право тоді трактується у контексті поліваріативності правових культур, своєрідної *legal Bukovina* (у сенсі поліетнічності

цієї історичної землі у складі Австро-Угорської імперії, склад якої змінився після панування на ній нацистського і комуністичного режимів) [9] та багаторівневого конституціоналізму, який інтенсивно розвивається [3]. У цьому контексті розвиток національної правової системи зумовлений станом національної конституційної традиції.

Україна є одночасно постколоніальною і пострадянською країною. З цього і слід насамперед виходити. Як правило, зважену колоніальну політику провадила Британська імперія, колишні колонії якої мають або демократичний (Австралія, Індія, Канада, Кенія), або перехідний до демократії режим (Йорданія). Натомість приклад громадянської війни в Сирії пов'язаний із конституційною ідентичністю цієї країни. Вона виникла унаслідок колоніальної політики, в якій проігнорували роль поліетнічного та полірелігійного факторів. Це, на думку аналітиків, стало наслідком свідомої політики під час французького протекторату (1920–1948 років), відомої своїм «мистецтвом стратегії маніпуляції меншинами» [1].

Сучасними тенденціями конституціоналізму є диференціація владних функцій, що призводить до поглиблення спеціалізації та підвищення рівня компетентності конкретного інституту влади. Диференціація об'єктивно передбачає гарантії незалежності та безсторонності відповідного інституту влади. Якщо такий процес диференціації по горизонталі виражає поділ влади, тобто владних функцій, то диференціація по вертикалі є складнішою у силу принципу субсидіарності, тобто визначення масштабу повноважень певних рівнів публічної влади.

Постколоніальний синдром полягає в тому, що процес реалізації влади в Україні з часів незалежності переважно імітував у м'якшому варіанті московські практики правління, що вводило конституційний процес у авторитарні рамки. Політика московського колоніалізму нав'язувала в Україні у свій час надмірну централізацію влади та зневагу до місцевого самоврядування – традицію самоврядування російська державна традиція (тут доволі складно говорити про правову традицію) майже не знала, навіть зважаючи на кволеньку і короткострокову земську і судову реформи 1864 року, які наприкінці правління імператора-реформатора Александра II були згорнуті. Надмірна централізація влади у часи Радянського Союзу поглиблювалася зневагою до гідності людини, адже у світі майже не спостерігалися випадки геноциду держави щодо власних громадян (наприклад, Голодомор 1932/33 рр.). Так само, з боку Росії Україна завжди визнавалася як зона її особливих інтересів, що навіть сьогодні втілюється із нав'язуванням порядку денного через положення проекту конституційного законопроекту про децентралізацію влади, в якому слід відобразити, на їх думку, саме федеральний державний устрій. Акт агресії Росії проти України є продовженням зазначеної постколоніальної політики, що формально оформилася у юридичні рішення російського законодавчого органу та конституційного суду.

Звісно, це все наведене є відлунням комплексу проблем, пов'язаних із надмірною централізацією влади, яка не відповідає ідентичній вітчизняній конституційній традиції, нормативно кодифікованої у вигляді Пактів та установлень



Війська Запорозького, відомих як Конституція Пилипа Орлика 1710 р. Ще раз слід підкреслити, що централізація фактично трансплантована (у сенсі міркувань [4]) ззовні у вітчизняний державний устрій і вона не відповідає конституційній традиції України.

У силу зародження мереживності природи публічної влади [8] вертикальні і горизонтальні відносини між інститутами влади мають бути збалансовані і забезпечувати доступ індивіда до якісних управлінських послуг [23, с. 280-281]. За таких умов критерієм легітимності діяльності інститутів влади служать права людини. Права людини також служать критерієм обмеження влади, межею для правомірного втручання влади у сферу приватної автономії. Звідси існують певні вимоги щодо застосування прав людини в адміністративній і судовій практиці. Публічна влада як мереживний правопорядок покликана забезпечити фундаментальні цінності гідності людини, свободи, рівності, справедливості й вільного розвитку особистості.

### **3.2.2. Права людини, право на розвиток та симбіоз людства з природою.**

Ситуація з правами людини в сучасній історії людства має певну константу – вона залежить від ступеня незалежності та безсторонності суду чи наявності процедур у режимі або *responsa*, або *commune opinion iuris*, або інших юридичних інструментів визнання правил за методом аналогії та узгодження варіантів вирішення юридичної ситуації з метою досягнення балансу інтересів. За будь-яких умов все впирається в стандарти формулювання і забезпечення додержання правил згідно з принципом верховенства права, за яких корупція, вибіркоче і свавільне застосування закону є неприйнятними [14, с. 51, 134]:

*«...особам, причетним до розробки та реалізації корупційних схем, часто притаманне почуття вищості: організацію крадіжки державних коштів вони вважають найвищим проявом винахідливості, віртуозності та власної неординарності. Більше того, на їх думку, обхід законодавства – не злочин, а використання можливостей у рамках законодавства. Такий підхід свідчить про спрощене тлумачення законів як набору букв і повне нехтування духом закону, а також ігнорування наслідків «використання можливостей» для суспільства. <...>*

*Принцип верховенства права забезпечує гарантію від державного свавілля і сприяє утвердженню правопорядку тільки тоді, коли право розглядається не просто як сукупність норм, закріплених у законах, а у ширшому – практичному – контексті».*

Я взагалі не зводжу право лише до сукупності норм, а нормативність права розглядаю суто у площині практичного втілення правових приписів. Згідно з методом верифікації Карла Поппера [16, с. 298–313], дискурс про «право» і «теорію» у юриспруденції є проявом некомпетентності як науковця, так і по-

садовця, який ухвалює рішення, за яким доля конкретних людей. Адже для конкретної особи «складна справа», в основі якої лежить його персональна юридична ситуація, аж ніяк не є питанням «теорії» і «практики» – тут якраз потрібні зважені та обґрунтовані владні рішення компетентним посадовцем. Це пов'язано із обмеженістю доступу до інформації та необхідністю інтегрувати знання і практичний досвід. Власне у гуманітарних науках ключову роль відіграє дискурс (стратегічної, норморегулюючої, експресивної та комунікативної дії) [5, с. 128], який зумовлює визначення наявних проблем, обговорення шляхів їх подолання та обрання оптимального варіанту їх вирішення, виходячи із конкретної ситуації.

Не буду тут наводити аналіз стосовно основних підходів обґрунтування прав людини – через рівність, свободу чи гідність людини, – це нещодавно вже було предметом мого аналізу [20] і про це буде йти мова ще нижче. Загалом, компаративний аналіз цілком свідчить про універсальний характер прав людини [10], в основні яких лежить саме гідність людини, – ступінь їх втілення лише свідчить про диференціацію моделей правління [21]. Згідно із синтетичним підходом право індивіда на вільний розвиток обмежений (1) самими можливостями людини із притаманними їй якостями і властивостями як індивіда, а також (2) доступом до ресурсів. Якщо у першому аспекті право на розвиток зумовлений процесом цивілізації, зокрема змістом людських і правових інститутів, то другий – ставленням людства до природи. Ми тут повертаємося до першоджерел, адже природа прав людини зумовлена ставленням людини до ресурсів, а людина є частиною природи, з якою вона має проживати гармонійно, у симбіозі. Власне це і є основою приватної автономії і суверенного вибору індивіда.

На ці цілі і спрямований, власне, процес Ріо-де-Жанейро-1992, де за результатами конференції було ухвалено Декларацію Ріо - концепції сталого розвитку людства, в якій і вбачається власне розуміння права людини на вільний розвиток своєї особистості, здійснення колективних прав та перспектив розвитку людства у цілому [18]. У цьому світлі зовсім інакше виглядають вимоги Міжнародного валютного фонду чи Світового банку щодо ошадливого використання природних ресурсів та впровадження енергозберігаючих технологій, адже вони є умовою доступу до їх порівняно дешевих кредитів. Однак невиконання саме зазначених умов МВФ і СБ та по деяких соціальних програмах – вимог щодо забезпечення стандартів Принципів 7–9 та 11 Декларації Ріо – саме і характеризує постколоніалізм багатьох режимів та стан компрадорської буржуазії, хоча за Джозефом Стігліцом наявні національні ресурси та свобода розсуду уряду дозволяють впроваджувати реформи таким чином [22], щоб цілком гарантувати високий рівень права людини на вільний розвиток своєї особистості, а не на рівні дискурсу на кшталт можливості третини жителів країни користуватися субсидіями на житлово-комунальні послуги, що є принизливо для гідності людини. Такі режими, як правило, стикаються із проблемою незабезпеченості незалежності суду і справедливого правосуддя.

### **3.2.3. Роль суду у суспільних інноваціях та вірність законодавця конституції.**

Загалом не є завданням суду упроваджувати певні масштабні соціальні реформи – суд у цьому відношенні є доволі консервативною інституцією. Всією повнотою повноважень володіє законодавець і парламент може доволі оперативно втручатися у кризову ситуацію. Однак, з практичної точки зору ці відносини є конкурентними, за інституційним дизайном – є відносинами балансування, а за змістом – є відношенням загального і особливого у праві.

Таким чином, інновації у праві впроваджуються судом за умови розв'язування певних проблем у разі невизначеності законодавства у світлі обставин, що змінилися, і за умови, що це сприяє динамічним змінам у правовій системі. Втілення інновацій такого роду лежить у площині суддівського розсуду. Загалом можна виділити три основні суддівські стратегії, в рамках яких реалізується певною мірою суддівський розсуд – стримування, нейтральності та активізму. Їхні елементи можуть поєднуватися у залежності від особливостей конкретної справи, їх суб'єктного складу, складності фактичних обставин, темпорального перебігу, загального впливу на динаміку правової системи тощо.

Як діють ці суддівські стратегії, можна продемонструвати на прикладі рішення Конституційного Суду у справі Козлова. Аналіз справи свідчить, суд обрав стратегію нейтральності, в якій було констатовано [19], що:

*«вимога про нарахування та сплату неустойки за договором споживчого кредиту, яка є явно завищеною, не відповідає... засадам справедливості, добросовісності, розумності як складовим елементам загального конституційного принципу верховенства права. Наявність у кредитора можливості стягувати із споживача надмірні грошові суми як неустойку спотворює її дійсне правове призначення, оскільки із засобу розумного стимулювання боржника виконувати основне грошове зобов'язання неустойка перетворюється на несправедливо непомірний тягар для споживача та джерело отримання невинуватих додаткових прибутків кредитором».*

Далі, говорячи про недоліки законодавчого регулювання і відповідні зобов'язання парламенту щодо їх усунення (до речі, вони так і не усунуті вже протягом двох з половиною років з дня набрання чинності цим рішенням), суд наводить класичну формулу суддівського нейтралітету:

*«...межі дії принципу свободи договору визначаються законодавством з урахуванням критеріїв справедливості, добросовісності, пропорційності і розумності. <...>  
...умови договору споживчого кредиту, його укладання та виконання повинні підпорядковуватися таким засадам, згідно з якими особа споживача вважається слабкою стороною у договорі та підлягає*

*особливого правовому захисту з урахуванням принципів справедливості, добросовісності і розумності. Виконання державою конституційно-правового обов'язку щодо захисту прав споживачів вимагає від неї спеціального законодавчого врегулювання питань, пов'язаних із забезпеченням дії зазначених принципів у відносинах споживчого кредитування, зокрема щодо встановлення справедливого розміру неустойки за прострочення виконання грошових зобов'язань позичальниками – фізичними особами».*

КСУ продемонстрував би активізм у тому разі, якщо б шляхом динамічного тлумачення положень Конституції сформулював правило про те, що суди у силу принципів свободи розвитку особистості, рівності та пропорційності мають вирішувати питання про верхні межі зобов'язань по цивільно-правовим договорам, учасником яких є і фізична особа, керуючись тими же правилами, які встановлені для юридичних осіб. У ситуації стримування КСУ мав би відмовити у відкритті провадження, оскільки питання встановлення меж цивільно-правової відповідальності сторін по договору є виключною прерогативою законодавця. Таким чином, ця проблема впирається виключно у якості суддівського корпусу, техніку обґрунтування судових рішень та ефективність дії принципу верховенства права.

Що стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду, то вони тісно пов'язані із змістом процедури їх здійснення. Тут ми будемо говорити про розподіл функцій, які є подібні за природою, бо як би не було і парламент, і Конституційний Суд при наявній кодифікованій конституції, як це в Україні, здійснюють конкретизацію і деталізацію її положень. Однак вони здійснюють ці прерогативи у відмінний спосіб: Верховна Рада – формулює абстрактні положення, які регулюють типові життєві обставини, розраховані на невизначене коло осіб і невизначену кількість випадків; Конституційний Суд – керуючись конституційними цінностями і принципами пристосовує абстрактні конституційні приписи до конкретних життєвих обставин або дає оцінку абстрактним положенням законодавства на предмет легітимності втручання у приватну автономію індивіда відповідно до трискладового тесту, що впливає із системного і телеологічного тлумачення статей 3, 8, 22 і 64 Конституції. Як парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у відмінний спосіб, що є нічим іншим, як реалізацією Конституції.

Публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України на наукових засадах, виходячи із загальних цілей та завдань Основного Закону. Зокрема, це втілюється у законодавчій діяльності парламенту, який у силу свого конституційного статусу покликаний забезпечити ефективне законодавче регулювання. Відсутність законодавчого регулювання загрожує правовій безпеці суспільства чи окремого індивіда, вносить елементи свавілля у діяльність органів публічної влади і є неконституційним явищем [11].

### **3.2.4. Вірність конституції та конституційна юстиція.**

Часто зміст конституційних цінностей і принципів підмінюються чисто легістськими установками на порушення принципу верховенства конституції. Наприклад, їх зміст може розкриватися шляхом застосування так званої тактики бортового залпу, коли, не наводячи якихось належних аргументів, цитуються численні положення як самої конституції, так і різних законодавчих актів. Або це може вилитися у спорадичному та випадковому застосуванні окремих положень конституції, ігноруючи загальну вимогу тлумачення конституції як цілісного тексту, в якому немає прогалин в силу невід'ємного і невідчужуваного характеру прав і свобод людини. При цьому ігнорується елементарна річ – ці приписи звичайних законів мають бути при цьому предметом перевірки, чи адекватно вони конкретизують конституційні цінності і принципи. На початку я би хотів коротко проаналізувати вельми важливе рішення [1], яке ухвалив Конституційний Суд України (далі – КС) і воно безпосередньо стосується нашої проблематики. Я впевнений, що воно тепер буде показовим кейсом у курсах з конституційного права та конституційного процесуального права і стосується неконституційності можливості поміщення особи у психіатричний заклад без судового рішення<sup>39</sup>. У рішенні № 2-рп/2016 хотів би виділити такі моменти:

1. КС вперше визнав у якості основоположної норми національного правопорядку положення статті 3(2) Конституції, згідно з яким утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, що визначає певні вимоги якості щодо законодавчого регулювання, адміністративної та судової практики.

2. КС остаточно сформулював доктрину сутнісного змісту основного права та принципу пропорційності, який впливає із змісту цієї доктрини (п. 2.1(3) рішення).

3. КС визнав конституційну гарантію свободи і особистої недоторканності універсальною, яка не може бути обмежена свавільно поточним законодавством та посягати на сутність його змісту. Зокрема, що стосується обмеження свободи людей із психічними розладами, поміщення їх у психіатричний заклад без судового контролю визнано свавільним і таким, що суперечить засадам верховенства права і поваги до гідності людини;

4. Посилаючись на засаду «дружнього ставлення до міжнародного права» КС доволі визначено застосував міжнародно-конформне тлумачення Конституції, оскільки стаття 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначає підстави для обмеження свободи індивіда під судовим контролем; натомість, такого виключного переліку підстав обмеження особистої свободи стаття 29 Конституції не містить і в цій частині наша Конституція містить нижчий стандарт захисту прав особистої свободи індивіда, аніж Євроконвенція.

<sup>39</sup> Джерелом цього процесу послужили адміністративні практики під час правління Віктора Януковича, які фактично поновили радянську практику переслідування правозахисників за допомогою засобів т.зв. психіатричної юстиції, а також для рейдерського захоплення життя людей із тимчасовими розладами психічного здоров'я.

5. КС проявив судовий активізм, який тут цілком виправданий, розумний і доречний, вказавши у п. 4(2) рішення буквально таке: «[Суд] вважає за необхідне вказати такий порядок виконання цього рішення: до моменту законодавчого врегулювання питання забезпечення судового контролю за госпіталізацією до психіатричного закладу недієздатної особи на прохання або за згодою її опікуна за рішенням лікаря-психіатра така госпіталізація можлива лише за рішенням суду». Це базується на принципах *res judicata* та гарантованості прав людини, що саме у судовому порядку вирішуються питання, пов'язані із недоліками регулювання питань реалізації прав і свобод, оскільки межі їх реалізації може встановити суд.

Тоді в чому ж проблема?

А проблема полягає в тому, що і в 2016 році конституцію розглядають як юридичний документ, який буде діяти лише за умови його конкретизації в законодавстві. Тобто нібито конституція діятиме лише за умови, коли буде ухвалений відповідний закон, без якого її положення не можуть бути застосовані. Так, в окремій думці до згаданого рішення КС, в якому вказується про недопустимість судового контролю при вирішенні питання про госпіталізацію особи до психіатричного закладу без наявності конкретизуючого закону, було зазначено буквально наступне:

*«Це було б можливим за наявності законодавчого механізму реалізації судового контролю за госпіталізацією до психіатричного закладу особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною. Отже, до врегулювання цього питання процесуальними кодексами України пункт 4 мотивувальної частини Рішення породжуватиме проблеми як для суддів, які мають приймати відповідні рішення, так і для медичних закладів, які мають лікувати психічно хворих».*

Хоча насправді тут можна застосовувати всі стандартні процесуальні процедури з урахуванням того, що на них поширюються конституційні гарантії стосовно недопущення свавільного обмеження свободи.

Навіть більше, конституцію пробують трактувати крізь призму чинного законодавства<sup>40</sup>, тобто по суті заперечуючи фундаментальну засаду її верховенства стосовно законів та інших правових актів (ч. 2 ст. 8 Конституції України). За цією логікою положень ст. 29 Конституції, яка встановлює гарантії особистої свободи шляхом судової перевірки про можливе обмеження свободи особи, зводячи її конкретизацію лише в рамках кримінальної процедури. У такий спосіб надається цілком самостійне значення припису ст. 13 Закону про психіатричну допомогу, яка застосовується стосовно осіб із психічним розладом здо-

<sup>40</sup> Так вчинив у свій час КС, визнаючи у своєму рішенні № 11-рп/2010 у справі стосовно можливості окремих народних депутатів брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій, посилаючись на положення Закону про Регламент Верховної Ради України, який неналежним чином конкретизував положення ст. 83 і 114 Конституції України, хоча вони мали стати предметом його перевірки в силу правила «зв'язаності ініціативи» згідно із статтею 61 Закону про Конституційний Суд України.

ров'я, із доволі екстравагантними конструкціями на кшталт «добровільно» чи то «усвідомлена згода». Насправді, з точки зору належної правової процедури при госпіталізації особи із психічним розладом здоров'я слід здійснювати контроль саме судом за ухваленням такого рішення, оскільки така людина часто не здатна у такому розумінні виявити власну волю і така згода має здійснюватися її представником на підставі закону. Тому судовий контроль важливий з точки зору недопущення можливих зловживань з боку лікарів при ухваленні такого роду рішень, які насправді обмежують свободу особи.

Адже саме ст. 64 Конституції передбачає, що обмеження прав, які гарантуються нею, можуть здійснюватися лише в тих межах, які вказані у самій Конституції. За таких умов поточне законодавство не може передбачати паліативні, тобто різного роду позасудові, процедури фактичного позбавлення свободи особи.

Згадані фрагменти міркування стосовно співвідношення конституційних положень і поточного законодавства є яскравим прикладом заперечення сутності змісту основного права, що у правовій системі мають пряму дію, тобто підлягають захистові навіть при відсутності закону, що конкретизує конституцію.

Чому такого роду дискурс існує?

Конституційне право визначає загальні закономірності функціонування інститутів публічної влади та громадянського суспільства, міру втручання публічної влади у приватну автономію, систему гарантій основних прав і свобод. При порівняльно-правовій характеристиці конституційного права визначаються моделі такого втручання публічної влади та домінуючий інтерес, а також специфіка форми держави і політичних режимів.

Категорія «втручання» має ключове значення для характеристики відносин між особою та державою і виражає сутність змісту основного права, яке не може бути порушено за жодних умов. Саме на цій методологічній основі визначається коло негативних і позитивних обов'язків держави, як от: а) недопустимість свавільного втручання у внутрішню автономію особи визначати варіант власної поведінки (негативні обов'язки); б) забезпечувати якісне законодавче регулювання (повнота/інтенсивність регулювання, організаційне, процедурне і матеріально-фінансове забезпечення законів); в) належний судовий контроль стосовно обґрунтованості регуляторних заходів та допустимих обмежень у сфері основних прав; г) у разі встановлення соціального захисту – наявність належної соціальної інфраструктури та пропорційність застосовуваних заходів у межах ресурсів (доктрина стверджувальних дій держави).

Як цей механізм діє насправді ми побачимо на прикладі аналізу ступеня конкретизації окремих, проблемних аспектів Закону про внесення змін до Конституції України щодо правосуддя [4] (далі – конституційний закон) у нещодавно схваленому Законі про судоустрій та статус суддів [5], а також у деяких інших законах.

Згідно із конституційним принципом законності (ч. 2 ст. 19), органи публічної влади мають діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначені Конституцією і законами України. Тому закони мають належним чином конкре-

тизувати питання організації та порядку діяльності органів публічної влади, зокрема, судових органів. Це відповідає горизонтальному ефекту конституції, згідно з яким при її конкретизації закони мають наповнювати конкретним змістом конституційні цінності і принципи та інтерпретуватися виключно у їх світлі.

Методична конкретизація і деталізація конституції потребує узгодження рішень парламенту та Конституційного Суду; це узгодження аж ніяк не означає проведення певних консультацій між ними – головне тут в єдиному розумінні сутності і змісту фундаментальних принципів права та стандартів щодо законодавчого регулювання та ухвалення судових рішень, які випливають із змісту конституційних цінностей і принципів. Звідси також – високі вимоги щодо стандарту обґрунтування рішень КС та чіткої визначеності положень законів, які мають бути придатні до застосування без додаткової регламентації в регуляторних актах (окрім випадків, коли це зумовлено певними технічними чи санітарними вимогами, які можуть змінюватися із обставинами чи плином науково-технічного прогресу).

Така конкретизація має здійснюватися відповідно до принципу вірності конституції, яка сформульована була у практиці ФКС Німеччини, зокрема у рішенні від 26 лютого 2014 р., в якому було зазначено, що Бундестаг не може шляхом повторного схвалення закону, яким запроваджується 3-відсотковий виборчий бар'єр, «обходити» його раніше ухвалене рішення про неконституційність 5-відсоткового бар'єру.

### ***3.2.5. Вірність конституції та конституційна традиція у світлі інтеграційних процесів.***

Принцип вірності конституції є відносно усталеним у німецькій конституційній традиції. У справі про загороджувальний бар'єр на виборах депутатів Європарламенту ФКС Німеччини наголосив, що у 2011 році він визнавав вже неконституційним 5-відсотковий бар'єр, оскільки він істотно викривлює волевиявлення виборців та їх представництво. Натомість 7 жовтня 2013 року Бундестаг вніс зміни у Закон про вибори депутатів Європейського парламенту, знизивши виборчий бар'єр для партій до трьох відсотків. Рішенням від 26 лютого 2014 року ФКС визнав такий загороджувальний бар'єр також неконституційним [17, с. 297, 299].

Тому ми знову повертаємося до все більш чіткого тренду формування мереживності публічної влади. У світлі відданості Конституції органи публічної влади покликані забезпечувати національні інтереси, які в юридичній інтерпретації означають, насамперед, відстоювання конституційної традиції України. Загалом питання полягає у ступені інтегрованості України у інтер-, транс-, супранациональні інститути, що загалом підвищує потенціал влади та ступінь її участі у виробленні рішень регіонального і глобального масштабів. Прикладом цього є відоме дослідження стосовно реструктуризації боргів держави на зазначених рівнях влади, що дало підстави зробити висновок про тенденцію зародження базових понять і принципів, які лягають у розуміння перспектив становлення



міжнародної публічної влади [2]. У кінцевому результаті це дає змогу поглибити якість забезпечення прав людини і основоположних свобод [6].

З точки зору конституційної систематики багаторівневість та мереживність публічної влади полягає у сукупності таких компонентів:

i) З матеріальної точки зору йому притаманні такі ознаки: 1) передача частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам припустима настільки, наскільки це поліпшить забезпечення прав і свобод людини і не зазіхає на сутність їх змісту; 2) пряма дія норм правопорядку НІ та його придатність забезпечити ефективний та дійовий захист основних прав; 3) диференціація владних функцій і засобів правового захисту.

ii) З процедурної точки зору багаторівневій публічній владі притаманні такі ознаки: 1) гарантії участі громадян держав-учасниць у виробленні наднаціональної політики; 2) забезпечення пропорційного представництва держав-учасниць та консенсусний механізм прийняття рішень; 3) ефективна діяльність суду НІ для тлумачення установчих договорів та захисту основоположних прав.

Зазначені стандарти зумовлюють зміну структури влади в Україні та розуміння її місії та призначення у багаторівневому і неоднорідному (гетерархічному) суспільстві.

**Висновки.** Принцип відданості конституції має далекосяжні наслідки, оскільки конституцієдавець також є зв'язаний фундаментальними принципами права. Відсутність дискурсу про вертикальну взаємодію між поверхами публічної влади, заснованої на диференціації владних функцій по горизонталі, знижує інноваційний потенціал конституційних реформ. Залишення цих процесів у рамках постколоніального і пострадянського дискурсів ставить їх у глухий, безперспективний кут. Корупція, непотизм та хизування «мистецтвом жонглювання» статтями і параграфами законів та інших правових циркулярів підміняє справжні вимоги верховенства права, на сторожі якого має стояти незалежний і безсторонній суд. Становлення справедливого і доступного правосуддя за таких умов підміняється вибіркоким застосуванням, хоч і правильним з точки зору формальної законності, положень законів, що вихолощує ідею правосуддя. Це руйнує довіру у суспільстві і дискурс про побудову трендової нині гетерархічної системи публічної влади сходить на пси. Це все загалом атакує вітчизняну конституційну традицію. А наслідки втрати національної державності ми вже одного разу мали у вигляді Голодомору. Тому конституційну ідентичність нам слід боронити і примножувати. Саме в цьому я бачу сенс цього дослідження, оскільки Україна має посісти чільне і поважне місце в історії світового конституціоналізму, метою якого є вільний розвиток індивіда у гармонії із природою та Всесвітом.

### Список використаних джерел

1. Bhalla, Reva. *The Geopolitics of the Syrian Civil War*. Open Access <https://www.stratfor.com/weekly/geopolitics-syrian-civil-war>

2. Bogdandy von A., Goldmann M. Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationale öffentliche Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrecht / Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2014. Vol. 73. S. 61–104.
3. Bogdandy von A. and oth. State-Building, Nation-Building, and Constitutional Politics in Post-Conflict Situations: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approach. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 2005. Volume 9. P. 579 – 613.
4. Brants C. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010. Vol. 14.
5. Habermas J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. B.I. Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1987.
6. Kampo V.M., Savchyn M.V. Ukraine: International Treaties and Acts of European Justice in the Context of National Courts Practice. *International Constitutional Law*. Ed. by Luca Mezzetti. Torino: G. Giappichelli Publishing. P. 433–458.
7. Marxsen Ch. The Crimean Crisis. An International Law Perspectives.. 2014. Vol. 74. S. 367–391.
8. Pernice Ingolf. La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht*. 2010. № 70. S. 51–71.
9. Teubner, Günter. "Global Bukowina": Legal Pluralism in World Society. *Global Law Without A State* (Ed. G. Teubner). Aldershot: Dartmouth Gower, 1997. P. 3–28.
10. Wang Y.X. Contextualizing Universal Human Rights: An Integrated Human Rights Framework for ASEAN. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2015. Vol. 25. P. 385–426.
11. Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2 (40) - 3 (41), 2008. С. 70 – 245.
12. Бродель Ф. *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм, XV-XVIII ст.* У 3-х т. Том 3. Ігри обміну. К.: Основи, 1998. 631 с.
13. Валлерстайн И. *Мир-система Модерна*. Том I. Капиталистическое сельское хозяйство и истоки европейского мира-экономики в XVI веке. Москва: Русский фонд содействия образованию и науке, 2015. 552 с.
14. Валле В. *Корупція: роздуми після Майдану*. Київ: Дух і Літера, 2015. 280 с.
15. Ладер К.-Х. Теория аутопоэзиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений). *Правоведение*. 2007. № 1. С. 13 – 42.
16. Поппер К. *Логика социальных наук. Эволюционная эпистемология и логика социальных наук: Карл Поппер и его критики*. Москва: Эдиториал УРСС, 2000. 464 с.
17. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент. *Дейджест публичного права и международного права Института Макса-Планка*. 2014. № 2. С. 285–324.

18. *Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию*: Принята Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3-14 июня 1992 года. A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I)
19. Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р. URL: <http://ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=216306>
20. Савчин М.В. Права людини у світлі конституційної реформи. *Український часопис міжнародного права*. 2015. Спецвипуск. Конституція України та міжнародне право. С. 69-78.
21. Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. К.: АртЕк, 2001.
22. Стігліц Дж. *Глобалізація та її тягар*. Київ: Видавничий дім «КМ Академія», 2003. 252 с.
23. Шмідт-Ассманн Е. 2009. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права*. 2-ге вид., перероблене та доповнене. Київ: «К.І.С.». 552 с.
24. Элиас Н. *О процессе цивилизации: Социогенетические и психогенетические исследования*. Москва; Санкт-Петербург, 2001.

### 3.3. Конституційний Суд України та реалізація конституції

**Вступ.** Постановка питання про взаємозв'язок Конституційного Суду України із реалізацією конституції є традиційною, хоча вона ніби не притаманна конституційній юстиції. Це пов'язано з тим, що конституційна юстиція забезпечує насамперед інтерпретацію конституції, зокрема, шляхом вирішення конституційно-правових спорів і захистом прав людини і основоположних свобод. Адже питання про реалізацію конституції, на перший погляд, є питаннями суспільно-політичних дебатів і законодавчого регулювання чи конституційної культури і свідомості тощо.

Я виходжу із робочої гіпотези, що нормативність конституції пов'язана не настільки із її текстом (хоча екзегеза, *inter alia*, семіотика тексту теж важлива, особливо при конституційному дискурсі), як із реальним змістом конституційної доктрини та юриспруденції органу конституційної юстиції. Власне суспільно-політичні дебати щодо стратегічних і тактичних цілей реалізації конституції є симулякром, якщо вони не виражають певні напрями конституційної доктрини, яка знайшла свою апробацію через конституційну юриспруденцію чи усталені конституційні традиції або звичаї. Відсутність сталих конституційних звичаїв є згубним для парламентаризму, оскільки складно собі уявити, зокрема, належний процес формування уряду і реалізацію останнім законодавчої політики без довіри у стінах парламенту і системи неформальних домовленостей політичного характеру, які складають своєрідні *courtesy rules* (правила гречності, стриманості) і забезпечують стабільність правової системи. Такі правила складають тло конституціоналізму Нідерландів, Німеччини, Сполученого Королівства, Польщі, Чехії та інших країн із розвинутою конституційною традицією і забезпечують реальні механізми обмеження влади, введення політичного процесу у юридичні рамки.

У цій частині роботи буде розкрито вплив конституційної юстиції на процес реалізації конституції. У першій частині піде мова про сутність і структуру реалізації конституції. У другій частині буде розкрито дилему верховенства парламенту та судового конституційного контролю. Третя частина буде присвячена формам впливу юдикатури на процес суспільно-політичних дебатів та конкретизацію і деталізацію конституції, а також стратегії юдикатури у світлі природи конституційної юриспруденції, *inter alia*, *res judicata* активів конституційних судів.

#### 3.3.1. Сутність і структура реалізації конституції.

Механізм реалізації конституції у літературі розглядається як складний і суперечливий. Конституція та її норми знаходять свою належну реалізацію, насамперед, у позитивній діяльності публічної влади, яка покликана забезпечити гідність індивіда та його правовий захист. Залежно від політичного курсу парламенту конституційні норми наповнюються реальним змістом, конкретизуються в актах поточного законодавства.

Реалізація положень конституції зумовлена її основоположним характером. Ступінь унормування засад конституційного ладу визначає характер діяль-

ності органів публічної влади та ефективність системи юстиції, зокрема органів конституційної юстиції. На думку Юрія Тодики, механізм реалізації конституції має два компоненти: а) нормативний – власне як реалізації конституційних норм, так й б) інституційний – як діяльність уповноважених суб'єктів конституційних відносин. Соціальні, економічні, політичні, культурні фактори є соціальним середовищем реалізації конституції [1, с.386–388]. Однак найчастіше реалізацію конституції розуміють як реалізацію конституційних норм, що є не одне і те ж саме<sup>41</sup>.

Чеський конституціоналіст Карел Кліма виділяє такі способи впровадження конституційних приписів у життя: прийняття законів; правові рішення, які виражають арбітражні функції глави держави; контроль; прийняття рішень про конституційність правових актів; поведінка індивідів, корпорацій та інших неурядових суб'єктів відповідно до Конституції; поведінка конституційних органів влади відповідно до конституційних приписів. Також складовою процесу впровадження конституції, на думку чеського науковця, є конституційно-правові дебати щодо визначення напряму політики конституційних органів влади, регіональних органів влади та органів місцевого самоврядування, а також конституційні механізми вирішення конфліктів та захисту прав людини [7, с. 76]. Російський конституціоналіст Владімір Лучін виділяє такі форми реалізації конституції: пряму дію конституції, конкретизацію конституційних норм у законодавстві, реалізацію конституційних норм [8, с. 58–108]. Також він розглядає соціальні фактори, відповідальність та організаційно-правове забезпечення реалізації конституції. Аналіз наведених положень вчених зумовлює виділення також і мезо- і макрорівнів реалізації конституції, оскільки його складно належним чином визначити виключно через стан реалізації конституційних норм; він ніби синтезує основні форми юридично значущої поведінки уповноважених суб'єктів щодо належного втілення положень конституції у життя.

Тому це дає підстави виділити три рівні реалізації конституції – мікро-, мезо- і макрорівень.

Мікрорівень реалізації конституції складає реалізація конституційних положень і норм. Зокрема, виділяють групу конституційних норм, які мають загальний характер (норми-принципи, норми-цілі, норми-визначення тощо), та

---

<sup>41</sup> Цю проблему одні науковці розкривають як послідовність стадій – роз'яснення змісту, ідей і положень конституції, з'ясування її положень, висвітлення їх у ЗМІ і насамкінець вплив конституції на свідомість і поведінку людей [2, с. 7-8]; други – як втілення конституції у поведінці суб'єктів права шляхом вчинення певних дій або ухилення від їх вчинення [3, с. 118]; треті – у контексті реалізації конституційних норм визнають норми-принципи, норми-визначення як самодостатні, а норми-правила реалізуються шляхом використання, виконання, додержання та застосування [4, с. 96-97]; четверті – розглядають цю проблему у контексті подолання розриву між фактичною та юридичною конституцією [5, с. 22-23]; насамкінець, розглядають також конституційне правотворення і правозастосування – у контексті явища конституціоналізму [6, с. 26-29].

норми, які визначають правосуб'єктність учасників конституційних правовідносин. Тому правовий режим реалізації цих конституційних норм є відмінним<sup>42</sup>.

Мезорівень реалізації конституції складають суспільно-політичні дебати щодо шляхів впровадження положень конституції, конституційна культура і свідомість, правові режими (ліберальний, ліберально-демократичний, соціетальний та перехідні), конституційна відповідальність.

Макрорівень реалізації конституції складають пряма дія конституційних норм, стан поточного законодавства та механізм соціального захисту. Серед основних форм реалізації конституції можна виділити здійснення основних прав і свобод, ефективну законодавчу політику парламенту та соціальну політику уряду.

Як видно із наведеної структури реалізації конституції, роль юдикатури, тобто конституційної юстиції, проявляється насамперед на мезорівні. Ступінь судового активізму у світлі поглядів щодо стратегій конституційної юстиції, які будуть розглянуті нижче, визначають дилему сучасного конституціоналізму – верховенства парламенту та конституційної юстиції. При цьому роль конституційної юриспруденції є важливою, оскільки вона вводить політичний процес у правові рамки. Особливо слід підкреслити вади розповсюджені тези про нібито недовершеність структури конституційної норми, у якій переважно відсутня санкція. Однак це є виключно нормативістський підхід, який не верифікується емпірично. Адже вплив конституційної юстиції говорить протилежне і цей вплив дуальний:

i) по-перше, КСУ при конституційному контролі визнає правові акти конституційними або неконституційними, а також може констатувати неконституційність бездіяльності органу публічної влади, що є нічим іншим, як конституційною санкцією; при цьому питома вага цієї санкції найзначніша серед конституційних санкцій у порівнянні з іншими галузями;

ii) по-друге, пряма дія конституційних положень матеріалізується саме через активізм конституційної юстиції шляхом інтерпретації конституційних положень, головним критерієм якого є саме конституційні цінності і принципи, якими зв'язані законодавець та уряд у ході реалізації певних політичних цілей та в суспільно-політичних дебатах.

---

<sup>42</sup> Причому ці відмінності настільки багатопланові, що провести їх типологію практично неможливо, тому наведено лише основні відмінності, які проявляються у: 1) характері поведінки учасників суспільних відносин (суб'єктів) у процесі реалізації конституційних положень і її (поведінки) формах; 2) ступені свободи суб'єктів реалізації; 3) змісті, характері та кількості стадій реалізації; 4) процедури реалізації; 5) кількості і характері норм поточного законодавства, які включаються в процес реалізації; 6) особливостях і кількості правовідносин, у яких ці положення реалізуються; 7) наборі юридичних засобів та порядку захисту конституційних положень від порушень.

### **3.3.2. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю.**

Певний спосіб подолання цієї дилеми є критично важливим для перехідних демократій. Це підтверджується досвідом конституційного переходу країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, Ондраш Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту [9], який має витоки в ідеях загальної волі Жан-Жака Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'язуванням волі більшості меншості. Це прямо суперечить засадам демократичної конституційної державності. Так, наявність кваліфікованої більшості голосів в угорському парламенті у партій ФІДЕС та Йоббік за результатами парламентських виборів 2009 р. мало наслідком прийняття Конституції Угорщини, яка передбачає низку інструментів концентрації влади урядом, послаблюючи Конституційний суд Угорщини [10; 11].

Доктрина суверенітету парламенту має за поважний аргумент високий ступінь легітимності і репрезентативності волі народу, який уособлює саме парламент. Натомість інститут конституційного контролю виступає таким собі своєрідним клубом консерваторів від права. Тому слід цей аргумент проаналізувати більш детально.

Парламент є представницьким інститутом і репрезентує певний спектр політичних сил, який склався у суспільстві. На перший погляд, конституційний суд ніяким чином не пов'язаний із ідеєю репрезентації – однак це здається лише на перший погляд; насправді – ситуація вельми подібна до парламенту. Мало ймовірно вважати, що голосування у парламенті йде ідентично до того, як до певного питання суспільного значення ставиться громадськість, що, до прикладу, може засвідчуватися даними соціологічних опитувань. Тут має вплив конституційний дискурс і перебіг політичних процесів, результатом чого є певні закони як відображення компромісу.

Приблизно так само має репрезентативну природу конституційний суд. Адже сьогодні існують дві основні моделі його формування, які є консенсусні за природою. Консенсусна модель формування конституційних судів чи аналогічних інституцій передбачає додержання вимог демократичної легітимності: висунення кандидатур, як правило, главою держави, на альтернативній основі; голосування за кандидатуру судді кваліфікованою більшістю парламенту, що змушує парламентську більшість враховувати інтереси опозиції, інакше такі ініціативи будуть піддані обструкції.

За таких умов формування складу конституційного суду зумовлено досягненням компромісу у парламенті у разі формування його складу парламентом при внесенні кандидатур главою держави; така репрезентативність ще більш яскраво виражена при паритетній моделі формування, як це має місце при формуванні Конституційного Суду України.

Другий аргумент стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду, що тісно пов'язане із змістом процедури їх здійснення. Тут я буду говорити про розподіл функцій, які є подібні за природою, бо, як би не було,

і парламент, і конституційний суд при наявній кодифікованій конституції, як це в Україні, здійснюють конкретизацію і деталізацію її положень. Однак вони здійснюють ці прерогативи у відмінний спосіб: Верховна Рада – формулює абстрактні положення, які регулюють типові життєві обставини, розраховані на невизначене коло осіб і невизначену кількість випадків; Конституційний Суд – керуючись конституційними цінностями і принципами, пристосовує абстрактні конституційні приписи до конкретних життєвих обставин або дає оцінку абстрактним положенням законодавства на предмет легітимності втручання у приватну автономію відповідно до трискладового тесту, що випливає із системного і телеологічного тлумачення ст. 3, 8, 22 і 64 Конституції. Як парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у відмінний спосіб, що є нічим іншим як реалізацією конституції.

Однак існує відмінність у сутності процедури. По-перше, парламентська процедура попри зв'язаність парламенту правом (статті 3, 8 і 22 Конституції) надає йому широкої свободи розсуду у залежності від конституційної вимоги щодо інтенсивності (щільності) регулювання<sup>43</sup>. По-друге, ухвалення закону є завжди певним політичним компромісом і визначається певною моделлю втручання (від ліберальної до етатистської), що саме по собі є об'єктом конституційного контролю на предмет відповідності конституційним цінностям і принципам. Як і у Верховній Раді, рішення у КСУ ухвалюється більшістю від його загального складу, однак вимоги до рішень органу конституційної юстиції більш жорсткі – Суд зв'язаний правом, вимогами належної конституційної процедури, а юридична сила його рішень ґрунтується переважно на силі аргументів, а не аргументи сили чи певних політичних прерогатив.

Конституційна юстиція імплементована на мезорівень реалізації конституції безпосередньо, адже цей процес для фізичних осіб і юридичних осіб приватного права починається з моменту набрання чинності конституцією, оскільки конституційні права людини й основоположні свободи мають пряму дію. У разі відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції України як безпосередньо чинне право. У разі ігнорування таких стандартів-вимог приватні особи мають право у судовому порядку домагатися відшкодування завданих збитків внаслідок такого недбалства. Судові установи не мають права відмовити у захисті основного права, посилаю-

---

<sup>43</sup> Як відомо, ст. 92 Конституції у сфері законодавчих повноважень визначає дві групи компетенцій парламенту, що визначають ступінь інтенсивності законодавчого втручання (регулювання): 1) питання, з яких ухвалюються «основи» і «засади», що є нічим іншим, як рамковим законодавством, про що констатував КСУ у справі про ціни і тарифи на житлово-комунальні послуги та інші послуги (рішення КСУ № 2-рп/2000); 2) з інших питань парламент має ухвалювати закони у такий спосіб, щоб вони були придатні до застосування в адміністративній і судовій практиці і не було необхідності видання правових актів для таких цілей; інакше КСУ має констатувати стан законодавчої недбалості (упущення) і рекомендувати (зобов'язувати) Верховній Раді належним чином врегулювати таке питання у законі.



чись на недоліки поточного законодавства в якості обґрунтування неможливо-сті застосування відповідних приписів Конституції України.

Пряма дія конституційних норм визначає основні параметри їх застосування у діяльності органів державної влади, що, зокрема, забезпечується примусовою силою права. На думку Райнгольда Ципеліуса: «Особливість гарантованого державою права полягає в особливій техніці його втілення в життя, а саме – у тому, що воно (право) в разі крайньої потреби буде реалізоване за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, а коли це необхідно – то через сам примус (якщо ті, чия поведінку регулює та чи інша норма, не виконають вимогу останньої добровільно)» [12, с. 68]. Таким чином, справедливо порушується питання, що не завжди у діяльності органів влади забезпечується додержання положень Конституції і законів України, зокрема у сфері прав людини і основоположних свобод.

Доктрина розглядає права людини і основоположні свободи, визнані в Конституції України, як безпосередньо діюче, найвище право [13, с.423-425], тому права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрями діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. ФКС Німеччини з цього приводу сформував правову позицію, відповідно до якої основні права є об'єктивними нормами, що встановлюють ціннісний правопорядок, що являє собою фундаментальний конституційний порядок в усіх галузях права [14, с.208], в чому і проявляється горизонтальний ефект конституційних прав на поточне законодавство.

Такий горизонтальний ефект Конституції пов'язаний з тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках – у ході здійснення конституційної юрисдикції [15, с. 12].

Таким чином, публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України на наукових засадах, виходячи із загальних цілей та завдань Основного Закону. Зокрема, це втілюється у законодавчій діяльності парламенту, який у силу свого конституційного статусу покликаний забезпечити ефективне законодавче регулювання. Відсутність законодавчого регулювання загрожує правовій безпеці суспільства чи окремого індивіда, вносить елементи свавілля у діяльність органів публічної влади і є неконституційним явищем [16].

Об'єктивно виконуючи функцію обмеження сваволі органів публічної влади, закон як формальний акт парламенту – Верховної Ради повинен визначати правові засади легітимного втручання та застосування примусу в разі порушення правових норм. Тому законодавче упущення (недогляд) є неконституційним явищем і воно має наслідком звуження сутнісного змісту основного права (частини друга, третя статті 22 та частина друга статті 157 Конституції).

### 3.3.3. Вплив конституційної юстиції на суспільно-політичні дебати і суддівський розсуд.

Належне законодавче регулювання створює сукупність правил, необхідних для здійснення основних прав. Оскільки Конституція доручає законодавцю за підсумками суспільно-політичних дебатів визначати модель правового регулювання процедур реалізації основних прав, то закон має забезпечувати необхідну гнучкість регулювання, яке б дозволило проводити урядові ефективну соціальну політику.

Наприклад, ФКС Німеччини у справі Калкар сформулював доктрину щільності (інтенсивності) законодавчого регулювання: «Згідно з судовими рішеннями, використання невизначених правових понять у принципі не викликає сумніву з точки зору конституційного права. При відповіді на запитання, які вимоги повинні висуватися в окремих випадках, необхідно враховувати особливості відповідного предмета регулювання, а також інтенсивність регулювання. Менш жорсткі вимоги слід висувати передусім при різноманітності обставин справи або при можливості швидкої зміни обстановки» [17].

Часто спостерігається надмірна деталізація окремих законів, прикладом чого є виборче законодавство України. Аналіз виборчого законодавства свідчить, що у його положеннях йде розмивання сутності правової норми, оскільки воно стає все більш казуальним. Нібито це ставить за мету попередити і унеможливити зловживання у ході виборчого процесу. Однак надмірна деталізація положень законів, навпаки, створює сприятливий ґрунт для зловживання правами (повноваженнями), оскільки вносить додаткові колізії у законодавство та зумовлює застосування вишуканої, філігранної юридичної техніки, до чого українське юридичне співтовариство, на жаль, поки що не тяжіє і, навіть, не готове.

За таким умов важливою видається взаємодія між доктриною<sup>44</sup> і конституційною юриспруденцією<sup>45</sup>. Конституційна доктрина є більш гнучкою від консти-

<sup>44</sup> Йде мова про панівні теорії і концепції у праві, положення яких складають суспільно-політичний дискурс та/або закладаються в основу змісту певних правових актів органів публічної влади. Тому як негативну ми розглядаємо практику КСУ другої каденції, на відміну від першої, коли Суд в описовій частині рішення лише перераховує юридичні ВНЗ або наукові заклади, які надіслали наукові висновки, не надаючи їм своєї правової оцінки, зокрема, аргументи щодо погодження із цими правовими аргументами чи їх неприйнятності у справі. Адже наукові висновки у справах за запитами конституційних суддів виступають своєрідними *amicus curiae*, які нагадують *responsa prudentium* в римському праві. А належна оцінка і врахування досягнень сучасної доктрини конституційного права є критично важливими для обґрунтованості рішень і висновків КСУ. Водночас, критично важливими для такої демократичної комунікації є гарантії академічної свободи.

<sup>45</sup> Термін «конституційна юриспруденція» у вітчизняний правовий дискурс введено Станіславом Шевчуком [18]. На мою думку, цей термін найбільш адекватно відображає правотворчу природу актів КСУ, які за своєю суттю є правозастосовними актами. В одному зі своїх рішень КСУ (ухвала № 15-у/2010) помилково зазначив, що Суд не здійснює правозастосовної діяльності, а лише офіційне тлумачення. Хоча правозастосування включає в себе інтерпретацію та ухвалення правових актів органами публічної влади, до яких також відносяться й акти судової влади.

туційної юриспруденції, оскільки вона відображає певні тенденції у конституційній культурі та свідомості, на що має належним чином реагувати конституційний суд<sup>46</sup>, спираючись у своїх актах також і на доктринальні висновки.

У своїй діяльності конституційна юстиція має три основні стратегічні моделі в межах суддівського розсуду: стримування, нейтральності та активізму. В залежності від обраної моделі, роль конституційної юриспруденції є різною, але принаймні при судовому активізмі конституційні суди чи аналогічні установи схильні до зміни своєї юриспруденції шляхом динамічного тлумачення конституції чи перегляду своєї юриспруденції. Це можна продемонструвати на прикладі справи про Римський статут 2001 року та так звані справи про Кримську автономію цього року.

Розглядаючи справу про Римський статут, КСУ зробив висновок, що Міжнародний кримінальний суд доповнює національну систему кримінальної юстиції, що є нічим іншим, як субсидіарність у сенсі частини четвертої статті 55 Конституції України (висновок КСУ № 3-в/2001). На підставі таких висновків КСУ визнав, що ратифікація РС можлива лише після внесення відповідних змін до Конституції, оскільки «на відміну від міжнародних судових органів, передбачених частиною четвертою статті 55 Конституції України, які за своєю природою є допоміжними засобами захисту прав і свобод людини і громадянина, Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції». Логіка КСУ є загадковою, адже якщо міжнародна юрисдикційна установа доповнює національну систему судів, то вона має субсидіарний характер.

Сам КСУ може переглянути свої правові положення стосовно необхідності внесення змін до Конституції (як необхідної умови ратифікації парламентом Римського статут)<sup>47</sup>. За такої ситуації КСУ може застосувати такий прийом обходу прецедентного права, як перегляд своїх правоположень у зв'язку із їх помилковістю, оскільки на момент ухвалення висновку у 2001 році доктрина міжнародного права визнавала юрисдикцію МКС як субсидіарну, тобто доповнюючу національну систему кримінальної юстиції, і аж ніяк в якості наднаціональної. Також КСУ може застосувати прийом *prospective overruling*, згідно з яким Суд позбавлятиметься з вочевидь невігідними для правової системи правоположеннями, які накладають на неї надмірний тягар [20, с. 339–347]. Саме з посиланням на ці підходи можна змінити зміст юриспруденції КСУ стосовно РС і у такий спосіб закон про ратифікацію РС набуває чинності автоматично, про що має вказати Суд у своєму висновку. Для цього необхідне звернення або Президента, або Кабінету Міністрів.

<sup>46</sup> Французький політолог П'єр Розанвалон визнає інститут конституційної юстиції як форму рефлексивної демократії [19]. На його думку, конституційні суди, застосовуючи норми права до конкретних обставин, забезпечують оперативне реагування на обставини, що змінюються в суспільстві.

<sup>47</sup> Правда, конституційний закон від 2 червня 2016 р. передбачає, що Римський статут може бути ратифікований Верховною Радою після спливу трьох років, з моменту його ухвалення (тобто з 2 червня 2019 р.) на умовах, визначених у відповідному міжнародному договорі України.

Прикладами судового активізму КСУ можуть служити справи про порушення конституційної процедури ухвалення змін до Конституції України 2010 року<sup>48</sup> та так звані «Кримські справи».

Кримські справи КСУ прикметні оцінкою Судом суверенітету і територіальної цілісності, які поряд фундаментальною конституційною цінністю – поваги до гідності людини (стаття 3), – відносяться до так званої тріади цінностей разом із непорушністю прав і свобод людини (стаття 157).

КСУ оперативнo зреагував на порушення територіальної цілісності України<sup>49</sup>, визнавши неконституційною Постанову Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму», оскільки питання призначення референдумів вирішує Верховна Рада України і такий референдум має бути національним, а не регіональним. Тим самим, КСУ констатував<sup>50</sup>, що ВР АРК вийшла за межі своїх повноважень, порушивши принцип

<sup>48</sup> На мою думку, у цій справі КСУ (рішення № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 року) не володів належною юрисдикцією, що оскільки він вже надав інтерпретацію низці конституційних положень, які зазнали змін, забезпечивши їм легітимачію. З точки зору демократичної легітимності КСУ мав при першій-ліпшій нагоді, скориставшись правилом зв'язаності ініціативи згідно ч. 3 ст. 61 чинного та той час Закону про КСУ, вирішити питання про відповідність конституційним цінностям конституційного закону від 8 грудня 2004 р. Установча влада в Україні реалізується тільки у результаті взаємодії парламентської процедури та судового конституційного контролю, а з питань, що стосуються фундаментальних цінностей, має висловитись також і народ на національному референдумі. Насамкінець, КСУ не навів переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки.

<sup>49</sup> Слід зазначити, що КСУ діяв у той час у непростій ситуації, оскільки з його складу було звільнено з посад низку суддів за порушення присяги і замість них було призначено інших суддів на підставі Постанови Верховної Ради «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги суддів» від 24 лютого 2014 р.

<sup>50</sup> Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 року. Існує думка, що КСУ не мав юрисдикції розглядати цю справу, оскільки конституційне подання було внесено неналежним суб'єктом – в.о. Президента України. Як вважають судді, Голова Верховної Ради Олександр Турчинов не міг тимчасово виконувати повноваження Президента, оскільки відсунення від посади Віктора Януковича було здійснено у спосіб, не передбачений Конституцією, – самоусунення від виконання своїх конституційних повноважень. Дійсно, парламент ухвалив свою Постанову від 22 лютого 2014 року про усунення Віктора Януковича від виконання повноважень глави держави, оскільки у цей день сплинув строк виконання Президентом умов Угоди про подолання політичної кризи, згідно з якими Віктор Янукович як глава держави мав промугувати закон про відновлення чинності Конституції України у редакції від 8 грудня 2004 року з урахуванням положень рішення КСУ № 11-рп/2010 від 6 квітня 2010 року. В умовах гострого протистояння у суспільстві, що супроводжувалося розстрілом протестуючих на вулиці Інститутській в Києві (що отримало назву розстріл «Небесної сотні»), повного колапсу влади, яка взагалі не реагувала на численні випадки кіднепінгу та катувань учасників масових протестів, потураючи діяльності парамілітарних структур (які фактично виступали у такій іпостасі як державні агенти), необхідно було виконувати елементарні заходи, спрямовані на поновлення легітимності влади та консенсусу в суспільстві – конституційного порядку. Тому такі міркування суддів КСУ у згаданих окремих думках мають цілком позитивістський зміст, ігноруючи реальний стан із забезпе-

територіальної цілісності України. Правда, КСУ не зазначив у своєму рішенні, що АРК не володіє міжнародною правосуб'єктністю<sup>51</sup>, лише вказавши, що ВР АРК, ухваливши Постанову, якою передбачено входження до складу Російської Федерації як її суб'єкта, звернення до Президента Російської Федерації та до Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації про початок процедури входження до складу Російської Федерації як суб'єкта Російської Федерації, винесення на референдум зазначених питань, порушила конституційний принцип територіальної цілісності України та вийшла за межі своїх повноважень.

**Висновки.** Реалізація конституції не може у чисто позитивістському стилі зводитися лише до реалізації правових норм. Конституція виконує функцію обмеження влади та гарантування прав людини, а тому тут важлива реальна дія інститутів та процедур, які приводять цей механізм в дію, надаючи йому дієвості та ефективності. Власне кажучи, реалізація конституції зводиться до дійових гарантій прав людини та забезпечення конституційного порядку. Необхідними елементами цього є конституційна свідомість, культура та конституційна відповідальність. Центральним елементом цієї системи відносин є конституційна юрисдикція, яка у механізмі поділу влади здійснює правотворчу функцію, конкретизуючи положення конституції шляхом інтерпретації її положень. Критично важливим для легітимності конституційної юстиції є вільна комунікація із академічним співтовариством, яке в якості *amicus curiae* має залучатися у конституційне судочинство, надаючи наукові висновки у стилі *responsa prudentium* з окремих аспектів справи, що мають отримати належну оцінку у рішенні. На прикладі справ про Римський статут та Кримських справ яскраво проявляються стратегії Конституційного Суду – від стратегії стримування до стратегії судового активізму. Це саме ті випадки, коли політичні засоби, суспільно-політичні дебати, законодавство чи соціальна політика уряду, президентський арбітраж вичерпують свою дію і належне застосування конституції забезпечується за допомоги засобів конституційної юстиції.

---

ченням фундаментальних прав і свобод – свободи зібрань, свободи вираження поглядів як основи сучасного демократичного порядку. Тому КСУ як захисник Конституції мав оперативно реагувати на факти зазіхання на територіальну цілісність України.

Інші автори вказують на відсутність юрисдикції КСУ, оскільки Суд мав дослідити фактичні обставини ухвалення зазначеної Постанови ВР АРК, хоча така була офіційно оприлюднена. Слід зазначити, що в даному випадку КСУ здійснив абстрактний конституційний контроль, а не інцидентний чи каузальний контроль норм, тому такі доводи є просто неприйнятними.

<sup>51</sup> Про це КСУ вказує у рішенні № 3-рп/3014 від 20 березня 2014 року, вказавши на відсутність в АРК міжнародної правосуб'єктності та повноважень ухвалення декларацій про сецесію, які можуть належати лише суб'єктам федерації у разі визначення механізму сецесії у федеральній конституції. В унітарних державах адміністративно-територіальні одиниці не володіють правом сецесії. Пізніше КСУ ухвалив рішення про припинення дії Меморандуму про розвиток співпраці з Конституційним судом Російської Федерації, який у порушення норм міжнародного права визнав таким, що відповідає федеральній конституції, міжнародний договір між Російською Федерацією та «Республікою Крим» та прийняття до Російської Федерації цього утворення і створення у складі Російської Федерації нових суб'єктів (рішення КСУ 10-р/2014 від 17 квітня 2014 року).

При таких ситуаціях є критично важливим обґрунтованість рішень та адекватна рефлексивність конституційної юстиції на суспільно-політичну обстановку і стан конституційної доктрини в академічному середовищі.

### Список використаних джерел

1. Тодька Ю.Н. *Конституция Украины – основной закон государства и общества: учебн. пособие*. Харьков: Факт, 2001.
2. Основин В.С. О теории реализации Советской Конституции. *Государственно-правовые проблемы реализации Советской Конституции*. Свердловск, 1987.
3. Кутафин О.Е. *Предмет конституционного права*. Москва: Юристъ, 2001.
4. Лазарев В.В. (ред.) *Конституционное право*. Москва: Юристъ, 1999.
5. Тацій В., Тодика Ю. Проблеми реалізації Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 2 (21).
6. Шаповал В.М. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії. *Право України*. 1998. №3.
7. Klima K. *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen : Ales Cenek, 2008.
8. Лучин В. О. *Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации*. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2002.
9. Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва, 2001. 292 с.
10. Jakab A., Sonnevend P. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 72. P. 81 – 85.
11. Sheppelle K.L. *Hungarian's Constitutitonal Revolution*. Open access: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2011/12/19/hungarys-constitutional-revolution/>
12. Циппеліус Р. *Філософія права*. Київ: Тандем, 2001.
13. Баймуратов М.А. и Батанов А.В. (ред.) *Курс конституционного права Украины. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права:учебник*. Харьков: Одиссей, 2008.
14. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006.
15. Савчин М.В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід*. Ужгород : Мистецька лінія, 2008.
16. Бирмонтене Т., Ярашюнас Є., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное право: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Вып. 2 (40) – 3 (41), 2008. С. 70 – 245.
17. BVerfGE 49, 89.
18. Шевчук С. *Основи конституційної юриспруденції*. К. : Український центр правничих студій, 2001. 294 с.
19. Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. 286 с.
20. Барак А. *Судейское усмотрение*. Москва: Изд-во НОРМА, 1999.

### **3.4. Конституційний Суд України і динаміка конституційного порядку**

**Вступ.** У нормативному розумінні конституція не завжди дає змогу встановити справедливий суспільний порядок. З іншого боку, суспільний порядок не завжди породжує справедливий конституційний устрій, який би спирався на стійкі й ефективні суспільні інститути. Роберт Шютце зазначає, що конституційне право не настільки складається із раціональних правил, наскільки ці правила є результатом певного історичного досвіду, усталеної правової традиції та історичного досвіду [1, с. 1]. Тому критично важливо конституційним судам відчувати та реагувати належним чином на конституційну динаміку.

У контексті існуючих реалій буде розкрито роль конституційної юстиції у конституційній динаміці. Спочатку буде акцентовано увагу на (1) природі конституційної динаміки (2) у контексті установчої легітимності, яка зумовлює цілісне та динамічне тлумачення конституційних явищ і процесів конституційними судами.

#### **3.4.1. Природа конституційної динаміки.**

Відповідно до основних постулатів наукових процедур, при з'ясуванні змісту конституції необхідно розглядати її моделі, які засновані на аналізові впливу на конституцію різноманітних факторів (політичних, економічних, соціальних, культурних, ментальних, антропологічних тощо) і зворотного впливу конституції на них [2, с. 546]. Емпірично це також проявляється у діяльності конституційних суддів, які повинні мати знання не лише у сфері права, а також з філософії, політології, соціології тощо. Водночас згідно концепції аутопоезису правових норм, конституція є самодостатнім інструментом для впливу на зовнішнє середовище, оскільки конституційні норми самоорганізуються, самовідтворюються, створюючи мережу прийняття правових рішень та узгодження інтересів у неоднорідному гетерархічному суспільстві [3].

Сьогодні вельми дискусійним питанням є те, що лежить в основі сучасного конституціоналізму та природи конституції. Згідно з відомим теоретиком науки Т. Куном, в основі парадигми лежить вирішення певної критичної маси аномалій у науці. Накопичення цих аномалій стає загрозою «нормальній науці», оскільки вони викликають кризу в наукових дослідженнях [4, с. 99–128]. Парадигмальний підхід передбачає певний набір правил наукового дослідження, які не завжди містять повний каталог процедур і практик, однак вони виражають логічну, завершену систему вирішення певних наукових проблем, яка заснована на поєднанні «інтелектуальних засобів пізнання» шляхом конструювання певних моделей та абстрагованих від них правил [4, с. 75–79]. Однак на певному етапі розвитку науки у рамках наявної парадигми наявні моделі, процедури і правила досліджень не надають задовільних результатів дослідження, які б сприяли вирішенню наукової проблеми. Лише при формуванні якісно нових моделей, процедур і правил наукових досліджень формуються умови для революційних змін у науці, в основі яких покладається парадигма як певна модель наступних

наукових досліджень. Загалом, теорія парадигми науки спирається на певні догми у наукових дослідженнях, оскільки «нормальна наука» за Т. Куном полягає у застосуванні певного набору правил і процедур на основі усталених наукових моделей, методик дослідження.

Наприклад, в рамках суто юридичного позитивізму складно розкрити природу установчої легітимності, систему легітимації соціальних цінностей, які набувають характеру принципів і норм у силу їх конституційного захисту. Юридичний позитивізм є індиверентним до таких інституційних компонентів конституційного порядку, як народний суверенітет, демократія чи права людини. А права людини трактуються як визначена у формальному законі міра поведінки, яка санкціонується волею суверена, наділеного публічною владою. Звісно, в рамках такого роду парадигми сьогодні складно вирішити дилему співвідношення суверенітету і прав людини, інтернаціоналізації конституційного права та конституціоналізації міжнародного права, демократичної легітимності та легальності тощо.

Згідно із плюралістичним підходом процедура наукових досліджень ґрунтується на релятивних засадах та відносному характері соціальних цінностей. На відміну від парадигми, у постмодерні основою наукової конструкції є синтагма як певна послідовність методів, процедур і правил дослідження, які залежать від конкретної проблеми, ситуації. Їхнє застосування не залежить від певних ціннісних орієнтирів, оскільки постмодерн є індиверентним щодо соціальних цінностей та мотивів поведінкових моделей індивідів чи цілей розвитку соціальних інститутів. З точки зору антропології, екології, обмеженості природних та інформаційних ресурсів синтагма може стати доволі небезпечним інструментом для невиваженого вирішення проблем, які стоять перед суспільством.

Таким чином, сильними якостями парадигмального підходу є формування певної універсальної моделі наукових досліджень із певним набором їх методів, процедур і правил, однак такий набір на певному етапі стає надмірно догматичним, централізованим і в рамках цієї системи стає неможливим розв'язання критичної маси наукових проблем. Натомість сильною характеристикою постмодернізму є сукупність плюралістичних підходів у дослідженні наукової проблематики, цілі якої досягаються на індиверентному ставленні до соціальних цінностей при ігноруванні обмеженості природних та інформаційних ресурсів. Отже, парадигма як певна універсальна модель пізнання стає основою наукових досліджень у період сталого розвитку науки, а синтагма, заснована на плюралізмі підходів, – у період кризи, для якої притаманні складність або неможливість у рамках усталеної універсальної методики об'єктивного і обґрунтованого дослідження конституційних явищ і процесів, за якого лише розпочинаються процеси упорядкування наукових підходів та їх ієрархії.

Натомість заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі і раціональної організації публічної влади. Це – класична формула ліберального конституціоналізму, яка випливає з природи універсальних конституційних цінностей. Згідно з



ліберально-демократичним трактуванням, конституція також покликана забезпечити право людини на вільний розвиток та ефективне демократичне правління. Ліберальна концепція конституційного порядку інстинктивно опирається ідеї народного суверенітету, оскільки більшість<sup>52</sup> не завжди може приймати рішення, що відповідають вимогам верховенства права як засадничому принципові конституціоналізму. Такий внутрішній дискурс у системі конституційних цінностей здається непримиренним. Тут ми бачимо, що ні в рамках суто концепцій парадигми чи синтагми зазначені проблеми вирішити задовільно складно або неможливо; їх слід розглядати у динаміці.

При дослідженні таких масових конституційних явищ і процесів, як вибори, референдуми, різного роду форми політичної активності з точки зору причинно-наслідкових зв'язків вони не можуть бути достеменно пояснені й тут приходять на допомогу постмодерні підходи у дослідженні цих масових явищ і процесів. Детермінізм суперечить також емпіричному досвіду формулювання постулатів, принципів і норм сучасного конституціоналізму, які є результатом переважно спонтанної взаємодії індивідів, соціальних груп та інститутів, яка часто має ірраціональний характер [5–9]. Спонтанність формулювання правил і процесів пояснюється через серединний ефект, який обґрунтований у теорії ігор. Тому в якості принципів наукових досліджень окрім засад антропології, пізнаваності, об'єктивності також слід назвати верифікацію та міждисциплінарність. На основі цього і слід розглядати роль конституційної юстиції у забезпеченні легітимного процесу реалізації установчої влади.

#### **3.4.2. Установча легітимність Конституційного Суду України: роль динамічного тлумачення.**

КСУ неодноразово підкреслював, що він здійснює перевірку законопроекту про внесення змін до Конституції, а не перевірку проекту нового Основного Закону – тобто забезпечує додержання вимог легітимності установчої процедури (наприклад, див. рішення КСУ № 3-рп/2000). З приводу можливості ухвалення нового Основного Закону Суд висловив думку, що можливість винесення такого питання на всеукраїнський референдум «без з'ясування волі народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України... ставить під сумнів чинність Основного Закону України». На протипагу цьому, в іншому місці Конституційний Суд зазначив, що внесення змін до Конституції повинно проводитися виключно у порядку, визначеному розділом XIII Конституції і це питання обов'язково має пройти стадію попереднього схвалення у Верховній Раді.

<sup>52</sup> Насправді при парламентському представництві більшість не представляє більшості виборців. Адже парламентська більшість, яка голосує за законопроект, насправді лише репрезентує меншість виборців. Навіть якщо взяти за основу голосування за Закон про справедливий суд, то розрахунок відданих голосів за цей закон встановить, що депутати презентували близько 40 відсотків виборців. Тобто переважна більшість законів фактично ухвалюється меншістю. Ухвалення рішень меншістю ще й посилює виборче законодавство, яке встановлює виборчий бар'єр, що поглиблює кризу народного представництва.

Слід також зосередити увагу на важливому положенні цього рішення КСУ. В ньому була сформульована вимога співпідпорядкування учасників установчої процедури: «Конституція України при внесенні до неї змін передбачає збалансованість дій Президента України, народних депутатів України, Верховної Ради України при реалізації волі народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні». Очевидним здається, що КСУ сформульовано правило консенсусної демократії при внесенні змін до Конституції. *Mutatis mutandis*, тим більше ці правила і вимоги поширюються на випадки прийняття нової Конституції України.

Виходячи із наведеного та основних постулатів теорії демократії поняття народу не можна трактувати абстрактно як певну сукупність громадян. Здійснення своєї влади народом передбачає забезпечення балансу інтересів різних соціальних спільнот, інститутів громадянського суспільства, політичних партій та органів публічної влади. Таким чином, рішення КСУ орієнтує установчу владу на вільний демократичний дискурс щодо передбачуваних наслідків дії (критерій легальності) та досягнення консенсусу та визнання фундаментальних положень (критерій легітимності) майбутньої Конституції. Тобто при внесенні змін до Конституції мають бути додержані вимоги дорадчої демократії через різні соціальні платформи обговорення. Наприклад, Юрген Габермас наголошує на тому, що сучасні можливості електронного урядування дозволяють оперативно налаштувати зворотний зв'язок для ухвалення збалансованих рішень [10].

Принцип верховенства права тісно пов'язаний із доктриною самообмеження конституційної юстиції. Самообмеження у юрисдикції органів конституційної юстиції полягає у відмові від втручання у політику. У процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. КСУ зазначив, що вирішення політичних питань суперечить його призначенню як єдиного органу конституційної юрисдикції, оскільки будь-яка політична діяльність є несумісною з діяльністю як суддів загальносудової юрисдикції, так і конституційних суддів. Конституційний Суд Словацької республіки при вирішенні питання конституційності правових приписів перевіряє їх на предмет: відповідності Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам; чи не порушують вони права людини й основоположні свободи. Якщо такий правовий акт заподіює шкоду правам і свободам людини, Конституційний суд може прийняти рішення про зупинення його дії на час розгляду справи (§ 38 Закону Народної ради Словацької республіки про організацію Конституційного Суду Словацької республіки, його процедуру та статус суддів).

Конституція вносить системність у право, є ефективним системоутворюючим фактором правової системи, закріплює вихідні засади формування дії національного права, наповнює його своїм змістом, пронизує єдиними принципами та ідеями. Правова єдність Конституції також означає відсутність у ній прогалін, оскільки вона інтегрує позитивістську і природно-правову, правові доктрини. Писаний характер конституції зумовлений, насамперед, вимогою правової визначеності. При цьому, згідно з вимогами правової визначеності, конституційні положення підлягають конкретизації і деталізації у поточному законодав-

стві, особливо що стосується організації та діяльності органів публічної влади. Водночас її текст є «відкритим» через інститут прав людини й основоположних свобод, які визнаються лише через позитивне закріплення у Конституції, та їх каталог не обмежується лише її приписами.

Динамічне тлумачення ґрунтується на розумінні природи конституції як відкритої та рухливої правової матерії, яка змінюється відповідно до конкретної історичної ситуації. За таких умов конституція вже розглядається «не лише як правосвідомість, але й як правотворчість», як «керівні ідеї розподілу свободи», «оптимізації» та «практичного узгодження» конституційних положень і цілей. Тому зростає роль конституційного суду у забезпеченні розвитку конституції шляхом її конкретизації при вирішенні конституційно-правових спорів [11, с.59], що виключає неправомірність прогалин у законодавстві, оскільки це не відповідає конституційним цілям та «керівній ідеї розподілу свободи» як засад німецького конституціоналізму [12, с. 58-63].

Конституція як основоположний закон суспільства і держави є правовим актом, який застосовується у певному соціальному середовищі і за конкретно-історичних обставин і є своєрідним «відкритим текстом». Тому конституцію не можна зводити виключно до її текстуального аналізу. Конституція є продуктом розвитку суспільства, вона відображає правосвідомість носія установчої влади (народу України), суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом, усталену практику застосування правових норм та соціально значущу поведінку.

Концепція конституції як «відкритого тексту» ґрунтується на тому, що конституція не може зводитися до своєрідного «конституційного кодексу», оскільки ідея того, «щоб вона охоплювала всі можливі життєві ситуації та надавала відповіді на всі запитання без додаткового суддівського тлумачення є ілюзорною та завдає шкоди конституційно-правовому регулюванню» [13, с. 82].

### ***3.4.3. Пряма дія конституції та конституційний порядок.***

Реалізація конституції для фізичних осіб і юридичних осіб приватного права починається з моменту набрання нею чинності, оскільки конституційні права людини й основоположні свободи мають пряму дію. У разі відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції як безпосередньо чинне право. У разі ігнорування таких стандартів-вимог приватні особи мають право у судовому порядку домагатися відшкодування завданих збитків внаслідок такого недбальства. Судові установи не можуть відмовити у захисті основного права, посилаючись на недоліки поточного законодавства в якості обґрунтування неможливості застосування відповідних приписів Конституції України.

Пряма дія конституційних норм визначає основні параметри їх застосування у діяльності органів державної влади, що, зокрема, забезпечується примусовою силою права. На думку німецького конституціоналіста Райнгольда

Циппеліуса: «Особливість гарантованого державою права полягає в особливій техніці його втілення в життя, а саме – у тому, що воно (право) в разі крайньої потреби буде реалізоване за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, а коли це необхідно – то через сам примус (якщо ті, чію поведінку регулює та чи інша норма, не виконають вимогу останньої добровільно)» [14, с. 18]. Таким чином, справедливо порушується питання, що не завжди у діяльності органів влади забезпечується додержання положень Конституції і законів України, зокрема у сфері прав людини і основоположних свобод.

Доктрина розглядає права людини і основоположні свободи, визнані в Конституції України, як безпосередньо діюче, найвище право [15, с. 423-425], тому права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрями діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. ФКС Німеччини з цього приводу сформував положення, згідно з яким основні права є об'єктивними нормами, що встановлюють ціннісний правопорядок, який являє собою фундаментальний конституційний лад в усіх галузях права [16, с. 203], в чому і проявляється горизонтальний ефект конституції на поточне законодавство.

Такий горизонтальний ефект Конституції пов'язаний з тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках – у ході здійснення конституційної юрисдикції [17, с. 12]. Таким чином, публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України на наукових засадах, виходячи із загальних цілей та завдань Основного Закону. Зокрема, це втілюється у законодавчій діяльності парламенту, який у силу свого конституційного статусу покликаний забезпечити ефективне законодавче регулювання. Відсутність законодавчого регулювання загрожує правовій безпеці суспільства чи окремого індивіда, вносить елементи свавілля у діяльність органів публічної влади і є неконституційним явищем.

Належне застосування прямої дії Конституції має місце тоді, коли дії судів задовольняють принаймні таким умовам:

1) кожна особа може вимагати від держави належного захисту її основоположного права як безпосередньо діючого права; держава несе позитивний обов'язок захистити таке домагання особи;

2) безумовне застосування положень Конституції, які сформульовані чітко і очевидно, не потребують додатково якоїсь деталізації і конкретизації на рівні закону чи підзаконного нормативного акту;

3) коли положення закону або підзаконного нормативного акту суперечать нормі Конституції, яка викладена чітко, послідовно, очевидно і придатна до застосування без конкретизуючого закону, застосовуються положення Конституції;

4) у разі, коли положення закону або підзаконного нормативного акту, які підлягають застосуванню судом та істотно впливають на зміст судового рішення, суперечать припису Конституції, суди застосовують процедуру інцидентного конституційного контролю;

5) застосування положень ЄКПЛ і прецедентного права ЄСПЛ, які закладають мінімальний стандарт захисту прав людини і основоположних свобод;

б) вирішення КСУ питання щодо надання офіційного тлумачення положень Конституції і законів України у разі наявності у конституційному зверненні приватних осіб достатніх фактичних обставин, які свідчать про порушення конституційних прав і свобод і їх неможливо усунути засобами загального судочинства;

7) при вирішенні КСУ питання щодо тлумачення положень міжнародних договорів і законів, які є неоднозначними, формулювання єдиних підходів у їх застосуванні з точки зору забезпечення конституційних прав і свобод.

**Висновки.** За будь-яких умов соціальної динаміки роль конституції не змінюється – вона залишається юридичним засобом обмеження владного свавілля та забезпечення прав людини і основоположних свобод. Тому наявні соціальні зміни аж ніяк не можуть служити виправданням для обмеження фундаментальних прав людини. Держава покликана служити забезпеченню прав людини. Тому її діяльність підлягає оцінці через ступінь ефективності забезпечення фундаментальних прав. Правило визнання, згідно з яким досягається консенсус стосовно захисту певних благ чи інтересів, що є предметом домагань конкретного індивіда і на підставі чого у держави виникає низка негативних і позитивних обов'язків, аж ніяким чином не може слугувати засобом накладання надмірних обтяжень та обов'язків, які посягають на сутність змісту свободи індивіда.

Така специфіка конституційного регулювання накладає обов'язок на законодавця слідувати конституційним цінностям і принципам – це можна сформулювати як принцип вірності конституції. Адже насправді парламентська більшість не репрезентує більшості народу і схвалюваний закон має задовольняти баланс інтересів у неоднорідному суспільстві – об'єктивним критерієм цьому слугують саме цінності і принципи у праві. Так само для публічної адміністрації, яка покликана на основі закону вживати достатніх і доречних заходів щодо реалізації цілей і завдань, визначених у законі, існує вимога знаходити задовільний баланс між легальними цілями та суб'єктивними публічними правами. Якщо без належного обґрунтування та забезпечення рівномірного розподілу тягара відповідальності між учасниками правовідносин публічна адміністрація накладає надмірні обов'язки на одну із сторін або встановлює певні стандарти адміністративних процедур, які є надмірними для реалізації конкретного суб'єктивного публічного права – має місце свавілля, адже таке право неможливо реалізувати або його реалізація втрачає сенс.

Натомість принцип вірності конституції означає, що законодавець має конкретизувати і деталізувати конституцію, а публічна адміністрація та судова влада реалізувати свій розсуд таким чином, щоб забезпечити реалізацію конституційних прав і свобод та не допустити надмірних обмежень та обтяжень, які б заперечували сутність змісту фундаментального права.

### Список використаних джерел

1. Schuetze R. *European Constitutional law*. Cambridge University Press, 2013.
2. Ковлер А.И., Чиркин В.Е., Юдина Ю.А. (ред.) *Сравнительное конституционное право*. Москва: Манускрипт, 1996.
3. Richers D. Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. 2007. № 67. S. 509–540.
4. Кун Т. *Структура научных революций*. Москва: ООО «Издательство АСТ», 2002.
5. Ладер К.-Х. Теория аутопоэзиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интeротношений). *Правоведение*. 2007. № 1. С. 13–42.
6. Луман Н. *Общество общества. IV. Дифференциация*. Москва: Логос, 2006. 320 с.
7. Речицкий В. *Политический предмет конституции*. Київ: Дух і Літера, 2012. 728 с.
8. Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: 2001. 292 с.
9. Larry A. (Ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundation*. New York : Cambridge University Press, 1998. 319 p.
10. Habermas J. Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 1.
11. Хессе К. *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс, 1981.
12. Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger (Aufl.). *Deutsches Staatsrecht*. Ein Studienbuch von. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. Verlag C.H. Beck Muenchen, 2005. S. 58–63.
13. Шевчук С.В. *Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: дис... докт. юрид. наук.* Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2008.
14. Циппеліус Р. *Філософія права*. К. : Тандем, 2001. 18 с.
15. Баймуратов М.А. и Батанова А.В. (ред.) *Курс конституционного права Украины*. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. Учебник. Харьков: Одиссей, 2008.
16. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006. 203 с.
17. Савчин М.В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід*. Ужгород : Мистецька лінія, 2008. 12 с.

## Розділ 4.

- 4.1. *Захист конституційних цінностей в умовах екстраординарних обставин*
- 4.2. *Забезпечення конституційного порядку та стан війни*

### **4.1. Захист конституційних цінностей в умовах екстраординарних обставин**

**Вступ.** Конституційні цінності у структурі конституційного порядку посідають центральне положення, оскільки саме на їх основі формулюються конституційні принципи, правила і процедури. Цінності є своєрідним орієнтиром і каркасом для конкретизації положень Конституції у законодавстві та адміністративній практиці, а також їх тлумачення судовими установами. Питання про конституційні цінності, зокрема суверенітет і територіальну цілісність України, постало з новою гостротою після анексії Російською Федерацією Автономної Республіки Крим разом із Севастополем, а також відвертої підтримки Росією парамілітарних структур на території Донецької і Луганської областей, які слід розглядати як державних агентів нашого східного сусіда.

По суті у цій площині наш східний сусід не зважає на положення міжнародного права. Анексія Криму суперечить як змісту принципу права на самовизначення [1, с. 630–650], оскільки право сецесії визнається лише у разі звільнення від колоніальної залежності, як це встановлено у рішенні Верховного Суду Канади у справі Квебеку. Верховний Суд Канади у цій справі постановив, що право на самовизначення має місце в разі «коли народ стає об'єктом іноземного підкорення, панування чи експлуатації поза колоніальним контекстом» та «існування перепон для ефективного здійснення права народом на внутрішньодержавне самовизначення» [2, с. 222–224]. Саме після анексії Криму поступово складаються ознаки, сформульовані у згаданій справі.

У структурі конституційних цінностей суверенітет і територіальну цілісність України ми відносили до цінностей третього порядку після сутнісних (гідність людини, свобода, рівність, солідарність тощо) та атрибутивних (конституції, конституційної юриспруденції, законодавства тощо) [3, с. 185–217]. Водночас конституційна традиція України свідчить, що відсутність автентичної держав-

ності була одним із провідних чинників Голодоморів 1921, 1932/33 та 1947 років, адже за таких обставин УРСР важко (а відверто кажучи – навіть цинічно) розглядати як інститут, що забезпечував тяглість української конституційної традиції. Очевидно, що особливості континуїтету державності в Україні потребують перегляду такого підходу.

Авторитетний український інтелектуал Богдан Гаврилишин стверджує, що основою вітчизняної суспільної парадигми мають стати політична свобода, належний рівень добробуту населення, соціальна справедливості та симбіоз суспільства із біосферою [4; 5]. З цією метою він пропонує кодифікувати систему соціальних обов'язків жителів України як вільних та відповідальних громадян.

У цій системі координат я розгляну природу конституційних цінностей в умовах екстраординарних обставин. З цією метою буде проаналізовано, по-перше, кореляцію між конституційними цінностями та екстраординарними обставинами, насамперед крізь призму поглядів Карла Шмітта та Юргена Габермаса на їхню природу. По-друге, дам визначення параметрів інституційних пасток Конституції України у світлі вимог верховенства права і належної правової процедури. По-третє, мною буде запропоновано бачення конституційного захисту соціальних цінностей в умовах екстраординарних обставин.

#### **4.1.1. Вилки для конституційних цінностей в умовах перехідних демократій.**

Перехідним демократіям притаманний відхід від юридичного позитивізму, який за умов перехідних періодів служить прикриттям для легалізації свавільних дій влади для надання лоску формальній законності, під чим насправді приховують банальні «структури повсякденності» порушення прав людини й основоположних свобод. Як виправдання такого стану позитивісти вказують на недосконалість юридичних конструкцій, понятійного апарату, зворотних відсилань тощо.

Тому виваженість і точність юридичних формулювань у конституційному тексті є важливими, зважаючи на усталену сакралізацію тексту у континентальній Європі, що пов'язано із християнською традицією інтерпретації тексту Священного Писання. Це важливо для належного застосування положень Конституції як норм прямої дії. Роль виваженості конституційних формул ще більше зростає в умовах екстраординарних обставин, коли є життєві загрози нації та життєздатності державності.

Позитивісти надають важливого значення формі права та його якості як команди суверена. Так, Густав Радбрух був шокований результатами додержання формальної законності німецькими юристами під час правління Гітлера, що стало одним із інструментів виправдання злочинів нацизму. На протипагу цьому Герберт Гарт робить з цього приводу доволі дивні засновки у відомому розмежуванні позитивістами питання моралі і права, як між належним і суцим у правовому регулюванні. Насправді Гарт так і не надає відповіді на джерела права у дії, тобто від права, яке воно має бути, наводячи в якості свого основно-



го аргументу, як можна ставити питання про належні правила, якщо соціальна природа людини та природа суспільства різко зміниться [6, с. 132–134]. Така думка є проблемною, адже ні писане право, ні команда суверена не є гнучкою і не пристосовується до мінливих суспільних обставин. Щоправда, Гарт визначає право як сукупність «фундаментальних норм, прийнятих у суспільстві, що встановлюють основні законодавчі процедури», не розкриваючи їхньої природи. Тим більше, що він заперечує ідею обмеження влади, без якої нормативність права уявляється доволі проблематичною. Також доволі складно за такої системи координат говорити про попередження потенційних і реальних загроз життєздатності нації, про що свідчить вітчизняне законодавство про воєнний і надзвичайний стан.

Слід цілком погодитися із Лоном Фуллером, що у Герберта Гарта поняття «моралі» занадто широке і невизначене, воно в нього означає чи не всі норми, що лежать поза правом. Адже максима про «те, що має бути, належить бути» цілком справедлива стосовно етики чи релігії також рівною мірою, до прикладу, я б дозволив собі це назвати «тестом Густава Радбруха»<sup>53</sup>. По суті про цей тест згадує також Лон Фуллер [7, с. 126–127]. Хоча я б відніс гартівське розуміння поняття «мораль» до фундаментальних принципів права, аніж до автентичних речей, що стосуються виключно проблем моральності.

У свою чергу, Лон Фуллер наголошує, що положення конституції мають бути простими і зрозумілими не тільки за смислом конструкцій, а також у сенсі розуміння її цілей. При цьому матеріальні цілі мають досягатися процедурно, а обмеження уряду мають бути простими, нагальними, доречно необхідними [7, с. 135]. Аналізуючи ретроспективне і «таємне» законодавство нацистів, Фуллер наголошує на їх практичній непридатності в якості критерію ухвалення правомірних рішень судів чи то для адміністративної практики. Навіть з аналізу справи, пов'язаної із доносом дружини на власного чоловіка, який у приватній обстановці критикував політику Гітлера і за це поніс конкретне кримінальне покарання<sup>54</sup>, на яку спирався Гарт, видно неспроможність юридичного позитивізму. Адже це законодавство, до речі, спиралося на сумнозвісне застереження частини другої ст. 48 Веймарської конституції, яке надавало надто широку сво-

<sup>53</sup> «Тест Радбруха» можна сформулювати наступним чином: 1) відповідність фундаментальним цінностям і принципам права; 2) процедурне забезпечення цілепокладання; 3) незалежність юридичного співтовариства (Радбрух наводить поширену в свій час формулу «von oben herab» (з нім. – «зверху донизу») як приклад сервільності нацистських юристів); 4) цілісне тлумачення норм права, виходячи із фундаментальних його цінностей і принципів.

<sup>54</sup> Лон Фуллер наводить цитату із цього дикого законодавства з точки зору правової визначеності та поваги до гідності людини [7, с. 144]. Назва самого закону доволі прикметна – Закон проти навмисних нападів на державу і партію та про захист партійної єдності. Нещодавно, в лютому місяці цього року один депутат вітчизняного парламенту теж «відзначився» подібного роду «шедевром» законотворчості стосовно встановлення кримінальної відповідальності за підрив державності, однак після суспільної критики цей законопроект був знятий із реєстру законопроектів у Верховній Раді.

боду розсуду верховного правителя застосовувати всі необхідні засоби задля захисту безпеки держави<sup>55</sup>.

Такі препозиції екстраординарних обставин з точки зору конституційних цінностей, основним мірилом яких є людська гідність [8] та збалансоване правління [3]. Тому в межах екстремумів<sup>56</sup> розглянемо пограничні підходи до питання забезпечення верховенства конституції за екстраординарних умов – Карла Шмітта [9] і Юргена Габермаса [10].

Карл Шмітт, хоч робить при цьому різного роду застереження, знаменитий сентенцією: «Сувереном є той, хто ухвалює рішення про надзвичайний стан» [9, с. 15]. Насправді це є своєрідною інтелектуальною рефлексією на веймарський синдром<sup>57</sup>, що набула поширення в Німеччині після Першої світової війни та результатів трансформації світового порядку. Такий самий синдром зазнає нині Російська Федерація, свідченням чого є як офіційні заяви вищих керівників, так і навіть стан доктрини.

Шмітт розігрує відому експоненту права, яка полягає у розумінні примусу як кардинального засобу забезпечення його загальнообов'язковості. Хоча в реальному житті нормативність права ґрунтується більшою мірою на правилі визнання. Насправді важливим є формулювання та відтворення паттернів, які забезпечують задовільні умови реалізації соціальних цінностей та за рівних умов справедливий доступ до матеріальних і духовних благ. Так, екстремум у праві домінує в Карла Шмітта, адже він схиляється розглядати суверенітет у

<sup>55</sup> Частина друга статті 48 Веймарської конституції містила таке положення:

«Якщо в межах Німецької імперії серйозно порушені громадська безпека і порядок або якщо загрожує серйозна небезпека такого порушення, то президент імперії може вживати заходів, необхідних для відновлення громадської безпеки і порядку, в разі потреби за допомогою збройної сили. З цією метою він може тимчасово припинити повністю або частково гарантії основних прав...».

<sup>56</sup> Мається на увазі мінімальне чи максимальне значення застосування надзвичайних засобів захисту конституції.

<sup>57</sup> Веймарський синдром німецької нації у період між двома світовими війнами ґрунтувався на припущенні «зради в тилу», оскільки Другий Райх змушений був капітулювати перед Антантою, окупувавши території сусідніх держав, що було абсурдом з точки зору військової стратегії. Перше Комп'єнське перемир'я від 11 листопада 1918 року було укладено на фоні революційних подій в Німеччині та зречення з трону імператора Вільгельма. Це поклало початок перемовинам, у результаті яких був укладений Версальський мирний договір від 28 червня 1919 року (до речі, дата ухвалення Конституції України, правда у 1996 році). Згідно з положеннями цього договору, Німеччина позбавлялася своїх колоній, поверталася майже у кордони станом на 1870 рік з урахуванням так званого «польського коридору», а також мала виплатити просто неймовірні репарації у розмірі 226 млрд. райхсмарок, розмір яких було скорочено у 1923 році до 132 млрд. райхсмарок (442 млрд. дол. США по курсу на 2012 рік), які були сплачені повністю лише у 2010 році. Майже всі соціальні кола Німеччини, як і нація в цілому, відчували себе приниженими такими умовами. Веймарський синдром позначає не лише приниження нації ззовні, також позначає внутрішню зраду з боку певних кіл, що стало джерелом антисемітизму у нацистській Німеччині та ревізійоністських інвектив нацистського режиму.

площині крайньої необхідності та усунення екстремальних умов. Роль конституції зводиться до легалізації застосування таких заходів шляхом наділення повноваженнями органів влади [9, с. 17-18]. Саме цілком у дусі такого екстремуму сформульована сумнозвісна формула ч. 2 ст. 48 Веймарської конституції, за якою легалізувалася відверта сваволя виконавчої влади у застосуванні «заходів, необхідних для відновлення громадської безпеки і порядку, в разі потреби за допомогою збройної сили». Хоча далі Шмітт робить застереження, що зміст суверенітету полягає не стільки у застосуванні надзвичайних заходів, скільки в ухваленні рішення відповідно до процедури, це не змінює суті справи – суверенітет все одно розглядається як «незалежна від закону вища влада», яка не виводиться і не пов'язана із цінностями [9, с. 30-47]. Загалом, держава у Шмітта є ефективною, якщо вона спроможна боротися із ворогом<sup>58</sup>.

Натомість концепція попередження та усунення потенційних та реальних загроз демократичній конституційній державності Юргена Габермаса є прикладом іншого, доволі витонченого, філігранного екстремуму. Після встановлення Нюрнберзьким трибуналом фактів скоєння нацистами злочинів проти людяності і миру на Європейському континенті були сформовані Європейські співтовариства як засіб економічної інтеграції та попередження потенційних конфліктів на континенті. Поступово ця система набула також політичного забарвлення, що виявилось у формуванні наднаціонального Європейського Союзу [10], який має чітко визначену мереживну структуру на засадах багаторівневого конституціоналізму [11]. Так само нововиникла НАТО інтегрувала зусилля західноєвропейських країн разом із США та Канадою у безпековій сфері. Тут ми бачимо синтетичний і технологічний рівень запобігання та усунення загроз в екстраординарних умовах.

Юрген Габермас, аналізуючи багаторівневу природу ЄС та виклики, які перед ним стоять, насамперед висуває тезу про те, що політична фрагментація, яка зберігається в світі та зокрема в Європі, знаходиться в протиріччі зі систематичним зрощенням мультикультурної світової (глобальної) спільноти і блоку прогрес на шляху до можливості конституційно-правового цивілізування (доместикації) владних відносин в державі і суспільстві [12, с. 7]. Питання потенційних загроз екстраординарних обставин на наднаціональному рівні полягає в ефективності наднаціональних інститутів та їхньої економічної спроможності, доказом чого є інституціональні вади ЄС під час економічної рецесії 2008-2010 років. Також Габермас на прикладі співвідношення народного і державного су-

<sup>58</sup> Цю тезу Карла Шмітта доволі інтенсивно було взято на озброєння російськими політологами Александром Дугіним, Александром Прохановим – основними ідеологами колись маргінальної ідеології євразійства – та юристом, Головою Конституційного Суду Валерієм Зорькіним, що зробив дещо неадекватні висновки стосовно активізму Конституційного Суду Російської Федерації під час подій штурму Білого дому та ухвалення Конституції 1993 року у сумнівний з точки зору демократичної легітимності спосіб, – насамперед для критики світового порядку та фундаментальних засад сучасного конституціоналізму – права народу на опір тиранії, обмеження влади та гарантій прав людини.

веренітетів підкреслює, що у своєму зовнішньому аспекті суверенітет держави проявляється у наявності у держави *ius ad bellum* (права на ведення війни)<sup>59</sup>, тобто свободі дій, яка лише обмежена потугою інших акторів міжнародної політики [12, с. 14-15]. Водночас таке суверенне право держави ґрунтується на її демократичній легітимності як асоціації вільних громадян, розподілі повноважень та системи демократичної комунікації, що дає синергетичний ефект у сенсі *res publica* (спільної справи). Розподіл компетенцій у багаторівневій системі влади зумовлює постановку питання про реальну спроможність інститутів ЄС робити адекватні рішення в умовах економічних, інформаційних і безпекових екстраординарних обставин. Габермас вбачає подолання його у формуванні дійового «виконавчого федералізму», який, проте, роздирає протиріччя між німецьким лібералізмом та французьким етатизмом [12, с. 41]. Натомість на практиці склалося так, що безпекова політика ЄС спирається на спроможність і військову потугу НАТО.

На основі компаративного аналізу підходів Карла Шмітта та Юргена Габермаса можна побачити невирішеність цих питань з точки зору демократичної легітимності та подолання дилеми ідеального і реального в праві. З точки зору Роберта Алексі це питання лежить у площині належної обґрунтованості та демократичної легітимності запроваджуваних обмежувальних заходів і має відповідати вимогам правової визначеності та не порушувати сутності змісту основоположних прав [13, с.177-180].

#### **4.1.2. Інституційні пастки Конституції у світлі конституційних цінностей.**

Коректне визначення положень Конституції, як і цілісна і динамічна їхня інтерпретація у світлі цінностей прав людини, демократії і верховенства права, однаково важливі для визначення доречності та обґрунтованості запровадження заходів у разі настання екстраординарних обставин. Іншими словами, екстраординарні обставини та умови запровадження обмежувальних заходів виступають реальністю у праві. Натомість конституційні цінності є ідеальними у праві, фундаментальними засадами, які визначають магістральні напрями. Тому інституційні пастки Конституції, пов'язані із неточністю та неповнотою юридичних конструкцій, можуть бути верифіковані крізь призму вимог верховенства права та належної правової процедури.

**а) Розмитість системи конституційних цінностей у тексті Основного закону.** Насамперед, що кидається у вічі при аналізові конституційного тексту, це доволі розмита система конституційних цінностей. Наприклад, стаття 3 Конституції поряд із цінністю універсального характеру – гідністю людини – ставить

<sup>59</sup> На прикладі кволої реакції України на планомірну операцію Кремля по анексії Автономної Республіки Крим та міста Севастополя чітко видно, що в період правління передостаннього президента йшли процеси згортання суверенітету Української держави, а сама держава має занадто слабку інституційну пам'ять щодо відстоювання національного суверенітету.

в один ряд життя, здоров'я, недоторканність і безпеку людини. Адже життя людини не має настільки універсального характеру, як гідність людини, оскільки можливі винятки із правил. Наприклад, може бути виданий наказ, яким піддається серйозному ризику певний військовий підрозділ з метою досягнення цілей збереження його обороноздатності чи з певних оперативних або стратегічних міркувань.

Яскравим прикладом цього є рішення Європейського суду з прав людини у справі *McCann v. UK*. Вирішуючи питання стосовно вживання заходів щодо попередження терористичного акту з боку трьох осіб, щодо яких розвідка надала оперативні дані щодо готування теракту в порту Гібралтара і яких було фактично розстріляно військовослужбовцями у зв'язку із невиконанням розпорядження, Суд зазначив, що стосовно «аргументів заявників щодо підготовки та інструктування осіб, що діють від імені держави, і необхідності оперативного контролю, Суд вважає, що це питання, які в контексті даної справи піднімають у світлі статті 2 п. 2 [Конвенції] проблему пропорційності реакції держави на виниклу загрозу терористичного акту. У цьому відношенні досить відзначити, що інструкції про порядок дій, отримані військовослужбовцями і поліцейськими в даному випадку, являють собою низку правил, які чітко визначають порядок застосування сили і повністю відповідають внутрішнім нормам, а також по суті нормі, що містяться в Конвенції» (*McCann v. UK*, пара. 156).

Така позиція ЄСПЛ ґрунтувалася на тому, що Макканн, Фарелл і Севідж були членами терористичної організації ІРА, вже притягалися до кримінальної відповідальності за терористичну організацію і кожен із них у Гібралтарі був готовий у будь-який момент привести у дію вибуховий механізм із 64 кг вибухівки, поміщеної у легковому автомобілі, припаркованому у порту Гібралтару. Судом було встановлено, що поведінка цих осіб демонструвала їхню готовність привести у дію дистанційний вибуховий механізм шляхом натискання кнопки рукою. Тому такі дії містили потенційну загрозу життю і здоров'ю інших людей та інфраструктурі порту Гібралтар.

Водночас ЄСПЛ десятьма голосами проти дев'яти встановив порушення Конвенції: «беручи до уваги, що було вирішено не перешкоджати в'їзду підозрюваних у Гібралтар, що влада не змогла врахувати можливість помилковості своїх розвідувальних оцінок, принаймні в деяких аспектах, і що, коли військовослужбовці відкрили вогонь, це автоматично означало застосування сили, що тягне за собою позбавлення життя, Суд не переконаний, що позбавлення життя трьох терористів являло собою застосування сили, абсолютно необхідної для захисту людей від незаконного насильства за змістом статті 2 п. 2 (а) Конвенції» (пара. 213).

Градація конституційних цінностей натомість прихована – вона «відкривається», якщо аналізувати сам конституційний текст: гідність людини – триада цінностей («права і свободи людини і громадянина, суверенітет і територіальна цілісність України») – положення розділів I, III, XIII, внесення змін до яких здійснюється за більш жорсткою процедурою. Це має ключове значення для діяльності судів і тлумачення Конституції.

**б) Конституційна юстиція, верховенство парламенту та конституційні цінності.** До процесу захисту цих цінностей причетний Конституційний Суд України, який покликаний забезпечувати верховенство Конституції. Знамениті застереження стосовно співвідношення верховенства парламенту та судовим конституційним контролем є насправді пропозиціями щодо вирішення дилеми із забезпечення балансу між більшістю і меншістю. Так, американський конституціоналіст Томас Бейкер зазначає з цього приводу таке [14, с. 80-81]:

*«У цій структурі конституційний контроль є цінністю, а не недоліком. Конституція не має проблем із судовим конституційним контролем; вона має проблеми із більшістю. Насправді, головною загрозою індивідуальним свободам є влада уряду. Чим більша влада уряду, тим менше індивідуальної свободи; чим більше індивідуальної свободи, тим менше влади в уряді. Влада уряду та індивідуальні свободи – це дві сторони гри з нульовою сумою».*

Стосовно парламенту виходить доволі проблемне обґрунтування ідеї того, що парламентська більшість насправді є репрезентативна, адже за простими арифметичними розрахунками абсолютна більшість парламенту насправді може являти собою приблизно третину від загального числа виборців, якщо не менше, зважаючи на їхню явку, яка має сталу тенденцію до зниження. Навіть кваліфікована парламентська більшість не надає гарантії того, що вона насправді репрезентуватиме більшість виборців. Саме з цих міркувань і на розвиток принципу республіканізму (стаття 5) існує вимога, що фундаментальні конституційні цінності підлягають ревізії безпосередньо більшістю виборців на всеукраїнському референдумі (стаття 156 Конституції), а не парламентом.

Насправді дискусія теоретичного і практичного характеру стосовно захисту Конституції парламентською більшістю чи Конституційним Судом втілилася через скасування Закону № 2222 у зв'язку із порушенням конституційної процедури внесення змін до Конституції України. Я не вважаю у світлі однієї процесуальної ухвали Конституційного Суду (ухвала № 6-у/2008), що не існувало на момент поновлення його діяльності<sup>60</sup> підстав перевірки цього Закону на предмет відповідності конституційних цінностей, в силу того, що він нібито став якимось «тілом» самої Конституції. Адже інтерпретатор Конституції у ситуації перевірки легітимності внесення змін до неї у темпоральному плані знаходиться умовно в день, коли ці зміни вно-

<sup>60</sup> Конституційний Суд був підданий Верховною Радою обструкції шляхом блокування процедур призначення шести суддів за власною квотою та приведення до присяги конституційних суддів, призначених Президентом та З'їздом суддів України. Це сталося завдяки тому, що восени 2005 року у більшості суддів Конституційного Суду закінчилися повноваження у зв'язку із закінченням строку перебування на посаді. Конституційна система України не знає інституту безперервності конституційних суддів, згідно з яким суддя виконує свої обов'язки до тих пір, поки не буде розглянуто справу, в якій він є суддею-доповідачем, або замість нього не буде призначено іншого суддю. Роботу Конституційного Суду було розблоковано лише восени 2006 року шляхом призначення суддів нової каденції.

силися до Основоположного Закону і, природно, на той час вони аж ніяк не були чинними і тим паче, аж ніяк якимось «тілом» Конституції. Для мене такі міркуванні та «аргументація» видаються доволі фантазмагоричними. Однак при ретельному аналізі рішення Конституційного Суду № 20-рп/2010 я не бачу жодного міркування стосовно необхідності захисту основоположних цінностей. Отже Суд надав перевагу формі, а не сутності змісту конституційних цінностей, які він покликаний захищати. Той факт, що Конституційний Суд застосовував положення Конституції, надаючи їм інтерпретації, не використовуючи «правило зв'язаної ініціативи» на підставі ч. 3 ст. 61 свого статусного Закону<sup>61</sup>, згідно з яким він має вирішувати питання конституційності, які виникнуть у процесі конституційного судочинства, свідчить, що орган конституційної юстиції визнавав легітимними конституційні зміни від 8 грудня 2004 р. І відхід від цієї позиції без належного обґрунтування став порушенням фундаментального принципу конституційної структури: більше свободи – менше влади уряду; менше свободи – більше влади уряду. У перспективному плані та в контексті емпіричного досвіду функціонування уряду Віктора Януковича варіанту 2006–2007 років чітко прослідковувалася тенденція до порушення цього фундаментального конституційного конструкту, плоди якого ми спостерігаємо сьогодні як «життєву загрозу нації» у світлі положень ст. 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Аналізована справа є прикладом того, який тягар відповідальності лежить як на парламентській більшості, так і на конституційних суддях, коли вони ігнорують конституційні цінності. Однак парламентська більшість піддається девіаціям, притаманним політичному процесу, але конституційним суддям це загрожує їх делегітимізацією. Для конституційних суддів вищим принципом при ухваленні рішень є сила аргументу, а не аргумент сили.

**в) Зважування (балансування) конституційних цінностей у світлі екстраординарних обставин.** Щоб не було гри з нульовою чи мінусовою сумою необхідне забезпечення балансу інтересів, виходячи із конституційних цінностей. Тому є великою розкішшю лише в ст. 64 та у ст. 85 Конституції у якості критерію допустимих меж обмежень прав людини згадувати про екстраординарні засоби захисту Конституції – воєнний і надзвичайний стан. Вісно, що згадувана вище формула Веймарської конституції не годиться, оскільки вона розрахована на слабку владу. Такі засоби захисту Конституції принаймні підлягають належній кодифікації і деталізації.

Події Революції гідності, які сьогодні минають фазу зовнішньої інтервенції в силу анексії Криму [15, с. 228] та відвертої підтримки псевдодержавних утворень на окремих територіях Донецької і Луганської областей з боку Російської Федерації [16], а також участі у боях окремих військових підрозділів цієї країни на території України [17, с. 2–3], підтверджують необхідність переосмислення системи захисту конституційного порядку, зокрема прав людини, суверенітету і територіальної цілісності як основоположних конституційних цінностей. Продовження військових дій Саудівської Аравії в Ємені проти шіїтської спільноти

<sup>61</sup> Закон України «Про Конституційний Суд України» № 442/ВР-96 від 18 жовтня 1996 року із змінами і доповненнями.

хутіс (*houtis*) на фоні війни так званої «Ісламської держави Іраку і Сирії» відкриває повною мірою новий фронт напруги на Близькому Сході [18], а також втягнення у зупинення ескалації Туреччини потенційно загрожує перекинутися на Північний Кавказ, який не є таким стабільним, як це здається на перший погляд. Такі тенденції у перебігу процесів глобальної безпеки зумовлюють нові підходи у регулюванні екстраординарних засобів захисту Конституції України.

#### **4.1.3. Основні напрями захисту конституційних цінностей при екстраординарних обставинах.**

Я схильний приєднатися до позиції Фрідріха фон Гаєка, що конституція не може передбачати конкретний соціальний проект, а тим більше, у площині соціальної інженерії. Конституція є певною сукупністю інститутів, правил і процедур, спрямованих на захист прав людини та обмеження свавілля влади. Тому з цих міркувань я схилиюся до мереживо-центричної побудови як соціальних, так і владних інститутів, що поєднує відносини ієрархії та гетерархії у конституційних стосунках. Це означає, що навіть на рівні військової організації чи навіть організації спецслужб окремі їхні підрозділи мають бути наділені певним обсягом повноважень стосовно ухвалення певних рішень, виходячи із оперативної ситуації та маючи доступ до необхідної інформації для ухвалення цих рішень [18].

**а) Проблеми захисту конституційних цінностей при екстраординарних обставинах.** Вони полягають, насамперед, у занадто забюрократизованій системі управління національною безпекою і обороною, насамперед, Збройними силами України та окремими спецслужбами, які сьогодні у силу домінування пострадянської правової спадщини ще вважаються правоохоронними органами (Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки тощо). Тому слід не відкидати дослідження у галузі національної безпеки та стратегії і тактики ведення воєн, серед яких приділяється увага на веденню мереживоцентричних воєн, у рамках чого досліджуються управлінські структури, засновані на максимальному широкому доступі до інформаційних ресурсів та самоорганізації при ухваленні рішень оперативного характеру [19].

Інше, що перешкоджає належному захистові конституційних цінностей – це домінування юридичного позитивізму, найчастіше легізму. Посилаючись на формальний закон, при такій правосвідомості (якщо це так можна назвати) органи влади ухвалюють рішення несправедливі по суті та порушують основоположні права людини. Ще у своїх знаменитих «П'яти хвилинах філософії права» Густав Радбрух [20] застерігав від такого розуміння права, оскільки у свій час – це був прямий шлях до виправдання злочинів нацистів.

Натомість концентрація влади є ознакою слабкості влади. Адже ще під час акцій масового протесту протягом листопада 2013 – лютого 2014 року ні міліція, ні прокуратура не розслідували жодного випадку кіднепінгу, катування і навіть вбивства учасників цих протестів з боку як парамілітарних структур, яких у доктрині прийнято розглядати у таких ситуаціях як агентів держави, так і самих правоохоронних органів. Так само, із початком зовнішньої агресії з боку Російської



Федерації в Криму не було вжито належних заходів щодо індивідуальної самооборони, що лише підбурювало агресора до більш активних дій. Хоча право на індивідуальну самооборону з метою збереження суверенітету і територіальної цілісності визнається статтею 51 Статуту ООН навіть без ухвалення спеціальної резолюції Ради безпеки ООН [21, с. 73–74], адже це є властивістю державного суверенітету в сенсі *ius ad bellum*. Навіть посилання на можливість попереджувальної самооборони прав російської меншини в Криму, як це заявляв Володимир Путін, не відповідає загальновищам принципам міжнародного права, оскільки не підпадає під критерії необхідності та пропорційності [15, 210–217; 21, с. 99–104]. Мереживна структура влади, як і механізми деліберативної демократії (дорадчність) у поєднанні із субсидіарністю, дадуть змогу подолати згадані інституційні пастки Конституції України.

**б) Поліцентрична система захисту конституції.** З метою захисту конституційних цінностей має бути впроваджена реально і ефективно діюча поліцентрична система ухвалення рішень конституційного характеру. Вона має базуватися на забезпеченні балансу інтересів між інститутами влади та розподілі повноважень по вертикалі на засадах субсидіарності та балансування – по горизонталі.

Тому подолання дилеми верховенства парламенту і конституційної юстиції вбачається у вдосконаленні цих двох інститутів, яке може здійснюватися як шляхом поліпшення правил їхньої процедури, так і шляхом внесення окремих змін до Конституції. Парламент вразливий, про що ще вказував Карл Шмітт, через інфляцію законодавства, зниження професіоналізму тексту законів, які пишуться переважно поза стінами парламенту, диктат партій, «правління дилетантів», руйнівні методи парламентської обструкції, зловживання парламентськими імунітетами і привілеями. При цій системі координат, як правило, отожднюється закон із народною волею. Базою цього процесу є змагання політичних воль на засадах публічності та свободи вираження поглядів [14, с. 161, 172, 194–196]. Насправді, у пострадянських країнах цей процес заміщається певними симулякрами – наприклад, політичний процес, як правило, підміняється політтехнологіями, вихолощуючи сутність демократії як процесу ухвалення рішень більшістю із забезпеченням балансу інтересів, прикладом чого є технологічний другий тур президентських виборів 1999 року<sup>62</sup> чи проходження у парламент СДПУ(о) у 1998 та 2002 роках<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> У другий тур виборів пройшов Леонід Кучма із невизначеною політичною програмою (це була дивна суміш ідеологічних кліше чисто технологічного характеру), який став очевидним фаворитом на фоні його суперника – комуніста Петра Симоненка, вигравши їх у кінцевому результаті із показниками 56,25 % проти 37,8 %.

<sup>63</sup> Ступінь репрезентативності Соціал-демократичної партії (об'єднаної) була неадекватною і забезпечувалася переважно за рахунок значної чисельності голосів виборців, отриманих у виборчих округах Закарпатської області, хоча самі партфункціонери не представляли цей край, а переважно столицю. Це не відповідає законові великих чисел та кривій Гауса, які загалом відображають основні закономірності при належному ході виборчого процесу. Цинічна практика діяльності СДПУ(о) у дусі постмодерну стала цілковитою антитезою соціал-демократичній ідеології.

Загалом парламент має великий потенціал щодо забезпечення конституційних цінностей насамперед через засоби парламентського контролю. Однак сьогодні це питання лежить у площині ефективності демократії, яка має бути здатною захищати конституційні цінності. Більшість речей такого змісту забезпечується через адекватне законодавче регулювання, а не шляхом перегляду окремих положень Конституції. Доречним у контексті доктрини *militant democracy* було б запровадження таких елементів: 1) державного фінансування парламентських партій, тобто партій, представлених у парламенті; 2) ухвалення закону про лобіювання, який би містив пряму заборону лобіювання серед членів парламенту та реєстрації лобістських організацій Верховною Радою із публічним щорічним звітуванням про джерела та напрями фінансування своєї діяльності<sup>64</sup>; 3) скасування виборчого бар'єру для політичних партій як сумнівного з точки зору демократичної легітимності та репрезентативності парламенту; 4) стосовно додержання конституційних застережень при реалізації права на свободу об'єднань (статті 36, 37), джерел фінансування та статей витрат на певні цілі, а також звернення в суд щодо накладання на них стягнень у разі посягання на конституційні цінності<sup>65</sup>, насамперед щодо поваги до прав людини, суверенітету і територіальної цілісності України. Відсутність названих речей загрожує приходу до влади політичних структур із приватними преференціями, для яких є чужі конституційні цінності людської гідності, свободи, рівності та суверенітету України.

Для того, щоб політичний процес у трикутнику відносин «парламент – глава держави – уряд» відповідав конституційним цінностям у стінах парламенту, слід забезпечити певні речі: 1) реєструвати у секретаріаті (краще – бюро, в яке мають входити члени парламенту, а не працівники апарату) регламенти фракцій парламенту; 2) формування у парламенті розгалужених неформалізованих правил написання законопроектів проспективного змісту із належною щільністю правового регулювання, які б містили мінімальний набір інституціональних і

<sup>64</sup> Прямою загрозою національній безпеці є та обставина, що Федерацію роботодавців в Україні до цих пір очолює Дмитро Фірташ, стосовно якого Федеральне бюро розслідування висунуло обвинувачення щодо вчинення корупційних діянь і США зробили запит щодо екстрадиції для слухання справи американським судом. Таких прикладів можна наводити багато і вони свідчать про нагальну необхідність законодавчого регулювання лобіювання.

<sup>65</sup> Критично важливо при зверненні до адміністративного суду Міністерству юстиції обґрунтовувати свою позицію щодо накладення санкцій на асоціації, які посягають на конституційні цінності, насамперед, ґрунтовним аналізом ідеології та програмних положень цих організацій. Як свідчить практика Конституційного Суду (рішення № 20-рп/2001, все ж таки містика якась!), так і адміністративних судів щодо накладання санкцій на Компартію без дослідження положень ідеології та програми відповідних партій чи громадських об'єднань захистити конституційні цінності фактично не реально. Так само відсутність системного моніторингу з боку Мінґюсту стало однією із причин, які сприяли швидкому становленню мережі проросійських організацій, які займалися підривною діяльністю і стали сьогодні інституційною основою «ДНР» і «ЛНР».

процедурних інструментів їх практичного втілення як правил і процедур прямої дії; 3) формалізована реєстрація бюро парламенту коаліційних угод як основного інструменту розробки Програми діяльності уряду, яка завершує інвеституру Кабінету Міністрів<sup>66</sup>; ефективний парламентський контроль у сфері національної безпеки і оборони, про що піде ще мова нижче. Такі заходи у комплексі дадуть змогу подолати корупцію на вищих щаблях влади та ввести у конституційне русло політичний процес.

Засади деліберативної демократії зумовлюють правила визнання через мережу дорадчих структур на експертному рівні, які зв'язують органи публічної влади. За цими правилами саме Рада національної безпеки і оборони (далі - РНБО) має сприяти виробленню Президентом заходів у сфері національної безпеки і оборони<sup>67</sup>. Ця інституція виконує стратегічну роль для планування та впровадження екстраординарних заходів захисту конституційних цінностей. Такі заходи мають відповідати засадам верховенства права, насамперед, законності, правовій визначеності, повазі до прав людини та обмеженню свободи розсуду рамками законності та вимог належної правової процедури. Конституційна заборона припинення діяльності парламенту та незмінюваності судів в умовах воєнного і надзвичайного стану також посилюють гарантії деліберативної демократії. Недодержання зазначених стандартів призводить до зниження інституціональної спроможності державності в умовах екстраординарних загроз конституційному порядку.

Задля досягнення цілей у світлі конституційних цінностей має бути змінена практика формування Конституційного Суду. Наприклад, у європейських країнах конституційних суддів добирають з числа висококваліфікованих про-

---

<sup>66</sup> У світлі вітчизняних реалій це втілюється у коаліційних урядах, які репрезентовані широким спектром політичних сил, що передбачає консенсус між ними і представництва їхніх інтересів в уряді. Перша спроба широкої коаліції 2005-2006 років в Україні зазнала невдачі, оскільки вона не відображала стабільності діяльності кабінетів і включала такі уряди: перший уряд Юлії Тимошенко (24 січня – 4 вересня 2005 р.), уряд Юрія Єханурова (22 вересня 2005 р. – 4 серпня 2006 р.). Причиною відставки першого уряду Юлії Тимошенко став розкол у стані коаліції парламентських фракцій, які так і не змогли досягти консенсусу стосовно стратегічних цілей, що посилювалося інституційними вадами напівпрезидентської форми правління. Аренд Лійпгарт зазначає, що важливою умовою консолідованої демократії є додержання таких умов: а) здатність еліт до сприйняття різноманітних інтересів і вимог субкультур; б) це вимагає, щоб вони мали можливість вийти за межі можливого розколу і об'єднати свої зусилля з елітами конкуруючих субкультур; в) це в свою чергу залежить від їх зобов'язань щодо підтримки системи і поліпшення її згуртованості і стабільності; г) вище зазначені вимоги ґрунтуються на припущенні, що еліти розуміють ризики політичної фрагментації [23, с. 216].

<sup>67</sup> У силу статті 102 Конституції України Президент як глава держави наділений так званими «зарезервованими» повноваженнями арбітражного характеру та виконує функцію Головнокомандувача і очолює РНБО (стаття 106 (1) (17)–(18) Конституції). Про допустимі межі свободи розсуду глави держави при екстраординарних обставинах висвітлено у дослідженні стосовно вирішення конституційних криз [24].

фесорів переважно у галузі конституційного, адміністративного, міжнародного та цивільного права, адвокатів і правозахисників. Також прийнято включати у склад цього органу кілька суддів із вищих судів, які добре знаються на процесуальному праві, адже більшість професорів питання процедури інколи ігнорують. Питання відповідальності конституційних суддів краще передати аполітичній інституції і аж ніяк органу влади, що їх призначає.

Розширення повноважень Конституційного Суду важливе, оскільки саме органу конституційної юстиції слід розглядати конституційні скарги приватних осіб, скарги про порушення прав місцевого самоврядування, питання про розпуск політичних партій чи про відповідальність вищих посадових осіб тощо. У контексті мети цього дослідження є достатні і обґрунтовані підстави вважати, що саме Конституційний Суд має вирішувати питання про можливість Президента виконувати свої обов'язки за станом здоров'я або констатувати факт відсутності Президента, що унеможлиблює здійснення повноважень глави держави, життєво необхідних для нації, нормального функціонування держави та національної безпеки і оборони.

**в) Законодавство про захист при екстраординарних обставинах.** Потребує доволі інтенсивної ревізії законодавство про воєнний і надзвичайний стан. Насамперед, слід обмежити свободу розсуду виконавчої влади у визначенні допустимих меж обмеження прав і свобод людини. Серед конституціоналістів вже стало загально визнаним, що має бути запроваджено трискладовий тест (пропорційність) обмеження прав людини: 1) на основі закону; 2) нагальна потреба у демократичному суспільстві; 3) забезпечення національної безпеки, громадського порядку, захисту прав і свобод інших людей, авторитету і безсторонності правосуддя. Наприклад, Федеральний Конституційний Суд Німеччини у своєму рішенні від 15 лютого 2006 р. визнав несумісним із конституційними гарантіями поваги до гідності людини та правом на життя положення Закону про авіаційну безпеку щодо можливості застосування збройних сил у разі захоплення терористами літака з метою попередження вчинення терористичного акту, оскільки у такому разі «це впливає на людей, що знаходяться на борту повітряних суден, які не є учасниками злочину». Важливим є додержання вимоги неприпустимості порушення сутнісного змісту основоположного права ні за яких умов чи обставин.

Гадаю, що багато питань, які стосуються запровадження хоча б надзвичайного стану за обставин зовнішньої агресії, пов'язані саме із проблемами з'ясування у відповідному указі Президента допустимих меж обмеження прав людини. Наприклад, чинний у новій редакції Закон про правовий режим воєнного стану [25] все одно не вирішує зазначені проблеми по суті, оскільки організаційні та процедурні правила там виписані занадто абстрактно.

Те саме, скоріш за все, стосувалося доволі тривалої відсутності офіційної заяви влади у порядку ст. 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та інформування через Генерального секретаря ООН іноземних держав про те, що за обставин суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, Україна змушена вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією

Конвенцією. Адже це питання пов'язано із відповідальністю посадових осіб, які мають сформулювати таку офіційну заяву про межі допустимого відхилення України від міжнародних зобов'язань.

Законодавство потребує коригування стосовно визначення різних граничних суспільних обставин, які є перехідними між надзвичайним чи військовим станом, що, насамперед, пов'язано із явищем проксі-війни. З цією метою має бути невідкладно ратифіковано Римський статут, для чого достатньо внести відповідні застереження у статтю 124 Конституції стосовно визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду на підставі міжнародного договору України.

**г) Межі допустимих обмежень прав людини в екстраординарних ситуаціях.** Загалом бажано в Конституцію внести зміни, які би посилили парламентський контроль і конкретизували допустимі межі обмежень прав людини державою у разі настання певних суспільних загроз, які посягають на життєздатність нації.

З цією метою у Верховній Раді має діяти постійна комісія з питань прав людини і основоположних свобод та діяльності органів дізнання і досудового слідства. Щопівроку уряд повинен звітувати перед парламентом щодо додержання конституційних гарантій прав людини і основоположних свобод, які визначаються статтями 29–32 Конституції України. Матеріали цього звіту невідкладно підлягають опублікуванню в офіційних виданнях України.

У цьому плані слід сформулювати процедуру обмеження певних соціальних зобов'язань у разі настання надзвичайних економічних обставин. Ці питання, як правило, пов'язані із секвестром державного бюджету. Тому уряд спочатку має ініціювати обговорення щодо суспільної необхідності їх запровадження і лише за результатами суспільного обговорення та парламентських дебатів запроваджувати на основі закону певні заходи щодо обмеження розміру соціальних виплат та зобов'язань держави. Це має здійснюватись на визначений строк та контролюватися парламентом.

У разі настання екстраординарних економічних обставин мають бути запроваджені певні законодавчі та адміністративні заходи. Зокрема, держава за таких обставин покликана забезпечувати збалансованість бюджету на засадах пропорційності за допомогою таких інструментів. Алгоритм має бути наступним. Кабінет Міністрів ініціює слухання у Верховній Раді про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Кабінет Міністрів щоквартально має звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини. Матеріали звіту підлягають невідкладному оприлюдненню в офіційних виданнях України.

**Висновки.** Захист конституційних цінностей в умовах проксі-війни, загроз життєздатності нації, суверенітету і територіальній цілісності України набуває особливого характеру. Вирішення проблеми загалом полягає не у вжитті певних

надзвичайних заходів, а радше у цілісному функціонуванні конституційної системи, інститути і процедури якої мають синергетичний ефект для попередження та подолання негативних загроз правам людини, суверенітету і територіальній цілісності України. Екстремуми юридичних шкіл засвідчують варіативність моделей захисту конституційних цінностей у залежності від наявної конституційної традиції. Тут також в нагоді цілком придатний негативний досвід функціонування інститутів та процедур захисту конституційного порядку (цінностей). Наприклад, Німеччина зробила зі свого негативного досвіду належні висновки, сконструювавши нову систему конституційного захисту в екстраординарних умовах. Головним критерієм цього, з огляду на зарубіжний досвід є обмеження свободи розсуду уряду у застосуванні надзвичайних заходів, оскільки завжди існує небезпека зловживань, у крайньому випадку – вчинення державної зради. Тому критично важливим є диверсифікація засобів парламентського і судового конституційного контролю. Необхідною умовою демократичної легітимності і законності ухвалення рішень є додержання засад узгодження таких рішень і забезпечення цілісного балансу. Це зумовлює наділення певним обсягом самостійності кожної ланки та щабля ухвалення владних рішень.

Управлінські технології за таких умов ґрунтуються на трьох основних компонентах: а) доступ до інформаційних ресурсів автономними підсистемами гарантує вибір оптимальних матриць ухвалення управлінських рішень; б) кожен елемент управлінської системи автономний в ухваленні рішень, з огляду на наявні умови; в) на основі чого виникає самоорганізована і саморегульована система управлінських рішень, які поєднують у собі ієрархічні і горизонтальні зв'язки, а також нелінійні зв'язки (реординацію) між компонентами системи. Це передбачає запровадження електронного урядування на всіх поверхах публічної влади та відкритість як інформації, так і технології управлінських рішень. Однаковою мірою такі вимоги поширюються на цивільні та мілітарні інститути влади.

При правовому регулюванні допустимих меж обмежень прав людини в умовах воєнного і надзвичайного стану, а також інших пограничних правових режимах необхідно додержуватися вимог принципу пропорційності. Натомість уважний аналіз законодавства про правові режими воєнного і надзвичайного стану обмежується власне переліком повноважень відповідних інститутів влади без належного регулювання організації їхньої діяльності та деталізації алгоритму їхніх дій через відповідні процедури. Можна дискутувати про зміст процедур, але вони мають бути наповнені реальними і дійовими механізмами захисту конституційних цінностей.

### Список використаних джерел

1. Задорожній О.В. *Міжнародне право в міждержавних відносинах України і Російської Федерації 1991 – 2014*. Київ: К.І.С., 2014. 960 с.
2. Маркксен Кристиан. *Крымский кризис с точки зрения международного права. Дайджест публичного права и международного права*. 2014. № 2. С. 201–230.

3. Савчин М. В. *Конституціоналізм і природа конституції*. Ужгород: Поліграф-центр «Ліра», 2009. 372 с.
4. Стельмах Ірина. *Було б набагато краще, якби ми не мали прем'єра – Богдан Гаврилишин*. Open access: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/26841683.html>
5. *Гаврилишин: за два роки в Україні почнеться економічне диво*. Open access: [http://24tv.ua/news/show\\_News.do?gavrilishin\\_za\\_dva\\_roki\\_v\\_ukrayini\\_pochnetsya\\_ekoN%20michne\\_divo&objectId=539509](http://24tv.ua/news/show_News.do?gavrilishin_za_dva_roki_v_ukrayini_pochnetsya_ekoN%20michne_divo&objectId=539509)
6. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали. *Правоведение*. 2005. № 5. С. 104–136.
7. Фуллер Лон Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту. *Правоведение*. 2005. № 6. С. 124–159.
8. Мартиненка П.Ф., Кампа В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер, 2013.
9. Шмитт К. Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 15–98.
10. Яков'юк І.В. *Правові основи європейської інтеграції та її вплив на державно-правовий розвиток України*. Автореф. дис... д.ю.н. Харків: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2014. 42 с.
11. Pernice Ingolf. La Rete Europea di Costituzione – Der Europaeische Verfassungverbund und die Netzwerktheorie. *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*. 2010. №.70. S. 51-71.
12. Хабермас Ю. Кризис Европейского Союза в свете конституционализации международного права (Эссе к вопросу о конституции Европы). *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. 2013. Вып. 2. С. 1–55.
13. Alexy R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010. Vol. 23. № 2. P. 167–182.
14. Thomas E. Baker, *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 57 (2004)
15. Маркссен К. Крымский кризис с точки зрения международного права. *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. 2014. № 2. С. 201–230.
16. Саяпин С. *Современные вызовы международному праву*. Open access: <http://pravo.zakon.kz/4681800-sovremennye-vyzovy-mezhdunarodN%20mu.html>
17. Sutyagin I. *Russian Forces in Ukraine*. Royal United Services Institute. 10 p.
18. Burleigh M. *On the brink of new Middle Eastern catastrophe: Saudi Arabia send war-planes into Yemen in terrifying clash with Iran living region at boiling point*. Open access: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3013804/Saudi-Arabia-sends-war-planes-Yemen-terrifying-clash-Iran-leaving-Middle-East-brink-catastrophe.html>
19. Cebrowski A., Garstka J. Network-Centric Warfare: Its Origin and Future. *Proceedings*. 1998, Jan.
20. Радбрух Г. П'ять хвилин філософії права. *Проблеми філософії права*. 2004. Том II. С. 95–97.
21. Van de hole, Leo. Anticipatory Self-Defence Under International Law. *American University International Law Review* 19, №. 1 (2003): 69–106.

22. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент. *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. 2014. № 2. С. 285–324.
23. Lijphart A. Consociational Democracy. *World Politics*. Vol. 2. №. 2. (Jan., 1969). P. 207–225.
24. Савчин М.В., Федоренко В.Л. (ред.) *Конституційна конфліктологія (конституційні механізми подолання політичних криз)*. Київ: Ін-т громадян. сусп-ва, 2008. 188 с.
25. *Про правовий режим воєнного стану*: Закон України № 389-VIII від 12.05.2015 р. Open access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/389-19>



## 4.2. Забезпечення конституційного порядку та стан війни

**Вступ.** Ми знову стоїмо перед дилемою, яка у свій час стояла і перед Джоном Локом та Томасом Гобсом – співвідношенням між безпекою та свободою. Однак на новому щаблі ступеня розуміння цієї дилеми як на рівні національної держави, так і у регіональному та глобальному вимірах. Наразі реальним *Zeitgeist*'ом (духом епохи) слугує приклад сюжетних ліній серіалу «Гра престолів»<sup>68</sup>, в якому політичні цілі опонентів досягаються за допомогою будь-яких засобів. Національні держави знаходяться в стані кризи, що зумовлено нерівномірним розподілом ресурсів і доступом до них, а також різними цільовими та ціннісними орієнтирами в неоднорідному суспільстві, які потребують узгодження за мереживом різноманітних процедур. Не в кожній державі діють належні інституції, процедури та правила, спрямовані на забезпечення балансу інтересів, що може викликати заздрощі, домагання до тотального контролю за ресурсами та схильністю монополізувати економічну діяльність. Трансформація ідеї національного суверенітету, сформованого загалом згідно з Вестфальською системою 1648 р., зумовлює визначення нових функцій держави в умовах обмеженого доступу до ресурсів, інструменталізації юридичних засобів з точки зору прав людини та зростання впливу транснаціональних корпорацій, неурядових організацій та терористичних рухів. Це загалом впливає на характер і зміст владних рішень, які не завжди відповідають вимогам верховенства права, тобто засадам юридичної визначеності, поваги до гідності та прав людини, забезпечення балансу публічних і приватних інтересів.

Внутрішньою слабкістю держави, як зазначав Гуго Гроцій, користуються сусіди, які вороже налаштовані на свого супротивника [1]. Оскільки йде мова про доволі агресивне середовище відстоювання та забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України, прав і свобод людини як основоположних цінностей конституційного порядку, то проблему цю слід вирішувати комплексно. Зокрема, окрім аксіологічного підходу, я буду використовувати інструментарій теорії ігор Джона Неша і Оскара Моргенштерна та теорії соціальної взаємодії Елінори Остром [2]. За допомогою цього інструментарію, згідно із Карлом Поппером [3], у роботі буде здійснено аналіз ефективності та дієвості існуючих юридичних засобів забезпечення конституційного порядку. Фальсифікація усталених понять та концепцій за Карлом Поппером щодо забезпечення конституційного порядку буде здійснюватися на основі принципу пропорційності та балансування між обраними засобами та цілями у забезпеченні конституційного порядку. Також метод моделювання сприяти-

<sup>68</sup> Серіал «Гра престолів» знімається за мотивами саги Джорджа Мартіна «Пісня льоду і полум'я», інспірованої перебігом війни між Білою та Червою трояндами у період пізнього Середньовіччя в Англії (між династіями Йорків та Ланкастерів). Йому притаманні закручені паралельні сюжетні лінії, багаті на політичні інтриги, боротьба за владу та доступ до ресурсів, описується протистояння представників різних рас у міфічних землях Вестероса та Ессоса.

ме визначенню різниці юридичних режимів стану війни та воєнного стану в розрізі забезпечення прав і свобод людини та континуїтету (безперервності) державності.

У цій частині роботи буде розкрито конституційний механізм забезпечення конституційного порядку в умовах війни. Для цього буде розкрито (1) природу надзвичайних юридичних режимів у фокусі забезпечення конституційного порядку та (2) їхні системи і моделі. На основі порівняльного аналізу порядку застосування (3) прерогатив президента, (4) парламентського контролю та (5) судового конституційного контролю буде розкрито забезпечення конституційного порядку в умовах кібервійни, «гібридної», економічної, інформаційної воєн як певної антитези конвенційної війни. Насамкінець буде (6) обґрунтовано авторський підхід щодо застосування засобів поновлення конституційного порядку на окупованих Російською Федерацією та керованих і фінансованих нею структурах на окремих територіях України та (7) забезпечення належного урядування у разі звільнення цих територій з-під окупації.

#### ***4.2.1. Надзвичайні юридичні режими та забезпечення конституційного порядку.***

До питання забезпечення конституційного порядку з допомогою мілітарних засобів вітчизняна доктрина конституційного права доволі тривалий час ставилася прохолодно. Ці питання нещодавно відверто мало досліджувались. Незважаючи на трансформацію влади та публічної адміністрації за мереживо-центричним принципом, ці питання всерйоз не піднімалися. Хоча ідея захисту конституції лежить в основі концепції органічного конституціоналізму і в ній питання силових, надзвичайних юридичних засобів конституції завжди стояло на чільному місці, хоча би з міркувань щодо цивільного контролю над поліцією, армією та спецслужбами. Тому, на думку Всеволода Речицького, органічний конституціоналізм полягає у підпорядкуванні не спільній конкретній меті, а абстрактним правилам, які є принципово однаковими для всіх, що забезпечує якнайширший простір для творчої ініціативи, індивідуальних стратегій і практик, тобто це встановлення «універсальної граматики дій політичного й економічно вільного, автономного індивіда» [4, с. 22–23].

Насправді згадані питання стоять на порядку денному доволі давно, принаймні з часів приходу у 1920-30 рр. до влади у Німеччині нацистів та становлення нацистського режиму, так само, як і встановлення комуністичного режиму у колишній Російській імперії у формі Радянського Союзу<sup>69</sup>. Саме на використання мережі екстремістськи налаштованих організацій пізніше спиралася Росій-

<sup>69</sup> Загалом для країн Європи у період між двома світовими війнами став характерним своєрідний парад авторитарних і тоталітарних режимів, з притаманними їм популістськими політичними партіями, гострим протистоянням у суспільстві, на хвилі яких до влади приходили авторитарні режими (як, наприклад, в Іспанії за результатами громадянської війни 1936–1939 рр. утвердився режим Франко, хоча франкістам протистояли не менш по-екстремістськи налаштовані лівацькі опоненти – комуністи та троцькісти).

ська Федерація, намагаючись дестабілізувати обстановку на південному сході України<sup>70</sup>. Пізніше це вилилося у судові процеси проти окремих політичних партій та громадських рухів проросійського спрямування, які мали маргінальний характер.

Розглядаючи кожного індивіда як рівного, наділеного свободою, яка включає можливість вчинення свавільних дій, Джон Лок обґрунтовує свою концепцію *civitas (commonwealth, спільнотворення)*, засновану на політичній активності громадян. Природний стан людини трактується як можливість однієї людини отримувати владу над іншою, однак така влада не є абсолютною і необмеженою [6, с. 133]. Для політичної активності важливим є досягнення згоди щодо спільних цінностей, навколо яких будуть будуватися відповідні соціальні інститути та правила. Наприклад, аналізуючи різні моделі соціальної взаємодії, Еліно́р Остро́м робить висновок про тісний зв'язок між соціальними інститутами та цінностями [2, с. 335–337]. У світлі цього «органічні засади у політиці... виступають у вигляді найзагальніших поведінкових цінностей, принципів і стереотипів. У свою чергу, органічність політичних цінностей можна перевірити на основі інших цінностей тощо» [7, с. 254].

У якості основних інструментів забезпечення конституційного порядку розглядають інститути воєнного і надзвичайного стану. Такі інститути передбачають деякі обмеження прав людини і основоположних свобод, хоча вони: а) не повинні поширюватися на основні права громадян; б) носять обмежений характер за обсягом і часом дії; в) застосовуються лише на підставі відповідного закону [8, с. 137]. Угорський конституціоналіст Ондраш Шайо наголошує на тому, що «обмеження прав, введені під прапором захисту ладу, можуть з таким же успіхом підірвати конституційну систему, як і її противники» [9, с. 279].

У світлі цих положень слід погодитися із ідеєю виділення інституційних, процесуальних засобів правового захисту конституцій та спеціальних юридичних режимів у системі забезпечення конституційного порядку. До інституційних засобів захисту конституції відносяться: 1) арбітраж глави держави, який виконує функції «гаранта конституції»; 2) парламент, починаючи від моделі верховенства парламенту до моделей парламентського контролю; 3) омбудсман; 4) суди загальної юрисдикції; 5) органи конституційної юрисдикції; 6) міжнародні та наднаціональні юрисдикційні установи; 7) право народу на спротив недемократичному правлінню.

До процесуальних засобів захисту конституції належать: 1) визнання актів органів публічної влади або їх частини неконституційними; 2) імпічмент вищих посадових осіб та аналогічні процедури; 3) парламентські контрольні процедури за урядом та керівниками міністерств, відомств, незалежних агентств чи

<sup>70</sup> Слід відзначити, що Росія сьогодні не гребує користуватися мережею організованої злочинності для дестабілізації суспільної обстановки в Україні, зокрема, шляхом пересилання так званих «злодіїв у законі», які покликані сприяти підвищенню криміногенної обстановки в Україні. За заявою заступника міністра внутрішніх справ С. Князева лише за сім місяців 2017 р. з РФ на територію України було заслано 29 кримінальних авторитетів [5].

установ; 4) визнання політичних партій неконституційними та їх розпуск; 5) позбавлення окремих конституційних прав; 6) контрольні процедури омбудсмана; 7) визнання неконституційними бездіяльність або невиконання повноважень органами публічної влади; 8) внесення змін до конституції; 9) звернення до міжнародних юрисдикційних установ.

До спеціальних правових режимів, спрямованих на захист конституції, належать: 1) воєнний стан; 2) надзвичайний стан, 3) стан економічної необхідності та 4) гібридні режими (підвищеної готовності, надзвичайної ситуації, режим управління військово-цивільною адміністрацією) [10, с. 45–46]. Різного роду змішані режими забезпечення верховенства конституції стали актуальними в Україні після військової агресії Російської Федерації, яка анексувала Крим та через власних державних агентів окупувала окремі райони Донецької і Луганської областей.

Александр Домрін вважає, що європейській конституційній традиції у сфері оборони притаманні такі риси: 1) департизація збройних сил; 2) оборона і збройні сили знаходяться виключно у віданні держави; 3) розмежування повноважень парламенту щодо ухвалення рішення про оголошення «стану війни» та повноважень глави держави чи уряду щодо керівництва збройними силами; 4) використання збройних сил допускається лише для відсічі зовнішньої агресії та ведення бойових дій проти іноземної держави; 5) у деяких країнах на період воєнного часу вся повнота влади чи її частина передається спеціально утворюваним надзвичайним органам у разі настання надзвичайних обставин [11]. Однак застосування цих правил набувають нового звучання у силу нових конфліктів, які розгорілися на Сході України та в Сирії. Їм притаманне застосування парамілітарних формувань, які з точки зору юридичної визначеності як компоненту верховенства права слід розглядати як агентів держав, які ведуть підривну діяльність або переслідують в якості мети зміну конституційного ладу шляхом насильства. Це може супроводжуватися проголошенням ідеології чи політичних цілей, які заперечують ідеї толерантності, громадського миру, свободи, рівності, прав людини, демократії та верховенства права, що складають основу сучасного конституціоналізму. За допомогою яких юридичних засобів тоді можна цьому протистояти, зважаючи на цінності конституціоналізму?

#### **4.2.2. Моделі захисту конституційного порядку при застосуванні надзвичайних юридичних режимів.**

Для визначення особливостей захисту конституційного порядку слід коротко проаналізувати особливі моделі захисту конституційного порядку. Ця проблема ускладнюється суперечливим, на перший погляд, розумінням ідей захисту прав людини, які ніби посягають на засади державності. Хоча воно так і не є, оскільки ефективна держава є необхідною умовою належного захисту прав людини. Загалом, на пострадянському просторі доволі прохолодо ставляться до доктрини природного права, відкидаючи її моральний аспект або навіть ви-

кривляючи її суть, зводячи основні її постулати до певного теоретизування<sup>71</sup>. Тому тут буде наведено короткий огляд систем захисту конституційного порядку і моделей застосування надзвичайних юридичних режимів.

Англо-саксонська система захисту конституції за допомогою надзвичайних юридичних засобів має ліберальний характер. Її розуміння було сформульовано англійським конституціоналістом Албертом Венном Дайсі, згідно з яким правовому стилю цієї країни не притаманний «воєнний стан» у тому значенні, згідно з яким припиняється чинність загального права та починає діяти воєнний стан (*martial law*), а країна чи її частина підпорядковується військовим судам. Тому важливим є судовий контроль за додержанням цивільних прав та політичних свобод.

Німецька модель захисту конституції базується на поєднанні парламентського та судового контролю. Зокрема, щорічно на основі зібраної інформації подається звіт уряду про стан справ щодо дотримання Конституції, в якому робляться висновки і рекомендації. За діяльністю відповідних відомств, зокрема Федеральної служби захисту конституції, здійснюється досить жорсткий парламентський контроль. Це пов'язано, перш за все, з тим, що в умовах такої демократії, як німецька, сам факт існування служби внутрішньої безпеки розцінюється як загроза правам і свободам людини. Тому спеціальна комісія парламенту здійснює контроль за діяльністю всіх секретних спецслужб. Члени цієї комісії мають доступ до найсекретніших матеріалів відомства з охорони Конституції, мають право вето, коли мова йде про прослуховування телефонних розмов та інші конспіративні операції. Федеральний повноважний представник стежить за тим, щоб зібрана відомством інформація передавалася в інші руки. Бюджет відомства розглядається і затверджується спеціальною комісією в парламенті [13]. При цьому в Німеччині діє сильна модель конституційної юстиції, яка дає змогу вжити необхідні запобіжники проти зловживань з боку виконавчої влади.

Французька система захисту конституції більшою мірою тяжіє до парламентської моделі. Так, статті 35 і 36 Конституції Франції встановлюють, що спочатку уряд ухвалює рішення при наявності підстав (зовнішня агресія, застосування збройних сил за кордоном чи загроза громадському порядку), які підлягають парламентському контролю та схваленню парламентом (оголошення війни чи застосування збройних сил за кордоном протягом трьох днів та оголошення стану облоги продовжується Національними зборами на 12-й день після його запровадження).

<sup>71</sup> Про цю тенденцію наголошував американський науковець Г. Берман: «У пострадянський період моральна теорія права, яка ґрунтується на працях Платона, Аристотеля, Цицерона, Локка і Канта, здобула значну підтримку російських вчених, але вона так і не стала теорією природного права у її справжньому сенсі; вважається, що моральна теорія не є теорією про правові приписи, які впливають безпосередньо з розуму та здорового глузду людини та зв'язують державу, а містить тільки правила моралі, уявлення про справедливість, які право має віддзеркалювати» [12, с. 8].

Якщо ж говорити про захист конституції з допомогою надзвичайних заходів, то слід виділити виконавчу, парламентську та дерогаційну моделі. Виконавча модель передбачає тягар відповідальності виконавчої влади за запровадження надзвичайних заходів, а в разі домінування у цьому процесі парламенту, має місце парламентська модель, якщо ж процес ухвалення рішень здійснюється під судовим контролем – це судова модель. Водночас, запровадження екстраординарних правових режимів повинно мати місце у доволі тисли строки, оскільки підстави для його запровадження можуть становити незворотну і пряму загрозу життєздатності нації. Тому в більшості країн схиляються переважно до виконавчої, а дещо рідше до парламентської моделі забезпечення конституційного порядку в рамках екстраординарних режимів його захисту [14, с. 442–443]. Слід зазначити, що в Україні діє парламентська модель запровадження надзвичайних заходів захисту Конституції.

Специфічною є система запровадження надзвичайних заходів захисту конституції у Франції. Згідно зі ст. 16 Конституції Французької республіки, у разі, «коли інститути Республіки, незалежність нації, цілісність її території чи виконання її міжнародних зобов'язань виявляються під серйозною і безпосередньою загрозою, а нормальне функціонування конституційних органів публічної влади перервано, Президент республіки вживає всіх заходів, які диктуються цими обставинами, після офіційної консультації з Прем'єр-міністром, з головами палат, а також з Конституційною радою» [15]. Після спливу принаймні 30 днів з моменту ухвалення такого рішення Президентом Голова Національних зборів, Голова Сенату, 60 депутатів, 60 сенаторів здійснюють остаточну перевірку щодо додержання правових вимог Президентом при здійсненні надзвичайних повноважень. За такої системи Президент має лише провести консультації із вищими посадовцями та взяти до уваги висновки Конституційної ради. Слід підкреслити, що через вчинення терактів у Парижі 15 листопада 2015 р. оголошений Президентом надзвичайний стан діє і по цей час.

Прикладом парламентської моделі застосування надзвичайних заходів захисту є Німеччина. Так, згідно зі ст. 37 Основного Закону ФРН, якщо земля не виконує федеральні зобов'язання, покладені на неї Основним законом або іншим федеральним законом, Федеральний уряд може з дозволу Бундесрату вжити необхідних заходів шляхом примусу, з боку Федерації спонукати землю до виконання цих зобов'язань. З метою запровадження цих заходів Федеральний уряд або його уповноважений має право давати розпорядження всім землям та їх органам влади [16]. Також у разі настання загрози засадам вільного демократичного порядку внаслідок акту агресії і неможливості зібрання Бундестагу, скликається Об'єднаний комітет, який складається на дві третини з числа депутатів Бундестагу та третини членів з числа представників федеральних земель у Бундесраті. Основні функції із захисту конституційного порядку покладаються на Федеральний уряд, який підзвітний і підконтрольний Об'єднаному комітету та Бундестагу, а його правові акти є об'єктом контролю з боку Федерального конституційного суду.

Дерогативна модель забезпечення конституційного порядку ґрунтується на ідеї встановлення тимчасових обмежень дії прав людини в умовах, коли існує реальна загроза життєздатності нації. У цих цілях мають значення положення статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які встановлюють такі правила дерогації у разі настання надзвичайних обставин у країнах-членах Ради Європи, які визнають юридичну силу Конвенції та юрисдикції Європейського суду з прав людини<sup>72</sup>. Слід підкреслити, що зазначені положення Конвенції встановлюють мінімальні стандарти забезпечення прав людини і передбачають доволі широку свободу розсуду національних держав у застосуванні необхідних заходів, що і було використано Україною при запровадженні певних обмежувальних заходів у зоні проведення антитерористичної операції.

Ідея судового контролю у ході застосування заходів із забезпечення конституційного порядку при надзвичайній ситуації отримала свою підтримку на практиці, зокрема у ході переслідування у США організаторів теракту 11 вересня. Зокрема, таку позицію зайняла більшість суддів Верховного суду у справі *Hamdi v. Rumsfeld*. Верховний суд постановив, що резолюція Конгресу США у відповідь на теракт 11 вересня з дозволом на використання військової сили санкціонувала затримання ворожих комбатантів. Суд також постановив, що затримані мають право оскаржити розпорядження про затримання перед незалежним судом. Відповідний військовий трибунал має бути змагальним форумом із додержанням вимог процедур, у ході яких мають зважуватися обтяження і вигоди з точки зору безпеки і прав загалом; доречним було для затриманого доводити спростування презумпції, сформульованої в процесі первісного військового рішення про взяття під варту, що він є ворожим комбатантом (категорія, розроблена адміністрацією Буша, щоб вести війну з терором). У своїй окремій думці суддя Скалія, до якої приєднався суддя Стівенс, зазначили, що Хамді як громадянин США має право на гарантії *Habeas corpus* [18].

Таким чином, при реалізації моделі захисту конституції з допомогою надзвичайних заходів слід поєднувати засоби парламентського і судового контролю. Однак з управлінської точки зору та міркувань та усунення безпосередньої та нагальної життєвої загрози нації найбільш оптимальною наразі є виконавча модель із елементами судового контролю.

<sup>72</sup> Згідно із положеннями статті 15 ЄКПЛ [17]: «1. Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. 2. Наведене вище положення не може бути підставою для відступу від статті 2, крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій і від статей 3, 4(пункт 1) і 7. 3. Будь-яка Висока Договірна Сторона, використовуючи це право на відступ від своїх зобов'язань, у повному обсязі інформує Генерального секретаря Ради Європи про вжиті нею заходи і причини їх вжиття. Вона також повинна повідомити Генерального секретаря Ради Європи про час, коли такі заходи припинили застосовувати, а положення Конвенції знову застосовуються повною мірою».

#### **4.2.3. Прерогативи Президента України при застосуванні надзвичайних юридичних засобів захисту конституційного порядку.**

Народ фізично не спроможний щоразу реалізовувати належне йому право на спротив тиранії у разі ухвалення несправедливих законів, оскільки це суперечить природі політичної активності та самій динаміці правовідносин. Тому право на спротив реалізується порівняно рідко і лише при виняткових обставинах [19, с. 1190]. Так само використання главою держави своїх дискреційних повноважень для врегулювання політичної чи конституційної кризи є можливими при додержанні вимог парламентського і судового конституційного контролю [20, с. 182–184]. Однак такий контроль має носити характер *a posteriori*.

Такі прерогативи Президента України формулюються із його арбітражних функцій, визначених у рамках ч. 2 ст. 102 Конституції України<sup>73</sup>. Згідно із цими вимогами, вжиття Президентом України необхідних заходів при екстраординарних обставинах має відповідати таким вимогам: а) вжиття заходів у рамках правових актів; б) відповідати принципу пропорційності, зокрема, не обмежувати надмірно права і свободи людини; в) такі заходи мають бути оперативними, своєчасними і переслідувати суспільно значиму мету; г) порушення мають мати принциповий характер і вжиття інших заходів не дає змоги забезпечити конституційний порядок; д) їхньою підставою є забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України, прав і свобод людини; е) запроваджувані заходи мають невідкладно стати предметом судового контролю [21, с. 129]. Запроваджувані заходи мають відповідати вимогам законності, юридичної визначеності, збереження сутнісного змісту прав людини, пропорційності та вимогам належної правової процедури.

При існуванні невідвортної та безпосередньої загрози суверенітету і територіальній цілісності України, правам і свободам людини Президент України може ухвалити указ про запровадження воєнного стану. Задля цього він невідкладно скликає Раду національної безпеки та оборони України із залученням Голови Верховної Ради України з метою проведення консультацій та визначення заходів, які необхідні для поновлення конституційного порядку та національної безпеки. Таким чином, РНБО стає своєрідним мозковим центром, що генерує проекти рішень, які слід за результатами обговорення на його засіданні запроваджувати щодо забезпечення конституційного порядку та допустимості обмеження прав і свобод людини. Рішення РНБО з цих питань затверджуються

<sup>73</sup> Стаття 102 Конституції України, запозичивши певні юридичні конструкції із конституції Французької Республіки, визначає функції арбітражу Президента України так: «Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина». Юридична конструкція «гарант» конкретизована через спеціальні норми самої Конституції, а також потребує конкретизації у законах, зокрема, у Законі «Про Раду національної безпеки і оборони України», які служать забезпеченню легітимності процесу ухвалення Президентом відповідних владних рішень.



указом Президента. Протягом двох днів Верховна Рада України збирається на сесію по праву і має ухвалити рішення щодо схвалення або відхилення Указу Президента України.

Однак ця система має певні вади. Адже можна наділити Президента України з цих питань певною свободою розсуду, зокрема, прерогативами ухвалювати указ про запровадження воєнного стану після його обговорення і прийняття на засіданні РНБО. Такий указ має бути переданий главою держави до КСУ для надання висновку щодо наявності підстав для оголошення відповідного правового режиму і чи запроваджені заходи не посягатимуть на сутнісний зміст конституційних прав і свобод. Такий висновок Суд міг би надавати невідкладно, але не пізніше десяти днів з наступного дня звернення Президента України. Водночас, Президента можна зобов'язати звітувати про запроваджені заходи та стан додержання прав і свобод людини у Верховній Раді через місяць, за результатами чого парламент ухвалював би рішення про припинення дії запровадженого надзвичайного режиму чи продовження його дії на певний строк. Такі заходи потребують втілення шляхом внесення відповідних змін до Конституції України.

#### **4.2.4. Парламентський контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.**

Такий контроль вважають проявом національного суверенітету, але він вразливий з огляду на можливість паралізації заходів у разі реальної життєвої загрози нації. Тому на цьому фоні доволі дотепно про вразливість парламентів вказував Карл Шмітт, оскільки, на його думку, парламентам часто притаманні інфляція законодавства, зниження професіоналізму тексту законів, які пишуться переважно поза стінами парламенту, диктат партій, «правління дилетантів», руйнівні методи парламентської обструкції, зловживання парламентськими імунітетами і привілеями. При цій системі координат, як правило, отожднюється закон із народною волею. Базою цього процесу є змагання політичних воľ на засадах публічності та свободи вираження поглядів [22, с. 161, 172, 194-196].

Виділяючи роль парламенту в забезпеченні верховенства конституції Джуліан Кокотт і Мартін Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, які належать парламенту, який володіє найвищим ступенем представництва народу [14, с. 798-799]. У поєднанні із поглядами Джона Лока про те, що розв'язання кризових ситуацій та забезпечення конституційного порядку полягає не настільки у боротьбі між органами влади та перебиранні повноважень ними один від одного, а через дострокові парламентські вибори [6, с. 245-249], ідея здійснення парламентом таких функцій має обґрунтовані підстави. Тому в світлі тих положень цілком очевидно, що потенціал парламенту як найвищого органу представництва нації ще далеко не реалізований на практиці.

З огляду на це потребує своєї активізації у сфері національної безпеки і оборони профільний комітет Верховної Ради України. Діяльність профільного комітету має бути сконцентрована на таких напрямках: а) забезпечення

розробки законодавства, яке стосується оборонно-військової сфери таким чином, щоб закон доволі гнучко регулював істотно важливі аспекти у сфері НБіО; б) здійснення парламентського контролю над правовими актами Міністерства оборони України, Генерального штабу в разі застосування ними розсуду, якщо їх на це уповноважує закон з точки зору гарантій прав і свобод людини; в) оголошення за поданням Президента України стану війни і укладення миру, схвалення його рішення про використання Збройних Сил України (ЗСУ) та інших військових формувань у разі збройної агресії проти України; г) схвалення рішення про надання військової допомоги іншим державам, про направлення підрозділів ЗСУ до іншої держави чи про допуск підрозділів збройних сил інших держав на територію України; д) здійснення контролю щодо додержання прав людини і основоположних свобод у діяльності ЗСУ, Генерального штабу ЗСУ, СБУ, Служби зовнішньої розвідки; е) вирішення питань щодо асигнувань з Державного бюджету на оборонно-промисловий комплекс та розвиток ЗСУ, СБУ, СЗР та інших спецпідрозділів та здійснення контролю за використанням відповідних коштів.

Парламентський контроль має здійснюватися періодично шляхом: 1) надання щомісячних звітів профільному комітетові парламенту щодо додержання прав людини і основоположних свобод у сфері НБіО; 2) здійснення періодичних слухань у профільному комітеті парламенту щодо стану забезпечення НБіО в Україні; 3) проведення щорічних слухань на пленарному засіданні Верховної Ради з питань НБіО і якщо питання стосуються державної таємниці, то такі підлягають розгляду в режимі закритого засідання. З аналізу законів про оборону та про правові режими воєнного і надзвичайного стану видно, що у цій частині вони потребують своєї конкретизації згідно із вимогами Закону про Регламент Верховної Ради. Так само потребує деталізації вирішення питання про оголошення і припинення стану війни, оскільки це питання наразі врегульовано занадто огульно, що не відповідає вимогам юридичної визначеності як складової верховенства права.

Такі параметри діяльності профільного парламентського комітету передбачають також і вимоги щодо його якісного складу у світлі потенційних і реальних загроз життєздатності нації для того, щоб дійово забезпечити суверенітет і територіальну цілісність України.

#### ***4.2.5. Судовий конституційний контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.***

За словами Кеса Санстейна важливою складовою верховенства конституції є забезпечення легітимності діяльності конституційних судів [23, с. 31–33]. Як справедливо пише Катаріна Собота: «Гарантований законом судовий захист від несправедливості з боку держави означає не більше і не менше, як те, що держава повинна визнати власну правну погіршеність» [24, с. 238].

Конституційна юстиція є центральним елементом конституційно-правового захисту Основного Закону держави. Саме конституційна юстиція може

відіграти певну роль при зміні соціально-політичної ситуації, коли положення Конституції України необхідно витлумачити з урахуванням потреб суспільного розвитку. Виходячи із такої ролі інституту конституційного контролю у системі правового захисту конституції, я би виділив такі основні форми співвідношення правових і надзвичайних засобів захисту конституції: 1) конституційна юстиція як незалежна і безстороння установа при звичайних умовах здійснює систематичну діяльність із забезпечення конституційного порядку, зокрема, перевірку обґрунтованості рішень щодо запровадження стану оборони, воєнного чи надзвичайного стану; 2) має існувати спеціальна процедура перевірки обґрунтованості рішень щодо підстав запровадження згаданих правових режимів у стислі терміни, зважаючи на реальну загрозу життєздатності нації (протягом 5–10 днів); 3) до процесу ухвалення таких рішень КСУ має залучати омбудсмана та представника профільного парламентського комітету; 4) метою таких заходів має бути забезпечення цінностей вищого порядку – гідність людини, права людини і основоположні свободи, суверенітет і територіальна цілісність України.

З точки зору балансування конституційних цінностей саме КСУ відіграє вирішальну роль у визначенні допустимих меж обмежень прав людини і основоположних свобод, які (обмеження) при цьому не можуть посягати на їх сутнісний зміст. В окремій думці до висновку КСУ № 1-в/2016 суддя Станіслав Шевчук зазначив, що «хоча воєнний або надзвичайний стан в Україні офіційно не запроваджений, Конституційний Суд України у Висновку мав би звернути увагу на наявність кризової ситуації в суспільстві і виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки, на що вказує частина друга статті 157 Конституції України». Таким чином, КСУ стоїть на сторожі конституційних цінностей, які принаймні з формально-юридичної точки зору складають таку ієрархію: гідність людини – права людини і основоположні свободи, суверенітет і територіальна цілісність України – засадничі принципи, визначені розділами I, III та XIII Конституції України – інші положення Конституції України. Крізь призму зазначених конституційних цінностей мають перевірятися запроваджувані заходи у разі застосування надзвичайних правових режимів. Із сутнісної точки зору заходи у рамках надзвичайних правових режимів мають перевірятися через принцип пропорційності, згідно з яким має забезпечуватися розумний баланс між запроваджуваними заходами та конституційними цілями, тобто чи вони засновані на законі, є необхідними у демократичному суспільстві та доречними і достатніми відповідно до конституційних цілей – збалансованого функціонування влади, яка покликана захищати права людини і основоположні свободи. Слід також пам'ятати, що «конституційна юстиція покликана відігравати ключову роль охоронця таких цінностей і принципів, бути головним «запобіжником» проти мажоритарного фатуму демократії». Це укладається у європейську правову традицію із «забезпечення реалізації цінностей демократичного суспільства, побудованого на принципах верховенства права, допомоги до прав людини, належного врядування» [25, с. 196].

Окрім зазначеного, згідно із чинною Конституцією України, забороняється створення особливих і надзвичайних судів (ч. 6 ст. 125), що автоматично означає заборону створення воєнних судів. Такі функції сьогодні здійснюють суди загальної юрисдикції, для чого у їх системі має існувати внутрішня спеціалізація окремих суддів, які були компетентними розглядати справи, хоча би однією стороною яких є військовослужбовці чи працівники спецслужб. Можливість судового контролю над діями військових є важливою складовою конституційних гарантій прав людини і основоположних свобод та належного функціонування цивільної служби під час екстраординарних правових режимів, що і складає сутність військового права (*military justice*).

#### **4.2.6. Юридичні режими воєнного стану та стан війни.**

Як вже зазначалося, стан війни у законодавстві регулюється у загальних рисах, оскільки в ст. 85 Конституції згадується повноваження Верховної Ради щодо схвалення указу Президента про оголошення стану війни та дещо детальніше про цю процедуру йде мова у ст. 4 Закону про оборону України [26]. Природно, що стан війни не одне й те саме, що військовий стан, адже історія людства знає багаторічні війни і зрозуміло, що тут стоїть також питання про процедуру припинення війни, зокрема, шляхом укладення миру. Тому слід констатувати, що і Конституція, і закони надають надмірну свободу розсуду виконавчій владі у цій сфері, обмежуючись функціями Верховної Ради щодо затвердження рішень Президента про оголошення стану війни чи укладення миру. Певним стримуючим фактором є те, що проекти відповідних указів Президента мають бути обговорені на засіданні Ради національної безпеки і оборони України. Слід констатувати, що навіть цей потенціал в Україні не було використано, оскільки на факт агресії РФ та анексії нею Криму і окупацію ОРДІЛО була реакція у формі прийняття Указу Президента про проведення антитерористичної операції [27]. Водночас Україною було застосовано елементи дерогаційної моделі забезпечення конституційного порядку на окупованих територіях, згідно з якими було зроблено заяву про відступ України від виконання окремих зобов'язань у галузі прав людини у зв'язку з необхідністю ефективно контролювати фактично окуповані території. Згідно із Заявою Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» від 21.05.2015 р. Україна визнала, що відступила від зобов'язань, передбачених п. 3 ст. 2, ст. 9, 12, 14 та 17 МГПП та ст. 5, 6, 8 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [28] в окремих районах Донецької та Луганської областей, які наразі непідконтрольні українському уряду. Зокрема, цією постановою передбачене більше, ніж 72-годинне превентивне затримання особи у зоні проведення антитерористичної операції, яке може тривати до тридцяти діб. Ця заява була зроблена перед Генеральним секретарем Організації Об'єднаних Націй та Генеральним секретарем Ради Європи. Тому виникає закономірне питання, у яких межах допускається обмеження прав людини в умовах екс-

траординарних правових режимів, спрямованих на поновлення і забезпечення конституційного порядку?

Суддя КСУ Станіслав Шевчук визнає, що принцип пропорційності «спрямований на захист прав та інтересів громадян vis-à-vis державної влади, вимагаючи, щоб державне втручання через прийняття та застосування правових актів відповідало своїй меті» [29, с. 316]. Ондраш Шайо зазначає, що такі заходи мають бути розумними і сумірними та запроваджувані ними обтяження не можуть бути надмірними [9, с. 282–283].

Стосовно визначення міри втручання існують такі елементи втручання, які, власне, становлять сутність принципу пропорційності: втручання<sup>74</sup> має здійснюватися на основі закону, воно має бути необхідним у демократичному суспільстві, а запроваджувані заходи мають бути достатніми і доречними. Водночас, Конституція України у тій чи іншій мірі визначає в якості критеріїв достатності та доречності обмеження певних прав і свобод засади національної безпеки, громадського порядку і безпеки, права і свободи інших людей, моральність населення, безсторонність і незалежність правосуддя [31, с. 211–213]. У німецькій доктрині принцип пропорційності розуміють у трьох аспектах: 1) прийнятність акта або заходу у відповідній конкретній ситуації; 2) наявність дійсної потреби у такому акті або заході у відповідній конкретній ситуації; 3) дотримання сумірності акта або заходу у відповідній конкретній ситуації [32, с. 108]. КСУ сформулював правоположення, згідно з яким мають додержуватися допустимі межі при обмеженні прав людини, які не можуть посягати на сутність змісту цих фундаментальних прав. КСУ встановив, що (Рішення КСУ № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р.):

*«... обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права».*

Слід додати, що згідно з вимогами Декларації «Про мінімальні гуманітарні стандарти» визначаються наступні критерії правомірності режиму надзвичай-

<sup>74</sup> Як зазначив ФКС Німеччини у справі про список прозорості [30]: «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади, і не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права».

ного стану: сфера дії і мета режиму надзвичайного стану; принцип рівності та недопущення дискримінації з будь-яких ознак; обсяг особистих прав людини, що не можуть бути обмежені за будь-яких обставин; визначаються норми процесуальних та судових процедур; визнається принцип захисту прав окремих етнічних і соціальних груп в умовах дії режиму надзвичайного стану; відношення до медичного та духовного персоналу; гарантії діяльності гуманітарних організацій [33].

Як зазначається Мішелем Розенбергом та Ондрашем Шайо, вирішення цього питання коливається від моделі виконавчої влади до парламентської моделі, які мають різноманітні модифікації, пов'язані з особливостями оголошення надзвичайного правового режиму та заходів, які вживаються у разі його запровадження [47, с. 442]. Девід Дизенгаус підкреслює, що на визначення цих моделей значно вплинули ідеї Карла Шмітта, який пов'язував ефективність державного суверенітету із можливістю держави запроваджувати надзвичайний стан [47а, с. 15]. З цієї точки зору законодавство про оборону України та правові режими воєнного і надзвичайного стану наділяють виконавчу владу надмірною дискрецією і воно є проблемним з точки зору юридичної визначеності та правомірних очікувань, особливо з точки зору обов'язку захисту прав людини з боку держави та забезпечення належної діяльності цивільних служб держави.

#### **4.2.7. Конвенційна війна та «гібридна» війна у конституційному ракурсі.**

Під конвенційною війною зазвичай мається на увазі ведення державами традиційних воєн, правила і звичаї яких регулюються міжнародним гуманітарним правом та військовим правом (*military justice*). Ця система зазнала своєї трансформації після терористичної атаки 11 вересня 2001 року, внаслідок чого в США був ухвалений Патріотичний акт, спрямований на попередження і боротьбу із тероризмом<sup>75</sup>. Патріотичний акт регулює низку оперативних заходів, спрямованих на попередження і виявлення актів тероризму, зокрема, електронне спостере-

<sup>75</sup> Цей закон скоригував визначення тероризму, що містилися в чинному федеральному законодавстві, розширивши поняття «федеральний злочин, пов'язаний з тероризмом», включивши у цю категорію низку тяжких насильницьких злочинів, які раніше до неї не відносилися. Також Акт доповнив Титул 18 Зводу законів США поняттям «внутрішній тероризм», яке раніше в законодавстві було відсутнє. Крім того, всі злочини, переслідувані за статтею 2332b «Акти тероризму, що здійснюються з перетинанням державних кордонів» і віднесені до «федеральних злочинів, пов'язаних з тероризмом» були включені до кола кримінально караних діянь, переслідуваних також і за статтею, 1961 (1) Титулу 18 Зводу законів США, що є частиною закону про боротьбу з організованою злочинністю, відомої як Закон РІКО «Організації, які є корумповані і знаходяться під рекетирським впливом». Це автоматично різко посилило санкції за злочини, пов'язані з тероризмом (оскільки в США кримінальне покарання визначається шляхом додавання санкцій) і поповнило арсенал можливостей федерального уряду в боротьбі з тероризмом як різновидом організованої злочинної діяльності [34].

ження, оперативне спостереження в Інтернеті, визначення телефонних номерів, надання інформації про клієнта, вїмка повідомлення на автовідповідачеві, негласні огляди і обшуки, надання інформації Великому журі розвідці, обмін інформацією спецслужбами, надання інформації про фінансові операції, міграційний контроль, превентивне затримання іноземців, посилення санкцій та зміну строку давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Ця проблема у 2007 р. стала предметом дискусії на шпальтах «Німецького юридичного журналу» між шефом Служби радників Державного департаменту США Джеком Беллінгером III та Сюзанн Ївонекі, радницею колишньої глави Державного департаменту США Кондолізою Райс. Дискусія розгорнулася щодо правомірності ведення боротьби проти терористичних організацій Талібан і Аль-Каїда, внаслідок яких міжнародна військова коаліція, яка отримала відповідний мандат від Ради Безпеки ООН, захопила учасників названих терористичних організацій, які утримувалися на військовій базі США в Гвантанамо<sup>76</sup>. Як би там не було, у США це питання було розв'язане шляхом ухвалення законодавства, яке поширило гарантії *habeas corpus* також на терористів, без визнання терористичних організацій у якості сторони міжнародного збройного конфлікту.

Це питання має принципове значення для з'ясування низки проблем, пов'язаних із діяльністю російських мілітарі-проксі в ОРДІЛО, а також конституційними гарантіями прав людини, суверенітету і територіальної цілісності України. У цьому відношенні доволі сумну роль відіграла відсутність достатньої інституційної пам'яті та спроможності (capacity) органів держави попереджува-

---

<sup>76</sup> Дж. Беллінгер III розглядає боротьбу із Талібаном і Аль-Каїдою як продовження війни, розпочатої з терористичної атаки на бізнес-центр в Нью-Йорку 11 вересня 2001 р., а статус захоплених як терористів, а не затриманих, на яких поширюються конституційні гарантії (Четверта і Шоста поправки) стосовно належної правової процедури затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, та їхнє право на судове слухання. Такі прерогативи США впливають, на думку Дж. Беллінгера, із права нації на самозахист від агресії згідно зі статтею 51 Статуту ООН [35]. Верховний суд США у справі Гамдан [36] не визнав утримуваних членів Талібан в якості військовополонених, оскільки вони (1) не визнають і не додержуються положень статті 4 Третьої Женевської конвенції, тобто (2) не додержуються правил і звичаїв ведення війни, (3) не носять відкрито форми, (4) на далекій відстані складно розрізнити їхню уніформу (яка часто зливається із одягом цивільних), а тому і не визнав конфлікт між США і Талібаном як міжнародний збройний конфлікт. У свою чергу, С. Ївонекі вважає, що у разі застосування державою воєнних засобів проти терористичних атак, є підстави для застосування традиційного права збройних конфліктів [37, с. 749–751], оскільки члени терористичних організацій не можуть визнаватися військовополоненими і вони не є стороною військового конфлікту, що підпадає під право війни, а тому вони підпадають під ознаки «незаконних ворожих комбатантів» (unlawful enemy combatants) [37, с. 753]. Тому терористи мають користуватися гарантіями згідно з Третьою Женевською конвенцією, оскільки «така особа повинна користуватися захистом Конвенції, поки її статус не був визначений компетентним судом» (стаття 5.2), тобто на терористів мають поширюватися базові процесуальні гарантії прав людини [37, с. 755].

ти та усувати потенційні загрози<sup>77</sup>, які пов'язані не лише із підривною діяльністю проти суверенітету і територіальної цілісності України, а також проти прав і свобод людини.

У ході вирішення справ *Іляшку та інші проти Республіки Молдова та Російської Федерації*, *Мозер проти Республіки Молдова та Російської Федерації* ЄСПЛ сформулював вимогу, згідно з якою держава має вжити всіх необхідних заходів до поновлення конституційного порядку на територіях, які з певних причин не є підконтрольними їй протягом певного періоду часу. Водночас було зазначено, що у разі фактичного контролю над цією територією з боку іншої держави шляхом політичної, економічної та соціальної підтримки відповідальність також припадає на країну, яка потурає незаконним формуванням або безпосередньо ними керує<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Наприклад, батько нинішнього Прем'єр-міністра Джастіна Трюдо, будучи також на посту Прем'єр-міністра, П'єр Еліот Трюдо після майже десятиліття боротьби із сепаратистською організацією Фронту визволення Квебеку, яка застосовувала методи терору для досягнення політичних цілей, підтримав ідею введення воєнного стану. 5 жовтня 1970 р. представники однієї з ланок ФВК викрали Джеймса Кросса, британського торгового представника та висунули перед урядом Канади вимоги щодо визволення з-під варті 23 представників своєї організації, оплатити викуп у 1,5 млн дол. та організувати трансляцію їх політичного маніфесту по медіа. Однак оскільки була перейдена певна грань цією організацією у досягненні нею власних цілей і виникла реальна загроза зіткнень і масових безпорядків, тому було прийнято рішення про оголошення воєнного стану. Цей процес отримав назву Жовтневої кризи 1970 р., оскільки йшла мова про збереження територіальної цілісності Канади і в провінцію Квебек відповідно до режиму воєнного стану було введено федеральні війська для підтримання правопорядку [38]. Якщо порівняти з Україною, то подібні обставини, якщо не враховувати події, пов'язані із анексією Криму, настали із масовим побиттям учасників мирного мітингу міста Донецька 13 березня 2014 р. та викраденням і вбивством 17 квітня 2014 р. депутата міської ради Слов'янська Володимира Рибак, який відстоював суверенітет і збереження територіальної цілісності України, але раз тут зіграла свою роль відсутність спроможності (сарасіті) діяти адекватно органам держави в обставинах реальної загрози життєздатності нації та забезпечити ефективне здійснення обов'язку захисту прав і свобод людини від злочинних посягань.

<sup>78</sup> У справі *Іляшку та інші* Європейський суд з прав людини вказав на таке [39]: «333. Суд вважає, що там, де державі, що є Договірною Стороною, перешкоджають здійсненню своїх повноважень на всій своїй території, створюючи положення *de facto*, яке існує, коли створюється сепаратистський режим, що супроводжується чи не супроводжується військовою окупацією іншої держави, це не скасовує юрисдикцію в світлі статті 1 Конвенції над тією частиною території, яка тимчасово підвладна місцевій адміністрації, підтримуваної повстанськими військами або іншою державою. Однак така фактична ситуація скорочує сферу юрисдикції по зобов'язанням даної договірної держави відповідно до статті 1 і повинна бути розглянута Судом тільки в світлі позитивних зобов'язань, даних державою, яка є Договірною Стороною, стосовно осіб, які перебувають на її території. У цьому питанні держава повинна застосовувати всі доступні юридичні та дипломатичні заходи щодо іноземних держав і міжнародних організацій, щоб продовжувати надавати гарантію прав і свобод відповідно до Конвенції. 334. Хоча в обов'язки Суду не входить визначення дій, які повинні здійснюватися для виконання зобов'язань найбільш ефективно, Суд повинен підтвердити, що ці дії були відповідними і достатніми в



Ендрю Монаган підкреслює, що Російська Федерація поступово перейшла на новий концепт війни, який сьогодні називають «гібридною війною» [40] і був офіційно проголошений генералом Валерієм Герасимовим, а практичне втілення знайшов у військовому конфлікті із Україною<sup>79</sup>. Для так званої гібридної війни притамане використання різного роду асиметричних засобів<sup>80</sup> для досягнення тактичних і стратегічних цілей політики Росії, серед яких однією із основних є стримування впливу Заходу у системі колективної безпеки [42]. Крім того, концепт гібридної війни ніби легко підходить до західних дебатів про зростаючу роль спецпідрозділів та стратегічних комунікацій у конфлікті [40, с. 66]. Загалом це не змінює кардинально позитивні обов'язки держави з військового права забезпечити нормальне функціонування цивільної служби і належного здійснення функцій держави, захисту прав людини і основоположних свобод.

Тому нижче піде мова про складники цієї війни – економічні, інформаційні, кібернетичні – застосування яких, певною мірою, з точки зору способів і засобів надають змішаний характер веденню традиційної (конвенційної) війни. З точки зору верховенства конституції всі ці екстраординарні ситуації лежать у площині конституційного розсуду вищих органів держави у рамках вже вище проаналізованих моделей надзвичайного захисту конституційного порядку. Тут проблема просто в іншому – в наявності на підставі конституційних положень про стан війни, воєнний і надзвичайний стани законодавчого визначення предмета відання і повноважень компетентних органів, організації та порядку їх діяльності, що і буде розглянуто нижче.

---

цій справі. У разі, коли частково або повністю неможливо що-небудь зробити, завдання Суду зводиться до визначення того, як далеко поширюється мінімум дій, які, тим не менш, необхідні і чи повинні вони здійснюватися. Визначення цього питання особливо необхідне в справах, що стосуються обмеження абсолютних прав, гарантованих статтями 2 і 3 Конвенції».

<sup>79</sup> Спочатку військовий конфлікт між Росією та Україною носив характер погрози застосування сили військовими формуваннями без знаків впізнання (так званих зелених чоловічків) в Криму. Потім шляхом нагнітання ескалації насильства в Донецькій та Луганській областях через підірвану діяльність диверсійних підрозділів, насамперед, загонів Гірка-Стрелкова, Безлера-Беса та ін. вони стали інституційною основою для формування незаконних парамілітарних формувань так званих Донецької і Луганської народних республік, управління та інфраструктура яких критично залежна від Росії. На сьогодні цей конфлікт має тришарову структуру: 1) парамілітарні структури ДНР/ЛНР та приватні військові компанії; 2) диверсійні підрозділи Головного Розвідувального Управління Міністерства оборони РФ та Федеральної Служби Безпеки (хоча формально цей орган є контрозвідувальним і його юрисдикція поширюється на РФ); 3) окремі підрозділи Збройних Сил РФ. На повну потужність ця схема була розкрита під час боїв у липні-вересні 2014 р., особливо під Іловайськом та під Дебальцевим взимку 2015-2016 років.

<sup>80</sup> Російський генерал Валерій Герасимов у гібридних війнах виділяє насамперед поєднання традиційних методів із асиметричними: «Значне поширення отримали асиметричні дії, що дозволяють нівелювати перевагу противника у збройній боротьбі. До них відносяться використання сил спеціальних операцій і внутрішньої опозиції для створення постійно діючого фронту на всій території протистоянь держави, а також інформаційний вплив, форми і способи якого постійно удосконалюються» [41].

#### **4.2.8. Економічна війна.**

Економічні війни твердо ввійшли в арсенал підривної діяльності проти держав, яких розглядають як потенційних суперників на світовому ринку, або для зниження обороноздатності держав, які розглядаються в екзистенційному сенсі, майже за Карлом Шміттом, як ворог. Загалом Україна входить у світову систему колективної безпеки, основу якої наразі становить нерозповсюдження ядерної зброї та стримування розширення звичайних видів озброєння<sup>81</sup>. Запорукою цьому слугували і слугують положення Будапештського меморандуму 1994 р., в якому замість ядерного роззброєння Україні надавалися гарантії щодо недоторканності її суверенітету і територіальної цілісності з боку США, Великої Британії та Російської Федерації, до яких пізніше приєдналися Франція разом з КНР. Відповідно до його положень у разі здійснення економічного тиску на Україну можуть бути задіяні механізми консультацій із державами-гарантами. Однак жодного разу Україна не скористалася цими механізмами у ході економічних воєн між Україною та Росією, які ініціювалися у 2006 та 2009 роках Росією з приводу ціни купівлі-продажу природного газу та умов транзитної поставки трубопроводами територією України у європейські країни. Ці випадки і так само неодноразове здійснення економічного ембарго і, насамперед, напередодні підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС, слід розглядати як форми економічного тиску, що було грубим порушенням РФ умов Будапештського меморандуму. Однак всі ці речі пов'язані з економічною спроможністю держави, тобто її можливістю гарантувати економічні свободи, захищати добросовісну конкуренцію, забезпечувати економічний баланс у зовнішній торгівлі та контролювати належний рівень суверенних запозичень. З цієї точки зору існують потенційні асиметричні загрози національній економічній системі, кінцевим об'єктом якої служитиме саме державний суверенітет і спроможність держави самостійно впроваджувати власні рішення.

Важливими складниками юридичного механізму економічної безпеки держави є конкурентоспроможність національної економіки, ступінь гарантованості економічних свобод, гарантії права власності та дотримання контрактів, структура зовнішніх запозичень та платіжного балансу держави.

Економічні війни мають інституціональний та глобальний аспекти. Інституціональний аспект полягає в структурі (олігопольній чи конкурентній)

---

<sup>81</sup> Для країни таких масштабів, як Україна, ці гарантії є недостатніми. Оскільки у значенні Фернана Броделя Україна не є державою-світом (*stricto sensu*, до таких можна віднести лише США, КНР та ЄС), то для забезпечення її національної безпеки необхідно інтегруватися у певні системи колективної безпеки, які розділяють цінності прав людини, свободи, демократії, верховенства права та належного урядування. За стратегічну перспективу мною вбачається можливість інтеграції України у систему колективної безпеки в рамках НАТО. Також Україна як вагомий регіональний актор має формулювати систему колективної безпеки чи то у рамках Балто-Чорноморського Союзу або у рамках концепту Міжмор'я, запропонованого польським правителем Юзефом Пілсудським у період між двома світовими війнами.

національної економіки, ступені її відкритості, гарантіях економічних свобод, ефективності захисту конкуренції та обмеження монополізму. При веденні економічних воєн, як правило, використовують олігопольну структуру економіки та орієнтацію збуту власних товарів і послуг із контрагентами на зовнішніх ринках. Такою інституціональною проблемою, яка частково існує і сьогодні, є переважно сировинна структура економіки України та її зав'язаність на ринки РФ, що давало змогу російському уряду використовувати економічні ембарго на певні товарні позиції та шантажувати цінами на енергоносії для ухвалення українським урядом вигідних рішень для РФ. Для цього використовувалися інституції та традиційні зв'язки всередині України, які залишилися після колапсу Радянського Союзу, та їхні мережі як своєрідних агентів впливу як на рівні прийняття законів, так і ухвалення рішень публічною адміністрацією з економічних питань, зокрема, щодо приватизації державного майна чи блокування процесу його приватизації або зловживань задля концентрації ресурсів у власних руках<sup>82</sup>.

В аспекті глобалізації економічні війни мають за мету зберегти традиційно вигідне орієнтування національних ринків на глобальних акторів, що використовується для проникнення зацікавлених транснаціональних корпорацій (ТНК) на національні ринки та здійснення впливу на процес ухвалення юридичних рішень певної держави. Це виливається у використанні суверенних запозичень в якості інструменту впливу на характер законодавства та урядових рішень, прикладом чого є справа за позовом трастової компанії *The Law Debenture Trust Corporation PLC* про стягнення боргу розміром 3 млрд дол. США з України. Використання стану платіжного балансу країни може розглядатись в якості шантажу з метою впливу на зміст правових актів, тим самим рівень їх суверенності істотно знижується.

---

<sup>82</sup> Говорячи про роль цих структур у подальшій приватизації державного майна та створення нових політичних структур, з цього приводу Л. Бруст і Д. Штарк пишуть таке: «Сильні мережеві структури є важливим ресурсом, проте не можна сказати, що вони не несуть в собі виділених проблем. Вони можуть бути як утвореннями, що забезпечують розвиток, так і шукають свою вигоду групами розкрадачів державної скарбниці, що гальмують економічний розвиток. При яких умовах досить сильні держави можуть визнавати координаційний потенціал щодо сильних мережевих структур, не обтяжуючи при цьому держави і зміцнюючи його можливості здійснювати ефективний моніторинг цих самих мережевих структур?» [43, с. 129]. Е. Салаї писала про те, що трансформація власності державних підприємств, що розпочалася в Угорщині за кілька років до 1989 року, була продиктована прагненням управлінців дати поштовх процесу «спонтанної приватизації». Цей тип економічної реструктуризації не привів до створення нових ресурсів, навпаки – він дозволив зайняти стратегічно вигідне положення елітам, отримати колосальну вигоду від операцій з іншими великими компаніями і комерційними банками [44, с. 290–303]. Е. Ганкіш відзначав, що «управлінці... гарячково перетворюють довірені їм державні компанії в акціонерні товариства ... Вони діють як квазівласники, отримуючи непомірно високі бонуси і пільги, купують за низькими цінами акції в своїх власних компаніях і навіть організовують власний приватний бізнес» [45, с. 244].

Слід також мати на увазі використання ІТ у мережі даркнет, а також поступову тенденцію до використання криптовалюти<sup>83</sup>, зокрема як гарантію виконання певних зобов'язань, реалізація яких може здійснюватись через використання певного алгоритму команд, які забезпечують проведення фінансових трансакцій на їх виконання.

#### **4.2.9. Кібервійна.**

Першою кібервійною умовно можна вважати хакерську атаку на офіційні сайти органів влади Естонії у квітні 2007 року. Вона проявилася у збільшенні вчетверо трафіку запитів на сайти парламенту, державних і банківських установ, засобів масової інформації, доступ до яких у такий спосіб було обмежено. У зв'язку із цим 90 % банківських трансакцій неможливо було провести. Внаслідок цього в НАТО було проведено розслідування щодо причин та перебігу такого роду кібератак, за результатами якого у травні 2008 р. було прийнято рішення створити Об'єднаний центр передових технологій кібероборони НАТО та поліцію захисту кібербезпеки (*cyber defense policy*). Отже, предметом кібератак є нормальний по-

---

<sup>83</sup> Наприклад, Bitcoin як криптовалюта ґрунтується на децентралізованій системі розподілу на зашифрованих електронних ресурсах, що потребує спеціального програмного забезпечення із відповідним секретним кодом доступу (блокчейн, тобто такий протокол самовиконуваного коду в майбутньому може замінити юристів, бухгалтерів, консультантів і банкірів), в якій генеруються трансакції з обміну цієї зашифрованої інформації, що дає змогу накопичувати відповідну криптовалюту на криптогаманцях її володільців. Уряд не може ефективно контролювати цю децентралізовану систему, яка є фактично паралельною системою певних фінансових взаємозаліків між володільцями криптогаманців і певною мірою нагадує собою фінансові піраміди. Наразі Національний банк визначається щодо статусу криптовалюти.

Як зауважує НБУ «діяльність з купівлі-продажу Bitcoin за долари США або іншу іноземну валюту має ознаки функціонування так званих «фінансових пірамід» та може свідчити про потенційну залученість у здійснення сумнівних операцій відповідно до законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму» (Лист від 08.12.2014 р. № 29-208/72889). Хоча Федеральний суд у Нью-Йорку визнав біткойни грошима у силу свого використання: «біткойни – це грошовий засіб в рамках значення цього поняття. Біткойни приймаються в якості оплати за товари і послуги та можуть бути придбані на біржі з банківського рахунку. У офіційній заяві Міністерство фінансів ФРН повідомило, що біткойн – це фінансовий інструмент, який не може бути класифікований як електронна або іноземна валюта, а більше нагадує «приватні гроші», які можуть бути використані для «багатосторонніх клірингових операцій». Наразі законодавство ЄС на сьогодні класифікує Bitcoin як «цифрове представлення вартості, не підтверджене центральним банком або державним органом і не прив'язане до юридично встановлених валютних курсів, яке може використовуватися як засіб обміну для покупки товарів і послуг, їх передачі та зберігання, і може набуватися в електронному вигляді». Тим самим біткойни виступають в якості грошових ресурсів і використовуються як засіб обміну і платежів. Ця криптовалюта, яка є вельми волатильною і не забезпеченою бодай якимись активами, фактично є технологізованою спробою реалізації ідеї лібертаріаців про відсутність потреби у центральному національному банку, що належить державі та що валюту можуть продукувати приватні особи.

рядок діяльності владних установ та об'єктів критичної інфраструктури атакованого суб'єкта. Тому програмне забезпечення об'єктів критичної інфраструктури має бути об'єктом особливої уваги та кіберзахисту, оскільки кібератаки на їх функціонування можуть мати істотний вплив на стабільність їх діяльності, стабільність національної економіки та діяльності владних установ загалом.

Сфера ІТ може стати потенційним напрямом паралізації ефективності державного управління, оскільки множинність запитів на сервери органів публічної влади може заблокувати їх діяльність на певний період. Загалом, як справедливо відзначається у фахових дослідженнях, в російській системі національної безпеки вважають, що за допомогою певних несилкових методів – підривної діяльності, корупції, дезінформації<sup>84</sup>, дезорієнтації – існує можливість домогтися шуканих результатів без єдиного пострілу. Дана модель «політичної війни» користується успіхом у даний момент, оскільки вона показує, наскільки НАТО і Захід сильніший за всіма об'єктивними показниками, і все ж як сузір'я демократій вони уразливі під впливом заходів, які здатний застосувати безжалісний авторитаризм [46].

Остання кібератака в липні 2017 р. на низку державних і приватних установ, зокрема, Державну фіскальну службу, банківську сферу, пошту та енергетичну систему через вірус DOS/Петуа. А<sup>85</sup>, яка потім перекинулася з України у низку європейських країн, має невизначену природу з урахуванням мінливого характеру кіберпростору як такого. З точки зору звичайної інфраструктури, як от стратегічно важливі заводи і фабрики, кібератаки на програмне забезпечення та сервери установ можна фактично прирівняти за наслідками до своєрідного бомбардування. Тому з цього слід також робити адекватні висновки інституційного характеру.

З точки зору кібербезпеки діяльність органів публічної влади та приватних установ критичної інфраструктури для національної економіки має обслуговуватися через захищене програмне забезпечення, про що неодноразово наголошувалося у літературі [47]. Зокрема, у разі наявності певних суперечностей чи конфліктів із державою, яка є джерелом відповідного програмного забезпечення, існує реальна небезпека доступу до інформації із обмеженим доступом, яка має стратегічне значення для розвитку держави. Варто також вести мову

<sup>84</sup> Прикладом доволі адекватного заходу проти агресивної інформаційної війни став Указ Президента України № 133/2017, яким схвалено рішення РНБО «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», яким було закрито доступ до інформаційного простору таких російським мережевим ресурсам, як Вконтакте, Mail.ru, Yandex.ru тощо, які стали соціальними мережевими платформами для здійснення підривної діяльності проти України. Такі заходи відповідають трискладовому тестові, оскільки вони засновані на законі, переслідують легітимну меті та є адекватними і доречними для захисту конституційного порядку України.

<sup>85</sup> Суть кібератаки полягала у блокуванні програмного забезпечення та погрози його знищення разом із інформацією користувачів, якщо вони не заплатять встановлену грошову суму (як правило, вона складала 400 дол. США). Приблизно таку ж саму структуру мали хакерські атаки на установи критично важливої інфраструктури під назвою WannaCry у травні 2017 р.

про розробку власного програмного забезпечення на базі існуючих платформ, з урахуванням їх сумісності та чинника взаємодоповнюваності компонентів. За будь-яких обставин, у сфері кіберправа мають значення конституційної гарантії свободи вираження поглядів, свободи наукової і творчої діяльності, непричужності приватності та приватних даних, захисту конфіденційної інформації та державної таємниці.

#### **4.2.10. Інформаційна війна.**

Як висловлюються деякі аналітики: «Ми живемо в епоху битви технологій з інститутами. Дональду Трампу не потрібен CNN – у нього є твіттер. Макрону не потрібна підтримка класичних партій – соцмережі дозволяють йому на коліні створити свою і виграти вибори» [48]. Тому тема інформаційної війни, в основі якої лежить маніпуляція із подачею інформації, дозуванням її подачі чи взагалі її викривленням в епоху ІТ може відіграти чи не вирішальну роль, принаймні на перших етапах так званої «конвенційної війни» для дезорієнтації та деморалізації противника. Зокрема, останні дискусії щодо гібридної війни підштовхнули і підкріпили багато обговорень так званої «сірої зони» між війною та миром та російськими асиметричними викликами, такими, як економічна маніпуляція, широка та потужна дезінформація та пропаганда, сприяння громадянській непокорі і навіть використання добре оснащених парамілітаріїв для підриву діяльності державних інституцій [40, с. 66]. Звернення до масових суб'єктів за допомогою суб'єктивного інструментарію, яким є переважно подача певної інформації, може призводити до об'єктивних результатів [49]. Це також підтверджується дослідженнями у сфері соціальної взаємодії, згідно з якими матриця соціальних взаємодій продукує середньо зважений раціоналізований вибір учасників такої взаємодії. Від себе можу додати, що у разі продукування ними правил чи процедур, які трансформують систему відносин, такі учасники можуть набувати статусу його акторів.

Прикладом інформаційної війни навіть за кордоном служить інформаційна війна про ступінь впливу на результати президентських виборів США України та Російської Федерації. У відповідь на звинувачення щодо втручання російських спецслужб у президентську кампанію США 2016 року відбулось нагнітання напруження про можливий вплив на американські вибори з боку уряду України. На думку деяких політичних діячів такий вплив здійснювався шляхом вливу інформації через українські дипломатичні та інші канали про Пола Манфорта – керівника виборчої кампанії чинного президента США Дональда Трампа з метою його дискредитації [50].

Як зазначає Джозеф Най, хоча інформаційна війна не є новиною, завдяки кібертехнологіям вона стає дешевшою, швидкою і ефективною, її важче викрити і легше заперечувати. З точки зору наслідків російська інформаційна війна під час президентських виборів у США 2016 р. деякою мірою виявилася успішною, деякою мірою вплинувши на їх перебіг, але вона виявилася провальною з точки зору створення «м'якої сили» [51]. Хакерські атаки на інфраструктурні

електронні ресурси певної держави у дигітальну епоху, в якій втілюються засоби електронної демократії, можуть істотно знизити рівень її інституціональної спроможності до ухвалення адекватних і компетентних рішень.

Обмін інформацією, комунікативні зв'язки є важливими для сучасної державності, оскільки належна комунікація дає змогу робити адекватні владні рішення на різного роду суспільно-політичні подразники та проблеми, які потребують свого вирішення. Маркерами тут можуть виступати навіть соціальні мережі, що довели події Арабської весни та особливості перебігу президентської виборчої кампанії в США 2016 р. Зокрема, фахівці передбачили перемогу Трампа за три тижні до дня виборів, аналізуючи Твіттер, працюючи з системою *Emotive*, за допомогою якої аналізуються емоції з соціальних мереж [52]. Ця система побудована на лінгвістичному аналізі в пошуках слів і фраз, що виражають емоції.

Як свідчить наведений аналіз, триває трансформація природи приватності, формування нової тактики і стратегії захисту персональних даних та конфіденційної інформації, зокрема, тієї, що складає предмет державної таємниці. Приватні особи повинні чітко усвідомлювати, що, використовуючи різного роду соціальні мережі та інформаційні платформи, вони таким чином надають згоду щодо доступу до певних персональних даних. Саме на такій основі заснована програма *Emotive*, яка була використана виборчим штабом Дональда Трампа для розуміння вподобань та персональних переваг виборців, що істотно вплинуло на тактику і стратегію його виборчої кампанії.

Інформаційна війна розглядається сьогодні як асиметричний засіб впливу на зміст владних рішень та чинник формування політичного порядку денного, що може кардинально вплинути на громадську безпеку і правопорядок [53, с. 42, 46]. Тому організаційні заходи щодо висвітлення максимально прозоро, доступно і повно про суспільно значимі події є надійним інструментом протистояння в інформаційних війнах, які мають на меті підрив довіри до суспільних та державних інституцій, дестабілізацію ситуації в країні, що може мати наслідком підрив легітимності уряду (довіри до нього та викликати сумнів у законності методів управління країною).

#### **4.2.11. Засоби поновлення конституційного порядку на окупованих територіях України.**

Згідно зі ст. 3 Резолюції 3314 (XXIX) 1974 року [54] і ст. 8-bis Статуту Міжнародного кримінального суду у контексті подій в ОРДІЛО акт агресії з боку Російської Федерації проти України включає в себе такі ознаки: 1) вторгнення або напад збройних сил цієї держави на територію України та військова окупація зазначеної території, який би тимчасовий характер вона не носила, що є результатом такого вторгнення або нападу; 2) бомбардування збройними силами РФ території України або застосування нею будь-якої зброї проти території України; 3) напад збройними силами держави на сухопутні та повітряні сили України; 4) засилання РФ або від її імені збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти України, що

носять серйозний характер, це рівносильно переліченим вище актам, або його значну участь в них.

Існують різні підходи щодо вирішення проблеми звільнення окупованих територій. На сьогодні навіть існують проблеми стосовно визначення того, що є окупованими територіями. Однак з червня у вітчизняних медіа було опубліковано проект Закону «Про особливості державної політики з відновлення державного суверенітету України над тимчасово окупованою територією Донецької та Луганської областей України», який був оприлюднений і отримав своє обговорення у медіа [55]. Він отримав критичні зауваження від вітчизняного міжнародника-правознавця Олександра Мережка<sup>86</sup>. Слід також зауважити, що зовсім недавно Конгрес США ухвалив Закон, згідно з яким кодифікував наявні санкції США проти РФ за акти агресії проти України та запровадив нові заходи у цьому напрямі [57].

Тут я висловлю деякі міркування щодо змісту проекту Закону про оборону та забезпечення суверенітету і територіальної цілісності. Насамперед, закон цей має містити процедурні та інституційні вимоги згідно із критеріями чіткого викладу положень закону, виробленими у практиці Європейського суду з прав людини та рекомендацій Венеційської комісії. Це важливо з точки зору легітимності дій держави у порядку самооборони та *jus ad bellum* у сенсі статті 51 Статуту ООН.

По-друге, закон має конкретизувати положення Регламенту парламенту щодо парламентського контролю у сфері національної безпеки та оборони, а також застосування Президентом надзвичайних повноважень у рамках діяльності РНБО та в якості Верховного Головнокомандувача Збройних Сил України. Власне ці процедури слід конкретизувати у законі.

По-третє, відповідно до загальноновизнаних принципів міжнародного права, положень міжнародних договорів та *jus cogens* визначати позитивні обов'язки держави України стосовно захисту і поновлення прав і свобод українців від дій агресора в особі РФ та її державних агентів в особі незаконних збройних формувань.

По-четверте, слід чітко врегулювати процедури звітності і парламентського контролю в рамках парламентської та дерогаційної моделі надзвичайного захисту конституції з метою формулювання чітких процедурних та інституційних механізмів для поновлення суверенітету і територіальної цілісності України. Сьогодні діє парламентська модель застосування надзвичайних повноважень, що передбачає схвалення дій Президента парламентом, хоча більш оптимальною є виконавча з елементами судового контролю. Так, у Франції понад півтора року діє надзвичайний стан після терактів у Парижі, однак його оголошено

<sup>86</sup> Зокрема, проф. Мережка наголосив на тому, що законопроект має декларативний і занадто загальний характер і має такі недоліки: не включає положення стосовно деокупації Криму, а натомість має місце надмірна деталізація окупованої території (яка загалом є мінливою); у мету політики з деокупації важливо включити положення щодо незворотності притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що скоїли злочини проти людства і воєнні злочини, а також домогтись відшкодування шкоди, заподіяної РФ; із незрозумілих причин законопроект передбачає пріоритетність виконання мінських домовленостей [56].



президентом. У нас же такі питання має протягом двох днів схвалити Верховна Рада, а принаймні 45 депутатів можуть ініціювати перед Конституційним судом перевірку конституційності запроваджуваних заходів.

По-п'яте, слід мати на увазі, що закони мають містити алгоритми ухвалення владних рішень, а не лише простий перелік владних повноважень чи невідзначені назви різного роду відомств. Це взагалі системна вада законів, оскільки вони бідні на правове регулювання процедур.

По-шосте, мають бути більш комплексно і чітко виписані повноваження та процедури компетентних органів влади щодо притягнення агресора до відповідальності, а також притягнення до відповідальності винних осіб, що скоїли воєнні злочини та злочини проти людства. Наразі нагальним є питання приведення у відповідність розділу XX Кримінального кодексу в цій частині, оскільки у цьому плані стосовно України хіба що можна застосувати положення Римського статуту. Нагадаю, що ці закони не відповідають правилам співжиття цивілізованого людства і посадовці несуть відповідальність за їх скоєння, незалежно від того факту, чи вони відображені у законодавстві, чи ні. Звісно ж, тут певною перешкодою є відкладальна умова у Конституції щодо ратифікації Римського статуту. Але це ніяким чином не заважає внести адекватні зміни у Кримінальний кодекс.

Насамкінець слід також чітко визначити, до якої міри допускається обмеження конституційних прав і свобод, бо фактично йде мова про стан війни, який згадується у Конституції. І це можна прив'язати до правового режиму воєнного стану, хоча це і не є одним і тим же. Тим більше, що слід у законі визначити також особливості оголошення стану війни та укладення миру, а також врегулювати окремі аспекти ведення звичайної війни, ведення інформаційної, економічної воєн, кібервійни тощо. При цьому слід пам'ятати про забезпечення сутнісного змісту прав людини та забезпечення належного балансу між свободою та безпекою.

#### **4.2.12. Юридичний режим поновлення конституційного порядку та забезпечення належного урядування на звільнених від окупації територіях.**

Події, пов'язані із анексією Криму з боку Російської Федерації фактично стали реакцією РФ на події Революції гідності, внаслідок якої було усунуто від влади відверто проросійський уряд. Неправомірність анексії Криму на порушення загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права та конституційної процедури було доведено шляхом ухвалення рішень КСУ № 2-рп/2014 та № 3-рп/2014, а також низкою міжнародних документів: таких, як Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 68/262 про територіальну цілісність України [58].

Поновлення суверенітету і територіальної цілісності України передбачає різні заходи: юрисдикційні, дипломатичні, політико-правові, надзвичайні. Юрисдикційні заходи передбачають подання позовів проти агресора – Російської Федерації, діями якої нанесено шкоду правам і свободам жителів України,

її доквілю, економіці та оборонно-промислового комплексу з використанням всіх міжнародних юрисдикцій.

Дипломатичні кроки передбачають здійснення заходів принаймні у двох напрямках: 1) проведення консультацій та переговорів у рамках колективної безпеки із використанням інструментів Генеральної Асамблеї та Ради безпеки ООН, Міжнародного суду ООН (International Court of Justice), ОБСЄ, Ради Європи, процедури консультацій згідно із Будапештським меморандумом тощо; 2) ведення переговорів щодо припинення здійснення РФ агресивних дій щодо України, звільнення анексованого Криму та повернення його під контроль офіційної влади України, припинення фінансової та організаційної підтримки парамілітарних структур і незаконних формувань в ОРДІЛО та виведення власних підрозділів із тимчасово окупованих територій. Також в якості дипломатичного каналу врегулювання розглядаються Мінські домовленості, однак їх, скоріше, можна розцінювати як певний механізм самовизнання Росії учасником міждержавного конфлікту із Україною, оскільки РФ і по сьогодні всупереч фактичним обставинам займає офіційну позицію, що в Україні триває внутрішній конфлікт, а Крим їй ніби належить відповідно до легітимної процедури. Однак я би цей процес відніс до політико-правового механізму врегулювання українсько-російської війни.

У власному розумінні, політико-правовий механізм врегулювання українсько-російської війни полягає у застосуванні санкцій проти РФ за акти анексії Криму, переслідування національних меншин в Криму та підтримки незаконних формувань в ОРДІЛО, тобто у пошуку спонукального механізму різкої зміни зовнішньополітичного курсу РФ. Слід мати на увазі, що наразі РФ доволі агресивно сприймає переважну більшість країн-сусідів, простори яких розглядає як природну сферу свого впливу в світлі заяви Президента РФ Володимира Путіна про розпад Радянського Союзу як «геополітичної катастрофи» ХХ століття. Тому активні політико-правові консультації щодо врегулювання українсько-російської війни можуть бути розпочаті при зміні керівництва цієї держави. Застосування санкцій може стати одним із чинників зміни агресивної зовнішньої політики РФ до своїх сусідів та можливості налаштування на більш цивілізовані рейки міжнародної співпраці. З цієї точки зору рано чи пізно Україні доведеться сформулювати і впроваджувати заходи щодо підтримки українців, які проживають на території РФ, щодо захисту їх мовних, культурних прав та прав на вільний розвиток своєї спільноти у РФ.

Надзвичайні заходи передбачають застосування потужностей Збройних сил України, Сил спецоперацій ЗСУ, Національної гвардії МВС, Служби безпеки України для поновлення суверенітету і територіальної цілісності України за зразком операції «Буря» з поновлення територіальної цілісності Хорватії 4–7 серпня 1995 року.

Зазначені заходи можуть певним чином комбінуватися і їх поєднання може посприяти досягненню мети поновлення конституційного порядку на тимчасово окупованих територіях України.

У свою чергу, існує необхідність внесення змін у главу XX Кримінального кодексу, привівши його положення у відповідність із міжнародними зобов'язаннями України з боротьби із злочинами проти людства і миру. У цьому відношенні також критично важливою є ратифікація Україною Римського статуту, який має бути ухвалений до 30 вересня 2019 р.

Формування конституційно-адміністративних параметрів нової моделі місцевого самоврядування в ОРДІЛО полягає не настільки у зміні конституційних положень – Конституція містить доволі гнучкий механізм. Це хіба що не стосується цілком пострадянської за духом системи місцевих державних адміністрацій. Адже саме на рівні законодавства та адміністративної практики має здійснюватися процес формування самодостатніх громад із належною передачею повноважень та матеріальних і фінансових ресурсів місцевій публічній владі.

Оскільки особи, що вчинили злочини проти людства та воєнні злочини, не підлягають амністії за жодних умов, то поточне законодавство, окрім внесення адекватних змін до Розділу XX Кримінального кодексу України, має визначити допустимі обмеження щодо свободи пересування і вільного вибору місця проживання осіб, відносно яких існують достатні підстави вважати, що саме вони скоїли такого роду злочин. Адже щодо них не існує жодних строків давності й Україні тут принципово слід застосувати засаду невідворотності юридичної відповідальності.

Без вжиття зазначених заходів доволі складно говорити про поновлення адміністративної, економічної, соціальної, культурної інфраструктури ОРДІЛО на якісно новій основі і їм загрожуватиме стагнація як проблемної точки Східної Європи. Паралельно із цим, на визволених територіях слід буде запроваджувати перехідний режим державного управління на певний розумний період часу з метою нормалізації діяльності публічної адміністрації, громадських об'єднань та якісного забезпечення громадянських та політичних прав жителів регіону. Також не виключено, що з метою попередження подальших сепаратистських інтенцій необхідно буде ухвалювати рішення про припинення існування Донецької і Луганської областей у чинних адміністративно-територіальних межах.

**Висновки.** В умовах зміни світового порядку та його структури захист суверенітету і територіальної цілісності України, як завжди, спирається на наявні ресурси та реальну спроможність держави використати належне їй *jus ad bellum*. Військове право спирається на ідею забезпечення континуїтету, згідно з яким інституціонально та процедурно захист прав людини гарантується через діяльність демократичної конституційної держави, здатної захищати основоположні конституційні цінності – гідність людини, свободу, рівність, верховенство права, різноманітність, солідарність та ініціативність. Виходячи із таких базових установок, формальний закон виконує функцію легітимізації правового порядку щодо наділення повноваженнями, організації та порядку діяльності органів влади із захисту державності та прав і свобод людини. Поєднання виконавчої та дерогаційної моделей надзвичайного захисту конституційного порядку є сьогодні найоптимальнішим. Необхідною умовою його легітимності є систематичний парламентський та судовий конституційний контроль над запроваджуваними заходами щодо

захисту конституційного порядку з точки зору сумісності з конституційними цінностями, насамперед, поваги до людської гідності та забезпечення прав людини і основоположних свобод. Оскільки мова йде про безпосередні та невідворотні загрози конституційному порядку, заходи щодо його захисту мають бути рішучі, ефективні, своєчасні та комплексні. Тому відсутність належного законодавчого регулювання новітніх аспектів ведення війни, зокрема, кібервійни, економічної, інформаційної містить потенційну загрозу паралічу критичної інфраструктури держави та фактично може призвести до неспроможності держави відстоювати власний суверенітет і територіальну цілісність. З огляду на це, критично важливими є стратегічне планування та існування різноманітних сценаріїв розвитку подій у разі акту агресії проти України та належного законодавчого забезпечення рішучої відсічі потенційному супротивнику з метою захисту конституційного порядку. Задля цих цілей Україні слід більш гнучко інтегруватися у системи колективної безпеки та поглиблювати у їх рамках свого регіонального розвитку.

### Список використаних джерел

1. Гроций Г. *О праве войны и мира: Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права*. Москва: Науч.-изд. центр «Ладомир», 1994. 867 с.
2. Остром Э. *Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности*. Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2010. 447 с.
3. Поппер К. Р. *Відкрите суспільство та його вороги. В 2 т. Т. 1: Чари Платона*. Київ: Основи, 1994. 444 с.
4. Речицький В.В. *Политический предмет конституции*. Київ: Дух і Літера, 2012. 728 с.
5. МВС в рамках операції «Мігрант» посилює боротьбу з нелегальними мігрантами та іноземним криміналітетом, Офіційний сайт МВС України, 2017, 8 серпня. Open access: [http://mvs.gov.ua/ua/news/9424\\_MVS\\_v\\_ramkah\\_operacii\\_Migrant\\_posilyu\\_borotbu\\_z\\_nelegalnimi\\_migrantami\\_ta\\_inozemnim\\_kriminalitetom\\_FOTO\\_VIDEO.htm](http://mvs.gov.ua/ua/news/9424_MVS_v_ramkah_operacii_Migrant_posilyu_borotbu_z_nelegalnimi_migrantami_ta_inozemnim_kriminalitetom_FOTO_VIDEO.htm)
6. Лок Дж. *Два трактати про врядування*. Київ: Основи, 2001. 264 с.
7. Хайек Ф. А. фон. *Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва, 2006. 643 с.
8. Пчелинцев С. Пределы возможных ограничений прав и свобод граждан в условиях правовых режимов в государствах Восточной Европы, СНГ и Балтии: сравнительный анализ. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3(48). С. 136–152.
9. Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: Юрист, 2001. 384 с.
10. Горячов Д. *Система надзвичайних засобів захисту конституції: дис... к.ю.н.* Ужгород: ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2017. 180 с.
11. Домрин А. Конституционное регламентирование вопросов обороны и использования вооруженных сил в государствах Европы. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3 (48). С. 127–135.

12. Berman H. The Rule of Law and Law-Based State (Rechtsstaat), with special Reference to the Soviet Union. *Toward the "Rule of Law" in Russia: Political and Legal Reform in the Transition Period*. Ed. by Donald D. Barry. Rutledge, 1992. 500 p.
13. Was genau macht der Verfassungsschutz? *Das Bundesamt für Verfassungsschutz*, Offizielle site URL: <https://www.verfassungsschutz.de/de/das-bfv/aufgaben/was-genau-macht-der-verfassungsschutz>
14. Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1394 p.
15. Конституція Французської Республіки: Повний текст Конституції 1958 року з змінами, внесеними 23 липня 2008 року URL: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/constitution/constitution\\_russe\\_version\\_aout2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf)
16. Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини від 1949 р. із змінами та доповненнями URL: [http://www.1000dokumente.de/?c=dokument\\_de&dokument=0014\\_gru&object=translation&l=ru](http://www.1000dokumente.de/?c=dokument_de&dokument=0014_gru&object=translation&l=ru)
17. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ратифікована Україною 17.07.1997 р. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
18. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507, 518 (2004).
19. Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions. *UCLA Law Review*. 2013. № 60. P. 1184–1260.
20. Савчин М. Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму. *Філософія права та загальна теорія права*. 2015. № 1–2. С. 178–195.
21. Савчин М.В., Федоренко В.Л. (ред.) Конституційна конфліктологія (конституційні механізми подолання політичних криз). Київ: Ін-т громадян. сусп-ва, 2008. 188 с.
22. Шмитт К. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. 312 с.
23. Санстейн К.Р. Легитимність конституційних судів: заметки о теории и практике. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 1997. № 2(17). С. 31–33.
24. Собота К. *Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти*. К.: ВАІТЕ, 2013. 608 с.
25. Водяніков О. Судова влада та конституційна юстиція покликані бути головним запобіжником проти мажоритарного фатуму демократії. *Європейські перспективи*. 2015. № 5. С. 196–199.
26. Про оборону України: Закон України № 1932-XII від 06.12.1991 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1932-12>
27. Про боротьбу з тероризмом: Закон України № 638-IV від 30.03.2003 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/638-15>
28. Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод»: постанова Верховної Ради України № 462-VIII від 21.05.2015 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/462-viii>

29. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006. 640 с.
30. BVerGE, 71, 183 (191).
31. *Конституційне право України*. 8-е вид., переробл. і доп. Ужгород, Видавничий Дім «Гельветика», 2016. 476 с.
32. Рижков Г. *Принцип правової держави в Основному законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального конституційного суду ФРН*. Київ: Книги для бізнесу, 2008. 112 с.
33. Декларація про мінімальні гуманітарні стандарти URL: <http://www.un.org/russian/declarat/pdf>.
34. USA Patriot Act (H.R.3162) URL: <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>
35. Bellinger III, J.B. (2007a) Speech - Legal Issues in the War on Terrorism. *German Law Journal*. 2007. Vol. 08. №. 07. P. 735–746.
36. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749 (2006).
37. Voenekey S.N.U. Response – The Fight against Terrorism and the Rules of International Law – Comment on Papers and Speeches of John B. Billinger, Chief Legal Advisor to the United State Department. *German Law Journal*. 2007. Vol. 08. №. 07. P. 747–760.
38. Bélanger, Claude, *Chronology of the October Crisis, 1970, and Its Aftermath* URL: <http://faculty.mariaNopolis.edu/c.belanger/quebechistory/chrons/october.htm>
39. *Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], №. 48787/99, 8 July 2004, ECHR 2004 VII).
40. Monaghan, Andrew, Putin's Way of War. The 'War' in Russia's 'Hybrid Warfare', *Parameters* 45(4) Winter 2015-16, 65–74.
41. Герасимов Валерий. Ценность науки в предвидении. *Военно-промышленный курьер*, 2013, 27 февраля URL: <http://www.vpk-news.ru/articles/14632>
42. Giles Keir. *Russia's 'New' Tools for Confronting the West: Continuity and Innovation in Moscow's Exercise Power*. Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. 21 March 2016. URL: <https://www.chathamhouse.org/publication/russian-new-tools-confronting-west>
43. *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. By David Stark and Laszlo Bruszt. Cambridge University Press, 1998. 300 p.
44. Szalai E. Integration of Special Interests in the Hungarian Economy: The Struggle Between Large Companies and the Party and State Bureaucracy. *Journal of Comparative Economics*. Vol.15. 1991. P.290–303.
45. Hankiss E. *East European Alternatives*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
46. Галеотти Марк. Российская разведка ведет (политическую) войну, *Вестник НАТО*, 2017. URL: <http://www.nato.int/docu/review/2017/Also-in-2017/russian-intelligence-political-war-security/RU/index.htm>
47. Rosenoer, Jonathan, *CyberLaw. The Law of the Internet*, New York: Springer, 1997.
48. Казарин П. *Будущее: осмысленное и беспощадное* // Site.ua URL: <https://site.ua/pavel.kazarin/8446-buduschee-osmyslen-i-besposhadnoe/>
49. Почепцов Георгий. *Победа над массовым сознанием и мышлением: как работает объективный инструментарий на субъективной основе*, Хвиля,

- 2017, 6 червня URL: <http://hvylya.net/analytics/society/pobeda-nad-massovym-soznaniem-i-myishleniem-kak-rabotaet-obektivniy-instrumentariy-na-subektivny-osnove.html>
50. Кузьменко О. *Україна опиняється в епіцентрі політичного скандалу в США*. Голос Америки, 13 липня 2017 р. URL: <https://ukrainian.voanews.com/a/ukrainian-ameryka-skandal/3941521.html>
  51. Най Джозеф. *Информационные войны и мягкая сила*, Liga.net URL: [http://www.liga.net/opinion/332918\\_informatsionnye-voynu-i-myagkaya-sila.htm](http://www.liga.net/opinion/332918_informatsionnye-voynu-i-myagkaya-sila.htm)
  52. Mathieson, S.A. *Meet the Loughborough 'emo' boffins who predicted Trump's victory*, 2016, 26 November URL: [www.theregister.co.uk/2016/11/24/loughborough\\_emotive\\_study\\_predictive\\_trump\\_election/](http://www.theregister.co.uk/2016/11/24/loughborough_emotive_study_predictive_trump_election/)
  53. Thornton, Rod (2015) *The Changing Nature of Modern Warfare*, *The RUSI Journal*, 160:4, 40–48, DOI: 10.1080/03071847.2015.1079047
  54. Резолюция 3314(XXIX), *Определение агрессии*: Генеральная Ассамблея ООН, 2319-е пленарное заседание, 14 декабря 1974 года. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/742/34/IMG/NR074234.pdf?OpenElement>
  55. Шуклинов П., Мельничук С. *План Макрона и статус Донбасса. Что это и зачем это надо*. Лига.net URL: [http://news.liga.net/articles/politics/14786052-plan-makrona\\_i\\_status\\_donbassa\\_chno\\_eto\\_i\\_zachem\\_eto\\_nado.htm](http://news.liga.net/articles/politics/14786052-plan-makrona_i_status_donbassa_chno_eto_i_zachem_eto_nado.htm)
  56. Мережко Олександр (Alexander Merezhko). Обнародован проект закона об деокупации, персональный аканту мережі «Фейсбук». URL: [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=1913577185581726&id=100007883895169](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1913577185581726&id=100007883895169)
  57. H.R.3364 – *Countering America's Adversaries Through Sanctions Act*, 115<sup>th</sup> Congress (2017-2018) URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/3364/text#toc-H3420FDCB95BC4483B63B45D6E38E3C66>
  58. A/Res/68/262, 2016, 27 March

## Розділ 5.

- 5.1. *Конституційні принципи та їх інтерпретація*
- 5.2. *Забезпечення єдності судової практики у контексті верховенства конституції*
- 5.3. *Свобода суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій*
- 5.4. *Систематика судового захисту у світлі зобов'язальної природи прав людини*

### 5.1. Конституційні принципи та їх інтерпретація

**Вступ.** Конституційні принципи складають основу конституційної традиції. Це зумовлює важливість їхньої інтерпретації, що впливає на конституційну динаміку і стан конституціоналізму конкретної країни. Він залежить від усталених уявлень, ідей, звичаїв та узвичаєнь, які втілюються у певних стереотипах поведінки (архетип), відтворюються та перетворюються разом із динамікою конституційних правовідносин, тобто мають безперервний характер. Поведінка складається лише у певному соціальному контексті, оскільки індивід може мати на меті інтереси, які базуються на його цінностях. Таким чином, формується відкрита соціальна система узгодження інтересів індивідів, заснованих на усвідомленні спільності щодо окремих цінностей. При цьому система принципів і цінностей, яка складається у конституціоналізмі, може мати варіативний характер, що зумовлено саме потребами та інтересами індивідів. Те саме відбувається, коли йдеться про взаємодію таких соціальних інститутів, найвищим ступенем організації серед яких сьогодні прийнято вважати державу. Важливу роль відіграють конституційні цінності і принципи також в інтерпретації самої конституції.

Спроби інтерпретувати принципи конституційного права через предмет правового регулювання не є цілком успішним підходом, оскільки він індиферентний до прав і свобод людини. Однак у юриспруденції предмет правового регулювання є юридично-технічним параметром унормування суспільних відносин і він не може розглядатися як цінність, оскільки правове регулювання покликане захищати соціальні цінності, а також його стандарти саме і визначаються принципами права. Звідси, як конституційні принципи можна розглядати певні



універсалії, які забезпечуються засобами правового захисту згідно із конституцією та визначають стандарти та вимоги до законодавства, публічної адміністрації та правосуддя. Про універсалії як морально-політичні засоби легітимації права писав І. Кант у своїх працях і розглядав їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах [1]. Для цього і потрібно звертатися до концепції конституціоналізму як сукупності ефективних та дійових принципів, правил та інститутів, які спрямовані на забезпечення обмеженого правління правами і свободами людини. Тому метою цієї статті є формулювання загальних засад інтерпретації конституційних принципів.

### **5.1.1. Природа конституційних принципів та балансування між ними.**

Існує кореляція між лібералізмом і солідаризмом, оскільки їх співвідношення зумовлене також соціальною структурою, діяльністю інститутів публічної влади та субстантивними і процедурними гарантіями прав людини й основоположних свобод. Сьогодні спостерігається тенденція трактувати гідність особи саме у рамках концепції *Welfare State*, що зумовлює реалізацію принципу соціальної держави як на інституційному, так і процедурному рівнях. Зокрема, у практиці ФКС Німеччини, незважаючи на відсутність закріплення соціальних прав в Основному Законі, домінує підхід до забезпечення захисту соціальних прав, які інтерпретуються через призму принципу гідності як конституційної цінності. Однак принцип соціальної держави передбачає визначення балансу інтересів у суспільстві – між державою і громадянами, працівниками і роботодавцями, між профспілками і роботодавцями тощо. Забезпечення такого балансу не може посягати на сутнісний зміст прав людини й основоположних свобод (*the very essence of the right*). Цей баланс забезпечується через мистецьке поєднання конституційних принципів, які можуть конкурувати та мати кореляцію між собою. Зокрема, принцип пропорційності, який має подвійне значення, у вузькому розумінні якраз і застосовується у якості балансування між цінностями і принципами права. У широкому розумінні принцип пропорційності визначає легітимність втручання публічної влади у приватну автономію особи на основі закону, якщо існує нагальна необхідність такого втручання у демократичному суспільстві за допомогою адекватних засобів, що відповідають законній меті.

Як вважає Роберт Алексі, критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування, інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень [2, с. 575]. Згідно з цим критерієм можна цілком застосовувати критерії обмеження права на недоторканність особистого та сімейного життя та мету боротьби із тероризмом.

Незважаючи на певний теоретичний доробок у юридичній науці, принцип пропорційності ще лише входить у вітчизняну юридичну практику, переважно із практики Європейського суду з прав людини і деякою мірою із зарубіжних судів.

Як цілком справедливо підкреслює проф. Станіслав Погребняк, «у багатьох випадках зміст права за великим рахунком запрограмований тими вищими гуманітарними засадами і цінностями, що утворюють його загальнолюдський вимір і зумовлені самою сутністю суспільства, природою людини. Існування права без них важко уявити. Йдеться, зокрема, про принципи добросовісності, не зловживання правом, дотримання договорів, принцип, який встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі» [3, с. 31]. Досягти балансу між цими принципами можливо у рамках принципу пропорційності. Розуміння цього принципу є важливим з точки зору визначення допустимого обмеження прав людини та формулювання критеріїв законності дій органів влади [4].

Зовнішні аспекти обґрунтування балансування не піддаються логічним операціям, оскільки вони спираються на припущення та правдоподібні причини і наслідки певних дій [2, с. 576-577]. Це визнання того, що процес ухвалення рішень пов'язаний із умовами обмеженого доступу до інформації: у законодавчому процесі доволі складно передбачити всі фактичні обставини застосування законопроекту; у судовому процесі така обмеженість доступу до інформації пов'язана із тактикою і стратегією сторін у процесі, тому на суд поширюється вимога повного, всебічного і об'єктивного розгляду справи та ухвалення обґрунтованого і вмотивованого рішення.

Загалом, як стверджує Нільс Петерсен з посиланням на суддю Верховного Суду США Антоніна Скаліа, радше можна порівняти конкуруючі конституційні цінності, за прикладом того, щоб далі кинути камінь, то необхідно пропорційно зменшити його вагу, хоча саме порівняння ваги каменю із відстанню без конкретної мети і зв'язку не є коректною. Тому не дивно, що Петерсен розглядає принцип пропорційності як нормативний концепт [5, с. 1391, 1392].

Водночас Отто Пферсман звертає увагу на те, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності у конституційному контролі (традиційно саме конституція розглядається як вищий критерій цього контролю), призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції [6, с. 121–127]. У свою чергу, Л. К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній зі своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист, зазначив, що при запровадженні певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між застосовуваними засобами та метою, яка досягається [7, с. 138].

### ***5.1.2. Загальні засади інтерпретації конституції та доступ до правосуддя у світлі запровадження конституційної скарги в Україні.***

Як усталено визнано у вітчизняній правовій доктрині, під принципами права мають на увазі «найбільш загальні і стабільні вимоги, що уособлюють суспільні цінності, дозволяють відтворити їх при формуванні та дії права, визначаючи його характер і напрями подальшого розвитку» [8, с. 70].

У цьому відношенні слід мати на увазі практику Європейського суду з прав людини щодо розуміння права на захист. Згідно із нею загалом гарантується право на апеляційне оскарження, тобто не по кожній справі може бути рішення суду касаційної інстанції. Також засоби юридичного захисту мають бути ефективними, а не ілюзорними чи декларативними. Якщо такі засоби неефективні, то настають підстави для негайного втручання, оскільки конституційним правам і свободам унаслідок застосування положення закону, яке викликає обґрунтовані сумніви у конституційності, може бути заподіяна істотна шкода. Або може скластися ситуація, коли навіть у разі встановлення Конституційним Судом факту порушення такого права та призначення компенсації, поновити право не буде можливості й такий захист перетворюється в ілюзію чи то марево.

Проф. Станіслав Шевчук на основі аналізу сталої практики Європейського суду з прав людини виділяє такі компоненти права на справедливий судовий розгляд: а) право на доступ до справедливого правосуддя (незалежний і неупереджений суд, встановлений відповідно до закону); б) розумний строк розгляду спорів; в) публічність і обґрунтоване судове рішення; г) пов'язані із ними гарантії у кримінальному процесі (презумпція невинуватості, допустимість доказів, право на адекватний час і можливості для підготовки захисту, право на правову допомогу) [9, с. 231–248]. Тому доктрина Конституційного Суду України щодо відмови розгляду нечинних правових актів не відповідає обов'язку суду захищати порушені права людини. Адже все це недоліки закону, а такі недоліки не можуть служити обґрунтуванням для відмови в судовому захисті. Про це також було констатовано у Генеральній доповіді XIV Європейської конференції конституційних судів, яка відбулася у 2008 році [10].

Належна правова процедура пронизує своїми вимогами як адміністративні, так і судові процедури; при цьому останні відносно перших володіють пріоритетом, оскільки за деякими винятками акти виконавчої влади підлягають судовому контролю. Тому судовий конституційний контроль також зумовлений змістом основоположної конституційної норми (речення третє частини другої статті 3). З цього приводу справедливо пише англійський конституціоналіст Т.Р.С. Аллан: «Жорсткі стандарти процедурної чесності, застосовувані у судових процесах, є сутнісними характеристиками верховенства права: якщо суди дотримуються цих вимог, права індивіда будуть адекватно дотримані і захищені... взаємопов'язаність стандартів судової процедури становить фундамент конституційності – фактично стійкий до законодавчих впливів та перекручень, окрім хіба що особливих випадків, у яких ті ж суди обґрунтовують можливість відступу від звичайної процедури» [11, с. 159].

У цьому контексті дуже влучно сформулював сутність змісту належної правової процедури у контексті завдання із захисту прав людини та зв'язаності законодавця цими цілями суддя Джексон у справі Шонессі (*Shaughnessy v. U.S.*, 1953), зазначивши буквально наступне: «занадто суворі закони можна перенести, якщо вони застосовуються коректно і безсторонньо. Насправді, якщо треба би було обирати, тоді нам слід було б насамперед обирати життя за радянським

законом, але з нашими процедурами, властивими для common law, ніж за нашим законом, застосовуваним за радянськими процедурами» [12].

Це зумовить необхідність глибшого застосування Конституційним Судом юриспруденції Європейського суду з прав людини при розгляді конституційних скарг. Також потребує ретельної уваги практика розгляду конституційних скарг в Німеччині, Чехії, Польщі, Словаччині, Угорщині. Адже йде мова про застосування універсальних принципів права та універсальних прав людини.

Стосовно запровадження високих стандартів захисту прав людини у практиці Конституційного Суду слід також мати на увазі співвідношення і конкуренції юрисдикцій у світлі верховенства Конституції України щодо міжнародних договорів. У цьому відношенні рішення Європейського суду з прав людини інтерпретують і конкретизують положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. І тут можливі два варіанти.

По-перше, Конституційний Суд може надавати більше значення конституційним гарантіям прав людини, оскільки такі можуть виявитися ширшими за конвенційні гарантії. Це питання доволі часто виникає перед конституційними юрисдикціями чи аналогічними інститутами Німеччини, Англії, Швеції.

По-друге, Конституційний Суд згідно із принципом дружнього ставлення до міжнародних договорів може надавати міжнародно-конформне тлумачення положення Конституції України. Зокрема, у такому світлі слід надавати інтерпретацію сутнісного змісту непорушності права приватної власності та правових підстав набуття права на майно саме у світлі конвенційних гарантій мирного володіння майном, зважаючи на надмірно рестриктивну і непослідовну практику Верховного Суду України [13].

Я б за таких умов не вживав термін «фільтри» стосовно конституційних скарг. Тут слід говорити про критерії їх прийнятності. Із контексту статті 151<sup>1</sup> Конституції України у світлі загальних принципів права (поваги до гідності людини, невичерпності прав людини, обов'язку захисту державою тощо) до них відносяться:

- 1) істотний характер порушеного права та загроза незворотності заподіяння шкоди правам і свободам, гарантованих Конституцією України;
- 2) вичерпання звичайних засобів правового захисту;
- 3) такі засоби правового захисту мають бути ефективними та дійовими, забезпечуючи ефективне поновлення у правах та справедливе відшкодування шкоди;
- 4) предметом перевірки є конституційність закону та практики його застосування у світлі сутнісного змісту прав людини й основоположних свобод;
- 5) забезпечення захисту прав і свобод людини, гарантованих Конституцією України, принаймні на міжнародно-визнаному рівні.

Без сумніву, що при захисті прав людини у ході розгляду конституційної скарги, Конституційний Суд звинувачуватимуть в надмірному судовому активізмі. Це може бути пов'язане із застосуванням Судом забезпечувальних заходів, насамперед, у формі зупинення дії закону, який буде предметом розгляду, оскільки

його застосування може заподіювати істотну шкоду конституційним правам і свободам або таке зумовлене невідворотністю порушень основоположного права, яке в наступному складно буде поновити або такої можливості вже не буде.

### **5.1.3. Основні засади та вимоги тлумачення конституційних принципів.**

Американський дослідник Бредні Кенон виокремив такі риси судового активізму, як: (1) меджоритаріанізм (*majoritarianism*) – ступінь, до якого суддя в судовому порядку визнає неправомірними політичні положення, ухвалені через демократичні процедури; (2) інтерпретаційна послідовність (*interpretive stability*) – ступінь зміни попередніх судових рішень, доктрин, способів тлумачення іншими (новими); (3) інтерпретаційна відданість (*interpretive fidelity*) – ступінь тлумачення конституційних положень усупереч чітких намірів нормотворців чи змісту мови, використаних у правових положеннях; (4) сутнісна/демократична процедура (*substance/democratic process*) – ступінь, до якого судові рішення виробляють незалежні політичні позиції – на протипагу діяльності із збереження демократичної політичної процедури; (5) специфічність політики (*specificity policy*) – ступінь, до якого судові рішення саме встановлює політичне положення на протипагу того, аби залишити це на розсуд інших установ; (6) наявність альтернативного творення політичного рішення (*availability of an alternate policymaker*) – ступінь, до якого судові рішення замінює або порушує серйозні питання інших урядових установ [14, с. 100].

За таких умов виникає необхідність застосування права як єдиного цілого, частини якого є взаємно пов'язаними і мають тлумачитися гармонійно, що, як правило, пов'язане із можливістю вибору суддею певного варіанту розуміння правових норм у світлі принципів. При цьому важливо, щоб Конституційний Суд не втручався у перебіг політичного процесу. Так, розрізняючи питання «політичного» від «принципів», Рональд Дворкін в якості «політики» називав «норму, що визначає ціль, якої треба досягти; зазвичай це поліпшення в певній економічній, політичній або соціальній характеристиці суспільства (хоча деякі цілі негативні в тому розумінні, що передбачають захист певних існуючих характеристик від несприятливих змін)» [15, с. 497].

«Принцип» визначався ним як «норма, якої слід додержуватись не тому, що вона наблизить або гарантуватиме виникнення бажаної економічної, політичної чи соціальної ситуації, а тому, що вона є вимогою справедливості, чесності чи якогось іншого морального виміру» [15, с. 497]. Саме принцип (а не норма) визначається як пріоритетний критерій прийняття «правильного рішення» в «складних справах», зокрема в випадках відсутності прецеденту, колізії норми права. А такими складними справами саме і виступає розгляд конституційних скарг.

Щоб Конституційний Суд не був звинувачений у надмірному судовому активізмі, то він має додержуватись деяких базових принципів інтерпретації положень Конституції України. Хоча я б хотів зробити застереження, що із кількості та якості отих рішень доволі складно його звинувачувати у судовому активізмі.

Прикладом збалансованого підходу Конституційного Суду України при обранні стратегії судового активізму була справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу (рішення № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р.), в якій зокрема вказано таке: «держава, виконуючи свій головний обов'язок - утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) - повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини».

Тому важливим є додержання Конституційним Судом України таких засад інтерпретації Конституції України:

1) автономне тлумачення Конституції – виходячи із принципу верховенства Конституції її положення не можуть інтерпретуватися, виходячи із стану поточного законодавства, яке саме по собі є об'єктом судового конституційного контролю; те ж саме стосується міжнародних договорів;

2) цілісне тлумачення Конституції (принцип внутрішньої конкордації) – передбачає певний синтез конституційних положень, які випливають із взаємних зв'язків, структури та внутрішньої логіки конституції як кодифікованого правового акту, положення якого є взаємно узгоджені та виражають єдину і цілісну її структуру як правової матерії; якщо конституція є некодифікованою або частково кодифікованою, то мова йде про внутрішню конкордацію принципів, які визначають конституційний *thelos* – обмеження свавілля влади та забезпечення гарантій прав людини;

3) Конституція як «відкритий текст» передбачає неприпустимість поглядів щодо наявності якихось прогалин у ній. Так само, відмова від конституційного контролю за правовими актами, оскільки вони містять прогалини та колізії у законодавстві є нічим іншим, як порушенням прав людини і основоположних свобод. Адже така ситуація не відповідає засадам правової визначеності (ст. 57) як складової принципу верховенства права (частина перша статті 8) та основоположній конституційній нормі про утвердження та забезпечення прав людини як головного обов'язку держави. Недоліки поточного законодавства не можуть служити обґрунтуванням відмови у забезпеченні захисту прав людини, оскільки покликанням правосуддя є здійснення цього основоположного обов'язку;

4) зв'язаність основоположними цінностями і принципами права. У силу домінування юридичного позитивізму в Україні тут слід наголосити на двох моментах:

а) з нормативної точки зору сама Конституція України визначає ієрархію конституційних цінностей: права людини і основоположні свободи (стаття 3) – непорушність і недопустимість надмірного обмеження прав і свобод людини, непорушність суверенітету і територіальної цілісності України (стаття 157) –

принципи, які випливають із положень розділів I, III та XIII Конституції – інші конституційні положення; у формально-юридичному сенсі вони складають критерії перевірки конституційності правових актів;

б) із субстантивної точки зору тут йде мова про балансування між конституційними цінностями, яке містить потенційну безпеку для прав людини і основоположних свобод згідно із поглядами Ренати Віц та Ондраша Шайо [15]. Якраз балансування між конституційними цінностями складає природу діяльності конституційного правосуддя. Основним критерієм правомірності виступають тут засади верховенства права, принцип пропорційності та повага до прав людини. Гідність людини є провідною конституційною цінністю (згідно зі статтею 3 Конституції України це є основоположне юридичне рішення), з якої Суд може визначати межі допустимого втручання публічної влади у сферу приватної автономії згідно із трискладовим тестом (на основі закону, суспільна необхідність, доречність і достатність застосовуваних заходів). Тому ця конкуренція цінностей не може мати настільки згубні наслідки згідно із Віц та Шайо, хоча вони справедливо наголошують при цьому на небезпечності владної сваволі, яка може породити відповідні проблеми при розгляді конституційних скарг. Однак принцип балансування вимагає високого рівня компетентності конституційного судді й вільне володіння технікою обґрунтування судового рішення, виходячи із суті основних напрямів сучасної конституційної доктрини. Водночас це має орієнтувати конституційних суддів на кращі зарубіжні зразки захисту прав людини конституційними судами чи аналогічними установами та прецедентне право Європейського суду з прав людини;

5) тлумачення конституції як «живого інструмента» передбачає обов'язок Конституційного Суду піклуватися про реальне і дійове забезпечення основоположного права, а в самому рішенні має бути визначений чіткий механізм поновлення порушеного права та встановлений справедливий розмір відшкодування заподіяної шкоди. Цей підхід передбачає ретельне дослідження фактичних обставин застосування закону і це змусить змінити пануючий нині підхід, що Конституційний Суд є «судом права», який ніби не досліджує фактичних обставин. Це суперечить навіть формально статті 152 Конституції, яка встановлює, що підставою для визнання правових актів неконституційними є порушення процедури їх ухвалення, що встановити майже нереально без дослідження фактичних обставин справи. Тут річ у тім, що фактичні обставини справи мають інтерпретуватися стосовно їх конституційно-правових аспекти, тобто через конкретизацію конституційних принципів і цінностей у світлі фактичних обставин.

#### **5.1.4. Види тлумачення конституції.**

Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної матерії шляхом динамічного тлумачення конституції. Це жодним чином не відкидає традиційні способи тлумачення правових норм, оскільки їх інтенсивно застосовують відповідно до конкретної історичної обстановки. Такі питання також досліджу-

ються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак уже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження, виходячи із стратегії компенсації. Теорія компенсації повноважень виходить із ідеї неконституційності прогалін у поточному законодавстві та тлумачення конституції органами конституційної юстиції як відкритого тексту [16]. У даному разі мається на увазі конституційний дискурс щодо перспектив впровадження конституційної юрисдикції у Нідерландах, де внесення змін до Конституції є жорстким і сьогодні не визнається ідея конституційного контролю над актами парламенту [17].

Згідно з концепцією належної правової процедури (*due process of law*), застосування права органами правосуддя відповідно до гарантованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності [18, с.69–80]. Конституційні положення, як правило, встановлюють гарантії прав і свобод, які переважно мають процесуальний та інституційний характер.

Виходячи з цього необхідно з'ясувати взаємозв'язок правового стилю КСУ із природою його юриспруденції, тлумачення Конституції та неконституційності прогалін у поточному законодавстві, виходячи з чого Суд використовує все частіше окремі елементи динамічного тлумачення.

Вимога додержуватися своєї усталеної практики КСУ впливає із вимог справедливості, правової визначеності та правомірності очікувань як компонентів верховенства права. Порушення таких засад прийняття судових рішень серйозно посягає на легітимність діяльності конституційних судів. Аналіз діяльності КСУ свідчить, що така тенденція все більше посилюється. Відповідно це впливає на юридичну техніку ухвалення рішень і висновків КСУ.

Отже, застосування КСУ такого елементу обґрунтування рішення, як посилення на власну юриспруденцію, визначає наступність своїх рішень. Дане правило покладено в основі вироблення органом конституційної юстиції правових принципів, яких він дотримується при прийнятті своїх актів у майбутньому. Прикладом може стати сформований самим Судом у своїх рішеннях принцип самообмеження та доктрина «політичної доцільності».

Догматична методика тлумачення має формально–юридичний характер. Застосовуються при ній переважно граматичний, системний способи тлумачення, деякою мірою історичний метод, а також зрідка – телеологічний та функціональний. Сутністю догматичної методики тлумачення є використання «золотого правила» тлумачення, широке застосування правил формальної юридичної логіки, взаємозв'язків між правовими нормами, структурними частинами певного правового акта/правових актів. Застосування історичного способу тлумачення, традиційно пов'язується із з'ясуванням волі органу, що прийняв правовий акт, хоча це не відповідає природі речей (зокрема, явищу «переживання» закону, зміни конкретно–історичної обстановки його застосування). Ця методика тлумачення має значення для роз'яснення змісту юридичної термінології, пошуку логічних зв'язків між правовими нормами. Іншими словами, догматична методика тлумачення стосується статички права.



**а) Динамічне тлумачення конституції.** Таке тлумачення застосовується у ситуації правової невизначеності, коли правове регулювання відстає від соціальної реальності. Це може бути пов'язано із застарілістю законодавства, конфліктом/колізією правових норм, динамічним розвитком суспільних відносин і нездатністю політичних інститутів адекватно вирішувати ці своєрідні правові виклики. Це також може бути пов'язано із обструкцією у парламенті необхідності деяких соціальних реформ, внаслідок чого поточне законодавство не надає адекватної відповіді на питання щодо захисту прав людини й основоположних свобод. Динамічне тлумачення може застосовуватися судовими установами та у доктрині. Таким чином, його сутністю є подолання розриву між положеннями правових актів та практикою його застосування шляхом тлумачення неоднозначних положень законодавства, звертаючись до соціальних цінностей, принципів права, закладених у Конституції України. Досить часто динамічне тлумачення застосовується ЄСПЛ з метою забезпечення гнучкого застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Також динамічне тлумачення фактично застосовується КСУ, як це буде наведено нижче, з метою подальшого розвитку змісту положень Конституції України.

При застосуванні методики динамічного тлумачення граматичний та системний спосіб тлумачення має значення для виявлення існуючих проблем, зокрема прогалин у позитивному законодавстві. Тому при його застосуванні, насамперед, акцентується увага переважно на телеологічному та функціональному способах тлумачення. У такому разі інтенсивно застосовується науковий апарат і доробок конституційної доктрини, принципи конституційного права, які не завжди позитивно закріплені (наприклад, принцип пропорційності, довірливості, правової визначеності, недопущення владної сваволі, субсидіарності тощо). Досить часто при динамічному тлумаченні використовується історичний спосіб тлумачення для того, щоб з'ясувати особливості еволюції певного конституційного інституту, принципу, норми у контексті розвитку соціальних, політичних чи владних інститутів.

З огляду на розуміння конституції як цілісного правового акта, якому притаманна правова єдність, доцільно говорити про відсутність у ній прогалин, оскільки конституція інтегрує позитивістську і природно-правову доктрини. Згідно з цими вимогами, конституційні положення підлягають конкретизації і деталізації у поточному законодавстві, особливо що стосується організації та діяльності органів публічної влади. Водночас її текст є «відкритим» через інститут прав людини й основоположних свобод, які лише визнаються через позитивне закріплення у Конституції та їх каталог не обмежується лише її приписами. З цих же міркувань у Конституції не можуть мати місце прогалини чи колізії, що визнається переважно кількістю європейських конституційних судів за результатами дискусії на XIV-у Конгресі Конференції європейських конституційних судів, що відбувся 3 – 6 червня 2008 року у Вільнюсі, Литва [10].

КСУ у процесі своєї діяльності неодноразово застосовував спосіб динамічного тлумачення з урахуванням соціально-політичних умов, що передбачає пев-

ний вплив об'єктивних умов зовнішнього правового середовища на прийняття акта тлумачення. Слід зазначити, що до динамічного тлумачення з урахуванням веління часу КСУ спонукає принцип справедливості та правомірність очікувань, оскільки верховенство права передбачає, що закон має бути справедливим та передбачати дійові гарантії прав людини й основоположних свобод.

У процесі ж тлумачення норм права, які стосуються прав і основоположних свобод, КСУ має керуватися своєю юриспруденцією та правомірністю очікувань, не порушуючи при цьому принципу пропорційності. Це досягається шляхом поєднання тлумачення КСУ статей 22 і 64 Конституції України, кумулятивний ефект чого має подібні риси із застосуванням принципів пропорційності та збереження сутності змісту основного права, які визнано універсальними тлумачення конституційних текстів у практиці конституційних судів більшості європейських країн.

**б) Конституційно-конформне тлумачення законів.** Офіційне тлумачення норм КСУ не повинно приводити до своєрідної «інфляції» конституційно-правової матерії, вносити додаткові колізії у правову систему. Інакше колізії між правовими нормами порушуватимуть єдність і наступність правової системи, що несе загрозу верховенству й стабільності конституції, засадам функціонування правової державності. Адже будь-який акт КСУ має тлумачитися з метою забезпечення його внутрішньої узгодженості, оскільки системний спосіб тлумачення імпліцитно передбачає відсутність суперечностей всередині акту, який підлягає тлумаченню. З огляду на це, КСУ опиняється перед дилемою: чи визнавати неконституційним правовий акт або його норму у випадку, якщо він вносить додаткові колізії у зміст норм чинної Конституції України або загрожує єдиному розумінню її положень, чи тлумачити таку колізію/прогалину у конституційному контексті? І чи буде визнання цього правового акта виправданим з точки зору правової визначеності (передбачуваності наслідків чинності правових норм) та правомірності очікувань (стабільності законодавства)?

За таких умов доречно вести мову про засади конституційно конформного тлумачення законів, оскільки порушені питання досить складно вирішити у рамках традиційного чи динамічного тлумачення. Конституційно конформне тлумачення законів (*verfassungskonforme Interpretation/Auslegung, consistent interpretation, la sentence interpretative, reserves d'interpretation*) полягає в обранні компромісного варіанта інтерпретації конституційних норм, за яким навіть у разі виявлення неконституційності положень правового акта, що є предметом конституційного контролю, він визнається чинним у частині, в якій він відповідає конституційним принципам і нормам [19, с. 59, 62-23; 759]. Така практика є широко розповсюдженою у країнах Європи та Північної Америки. Це трапляється у випадках, коли інтерпретоване положення правового акта викликає неоднозначне тлумачення і, виходячи із конкретної юридичної ситуації, йому надається тлумачення виключно у контексті конституційних принципів і норм. Надалі орган конституційної юстиції не бере до уваги положення правового акта, які є сумнівними з точки зору конституційності.

Конституційний суд Чеської республіки у своєму рішенні Pl. US 48/95 від 26.03.1996 року визнав правомірним «принцип пріоритету конституційного конформного тлумачення перед визнанням нечинним закону». На основі цього Суд зазначив, що «у ситуації, коли конкретне положення правового акта (*pravního predpisu*) уможливорює два різних тлумачення, причому одне з них відповідає конституційному закону та міжнародним договорам відповідно до статті 10 Конституції Чеської республіки, а інше – суперечить, не надається висновок про нечинність цього положення. При його вирішенні завданням суду є тлумачення цього положення у конституційно конформний спосіб» [800].

Конституційно конформне тлумачення законів є дискусійним з точки зору легітимності судового активізму [16; 20, с.57-59; 21], оскільки виражає правотворчу функцію конституційної юстиції у випадках правової невизначеності. Згідно із засадами конституційності у діяльності органів конституційної юстиції конформне тлумачення має базуватися на засадах поділу влади і не може містити потенційне втручання у сферу законодавця.

Конформність (від лат. *conformis* – подібний, схожий) – термін, яким характеризують пристосування до існуючого порядку речей, прийняття існуючих тенденцій, пануючих поглядів і доктрин. Термін «конформність» рідко вживаний в українському конституційному праві, оскільки він на сьогодні не є адаптований у тлумачних словниках, які, наприклад, інтерпретують його на зразок «дотримання конформізму» чи «пристосуванство», «угодовство» [22, с.452]. Лише словник іншомовних слів трактує його як «подібність», «відповідність» [23, с.556]. Отже, адаптація до конституційного розуміння конформного тлумачення правових актів полягає у його інтерпретації лише у відповідності до конституційного змісту правової норми.

Для виявлення змісту правової норми при конформному тлумаченні застосовуються такі елементи, як виявлення значення слів та їх граматичне конструювання, аналіз змістовних зв'язків норм закону із одночасним співставленням до мети регулювання в історичному контексті та об'єктивно цільових елементів. Разом з тим важливими при інтерпретації є критерії забезпечення єдності конституції, відповідність практиці та функціонально-правової адекватності, яке охоплюється системним тлумаченням [24, с.315-316,317]. Таким чином, КСУ у процесі інтерпретації має виважено підходити до оцінки конституційності тієї чи іншої норми, а прийнятий внаслідок цього акт конституційної юриспруденції має бути результатом виваженого тлумачення та послідовного аналізу.

Відповідно до засад конституційно-конформного тлумачення, закон не можна визнавати нечинним (неконституційним), якщо його можна тлумачити як такий, що відповідає конституції. Конформне тлумачення є доволі поширеним у німецькій конституційній юриспруденції [25]. Конституційний суд, вирішуючи конституційний конфлікт, має будувати свою інтерпретаційну діяльність, у тому числі на основі конформного тлумачення оспорюваних норм, базуючись на таких засадах тлумачення конституційних норм, як: єдність (цілісність) конституції; принцип практичного узгодження (конкордації) та правової визначеності.

Таким чином, КСУ у інтерпретаційній діяльності, насамперед, покликаний забезпечити єдність розуміння правових норм, її метою є однозначне і правильне розуміння та застосування положень Конституції і законів України на всій території держави, на підставі чого і виносить висновок цього органу. Відповідно до конституційно-конформного тлумачення законів, вирішується не лише питання про конституційність змісту закону, але й аналіз змісту конституції, з якою закон повинен бути узгоджений. Тобто в цьому разі інтерпретуються у діалектичному взаємозв'язку як сама конституція, так і конституційні аспекти закону, що забезпечує їх тісний взаємозв'язок, а також єдність правопорядку [26, с. 54–57]. Наслідком застосування цього методу є: якщо можлива інтерпретація закону відповідно до конституції, то він підлягає визнанню чинним у цій частині; він слугує основним засобом конкретизації конституції, хоча залишаються у даному разі нез'ясованими проблеми розмежування функцій конституційної та загальносудової юрисдикцій.

З урахуванням іноземного та вітчизняного досвіду конституційної юрисдикції можна виділити такі форми конституційно конформного тлумачення законів: а) тлумачення конституції у взаємозв'язку із міжнародними договорами; б) тлумачення конституції у контексті установчих актів ЄС та правових актів органів ЄС; в) тлумачення конституції у контексті Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод та прецедентного права Європейського суду з прав людини; г) тлумачення конституції у взаємозв'язку із положеннями нормативно-правових актів, які є предметом конституційного контролю і викликають неоднозначне застосування чи практичну необхідність в офіційній інтерпретації.

Сьогодні існує необхідність розвитку конституційних положень у поточному законодавстві, оскільки це веде до стану законодавчого упущення (недогляду) та можливості виконавчої влади зловживати своїми повноваженнями в умовах правової невизначеності. У цьому разі зусилля конституційної юрисдикції з інтерпретації Конституції далеко не завжди дають можливість забезпечити реальний захист основних прав і свобод. У цьому сенсі конституційні положення накладають позитивні обов'язки на законодавця з приводу належного правового регулювання. Постає питання самоконтролю законодавця, що, на думку Германа Госепата, може бути досягнуто через конституційний суд, який здійснював би контроль щодо поточного законодавства на предмет ефективного забезпечення основних прав.

Таким чином, Конституція доповнюється та розвивається поточним законодавством і конституційною юриспруденцією. Зокрема, положення Конституції України як нормативного акта конкретизуються і деталізуються у правових актах КСУ. Верховна Рада при прийнятті законів пов'язана правовою позицією КСУ щодо конституційних положень, на розвиток яких приймається відповідний закон. Це впливає із загальнообов'язкового і остаточного характеру рішень і висновків КСУ. Зокрема, внаслідок прийняття КСУ рішення у справі про свободу утворення професійних спілок Верховна Рада України внесла відповідні зміни до спеціального закону про професійні спілки, в якому було відтворе-

но відповідну правову позицію Суду. Більше того, юриспруденція КСУ виступає самостійним фундаментом суспільних відносин, що зумовлюють корективи, які вносить законодавець у відповідний акт із врахуванням рішень та висновків органу конституційної юрисдикції.

Вирішення конституційних спорів КСУ слід розглядати засобом забезпечення динамічного розвитку розуміння норм права відповідно до існуючих соціально-політичних умов та надбань конституційної традиції. Слід погодитися з думкою, що для цього КСУ може використовувати різні методи: а) виправити прогалини у поточному законодавстві шляхом тлумачення стану правового регулювання з наступним подоланням прогалин у поточному законодавстві; б) визнати неконституційним виявлені прогалини у поточному законодавстві і зобов'язати суб'єкт правотворчості усунути таке упущення; в) хоча і не визнавати законодавчі прогалини неконституційними, однак, критично їх оцінивши, рекомендувати суб'єкту правотворчості виправити їх і надати для судів зобов'язуюче тлумачення, вказавши про преюдицію свого рішення [10]. Така діяльність органів конституційної юрисдикції щодо тлумачення конституції є іманентною і дає змогу долати прогалини у поточному законодавстві, забезпечуючи верховенство конституції та єдність національної правової системи.

**в) Міжнародно-конформне тлумачення конституції.** У деяких країнах законодавство про конституційні суди зобов'язує їх при вирішенні питань конституційності перевіряти їх також на відповідність міжнародно-правовим актам. Про це зазначається, наприклад, у частині першій статті 125 Словацької республіки і §38 Закону 38/1993 Z.z. про Конституційний суд Словацької республіки, процедурою перед ним, статус його суддів, а також пунктами а) - б) частини першої статті 87 Конституції Чеської республіки.

Це є підставою для застосування специфічного виду тлумачення національних конституцій, яке отримало у конституційній доктрині назву міжнародно-конформного тлумачення [19, с.78–79; 24, с.316–317; 27, с.624–626]. Відповідно до його засад, у разі невідповідності положень поточного законодавства положенням міжнародного акту, застосовуються положення останнього у контексті конституційних принципів і норм в силу верховенства конституції щодо міжнародно-правових актів. Водночас зважаючи на відкритий характер положень конституції у галузі прав людини (конституційний «каталог» прав і свобод людини є невичерпним), існує дилема співвідношення конституції і міжнародно-правових актів.

КСУ здійснює контроль за додержанням конституційності положень законів, якими надається згода на обов'язковість міжнародного договору України. Також КСУ як орган публічної влади України покликаний добросовісно виконувати міжнародні договори. Здійснюючи свої конституційно та законодавчо закріплені повноваження, органи конституційної юрисдикції надають обґрунтовані свої рішення, посилаючись на міжнародні акти та спираючись на прийнятне для певної справи тлумачення норм міжнародного права. Варто наголосити на тому, що, посилаючись на норму міжнародного права, органи

конституційної юрисдикції тлумачать свої конституції з урахуванням положень міжнародно-правових актів та їх тлумачення міжнародними судами, пристосовуючи цю правову спадщину і досвід до певної конкретної ситуації, до певного юридичного факту, який є предметом розгляду.

Таким чином, міжнародно-конформне тлумачення конституції конституційними судами є складовою механізму добросовісного виконання державою міжнародних договорів, тобто елементом імплементації (трансформації) загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права у національну конституційну систему. На відміну від звичайного посилання на міжнародний акт міжнародно-конформне тлумачення прикметне тим, що органи конституційної юрисдикції забезпечують конституційний механізм трансформації міжнародного права, що зумовлено формою державності, специфікою судової системи, особливостями правозастосування, що ідентифікує конституційну систему конкретної країни.

**Висновки.** Згадані засади тлумачення конституції є придатними за будь-яких судових стратегій, починаючи від судового нейтралітету до судового активізму. В останньому випадку із впевненістю можна говорити, що виправданням такого активізму є саме ефективне поновлення порушених конституційних права і свобод та забезпечення справедливого відшкодування заподіяної шкоди неконституційними актами органів публічної влади. За таких умов балансування між конституційними цінностями спиратиметься на фундаментальне конституційне рішення – захист людської гідності та забезпечення вільного розвитку індивіда. Саме у такій площині мислима діяльність Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг. Як піде формулювання критеріїв допустимості конституційних скарг – питання практики, яка має спиратися на кращі світові взірці правового захисту.

### Список використаних джерел

1. Кант І. *Обґрунтування метафізики моралі*. Київ: Основи, 2006.
2. Alexy Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. № 3. P. 572–590.
3. Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 1(44). С. 26–36.
4. Balancing conflicting rights: Towards an analytical framework. URL: <http://www.ohrc.on.ca/ta/book/export/html/2476>
5. Petersen Niels. Proportionality and Judicial Activism. *Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge University Press, 2017. 258 p.
6. Пферсманн О. Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 1(58). С. 121–127.
7. Kiestra L.R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer Publishing, 2014. 329 p.

8. Козюбра М.І. (ред.) *Загальна теорія права*. Київ: Ваіте, 2015. 392 с.
9. Шевчук С. *Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Вид. 3-тє., Київ: Реферат, 2010. 848 с.
10. Бирмонтене Т., Ярацюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2 (40) – 3 (41). 2008. С. 70 – 245.
11. Аллан Т.Р.С. *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права*. Київ: Вид. дім «Києво-Могилянська Академія», 2008. 385с.
12. *Case Shaughnessy v. U.S.*, 345 U.S. 206 (1953).
13. Бігун В. С. *Філософія правосуддя*. Київ, 2011. 330 с.
14. Дворкін Р. Серйозний погляд на право. Київ: Основи, 2000. 520 с.
15. Уитц Р., Шайо А. Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 2 (59). С. 79 – 124.
16. Кляйн Ханс Х. Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству. *Государство и право*. 1999. № 8.
17. Adams Maurice, van der Schyff Gerhard. Constitutional Review be the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy? *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. Vol. 66 (2006). S. 399 – 414.
18. Шевчук С. *Основи конституційної юриспруденції*. Київ : Український центр правничих студій, 2001. 302 с.
19. *Deutsches Staatsrecht*. Ein Studienbuch von Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. Munchen : Verlag C.H. Beck Muenchen, 2005. – 561 s.
20. Вей С. Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді/ *Вісник Конституційного Суду України*. 2002. № 2. С. 57—59.
21. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006. 640 с.
22. Бусел В.Т. (ред.) Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ - Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. 1440 с.
23. Пустовіт В.О. (ред.) Словник іншомовних слів: 23 000 слів та термінологічних словосполучень. Київ: Довіра, 2000. 1018 с.
24. *Государственное право Германии*. Сокращ. перевод с нем. в 2-х т. Т. 2. Москва : ИГП РАН, 1994. 320 с.
25. Геберле П. Загальні проблеми конституційного права та юрисдикції конституційного суду на матеріалі «німецької моделі» і з погляду на Україну. *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. №6. С.59-72.
26. Тодыка Ю.Н. *Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика*. Харьков: Факт, 2001. 328 с.
27. Klima K. *Encyklopedia ustavnihho prava*. Praha : ASPI, a.s., 2007. 776 s.

## 5.2. Забезпечення єдності судової практики у контексті верховенства конституції

**Вступ.** Єдність судової практики впливає із фундаментальних постулатів верховенства права – незалежності і безсторонності судів, справедливості і рівності, що зумовлює однакове застосування судами положень закону при однакових фактичних обставинах. Зазначена проблема у рамках вітчизняної правової системи також пов'язана із тим, чи слід визнавати акти судової влади джерелом права, що в силу тяжіння до стереотипів радянської правової «спадщини» у більшості суддів та і науковців, отримує певну фрустрацію і заперечення.

Вимога до судді щодо суворого слідування закону при розгляді справ, на перший погляд, є критично важливою і необхідною для ухвалення обґрунтованих і правосудних рішень. Така вимога базується на максимі, згідно з якою суддя при застосуванні закону має визначити волю законодавця, на основі чого він ухвалює своє рішення. Однак у силу абстрактності положень законів така мета є занадто далекосяжною і, по суті, нездійсненною. З точки зору юридичної герменевтики законодавцю вельми складно визначити шляхом формулювання законодавчого тексту достеменно визначену юридичну конструкцію, придатну до застосування до мінливих фактичних обставин, які розкривають нові аспекти, грані чинності правової норми. Саме розуміння правової норми зумовлює лише певний орієнтир для судді, на який він має спиратися при ухваленні рішення у конкретній справі. Насправді, це втілюється у змісті загальних принципів права, більшість з яких набуває ціннісного виміру – тобто збалансування, зважування інтересів сторін у справі і забезпечення правопорядку. За таких умов саме на судді лежить обов'язок належним чином застосовувати положення закону відповідно до фактичних обставин справи. «Належне застосування закону» вимагає від судді додержання справедливого, зваженого і рівного масштабу при інтерпретації одних і тих же положень закону при однакових обставинах з метою забезпечення правової визначеності. Це створює гарантії визначеності і справедливості процесу у суддівській діяльності, що дозволяє уніфікувати судову практику, про що проф. Станіслав Шевчук пише так [1, с. 311]:

*«Завдяки уніфікації судової практики досягається зменшення навантаження на суди, оскільки суб'єкти права та адвокати знають, як вирішуються подібні справи, орієнтиром розгляду яких служать рішення верховних (касаційних) судів. Якщо практика єдина та зрозуміла з певного правового питання, тоді нема жодного сенсу переважувати судову систему позовними заявами. Суди нижчого рівня також здебільшого приймають свої рішення, беручи за основу рішення судів касаційної інстанції, що знижує вірогідність їх оскарження».*

У цьому контексті виникає питання щодо визначення якісних критеріїв здійснення правосуддя, виходячи із основоположних принципів права, каталог яких є невичерпним, оскільки вони повною мірою не встановлені у Конституції і



законах України. Відповідно до ціннісного і нормативного наповнення правової системи, у контексті порушеної мною проблематики, каталог основоположних принципів права визначається, насамперед, Конституцією України, яка трактується як «відкритий» текст, оскільки в ній закладені фундаментальні засади, зокрема, повага до гідності людини (стаття 3), верховенство права (стаття 8), правова визначеність (стаття 57), універсальний характер правосуддя через формулу «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі» (стаття 124) тощо. Це відкриті формули для здійснення правосуддя, які є, власне кажучи, стрижневими орієнтирами для ухвалення обґрунтованих судових рішень за єдиними юридичними критеріями. Водночас у цьому каталогі відсутній принцип пропорційності, який на сьогодні імплементований у практику вітчизняних судів. Можна привести інший приклад, коли у період дії в Польщі так званої Малої Конституції (1993 – 1997 роки) у конституційному порядку цієї країни був відсутнім каталог прав і свобод людини, однак польські суди забезпечували їх належний захист, застосовуючи конституційні принципи верховенства права і вимог належної правової процедури, які виступали універсальними і фундаментальними правовими орієнтирами для ухвалення обґрунтованих судових рішень.

В Україні відсутнє цілісне бачення єдності судової практики, що, зокрема, пов'язано із переважно легалістським та інструментальним тлумаченням конституції. Відповідно до такого праворозуміння конституція зводиться до системи правових приписів, які мають політико-правовий характер і їхнє застосування суворо обумовлено ступенем їх законодавчої конкретизації. Конституційні положення виступають інструментом державної політики, за допомогою якого публічна влада реалізує свої функції.

При такій панівній доктрині застосування, а власне кажучи, – незастосування конституції, втрачаються фундаментальні засади ухвалення судових рішень. Процес ухвалення судових рішень стає хаотичним, позбавленим чітких критеріїв правової визначеності, що призводить до кризи довіри у суспільстві до судів, а, отже, до кризи правової системи у цілому. Отже, ми отримуємо своєрідний розрив у правовій системі, коли фундаментальні положення конституції не набувають свого належного застосування у практиці судів загальної юрисдикції.

Метою нашого дослідження є розкриття функціонального зв'язку конституційної і загальносудової юрисдикції у світлі верховенства права і вимог належної процедури. Згідно із вимогами верховенства конституції як нормативної складової верховенства права, буде з'ясовано зміст принципу прямої дії конституційних положень та встановлення єдиних масштабів і стандартів правових процедур у приватноправових відносинах у світлі доктрини «горизонтального ефекту» конституції. З точки зору вимог належної правової процедури цей процес буде проаналізовано через сталу практику Конституційного Суду України, яка має доповнюватися адекватним додержанням судами загальної юрисдикції конституційних положень, зокрема, через процедуру інцидентного конституційного контролю.

### **5.2.1. Верховенство конституції як основа функціонального зв'язку із конституційною і загальносудовою юрисдикцією.**

У формально-юридичному значенні конституцію розуміють як основоположний закон, який має установчий характер і володіє верховенством. Наприклад, як нормативно-правовий акт Конституція України володіє такими властивостями: а) установчий характер; б) основоположний закон; в) найвища юридична сила; г) горизонтальний ефект – конституція рівною мірою є основою для норм публічного і приватного права; ґ) верховенство Конституції щодо міжнародних договорів, які вносяться у парламент для проходження процедури ратифікації; д) пряма дія конституційних норм; е) особлива процедура прийняття – внесення змін до Конституції України здійснюється у відмінному від законодавчої процедури порядку.

Нормативність конституції досягається не лише виключно через її характеристики як нормативно-правового акту. Нормативність конституції проявляється через її дію у соціальному і міжнародному середовищі. Таким чином, нормативність конституції зумовлена певними моделями установчої влади, реалізації її через законодавство, соціальну політику уряду, інтерпретацію та правовий захист [2]. Ці компоненти нормативності конституції зумовлені також структурою конституційного порядку, зокрема, співвідношенням парламентаризму та судового конституційного контролю, ліберальними та соціальними правами тощо.

За формальним критерієм принцип верховенства права визначає верховенство конституції у національній правовій системі, положення якої володіють найвищою юридичною силою і є вищим імперативом, накладаючи відповідні обов'язки на органи законодавчої, виконавчої і судової влади. Будучи актом установчої влади народу, конституція щодо так званих «установлених влад» визначає розподіл повноважень між ними на засадах правової визначеності, збалансованості і співвідпорядкування.

Діяльність органів публічної влади на засадах правової визначеності впливає із положень частини другої статті 19 Конституції, яка встановлює принцип законності, відповідно до якого органи публічної влади мають діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України.

Конституція України засновує ієрархію правових актів, що впливає на семіотику і герменевтику її інтерпретації як цілісного кодифікованого правового акту. Відповідно до цієї ієрархії Конституція має трактуватися як відкритий текст у конкретно історичному контексті. Це також підтверджується системним аналізом наступних положень Конституції України, які є взаємопов'язані та їх необхідно тлумачити гармонійно як цілісну систему: 1) Конституція має найвищу юридичну силу, тому закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі і повинні відповідати їй (частина друга статті 8); 2) права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними; конституційні права і свободи людини, не є вичерпними (речення друге статті 21 і частина перша статті 22); 3) при прийнятті

нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження обсягу і змісту існуючих прав і свобод у поєднанні з правом кожного на вільний розвиток своєї особистості (частина третя статті 22 і стаття 23); 4) КСУ може визнавати закони та інші правові акти неконституційними повністю (їх частину), якщо вони не відповідають Конституції або якщо була порушена конституційна процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності (стаття 152).

Згідно із синтетичним трактуванням конституції, вона володіє нормативністю, відповідно до якої її норми мають імперативний характер і накладають обов'язки на органи публічної влади. Нормативність Конституції України визначено такими її положеннями: 1) її норми є нормами прямої дії; на підставі її положень гарантується звернення до суду за захистом конституційних прав і свобод (частина третя статті 8); 2) кожному гарантується право на судовий захист, який полягає в гарантіях права на оскарження правових актів (рішень, дій і бездіяльності) органів публічної влади; кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і законні інтереси від порушень і протиправних посягань (частини перша, друга, п'ята статті 55); 3) як єдиний орган конституційної юрисдикції КСУ вирішує питання конституційності правових актів і дає тлумачення Конституції і законів України (стаття 147); 4) конституційна скарга коригує зміст законодавства і практику його застосування, оскільки КСУ є адресатом обов'язку щодо перевірки конституційності «застосування... законів України» (стаття 151<sup>1</sup>).

Цілісне тлумачення цих конституційних положень заперечує концепцію конституції як політико-правового документа, який нібито є переважно декларативним правовим актом, чинність якого залежить від прийнятих законів і підзаконних актів.

Такі властивості конституції визначають особливий характер і специфічне її положення серед джерел права, зокрема у системі нормативно-правових актів. Термін «відповідність нормативно-правового акта конституції» означає, що такий акт повинен прийматися на основі та у порядку, визначеному Конституцією, прийнятий на реалізацію та конкретизацію її положень, узгоджуватися з її змістом та конституційними цінностями. Тим самим забезпечується єдність правотворчої політики у державі. Тому інтерпретація норм конституції дозволяє органам конституційної юстиції узгодити зміст нормативних актів відповідно до конституції шляхом вирішення питання про нечинність окремих положень такого правового акту. У силу тих положень суди загальної юрисдикції зобов'язані у своїй практиці застосовувати ті положення Конституції, які сформульовані чітко, визначають конкретні правила, не потребують конкретизації на рівні закону.

### **5.2.2. Принцип прямої дії конституції у діяльності судів загальної юрисдикції.**

Пряма дія конституції має ключове, вирішальне значення для фізичних і юридичних осіб. Реалізація конституції для фізичних осіб і юридичних осіб приватного права починається з моменту набрання нею чинності, оскільки консти-

тущинні права людини й основоположні свободи накладають на публічну владу в силу статті 3 Конституції позитивні і негативні обов'язки. Кожна приватна особа вправі вимагати від компетентного органу влади, насамперед від судового органу, належного захисту своїх прав і основоположних свобод, керуючись Конституцією України. У разі відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції України як безпосередньо чинне право. У разі ігнорування таких стандартів-вимог приватні особи вправі у судовому порядку домагатися відшкодування завданих збитків внаслідок такого недбалства. Судові установи не мають права відмовити у захисті основного права, посилаючись на недоліки поточного законодавства в якості обґрунтування неможливості застосування відповідних приписів Конституції України. Про це констатували у своїх правових актах як Конституційний Суд (Рішення КСУ № 5-зп/1997 від 30.10.1997 р.; № 6-зп/1997 від 25.11.1997 р. та № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р.), так і Верховний Суд України (Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про особливості застосування положень Конституції України при здійсненні судочинства» від 1 листопада 1996 року № 9).

Пряма дія конституційних норм визначає основні параметри їх застосування у діяльності органів державної влади, яка, зокрема, забезпечується примусовою силою права. На думку німецького конституціоналіста Р. Циппелюса: «Особливість гарантованого державою права полягає в особливій техніці його втілення в життя, а саме – у тому, що воно (право) в разі крайньої потреби буде реалізоване за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, а коли це необхідно – то через сам примус (якщо ті, чію поведінку регулює та чи інша норма, не виконують вимогу останньої добровільно)» [3, с. 18]. Таким чином, справедливо порушується питання, що не завжди у діяльності органів влади забезпечується додержання положень Конституції і законів України, зокрема у сфері прав людини і основоположних свобод.

Доктрина розглядає права людини і основоположні свободи, визнані в Конституції України, як безпосередньо діюче найвище право [4, с. 423-425], тому права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрями діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. ФКС Німеччини з цього приводу сформував правову позицію, відповідно до якої основні права є об'єктивними нормами, що встановлюють ціннісний правопорядок, що являє собою фундаментальний конституційний порядок в усіх галузях права [5, с. 203], в чому і проявляється горизонтальний ефект конституційних прав на поточне законодавство.

Такий горизонтальний ефект Конституції пов'язаний з тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках – у ході здійснення конституційної юрисдикції [6, с. 12].

Таким чином, публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України у законодавстві, виходячи із загальних цілей та завдань Основного Закону. Відсутність законодавчого регу-

лювання загрожує правовій безпеці суспільства чи окремого індивіда, вносить елементи свавілля у діяльність органів публічної влади і є неконституційним явищем [7].

Однак суди загальної юрисдикції неоднозначно розуміють пряму дію Конституції України, свідченням чого є своєрідна позиція колегії суддів у постанові Вищого господарського суду України від 16 серпня 2001 р. №6/98-24/433, в якій зазначається, що «посилання заявника на те, що позивачем та судом були порушені норми Конституції, є безпідставними, оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії тільки в тих правовідносинах, які вона безпосередньо регулює. Господарські, бюджетні, податкові правовідносини, тобто правовідносини між відповідачем, податковими органами та договірними контрагентами, регулюються спеціальними законами: «Про підприємництво», ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про металобрухт», «Про державну податкову службу в Україні», ЦК України, податковим законодавством тощо». За такою логікою, положення Конституції живуть своїм життям, а положення законів – своїм власним, як у Венери і Марса, не пересікаються орбіти. Зазначена позиція свідчить, що суд маніпулятивно і несистемно застосовував положення поточного законодавства, що є свідченням сваволі, порушенням засад правової визначеності і обґрунтованих очікувань.

Таким чином, застосування судами положень Конституції України як норм прямої дії, означає чинність Конституції як безпосередньо діючого права. Пряма дія Конституції як безпосередньо діюче право передбачає принаймні такі елементи:

1) у взаємозв'язку зі статтею 3 Конституції кожна особа може вимагати від держави належного захисту її основоположного права як безпосередньо діючого; держава несе позитивний обов'язок захистити таке домагання особи, зокрема, рівний доступ до незалежного і безстороннього правосуддя;

2) безумовне застосування положень Конституції, які сформульовані чітко і очевидно, не потребують додатково якоїсь деталізації і конкретизації на рівні закону чи підзаконного нормативного акту;

3) коли положення закону або підзаконного нормативного акту суперечать нормі Конституції, яка викладена чітко, послідовно, очевидно і придатна до застосування без конкретизуючого закону, застосовуються положення Конституції;

4) у разі, коли положення закону або підзаконного нормативного акту, які підлягають застосуванню судом та істотно впливають на зміст судового рішення, суперечать припису Конституції, суд, що вирішує справу по суті, має зупинити провадження у справі і клопотати перед Верховним Судом України про внесення відповідного конституційного подання до Конституційного Суду України (процедура інцидентного конституційного контролю, див. п. 6);

5) у силу принципу дружнього ставлення до міжнародного права та засад міжнародно-конформного тлумачення правових норм обов'язок застосування судами загальної юрисдикції положень Конвенції про захист прав людини і ос-

новоположних свобод і прецедентного права Європейського суду з прав людини, оскільки вони закладають мінімальний стандарт захисту прав людини і основоположних свобод у світлі конституційних цінностей і норм;

б) клопотання перед КСУ щодо надання офіційного тлумачення положень Конституції у світлі конституційних цінностей і принципів щодо з'ясування сутності змісту прав людини і основоположних свобод та допустимих меж втручання держави у їх здійснення;

7) клопотання перед КСУ щодо положень міжнародних договорів і законів, які є неоднозначними, з метою вироблення єдиних підходів у їх застосуванні;

8) інститут конституційної скарги як механізм безпосереднього доступу приватних осіб до КСУ з метою захисту конституційних прав і свобод у ході «застосування... законів України».

### **5.2.3. Доктрина горизонтального ефекту конституції та суди загальної юрисдикції.**

У приватноправовій сфері конституція визначає баланс публічних та приватних інтересів і має горизонтальний ефект. Конституція виконує функцію забезпечення належних гарантій гідності та особистої свободи індивіда. Основою цього виступає свобода договору, що передбачає свободу волевиявлення та добросовісності вступу особи у правовідносини. Приватна особа повинна обачливо та розсудливо визначати моделі своєї поведінки, щоб мінімізувати негативні наслідки своєї діяльності. У приватноправові відносини сторони вступають на засадах рівності, що не допускає надання переваг чи привілеїв іншій стороні інакше, як би це було виправдано міркуваннями забезпечення вирівнювання положення слабшої сторони чи загального інтересу. Тому від індивіда очікується соціальна активність і відповідальність.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цим конституційним нормам. У конституції закладено основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права [8, с. 28]. Згідно з рішенням ФКС ФРН у справі *Lueth* положення конституції просякнуті загальнолюдейськими цінностями, у відповідності до чого конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і слугує пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися відповідно до її духу» [6, с. 363].

Проблема горизонтального ефекту конституції майже не розглядається у вітчизняній літературі. Фрагментарно вона розкривається через визначення обсягу і змісту особистих прав людини й основоположних свобод та пов'язаних з особи-

стим життям індивіда соціальних прав. Однак таке дослідження має значну перспективу, зважаючи на проблему втілення положень Конституції України у сферу прав людини й основоположних свобод. Також поняття «горизонтальний ефект» конституції можна досліджувати з приводу природи соціальних прав, які визначені у Конституції України, та їх проблемного трактування як норм прямої дії [5, с. 92-93]. Разом з тим «горизонтальний ефект» конституції встановлює певні вимоги до законодавства та накладає відповідні обов'язки на виконавчу та судову влади.

Особисті права і свободи визначають особистий статус індивіда та межі його приватної автономії. Особисті права виражають конституційний захист від свавільного втручання у приватне життя індивіда з боку держави, що забезпечується примусово судовим рішенням. Право на оскарження в суд дій органів влади, які є втручанням у приватну автономію індивіда, є важливим аспектом конституційного статусу особи.

Оскільки основоположні цивільні (громадянські) права, в тому числі й особисті права, мають природний і невідчужуваний характер, то у процедурному плані вони наповнюються змістом через право особи домагатися від компетентних органів держави ефективного правового захисту у випадку неправомірного втручання в їх здійснення чи незаконного посягання з боку третіх осіб.

Розширення сфери судового захисту цивільних прав інтерпретується КСУ у контексті положень статей 8, 55 і 124 Конституції України, які встановлюють гарантії правового захисту, його систему та поширюють юрисдикцію судів на всі правовідносини, що виникають у державі. Така функція КСУ є зрозумілою також, зважаючи на те, що Цивільний кодекс конкретизує зміст особистих прав і свобод у Книзі другій «Особисті немайнові права фізичної особи», хоча така конкретизація є вельми проблематичною з точки зору систематики конституційних прав і їхнього поділу на абсолютні та відносні.

Зокрема, у справі К.Г. Устименка (*Рішення КСУ № 9-зп/1997* від 25.12.1997 р.) КСУ визначив окремі аспекти змісту гарантій права особи на інформацію, недоторканності інформації приватного характеру особи, розкрито зміст конфіденційної інформації, яка може збиратися, зберігатися, використовуватися та поширюватися тільки в рамках належної правової процедури згідно з принципом співмірності (тобто у випадках, визначених законом, в інтересах національної безпеки, економічного добробуту, прав і свобод людини).

Таким чином, горизонтальний ефект конституційного права у приватному праві визначає критерії законодавчого втручання у приватноправові відносини, виходячи із критерію верховенства прав і свобод фізичних та юридичних осіб та забезпечення принципу рівності і недопущення дискримінації у будь-яких формах її прояву. Горизонтальний ефект тісно пов'язаний із змістом принципу прямої дії Конституції, однак не вичерпує його змісту. Горизонтальний ефект визначає свободу розсуду законодавця та режим конституційності при регулюванні особистих немайнових прав особи.

Особливий вплив доктрина «горизонтального ефекту» має на вимоги належної правової процедури щодо розгляду цивільних чи господарських прав,

визначаючи вимоги незалежності і безсторонності судів до учасників процесу, довіри до них та розслідування (повного, всебічного і об'єктивного розгляду справи), забезпечення засад рівності і еквівалентності між сторонами та сприяння у вирівнюванні прав сторін (захист слабшого). Прикладом такої спроби, але доволі невдалої, є справа, яка розглядалася КСУ і стосувалася дискримінації фізичних осіб щодо відсутності встановлення граничної межі розміру пені за споживчі кредити на відміну від юридичних осіб. Зазначивши у самому рішенні про несправедливість і дискримінаційність такого підходу у законодавчому регулюванні та зробивши застереження про необхідність захисту слабшого, замість того, щоб зобов'язати суди загальної юрисдикції приймати справи до розгляду щодо неприпустимості стягнення розміру пені за кредитними договорами з фізичних осіб, КСУ обмежився загальним зауваженням щодо обов'язку Верховної Ради внести зміни у цій частині до законодавства (*Рішення КСУ № 7-пн/2013* від 11.07.2013 р.). Тим самим сутність правового захисту була вихлощена, оскільки суду недостатньо констатувати факт порушення Верховною Радою, яка бездіє, а він має накладати обов'язки на суди загальної юрисдикції приймати позовні заяви до розгляду.

Саме так це зробив у 1934 році Вищий імперський суд Німеччини, який визнав юрисдикцію судів скасовувати очевидно несправедливі та кабальні умови типових договорів про купівлю-продаж товарів масового споживання. Вищий імперський суд вирішив перейти до контролю за типовими умовами договорів, оскільки підприємство, посідаючи монопольне становище у силу такого роду положень договорів і нав'язує умови договорів навіть тоді, коли «промислове підприємство, що здійснює необхідне для галузі виробництво і є у певній мірі монополістом, використовує загальну потребу, щоб обумовити собі особливі переваги, несумісні з правом, і тим самим нав'язувати діловому обігу спеціальні обмеження». Таким чином, за висловом німецького цивіліста Людвіга Райнера, зловживання свободою договору через типові умови договорів дозволяє сильнішій стороні досягти «інтелектуальної переваги над тими, хто віртуозно володіє юридичною технікою» [9, с. 32]. У 1950 роках в Німеччині це стало звичайною судовою практикою, яка була систематизована у 1970-х роках у федеральному законі про застосування типових умов договорів.

Тому, виходячи із зазначеного, критично важливо для судів застосовувати доктрину горизонтального ефекту конституції, оскільки інакше складно досягти основоположних цілей цивільного і господарського судочинства – гарантування належного виконання зобов'язань на засадах рівності, добросовісності та еквівалентності між сторонами і забезпечувати довіру, стабільність та передбачуваність у зобов'язальних, ділових і партнерських відносинах.

#### **5.2.4. Вплив юриспруденції Конституційного Суду України на усталену практику судів загальної юрисдикції.**

В Україні діє європейська модель конституційної юрисдикції. За цією моделлю саме конституційним судам належать виключні повноваження вирішувати



ти питання про конституційність правових актів інших органів влади. На відміну від американської моделі конституційної юрисдикції, в Україні до предмета відання судів загальної юрисдикції не належить вирішення питань конституційності правових актів, а лише законності.

За своєю природою у системі судів загальної юрисдикції питання правомірності правових актів у сфері прав людини вирішують адміністративні суди у порядку, визначеному Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС). Згідно зі статтею 2 КАС завданням адміністративних судів є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Слід підкреслити, що предметом розгляду адміністративних судів є правові акти органів влади, які повинні прийматися на основі чинного законодавства України.

Донедавна діяло конституційне положення про характеристику КСУ як єдиного органу конституційної юрисдикції, яке трактували як таке, що жоден інститут влади не має права втручатися у предмет відання цього органу, який визначений пунктом 28 частини першої статті 85, статтями 147, 150, 151, 159 Конституції. Таким чином, якщо адміністративний суд відкриває провадження у справі, яка очевидно підвідомча КСУ, має місце грубе порушення правил підвідомчості, яка є важливою гарантією правової визначеності як складової верховенства права.

Згідно з юриспруденцією КСУ, визначення його як єдиного органу конституційної юрисдикції означає, що право визнавати правові акти або в окремих випадках законопроекти такими, що не відповідають Конституції, є виключною компетенцією Конституційного Суду (*Рішення КСУ № 8-рп/98* від 09.06.1998 р.).

Конституційність правових актів забезпечується діяльністю Конституційного Суду шляхом розгляду відповідних конституційних спорів згідно із процедурою, визначеною Законом «Про Конституційний Суд України». Тому проблемним є формулювання предмета підсудності адміністративних судів згідно з пунктом першим частини першої статті 171 КАС. На практиці досить складно провести грань між конституційністю і законністю органів влади конституційного рівня – Верховної Ради, Президента, Кабінету Міністрів. Це пов'язано із специфічною природою діяльності цих владних інститутів вищого політичного рівня, що діють на реалізацію своїх повноважень, які визначені, насамперед, у Конституції України. Принаймні, адміністративні суди, коли у ході розгляду справи виникне питання конституційності, повинні застосувати процедуру інцидентного контролю, передбаченого частиною другою статті 150 Конституції та главою 12 Закону про КСУ, а не вирішувати справу по суті.

Межі юрисдикції КСУ визначені у статті 150, статті 151, пункті 28 частини першої статті 85, статті 159 Конституції і конкретизовано частково у його статусному Законі та Регламенті. Також до повноважень КСУ не належать питан-

ня щодо законності актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, а також інші питання, віднесені до компетенції судів загальної юрисдикції. Водночас для визначення меж юрисдикції КСУ має значення його юриспруденція, бо власне кажучи, конституційні рамки юдикатури зобов'язують Суд самостійно визначати критерії розгляду справи, виходячи із конституційних цінностей і принципів, зокрема, верховенства права та вимог належної правової процедури.

Преюдиціальність рішення КСУ означає, що суб'єкт права може на основі такого рішення порушувати питання перед судом загальної юрисдикції, якому підвідомча відповідна справа, про перегляд судового рішення, яке ґрунтувалося на положеннях правових актів, визнаних КСУ неконституційними, що вплинуло на правильність судового рішення.

Юрисдикція КСУ поширюється на діяльність судів загальної юрисдикції через своєрідний механізм. Враховуючи функції органу конституційної юрисдикції щодо інтерпретації Конституції, такий вплив Суду можливий шляхом ухвалення рішень та висновків, які лягають в основу для: а) перегляду рішень судів загальної юрисдикції та б) безпосередньо правової основи для вирішення спорів в порядку цивільного, господарського, адміністративного та кримінального судочинства. Цей механізм втілений у сформованій КСУ доктрині преюдиційності його рішень та висновків.

У справі за зверненнями жителів міста Жовті Води КСУ зазначив (*Рішення КСУ № 9-зп/1997 від 25.12.1997 р.*), що відмова судами стосовно позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке, відповідно до статті 64 Конституції України, не може бути обмежене. Тому компетенція судів загальної юрисдикції поширюється на всі правовідносини, що виникли внаслідок придбання громадянами України облігацій Державної цільової безпроцентної позики 1990 року в установах Ощадного банку СРСР, які діяли на території України. Це дало правову основу КСУ зобов'язати суди розглянути позовні заяви згаданих громадян.

Необхідно звернути особливу увагу на те, що преюдиція рішень та висновків КСУ поширюється тільки на тих індивідів, які скористалися конституційним захистом. Тому рішення Суду, винесені у порядку процедури інцидентного контролю мають юридичну силу *inter partes*. Водночас, такі рішення КСУ повинні бути орієнтиром для інших судів загальної юрисдикції при вирішенні аналогічних справ при аналогічних фактичних обставинах, що засновано на таких вимогах верховенства права як справедливість, рівність, правова визначеність, пропорційність та недопустимість посягання на сутність змісту основних прав і свобод.

У механізмі конституційної юстиції важливим є ефективне володіння індивідами засобами правового захисту. Держава зі свого боку повинна забезпечити справедливий розгляд їх звернень на основі закону та в розумні строки. Суди загальної юрисдикції розглядають скарги громадян на дії та рішення органів публічної влади та їх посадових осіб, якими порушуються права і свободи людини і громадянина.

На сучасному етапі формування вітчизняного інституту правового захисту конституційних прав і свобод потребує детального дослідження його механізму. На нашу думку, сьогодні існує необхідність розвитку конституційних положень у поточному законодавстві, оскільки це веде до стану законодавчого упущення та можливості виконавчої влади зловживати своїми повноваженнями в умовах правової невизначеності. У даному випадку зусилля конституційної юрисдикції в інтерпретації Конституції далеко не завжди дадуть можливість забезпечити реальний захист основних прав і свобод.

#### **5.2.5. Усталена практика судів загальної юрисдикції та інцидентний конституційний контроль.**

Раніше положенням частини першої статті 83 Закону про КСУ було встановлено основні правові засади здійснення інцидентного конституційного контролю, який виникає на підставі конституційного подання Верховного Суду. За цим правилом, у разі виникнення у процесі загального судочинства спору щодо конституційності норми закону, яка застосовується судом, провадження у справі мало зупинятися. Застосування цього правила повинно було бути зумовлено певними обставинами:

- спір щодо конституційності положень закону повинен виникнути саме під час процесу загального судочинства;
- предметом розгляду КСУ можуть бути тільки положення законів України, а не інших правових актів, визначених пунктом 1 частини першої статті 150 Конституції;
- провадження у справі судом загальної юрисдикції повинно бути зупинено;
- суд, у провадженні якої є справа вносить клопотання у Верховний суд щодо ухвалення постанови стосовно внесення конституційного подання до КСУ.

Після перегляду процесуального законодавства, зміни до якого набрали чинності 15 грудня 2017 р., такого деталізованого регулювання порядку звернення Верховного суду до КСУ немає. Натомість процесуальне законодавство містить дещо відмінні юридичні конструкції, спрямовані насамперед на застосування судами положень Конституції України як норм прямої дії.

Наприклад, ч. 4 ст. 7 КАС передбачає, що разі, якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії.

У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України.

Аналогічні конструкції присутні і в ч. 6 ст. 10 ЦПК та ч. 6 ст. 11 ГПК. Натомість КПК такої юридичної конструкції не знає, а встановлює обов'язок судів застосовувати практику Європейського суду з прав людини (ч. 2 ст. 8 та ч. 5 ст.

9). При цьому конструкт ч. 2 ст. 8 є доволі дивним, зводячи зміст верховенства права до практики Європейського суду з прав людини.

Механізм ініціювання розгляду питань конституційності положень законів, які виникають в ході загального судочинства через Верховний Суд занадто забюрократизований. Він не дозволяє безпосередньо індивіду звернутися за конституційним захистом, тому пов'язана з ним преюдиція рішень КСУ не дає змогу повною мірою захистити основні права і свободи. Зокрема, преюдиція рішень КСУ не поширюється на тих індивідів, основні права яких і порушено, однак вони не скористалися можливостями конституційного захисту. Це також мають мати на увазі суди загальної юрисдикції, зокрема при вирішенні питання про перегляд судових рішень.

Взагалі нове процесуальне законодавство встановлює доволі абсурдні правила застосування Конституції України як норми прямої дії, фактично заперечуючи сутність такого принципу. Адже немає сенсу вносити до КСУ конституційне подання після того, як загальний суд вирішить справу по суті. Загалом пряма дія конституції не означає вирішення питання про конституційність положень закону, яке має застосувати загальний суд і воно має істотне значення для вирішення справи по суті. Таке питання може вирішити лише конституційний суд. Як правило, загальний суд може застосувати положення Конституції як норми прямої дії разі, коли положення звичайного закону викликають множинне тлумачення і суд, застосовуючи загальні принципи права, добудовує норму права лише в тому аспекті, яка відповідає Конституції, а інші її значення відкидає. При цьому суд має мати на увазі про дієвість та ефективність захисту прав людини у ході такого правозастосування.

Насправді, повноваження з інцидентного конституційного контролю слід повернути Конституційному Суду. Але він має здійснюватися у інший спосіб, ніж це формально було нещодавно. У разі, якщо суд не може шляхом інтерпретації положень чинного законодавства у світлі принципів права вирішити питання по суті, оскільки воно пов'язано із функцією КСУ по визнанню неконституційними положень законів, тоді цей суд має безпосередньою звертатися до КСУ. Також аналогічним повноваженням можна наділити прокурора, якщо він бере участь у судовому процесі.

**Висновки. Основні параметри щодо упровадження судами мінімальних стандартів захисту прав людини у світлі верховенства конституції.** Все ж таки на судах лежить важлива місія – захищати права людини і основоположні свободи, що є сенсом їх діяльності у правовій державі. Тому суди мають формувати єдині орієнтири і підходи при вирішенні справ, щоб приватні особи могли планувати і передбачати наслідки своєї діяльності і захищати свої права всіма засобами, що не суперечать закону, в тому числі і в судах.

Такі єдині підходи ґрунтуються на фундаментальних правових цінностях і принципах, які пронизують усю національну правову систему і є фундаментом законодавства, адміністративної і судової практики. З точки зору звичайного громадянина вони є своєрідними маркерами, ціннісними орієнтирами щодо пра-

вмірності власної поведінки та діяльності органів публічної влади. У цій системі координат важливе місце посідає конституція, яка є загальним мірилом обмеження свавілля влади та гарантій прав і свобод людини. Тому питання забезпечення верховенства конституції у діяльності судів загальної юрисдикції стає ключовим і свідчить про належну кваліфікацію і рівень компетентності судді.

За таких умов конституцію аж ніяк не можна розглядати як декларацію, яку суд може застосувати лише у разі її конкретизації і розвитку у поточному законодавстві. З точки зору прав людини така позиція є нічим іншим, як їхнім порушенням, по суті заперечуючи сутність правосуддя як юридичного феномену. Навпаки, положення конституції мають зобов'язальний характер як юридичного документа, який оформлює межі втручання держави у приватне життя. Звідси суди повинні мати на увазі, що кожна особа в силу статті 3 Конституції України має право вимагати перед державою захищати її порушені права, а держава, відповідно, несе негативні та позитивні обов'язки, зокрема, на доступ до справедливої судового захисту. Такий обов'язок захисту покладає на суди місію дотриматись хоча б мінімального стандарту забезпечення прав і свобод людини.

Обов'язок захисту державою основних прав з точки зору верховенства права принаймні визначається через пряму дію положень конституції та її горизонтального ефекту. Пряма дія конституції зобов'язує суди застосовувати її положення і захищати права і свободи людини як безпосередньо діюче право навіть у випадку відсутності закону, який ухвалено на конкретизацію і деталізацію конституційних положень. Звісно, що питання захисту соціальних прав є окремим питанням і в цій сфері пряма дія конституційних норм залежить також від законодавчого регулювання, соціальної політики та низки інфраструктурних речей. У свою чергу, горизонтальний ефект конституції поширюється на приватноправову сферу і зумовлює певний мінімальний стандарт якості правових процедур забезпечення стабільності і додержання зобов'язань між контрагентами у правочинах та вимоги належної правової процедури у ході вирішення цивільно-правових чи господарсько-правових спорів.

Єдність судової практики також ґрунтується на обов'язку судів загальної юрисдикції слідувати юриспруденції КСУ. Зокрема, це може виражатися у перегляді раніше ухвалених рішень у разі, якщо буде встановлено, що суди ухвалювали рішення на основі положень закону, визнаних неконституційними. Така вимога ґрунтується на статті 150 Конституції, яка визначає нормативність рішень КСУ, а відсутність відповідних застережень у процесуальних кодексах є нічим іншим, як засобом процесуальної економії.

### Список використаних джерел

1. Шевчук С. Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції. *Право України*. 2013. № 9.
2. Савчин М. *Конституціоналізм і природа конституції*. Ужгород : Поліграф-центр «Ліра», 2009. 372 с.

3. Циппеліус Р. *Філософія права*. Київ: Тандем, 2001.
4. Баймуратов М. А. и Батанов А. В. (ред.) *Курс конституционного права Украины. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права*. Харьков: Одиссей, 2008.
5. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006.
6. Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> Ed. Durham and London : Duke University Press, 1997. 627 p.
7. Савчин М.В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід*. Ужгород : Мистецька лінія, 2008.
8. Ташнет, Марк. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2. С. 28 – 36.
9. Цвайгерт К., Кётц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. В 2-х тт. Том 2. пер. с немецкого. М. : Междунар. отношения, 2000.

### 5.3. Свобода суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень судів апеляційної та касаційної інстанції

**Вступ.** Вирішуючи питання про правомірність призначення Президентом США суддів, Верховний Суд доволі спонтанно сформулював правило конституційного контролю. Це було досягнуто шляхом забезпечення обґрунтованості судового рішення, визнавши відсутність конституційно визначених повноважень щодо прийняття до розгляду позову з вимогою про видачу судового наказу про призначення на посаду суддів на підставі Розділу 13 Судового акту 1789 року [1].

У будь-якому разі Верховний Суд у цій справі попиклувався забезпечити нейтральність вирішення справи, хоча вона стосувалася призначення суддів на посади на підставі акту Президента. Ми бачимо приклад застосування розсуду судом щодо визначення меж власної юрисдикції і щодо визначення вимог належної процедури стосовно видачі *mandamus* (форма судового наказу).

Проблема суддівського розсуду у вітчизняній юриспруденції є наразі даною окремих дисертаційних досліджень; судді до неї ставляться вельми насторожено – як конституційні судді, так і судді загальних судів. І це не дивно, оскільки має свою тяглість ще з Російської імперії та її наступника – Радянського Союзу [2, с. 12–13]. Незважаючи на таке насторожене ставлення до суддівського розсуду, він визнається як невід’ємна складова при призначенні кримінальних покарань (ст. 65 КК), призначенні покарань нижче встановленої нижчої межі міри покарання (ст. 69 КК) [3, с. 11–12]. Наприклад, зазначені критерії суддівського розсуду в кримінальних справах є нічим іншим, як застосуванням принципів права, тобто аналогії права, що у панівній доктрині кримінального права ніби не визнається. Хоча реалії судової практики такі, що певні критерії щодо призначення кримінальних покарань мають формулюватися суддівським співтовариством, оскільки йому таку широку свободу розсуду надає власне закон, зокрема, вище зазначені положення КК та відносно визначені санкції за склади злочину, передбачені Особливою частиною КК.

При вирішенні цивільних або господарських спорів свобода розсуду суду також є варіативною, оскільки суду необхідно надати оцінку належному ступеню конкретизації положень ЦК чи ГК при укладанні та виконанні, відповідно, умов цивільного чи господарського договору. За таких обставин суд стає останньою інстанцією визначення розуміння основоположного принципу свободи договору, оскільки положення ЦК чи ГК визначає лише істотні умови договорів і не обов’язково завжди всі. Всі означені ситуації є відображенням вічного питання і дилеми юриспруденції – конкретизації принципів права у формі закону та їх інтерпретації у формі судового рішення. Я вже не буду говорити про *differentia specifica* інтерпретації конституції органами конституційного правосуддя у силу природи конституційного права як сукупності основоположних цінностей і принципів права, які конкретизуються у відповідних правах людини та повноваженнях органів публічної влади.

На рівні вищих судових інстанцій вирішується питання рівного і однакового масштабу застосування судами приписів законодавства у світлі основоположних принципів права, що зумовлює важливість дослідження суддівського розсуду. Це має безпосереднє відношення до забезпечення об'єктивного, повного і всебічного дослідження обставин справи і належного застосування закону, що є основою для обґрунтування судових рішень.

Виходячи із означеного, тут я охарактеризую природу суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень апеляційної та касаційної інстанцій. У першій частині буде розкрито взаємозв'язок принципу верховенства права і суддівського розсуду, зокрема у контексті заборони свавілля. У другій частині буде з'ясовано особливості суддівських стратегій при реалізації суддівського розсуду. Насамкінець буде розкрито значення суддівського розсуду у формованні сталої судової практики.

### **5.3.1. Суддівський розсуд та принцип верховенства права.**

Прийнято вважати, що під суддівським розсудом слід розуміти «вихідний принцип здійснення правосуддя, що полягає у гарантуванні суб'єктові правозастосування (судді) правомочностей щодо обрання найбільш оптимального варіанту вирішення правового питання, відповідно до нормативно визначених меж, вихідних засад та цілей права, конкретних обставин справи» [2, с. 6]. Авторитетним вважається визначення суддівського розсуду колишнього голови Верховного суду Ізраїля Аарона Барака як «повноваження, надане особі, наділеної владою обирати між двома або більше альтернативами, коли кожна із альтернатив є законною» [4, с. 13].

Принцип верховенства права визначає стандарти до актів судової влади, щоб вони не ухвалювалися свавільно чи містили елементи свавілля. Адже саме у свавільному застосуванні права вбачаються недоліки доктрини суддівського розсуду. Однак згідно з принципом верховенства права судові рішення мають бути належним чином обґрунтовані. Зокрема, згідно сталої судової практики обґрунтуванням визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні та які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставин, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи [5].

Причинами суддівського розсуду вважають абстрактний характер права, особливості та недоліки законодавчої техніки [3, с. 9]. Це стає джерелом для дебатів у судовому засіданні між сторонами стосовного дійсного змісту положень закону, виходячи із особливостей конкретної ситуації. З іншого боку, існує ніби потенційна небезпека сповзання судів у прерогативи законодавця щодо правового регулювання, коли, посилаючись на необхідність подолання недоліків законодавства, суд підмінюватиме його функції. Ця точка зору обґрунтовується з



міркувань демократичного представництва, якого нібито немає в судах. На цей рахунок у мене протилежна точка зору, оскільки суддів я розглядаю як невід'ємну складову народу України, які пройшли конкурсний відбір на основі закону серед фахівців у галузі права і згідно із законом великих чисел загалом репрезентують професійний зріз правосвідомості суспільства. З приводу формування складу Верховного суду США Роберт Даль пише, що Суд:

*«... є невід'ємною складовою домінуючого національного [законотвора, lawmaking] альянсу», оскільки «здається, що це спирається на політичні обставини, адже нереально припускати, що Суд, члени якого добираються [recruited] у ході формування Верховного Суду відповідно до норм права і справедливості істотно би розходилися із композицією іншої частини політичної еліти» [б, с. 293, 291].*

З цього випливає, що результати професійного добору на посаду суддів реально характеризують стан юриспруденції і юридичного співтовариства, оскільки за звичайних обставин діятимуть так само будь-які кваліфіковані юристи, які б пройшли добір на посаду судді, як і чинні судді, які здійснюють ці функції офіційно.

Це має вирішальне значення для розуміння ступеня обґрунтованості судових рішень та визначення основних критеріїв щодо застосування суддівського розсуду. Оскільки судді добираються на професійній основі, а засадою легітимності їхніх рішень є вимога обґрунтованості, то вони мають переваги перед актами парламенту чи іншої легіслатури, наділеної регуляторними функціями, оскільки рішення останніх ґрунтуються на політичних обставинах. Також важливий принцип репрезентативності у суддівському корпусі, коли має місце, відповідно до вимог закону, розгляд справи у складі суддівської колегії, що може мати наслідком дебати стосовно передбачуваних наслідків судового рішення, або, коли має місце майже рівний розподіл голосів суддів у складі колегії [7].

Принцип верховенства права спрямований на обмеження свободи розсуду, орієнтуючи саме на обґрунтованість судових рішень. Зокрема, у рубриці «Заборона довільних дій» стосовно судів у Доповіді Венеційської комісії про верховенство права в якості обґрунтованості рішень визнано такі критерії: 1) існування норм, які забороняють свавілля; 2) існування обмежень щодо свободи розсуду та 3) необхідність обґрунтовувати рішення [8]. Це є необхідним для правової визначеності, оскільки вимога обґрунтованості судових рішень полягає, насамперед, в тому, що вони мають бути засновані на законі. Тому остаточні рішення судів не можуть ставитися під сумнів і мають безумовно виконуватися, гарантом чого є держава, а неухильне виконання судових рішень є надійним фундаментом правової державності.

Таким чином, свобода розсуду судді полягає у обранні оптимального варіанту вирішення юридичної справи, виходячи із основоположних принципів права, зокрема, поваги до прав людини, верховенства права та демократії. Лорд Бінгем підкреслює, що за сучасних вимог верховенства права розсуд має засто-

совуватися обережно за розумним обґрунтуванням і свобода вибору має мати дійсно малий діапазон. При цьому судді не повинні схилитися до надмірної інновації права, особливо у разі ухвалення нових законів [9, с. 6–7].

Навіть незважаючи на усталений принцип *nullum crimen sine lege*, який визнається як фундаментальний у міжнародному праві, це «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» (стаття 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Як справедливо зазначає Станіслав Погребняк, цей принцип був включений у цю Конвенцію з метою запобігання хвороб, властивих недемократичним режимам, та покарання «посиленої державою злочинності» є проявом одночасної дії принципів права [10, с. 49].

### **5.3.2. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії.**

При визначенні форми прояву суддівського розсуду завжди зачіпається питання суддівських стратегій. За будь-яких умов судді не є творцями закону, вони лише можуть вносити певні інновації в його розуміння. Водночас слід мати на увазі, що «судова активність, доведена до крайнощів, може означати смерть верховенства права» [9, с. 6]. У цьому світлі доволі проблематичними є погляди, згідно з якими при застосуванні примусу «від імені держави, але в інтересах усього суспільства... суди здійснюють легалізацію владної волі держави, використовуючи механізми, установлені самою ж державою через систему чинних законів» [11, с. 44–45]. Така ідея суперечить одній із ціннісних установок, що зумовлюють зміст судової влади – забезпечення прав людини, які одночасно виступають межею діяльності влади. За будь-яких умов призначенням суду є конкретизація і деталізація положень законів у світлі фактичних обставин конкретної справи та обмеження свавілля публічної влади. Саме *specifica differencia* конкретної справи і визначає ступінь суддівського розсуду та форми суддівського активізму (стратегій).

Загалом можна виділити три основні суддівські стратегії, в рамках яких реалізується певною мірою суддівський розсуд – стримування, нейтральності та активізму. Їхні елементи промуть поєднуватися у залежності від особливостей конкретної справи, їх суб'єктного складу, складності фактичних обставин, темпорального перебігу, загального впливу на динаміку правової системи тощо.

Наприклад, згідно із методом автономного тлумачення Конвенції Європейський суд з прав людини сформулював так звані критерії Енгеля щодо визначення кримінально-правових аспектів делікту, оскільки в залежності від цього йде процес кваліфікації спору чи щодо змісту та обсягу цивільних прав та обов'язків чи щодо кримінального обвинувачення. Згідно з прецедентним правом ЄСПЛ критерії Енгеля визначаються за трьома параметрами: 1) класифікація у національному праві; 2) природа правопорушення; 3) суворість санкції.

Зокрема, щоб встановити, чи відноситься конкретна справа до кримінального обвинувачення, достатньо того, аби правопорушення, про яке йдеться, за своєю природою було злочином або за нього передбачалося покарання, яке за

своїм характером та ступенем суворості є загальнокримінальним. Це не виключає спільного використання того, чи іншого критерію у випадках, коли аналіз кожного з них окремо не дозволяє зробити однозначного висновку про існування в справі кримінального обвинувачення (рішення у справі «Юсіла проти Фінляндії»).

Це приклад поєднання стратегій нейтральності та судового активізму у практиці ЄСПЛ. Прояв стратегії нейтральності полягає в тому, що Суд, у залежності від природи правопорушень і санкцій, дає кваліфікацію певного діяння власне як кримінального, відмежовуючи його від інших видів юридичної відповідальності. Судовий активізм проявляється у самій методиці автономного тлумачення, суть якої полягає у наданні тлумачення положень Конвенції без безпосереднього зв'язку із національним правом, водночас поважаючи принцип *margin appreciation*.

Вважають, що ніби можливе застосування аналогії в публічному праві лише щодо правовідносин, які не передбачають встановлення прав і обов'язків суб'єкта, але порядок реалізації їх не передбачений, тобто для процесуального права, але не матеріального. Тому зазначається, що аналогія притаманна приватному праву, де діє дозвільний принцип «дозволено все, що не заборонено законом». Відповідно в галузі права, де встановлюється юридична відповідальність – кримінальна, адміністративна, податкова, – застосування аналогії є недопустимим [2, с. 64]. Насправді тут аналогія не допускається стосовно визначення юридичного складу в якості правопорушення, натомість, призначення міри юридичної відповідальності передбачає аналогію, а тим більше розсуд, яскравим прикладом чого служать вимоги статті 65 КК, яка зобов'язує враховувати при призначенні кримінального покарання пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.

Для визначення ступеня обґрунтованості та збалансованості судових рішень у світлі суддівських стратегій слід звернути увагу на принцип пропорційності. Зокрема, професор Станіслав Погребняк вважає, що «цей принцип адресовано також суддям, які, застосовуючи закон, виступають у ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця. Використовуючи цей принцип, судді поступово (від рішення до рішення) розробляють систему критеріїв про межі правомірного втручання законодавця у те чи інше право» [12, с. 42].

Обрання виду стратегії у ході ухвалення судового рішення має відповідати матеріальним критеріям, насамперед, захисту прав і свобод людини. При цьому суд має зважувати запроваджувані заходи чи то у формі законодавства, чи то адміністративних заходів на предмет забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, їх адекватності, доречності й достатності. Суддя Конституційного Суду України Станіслав Шевчук визнає, що принцип пропорційності «спрямований на захист прав та інтересів громадян *vis-à-vis* державної влади, вимагаючи, щоб державне втручання через прийняття та застосування правових актів відповідало своїй меті» [13, с. 316].

У кримінальному праві, залежно від підстави, суддівський розсуд при призначенні покарання поділяється на: а) розсуд при застосуванні санкції Особливої частини КК України; тут виділяються два підвиди залежно від виду санкції

– відносно-визначений (відносно-визначений з елементами відносної або абсолютної визначеності) та альтернативний; б) правомочний, який виникає при застосуванні уповноважених норм; в) оціночний розсуд; г) розсуд при застосуванні неоднозначних юридичних понять [3, с. 10-11]. При цьому критично важливим є додержання стандарту, згідно з яким «не повинно бути жодного вільного розсуду по відношенню до фактів, на підставі яких особа, уповноважена приймати рішення, посадовець або суддя, приймає таке рішення» [6, с. 7].

За будь-яких обставин, судові рішення мають забезпечувати «контроль за тим, щоб виконавча влада не перевищувала надані їй повноваження, роль, значимість якої останнім часом значно підвищилась завдяки підвищенню складності державного управління та посиленню бажання громадськості оскаржувати урядові (у найширшому сенсі) рішення» [9, с. 14].

### **5.3.3. Значення суддівського розсуду у формуванні сталої судової практики.**

Вимога обґрунтованості є необхідною умовою для забезпечення сталою характеру судової практики. Це ґрунтується на засадах правової визначеності. На практиці це проявляється у тому, що законодавець, учасник договору чи суддя, конструюючи правову реальність, надають певним обставинам значення правових причин, а правовідносинам – значення правових наслідків. Таке судження, яке ґрунтується саме на адекватному пізнанні цих фактів, у тому числі їх об'єктивної особистісної та соціальної значущості, стає розумним [14, с. 52; 15, с. 49–50]. У вітчизняній доктрині цей підхід характеризується як концепція «усталеної [вірніше, сталої – М.С.] судової практики» [13, с. 395 і наст.].

На сталість судової практики істотно впливає доктрина *res judicata*, чи *mo issue estoppel* (Сполучене Королівство), чи то *cause action of estoppels* (Канада), чи то *collateral estoppel* (США) [16, с. 357]. Доктрина *res judicata* визнається як «принцип універсальної юриспруденції, що формує частину правових систем всіх цивілізованих націй» [17, para. 625] та означає, що є неприпустими ситуації у разі, коли судові рішення набрали чинності, змінювати основні правові підходи при вирішенні справи по суті<sup>87</sup>. Для того, щоб в аналогічній ситуації, при анало-

<sup>87</sup> Однак порушенням принципу *res judicata* є збереження інституту повернення справи на новий розгляд чи неологізм у процесуальному праві під назвою «направлення справи на продовження розгляду» (ст. 353 КАС), що є делегітимізацією судової системи як такої. Адже цей «інститут» фактично передбачає, що в судовій системі можливі ситуації, коли суд взагалі може не встановити достатньо фактичних даних, які необхідні для з'ясування фактичного складу справи та належного і доречного застосування положень законодавства. Це також є запереченням принципу змагальності процесу та специфіки адміністративного судочинства, в якому саме публічна адміністрація має доводити правомірність своїх правових актів, дій чи бездіяльності. По суті це є своєрідна техніка обходу невивідної юридичної конструкції тягаря доказування для публічної адміністрації в адміністративному судочинстві. Так само надмірний перелік підстав для касаційного перегляду поряд із невизначеною формулою «неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права» (ст. 351 КАС) робить касаційний перегляд беззмістовним і позбавленим сен-

гічному юридичному складі суд міг інакше застосувати приписи закону, мають існувати вагомі та розумні підстави, оскільки це тою чи іншою мірою пов'язано із зміною змісту правової основи справи, її правової аргументації, яка лежала в основі вирішення юридичного спору. В англо-американському праві доктрина *issue estoppel* виходить із припущення, що сторони у правовідношенні можуть очікувати певної поведінки свого контрагента, виходячи із наявної його поведінки у ході перебігу відповідного правовідношення, що було сформульовано рішенням Палати лордів у справі *Arnold v. National Westminster Bank* [18].

Сталі судової практики не настільки досягається за рахунок неухильного додержання буквального змісту закону, яке на практиці призводить до вихолощення його сутності. Якщо звернутися до компаративного аналізу, то така ситуація не є дивною. Наприклад, у Франції після Великої французької революції протягом тривалого часу вважалося, що відхиленням від законності розглядалося навіть буквальне тлумачення законів, а також заповнення прогалин у праві. Це була реакція на блокування з боку Паризького та Бордоського парламентів (тогочасні судові органи, в які кооптувалися переважно представники аристократії на посади) спроб короля Людовіка XVI запровадити реформи задля попередження революції [13, с. 403–404]. Кодифікація і писане право за таких умов розглядалися як ідеальний інструмент правового регулювання на відміну від судової практики, яка нібито піддавалася особистим пристрастям та преференціям її носіїв. Так само, після того, як внаслідок судової реформи 1864 р. в Російській імперії склалося уявлення про те, що верховним творцем законів виступає монарх, поняття «закону» почало асоціюватися виключно із писаним правом<sup>88</sup> (до цього воно охоплювало все чинне право). Загалом, країна із слабкою правовою традицією, якою є Росія, навряд чи може слугувати прикладом формулювання певних критеріїв правового змісту судових рішень. Водночас, транзитом через Радянський Союз, ця традиція формального застосування законів ще й досі значно відчувається в судовій практиці в Україні.

За будь-яких обставин вимога правової визначеності зумовлює стандарти сталості судової практики, відповідно до якої суди повинні за однакових фактичних умов у аналогічних справах ухвалювати аналогічні рішення, оскільки за інших умов суди можуть ухвалювати такі рішення, зміст яких не очікується жодною

---

су. Адже касація, насамперед, спрямована на подолання серйозних юридичних проблем, що виявляє касаційний суд при вирішенні справи чи різкій зміні обстановки, у світлі якої фактичні обставини можуть бути оцінені судом відмінно, з урахуванням необхідності справедливого застосування закону у обставинах, що змінилися (*mutatis mutandis, rebus sic stantibus*). Приблизно такі ж конструкції є в інших процесуальних кодексах. Так само, доволі беззмістовним є правове регулювання апеляційного перегляду судових рішень.

<sup>88</sup> Наприклад, стаття 65 Зводу Законів Російської імперії передбачала: «Закони повинні виконуватись відповідно до точного та буквального їх змісту, без будь-якої зміни чи розширення. Всі без винятку ...у будь-якому випадку повинні затверджувати свої ухвали на точних словах закону, не змінюючи в них без доповіді Імператорській Величності жодної букви і не допускаючи оманливої непостійності самовільних тлумачень».

стороною, що є нічим іншим, як суддівським свавіллям, що суперечить засадам верховенства права і правової держави [13, с. 326–327]. Сталість судової практики, за висловом Альгеро, ґрунтується на доктрині *jurisprudence constante*, згідно з якою «низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми» [3, с. 397].

За таких вимог суддівський розсуд є гарантією обґрунтування судових рішень, оскільки суд має докладно проаналізувати фактичні обставини і в їхньому світлі навести аргументацію своєї правової позиції. Сталість судової практики у сенсі статті 13(4)-(5) Закону про судоустрій і статус суддів забезпечується, зокрема, шляхом визнання обов'язковості постанов Верховного Суду, хоча й визнається право суду, що розглядає конкретну справу, відступити від правової позиції Верховного Суду, навівши відповідні мотиви. За таких умов зростає роль правової аргументації рішень судами, що включає в себе суддівський розсуд, який базується на тому, що суд може вбачати кілька варіантів вирішення ситуації відповідно до вимог матеріального і процесуального права. Тому на основі закону він має обирати той варіант інтерпретації закону, який впливає із тлумачення загальних принципів права, їх зважування і балансування (у разі конкуренції принципів) у світлі конкретних обставин справи та наявної практики судів вищих інстанцій.

**Висновки.** У світлі співвідношення загальних принципів права та положень законодавства, суди при конкретизації останніх щодо фактичного складу володіють свободою розсуду, оскільки така конкретизація, власне, і передбачає наявність вибору різних альтернатив. У рамках цих альтернатив суд обирає найбільш прийнятний до конкретної життєвої ситуації варіант, будучи зв'язаний загальними принципами права. Поліваріантність вибору посилюється у разі, коли суд змушений оперувати кількома принципами, що зумовлює необхідність зважування та балансування цих принципів. Суд зв'язаний при цьому вимогами повного, об'єктивного і всебічного розгляду матеріалів справи та ухвалення обґрунтованого та належно вмотивованого рішення.

Немає жодного розсуду при виборі між законним і незаконним рішенням; незаконне рішення є чистої води свавіллям, а не формою прояву розсуду. Свобода розсуду, її ступінь «проникнення» у правову систему також залежать від наявності прогалин і колізій у законодавстві – законодавство про судоустрій та процесуальне законодавство орієнтують суди не відмовляти у захисті, незважаючи на зазначені обставини і недоліки законодавства. У якому ступені суди готові долати прогалини і колізії, на це дає відповідь обрання судом відповідної стратегії у справі – нейтральності, стримування або активізму. Для належного застосування відповідних стратегій надзвичайно важливим є належне обґрунтування судових рішень, яке не може обмежуватися лише цитуванням положень законодавства, оскільки така методика виглядає не очевидною з точки зору правової визначеності, а рішення страждає вадами демократичної легітимності.

У світлі зазначених вимог і стандартів суди мають послідовно викладати свої рішення та їхню мотивацію, оскільки суди мають ґрунтувати рішення на положеннях Конституції і законів України, а також принаймні наводити поважні

аргументи у разі ухвалення рішення, яке не узгоджується із рішеннями в аналогічних справах. За будь-яких обставин суди не є безумовно пов'язані із рішеннями вищих судів в подібних справах – такі рішення мають бути також засновані на однакових правових підставах, тобто на тих самих принципах права і положеннях Конституції і законів України.

### Список використаних джерел

1. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).
2. Куфтирев П.В. *Суддівський розсуд у теорії права* : автореф. дис... к.ю.н. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2009. 22 с.
3. Макаренко А.С. *Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні* : автореф. дис... к.ю.н. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2012. 22 с.
4. Барак Аарон. *Судейское усмотрение*. Москва: Изд-во НОРМА, 1999. 376 с.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 р. № 14.
6. Dahl Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*. 1957. № 6.
7. Pildes, Richard H. *Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution?* New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No 10-01, January 2011. URL: <http://ssrn.com/abstract=1733169>
8. *Report of the Rule of Law*: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) CDL-AD(2011)003rev. Strasbourg, 4 April 2011.
9. Лекція Старшого судового лорда Т. Бінгема. *Верховенство права*. Громадська організація «Центр верховенства права». Дніпропетровськ, 2015.
10. Погребняк С. *Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання*. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 1(72). С. 44–56.
11. Бринцев В.Д. *Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади*. Харків : Право, 2010. 464 с.
12. Погребняк С. *Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів*. Вісник Академії правових наук України. 2005. № 4.
13. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006. 640 с.
14. Мандрікова К.О. *Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування* : дис... к.ю.н. Харків: Національний юридичний університету імені Ярослава Мудрого, 2015. 196 с.
15. Рабінович С.П. Нормативний зміст засади розумності: природно- та позитивно-правовий виміри. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. № 7(69). 2007. С.47-58.
16. Sinai Yuval. Reconsider Res Judicata: A Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2011. Vol. 21. P. 353–401.
17. Freeman A.C. *A Treatise of the Law of Judgments*. 5<sup>th</sup> ed. Oxford, 1925.
18. *Arnold v. Nat'l Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [104-05].

#### 5.4. Систематика судового захисту у світлі зобов'язальної природи прав людини

**Вступ.** Права людини мають вертикальну структуру. Окрім правил, вони є нічим іншим, як певними ціннісними установками, які визначають стандарти і вимоги до діяльності держави. На це також спрямоване основоположне конституційне рішення, у силу якого «утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (друге речення статті 3(2) Конституції України). Воно орієнтує правозастосувальника інтерпретувати конституційні положення як своєрідний «відкритий текст», оскільки ці стандарти та вимоги до діяльності публічної влади зумовлюють їхню конкретизацію відповідно до соціального контексту.

У силу цього, втручання держави у сферу приватної автономії особи має бути належним чином обґрунтованим і доречним. Про це також підкреслював у свій час Федеральний конституційний суд Німеччини у справі про мікроцензи [1]:

*«Держава не має права пробивати захист сфери приватного життя шляхом перевірки особистих справ своїх громадян. Для людини має залишатися внутрішній простір з метою вільного і відповідального розвитку її особистості. У цьому просторі індивід сам собі господар».*

Так само Конституційний Суд України визнав, що при такому втручанні не може мати місце посягання на сутнісний зміст прав і свобод людини.

Конституційні новації щодо реформи правосуддя від 30 вересня 2016 року, незважаючи на ухвалені зміни у новій редакції Закону про судоустрій та статус суддів, потребують своєї належної конкретизації у законодавстві та судовій практиці. При цьому є важливим додержання принципу вірності конституції, який впливає зі змісту верховенства права. Адже саме конституція визначає основні гарантії демократичної конституційної державності, які втілюються у забезпеченні прав і свобод людини через незалежний і безсторонній суд. Це вимагає від законодавця належним чином конкретизувати конституційні положення, не допускаючи посягання на сутнісний зміст прав і свобод людини. Будь-яка вимога щодо поваги непорушності приватної автономії та суверенного вибору поведінки особи кореспондує обов'язок захисту до будь-якого носія публічної влади. Гідність людини має розглядатися як вершина у систематичі конституційних цінностей, які покликані захищати суди.

У світлі такої зобов'язальної природи прав людини мною буде розкрито систематику судових засобів правового захисту. Спочатку на основі компаративного аналізу буде з'ясовано природу конституційної скарги та вплив практики їх розгляду на юриспруденцію (*jurisprudence constante*), що встановлює певні якісні вимоги щодо організації Конституційного Суду України. Запровадження інституту конституційної скарги внесе нові доктринальні віяння у юриспруденцію, що зумовлює необхідність запровадження інституту преюдиціального за-



питу, а також ревізії розуміння концепту апеляційного та касаційного перегляду судових рішень.

#### **5.4.1. Правова природа конституційної скарги.**

В Україні з'явився новий засіб правового захисту – конституційна скарга, тобто можливість звернення будь-яких приватних осіб стосовно конституційності закону, застосування якого призводить до порушення прав і свобод людини. На кінець 2017 року (тобто їх стільки надійшло в Суд протягом двох місяців) згідно із даними офіційного сайту КСУ на вивченні його Секретаріату знаходилося біля 400 конституційних скарг. Водночас, у цій сфері існує низка проблем.

По-перше, юриспруденція КСУ стосовно доступності правового захисту є недосконалою і такою, що явно посягає на сутнісний зміст основного права. Її неодмінно слід буде переглядати, оскільки така наразі надмірно обмежує права людини і лише перешкоджатиме якісному розгляду конституційних скарг.

Назву такі доктрини, які є результатом позитивістського прочитання змісту Конституції: відмова від розгляду нечинних правових актів (навіть якщо вони діяли певний час і тим самим порушували права людини і спричинили шкоду їх носіям); ніби КСУ не здійснює правозастосовну діяльність (хоча тлумачення Конституції є невід'ємним елементом обґрунтування рішень КСУ та стадією правозастосування); нібито КСУ не долає прогалин та не вирішує колізій у законодавстві (хоча це є стан правової невизначеності, який порушує права людини, а суд їх якраз має захищати). Існує цілком реальна небезпека, що з таким «інтелектуальним багажем» КСУ буде потурати порушенням прав людини з боку держави.

У світі склалася зовсім протилежна практика у цьому відношенні. Прикладом є рішення Конституційного Суду Литовської республіки від 8 серпня 2006 року, в якому було вказано таке [2]:

*«...у разі прогалин у законодавстві, що заборонено Конституцією, суди повинні заповнити прогалини у конкретному окремому випадку, і що це має здійснюватися шляхом застосування, в першу чергу, конституції і загальних принципів права. Однак таке рішення суду не знімає обов'язок законодавця заповнити відповідну прогалину в праві. Зазначені рішення КС можуть мати значення при вирішенні справ, що стосуються соціальних прав особи, реалізація та відновлення яких (якщо ці права були порушені) було б неможливими, якби законодавець намагався уникнути регулювання відповідних відносин у встановленому порядку за допомогою звичайного закону».*

Така практика також суперечить рекомендаціям XIV Конференції Конгресу європейських конституційних судів [3] і має мало спільного із верховенством права та повагою до прав людини. Я б її навіть назвав відвертим ігноруванням зобов'язальної природи людських прав.

Від цієї практики легістського прочитання Конституції (коли текст вище сутнісного змісту прав людини) слід рішуче позбавлятися шляхом наведення відповідних аргументів при вирішенні конституційних скарг. Такі підходи є мало сумісними із ідеєю конституційного правосуддя. КСУ вже вказував у своєму рішенні № 2-рп/2016 [4] про те, що повага до прав і свобод людини накладають на законодавця обов'язок належним чином забезпечувати правове регулювання відповідних сфер правовідносин.

По-друге, потребує конкретизації у законі конституційна формула «визначення засобів правового захисту» як критерію допустимості конституційної скарги. Як свідчить зарубіжний досвід, це питання лежить переважно у площині свободи розсуду конституційних судів. Це поняття не означає, що особа має дійти до касаційної інстанції, адже згідно із сталою практикою Європейського суду з прав людини для цього достатньо рішення апеляційного суду. Також якщо пригадати судову практику щодо поголовного задоволення судами клопотань прокуратури у застосуванні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту для майже всіх затриманих учасників Євромайдану, то питання також може полягати і в ефективності цих засобів правового захисту. Це також слід мати на увазі при інтерпретації КСУ цього поняття.

Отже, питання полягає в тому, що у Законі про КСУ слід визначити коло його позитивних обов'язків при розгляді конституційних скарг. Серед науковців, які поділяють справжні цінності конституціоналізму, існує консенсус, що такими критеріями-обов'язками для Суду мають стати: 1) спричинення органами влади істотної шкоди для носія конкретного права; 2) порушення прав людини має мати принциповий характер для національної правової системи; 3) порушення права має бути очевидним і вирішення спору має мати істотне значення для захисту прав конкретної особи.

Також КСУ має зупиняти дію закону, який підлягає застосуванню, до ухвалення рішення по суті, якщо із змісту скарги видно, що таке застосування за подіює істотну шкоду заявникові. Звісно, що такі вимоги мають вирішальним чином змінити підходи КСУ при вирішенні спорів.

Інше питання, що положення статті 151<sup>1</sup> Конституції стосовно розуміння поняття «застосований в остаточному судовому рішенні... закон» з точки зору верховенства права та поваги до прав людини можна тлумачити також і через призму актів правозастосування. Тобто КСУ може перевіряти, чи на конституційних підставах ухвалювався сам правозастосовний акт, який ґрунтувався на сумнівних положеннях закону. Питання просто в тому, чи є критична маса суддів у КСУ, які можуть стати на горло домінуючої наразі легістської пісні у конституційній юриспруденції?

Слід також підкреслити, що ні судам, які в ході розгляду справи можуть виявити сумніви у конституційності закону, що підлягає застосуванню, ні прокурорам, що беруть участь у справі, так і не надали можливості напряму звертатися у КСУ щодо вирішення цього питання. Залишилася стара система звернення виключно через Верховний суд, яка на практиці виявляється у порушенні перед

КСУ питань, які стосуються певних преференцій та прав для самих суддів, а не прав людини. Це серйозне упущення конституційних змін у частині правосуддя, яке може бути хіба що подолане інститутом преюдиціального запиту (про нього піде мова нижче) та адекватною практикою Верховного суду щодо додержання формальних вимог інцидентної процедури, оскільки суд, що його ініціює краще бачить особливості юридичної справи.

#### **5.4.2. Організація та процедура розгляду справ у Конституційному Суді.**

Запровадження конституційної скарги має наслідком змін в організації роботи КСУ. Також це має вплинути на особливості перегляду справ та техніку обґрунтування рішень КСУ.

Закон про КСУ передбачає, що свою діяльність КСУ здійснює у формі засідань Великої палати, яку складають всі судді. Також передбачається створення у складі Суду двох сенатів, між якими має бути здійснено розподіл справ щодо розгляду конституційних скарг. У складі КСУ зберігається практика діяльності колегії суддів, які мають вирішувати питання допустимості конституційних скарг і звернень. У склад шести колегій мають входити по троє суддів.

Організація роботи Великої палати і сенатів має бути спрямована на забезпечення єдності практики КСУ. Сенс таких законодавчих змін полягає у впровадженні функції Великої палати по розподілу справ між сенатами і колегіями суддів та у можливостях зміни юриспруденції КСУ.

У свою чергу, сенати можуть передавати на розгляд Великої палати конституційні скарги, які можуть призвести до зміни юриспруденції КСУ або якщо щодо їх розгляду думки суддів розподілилися порівну і палата не зможе ухвалити рішення.

Закон докладно не регламентує порядку скликання засідань Великої палати, сенатів, колегій, віддаючи це на розсуд Голови КСУ, що вносить невизначеність та елементи сваволі. Тому відкриття провадження у справі у КСУ за зверненням має ухвалюватися на засіданні колегії суддів. Справа, за якою відкрито конституційне провадження, розглядається КСУ на пленарному засіданні Великої палати, засіданні палати у порядку, встановленому законом.

Закон про КСУ передбачає, що основні засади судочинства мають бути визначені в законі, а деталі – в Регламенті КСУ. Однак привертає увагу слабке регулювання порядку судового розгляду у самому законі. І тут слід звернути увагу на такі моменти.

У законі намагаються зберегти роль Голови КСУ у визначенні порядку розгляду справ. З метою уникнення ситуацій зловживань цей порядок має визначити Велика палата КСУ. Тому у законі слід було передбачити, що: Голова КСУ в порядку, встановленому Великою палатою, має доручати одному із суддів попереднє вивчення звернення, яке повинно бути завершено не пізніше двох місяців з дня його реєстрації у Секретаріаті. Висновок судді за результатами попереднього вивчення звернення доповідається у пленарному засіданні Великої палати.

КСУ завжди критикували за так звану закриту частину пленарного засідання, що не відповідає елементарним стандартам судочинства. Закрите засідання виправдане для питань національної безпеки та приватності – натомість у законопроекті, далі демонструється викривлене, пострадянське уявлення про природу конституційного правосуддя.

Тому регламентування порядку проведення судового засідання дещо змінили: воно розглядається як гарантія вимог належної конституційної процедури, процесуальних прав і обов'язків учасників конституційного судочинства. У Законі знайшло своє регулювання призначення справ до слухання, особливостей відкритих і закритих засідань КСУ, процесуального статусу учасників конституційного судочинства та їх відповідальності за порушення порядку судового засідання, порядку дослідження питань та проведення заключних дебатів у судовому засіданні, припинення та закінчення розгляду справи, підготовки та ухвалення рішень КСУ, юридичної сили та порядку їх виконання.

Насамкінець, у законі про КСУ так і не було конкретизовано особливості розгляду окремих категорій справ. Структурування відповідних глав має включати регламентацію таких елементів, як особливості права на звернення до КСУ, меж розгляду справи, особливості участі в конституційному провадженні та зміст рішення. При визначенні меж юрисдикції КСУ їх слід регулювати як певні позитивні обов'язки Суду, а не як критерії визначення допустимості звернень до КСУ. В останньому випадку це призводитиме до практики обмеження прав людини. Стосовно панівної доктрини нерозгляду КСУ нечинних правових актів, то воно має бути трансформовано через таку формулу. Якщо КСУ встановить, що положення нечинного правового акта порушують права і свободи людини і громадянина, то Суд може ухвалити рішення про вирішення питання щодо його конституційності.

Водночас слід пам'ятати, що важливе не настільки законодавче регулювання діяльності КСУ, наскільки кардинальна зміна мислення конституційних суддів у бік захисту основоположних цінностей – гідності людини, свободи, рівності, справедливості верховенства права, демократії, суверенітету і територіальної цілісності України. Ціннісне наповнення діяльності конституційного правосуддя завжди дає змогу перепиняти свавільні дії законодавця та виконавчої влади, критерієм чого служать непорушуваність і невід'ємність прав людини і основоположних свобод. Це і має складати сенс конституційного правосуддя, його квінтесенцію.

#### ***5.4.3. Преюдиціальний запит як новела у судовій практиці.***

Внесення змін до законодавства доволі часто має наслідком зміни у підходах щодо вирішення певних категорій справ судами, що служить причиною незгодженості судової практики. Це загрожує потенційно станом правової невизначеності та стає причиною необґрунтованої різниці у виводженні із різними категоріями приватних осіб, призводячи до їхньої дискримінації та порушення прав людини. Сама по собі неоднаковість судової практики суперечить засадам

верховенства права, забезпеченню єдності правового порядку в Україні та єдиного розуміння положень Конституції і законів України. З цієї метою вводяться інституції та процедури забезпечення єдності судової практики за допомогою запиту до Верховного Суду, коли в ході розгляду справи по суті виникають істотні труднощі доктринального і правозахисного характеру, що може мати негативні наслідки для захисту прав людини і основоположних свобод.

Запровадження преюдиціального запиту дасть змогу забезпечити єдність судової практики вже на стадії розгляду справи по суті чи на рівні апеляційної інстанції. На відміну від процедури надання Верховним Судом власних правових висновків, які здійснюються після вичерпання процесуальних засобів у рамках існуючого в Україні інстанційного розгляду справ, процедура преюдиціального запиту дасть змогу попередити неузгодженість судової практики ще на стадії судового розгляду справи по суті та забезпечити єдність юриспруденції судів загальної юрисдикції. Також преюдиціальний запит може розв'язати багато колізійних питань, пов'язаних із співвідношенням адміністративної та господарської юрисдикції тощо.

Відповідно до засад правової визначеності як елемента верховенства права преюдиціальний запит спрямований на забезпечення єдності судової практики на різних стадіях судового розгляду різних категорій справ по суті. Також запровадження цього інституту сприятиме імплементації у правову систему юриспруденції Європейського суду з прав людини.

У праві Європейського Союзу інститут преюдиціального запиту судів, які вирішують справу по суті та в ході розгляду зачіпається певним чином право ЄС, що може вплинути істотно на суть спору, застосовується у таких випадках:

- запити про тлумачення, мета яких – отримати від Суду ЄС роз'яснення змісту тих чи інших положень установчого договору або законодавства ЄС;
- запити про дійсність правових актів ЄС, що подаються в тих випадках, коли національний суд приходять до висновку про можливе протиріччя правового акта ЄС його установчому договору. У подібній ситуації він також зупиняє розгляд справи і направляє відповідний запит до Суду ЄС. Розглянувши запит, останній може оголосити оскаржений акт або окремі його положення недійсними, що позбавляє їх юридичної сили на всій території Союзу;
- запити про відповідність внутрішньодержавних актів праву ЄС. Подібні запити подаються, коли при розгляді справ у національних судах виявляється можливе протиріччя між правовим регулюванням на внутрішньодержавному рівні та на рівні ЄС.

Натомість, стаття L. 151-1 французького Кодексу про судоустрій передбачає наявність трьох обов'язкових умов для здійснення преюдиціального запиту:

- 1) положення закону повинне бути новим;
- 2) воно має спричинити серйозні труднощі;
- 3) ці труднощі повинні виникати у багатьох судових справах.

Виходячи із такого досвіду та відповідно до конституційних засад правової держави (стаття 1), поваги до гідності та прав людини (стаття 3) та верховен-

ства права (частина перша статті 8), можна внести такі зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів»:

«У статті 13 Закону викласти новий пункт 7 у такій редакції:

«7. Суд, який розглядає справу, звертається з преюдиціальним запитом до Верховного Суду у разі:

1) коли неоднозначність судової практики спричинює істотну шкоду правам і свободам людини і громадянина;

2) коли у закон внесені зміни, які істотно впливають на подальший розвиток судової практики та викликають необхідність додаткової аргументації;

3) коли неоднозначність судової практики викликає істотні труднощі у належному застосуванні закону та його тлумаченні, що має значення для правильного вирішення справи по суті.

Про звернення до Верховного Суду із преюдиціальним запитом суд приймає вмотивовану ухвалу та зупиняє провадження у справі. Верховний Суд зобов'язаний надати висновок невідкладно з предмету преюдиціального запиту, але не пізніше двох місяців з дня його надходження».

За таких умов можна говорити не лише про забезпечення єдності судової практики через інстанційний рух справ чи за допомогою конституційної скарги, а побудову певного превентивного механізму, спрямованого на узгодженість, сталість судової практики (юриспруденції). Наразі за чинними нині правилами можна огульно переглянути будь-яке судове рішення, оскільки воно ніби порушує чи то матеріальне, чи то процесуальне право. І при запровадженні преюдиціального запиту зовсім в іншій площині виглядатимуть цілі апеляційного та касаційного перегляду.

#### **5.4.4. Сутність апеляційного та касаційного перегляду судових рішень у світлі єдності судової практики.**

За своїм змістом ау і касація в європейських країнах передбачає різні аспекти судового перегляду: предметом апеляції є питання факту і права, а предметом касації – виключно питання права. Наприклад, § 212 ЦПК Чеської республіки [6] передбачає повноваженням апеляційних судів перевіряти питання факту і права у межах, визначених в апеляційній скарзі. З урахуванням наведеного нижче слід підкреслити, що в Чехії встановлено частково обмежену апеляційну скаргу. В той же час § 212а ЦПК Чеської республіки передбачає доволі активну роль суду в ході апеляційного провадження, передбачаючи такі його прерогативи: 1) необхідність судового перегляду у зв'язку із істотними вадами дослідження судом першої інстанції фактичних обставин чи неправильної їх правової оцінки; 2) нові факти чи докази суд може взяти до уваги, якщо вони були застосовані сторонами; 3) суд може взяти до уваги процесуальні порушення, якщо вони мають наслідком неправильне рішення у справі; 4) такий перегляд впливає із того, що за вироком суду встановлено порушення у ході ухвалення такого рішення. Далі § 213 ЦПК Чеської республіки встановлює, що апеляційний суд не зв'язаний фактами, які дослідив суд першої інстанції, тобто

він може їх повторно дослідити, а також він може дослідити нові докази за обґрунтованим клопотанням сторін по справі, коли апеляційним судом «має бути доведено, що не було проведено жодного дослідження або недостатньо досліджено доказів» (*jež jimi má být prokázána, dosud nebylo provedeno žádné nebo zcela nedostatečné dokazování*).

Згідно зі статтею 378 ЦПК Польщі [7] визнається обмежена апеляційна скарга, оскільки суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення у межах вимог, які визначені в апеляційній скарзі. Тим більше, стаття 381 ЦПК Польщі дозволяє суду другої інстанції не брати до уваги нові факти і докази, якщо сторона могла посилатися на них у суді першої інстанції, хоча потреба посилатися на них виникла пізніше. Стаття 383 ЦПК Польщі взагалі містить генеральну заборону розширення предмета апеляції:

*«В апеляційному провадженні не можна розширити межі (завдання) позову або пред'являти нові вимоги. Однак у разі зміни обставин можна задати замість первинного предмета спору зміну його вартості або іншого предмета, а у випадках, що свідчать про повторюваність, можна більше розширити межі (завдання) позову при засвідченні для подальших періодів».*

По суті вихід суду апеляційної інстанції за межі апеляції можливий лише у випадках зміни обставин у відносинах сторін по справі, які викривають предмет спору у якісно іншому ракурсі, розкривають нові аспекти у його фактичному і юридичному складі, зокрема, це може бути у формі продовження порушення цивільних зобов'язань відповідачем перед позивачем.

Правила допустимості касаційних скарг у Польщі доволі жорсткі і касаційний розгляд має на меті насамперед забезпечення Верховним судом єдності судової практики, а не настільки виправлення судових помилок. Наприклад, стаття 398<sup>2</sup> ЦПК Польщі встановлює обмеження у розгляді касацій по майновим спорам до 50 тис. злотих, а по соціальним спорам – до 10 тис. злотих; також є недопустимі касаційні скарги про розлучення, аліменти, спори, які розглядаються за спрощеною процедурою. Згідно зі статтею 398<sup>8</sup> ЦПК Польщі, встановлені такі підстави для касаційного перегляду:

- 1) у справі наявна значна правова проблема;
- 2) існує необхідність інтерпретувати правові положення, які викликають серйозні сумніви або розбіжності в судовій практиці;
- 3) судовий розгляд у судах нижчих інстанцій є недейсними або
- 4) касаційна скарга є явно обґрунтованою.

У такий спосіб польське цивільно-процесуальне законодавство встановлює основоположну функцію касаційної інстанції із забезпечення якості судової практики, а не тотальної ревізії всіх можливих судових рішень.

Чеська і польська моделі заслуговують на увагу і потребують ще свого ретельного дослідження вітчизняними правознавцями, аби сформулювати адекватні фільтри для доступу до суду касаційної інстанції, діяльність якої має бути

спрямована, насамперед, на вирішення фундаментальних проблем у національному правопорядку, а не перетворюватися на рутинний механізм виправлення численних суддівських помилок. Також слід зазначити, що аналізовані зарубіжні цивільні процесуальні кодекси містять механізми позасудового вирішення спорів у формі медіації й третейського арбітражу і суди загальної юрисдикції посідають доволі активну позицію, пропонуючи сторонам скористатися можливостями альтернативного вирішення спорів, зважаючи на міркування процесуальної економії та ступінь важливості спору про право.

**Висновки або судова правотворчість не розкіш, а засіб захисту прав людини.** Забезпечення єдності судової практики завжди супроводжується правотворчістю. Абстрактні положення законів завжди «добудовуються» судом, оскільки вони у такий спосіб конкретизуються і деталізуються відповідно до фактичних обставин. Така «добудова» права судами має відповідати вимогам демократичної легітимності – на засадах довіри суд має всіма можливими засобами сприяти захистові прав людини, а відповідно, недоліки (прогаліни, колізії, конкуренцію норм) законодавства тлумачити на користь прав людини та забезпечення захисту слабшого у правовідносинах. Тому судова правотворчість є не розкішшю, а має стати структурою повсякденності юриспруденції – надійним засобом захисту прав людини.

### Список використаних джерел

1. Microcensus Case (1969), 27 BVerfGE.
2. Рішення Конституційного Суду Литви від 8 серпня 2006 р. «Про відмову у судочинстві».
3. Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2(40) - 3 (41). 2008. С. 70 – 245.
4. Рішення КСУ № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16>
5. Občanský soudní řád. Předpis č. 99/1963 Sb. *Zakony pro lidi*.<sup>cz</sup> URL: <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/1963-99>
6. Kodeks postępowania cywilnego. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. *Dz.U.* 1964 nr 43 poz. 296 URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19640430296>



## Розділ 6.

- 6.1. *Природа прав людини як основоположного конституційного рішення держави*
- 6.2. *Обмеження прав і свобод людини*
- 6.3. *Гарантії прав і свобод людини*
- 6.4. *Право на справедливий суд та конституційна юрисдикція*
- 6.5. *Належна правова процедура та конституційні стандарти у кримінальному процесі*
- 6.6. *Природа соціальних прав*

### **6.1. Права людини як основоположне конституційне рішення**

Права людини доволі проблематично визначені у структурі Конституції України, оскільки вони є дивним гібридом ліберальної та соціалістичної концепцій прав людини. Це закладає внутрішній конфлікт у семантику конституційного тексту, підриваючи засади його цілісного тлумачення. На виході ми отримуємо блокування ефективності прямої дії конституційних приписів, що підриває авторитет Конституції України. Проблема пов'язана також із дискусією стосовно універсального характеру прав людини чи їх відносним характером у залежності від структури суспільства (культурний релятивізм). Насправді питання доволі складне, адже, на перший погляд, навіть федеральний апеляційний суд 7 округу трактував питання *hate speech* у справі *Collin v. Smith (1978)*<sup>89</sup> крізь призму

<sup>89</sup> Американська система свободи вираження поглядів полягає у переважанні надання їй захисту, оскільки свобода як така не підлягає обмеженню, оскільки складає фундамент демократичного порядку. У справі *Collin v. Smith (7th Circuit 1978)* Апеляційний суд США 7 округу дав таку характеристику *hate speech* у сенсі Першої поправки до Конституції США, яка встановлює гарантії свободи вираження, та обставин заяв і проведення масових заходів Націонал-соціалістською партією Америки у містечку Скокі, штат Іллінойс, спрямованих на заперечення факту Голокосту, водночас роблячи наголос на відмінну структуру американського суспільства від суспільного укладу життя в Третьюму Рейху: «Законодавство всупереч змісту дії Першої поправки, проте, спрямовує уряд на слизький і нестійкий шлях: перш за все, Перша поправка означає, що уряд не має права обмежувати вираження поглядів, їх ідеї, предмет або зміст. Це не означає, звичайно, що зміст законодавства як такий є недійсний. При дуже обмежених обставинах, уряд може заборонити їх зміст на підставі безпосередньої небезпеки тяжкого базового зла. Але аналіз змісту обмежень повинен розпочинатися із здорової поваги до істини, якщо вони є найбільш прямою загрозою для життєздатності прав, що гарантуються Першою поправкою».

культурного релятивізму, посилаючись на структуру суспільства, але обґрунтовуючи ідею захисту свободи вираження поглядів, він стоїть на універсалістських позиціях [1].

У цій частині роботи я розгляну (1) основні підходи, що склалися у розумінні прав людини; (2) людську гідність у структурі прав людини, а також яким чином ця структура (3) визначається статтею 3 Конституції України. Далі буде розкрито (4) поняття сутності змісту основоположного права у співвідношенні із (5) принципом пропорційності як легітимної основи втручання публічної влади у сферу приватної автономії, з метою (6) з'ясування у світлі доктрини горизонтального ефекту конституції рівного масштабу впливу конституційних цінностей і принципів на публічне і приватне право, що має значення для визначення обсягу захисту конституційних прав. Предметом розгляду також є (7) структура прав людини через призму поділу влади, зокрема, ролі судового конституційного контролю, критеріїв інтенсивності законодавчого регулювання та збалансованої регуляторної та соціальної політики уряду.

### **6.1.1. Поняття прав людини у сучасній доктрині: основні підходи.**

**а) Обґрунтування прав людини у правовій традиції.** Права людини обґрунтовуються у правовій доктрині через моральний аспект, головним критерієм якого виступають обґрунтування індивідуальної свободи. Наступним підходом є процедурний аспект, в основу якого покладено гарантії рівного доступу до матеріальних і духовних благ, які забезпечуються юридичним захистом. Третім підходом є сутнісний підхід, оскільки примирює суперечливі аспекти морального та процедурного підходів і розкриває права людини в контексті людської гідності.

**б) Права людини та індивідуальна свобода.** Моральне обґрунтування прав людини, як правило, здійснюється через їхнє визначення як певної міри свободи. Моральне обґрунтування прав людини пов'язується із рівним масштабом врахування інтересів усіх у контексті того, як права кореспондуються із обов'язками [2, с. 64]. Так само з точки зору засад справедливості Джон Ролз формулює свої два знамениті принципи свободи як а) масштаб рівних можливостей і б) балансування таких можливостей у суспільстві<sup>90</sup>.

*і) свобода як здатність особи до вільного вибору.* У цьому контексті свобода трактується як можливість суверенного вибору індивіда. Водночас за таких

---

<sup>90</sup> У своїй «Теорії справедливості» Джон Ролз обґрунтовує принцип свободи наступним чином [3, с. 102]:

«Перше формулювання двох принципів буде таке.

Перший принцип: кожна особа повинна мати рівне право на щонайширший план рівних основних свобод, і цей план має бути сумісним із подібною схемою свобод для інших.

Другий принцип: соціальні й економічні нерівності слід залагоджувати таким чином, щоб а) можна було розсудковій сподіватися на їхню корисність для кожного й б) вони пов'язувалися з відкритими для всіх посадами й постами».

умов слід зважати на масштаби вибору, оскільки свобода є «(1) свободою певного носія свободи, (2) від чогось (певних перешкод), (3) для чогось (предмет свободи)» [4, с. 144]. Такий вільний вибір має об'єктивні межі, які пов'язані із відповідальністю вільного індивіда. За таких умов моральних засад обґрунтування прав людини недостатньо.

*ii) свобода як здатність особи до відповідального вибору.* Відповідальність як аспект свободи сприяє юридизації цього явища, переносячи такий вибір в окремих випадках у процедурно-процесуальну площину. Вибір оптимального варіанту поведінки зумовлюється логікою колективних дій та соціальної взаємодії, на основі чого й ґрунтуються сучасні доктрини раціональної поведінки особи. Зокрема, Юрген Габермас заперечує моральні засади прав людини, оскільки право і мораль слід чітко розмежовувати<sup>91</sup>, а тому, на його думку, правило визнання зумовлене легітимністю процесу закріплення прав у конкретному суспільстві, тобто на основі поєднання національного суверенітету і прав людини [5, с. 112]. Чим би не завершувалася ця дискусія, але формалізація прав пов'язується із юридичною відповідальністю<sup>92</sup>, на чому потім ґрунтуються аргументи стосовно правової визначеності. Але оскільки Габермас розглядає права людини у контексті домагань, то він також визнає моральний вимір, що зумовлює конкретні вимоги якості до діяльності органів публічної влади.

**в) Права людини та рівність.** На практиці принцип рівності доволі часто служить засобом вирівнювання можливостей індивідів, які наділені різними здатностями і кожен по-своєму є унікальним. Принцип рівності припускає рівне ставлення до кожного. Однак не завжди рівне ставлення до кожного гарантує рівні можливості індивідів щодо забезпечення доступу до матеріальних і духовних благ. Рівність має (1) стверджувальний та (2) антидискримінаційний аспекти. Про складність і суперечливість цього підходу цілковито засвідчує судова практика.

*i) стверджувальна рівність.* Рівний масштаб реалізації прав людини зумовлений однаковим поводженням при однакових обставинах. Важливим також є порівняння однакового ставлення стосовно певних категорій осіб – у разі ігнорування цього положення ми отримуємо порушення рівності і за такої ситуації – фактичне невизнання правомірних домагань з боку окремої категорії осіб. Хоча ці особи відносяться до спорідненої категорії, однак нерівне

---

<sup>91</sup> Юрген Габермас наводить таке міркування стосовно характеристики юридизації прав людини, що тісно пов'язано із його розумінням свободи: «сучасне сформульоване право, що виступає з домаганням на систематичне обґрунтування, а також загальнообов'язкову інтерпретацію і подальшу реалізацію» [5, с. 106].

<sup>92</sup> Стосовно юридичної відповідальності як визначення об'єктивних меж вільного вибору дає доволі яскравий аналіз Рональд Дворкін при обґрунтованості моральних засад юридичної відповідальності за порнографію чи гомосексуалізм, які він спростовує, спираючись на розуміння приватності, приватної автономії індивіда [6, с. 326-349].

ствалення до них призводить до фактичного заперечення права, а тому – до дискримінації<sup>93</sup>.

*ii) недопущення дискримінації.* Станіслав Погребняк стверджує, що принцип рівності визначається формальною та фактичною рівністю. До формальної рівності вчений відносить: рівність перед законом; рівність перед судом; рівність прав і свобод людини і громадянина; рівність обов'язків людини і громадянина. До фактичної рівності можливостей належать: диференціація правового регулювання та принцип позитивної дискримінації [9, с. 82–88]. Рівність імпліцитно включає в себе і диференціацію через певні якості людини як соціального індивіда, тому існує потреба у визначенні рівномірності розподілу соціальних благ з метою забезпечення потреб та інтересів індивіда<sup>94</sup>. Тобто принцип рівності тісно пов'язаний із справедливістю. Зокрема, процесуальна справедливість тісно пов'язана із реалізацією права на судовий захист. Слід відзначити, що положення статті 24 Конституції України стосовно розуміння принципу недискримінації слід привести у відповідність до міжнародно-правових актів.

**г) Гідність людини та права людини.** Мною гідність розглядається як принцип, що інтегрує в собі рівність і свободу, тобто примирює юридичний і моральний аспекти прав людини. Водночас він точніше передає антропологічний та соціогуманітарний виміри права, не зводячи це до конституційної декларації. Тому для країни із домінуючим юридичним позитивізмом є критично важливою чітко сформульована конституційна формула щодо зобов'язуючого характеру гідності людини для діяльності публічної влади.

<sup>93</sup> В останній час доволі суперечливі, дискримінаційні по суті, рішення ухвалює Верховний Суд України. Наприклад, Верховний Суд України визнав правомірною практику судів (висновок від 10.03.2015 р. у справі № 21-615а14), згідно з якою жінка, яка спільно проживала і вела спільне господарство із чоловіком, але не перебувала із ним в шлюбі, не володіє правом на отримання пенсії в зв'язку зі смертю годувальника. Логіка суду полягає в тому, що таке спільне проживання і ведення господарства «без шлюбу» ще «не є підставою для виникнення прав і обов'язків подружжя», а тому: «В окремих сферах правовідносин (житлових, цивільно-майнових, сімейних, трудових та інших) такі відносини можуть підпадати під поняття сім'ї, а її учасники визнаватися членами сім'ї, яким, з огляду на об'єктивну відмінність їх змісту у відповідних галузях законодавства, надаються або не надаються (обмежуються) відповідні права та обов'язки» [7]. Як видно, суд себе не морочить бодай якимись притомними аргументами на користь такої диференціації правового регулювання, хоча така диференціація мала би бути обґрунтована з огляду на особливості осіб, що перебувають у шлюбі та у фактичних зв'язках, оскільки складають сім'ю. Це відверте дискримінаційне формулювання Верховного Суду України не витримує критики хоча б спираючись на практику Європейського суду з прав людини в означеній сфері [8].

<sup>94</sup> Конституційний Суд України поки що не схильний до судового активізму, він демонструє стриманість, оскільки у випадках явного дискримінаційного законодавства суд рекомендує Верховній Раді внести зміни у законодавство з метою усунення занадто дискримінаційних положень. Наприклад, саме таким чином Конституційний Суд України рекомендував парламентові встановити граничні межі неустойки та пені для споживчих кредитів для фізичних осіб, хоча таке обмеження діє з 1996 року для юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців (Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.).

**д) Питання юридичної техніки та права людини у світлі основоположних конституційних цінностей.** Стаття 3 Конституції у цьому аспекті вкрай невдало сформульована, оскільки поєднує у собі різнопорядкові соціальні цінності, які забезпечуються юридичним захистом. Такі положення мають формулювати конкретні зобов'язання держави перед особою, а не перетворювати конституційні формули у певні декларації про політичні наміри, що є несумісним із нормативною природою конституції як основоположного закону, положення якого мають пряму дію. У світлі означених критеріїв є достатньою і доречною формула, у силу якої:

*«Гідність людини недоторканна. Захист гідності людини забезпечується всіма засобами Української Республіки».*

### **6.1.2. Гідність людини у структурі прав людини.**

**а) Засади розуміння людської гідності.** Концепція гідності людини ґрунтується на християнській етиці [10], категоричному імперативі Імануїла Канта [11] та модерному трактуванні людської свободи як форми вираження гідності, яка заперечує утилітарне призначення прав і свобод людини, які раніше розглядалися у контексті певних результатів їх здійснення [12, с.36–38]. Тому права людини визначають якість позитивного права.

**б) Християнська етика про людську гідність.** Згідно із засадами християнської етики людська гідність є самодостатньою соціальною цінністю, оскільки людина розглядається як вінець Творця, створений за Його подобою [13, с. 80–81]. «Людину, яка не розуміє своєї гідності, – зазначав св. Августин, – можна порівняти зі скотиною беззмістовною і вподібнювати до неї» [14, с. 198]. Природничо-правова теорія розглядає гідність як наділене природою фундаментальне право людини, яке має вічну природу і покликане реалізувати її здібності у суспільстві.

**в) Морально-етичні засади гідності людини.** Згідно із категоричним імперативом І.Канта людська гідність розглядається крізь призму вартості людини у суспільстві: людину слід розглядати як мету і ніколи не можна не сприймати як засіб. Відповідно до цього перелік прав людини слід розглядати як політичне трактування, яким чином людина розглядається як мета [15, с. 90]. Професор П. Рабінович розглядає гідність людини як моральну категорію, яка визначає її самоцінність як родової біосоціальної істоти, зумовленої існуючими суспільними відносинами та іншими факторами людського буття; абсолютною, об'єктивно недоторканною, яка не може бути об'єктом порушення [16, с.8–9]. У кінцевому результаті гідність виражає гарантовану правовими засобами здатність людини реалізувати свої здібності як індивіда, що вступає у суспільні відносини. Загалом поняття людської гідності має своє ціннісне навантаження і зумовлює метаюридичне трактування цього поняття [17, с. 169–186].

**г) Конституційні конструкції.** Конституція України двояко підходить до визнання людської гідності як соціальної цінності. Згідно зі статтею 3 Конституції, визнається гідність людини у якнайширшому розумінні через формулу «найвищої соціальної цінності». Особливістю техніки викладу юридичної конструкції в статті

З Конституції є те, що вона, окрім гідності людини, охоплює й окремі засадничі права людини (право на життя, право на здоров'я, право на особисту недоторканність, які гарантують безпеку індивіда). Стаття 28 Конституції гарантує гідність людини у вузькому значенні як суб'єктивне право особи висувати вимоги до держави захистити її від катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує її гідність, поводження чи покарання. Також встановлюється заборона проведення медичних, наукових чи інших дослідів над людиною без її вільної згоди.

**д) Конституційна юриспруденція і поняття гідності людини.** Виходячи із визнання гідності людини як найвищої соціальної цінності, в Конституції України конкретизується її сутність як через принцип свободи розвитку особистості (стаття 23), так і конкретні права і свободи, які гарантуються за допомогою конституційних засобів. КСУ розглядає гідність людини крізь призму зв'язаності держави правом, за яким держава несе обов'язки перед людиною за свою діяльність, про що він неодноразово зазначав у своїх рішеннях шляхом прямого звернення до формули частини першої статті 3 Конституції України. Таким чином, у конституційній юриспруденції гідність людини інтерпретується як принцип права, який переплітається із верховенством права і є найвищою конституційною цінністю. Формула про людську гідність як найвищу конституційну цінність сформульована у юриспруденції ФКС Німеччини<sup>95</sup>. Якщо ж порівнювати спосіб закріплення гідності як конституційної цінності, він є відмінним в Україні у порівнянні із конституціями деяких європейських країн<sup>96</sup>.

### **6.1.3. Структура прав людини згідно із змістом речення третього частини другої статті 3 Конституції України як основоположної конституційної норми.**

**а) Загальні положення про структуру прав людини.** Зазначене вище конституційне положення Конституції України звучить так:

*«Утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина є головним обов'язком держави».*

<sup>95</sup> У справі про мікроценси Федеральний конституційний суд Німеччини визнав як посягання на гідність особи положення федерального закону, який зобов'язував інформувати виконавчу владу главою сім'ї про місце і тривалість «святкових поїздок та поїздок на відпочинок» під страхом сплати адміністративного штрафу в розмірі 100 дойчмарок, як такий, що посягає на гідність людини та сферу приватного життя членів, вказавши, що гідність людини в системі конституційних цінностей посідає «провідне значення» (set of values, human dignity is of paramount importance) (BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus case, 1969)).

<sup>96</sup> Наприклад, Конституція Іспанії проголошує людську гідність як «основу політичного порядку і соціального миру» (стаття 10.1), Основний Закон Німеччини: «(1) Людська гідність недоторканна. Поважати і захищати її обов'язок всякої державної влади. (2) У силу цього німецький народ визнає непорушними і невідчужуваними права людини як основу будь-якого людського співтовариства, миру і справедливості у світі» (стаття 1); угорська Конституція визнає людську гідність як природне право, якого ніхто не може позбавити свавільно (стаття 54 (1)). Інші конституції визначають конституційні гарантії людської гідності подібно до Конституції України.

Цю конструкцію слід розглядати з точки зору відносин між приватною особою і державою і вона стосується суто суб'єктивного публічного права. Конституція визнає обов'язок держави захищати особу, вона набуває імперативного характеру і визначає зміст негативних і позитивних її обов'язків. Алгоритм цього відношення виглядає таким чином:

**б) Право людини як правомірна вимога до публічної влади.** Приватна особа<sup>97</sup> звертається до органу публічної влади з метою забезпечення доступу до певного матеріального чи духовного блага, яке забезпечується юридичними засобами, або щодо захисту охоронюваного законом інтересу. На засадах довіри таке звернення принаймні має бути розглянуто, тобто має бути формально відкрита процедура провадження на підставі цього твердження. Згідно з принципом розслідування, орган публічної влади має встановити істотні обставини справи і вирішити справу по суті; у разі, якщо порушене питання не належить до його повноважень, має скерувати відповідне звернення приватної особи до компетентного органу публічної влади чи незалежного агентства/установи, яке в силу закону наділене вчиняти відповідні публічно-владні функції і повноваження.

**в) Обов'язок захисту публічної влади.** Орган публічної влади несе обов'язок захисту відповідно до питань, які порушені у зверненні та складають предмет домагань (правомірних вимог) приватної особи, які згідно із засадами довіри визнаються правомірними. До предмета розсуду органу публічної влади належить вирішувати лише те, чи належить до його компетенції розгляд питань, порушених у зверненні приватної особи.

**г) Диференціація обов'язку захисту.** Ці питання слід диференціювати у залежності від складу негативних чи позитивних обов'язків держави:

*і) обов'язок захисту і негативні права.* У разі захисту негативних прав у держави виникає обов'язок захисту шляхом забезпечення права на справедливий суд та додержання вимог належної правової процедури у разі реалізації свободи розсуду публічною адміністрацією у ході конкретизації положень законів чи вчинення актів індивідуальної дії;

*ii) обов'язок захисту і позитивні права:*

*1) позитивні права й інтенсивність законодавчого регулювання у світли поваги гідності особи.* Законодавець відповідно до принципу поваги гідності людини (це теж положення статті 3 Конституції, яке у переліку поряд із іншими соціальними цінностями, має певне сутнісне навантаження і юридичні механізми захисту) має належним чином, якісно врегулювати певну сферу правовідносин, пов'язану із реалізацією набутих прав;

*2) зв'язаність свободи розсуду законодавця та адміністрації повагою до гідності особи.* Законодавець та уряд несе позитивний обов'язок забезпечити функціонування належної соціальної інфраструктури (медичне страхування,

<sup>97</sup> Юридична конструкція «людина і громадянин» виглядає дещо архаїчно і вона більшою мірою стосувалася періоду визнання всієї повноти прав за третім станом в епоху буржуазних революцій, про що, власне, і було означено у знаменитій Французькій декларації прав людини і громадянина 1789 р.

страхування у разі безробіття, каскадну систему страхування у разі виходу на пенсію чи втрати годувальника, чи часткової/повної втрати працездатності);

3) *збалансованість адміністративних заходів у світлі поваги до гідності особи*. Збалансоване фінансування відповідних соціальних заходів на засадах субсидіарності, що передбачає ініціативу та підтримку можливих ризиків, пов'язаних із системою різнопорядкового і різнотипового соціального страхування.

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

У світлі означеного друге речення частини другої статті 3 Конституції аж ніяк не можна розглядати як якусь декларацію, це є імперативна, основоположна норма Конституції, яка закладає власне підвалини конституційного порядку в Україні в цілому.

#### **6.1.4. Сутнісний зміст прав людини як фундаментальна категорія у правовій системі.**

**а) Інтегративна основа розуміння прав людини.** Основоположна конституційна норма визначає принцип, який є надпозитивним, тобто визначає критерії якості писаного права – встановлює критерії якості закону<sup>98</sup>, який за ніяких умов не може посягати на реальну здатність особи забезпечити доступ до матеріальних чи духовних благ або захистити законний її інтерес. У структурі конституційного порядку категорія «гідність людини» є «відкритим положенням», яке у ході конкретизації та інтерпретації законодавства наповнюється змістом і надає обґрунтування стосовно забезпечення особі рівних можливостей для вільного розвитку своєї індивідуальності. Таким чином ми формулюємо первинний постулат, згідно з яким сутність змісту права людини полягає у можливості особи робити суверенний і відповідальний вибір стосовно розвит-

<sup>98</sup> Термін «закон» я вживаю суворо у тому значенні, як це прийнято у Доповіді Венеційської комісії про верховенство права [18], під яким мається на увазі все законодавство, міжнародні договори та усталена судова практика. Це потребує зміни традиційних поглядів на закон, які склалися у нашому суспільстві. Як буде наведено нижче, вітчизняне розуміння поняття «закон» не витримує критики з точки зору інтенсивності правового регулювання та розуміння свободи розсуду, а також функції адміністрації та правосуддя стосовно конкретизації та інтерпретації законодавства. Багато проблем у забезпеченні прав людини пов'язано із формалістичним трактуванням законодавства крізь призму дещо архаїчної категорії «верховенство закону».



ку своєї індивідуальності у відкритому суспільстві<sup>99</sup>. Це передбачає (1) правило визнання та (2) повагу до прав людини.

**б) Правило визнання** певного домагання-вимоги особи як правомірного проявляється дуально:

*i) правило визнання та сутність змісту прав людини.* Цей принцип ґрунтується на презумпції, згідно з якою вимога особи у державно організованому суспільстві є правомірною, а держава покликана забезпечити належне вирішення питання, пов'язаного із забезпеченням чи захистом порушеного права і не посягати на можливість його реалізації<sup>100</sup>;

*ii) юридизація прав людини та допустимі обмеження прав людини.* Юридизація прав людини забезпечується через засади пропорційності, які визначають допустимі межі втручання у суверенний вибір особи – сферу приватної автономії індивіда. Іншими словами, принцип пропорційності поєднує в собі природно-правовий та юридичний виміри права.

**в) Повага до прав людини** насамперед означає, що законодавство має належним чином врегулювати обсяг і зміст прав людини і основоположних свобод. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування виконавчою владою і судами, означає відсутність законодавчого регулювання<sup>101</sup>. Звідси випливає

<sup>99</sup> Так, Петер Коллер характеризує три моделі, які визначають обсяг значущості прав людини: а) модель розділених; б) модель всеохоплюючого світового суспільства; в) модель взаємозалежних національних суспільств [19, с. 100-102]. Ця модель є цілком задовільною, оскільки вона враховує диференціацію різних типів правової традиції та їхньої взаємодії стосовно розуміння прав людини.

<sup>100</sup> Зокрема, Конституційний Суд України у своєму рішенні № 3-рп/2015 вказав таке:

«...обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрунтованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права».

<sup>101</sup> Наприклад, встановивши дискримінаційність відсутності обмеження щодо встановлення граничних меж штрафів та неустойок для фізичних осіб – споживачів у порівнянні із наявністю такого обмеження для юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців Конституційний Суд України у справі Дмитра Козлова вказав на відповідне упущення законодавця і рекомендував врегулювати цей недолік (Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.):

«...умови договору споживчого кредиту, його укладання та виконання повинні підпорядковуватися таким засадам, згідно з якими особа споживача вважається слабкою стороною у договорі та підлягає особливому правовому захисту з урахуванням принципів справедливості, добросовісності і розумності. Виконання державою конституційно-правового обов'язку щодо захисту прав споживачів вимагає від неї спеціального законодавчого врегулювання питань, пов'язаних із забезпеченням дії зазначених принципів у відносинах споживчого кредитування, зокрема щодо встановлення справедливого розміру неустойки за прострочення виконання грошових зобов'язань позичальниками – фізичними особами.»

вимога до якості публічного управління як процесу вирішення питань суспільного значення.

**г) Конституційна семантика: сутнісний зміст прав людини та дозвільний принцип.** Конституція тлумачиться цілісно і в ній немає внутрішніх суперечностей; положення статті 3 є основоположним принципом стосовно дозвільного принципу статті 19 Конституції, який визначає вимоги щодо допустимих меж діяльності приватних осіб та органів публічної влади. З точки зору сутності змісту прав людини загальний дозвільний принцип у частині першій статті 19 Конституції слід сформулювати за класичною формулою: «Особа може вчиняти будь-які дії на власний розсуд, якщо це прямо не заборонено в законі». Чинна конституційна формула натомість є надмірно етатистською за змістом і має принаймні тлумачитися з точки зору гідності людини (стаття 3) та свободи розвитку індивіда (стаття 23). Частина друга статті 19 Конституції встановлює основні параметри законності дій органів публічної влади.

**д) Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади.** Це положення однаковою мірою стосується всіх органів влади за аналогією, як це формулює боннський Основний закон 1949 року: «законодавство є зв'язане правом, а управління та правосуддя – правом і законом».

*і) неприпустимість зловживань.* Правові акти адміністрації та судової влади видаються на основі закону. Такі акти видаються на виконання конкретних приписів закону або вони конкретизують його зміст, що передбачає розсуд, при використанні якого завжди існує потенційна загроза свавільного застосування права. Адміністративний акт чи судове рішення, які ухвалені відповідно до визначених формальностей, мають юридичну силу закону в межах юрисдикції органу (його повноважень, території поширення влади, процедури прийняття), що прийняв цей акт. Однак у судовому порядку адміністративні акти можуть бути оспорені і визнані нечинними згідно з певними правовими критеріями. Важливою умовою неприпустимості свавілля є обґрунтованість рішень. Рішення повинно бути обґрунтоване у письмовому вигляді, має бути зрозумілим. При ухваленні рішення особі повинно бути роз'яснено про можливість його оскарження.

*ii) неприпустимість надмірних обмежень у реалізації прав людини.* За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутність змісту основного права і перевищували межі необхідності, що впливають з публічного інтересу<sup>102</sup>. Відповідно у європейській практиці ви-

<sup>102</sup> Наприклад, розмір судових зборів має пряму кореляцію із доступом до правосуддя, в т.ч. і щодо оскарження судових рішень. Надмірні судові збори є класичним прикладом встановлення законодавцем надмірних обмежень, що посягають на сутність змісту прав людини, у нашому прикладі – права на справедливий суд; інколи ці розміри є перепорою для доступу до правосуддя. Законодавець замість запровадження мирових судів, які би розглядали дрібні спори, встановлює різного роду штучні перепони; деякі представники судового корпусу вважають такий підхід правильним, оскільки нібито він «відсіює» неякісні заяви чи скарги до суду та дисциплінує учасників процесу. Насправді все виглядає доволі банальним – встановлення надмірних обмежень для доступу до правосуддя.

роблені критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

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

**е) Права людини і баланс інтересів.** Ця дилема вирішується через принцип пропорційності, що в даному випадку виглядає як принцип балансування: направлення роти солдат для затримання просування противника, щоб полк міг зайняти кращі позиції і зберегти свою боєздатність; стосовно публічних службовців діє правило стосовно неправомірності наказів, відданих з перевищенням повноважень чи з порушенням процедури тощо.

У силу таких положень права людини і основоположні свободи є за своєю природою суб'єктивними публічними правами, що визначає особливості правового стилю їхнього конституційного регулювання, яке є «відкрите», оскільки «каталог» цих прав є невичерпним і вони можуть «виводитися» судами із засад гідності людини, рівності і свободи.

### **6.1.5. *Принцип пропорційності як методологічна основа для визначення легітимних меж втручання публічної влади у приватну автономію особи.***

**а) Поняття втручання у приватну автономію.** З точки зору систематики юридичних засобів втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання» [21, с. 81]. Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини (BVerGE, 71, 183 (191)), згідно з яким: «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права».

Ідея втручання як легітимного впливу у сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава, одночасно являючись найпотенційнішим їх порушником. Про це також говорить Аннерс [22, с. 10–51], стверджуючи, що в Європі на Півдні право послужило засобом забезпечення стабільності домовленостей, а пізніше контрактів у силу ділової активності, а на Півночі – засобом для примирення і пошуку шляхів

спільного вирішення життєво важливих питань між ворогуючими кланами і племенами, які мали обмежений доступ до ресурсів.

**б) Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи.** У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити у негативному розумінні – свобода означає ніщо інше, як неприпустимість свавільного втручання публічної влади в особистий вибір особи щодо різноманітних аспектів недоторканності вільного вибору поведінки особистості. Тому можна виділити індивідуальну, фізіологічну, статево та психічну свободу людини [23, с. 172].

**в) Стаття 64 Конституції та межі втручання у приватну автономію.** Конституція України у статті 64 містить пряме застереження щодо допустимих меж втручання у приватну автономію індивіда, відповідно до якого конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених нею. Зазначене положення не містить конкретних критеріїв обмеження прав і свобод людини. Лише визначається коло конституційних прав і свобод, які не підлягають обмеженню в умовах воєнного або надзвичайного стану. Для цього необхідно визначити особливості конституційного регулювання окремого основного права, гарантованого Конституцією<sup>103</sup>.

**г) Конституційна юриспруденція про легітимність втручання та стаття 22 Конституції України.** Для визначення легітимності втручання держави у приватну автономію Конституційний Суд використовує формулу частини третьої статті 22 Конституції України. Якісні і кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини є поширеними у вітчизняній конституційній доктрині<sup>104</sup>. Зокрема, такий підхід, по суті, ґрунтується на підході, раніше сформульованому проф. Петром Рабіновичем [16, с. 7]:

*«...поняття змісту прав людини можна визначити як умови та засоби, що вони складають можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку.*

*Кількісні показники прав людини можуть відображатися... поняттям обсягу прав людини... обсяг прав людини – це їх суттєва влас-*

<sup>103</sup> Це пов'язано, як зазначають дослідники, з тим, що при розробці проекту Конституції у статті 64 також містилося положення, яким закріплювався принцип пропорційності, яке потім у зв'язку із політичними обставинами був вилучений [24, с. 279]. Конституція Пилипа Орлика також містила положення, подібні до змісту принципу пропорційності у вигляді застереження про те, що уряд не повинен накладати на рядовий і простий народ «надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог» [25].

<sup>104</sup> Конституційна юриспруденція в Україні визначає межі такого втручання за якісними (зміст) та кількісними (обсяг) характеристиками конституційних прав і свобод: «Звуження змісту прав і свобод людини означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру та кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики» (Рішення КСУ № 8-рп/2005 від 11.10.2005 р.).

*тивість, яка відображається показниками відповідних можливо-стей, виражених у певних одиницях виміру».*

Такий методологічний підхід щодо зважування цінностей обсягу та змісту прав і свобод людини, здається, поєднує ознаки концепції «сутнісного змісту основного права» та принципу пропорційності. Водночас юридична конструкція частини третьої статті 22 Конституції орієнтує лише на стан правового регулювання у сфері прав і свобод, який не повинен знижувати мінімальні стандарти їх гарантій.

**д) Виправдання втручання та трискладовий тест.** Зміст принципу пропорційності [26, с.72–78] визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають такі компоненти:

*i) на основі закону.* Запроваджені заходи мають ґрунтуватися на законі задля оптимального досягнення легітимної мети. Такі заходи мають бути вимушені і без їхнього запровадження мета не буде досягнута, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут;

*ii) необхідність у демократичному суспільстві.* Запроваджені заходи мають бути нагальними і мінімально обмежувати права людини, вони мають «передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у рамках яких відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань» [21, с. 92];

*iii) достатність і доречність засобів.* Застосування заходів має бути розумним, адекватним і в рамках процесуальної економії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутність змісту права людини. Наприклад, при застосуванні заходів юридичної відповідальності орган влади має застосовувати більш м'який захід впливу<sup>105</sup>.

**е) Юридично-технічні питання, пов'язані із принципом пропорційності.** У світлі конституційної реформи ця проблема є подвійною:

*i) конституційне закріплення.* Деякі положення Конституції абсолютно некоректно сформульовані з точки зору правової визначеності та допустимих

<sup>105</sup> Наприклад, Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу «Швидка проти України» (заява № 1788812, п'ята секція, рішення від 30.10.2014 р.) констатував, що хоча за формальними ознаками у заявниці був юридичний склад дрібного хуліганства, однак накладення судом на неї адміністративного арешту до 10 діб був явно не сумірним із легітимною метою у світлі особи заявниці та особливостей оскарження такого роду судових постанов, яке позбавлене сенсу, і таким чином порушує сутність змісту права на справедливий суд (в Україні постанови в адміністративних справах, що стосуються накладення арешту на майно та адміністративного арешту виконуються негайно після їх ухвалення, однак вони можуть бути оскаржені в порядку апеляції). Слід додати також, що у світлі політичної обстановки цього часу матеріали справи, засвідчують, що тут також мало місця переслідування Швидкої за ознаками політичних переконань.

обмежень прав людини<sup>106</sup>, тому є необхідність визначити універсальний підхід у формулюванні принципу пропорційності як частину другу статті 64 наступним чином:

«Обмеження прав людини можуть впроваджуватися на основі закону в зв'язку із необхідністю у демократичному суспільстві для забезпечення національної безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я населення та прав і свобод інших людей. У залежності від природи конкретного права можуть запроваджуватися інші обмеження, передбачені Конституцією Української Республіки».

ii) *адміністративна та судова практика*. Якщо ми говоритимемо про правомірність дій публічної адміністрації та правосуддя, то принцип пропорційності ніби пронизує своїм змістом їхню діяльність. Проблема тут переміщається у площину розсуду. Тому доволі небезпечною є риторика стосовно наявності у праві «політичної доцільності» чи «політичної волі», оскільки вони вносять у правовідносини свавілля.

#### **6.1.6. Структура конституції та поділ влади.**

**а) Цінності і структура конституції.** Структура конституції зумовлена її фундаментальними цілями – обмеження влади, об'єктивним критерієм якого є права людини. Для таких цілей запроваджується принцип поділу влади, який раціоналізує діяльність владних інститутів. Цей механізм виражає основну ідею конституції – обмеження сваволі публічної влади та забезпечення легітимності владних рішень [29, с. 207-220]. Насамкінець захист прав людини забезпечується у організованому в державу суспільстві. Тому структура конституційного порядку має бути збалансована через наступні елементи, які мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

**б) Судовий конституційний контроль у світлі прав людини.** Стрижнем конституційної архітектоники, який забезпечує реальний поділ влади, є судовий конституційний контроль. Парламентський контроль є ефективним за умов гарантій діяльності опозиції, що в кінцевому результаті все одно впирається в ефективний конституційний контроль.

У світлі забезпечення балансу повноважень та гарантій прав людини потребує удосконалення модель Конституційного Суду через гарантії незалежності конституційних суддів і розширення його повноважень щодо:

<sup>106</sup> Абсолютно неприйнятним є підхід, який відображений у статті 33 Конституції, яка визначає зміст права на свободу пересування і поселення, одночасно всупереч статті 64 (яка чітко встановлює, що можуть запроваджуватися обмеження прав лише на підставі, які прямо вказані у Конституції) визначає, що обмеження цього права встановлюються законом. Для встановлення допустимих меж обмежень цієї свободи слід звертатися до практики Європейського суду з прав людини, оскільки свобода пересування і поселення стосується просторового аспекту приватності, що гарантується статтею 8 Європейської конвенції з прав людини.

а) перевірки законів щодо їх відповідності Конституції України та міжнародним договорам, а інших правових актів – Конституції, міжнародним договорам і законам України, що дасть змогу подолати колізію конституційної та адміністративної юрисдикції;

б) розгляду конституційних скарг приватних осіб;

в) перевірки законів за зверненням судів загальної юрисдикції у порядку інцидентного конституційного контролю;

г) перевірки результатів парламентських і президентських виборів;

д) перевірки результатів всеукраїнського референдуму;

е) перевірки конституційності рішень про визнання політичних партій неконституційними та їх розпуск;

є) розгляду звернення органів місцевого самоврядування про порушення прав місцевих територіальних колективів.

**в) Права людини та інтенсивність правового регулювання** полягає у таких основних моментах:

*і) якість закону.* Закон повинен регулювати усі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Повнота законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домагань та повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні мають бути вичерпно передбачені підстави для обмеження прав людини. В самому конституційному тексті не мають бути присутніми положення про те, що законом можуть запроваджуватися додаткові обмеження прав людини, зокрема, обмеження процесуального характеру, як це має місце у статтях 28-32 чинної Конституції.

*іі) неконституційність законодавчого упуцнення.* Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки чітко визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упуцнення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

*ііі) законодавство і соціальні права.* У сфері соціальних прав законодавство конкретизує інституціональні та процесуальні заходи щодо їх забезпечення. Задля цього відповідні положення Конституції України слід відрегулювати, керуючись положеннями Європейської соціальної хартії (переглянутої). Конституція України має конкретизувати положення цієї Хартії, що стосуються:

а) критеріїв конкретизації положень Конституції і Хартії у технічних і фітосанітарних правилах, правилах безпеки тощо;

б) позитивних обов'язків держави забезпечувати належну діяльність соціальної інфраструктури, зокрема, достатньої мережі відповідних закладів на засадах довірчості і доступності;

в) впровадження програм соціального і медичного страхування, підтримки дієвості мережі відповідних публічних і приватних закладів та дієвості надання соціальної допомоги;

г) основних критеріїв поняття «достатній життєвий рівень» відповідно до принципів поваги до гідності людини, субсидіарності та пропорційності.

*iv) парламентського контролю.* Парламентський контроль над поліцією та спецслужбами щодо застосування заходів, спрямованих на обмеження конституційних прав на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла та іншого володіння особи, недоторканність кореспонденції та інших засобів комунікації приватних осіб є важливою конституційною гарантією. Цього можна досягти шляхом упродовження обов'язкових щорічних парламентських слухань щодо застосування судами за зверненням поліції і спецслужб обмежень щодо названих вище конституційних прав та обов'язкового звітування цих органів влади. У силу непропорційності практики застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою та прослуховування розмов, перегляду кореспонденції особи за рішеннями суду, такі процесуальні гарантії дадуть змогу деякою мірою подолати негативні тенденції і проблеми щодо забезпечення права людини на повагу її гідності, як у широкому (стаття 3), так і вузькому значеннях (стаття 28).

#### **г) Права людини та регуляторна і соціальна політика уряду:**

*i) свобода розсуду і регуляторна політика.* Свобода розсуду означає насамперед обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає у конкретизації положень закону у світлі його цілей і завдань. При конкретизації законів чи виконанні вимог вищестоячого органу має бути ухвалене рішення, яке засноване на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутність змісту основного права не може бути порушене при здійсненні заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду не означає свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому;

*ii) свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка соціальної інфраструктури.* Так само, у залежності від соціальної інфраструктури публічна адміністрація, наприклад, Пенсійний фонд України, має конкретизувати положення закону, спрямовані на забезпечення функцій соціального забезпечення. Наприклад, у разі настання надзвичайних економічних обставин можна визначити наступний правовий режим обмеження соціальних прав. Кабінет Міністрів ініціює слухання у Верховній Раді про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Кабінет Міністрів щоквартально має звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини. Матеріали звіту підлягають невідкладному оприлюдненню в офіційних виданнях України;

*iii) роль незалежних агентств та установ.* Є низка установ, які задля досягнення своїх легітимних цілей, будучи незалежними і не входячи до структури виконавчої влади, складають поряд із нею систему публічної адміністрації. Тому існує необхідність включити у Конституцію України розділ «Конституційні гарантії», в якому визначити статус таких інститутів:



а) омбудсманів із цивільних і політичних прав, соціальних прав та прав на розвиток, прав на інформацію та свободу преси, з питань національної безпеки, з прав територіальних громад;

б) врегулювати статус Рахункової палати (Аудиторського суду), яка є незалежним органом, формується парламентом за поданням глави держави із числа фахівців із вищою юридичною та/або економічною освітою і здійснює контроль за витратами коштів Державного бюджету;

в) Національного банку, який забезпечує збалансовану грошово-кредитну політику держави і очолюється головою, який обирається парламентом.

**Висновки.** Наведений мною аналіз прав людини та їх конституційного регулювання ґрунтується на визнанні гідності людини як фундаментальної цінності, яка має вирішальне значення для ухвалення рішення державою у формі актів законодавства, управління чи правосуддя. Забороняється таке втручання у здійснення суверенного вибору особою, якщо це не суперечить однопорядковому інтересу чи інтересу вищого порядку відповідно до засад пропорційності. Тому положення Конституції України мають бути більш виважені стосовно розуміння принципів поваги гідності людини, свободи, рівності і недискримінації, пропорційності, визначення кола позитивних і негативних обов'язків держави. Конкретизація і деталізація Конституції України зумовлює якісно нові підходи у ході здійснення функцій законодавства, управління та правосуддя.

### Список використаних джерел

1. Case Collin v. Smith (7<sup>th</sup> Circuit 1978)
2. Ломанн Г. Права людини між мораллю і правом. Госепат Ш. та Ломан Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. 320 с.
3. Ролз Дж. Теорія справедливості. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.
4. Госепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини Права людини між мораллю і правом. Госепат Ш. та Ломан Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. 320 с. С. 129-162.
5. Habermas J. *Faktizität and Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
6. Дворкин Р. *О правах всерьез*. Москва: РОССПЭН, 2004. 392 с.
7. Верховний Суд зробив висновок щодо пенсії у зв'язку із втратою годувальника Open access: [https://ius.ua/view\\_news.html?id=594](https://ius.ua/view_news.html?id=594)
8. *Запрещение дискриминации в рамках Европейской конвенции о защите прав человека (статья 14)* : Руководство для юристов. Страсбург: Interights, 2009. 127 р.
9. Погребняк С. П. *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. Харків: Право, 2008. 240 с.
10. Сергійко В.Ф. *Соціально-етичне вчення християнства: тенденції розвитку, конфесійні особливості*: Автореф. дис... канд. філос. наук. Київ: Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України., 2003. 20 с.
11. Кант І. *Обґрунтування метафізики моралі*. Київ: Основи, 2006.

12. Доннелі Дж. *Права людини у міжнародній практиці*. Львів: Кальварія, 2004. 279 с.
13. Гьофнер Й. *Християнське суспільне вчення*. Львів : Свічадо, 2002. 304 с.
14. Августин Блаженный. *О граде Божием*. Минск : Харвест; М. : АСТ, 2000. 548 с.
15. Кант И. *Основы метафизики нравственности*. Изд. 3-е. Санкт-Петербург: Наука, 2007. 1471 с.
16. Рабінович П. М. *Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень)*. Харків: Право, 1997. 64 с.
17. Рабінович П.М. (гол. ред.) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ, 2006. 280с.
18. Report of the Rule of Law: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) CDL-AD(2011)003rev. – Strasbourg, 4 April 2011. – 19 p.
19. Коллер П. Сфера значущості прав людини Госепат Ш. та Ломан Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. С. 87-109.
20. Шмідт-Ассманн Г. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права*. Вид. 2-е. Київ: Вид-во «К.І.С.», 2009. 552 с.
21. Аннерс Э. *История европейского права*. Москва: Наука, 1994. 398 с.
22. Савчин М.В. *Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації*: дис... д.ю.н. Київ: Національний університет внутрішніх справ, 2013. 564 с.
23. *Конституція незалежної України: У 3 кн. Кн. І: Документи, коментарі, статті*. К., 1995. 380 с.
24. Орлик Пилип. *Конституція, маніфести та літературна спадщина. Вибрані твори*. Київ: МАУП, 2006. 736 с.
25. Шевчук С. *Основы конституційної юриспруденції*. Київ: Український центр правничих студій, 2001. 302 с.
26. Циппеліус Р. *Філософія права*. Київ: Тандем, 2001. 300 с.
27. Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006. – 640 с.
28. Лок Дж. Два трактати про врядування. Київ: Основи, 2001. 264 с.

## 6.2. Обмеження прав людини

**Вступ.** Легітимність влади визначається виправданням її втручання у сферу приватної автономії індивіда. Це завжди пов'язано із самовизначенням особи та її можливістю вільно розвиватися у демократичному суспільстві. З іншого боку, самі по собі права людини є межею діяльності будь-якої публічної влади, накладаючи на владу певні негативні і позитивні обов'язки. Це впливає із юридично-моральної вимоги якості щодо діяльності держави та сенсу її застосування як політичного тіла суспільства, наділеного суверенітетом.

Обмеження прав і свобод людини (англ. *restriction of constitutional rights and freedoms*, нім. *Beschränkung der Grundrechte und Freiheiten*) – втручання публічної влади у сферу приватної автономії індивіда виключно на підставі закону, яким запроваджуються певні заходи, спрямовані на забезпечення балансу приватних і публічних інтересів з метою захисту національної безпеки, громадського порядку, життя і здоров'я інших людей, авторитету правосуддя. Обмеження прав людини запроваджуються судом, якщо існує нагальна необхідність для їх запровадження, наприклад, при затриманні особи на місці скоєння злочину обґрунтованість такого затримання має бути невідкладно перевірена судом (в Україні такий термін становить 72 години).

Відповідно до принципу зв'язаності держави правом сутність обмежень прав людини полягає у забезпеченні легітимного втручання держави у приватну автономію індивіда з метою забезпечення загального блага. Конституційний Суд України визнає, що верховенство права, будучи одним з основних принципів демократичного суспільства, передбачає судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу (рішення КСУ № 3-рп/2003 від 30.01.2003 р.). К.-Е. Моше вважає, що в якості критеріїв обмеження прав людини можуть виступати: 1) засіб, обраний органами публічної влади для досягнення певної мети, повинен підходити для досягнення цієї мети (доречність); 2) з усіх підходящих засобів має бути обрано такий, який передбачає мінімальне обмеження прав і свобод приватної особи (необхідність); 3) шкода, завдана приватній особі через обмеження її прав і свобод, має бути пропорційною вигоді органів публічної влади щодо досягнення поставленої мети (пропорційність у вузькому сенсі). Стаття 29 Загальної декларації прав людини встановлює, що кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи. При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина може зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві.

Згідно з принципом верховенства права обмеження прав людини може бути обґрунтованим, виключено на правових засадах із додержанням принципу пропорційності. Такі обмеження повинні переслідувати легітимну мету. До цих критеріїв належать: а) досягнення певної легітимної мети, б) необхідність у демократичному суспільстві, в) пропорційність: з аналізу Конституції України видно,

що підставами для обмеження прав людини (тобто в якості їх легітимної мети) можуть бути суспільна необхідність, національна безпека, громадський порядок і безпека, права і свободи інших людей, моральність населення, неупередженість і незалежність правосуддя. Пропорційність в обмеженні прав людини означає додержання принаймні таких умов: а) адекватність засобів покладеній (легітимній) меті; б) неприпустимість надмірних обмежень прав людини, які посягали на сутність його змісту; в) неприпустимість сваволі; г) заборона формалізму.

Звісно, що обмеження прав людини не можна зводити до формули, сформульованої головою Конституційного Суду Російської Федерації В. Зорькіним: «Захист прав людини не повинен підривати моральні устої суспільства та руйнувати його релігійну ідентичність. Забезпечення прав громадян не може створювати загрозу державному суверенітету». Такі міркування є антитезою ідеї збалансування при запровадженні обмеження прав людини, оскільки за такого підходу заперечується сутнісний зміст основного права, тобто можливість індивіда робити самостійний та відповідальний вибір варіанту власної поведінки.

### **6.2.1. Законність.**

Допускається обмеження прав людини виключно на основі закону, оскільки таке повноваження народ делегує виключно парламенту як вищому представницькому органу влади. Прийняття закону саме парламентом гарантує відкриту дискусію стосовно правового характеру можливих обмежень, які можуть накладатися на індивіда при здійсненні ним суб'єктивного права. Згідно зі статтею 64 Конституції України допускається обмеження прав людини виключно у випадках, які передбачені Основним Законом. Таким чином, закон може лише конкретизувати і деталізувати критерії обмеження прав людини, а не доповнювати чи коригувати їх зміст. При цьому слід мати на увазі, що заборона рабства та підневільного стану, заборона катування, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження є абсолютними правами, які не підлягають обмеженню за жодних обставин. Інші права і свободи є відносними і можуть бути обмеженими відповідно до вимог принципу пропорційності.

У випадку регулювання соціальних прав парламент надає досить широкую свободу розсуду уряду та адміністрації у сфері здійснення політики соціально-правового захисту. При цьому в законі повинні бути визначені засоби та інструменти можливого обмеження прав людини, тобто такі засоби уряд і адміністрація не вправі визначати на свій розсуд. Є також неправомірним делегування законодавцем повноважень урядові стосовно обмеження прав людини.

Разом з тим на практиці такі повноваження парламент в окремих випадках делегує місцевим представницьким органам. Місцеві ради як місцеві колегіальні органи вправі накладати окремі обмеження, якщо це прямо випливає із Конституції та законів, які визначають їхній статус і повноваження. Наприклад, такими заходами можуть бути запровадження на основі закону певних умов здійснення окремих видів підприємницької діяльності, визначення місцевих податків і зборів або встановлення цін і тарифів на комунальні послуги. Однак такі

дії місцевих органів влади підлягають контролю адміністративних судів. Принципово важливо у цих випадках, щоб дії виконавчої влади та органів місцевого самоврядування базувалися на Конституції і законах України.

Згідно із практикою ЄСПЛ законність означає, що запроваджувані заходи мають ґрунтуватися на основі закону. Відповідно до цього «закон повинен бути належним чином доступним: громадянин повинен мати змогу отримати адекватну інформацію за обставин застосування правових норм у конкретному випадку. Крім того, норма не може розглядатися як «закон», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку. Громадянин повинен мати можливість – у разі необхідності за належної правової допомоги – передбачити, наскільки це розумно за конкретних обставин, наслідки, до яких може призвести певна дія» (рішення ЄСПЛ у справі «Толстой-Мілославський проти Сполученого Королівства»).

### **6.2.2. Легітимність (легітимна мета втручання).**

Правовою основою обмеження прав людини є загальне визнання його суспільної необхідності, існування настійливої і нагальної потреби визначення меж здійснення суб'єктивного права з урахуванням інтересів інших осіб. Така потреба має бути зумовлена тим, що переслідувана суспільно значуща мета не може бути досягнутою ефективно за допомоги інших заходів. Гарантією загального визнання необхідності обмеження є вільне обговорення наслідків, що випливають із обмеження прав людини. Важливим є визначення такого обмеження, яке б не посягало на сутнісний зміст права (the very essence of the right) і не створювало надмірних обмежень у його здійсненні. Інакше обмеження буде нелегітимним.

Визначення меж, форм і засобів обмеження прав людини можливе у рамках парламентської процедури шляхом прийняття закону. Делегування парламентом повноважень урядові щодо обмеження прав людини не відповідає принципу верховенства права, а тому така делегація є нелегітимною. Гарантією конституційності обмеження прав людини є судовий контроль над конституційністю закону, що їх запроваджує.

### **6.2.3. Зміст критеріїв обмеження прав людини.**

Такі не є чітко визначеними Конституцією України. Конституційна регламентація обмеження прав людини є диференційованою і залежить від особливостей здійснення конкретного права. Наприклад, право власності (ст. 41) обмежене його соціальною функцією, зобов'язальним характером (ст. 13), правами, свободами та гідністю інших громадян, інтересами суспільства, охороною екології і природних якостей землі. Тому у теорії основних прав і свобод, зарубіжній практиці та діяльності Європейського суду з прав людини напрацьовані такі критеріїв обмеження прав людини.

і) *Суспільна необхідність обмежень прав людини* базується на тому, що таке обмеження необхідне для демократичного суспільства, оскільки існує потреба захисту більш важливих суспільних цінностей, ніж міркування особистих

інтересів особи. В одному із своїх рішень Конституційний суд ФРН, зазначив, що метою розгляду конституційних скарг є не лише захист індивідуальних інтересів, а забезпечення балансу приватного та публічного інтересу. Згідно із сталою практикою ЄСПЛ обмеження основних прав повинно кореспондуватися із інтересами демократичного суспільства, тобто таке обмеження повинно бути забезпечене легітимними парламентськими процедурами. Сутність суспільної необхідності полягає в тому, що інтереси суспільства мають більшу вагу, ніж здійснення суб'єктивного публічного права, тому останнє і потребує обґрунтованого обмеження. Ще одним важливим моментом запровадження обмежень є вимога демократичності суспільства, згідно з яким структура суспільства має гарантувати баланс інтересів більшості та меншості, а запроваджувані заходи не можуть посягати на сутнісний зміст права представників різного роду меншин.

*ii) Національна безпека.* В умовах реальної загрози нормального функціонування інститутам публічної влади та суспільства існує можливість у виключних випадках обмеження здійснення основних прав. Таке обмеження ґрунтується на надзвичайному характері загроз соціальним, політичним, економічним, інформаційним засадам суспільства, що несе в собі потенційну загрозу їх сталого розвитку. Воно може здійснюватися з міркування відведення загроз від найважливіших життєвих благ людей (життя і здоров'я, забезпечення мінімальних життєвих благ для існування тощо). З міркувань національної безпеки існує необхідність обмеження прав людини в умовах воєнного і надзвичайного стану. ЄСПЛ констатував важливість додержання балансу інтересів національної безпеки та поваги до особистого і сімейного життя особи при проведенні зовнішнього спостереження, яке має ґрунтуватися на засадах, згідно з якими: «Такі гарантії захисту мають бути чітко встановлені законом та мають застосовуватися до нагляду за діяльністю відповідних органів або служб. При наглядових провадженнях цінності демократичного суспільства мають дотримуватися настільки добросовісно, наскільки це можливо, зокрема верховенство права» (рішення ЄСПЛ у справі «Волохи проти України», § 54). При цьому мають існувати гарантії щодо додержання з достатньою чіткістю меж та умов здійснення органами влади своїх дискреційних повноважень у сфері національної безпеки та передбачати достатні гарантії захисту від свавілля при застосуванні таких заходів спостереження. Також формою обмеження прав людини є дерогація на підставі статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, коли держава запроваджує певні обмеження прав людини у зв'язку із наявністю життєвої загрози нації, яку необхідно невідкладно відвернути.

*iv) Громадський порядок і безпека.* Здійснення основних прав може бути обмежене з метою запобігання масових безпорядків та заворушень. Причиною таких обмежень може служити припинення масових заворушень, якщо вони загрожують правам і здоров'ю інших людей, належному функціонуванню публічних служб тощо. В Україні такі обмеження застосовувалися судами щодо місця і часу проведення мітингів та зібрань з метою забезпечення упорядкованого функціонування установ та закладів, функціонування державних і муніципаль-

них служб тощо. Цей критерій обмеження не може застосовуватися таким чином, щоб створювати істотні перепони у здійсненні суб'єктивного публічного права, зокрема свободи зібрань.

v) *Права і свободи інших людей.* Цей критерій кореспондується із положенням статті 23 Конституції України. Необхідною умовою вільного розвитку індивіда у суспільстві є юридична визначеність. Неправомірним є зловживання правом, тобто здійснення суб'єктивного публічного права на шкоду правам та інтересам інших осіб. Держава покликана забезпечити незалежний і неупереджений судовий розгляд таких обставин з метою забезпечення справедливості. Права і свободи інших людей можуть служити загальним критерієм для визначення конкретних обмежень законодавцем. Поліцейські структури на цій підставі можуть обмежувати основні права шляхом вчинення конклюдентних дій (законної вимоги припинити дії, якими вчинюються перешкоди правам і свободам інших людей, або затримання особи у невідкладних випадках при вчиненні правопорушення тощо).

vi) *Моральність населення* є складним критерієм обмеження прав людини. За своєю логікою питання моралі є предметом судової оцінки, яка завжди носить суперечливий характер. Навіть ЄСПЛ у своїх рішеннях часто посилається на те, що національні органи такі питання можуть інтерпретувати більш компетентно. Тому визначення єдиних критеріїв моральності є складним завданням. Моральність тлумачиться в залежності від обставин конкретної справи. Питання моральності завжди тісно пов'язані із релігійними питаннями, культурою, традиціями та звичаями, які є звичайними для конкретної спільноти. Моральність може стосуватися і корпоративної етики, усталеної ділової практики чи трудових відносин тощо.

vii) *Незалежність і безсторонність правосуддя.* Повага до суду і правосуддя є важливою умовою здійснення незалежного і безстороннього правосуддя. ЄСПЛ у своїй практиці наголошує на тому, що «при вирішенні того, чи є у цій справі обґрунтовані причини побоюватися, що певний суддя був безстороннім, позиція заінтересованої особи є важливою, але не вирішальною. Вирішальним же є те, чи можна вважати такі побоювання об'єктивно обґрунтованими» (рішення у справі «Ветштайн проти Швейцарії»). Для визначення того, чи може суд вважатися «незалежним» ЄСПЛ також бере до уваги такі критерії: спосіб, у який судді призначаються на посаду та на який строк; існування захисних механізмів протидії зовнішньому впливу; і те, чи складає трибунал враження незалежного (рішення «Файндлей проти Сполученого Королівства»).

Також вчинення тиску у будь-якій формі на правосуддя може служити підставою для притягнення винних осіб до юридичної відповідальності. Якщо особа вчиняє дії, спрямовані на формування упередженої позиції суду у конкретній справі (наприклад, шляхом низки публікацій про особисте життя судді, що розглядає справу), може бути застосоване обмеження основного права, що визначене безпосередньо у законі. Це є важливим, оскільки судді є уразливими і вони часто не можуть відповісти на критику. Разом з тим відкрите обговорення

питань, пов'язаних із здійсненням правосуддя, також становить значний суспільний інтерес і тому його обмеження повинно бути законним, обґрунтованим та відповідати суспільним інтересам.

#### **6.2.4. Пропорційність (сумірність) обмежень прав людини.**

Принцип пропорційності є поширеним у країнах Європи і також передбачався у проекті Конституції України (ст. 64), однак з політичних міркувань був вилучений при її ухваленні. Цей критерій визначає сумірність між здійсненням основного права та необхідністю його обмежень. Саме критерій пропорційності забезпечує обґрунтований і легітимний характер обмеження прав людини. Придатність обмеження прав людини визначає лише законодавець, однак такі заходи підлягають судовому конституційному контролю. Конституційний Суд України у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу, сформулював критерії пропорційності обмеження прав людини, згідно з якими: «обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права» (рішення КСУ № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р.).

i) *Адекватність засобів покладеній меті.* Заходи, пов'язані з обмеженням основних прав, повинні бути необхідними для досягнення законної мети. При цьому можуть накладатися такі обмеження, які є достатніми для досягнення суспільного блага та створюють мінімальний вплив на здійснення основного права. Тобто застосовувані заходи втручання держави у сферу приватної автономії мають бути мінімальними і сумірними відповідно до мети, яка визначена у законі.

ii) *Неприпустимість надмірних обмежень.* Заходи, пов'язані з обмеженням основних прав, не можуть накладати такі обмеження, які би посягали на сутність права, забезпеченого конституційним захистом. Обмеження повинні кореспондуватися із характером та змістом суспільних цінностей, на забезпечення яких здійснюється таке обмеження. На практиці складно з'ясувати, якими повинні бути критерії сутнісного змісту основного права. Разом з тим важливим є додержання таких вимог, які б не дозволяли накладати такі обмеження, які б унеможливили здійснення основного права. Сутність обмеження є відмінною від сутності заборони. Обмеження характеризує дозвільний правовий режим, тобто межі дозволення.

Однак досвід деяких країн свідчить про несумірність накладених обмежень, що призводить до їх критики у міжнародному співтоваристві. Зокрема, антитерористичні заходи, що вживає уряд США, оцінюються як несумірні із ідеєю прав людини (особливо гарантії *habeas corpus*), оскільки посягають на їх сутніс-



ний зміст та унеможлиблюють їх здійснення. З іншого боку, у вітчизняній практиці спостерігається широка практика надання суддями дозволів спецслужбам на прослуховування розмов, перегляд кореспонденції, що можна розглядати як непропорційне втручання у приватне життя особи.

*iii) Неприпустимість сваволі.* Держава не повинна допускати сваволі у відносинах по відношенню до приватних осіб. Це суперечить принципу довіри у відносинах між особою та державою, що може стати джерелом взаємної ворожості у суспільстві. Термін «сваволя» тлумачиться комплексно. Насамперед, сваволя пов'язана із зловживанням влади, внаслідок чого створюються перепони у здійсненні основного права. Із сваволею пов'язане прийняття очевидно необґрунтованих рішень, які мають вади законності. Свавільне застосування закону суперечить принципам правової держави та верховенства права. К. Екштайн виділяє такі форми прояву сваволі: сваволю при встановленні права, сваволю при застосуванні права, сваволю у результаті та в обґрунтуванні правового акту. Також у якості форми сваволі може служити приклад довільного тлумачення правової норми судом, але не помилки при їх тлумаченні. Свавільне застосування права є несправедливим та порушує принцип рівності.

При визначенні ступеня свавільності акту публічної адміністрації необхідно розрізняти особливості застосування адміністративного та суддівського розсуду. Адміністративний розсуд є виправданий, якщо орган публічної адміністрації здійснює уповноваження на основі закону робити певний вибір між варіантами, який надає закон, та відповідно до цілей, які визначені у законі. У залежності від ступеня визначеності розрізняють розсуд на рішення та розсуд на вибір. З точки зору суддівського розсуду, його функціональна спрямованість пов'язана із судовим контролем щодо запровадження певних обмежень прав людини. З цієї точки зору судовий активізм виправданий лише з метою забезпечення ефективного захисту конституційних прав і свобод. Якщо йде мова про стратегію суддівської нейтральності чи стримування, то необхідно більше уваги акцентувати на чіткій юридичній визначеності та передбачуваності можливих наслідків запроваджуваних заходів, які не можуть посягати на сутнісний зміст основного права. При стратегії суддівського стримування можливий варіант визнання судом про відсутність юрисдикції у спорі, який може мати характер зовнішньополітичного питання, внутрішньої організації діяльності органу публічної адміністрації чи таке питання може становити предмет політичної діяльності окремих посадовців, окрім вимог щодо політичної нейтральності та безсторонності окремих категорій посадових осіб.

*iv) Заборона формалізму* полягає у неприпустимості застосування права, що призводить до втрати його сенсу. Формальне застосування права може проявлятися у створенні штучних бар'єрів на шляху реалізації права, встановленні додаткових строків, умов для визнання прийнятності заяви або скарги. Прикладом надмірного формалізму є діяльність адміністративних та судових органів, якими створюються штучні перепони шляхом зволікання у строках розгляду або неповноти розгляду заяви чи скарги. Формалізмом також є витребування

непотрібних довідок або документів, які не мають безпосереднього відношення до справи тощо.

### **6.2.5. Вичерпний характер переліку підстав для обмежень прав людини.**

Він є очевидним критерієм, оскільки впливає із засад юридичної визначеності як компонента принципу верховенства права. Головним критерієм визначення меж здійснення прав людини й основоположних свобод є Конституція України, на якій можуть базуватися конкретизація та деталізація цих підстав у законі. Обмеження прав і свобод людини може встановлюватися лише на основі закону і містити вичерпний перелік підстав таких обмежень. Обмеження прав людини й основоположних свобод неприпустимо запроваджувати шляхом встановлення підстав для їх здійснення у формі актів уряду, адміністративними органами, чи органами місцевого самоврядування.

**Висновки.** Юридична формалізація прав людини переважно втілюється у вигляді втручання у приватну автономію особи і пов'язана, як правило, із межами їх здійснення. Трискладовий тест легітимності втручання у приватну автономію визначає межі допустимої діяльності держави у демократичному суспільстві. Систематика прав людини зумовлює ціннісно-інтерсуб'єктне визначення допустимих обмежень основних прав, які мають бути зумовлені конкретними обставинами та нагальними потребами у демократичному суспільстві. Вимога до демократичної структури суспільства встановлює стандарти інтерсуб'єктності у встановленні критеріїв обмежень прав людини, які мають відповідати нагальній суспільній потребі, заснованій на повазі гідності людини та балансів інтересів між інтересами більшості і меншості. У зв'язку з інтенсифікацією терористичної діяльності, яка атакує демократичну структуру та цінність гідності і прав людини, виникає напруга щодо визначення критеріїв втручання у приватну автономію індивіда. У залежності від конкретних обставин доречність і достатність заходів впливу можуть визначати систематику та демократичну легітимацію втручання, що призводить до певного обмеження у певних обсягах і протягом певного періоду низки прав і свобод людини.

### **Список використаних джерел**

1. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод. *Вибори та демократія*. 2008. № 2 (16). С. 21–28.
2. Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 1. С. 69–76.
3. Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. *Заколотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом*. 2005. Вип. 4. С. 79–98.

### 6.3. Гарантії прав і свобод людини

**Вступ.** Прийнято вважати, що змістом конституційного захисту прав людини і основоположних свобод є захист особи від необґрунтованого втручання держави у сферу приватної автономії. Неприпустимість довільного втручання у сферу приватної автономії ґрунтується на тому, що особа здійснює відповідально свій вільний вибір без зовнішнього втручання і тиску з боку держави і третіх осіб. Тому конституція спрямовує законодавця належним чином регулювати здійснення основних прав і свобод, що впливає із поваги до гідності та прав людини. У свою чергу це ніяким чином не звільняє суд від обов'язку захисту, зокрема, навіть у випадку відсутності належного законодавчого регулювання: долати прогалини чи колізії у законодавстві при тлумаченні актів. Вимога цілісності тлумачення конституційних цінностей і принципів зв'язує публічну адміністрацію та судові установи у руслі захисту прав людини. Навпаки, відмова суду, як правило, має наслідком заперечення сутнісного змісту права людини.

Гарантії прав людини (англ. *human rights guaranties*, нім. *Menschenrechtsgarantien*) – це сукупність юридичних засобів і способів забезпечення прав і свобод людини від неправомірного втручання держави і третіх осіб, з яких випливає обов'язок захисту органами публічної влади у разі посягання на їхній сутнісний зміст з боку інших осіб.

Конституційний механізм гарантії прав людини розкриває як систему влади держави, функцією якої є захист прав людини; процедури такого захисту, а також конституційне право людини на захист, яке реалізується за допомогою держави і за цією процедурою (Н. Шукліна). На думку М.Хавронюка гарантіями прав людини є умови та засоби, принципи та норми, які забезпечують здійснення, охорону і захист цих прав, є запорукою виконання державою та іншими суб'єктами правовідносин тих обов'язків, які покладаються на них з метою реалізації таких прав. Структуру гарантій реалізації основних прав складають загальносоціальні, ідеологічні, політичні, економічні, соціальні, організаційні та власне правові гарантії. Серед правових гарантій М. Хавронюк виділяє матеріальні, процесуальні, організаційні. А. Колодій та А. Олійник розглядають гарантії прав людини у контексті конституційного механізму їх забезпечення, а саме: конституційні норми, самі права і свободи людини, обов'язки, юридичну діяльність, законність і правосвідомість, стадії реалізації конкретного основного права.

На думку К. Екштайна, змістом гарантій прав людини є захист особи від необґрунтованого державного втручання. Відповідно до принципу верховенства права сутність обмежень фундаментальних прав людини полягає у забезпеченні легітимного втручання держави у приватну автономію індивіда з метою забезпечення загального блага. Принцип верховенства права визначає те, що фундаментальні права можуть бути обмежені обґрунтовано, виключно на правових засадах із додержанням вимог принципу пропорційності. Такі обмеження повинні переслідувати легітимну мету.

З точки зору систематики юридичних засобів, згідно з Е. Шмідтом-Ассманом, втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. Ідея втручання як легітимного впливу в сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава, одночасно являючись найпотенційнішим їх порушником. Як зазначив ФКС Німеччини (BVerfGE, 71, 183 (191)): «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права».

У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити у негативному розумінні – свобода означає ніщо інше, як неприпустимість свавільного втручання публічної влади в особистий вибір особи щодо різноманітних аспектів недоторканності вільного вибору поведінки особистості. Зміст *принципу пропорційності* визначає критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Відповідно до принципу пропорційності запроваджувані заходи мають здійснюватися на основі закону, бути необхідними у демократичному суспільстві та адекватними легітимній меті (доречними і достатніми). Відповідно до сучасного розуміння правомірності втручання держави у приватну автономію та принцип пропорційності існують нормативно-правові, інституційні та процедурні гарантії прав людини.

### **6.3.1. Нормативно-правові гарантії прав людини.**

Вони складають певні вимоги-стандарти до конституційного регулювання та застосування прав і свобод людини відповідно до принципу верховенства права. Зокрема, існує низка вимог до законодавчої техніки, які зумовлюють чинність закону та його перевірку судовими установами на предмет відповідності принципу верховенства права. Відповідно і правозастосування не може мати наслідком штучні перепони у реалізації та обмеженні змісту прав і свобод людини.

**а) Основні вимоги до юридичної техніки.** Регулювання прав і свобод людини здійснюється Верховною Радою у формі закону згідно з визначеною Конституцією сферою повноважень. Закони мають загальний характер і вони повинні об'єктивно відображати цю функцію. В Україні вже були прецеденти прийняття законів *ad hoc*, зокрема, щодо особливостей приватизації окремих цілісних майнових комплексів (наприклад, металургійного комбінату ім. Ілліча в Маріуполі). Водночас слід мати на увазі практику ЄСПЛ тлумачити поняття «закон» як правові акти загального характеру, прийняті компетентними органами, міжнародні договори та усталену судову практику. Законодавство повинно відповідати принаймні таким правовим критеріям:

*і) Правова визначеність.* Терміни «правова безпека» або «правова визначеність» інтенсивно застосовується у європейській доктрині, зокрема у діяльності ЄСПЛ.

1) Насамперед правова визначеність (*legal certainty*) полягає у *гарантіях стабільності законодавства*, яке не може змінюватися свавільно, виходячи виключно із політичних міркувань. Так, часті поправки до законодавства дезорієнтують адміністративну та судову практику, що веде до зловживання владою. ЄСПЛ з цього приводу зазначив (Гудвін проти Сполученого Королівства): «Суд визнає, що формулювати закони із абсолютним ступенем визначеності... буває складно, а тому деяка гнучкість може бути допущена і навіть бажана з тим, щоб дозволити національним судам розвивати право у світлі їх уявлень про те, які заходи є необхідними в інтересах справедливості».

За своїм змістом закони повинні містити норми права, а не конкретні приписи. У кінці кінців останнє є порушенням парламентом принципу поділу влади. Парламент не вправі регулювати конкретні випадки. Якщо закон регулює окремі деталі, то він може упустити ті чи інші нюанси, що тягне за собою втрату загальних цілей правового регулювання. Такий закон через порівняно нетривалий час втратить актуальність, він стане застарілим.

2) Принцип законних очікувань (*legal expectation*) та стабільність законодавства. Прийняття закону означає, що існує консенсус стосовно передбачуваних наслідків його застосування публічною адміністрацією та правосуддям. За таких умов слід розумно очікувати, що у майбутньому закон не буде змінюватися свавільно і звичайна людина може наперед раціонально планувати свою подальшу діяльність, щоб не порушувати правові норми. Звідси випливає вимога стабільності законодавства та стабільного його застосування у адміністративній і судовій практиці. Таким вимогам суперечить зворотна сила законів. У справі Маркс проти Бельгії Європейський суд з прав людини зазначив: «Принцип правової визначеності, який невід'ємно притаманний праву Конвенції і праву співтовариства, дозволяє державі... не вдаватися до перегляду судових рішень або ситуацій, що мають місце до прийняття судового рішення».

Принцип правової визначеності передбачає чіткий і зрозумілий виклад закону, одноманітний режим його застосування, пропорційність та адекватність використання засобів для досягнення конституційних цілей. У матеріальному значенні принцип правової визначеності втілюється у фундаментальному характері конституційних принципів і норм, які не можуть тлумачитися довільно.

3) Неприпустимість зворотної дії нормативних актів. Зворотна дія законів загрожує стабільності законодавства та відносинам довірливості між державою та приватними особами. Згідно зі ст. 58 Конституції закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за правопорушення, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Виникає питання про адресати дії правила зворотної сили. Згідно з принципом загального характеру закону, правило зворотної сили закону поширюється на фізичних і юридичних осіб.

В якості правопорушення певне діяння може визнаватися лише у формі закону, а не лише у вигляді будь-якого нормативно-правового акту. Стосовно

кримінальних законів поширюється зворотна сила, якщо у диспозиції норми зменшено коло предметів посягання; виключено із складу злочину якісь альтернативні суспільно-небезпечні наслідки; обмежено відповідальність особи шляхом конкретизації в бік звуження способу вчинення злочину; звужено зміст кваліфікуючих ознак злочину тощо (Рішення КСУ № 6-рп/2000).

4) Належний порядок доведення до відома населення змісту законів є гарантією забезпечення правового змісту законів та обов'язку особи знати закони. Закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачене самим законом, але не раніше дня його опублікування (ч. 5 ст. 95 Конституції). Звісно, бажаним і відповідним принципу верховенства права є те, щоб між опублікуванням та набранням чинності законом повинен існувати певний розумний проміжок часу, щоб суспільство було адаптованим до застосування нового закону.

- Недодержання порядку належного доведення до відома населення змісту законів є умовою визнання у судовому порядку неправомірними заходів, які вживалися органами публічної влади на реалізацію правових актів, які були неналежним чином оприлюднені. Ця гарантія тісно пов'язана із принципом незвільнення особи від юридичної відповідальності у випадку незнання закону.

Згідно зі ст. 32 Конституції кожному громадянину гарантується доступ до інформації, що стосується його особи і не підлягає під режим охорони в якості державної таємниці чи конфіденційної інформації. Відповідно до законів про інформацію та про доступ до публічної інформації, всі особи мають право на правову інформацію. На тій підставі, що забезпечується вільний доступ до правової інформації, діє правова презумпція не звільнення особи від юридичної відповідальності за незнання законів.

- Забезпечення права опозиції у розробці, обговоренні та прийнятті законів. Оскільки закон повинен відображати консенсус щодо принципових питань людських стосунків, то вимогою у світлі верховенства права є гарантії доступу опозиції до розробки та прийняття законів. Участь опозиції у цих процедурах є гарантією, що у майбутньому закон не буде змінений свавільно, виходячи із політичних міркувань. Належне інформування опозиції про розгляд законопроектів, її залучення до законопроектної роботи свідчить про відкритий демократичний дискурс щодо можливих наслідків чинності закону. Також важливим є гарантування опозиції пропонувати альтернативні законопроекти на розгляд парламенту.

- Судовий контроль за конституційністю законів. Гарантією правового змісту законів є судовий контроль правових норм на предмет відповідності їх верховенству права. Головним критерієм такої перевірки є їх конституційність. Суд вирішує, чи прийнятий закон відповідно до таких вимог: визначеної у Конституції компетенції; на основі Конституції та на розвиток її положень; чи не суперечить Конституції; чи забезпечується ієрархія правових норм та їх стабільність; чи чіткі та однозначні формулювання закону.

**б) Вимоги до адміністративної та судової практики у галузі прав людини.** Конституційні стандарти вчинення адміністративних дій та розгляду

справ у судах були вироблені протягом тривалого часу. Як зазначає К. Екштайн, приблизно з 1960-х років у Західній Європі були вироблені приблизно однакові неписані конституційні засади вчинення дій процесуального характеру між органами публічної влади та приватними особами.

*i) Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади.* Це положення однаковою мірою стосуються всіх органів влади і передбачає такі стандарти: а) неприпустимість зловживань; б) неприпустимість надмірних обмежень у реалізації прав людини; в) неприпустимість надмірного формалізму. У ході правотворчості та правозастосування органи публічної влади не можуть вживати заходи, які призводять до істотних обмежень або унеможливають здійснення основних прав і свобод, посягаючи на їхній сутнісний зміст.

*ii) Вимога розслідування і розгляду всіх істотних обставин.* Обов'язок державних органів приймати до уваги всі наступні документи, навіть якщо підняті питання не входять до їх компетенції. Державна установа може самостійно направити документ, що надійшов, у компетентний орган і проінформувати заявника про те, куди був пересланий документ. Згідно із принципом розслідування, державна установа повинна самостійно перевіряти факти. Громадянин не може бути зобов'язаний надавати довідки різного характеру з інших державних установ або завіряти документи у нотаріуса.

*iii) Законність та свобода розсуду уряду та адміністрації.* Правові акти адміністрації та судової влади видаються на основі закону. Такі акти видаються на виконання конкретних приписів закону або вони конкретизують його зміст, що передбачає дискрецію (свободу розсуду). Адміністративний акт чи судове рішення, які прийнято відповідно до визначених формальностей, мають юридичну силу закону у межах юрисдикції органу (його повноважень, території поширення влади, процедури прийняття), що прийняв цей акт. Свобода розсуду передбачає вжиття необхідних заходів, виключно виходячи із цілей закону в світлі гарантії прав людини, а не варіантів, що нібито впливають із змісту закону.

*iv) Доступність до управлінських процедур.* По-перше, цей принцип впливає із обов'язку органів публічної влади доводити до населення зміст нормативно-правових актів у визначеному законом порядку. По-друге, особа, права і свободи якої порушено, самостійно розпоряджається своїм правом на звернення до органів публічної влади, зокрема, самостійно визначає предмет свого звернення, фактичні обставини справи, предмет правового спору. З боку третіх осіб, органів публічної влади, посадовців є неприпустимими діяння щодо встановлення перешкод, пов'язаних із самим фактом звернення особи за правовим захистом. Доступність правового захисту виводиться із позитивного обов'язку органів публічної влади забезпечити сприятливі процедури розв'язання соціально-політичних конфліктів у суспільстві на основі принципів верховенства права і справедливості.

*v) Гарантії довіри між посадовцем та індивідом.* Згідно з презумпцією довіри, припускається, що у правовій державі громадянин може очікувати, що держава буде чинити щодо нього справедливо і добросовісно. У свою чергу, дер-

жава повинна виходити з того, що громадянин є добросовісним і лояльним по відношенню до неї. Презумпція довіри визначається конституційними засадами піклування про зміцнення громадянської злагоди, зв'язаності держави правом та правами людини й основоположними свободами (ст. 3), правом кожної людини на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23).

*vi) Публічність та гласність процесуальних процедур.* Згідно з п. 6 ч. 2 ст. 129 Конституції при здійсненні правосуддя гарантується гласність судового процесу. Із цього принципу випливає, що процесуальні процедури повинні відповідати певним вимогам, зокрема, поширюються на правовий режим здійснення та захисту прав людини. Конституція встановлює загальні гарантії публічності: зокрема, гарантується кожному право знайомитися в органах публічної влади з відомостями про себе, якщо вони лише не підпадають під режим правової охорони в якості предмета державної таємниці чи конфіденційної інформації. Кожен може у судовому порядку вимагати спростування відомостей, що мають ознаки дифамації, та вимагати відшкодування завданої шкоди (ст. 32).

У випадку затримання особи їй невідкладно повідомляється про мотиви арешту/затримання, роз'яснюються права та надається можливість з моменту затримання захищатися особисто або за допомогою захисника (ст. 29). Громадяни користуються правом рівного доступу до державної служби (ст. 38), з чого випливає необхідність проведення конкурсу з метою забезпечення принципу рівності і недопущення дискримінації. У ході процедури публічність конкретизується такими правами: право претендувати виражати свою думку та вимагати вислухати її, право на доступ до матеріалів справи, претендувати на участь у наданні доказів та їх оцінки, право на вирішення справи компетентним органом у законному складі, право на обґрунтованість рішення тощо.

Важливою конституційною гарантією публічності є право особи на звернення до органів публічної влади, які зобов'язані розглядати їх звернення у встановлений законом строк і надавати обґрунтовану відповідь. Принцип публічності означає в цілому, що особа в ході процедури вправі отримувати інформацію, яка стосується справи і впливає на результат розгляду справи. Зокрема, згідно зі ст. 12 Конвенції ООН про права дитини, за дитиною, яка здатна самостійно сформулювати власну думку, визнається право на самостійне слухання її справи.

*vii) Принцип ефективних засобів правового захисту.* Згідно зі ст. 55 Конституції України, кожному гарантується право на захист порушених прав і законних інтересів. У статті 13 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод визнається, що кожному, чий права і свободи порушуються, надається ефективний правовий захист в органах публічної влади, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які діяли, виконуючи свої офіційні функції. У справі Сильвер проти Німеччини ЄСПЛ вивів критерії ефективності засобів правового захисту: 1) якщо особа аргументовано стверджує, що вона потерпіла від порушення основних прав і свобод, їй надається засіб правового захисту в органах публічної влади, так і для відшкодування шкоди, у разі необхідності; 2) система інститутів правового захисту може бути як судовою, так і позасудовою, однак



повноваження та гарантії такого захисту повинні бути ефективними, тобто забезпечувати реальний захист прав і свобод, їх поновлення; 3) ефективний правовий захист забезпечується у контексті усієї системи правозахисних процедур, визначених національним законодавством та належною діяльністю органів публічної влади; 4) форми і способи ефективного правового захисту визначаються конституцією і законами держави.

*viii) Право на оскарження судових і адміністративних рішень.* Необхідною умовою якісного забезпечення основних прав і свобод є гарантії оскарження рішення. Особливістю оскарження адміністративних рішень є альтернативний механізм їх оскарження – можна оскаржити у вищестоящий орган або до суду. У разі, якщо рішення ухвалено найвищою адміністративною інстанцією, можливе його оскарження до адміністративного суду. При цьому закон може встановлювати строк оскарження з моменту набрання чинності рішенням найвищої інстанції. Є неправомірним встановлення штучних перепон у оскарженні рішень до вищестоящої інстанції. При цьому важливим є те, щоб інстанція, до якої оскаржено рішення, розглядала справу добросовісно, повно і об'єктивно, у строки, визначені законом (розумні строки).

### **6.3.2. Інституційні гарантії прав людини.**

У силу конституційного обов'язку зв'язаності держави правом (ст. 3) її організація та діяльність покликані забезпечити ефективний захист основних прав і свобод. Систему захисту основних прав і свобод визначають положення ст.ст. 29 – 32, 40, 55, 56, 59, 101, 121, 124, 150 та 151<sup>1</sup> Конституції України. За захистом порушеного права можна звернутися до суду (ч. 1 ст. 55) та Конституційного Суду України із конституційною скаргою (ч. 4 ст. 55, ст. 151<sup>1</sup>), адже він виступає основним гарантом прав і свобод як інституція, яка є найбільш незалежною та неупередженою при розгляді фактів їх порушення. Важливою передумовою належного судового розгляду фактів порушень основних прав є організація правничої допомоги (діяльність адвокатури, правозахисних організацій), належна діяльність органів дізнання та досудового слідства, які забезпечують розслідування злочинів, а також діяльність омбудсмана та органів прокуратури.

На вітчизняну систему правового захисту сьогодні впливає і міжнародне співтовариство. У силу конституційного застереження (ч. 5 ст. 55) кожен може звернутися за захистом до міжнародних правозахисних установ, юрисдикція яких визнана Україною, у разі вичерпання усіх національних засобів правового захисту.

**а) Судовий конституційний контроль у світлі прав людини.** Стрижнем конституційної архітектоники, який забезпечує реальний поділ влади, є судовий конституційний контроль. Власне кажучи, юдикатура стоїть на сторожі конституційних цінностей від мінливого політичного розсуду парламентської більшості, яка не завжди є втіленням конституційних цілей. Парламентський контроль є ефективним за умов гарантії діяльності опозиції, що в кінцевому результаті все одно впирається в ефективний конституційний контроль.

У світлі забезпечення балансу повноважень та гарантій прав людини важливої ваги набуває повноваження Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг. Тут буде актуальним досвід ЄСПЛ та конституційних судів зарубіжних країн, в яких існує досвід розгляду конституційної скарги. Узагальнення цього досвіду засвідчує, що конституційна скарга не є додатковою інстанцією у судовому розгляді, оскільки в ній зачіпаються конституційні аспекти порушення прав людини, тобто конституційний суд здійснює перевірку застосування поточного законодавства на предмет відповідності конституційним принципам і цінностям. Попри наявність строку щодо звернення до конституційного суду не завжди цілком очевидним є критерій вичерпання засобів правового засобу. Як правило, таким служить набрання законної сили судовим рішенням (яким можна вважати рішення суду апеляційної інстанції, оскільки в силу сталої практики ЄСПЛ безумовно гарантується право як на апеляційне, так і на касаційне оскарження у справах кримінального обвинувачення). Водночас, якщо із статистичних даних та практики правового захисту Конституційний Суд дійде висновку, що засоби правового захисту не є ефективними, то він може розглянути таку скаргу після звернення щодо конституційності застосування правового акту. У цьому світлі також є важливим застосування заборонного наказу, оскільки йде мова про заборону вчиняти дії на підставі сумнівного закону з точки зору його конституційності, що може мати невідворотні наслідки для поновлення конституційних прав і свобод та відшкодування заподіяної шкоди.

**б) Інтенсивність правового регулювання** у світлі гарантій прав людини означає таке регулювання прав людини, щоб не виникало додаткової потреби в прийнятті регуляторного акта, від якого би залежала реалізація конкретного суб'єктивного публічного права. Воно полягає у таких основних моментах:

*i) якість закону.* Закон повинен регулювати усі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Повнота законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домагань та повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні мають бути вичерпні передбачені підстави для обмеження прав людини. В самому конституційному тексті не має бути положень про те, що законом можуть запроваджуватися додаткові обмеження прав людини, зокрема, обмеження процесуального характеру;

*ii) неконституційність законодавчого упущення (недогляду).* Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки чітко визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності приймати акти, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст прав людини;

*iii) законодавство і соціальні права.* У сфері соціальних прав законодавство конкретизує інституціональні та процесуальні заходи щодо їх забезпечення. Конституція України певним чином визначає позитивні обов'язки держави,

що стосуються: 1) критеріїв конкретизації положень Конституції у технічних і фітосанітарних правилах, правилах безпеки тощо; 2) позитивних обов'язків держави забезпечувати належну діяльність соціальної інфраструктури, зокрема, достатньої мережі відповідних закладів на засадах довіри і доступності; 3) впровадження програм соціального і медичного страхування, підтримки дієвості мережі відповідних публічних і приватних закладів та дієвості надання соціальної допомоги; 4) засад визначення основних критеріїв поняття «достатній життєвий рівень» відповідно до принципів поваги до гідності людини та сутнісного змісту основного права;

*iv) парламентський контроль.* Парламентський контроль над поліцією та спецслужбами щодо застосування заходів, спрямованих на обмеження конституційних прав на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла та іншого володіння особи, недоторканність кореспонденції та інших засобів комунікації приватних осіб, є важливою конституційною гарантією. Це досягається шляхом упровадження обов'язкових щорічних парламентських слухань щодо застосування судами за зверненням поліції і спецслужб обмежень щодо названих вище конституційних прав та обов'язкового звітування цих органів влади. У силу потенційної небезпеки для прав людини застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою та прослуховування розмов, перегляду кореспонденції особи за рішеннями суду, такі процесуальні гарантії дадуть змогу деякою мірою подолати негативні тенденції і проблеми щодо гарантій непопорушності та поваги гідності індивіда.

**в) Права людини та регуляторна і соціальна політика уряду.** Згідно із доктриною стверджувальних дій держави, гідність людини, зокрема, полягає у забезпеченні адресної соціальної допомоги, захисті меншості від утисків більшості та забезпечення вирівнювання прав меншин:

*i) свобода розсуду і регуляторна політика.* Свобода розсуду означає, насамперед, обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає у конкретизації положень закону в світлі його цілей і завдань з повагою до прав людини. При конкретизації законів чи виконанні вимог вищестоящего органу має бути ухвалене рішення, яке засноване на повноваженнях і цілях, визначених у законі. *Сутність змісту основного права* не може бути порушена при здійсненні заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду не означає свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому, зокрема, з точки зору ГАРАНТІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ ;

*ii) свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка соціальної інфраструктури.* Так само, в залежності від соціальної інфраструктури, органи публічної адміністрації можуть конкретизувати положення закону, спрямовані на забезпечення функцій соціального забезпечення. Наприклад, у разі настання надзвичайних економічних обставин можна визначити наступний правовий режим обмеження соціальних прав. Кабінет Міністрів ініціює слухання у Верховній Раді про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економіч-

них обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Кабінет Міністрів має періодично звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини. Матеріали звіту підлягають невідкладному оприлюдненню в офіційних виданнях України;

*iii) роль незалежних агентств та установ.* Є низка установ, які задля досягнення своїх легітимних цілей, будучи незалежними і не входячи до структури виконавчої влади, складають поряд із нею систему публічної адміністрації. Прикладом таких органів є Фонд державного майна, Антимонопольний комітет України, Національний банк України, Центральна виборча комісія, Національна комісія з регулювання енергетики та комунальних послуг тощо. Вони здійснюють функції забезпечення публічного інтересу в окремих сферах, а також незалежного регулятора, їх не можна розглядати згідно з класичною схемою субординації в системі виконавчої влади. Водночас процесуальна форма діяльності цих органів є адміністративною і вона підконтрольна адміністративним судам.

### **6.3.3. Процесуальні гарантії прав людини.**

Процесуальні гарантії формалізують та упорядковують механізм правового захисту. У системі процедур захисту ПЛ виділяють такі елементи: основні права залежать від наявності певної організації чи дотримання певної процедури; вони впливають на процесуальне право; організація і процес служать інструментами безпосереднього здійснення основних прав; організаційне і процесуальне регулювання є засобами, що усувають протиріччя в нормах конституційного права; із положень про основні права впливають особливі вимоги до процесуального оформлення справ та участі громадян у процесі (К. Штерн).

#### **а) Система процесуальних гарантій прав людини.** До них належать:

*i) позасудові процедури захисту прав людини:* а) Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (щорічні парламентські звіти, розслідування фактів порушення ПЛ та інспектування органів публічної влади, акти реагування); б) прокуратури (організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку); в) третейський арбітраж та медіацію, спрямованих на позасудове врегулювання юридичних конфліктів з метою забезпечення стабільності та додержання умов контрактів;

*ii) судові засоби захисту прав людини:* 1) Конституційний Суд України (перевірка конституційності нормативно-правових актів, надання офіційного тлумачення Конституції України та розгляд конституційних скарг); 2) адміністративне судочинство (розгляд скарг на рішення, дії та бездіяльність органів публічної влади; вирішення спорів про додержання процедури виборів, референдумів); 3) звернення до Європейського суду з прав людини.

**б) Гарантії прав людини у рамках належної правової процедури.**

Зміст належної правової процедури має свій матеріальний та процесуальний аспекти. У відповідності до вимог матеріальної належної правової процедури існують певні стандарти щодо змісту нормативних актів, що регулюють поведінку особи. Такі нормативні акти не можуть бути свавільними, нерозумними, несправедливими, необґрунтованими чи залежати від політичної доцільності законодавця, а обрані засоби мають органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, який досягається прийняттям державного рішення. Такі конституційні вимоги, на думку проф. С. Шевчука, забезпечують особу від свавільних і необґрунтованих дій публічної влади, які здійснюються на підставі законодавства, яке суперечить фундаментальним принципам права та гарантіям свободи розвитку індивіда. Вимоги належної правової процедури передбачають гарантії при затриманні особи, веденні досудового слідства, основних стандартів розгляду справ у суді (ст ст. 60 – 64 Конституції):

*i) право не виконувати явно злочинні розпорядження чи накази.* Накладання обов'язків на особу повинно чітко й однозначно визначатися у законі (ч. 1 ст. 19 Конституції), оскільки стосовно посадовців діє принцип «дозволено все, що прямо передбачене у законі». Таким чином, розпорядження та накази, які явно є необґрунтованими та незаконними, не підлягають виконанню.

Проблема правомірності виконання явно злочинних наказів виникла в ході Нюрнберзького процесу. Нацисти, яких звинуватили у скоєнні злочинів проти людства, виправдовувались тим, що вони виконували накази вищестоящих інстанцій. Однак Нюрнберзький трибунал не взяв цю позицію до уваги, оскільки ці особи усвідомлювали, що вони вчиняють злочини проти людства, які є антигуманними за своєю сутністю. На філософії усвідомлення особи щодо можливості невиконання явно злочинних наказів базується законодавство країн Центральної та Східної Європи про люстрацію державних посадовців, які у минулому співпрацювали із спецслужбами країн так званої «народної демократії», які також скоювали злочини проти людства.

Конституція встановлює опосередковано додаткові кваліфікаційні вимоги щодо обов'язків посадових осіб, оскільки вони повинні самостійно віддавати собі звіт у тому, чи не вимагає вищестояща інстанція виконувати накази, які є сумнівними з точки зору легітимності. Вадами явної та очевидної законності наказу можуть бути: прийняття його некомпетентним органом; примушення особи до вчинення злочину чи іншого правопорушення; видання наказу шляхом зловживання повноваженнями; виконання наказу, що не відповідає публічним інтересам; видання наказу з порушенням процедури тощо. У такому разі адресат незаконного наказу зобов'язаний невідкладно повідомити посадову особу, що видала наказ, про його незаконний характер;

*ii) принцип non bis in idem* (ст. 61 Конституції) передбачає, що особа не може бути притягнута до відповідальності двічі за одне і те саме правопорушення. ЄСПЛ тлумачить цю гарантію таким чином, що особа, яка притягалася до кримінальної відповідальності, не може бути повторно притягнута до відповідальності

сті в іншій державі-учасниці Європейської конвенції, якщо: вона була виправдана; призначена міра покарання була повністю відбута або відбувається, до неї застосовано акт амністії або помилування, сплив строк давності притягнення до відповідальності; суд визнав особу винуватою без призначення міри покарання.

Принцип *non bis in idem* особливо тлумачиться стосовно випадків застосування різних видів юридичної відповідальності. Так призначення особі міри кримінального покарання ніяким чином не може звільнити засудженого від відшкодування завданої злочином шкоди особі (цивільно-правової відповідальності). За логікою виключають одну лише кримінальна та адміністративна відповідальність, оскільки їхня диференціація залежить від ступеня суспільної шкідливості діяння.

Згідно з Конституцією юридична відповідальність повинна мати індивідуальний характер. Це положення, насамперед, означає, що є неправомірною колективна відповідальність за принципом «кругової поруки», за ознакою приналежності до певної соціальної спільноти, що, в свою чергу, суперечить принципу заборони дискримінації. Можливе притягнення до юридичної відповідальності лише тієї особи, яка безпосередньо вчинила правопорушення, а не членів її сім'ї, родичів та близьких. При визначенні міри покарання враховується вік, стать, особа правопорушника, час, місце і обставини вчинення правопорушення, обтяжуючі та пом'якшуючі вину обставини тощо;

*iii) презумпція невинуватості* (ст. 62 Конституції) – це припущення, що особа є невинуватою у вчиненні правопорушення до тих пір, поки її вину не буде доведено судом в установленому законом порядку. Тягар доказування покладається на осіб, які на основі закону уповноважені вести кримінальне переслідування особи (детектив, слідчий, прокурор). Докази повинні бути отримані виключно законним шляхом. Якщо існують сумніви у законності отримання доказів (проникнення в житло особи для обшуку без судового дозволу тощо), такі докази не можуть покладатися в основу обвинувачення особи і вони не підлягають оцінці судом. Особисте зізнання особи у вчиненні злочину не має юридичної сили, оскільки виникає необхідність судової перевірки обставин отримання такого зізнання, щоб воно не викликало сумнівів.

З презумпції невинуватості випливає, що всі сумніви стосовно доведеності вини особи тлумачаться на її користь. У випадку неправомірного притягнення особи до кримінальної відповідальності вона може вимагати у судовому порядку відшкодування заподіяної шкоди. Однак судова практика свідчить, що досить частими випадками є засудження осіб до позбавлення волі саме на термін, який вона фактично відбула у місцях тимчасового тримання під вартою з метою уникнення від відповідальності держави, хоча існують істотні сумніви щодо доведеності вини таких осіб;

*iv) гарантії проти самообмови індивіда у ході кримінального процесу* (ст. 63). Якщо особа є свідком, підозрюваною, обвинуваченою або підсудною у кримінальному процесі, діє конституційна гарантія звільнення від юридичної відповідальності за ненадання свідчень щодо себе, членів сім'ї та близьких ро-

дичів. Коло таких осіб конкретизується законом. Така гарантія спрямована на забезпечення моральності у суспільстві, метою якою є забезпечення цілісності сім'ї як соціальної цінності, інституційної основи суспільства;

v) *право на професійну правничу допомогу* (стаття 59 Конституції). Підозрюваному, обвинуваченому гарантується право на захист. Такий захист здійснюється особисто або адвокатом. Права підозрюваного, обвинуваченого можуть бути обмежені на основі закону та встановлені вироком суду. Таким чином встановлюється конституційна вимога обґрунтованості обмежень прав підозрюваного, обвинуваченого. Згідно зі ст. 6 ЄКПЛ кожній людині, звинуваченій у вчиненні злочину, гарантуються принаймні такі права. Насамперед їй гарантується право бути невідкладно і детально поінформованою зрозумілою для неї мовою про характер і причину обвинувачення проти неї, мати достатньо часу і можливостей для підготовки свого захисту. Підозрюваному, обвинуваченому гарантується захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника на власний вибір або одержати безоплатну правову допомогу за кошт держави, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. Також ці особи вправі допитувати свідків, що свідчать проти них, або вимагати їх виклику та допиту;

vi) *принцип nulla poena sine lege*. Основні права і свободи можуть бути обмежені виключно у випадках, передбачених Конституцією України (ст. 64). У сенсі цього конституційного положення юридична відповідальність підпадає під ознаки поняття «обмеження прав людини й основоположних свобод». Заходи та міра юридичної відповідальності можуть бути передбачені виключно законом, а не адміністративним актом. Ч. 2 ст. 58 Конституції визнає правило, згідно з яким ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Такий закон повинен носити правовий характер і не встановлювати надмірні обмеження у реалізації прав людини та принижувати її гідність. Законом є лише той правовий акт, який у встановленому порядку набрав чинності й не володіє зворотною силою.

### Список використаних джерел

1. Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. *Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування*. Київ – Будапешт, 1997;
2. Колодій А.М., Олійник А.Ю. *Права людини і громадянина в Україні*. К., 2004;
3. Мартиненка П.Ф., Кампа В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні* (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного Суду України). Київ: Юрінком Інтер, 2013;
4. Рабінович П.М., Хавронюк М.І. *Права людини і громадянина*. Київ, 2004;
5. Экштайн К. *Основные права и свободы*. М., 2004.

## 6.4. Право на справедливий суд та конституційна юрисдикція

**Вступ.** Структура конституційного порядку зумовлена тим, що в сучасних умовах ми не можемо трактувати конституцію ні з точки зору юридичного позитивізму, ні з позицій природно-правової концепції. Ті символи, знаки та формули, які містить конституційний текст, позбавлені сенсу у відриві від конкретних історичних обставин. Таким чином, конституція є відкритою нормативною системою, яка наповнюється реальним змістом залежно від системи соціальних цінностей, щодо яких існує суспільний консенсус, та структури самого суспільства. Відкритість конституційного тексту зумовлена гарантією невичерпності і невідчужуваністю прав людини і основоположних свобод (стаття 22 Основного Закону). Саме з таких методологічних засад необхідно розглядати структуру права на справедливий суд, виходячи з чого має забезпечуватися реальний і дійовий захист прав людини, що є фундаментальною засадою демократичної конституційної державності<sup>107</sup>.

Сьогодні дослідження конституційних явищ і процесів виражається у метаюридичному, міждисциплінарному характері, що поєднує у собі загальнонаукові і спеціальні методи наукового дослідження. У контексті мети цієї частини роботи проблема права на справедливий суд буде проаналізована шляхом: а) екстраполяції емпіричного досвіду забезпечення права на справедливий суд, на доктрину конституціоналізму та динаміку інститутів правового захисту; б) визначення взаємозв'язку соціальних цінностей та прав людини і основоположних свобод; в) аналізу ієрархії конституційних цінностей та визначення нормативної природи прав людини і основоположних свобод; г) визначення місця прав людини і основоположних свобод у конституційній структурі та їх дію.

### 6.4.1. Природа конституції та право на справедливий суд.

Буття конституції полягає у легітимації публічного порядку певного типу, заснованого на демократичних процедурах узгодження різноманітних інтересів груп у соціальних системах з метою забезпечення справедливого й ефективного урядування на засадах ієрархії і гетерархії.

<sup>107</sup> Таку вимогу щодо структури гарантій прав людини сформулював Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ): «Предмет і мета Конвенції [Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.]; (ЄКПЛ) як правового акту, що забезпечує захист прав людини, вимагають, щоб її норми тлумачилися і застосовувалися таким чином, щоб зробити її гарантії реальними і ефективними... Окрім цього, будь-яке тлумачення прав і свобод, які гарантуються, має відповідати «загальному духу Конвенції – правового акту, цілями якого є забезпечення і розвиток ідеалів і цінностей демократичного суспільства». (Soering, 87; McCann et al., 146). Частина третя статті 3 у поєднанні із частиною третьою статті 8 Конституції України містить ще більш сувору формулу у порівнянні із формулою статті 6 ЄКПЛ і прецедентного права ЄСПЛ, відповідно до якої утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, що забезпечується можливістю особи звертатися за захистом безпосередньо на підставі конституційних положень. Це одна із основних формул конституційної державності в Україні.



Виникнення конституціоналізму, як правило, пов'язують із появою писаних конституцій, тобто відштовхуються від проблеми наявності ідей і вчень про конституцію [1, с. 60], ставлення до конституції як до юридичного документа, проблеми її бажаності або небажаності. Як правило, при прийнятті конституції найбільше питань порушують щодо встановлення форми правління: «Можливо, саме тому у конституціях завжди давалася помірна деталізація прав» [2, с. 31]. Це пов'язано із домінуванням дискурсу між прибічниками теорій формальної, нормативної і матеріальної конституції<sup>108</sup>, які визначають співвідношення реального та ідеального, розуміння установчої влади та конституційних перетворень тощо<sup>109</sup>. За звичайних умов конституція може зазнавати трансформації через: а) впровадження її положень у результаті суспільно-політичних дебатів у законодавстві й політичній практиці та б) шляхом здійснення судового конституційного контролю. У цьому аспекті судовий конституційний контроль є основним інструментом захисту прав людини і основоположних свобод.

З точки зору синтетичного підходу природа конституції має метаюридичну природу, оскільки ґрунтується на соціальних цінностях конкретно-історичного типу суспільства та забезпечується належними правовими засобами як акт установчої влади народу в діяльності суб'єктів права.

Виходячи із наведеного вище та у контексті аналізованої мною проблеми, сутність синтетичної теорії конституції складають такі елементи:

а) розуміння конституції як втілення ідей конституціоналізму, які виражають національну конституційну традицію, є основою національної правової системи і однаковою мірою визначає зміст публічного і приватного права (горизонтальний ефект конституції), а, отже, структуру правового захисту;

б) конституція як інструмент забезпечення участі держави у прийнятті владних рішень і реалізації народного суверенітету на наднаціональному рівні публічної влади, транскордонного співробітництва через мережу горизонтальних і вертикальних зв'язків на міжнародній арені;

в) система соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом і в силу цього набувають характеру конституційних цінностей та складають сутнісне ядро розуміння конституції відповідно до їх ієрархії у конкретно історичному типі суспільства;

г) механізм дії конституції, який включає її установчий характер, верховенство і пряму дію, інтерпретацію та правовий захист.

<sup>108</sup> При цьому слід мати на увазі знамениту формулу Французької декларації прав людини і громадянина 1789р., згідно з якою «Суспільство, де не встановлено гарантій прав людини і поділу влади, не має конституції», – характеризують як ідеалістичну у легістському дусі [3, с. 24.], хоча з цим важко погодитись, про що піде мова нижче.

<sup>109</sup> Однак конституція є багатовимірним явищем із притаманною їй динамікою, яку складають: а) сигналізація потреб щодо написання нової конституції; б) ініціювання фази обговорення (deliberate phase); в) стадія проектування; г) фаза обговорення порядку врегулювання; ґ) стадія схвалення [3, с. 30-31].

Конституція як основний закон суспільства і держави є правовим актом, який застосовується у певному соціальному середовищі за конкретно-історичних обставин і є своєрідним «відкритим текстом». Тому конституцію не можна зводити виключно до її текстуального аналізу. Конституція є продуктом розвитку суспільства, вона відображає правосвідомість носія установчої влади (народу України), суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом, усталену практику застосування правових норм та соціально значущу поведінку.

Це підтверджується практикою КСУ, який не пов'язує право на судовий захист лише із позитивним правом. Згідно з юриспруденцією КСУ положення частини першої статті 55 Конституції закріплює одну з найважливіших гарантій здійснення як конституційних, так й інших прав та свобод людини і громадянина, а саме право кожного звернутися до суду, якщо його права чи свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші утиски прав та свобод. Ця загальна норма зобов'язує суди приймати заяви до розгляду навіть у випадку відсутності в законі спеціального положення про судовий захист. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке відповідно до статті 64 Конституції не може бути обмежене.

Тому КСУ наголосив, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод (*рішення КСУ № 9-зп/97*). ЄСПЛ також трактує право на справедливий суд як таке, що не може ніяким чином обмежуватися: «У демократичному суспільстві, як цей термін розуміється Конвенцією, право на справедливе здійснення правосуддя посідає настільки важливе місце, що обмежене тлумачення частини першої статті 6 Конвенції не відповідатиме об'єкту та цілям даного положення» (*Delcourt v. Belgium*).

#### **6.4.2. Основні елементи права на справедливий суд та конституційна юриспруденція.**

Право на справедливий суд є невід'ємним елементом принципу верховенства права. Принцип верховенства права є продуктом розвитку англо-американського конституціоналізму, який сприйняла континентальна Європа насамперед у рамках Ради Європи, зокрема у положеннях ЄКПЛ та прецедентному праві ЄСПЛ, а також у конституційній юриспруденції.

У вітчизняній правовій доктрині проблемам верховенства права присвячено чимало літератури і поступово формується згода, що цей принцип має формальні та змістовні критерії [6–8]. На думку Браяна Таманаги, формальні концепції зосереджуються на належних джерелах і формі законності, а матеріальні включають окрім цього вимоги до якості закону. Як правило, змістовні

теорії верховенства ґрунтуються на ідеї невідчужуваності та невід'ємності прав і свобод людини, конституційне закріплення яких означає їх визнання державою, оскільки вони засновані на рівності кожної людини. З іншого боку, Браян Таманаґа вказує на небезпеку надмірної активізації судів шляхом перевірки законів на предмет забезпечення прав людини, оскільки за таких умов може мати місце втручання у сферу законодавства [11, с. 107, 126–127]. Отже, верховенство права становить підґрунтя конституційної державності, якій притаманна збалансованість верховенства парламенту і судового конституційного контролю.

Конституційний Суд визначає верховенство права як панування права в суспільстві, яке вимагає від держави втілення його у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони (*рішення КСУ № 15-пн/2004*). Однак таке розуміння верховенства права є надто абстрактним, оскільки не визначає його сутності. По суті Конституційний Суд розвиває доктрину верховенства права у напрямках, які визначають: а) допустимі межі втручання держави у приватне життя індивіда; б) законність у здійсненні владних повноважень; в) вимоги до якості законодавства; г) забезпечення єдності правової системи, виходячи із верховенства Конституції України.

Відповідно до прецедентного права ЄСПЛ, принцип верховенства права включає в себе такі положення: а) захист від свавілля; б) додержання вимоги доступу до суду; в) правової визначеності (безпеки); г) невтручання законодавчої влади у сферу правосуддя; д) обов'язковості судових рішень. Згідно з Доповіддю Венеційської комісії від 25-26 березня 2011 р., принцип верховенства права складають: законність, правова визначеність, неприпустимість свавілля, забезпечення прав і свобод людини, доступ до правосуддя (*justice*) перед незалежним і безстороннім судом, рівність і недопущення дискримінації [12].

Відповідно до прецедентного права ЄСПЛ, право на справедливий суд означає, що «право на доступ до правосуддя не може бути обмежене таким чином або до такого ступеня, що сама його сутність виявиться порушеною; насамкінець, ці обмеження будуть відповідати частині першій статті 6 ЄКПЛ за умови, що вони мають законну мету і що існує розумна розбірність між використовуваними засобами і покладеною метою» (*Garcia Manibardo v. Spain*, 36).

Згідно з концепцією належної правової процедури (*due process of law*) застосування права органами правосуддя відповідно до гарантованих державою юридичних принципів і процедур для забезпечення основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності [10, с. 69–80]. Конституційні положення, як правило, встановлюють гарантії прав і свобод, які переважно мають процесуальний та інституційний характер, згідно з чим КСУ має додержуватися однакових підходів у своїй практиці.

Вимога до КСУ додержуватися сталої практики впливає із вимог справедливості, правової визначеності та правомірності очікувань як компонентів верховенства права. Порушення таких засад прийняття судових рішень серйозно посягає на легітимність діяльності конституційних судів. Відповідно це впливає на юридичну техніку ухвалення рішень і висновків КСУ.

Таким чином, йдеться про зв'язаність КСУ своїми попередніми правовими позиціями, що впливає із вимог правової визначеності (*legal certainty*). Така особлива природа актів Конституційного Суду (конституційної юриспруденції) зумовлює існування практики посилання КСУ на свої попередні рішення, що підсилює аргументацію в мотивувальних частинах рішень. Порушення таких засад призводить до обґрунтованої критики рішень органу конституційної юстиції, що загрожує зниженням ступеня його легітимності в суспільстві.

Правові акти КСУ необхідно розглядати у динаміці його діяльності із забезпечення верховенства конституції. Тому розгляд цих правових актів через призму нормативності можливий лише в контексті слідування КСУ своїй юриспруденції<sup>110</sup>, сформульованої ним при вирішенні аналогічних справ. Оскільки рішення, висновки КСУ мають загальнообов'язковий характер, то у своїй діяльності цей орган влади намагається послідовно додержуватися їх. Однакове застосування конституційних приписів КСУ впливає із принципів рівності, справедливості, правової визначеності, заборони свавільного застосування конституції. Не можна розглядати рішення, висновки КСУ як судовий прецедент, оскільки така концепція орієнтує на формування конституційною юрисдикцією первинних норм. А критерієм правомірності актів КСУ слугують положення Конституції України, тобто такі акти приймаються на її основі і вони є вторинним (субсидіарним) джерелом конституційного права.

#### **6.4.3. Конституційний Суд України і забезпечення права на справедливий суд.**

Сьогодні недостатньо трактувати організацію суспільства у публічно-владний інститут крізь парадигму правової держави. Юридична формула, вжита в статті 1 Конституції України, відображає кумулятивний ефект її інтерпретації і має трактуватися синтетично, власне як конституційна держава.

Про вразливість підходу правової державності говорить Р. Алексі [12]. До прикладу, у Німеччині верифікація принципу правової держави є складною проблемою, оскільки тривалий час у Німеччині така асоціювалася із юридичним позитивізмом (зокрема, у нацистській державі). Сьогодні Федеральний Консти-

<sup>110</sup> Поняття конституційної юриспруденції у вітчизняну правову науку вперше ввів С. Шевчук [10] для характеристики юридичної природи актів КСУ, які за своєю природою є невід'ємною частиною конституційної норми, оскільки забезпечують конкретизацію і деталізацію положень Конституції України при вирішенні будь-якої категорії справи. Цей термін є традиційним для європейських країн, наприклад, у Франції вживають подібний термін «*jurisprudence constant*» (усталена судова практика, який також вживає у своїх працях С. Шевчук [4]), у Німеччині навіть вийшла праця Д. Коммерса з відповідною назвою, яка зазнала кількох перевидань [14]. Цей термін вживається у країнах Балтії та постсоціалістичних країнах, які стали членами Європейського Союзу у сенсі забезпечення сталого характеру практики конституційних судів, що впливає із засад рівності, справедливості, однакового застосування права при однакових фактичних обставинах, правомірності очікувань та наявності серйозних і обґрунтованих підстав для її перегляду у разі істотної зміни соціальної, економічної чи політичної обстановки на засадах пропорційності й демократичної легітимності.

туційний Суд Німеччини трактує принцип правової держави як складне, багатовимірне явище, сутність змісту якого визначається через зв'язаність держави конституцією та гарантується судовим конституційним контролем, важливою складовою якого є інститут конституційної скарги [11, с. 36–37].

У суворому розумінні права держава (*Rechtstaat*) означає державу, яка визнає себе обмеженою правом, попередньо прийнятими та чинними законами. Вимога обмеження правом передбачає ціннісний критерій поваги до гідності та прав людини. За таких умов прийняття владних рішень виражається у забезпеченні їх континуїтету та поваги до існуючого правопорядку.

Отже, вимоги, відповідно до яких носії основних прав (приватні особи), яким гарантується право вимоги до їх адресатів (органів публічної влади) забезпечити фундаментальні цінності – гідність людини, приватну автономію та право людини на розвиток як соціально значущої особистості, – визначають механізм правової конституційної держави.

Не можна погодитися із висловлюваними нині думками у дусі дореволюційного російського вченого С. Котляревського [16], що конституційна держава – це будь-яка держава, яка має писаний правовий акт – конституцію, – а положення про принципи правової, соціальної, демократичної держави є політичними цілями, які виражають суспільний ідеал. Це вступає у суперечність із нормативною природою конституції – її найвищою юридичною силою та прямою дією конституційних норм. У царині прав людини принцип демократичної конституційної державності визначається рівним масштабом доступу до матеріальних і духовних благ, які в силу конституційного захисту мають дуалістичну природу: суб'єктивними правами людини та мірою втручання держави у приватну автономію особи. Право на справедливий суд є суб'єктивним публічним правом, яке виступає гарантією додержання вимог належної процедури у разі втручання держави у приватне життя особи з мотивів необхідності у демократичному суспільстві. Скоріше тут слід вести мову про ступінь реалізації приписів конституції у конкретному історичному типі суспільства, що аж ніяким чином не скасовує вимоги верховенства конституції і прямої дії її положень як безпосередньо діючого права.

Така організація публічної влади визначає механізм пошуку консенсусу щодо стратегій та тактичних заходів щодо забезпечення прав людини шляхом правової політики (законодавства) та соціальної політики (управління). За таких умов у рамках рефлексивної демократії конституційні суди покликані забезпечити баланс приватних і колективних інтересів у руслі поваги до гідності людини та права на розвиток. Головним у конституційній державі є забезпечення балансу між парламентаризмом та судовим конституційним контролем парламентаризму [17, с. 54–59], оскільки існує подвійна небезпека: сповзання до диктату парламентської більшості або здійснення судового правління у разі неефективності парламентаризму [18, с. 295, 323].

Конституційна держава ґрунтується на правовій традиції, засадами якої є гарантії прав людини й основоположних свобод та правові механізми об-

меження влади. З інституційної точки зору, конституційна державність забезпечується через режим парламентаризму, судовий конституційний контроль (*constitutional review*). Звідси виникає дилема легітимності конституційних судів, оскільки правові засади їх діяльності регулюються законами, які приймаються парламентом. З іншого боку, акти парламенту є об'єктом конституційного контролю, що визначає власне конституційні рамки свободи політичного розсуду парламенту при прийнятті законів.

Значний резонанс серед конституціоналістів викликав у свій час Закон № 79-V від 4 серпня 2005 р. про внесення зміни до розділу IV «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Конституційний Суд України», яким було звужено межі юрисдикції Конституційного Суду. Суд констатував, що шляхом прийняття такого ординарного закону Верховна Рада, по суті, втрутилася у сферу конституційного регулювання, порушивши положення статей 147 і 150 Конституції. Тому визначення сфери повноважень КСУ повинно здійснюватися виключно за процедурою внесення змін до Конституції України, визначеною розділом XIII Основного Закону.

У справі за зверненнями жителів міста Жовті Води КСУ зазначив (*рішення КСУ 9-зп/97*), що відмова судами у прийнятті до провадження позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке відповідно до статті 64 Конституції України не може бути обмежене. Тому компетенція судів загальної юрисдикції поширюється на всі правовідносини, що виникли внаслідок придбання громадянами України облігацій Державної цільової безпроцентної позики 1990 року в установах Ощадного банку СРСР, які діяли на території України. Це дало правову основу Конституційному Суду зобов'язати суди загальної юрисдикції прийняти до розгляду позовні заяви згаданих громадян.

Водночас у контексті права на судовий захист запровадження конституційної скарги забезпечує прямий доступ приватних осіб до конституційного правосуддя та є наріжним каменем конституційної державності. Практика КСУ щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України свідчить, що цей процесуальний засіб захисту був лише паліативом конституційної скарги, оскільки алгоритм визнання прийнятності конституційних звернень приватних осіб такий: 1) наявність неоднозначного застосування Конституції і законів України, що 2) на думку суб'єкта звернення привело або може привести до порушення його конституційних прав і свобод. Водночас із пункту 2 частини другої статті 150 Конституції не випливає, що підставою для відкриття провадження з цієї категорії справ є саме проблеми органів публічної влади у застосуванні положень Конституції і законів. Адже, виходячи із конституційних засад поваги до гідності людини (стаття 3), права на захист (стаття 55) та функціонального призначення такого роду звернень приватних осіб є саме захист конституційних прав і свобод. Тим більше, що тлумачення конституції – це звичайна процедура, логічна операція для конституційних судів, необхідна для ухвалення обґрунтованих і правомірних рішень.

За таких умов введення конституційної скарги як засобу правового захисту є важливим досягненням у механізмі правового захисту в Україні, оскільки конституційна скарга – невід’ємний атрибут конституційної державності, інструмент забезпечення прямої дії конституційних норм. Введення цього інституту дозволить компенсувати недоліки практики судів загальної юрисдикції, які не завжди можуть урахувати конституційно-правову специфіку окремих справ, що знаходяться в їх провадженні. У цьому відношенні є характерним висновок ЄСПЛ (*Gast and Popp v. Germany*, 64):

*«...відповідний критерій для визначення щодо врахування розгляду справи у конституційному суді для того, щоб встановити розумний характер тривалості процесу, полягає у з’ясуванні, чи може результат вищезгаданого розгляду вплинути на результат справи у звичайних судах.*

*Із цього випливає, що, у принципі, розгляд справ у Конституційному Суді не виключається із сфери дії частини першої статті 6 Конвенції».*

Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної матерії шляхом динамічного тлумачення конституції. Такі питання також досліджуються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак уже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження, виходячи із стратегії компенсації [19, с. 111–112]. Теорія компенсації повноважень виходить із ідеї неконституційності прогалин у поточному законодавстві та тлумачення конституції органами конституційної юстиції як відкритого тексту, виходячи із невичерпності і невідчужуваності прав людини і основоположних свобод. У даному випадку мається на увазі конституційний дискурс щодо перспектив впровадження конституційної юрисдикції у Нідерландах, де внесення змін до конституції є жорстким і сьогодні не визнається ідея конституційного контролю над актами парламенту [20].

**Висновки. Роль і соціальне призначення конституційної юстиції у забезпеченні права на справедливий суд.** Роль конституційної юстиції у забезпеченні права на справедливий суд зумовлена тим, що її дії засновані на конституційних положеннях, адже інтерпретація конституції конституційними судами дає змогу забезпечити повноту конституційного регулювання, оскільки в «конституції немає прогалин та суперечностей» [21, с. 56]. За своїм змістом діяльність конституційних судів полягає у тлумаченні конституції, конкретизації і деталізації обсягу і змісту прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України. Як наголосив КСУ, одним із способів реалізації права кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань у сфері цивільних та господарських правовідносин є звернення до третейського суду (*рішення КСУ № 3-пн/2004*). Таким чином, ставиться питання саме про реальність і дієвість засобу правового захисту, їх невичерпного характеру, найбільш придатного до фактичних обставин і який не суперечить конституційному порядку.

Відповідно до вимог верховенства права КСУ має неухильно додержуватися своєї юриспруденції, що випливає із засад справедливості і правової визначеності. Водночас суспільне життя відзначається динамікою, і КСУ не може стояти осторонь від цих процесів, що може стати причиною перегляду ним своєї юриспруденції. Порівняльно-правовий аналіз та аналіз емпіричних даних свідчить, що такими підставами можуть служити: а) прийняття рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною; б) істотна зміна соціальної, економічної та політичної обстановки, що зумовлює на засадах пропорційності визначати обсяг і зміст прав людини і основоположних свобод; в) зміна законодавчого регулювання парламентом, у визначених Конституцією межах свободи його розсуду (ліберальна, ліберально-демократична чи соціальна модель регулювання); г) зміна панівної доктрини, на основі якої раніше ухвалювалися рішення; д) внесення змін до відповідних положень Конституції. У такому разі КСУ має належним чином обґрунтувати свою правову позицію у справі, інакше можлива ситуація критики його рішень громадськістю, політичними силами та іншими інститутами влади.

### Список використаних джерел

1. Стецюк П.Б. *Основи теорії конституції та конституціоналізму*. Львів : Астролябія, 2003.
2. Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва, 2001.
3. Fossum, John Erik and Menendez, Augustin Jose. *The Constitutional Gift : a constitutional theory for a democratic European Union*. Plymouth : Published by Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011.
4. Шевчук С.В. *Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: Дис... докт.юрид.наук*. Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2008.
5. Тропер М. *Реалистическая теория толкования*. Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1. С. 136-143.
6. Головатий С.П. *Верховенство права: у 3 кн.* / С.П. Головатий. К.: Фенікс, 2006;
7. Кампо В. Українська доктрина верховенства права: проблеми становлення і розвитку. Стрижак А., Тацій В. (ред) *Проблеми сучасного українського конституціоналізму: Збірка наукових праць. На пошану першого Голови Конституційного Суду України, проф. Леоніда Юзькова*. Київ: Ін Юре, 2008. С. 85 – 100.
8. Козюбра М. І. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 4. С. 24—32.
9. Погребняк С.П. *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. Харків: Право, 2008. 240 с.
10. Шевчук С. *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Реферат, 2000.
11. Таманага Б. *Верховенство права: Історія. Політика. Теорія*. Київ : Києво-Могилянська академія, 2007.



12. Report of the Rule of Law: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) CDL-AD(2011)003rev.
13. Шевчук С.В. *Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади*: Дис... докт.юрид.наук. Харків, 2008.
14. Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> Ed. Durham and London : Duke University Press, 1997. 627 p.
15. Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі. Госепат Ш. та Г. Ломанн. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008.
16. Котляревский С.А. *Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов.*—Москва: Изд-во «Зерцало», 2004. 340 с.
17. Dyzenhaus D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press, 2006.
18. Habermas J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1992.
19. Кляйн Ханс Х. Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству. *Государство и право*. 1999. № 8.
20. Adams Maurice. Constitutional Review be the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy? *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. Vol. 66 (2006). S. 399 – 414.
21. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М. : Прогресс, 1981.

## **6.5. Належна правова процедура та конституційні стандарти у кримінальному процесі**

**Вступ.** У цій частині роботи піде мова про відповідність конституційним стандартам змісту процесуальної діяльності в ході кримінального процесу. На сьогодні в Україні існують такі перепони до їхньої реалізації: а) формалізм у праві із значною долею легізму; б) відсутність належних гарантій незалежності і безсторонності судів; в) свавільне застосування закону, без належної юридичної аргументації та довірливої оцінки фактів; г) патерналізм і низька правова культура.

Слід наголосити, що конституція у матеріальному сенсі є результатом спільної діяльності людей щодо встановлення і забезпечення чинності інститутів, принципів і правил, які визначають гарантії прав людини та обмеження свавілля влади. Серед інструментів обмеження свавілля влади виступає поділ влади, основу якого становить судовий контроль над обґрунтованістю та законністю дій органів публічної влади. У світлі таких вимог слід звернути увагу на стандарти додержання прав і свобод людини у ході кримінального процесу.

### **6.5.1. Матеріальна і процесуальна належна правова процедура.**

Ці питання охоплюються через поняття належної правової процедури, яке було сформульовано в англійському праві та через прецедентне право Європейського суду з прав людини було запозичене судами континентальної Європи. Належна правова процедура встановлює вимоги та стандарти до змісту законодавства та практики його застосування. Її складниками є матеріальна та процесуальна належна правова процедура.

В англо-американському праві концепцію матеріальної належної процедури розуміють у двох аспектах: 1) згідно з принципом верховенства права існують певні вимоги до нормативних актів, які визначають такі засади діяльності органів публічної влади, які зобов'язують посадових осіб діяти не лише формально, а й відповідати критеріям розумності, справедливості, загальноприйнятими принципам, встановленим органами правосуддя; 2) справедливості у досягненні легітимної мети, тобто пропорційності засобів захисту основних прав і свобод, яка служить критерієм перевірки правових актів та дій органів публічної влади, які повинні відповідати критеріям легітимності, оптимальності, ефективності та здійснюватися за допомогою таких засобів, які пропорційно співвідносяться із переслідуваною метою та мінімально обмежують основні права, гарантовані конституцією [1, с. 70-71].

До процесуальної належної правової процедури належать: 1) право бути заслуханим перед судом; 2) доступ до захисту, зокрема, гарантії доступу до гарантованих державою безкоштовних послуг захисника для осіб, які за певної ситуації не можуть оплатити послуги захисника; 3) гарантії змагальності та рівності сторін у процесі; 4) презумпція невинуватості і принцип довіри; 5) принцип дослідження і обґрунтованість судових рішень.

Судовий контроль за діями публічної адміністрації є квінтесенцією поняття належної правової процедури, оскільки саме суд є остаточною інстанцією, яка визначає допустимі межі втручання держави у приватну автономію особи.

### **6.5.2. Гарантії доступу до незалежного і безстороннього суду.**

У строгому розумінні до елементів розуміння доступу до суду відносяться: 1) досудове вирішення спорів (яке може включати процедури оскарження, процесуальні угоди); 2) безоплатна правова допомога осіб, які в силу певних життєвих обставин її потребують (тут найбільш прикметним є рішення ЄСПЛ у справі Ейрі проти Ірландії); 3) розумні строки провадження (які включають, насамперед, такі критерії, як складність справи, кількість та особливості поведінки учасників процесу, тривалість та складність експертиз тощо); 4) оскарження судових рішень (що залежить від ефективності системи правового захисту у цілому). Незалежність суду означає відсутність зовнішнього тиску на суд, процедуру формування, позбавлену політичного впливу, «порядок призначення його членів і термін їх повноважень, існування гарантій від зовнішнього тиску і питання, чи створює орган враження незалежності».

Натомість, в якості безстороннього суду ЄСПЛ наводить такі ознаки: «наявність безсторонності для цілей статті 6 § 1 визначається згідно з: (i) суб'єктивним критерієм, коли увага приділяється особистій переконаності і поведінці конкретного судді, тобто, чи продемонстрував суддя особисту упередженість або упередженість у цій справі, і (ii) об'єктивним критерієм, коли з'ясовується, чи забезпечив суд і, зокрема, його склад, достатні гарантії, щоб виключити будь-які обґрунтовані сумніви в його безсторонності» (рішення ЄСПЛ у справі Олександр Волков проти України). Хоча одночасно ЄСПЛ зазначає, що межі суб'єктивного і об'єктивного критеріїв безсторонності суду є мінливими і залежать від особливостей конкретної справи.

### **6.5.3. Правова визначеність і обґрунтовані очікування.**

Правова визначеність як фундаментальна засада правової системи також визнається складовою верховенства права. На думку В. Брюггера, цей принцип проявляється в такому: а) чіткість визначення правових норм; б) чіткість у підпорядкуванні праву; в) стабільність правових норм; г) чітка інституційна відповідальність органів влади [2, с. 211-212]. Лорд Бінгем з цього приводу висловився так [3]:

*«Судді не мають права тлумачити закон так, щоб це тлумачення призводило до появи нових видів злочинів або до розширення підстав, з наявністю яких пов'язуються існуючі види злочинів, внаслідок чого ставала б кримінально караною поведінка, яка до цього такою не була, оскільки це порушувало б фундаментальний принцип, у відповідності з яким особа не підлягає кримінальному покаранню за дії, що не були кримінальним злочином у момент їх вчинення».*

Із засад правової визначеності впливає принцип довіри і право особи бути заслуханою. Принципу довіри притаманні такі елементи: а) презумпція

правомірності поведінки громадянина; б) принцип ретельного розслідування і дослідження; в) право бути заслуханим; г) право задавати запитання і вести перехресний допит свідка. Такі вимоги закладають стандарти визнати поведінку та домагання приватної особи як правомірні, а останні мають стати предметом ретельного розгляду компетентного органу влади. Відповідно тягар доказування стосовно всіх обставин заподіяння чи не заподіяння шкоди приватній особі лежить на органах влади.

#### **6.5.4. Принцип пропорційності: легітимність обмежень прав людини.**

Згаданий принцип дає відповідь на питання щодо допустимих меж обмеження прав людини у діяльності органів публічної влади. Є широке розуміння принципу пропорційності, який визначає загальні стандарти втручання у приватне життя, як на рівні законодавства, так і на рівні адміністративної та судової практики. У широкому значенні принцип пропорційності полягає у такому: а) загальне визнання необхідності втручання держави у приватну автономію; б) демократичний дискурс (вільне обговорення передбачуваних наслідків втручання); в) дотримання парламентської процедури прийняття закону; г) обов'язковість судового контролю над конституційністю закону. Легітимність втручання у приватну автономію визначається через трискладовий тест: 1) чи було таке втручання здійснено на основі закону? 2) чи необхідне втручання у демократичному суспільстві? 3) чи є доречними і достатніми заходи відповідно до покладеної легітимної мети і чи вони не посягають на сутнісний зміст основоположного права?

Щодо допустимих меж втручання у приватну автономію висловився Конституційний Суд України у своєму *Рішенні 3-рп/2015* так:

*«...згідно з Конституцією України допускається можливість обмеження права на апеляційне та касаційне оскарження рішення суду, однак воно не може бути свавільним та несправедливим.*

*Таке обмеження має*

- (1) встановлюватися виключно Конституцією та законами України;*
- (2) переслідувати легітимну мету;*
- (3) бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети,*
- (4) пропорційним та обґрунтованим.*

*У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права.»*

У вузькому значенні принцип пропорційності означає балансування, що у кримінальному праві та процесі означає визначення домірного виду запобіжного заходу щодо підозрюваного чи кримінального покарання щодо засудженого відповідно до характеру скоєного діяння та обставин справи.

### **6.5.5. Основні процесуальні гарантії у світлі конституційних положень.**

Згідно із конституційними приписами вставлено такі нормативні гарантії належної правової процедури: 1) неприпустимість самообмови індивіда у ході процесу; 2) презумпція невинуватості; 3) принцип *ne bis in idem*; 4) право не виконувати злочинні накази і розпорядження; 5) принцип *nullum crimen sine lege*. Вони виражають досвід людства, спрямований проти зловживань владними прерогативами, зокрема негативний досвід нацистського прочитання формалістської концепції правової держави, яка трактувалася нацистами у дусі формальної законності, що також практикувалося у Радянському Союзі.

Із вимог належної правової процедури впливають стандарти ефективності засобів правового захисту. У справі *Силвер проти Сполученого Королівства* Європейський суд з прав людини їх характеризує так:

- «1) якщо особа аргументовано стверджує, що вона потерпіла від порушення основних прав і свобод, їй надається як засіб правового захисту в органах публічної влади, так і для відшкодування шкоди у разі необхідності;*
- 2) система інститутів правового захисту може бути як судовою, так і позасудовою, однак повноваження та гарантії такого захисту повинні бути ефективними, тобто забезпечувати реальний захист прав і свобод, їх поновлення;*
- 3) ефективний правовий захист забезпечується у контексті усієї системи правозахисних процедур, визначених національним законодавством та належною діяльністю органів публічної влади;*
- 4) форми і способи ефективного правового захисту визначаються конституцією і законами держави».*

### **6.5.6. Процесуальні гарантії основних прав і свобод.**

Процесуальні гарантії основних прав і свобод формалізують та упорядковують механізм правового захисту. У системі процедур захисту прав людини німецький конституціоналіст К. Штерн виділяє такі елементи: основні права залежать від наявності певної організації чи дотримання певної процедури; вони впливають на процесуальне право; організація і процес служать інструментами безпосереднього здійснення основних прав; організаційне і процесуальне регулювання є засобом, що усуває протиріччя в нормах конституційного права; із положень про основні права випливають особливі вимоги до процесуального оформлення справ та участі громадян у процесі [4, с. 184].

Процесуальні процедури за своєю природою є механізмом реалізації основних прав і свобод. Наведені вище положення про те, що конституційні засади процедур повинні знайти свій розвиток у поточному законодавстві та зв'язувати органи публічної влади, свідчать про тісний взаємозв'язок конституційних приписів із законодавством, управлінням та правосуддям.

Конституційна юрисдикція має троякий вплив на правозастосування у сфері кримінальної юстиції, яка полягає у здійсненні: а) перевірки конституційності нормативних актів; б) офіційного тлумачення Конституції; в) запровадження конституційної скарги в Україні та її вплив на правозастосовну практику. Якщо перші дві функції є очевидними для Конституційного Суду, то запровадження конституційної скарги потребуватиме інтерпретації питання, що означає перевірку застосування закону, адже на практиці формою застосування законів можуть служити судові рішення. Також слід мати на увазі можливе запозичення підходу Європейського суду з прав людини щодо інтерпретації поняття вичерпання засобів правового захисту, яке поєднується із наведеним вище трактуванням ефективності засобів правового захисту. Тобто Конституційний Суд може взяти до уваги негативну практику апеляційного чи касаційного перегляду судових вироків, які йдуть врозріз із конституційними цінностями і принципами та істотно чи незворотно порушують конституційні права і свободи, визнаючи таку неконституційною і такою, що порушує права і свободи людини.

#### **6.5.7. Структура громадянських прав як класичних негативних прав та кримінальний процес.**

При розслідуванні кримінальних справ (я вживаю цей термін згідно із універсальним підходом) та постановленні вироків слід мати на увазі таку структуру прав людини, яка виражає вертикальні відносини «особа – держава», в яких вимоги особи презюмуються як правомірні згідно із засадами довіри:

- 1) домагання особи до держави захистити певне особисте, матеріальне або духовне благо, насамперед, у діяльності незалежних і безсторонніх судів;
- 2) обов'язок держави захищати суб'єктивне публічне право та забезпечити законодавче регулювання статусу компетентних органів влади;
- 3) організаційне і процесуальне забезпечення їх реалізації.

Як це діє, я продемонструю на прикладі структури негативного за юридичною природою права на свободу і особисту недоторканність (стаття 29 Конституції):

**а) Заборона довільного втручання у приватну автономію.** Насамперед, Конституція встановлює абсолютну заборону довільного втручання у приватну автономію особи:

*«Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність».*

**б) Легітимність втручання.** Далі визначаються засади легітимності втручання шляхом встановлення винятків із наведеної вище заборони:

*«Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом».*

*і) Конституція встановлює процедурні гарантії недопущення свавілля при особливих випадках чи нагальній необхідності:*

*«У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою».*

*ii) Зміст процесуальних гарантій.* При цьому окремо визначають особливі гарантії від свавілля, які нині відомі як «правило Міранди»:

*«Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника».*

#### **в) Насамкінець встановлюється вимога судового контролю:**

*«Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.*

*Прешо арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого».*

У контексті свободи розвитку індивіда (ст. 23 Конституції) право на особисту свободу є багатоаспектним. Свобода людини не зводиться до гегельянського формулювання «усвідомленої необхідності», яку можна трактувати занадто фаталістично. Свобода людини полягає у можливості вибору варіанту поведінки у рамках права – критерієм меж вибору є, насамперед, права і свободи інших людей та існуючий правопорядок. Тим самим право на свободу є абсолютним правом, у здійсненні якого ніхто не може втручатися свавільно. З іншого боку, кожна людина є соціальною істотою, і свобода волі людини виражається у юридичному сенсі через усвідомлення людиною наслідків своїх дій та їх узгодження з потребами та інтересами інших людей. Тому свободу не можна зводити до сваволі, тобто можливості вибору незалежно від якоїсь зовнішньої сили, в тому числі від держави. Концепція свободи волі полягає в тому, що людина може піддавати сумніву існуючий соціальний устрій, критикувати його, однак вона повинна усвідомлювати, що у випадку посягання на права та інтереси інших людей на неї можуть бути накладені відповідні обмеження, тобто може понести юридичну відповідальність.

У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити негативно – свобода означає ніщо інше, як неприпустимість свавільного втручання в особистий вибір особи щодо різноманітних аспектів недоторканності особистої свободи. З точки зору індивідуальної недоторканності особи держава несе позитивні й негативні зобов'язання.

*Позитивні обов'язки держави* полягають: а) у недопущенні рабства та аналогічних суспільних інститутів; б) боротьбі із нелегальною трудовою міграцією

як із прихованою формою работоргівлі; в) попередження випадків захоплення заручників та неприпустимості подібних методів із злочинними організаціями.

*Негативні обов'язки держави* полягають: а) у неприпустимості застосування кримінальних покарань, які можна прирівняти до рабського положення засудженого; б) у утриманні від вчинення дій, що засновані на залежному положенні особи від держави у формі надання певних преференцій; г) у неприпустимості функціонування злочинних організацій як приватних агентів держави, коли ці організації використовуються опосередковано спецслужбами як інструментом боротьби із опозицією, залякування своїх громадян.

### **6.5.8. Вимога судової перевірки обґрунтованості слідчих дій.**

Серед індивідуальних засобів правового захисту основних прав у зарубіжних країнах виділяються процедури конституційної скарги, ампаро, народні скарги, скарги індивідів у суспільних інтересах, *habeas corpus*, *mandamus* тощо. Головне призначення будь-якої судової установи полягає у забезпеченні ефективного правового захисту, розгляд скарг повинен бути незалежним і безстороннім та у розумні строки. Важливим фактором, що свідчить про авторитет та ефективність судового захисту, є неухильне виконання судових рішень і життя суворих санкцій до органів публічної влади чи посадових осіб у випадку невиконання або ухиляння від виконання судових рішень.

**а) Судова перевірка стосовно обмежень конституційних прав і свобод.** Треба мати на увазі певні допустимі межі втручання у вільний світ самовизначення особи, на підставі чого й існує судова перевірка стосовно обмежень конституційних прав і свобод. Право на захист від втручання в особисте життя можна розуміти як недоторканність середовища життя людини, захист її від свавільного втручання державних органів та будь-яких сторонніх осіб, у тому числі і членів сім'ї, в його спосіб життя взагалі. З цього приводу ЄСПЛ у справі *Німіц проти ФРН* зазначив таке [23, с. 769-770]:

*"29. Суд не вважає, що можливо чи необхідно дати вичерпне визначення поняття «особистого життя». Було б занадто суворим обмеженням його лише інтимною сферою, де кожний може жити своїм власним особистим життям, як він бажає, і тим самим цілком виключити зовнішній світ з неї. Повага особистого життя повинна також включати до деякої міри право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми.*

*Більше того, здається, немає принципових підстав, щоб поняття «особистого життя» виключало професійну діяльність і діяльність ділового характеру; саме у своїй роботі більшість людей має велику можливість розвивати відносини з зовнішнім світом».*

**б) Диференціація прав людини.** Оскільки йде мова про обґрунтованість втручання в приватність особи, то слід мати на увазі наступне ранжування прав і свобод людини:



*i) Абсолютні права* – тягар доказування лежить на органах влади щодо неприпустимості їх порушень:

1) заборона катування, нелюдського та такого, що принижує людську гідність, поводження;

2) заборона рабства та підневільної праці, так само, як і пов'язаних із цим видів юридичної відповідальності, які не можуть посягати на сутнісний зміст гідності людини як основоположної цінності.

*ii) Відносно обмежені основоположні права і свободи:*

1) право на свободу та особисту недоторканність (стаття 29);

2) недоторканність житла та іншого володіння особи (стаття 30);

3) таємниця листування і кореспонденції (стаття 31);

4) недоторканність особистого і сімейного життя (стаття 32).

### **6.5.9. Обов'язок захисту і процесуальні гарантії прав людини.**

Правове регулювання допустимих меж втручання у приватну автономію особи та кримінального процесу з точки зору нормативності зумовлює обов'язок держави захищати суспільство та окремих осіб від злочинних посягань, належним чином здійснювати розслідування кримінальних справ. Із цього обов'язку захисту випливають такі конституційні гарантії: а) право на судовий захист (стаття 55); б) право на відшкодування заподіяної шкоди (стаття 56); в) правова визначеність і належний порядок доведення до відома кожного змісту правових актів (стаття 57); г) заборона зворотної сили закону та *nullum crimen sine lege* (стаття 58); д) право на правничу допомогу (стаття 59); е) неприпустимість схиляння до виконання злочинних наказів (стаття 60); є) *ne bis in idem* (стаття 61); ж) презумпція невинуватості (стаття 62); з) неприпустимість самообмови (стаття 63); і) виключність підстав для обмеження прав людини (стаття 64) у поєднанні із забороною свавілля (стаття 19.2).

Навіть за умови застосування надзвичайних засобів захисту Конституції, наприклад, від терористичної чи підривної діяльності, конституційні гарантії не можуть бути піддані сумніву. Верховний Суд США у роки Другої світової війни у справі щодо інтернування американців японського походження констатував таке:

*«Те, що під час кризи, пов'язаної із війною та загрозою вторгнення, уряд вживає заходів задля громадської безпеки, виходячи із визнання фактів і обставин, які вказують на те, що одна національна група може загрожувати безпеці більше за інших, не можна вважати цілком антиконституційним і засуджуватися лише тому, що в більшості випадків расові розрізнення є неприпустимими».*

**Висновки.** Я тут навів конституційні положення, які володіють прямою дією. У їх світлі мають тлумачитися положення законів, як це вимагає принцип верховенства Конституції (стаття 8.2). Це означає, що вони встановлюють стандарти і вимоги до процесуальних дій у ході кримінального процесу. Саме у світлі цих стандартів і вимог має скануватися кожна процесуальна дія. Недодержан-

ня зазначених стандартів означає вагому юридичну хибу процесуальних дій. А одержані в їх результаті інформація, матеріали чи інші дані, ухвалені юридичні рішення є нікчемними. Такі дії безпосередньо атакують сутнісний зміст основного права, встановлюючи істотні перепони чи унеможлиблюючи його захист доступними за наявних фактичних обставин юридичними засобами. Порушення згаданих засад є запереченням принципу правової держави, її покликання забезпечувати безпеку, громадський мир та захист від свавільних дій з боку третіх осіб. А цинічне ігнорування нормативності Конституції під певними блакими намірами є прямим шляхом для встановлення диктатури та її легістського обґрунтування.

### Список використаних джерел

1. Шевчук С. *Основи конституційної юриспруденції*. К.: Український центр правничих студій, 2001.
2. Brugger W. Concretization of Law and Statutory Interpretation. *Tulane European and Civil Law Forum*. 1996. № 11.
3. Лорд Бінгем. Лекція про верховенство права. URL: <http://legalitas.com.ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>
4. Изензее И, Кирххоф К. (ред.) *Государственное право Германии*. В 2-х т. Т. 2. Москва: ИГП РАН, 1994.
5. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва, 2001.
6. Козюбра М. І. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 4. С. 24—32.
7. Погребняк С.П. *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. Харків, Право, 2008. 240 с.
8. Шевчук С.В. *Основи конституційної юриспруденції*. К.: Реферат, 2000.
9. Таманага Б. *Верховенство права: Історія. Політика. Теорія*. Київ. : Київ.-Могилян. академія, 2007.
10. Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> Ed. Durham and London : Duke University Press, 1997. 627 p.).
11. Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі. [Ін:] *Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна*. К. : Ніка-Центр, 2008.

## 6.6. Природа соціальних прав

**Вступ.** Основою правової держави є стан правової визначеності. Тому конкретизовані у законодавстві основні права і свободи повинні забезпечуватися через відповідну соціальну політику уряду. Соціальна політика держави повинна відповідати реальності та міркуванням раціональності, щоб не виникло небезпеки надмірних соціальних зобов'язань з боку держави, як це відбулося у часи Веймарської республіки у Німеччині.

Дієвість та реальність захисту основних прав забезпечується не тільки правоохоронною діяльністю держави, тобто здійсненням поліцейської функції, а також шляхом раціонального їх використання адресатами. Це передбачає на основі закону певну свободу розсуду виконавчої влади у проведенні соціальної політики, спрямованої на забезпечення необхідного рівня правового та соціально-правового захисту.

### 6.6.1. Позитивні обов'язки держави та соціальні права.

#### *Природа соціальних прав.*

Соціально-економічні права розглядаються у порівняльному конституційному праві як набуті права (*entitlement rights*), які є обґрунтуванням позитивної, стверджувальної діяльності (*affirmative action*) держави у соціальній сфері. Вони є найбільш значущим проявом принципу соціальної держави. Однак у більшості пострадянських країн соціальні права тлумачаться специфічно як засіб використання державою «перерозподільчих» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам.

Обов'язок держави із соціального захисту має дуальну природу. По-перше, не існує очевидної кореляції між накопиченням майна (капіталу) та його справедливим розподілом між людьми. Наприклад, ризики, з якими пов'язана підприємницька діяльність, мають часто нелінійний характер, а тому при накопиченні капіталу відіграють свою роль циклічність економіки, звичайна практика укладення та додержання контрактів, а також юридичні гарантії їх забезпечення.

По-друге, оскільки майно часто несправедливо розподіляється, то його володарі несуть певні обов'язки перед іншими людьми. Як правило, володільці майна його експлуатують особисто, здійснюючи підприємницьку діяльність або є бенефіціаріями цього майна, надаючи його в управління менеджерам чи будучи засновниками інших підприємств. Тобто експлуатація майна у кінцевому рахунку пов'язана із найманою працею, яка має справедливо винагороджуватися. Тим самим на них лежить обов'язок забезпечувати гідний рівень життя найманого працівника.

З точки зору до поваги людської гідності Марксова теорія доданої вартості, яка ще в нас панує і закладена у законодавство, просто не витримує критики. Адже спекуляції на кшталт, що вартість товару, представленого на ринку, визначається обсягом суспільно необхідної людської праці, витраченої на його виробництво, не відповідає структурі сучасної економіки. Це також не відповідає

природі розподілу ресурсів та майна в суспільстві. Тому власники майна мають забезпечувати гідний рівень винагороди праці найманим працівникам, що має гарантувати держава. Це зумовлює втручання держави в економічну систему з метою забезпечення розподілу майна на засадах процесуальної справедливості. І тут також важливими є гарантії доступу до благ малозабезпечених.

Тому багато що залежить від структури національної економіки та адресного характеру соціальних прав.

Державне управління здійснюється через такі адміністративні дії, які повинні відповідати певним стандартам та вимогам. Критерієм таких стандартів є ефективна реалізація компетенції органами виконавчої влади. Згідно з конституційним принципом поділу влади (ст. 6), будь-яка адміністративна дія повинна бути заснована на законі і забезпечувати конкретизацію та деталізацію його положень. Разом з тим така деталізація та конкретизація закону не повинна призводити до підміни закону адміністративними діями у формі прийняття постанов чи інших підзаконних нормативних актів.

Таким чином, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, повинно бути засноване на законі. Оскільки сфера державного управління стосується публічно-правового втручання у приватну автономію фізичної чи юридичної особи, то повинні існувати певні стандарти-вимоги, які визначають сутність адміністративних режимів. Такі вимоги повинні бути засновані на законі і відповідати його загальним цілям та конкретним його приписам. Повинна існувати певна щільність законодавчого регулювання форм і методів державного управління із одночасною гарантією свободи розсуду (дискреції) адміністрації. У цьому відношенні здається цінним досвід у ФРН. Німецький вчений Бадура сформулював таке бачення принципу законності управління [1, с. 35]:

*«Здійснення виконавчою владою державного управління і контроль за здійсненням державного управління з боку судового захисту права визначаються з конституційно-правової точки зору принципом законності управління. Тим самим парламентське рішення і регулювання за допомогою закону мають вирішальне значення для визначення завдань і повноважень виконавчої влади, а також для встановлення меж та області дії судового захисту права по відношенню дій виконавчої влади... Принцип поділу влади є конституційно-правовою передумовою для того, що виконавча влада і правосуддя «зв'язані правом», а також гарантією того, що ті, чиї права порушені державною владою, зможуть звернутися в суд. Від цих принципів і гарантій правової держави залежить, чи зможе і в якій мірі закон надати управлінню свободу дій та простір для власних оцінок і, разом з тим, установити обмежений правом масштаб для судового контролю і судового захисту».*

Федеральний конституційний суд Німеччини висловив з цього приводу низку міркувань: «Згідно із судовими рішеннями, використання невизначених

правових понять у принципі не викликає сумнівів з точки зору конституційного права. При відповіді на запитання, які вимоги до визначеності повинні бути пред'явлені в окремих випадках, слід враховувати особливості відповідного предмета регулювання, а також інтенсивність регулювання. Менш жорсткі вимоги слід висувати, насамперед, при багатоманітності обставин справи або при можливості швидкої зміни обстановки» [1, с. 36]. Тому законодавство і адміністративна практика мають відповідати засадам правової визначеності.

### **6.6.2. Правомірні очікування та соціальні права.**

Відповідно до засад правомірності очікувань та правової державності ФКС ФРН сформулював такі критерії соціального захисту [2, с. 745]:

- таке право повинно бути чітко визначене законом і не залежати від розсуду посадових осіб чи органів державної влади;
- право на соціальний захист має також бути спрямованим на забезпечення мінімальних умов існування та базуватися на особистих внесках особи.

Натомість у вітчизняній юридичній науці доволі поширена думка про те, що соціальна держава є, по суті, «благодійницею», яка абсолютизує соціальну захищеність та відповідні соціальні гарантії [3, с. 181].

Дійсно, соціальна спрямованість Української держави знаходить свій вияв в утвердженні та забезпеченні соціальних прав, зокрема: права кожного на працю, права працюючого на відпочинок, права громадян на соціальний захист, права кожного на житло, права кожного на достатній життєвий рівень, права кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (статті 43, 45, 46, 47, 48-49 Конституції України). Водночас конституційні принципи, на яких базується здійснення прав і свобод людини і громадянина в Україні, передбачають, за змістом статей 1, 3, 6, 8, 19, 22, 23, 24, 64 Основного Закону України, правові гарантії, правову визначеність і пропорційність у сфері соціального захисту.

Соціальні права як норми прямої дії мають специфічну структуру і природу. Їхнє здійснення потребує конкретизації у поточному законодавстві. З іншого боку, їх закріплення у Конституції України викликає у громадян надмірні та невиправдані соціальні очікування. Нездатність держави на сучасному етапі забезпечити їх дієвість призводить до розчарування й істотного зниження рівня авторитету Конституції. Соціальні права викликають також у громадян настрої утриманства по відношенню до держави, роблячи індивіда надто залежним від мінливої державної політики.

За висловом Т. Маршалла [4, с. 72]:

*«Соціальні права складають весь діапазон від права на частку економічного добробуту та безпеки до права на розділ в повній мірі соціальної спадщини і жити життям цивілізованої істоти відповідно до стандартів, що переважають у суспільстві. Інституціонально найтісніше пов'язані з ними система освіти і соціальні послуги.»*

За своєю природою соціальні права є набутими або позитивними, тобто їхній захист залежить від ступеня розвитку соціальних інституцій та належного здійснення позитивних обов'язків державою. Для належної реалізації соціальних прав необхідне додержання таких гарантій: а) розвинуте соціальне законодавство; б) наявність розвинутої мережі установ і закладів, що надають соціальні послуги; в) система соціального страхування; г) система надання соціальних допомог та здійснення соціальних виплат; д) високий рівень добробуту та доходів більшої частини населення, основу якої становить «середній клас»; е) наявність справедливої системи перерозподілу валового внутрішнього продукту через виважену фіскальну політику та систему адресної соціальної допомоги. Такі заходи є основою виконання державою позитивних обов'язків у сфері соціально-правового захисту.

Право на соціальний захист громадян включає право на забезпечення працівників та інших громадян у разі втрати працездатності (повної, часткової або тимчасової), втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у разі народження дитини та інших випадків, які передбачаються законодавством. Основою права на соціальний захист є: а) розвинуте соціальне законодавство; б) державна підтримка діяльності державних і приватних установ соціального захисту; в) державна підтримка благодійництва і меценатства; г) наявність системи соціального страхування; д) надання адресної соціальної допомоги, зокрема в зв'язку із народженням дитини чи догляду за дитиною до досягнення нею певного віку тощо.

У країнах розвинутої ринкової економіки здійснення принципів інституту приватної власності, а також усталених структур громадянського суспільства служить надійною перепорою для використання державою «перерозподільних» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам. Ця обставина ігнорувалася радянською пропагандою (від газетних публікацій до докторських дисертацій), яка намагалася довести, що західний світ був «змушений» рахуватися із досягненнями «соціалістичної демократії» і маскувати свою антинародну сутність, проголошуючи «жалюгідні та урізані» соціально-економічні права.

У свою чергу, це тягне за собою негативні наслідки: 1) збереження, а інколи й посилення, патерналістських установок масової свідомості; 2) виникнення серйозних труднощів, що перешкоджають заміні зрівняльного розподілу соціальних благ адресною допомогою малозабезпеченим; 3) зниження значимості громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження минулих, радянських стереотипів поведінки, в силу яких положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захисту [6, с. 150].

Польський Конституційний трибунал динамічно тлумачить конституційні положення, зокрема принцип рівності в якості забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно з конституційними принципами, цілями та цінностями [7, с. 161]. Починаючи з 1990 р. ситуація із забезпеченням соціально-економічних

прав стала змінюватися, оскільки йшов процес економічної трансформації системи соціального захисту, соціального страхування, що на практиці призвело до зменшення соціальних гарантій.

Інфляція зумовила необхідність постійної індексації зарплат і пенсій, що стало причиною затримки їх виплат. Тому Конституційний трибунал Польщі знаходився у складному положенні: при винесенні рішення він мав вибір між винесенням економічно не виконуваного рішення та відступом від принципів і цінностей, що закріплювалися польською конституцією. Обґрунтовуючи відступ, Конституційний трибунал пояснював свою позицію тим, що принцип соціальної справедливості є підставою для обмеження деяких пенсійних прав, які носять характер необґрунтованих привілеїв.

Таким чином, здійснення соціальних прав в Україні зумовлено системою конституційних цінностей і принципів, які повинні тлумачитися збалансовано. Держава повинна дбати про розвиток соціального законодавства, соціальної інфраструктури та відповідних і адекватних заходів політики уряду.

Так, наприклад, Конституційний суд Угорської республіки у рішенні № 32/1991 вказав, що право на соціальні виплати (допомогу) не може бути змінено конституційно без відповідної причини чи несподівано. Зміни, які відбуваються без поступового переходу, можуть вноситися лише за особливих умов. Сподівання (очікування) мають ще більш високий ступінь захисту, якщо вони близькі до започаткування суб'єктивного права на пільгу. Вже отримані пільги захищаються із ще більшими гарантіями.

Конституційний трибунал Республіки Польща у рішенні К 5/99 встановив, що застрахована особа повинна враховувати ту обставину, що в умовах економічної рецесії або несприятливих демографічних тенденцій, у ситуації, коли зменшуються надходження від страхових внесків, держава може бути вимушена змінити діюче правове регулювання у гірший бік, пристосовуючи обсяг реалізації соціальних прав до економічних умов.

Конституційний Суд Республіки Литва рішенням від 25 листопада 2002 року визначив, що відповідно до конституційного принципу правової держави, якщо особі була призначена і виплачується пенсія по старості, то її виплата не може бути припинена або її розмір не може бути зменшено. Однак, може виникнути така екстремальна ситуація в державі (економічна криза, стихійне лихо тощо), коли неможливо накопичити достатньо коштів для виплати пенсій. В таких виняткових випадках правове регулювання пенсійних відносин може бути змінено і за рахунок скорочення пенсій по старості, оскільки це необхідно для забезпечення життєво важливих інтересів суспільства та захисту інших конституційних цінностей. Зменшені пенсії по старості можуть бути виплачені тільки на тимчасовій основі, тобто тільки до подолання надзвичайної ситуації. При цьому згаданий Суд вказав, що навіть у таких надзвичайних випадках не допускається, щоб пенсії по старості були зменшені з порушенням балансу між інтересами людини і суспільства, який закріплено в Конституції Литви; скорочення пенсій по старості повинно відповідати конституційному принципу пропорційності.

Таким чином, з наведених рішень вбачається, що соціальні зобов'язання, взяті на себе державою, повинні пропорційно співвідноситися з її фінансовими можливостями, а також можуть бути тимчасово змінені в умовах нестабільної економічної ситуації, але виключно з урахуванням принципу співмірності.

Фактично такої ж позиції дотримався КСУ у рішенні № 20-рп/2011, вказавши, що одним з визначальних елементів у регулюванні суспільних відносин у соціальній сфері є додержання принципу пропорційності між соціальним захистом громадян та фінансовими можливостями держави, а також гарантування права кожного на достатній життєвий рівень (абзац сьомий підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини). Водночас, Конституційний Суд України неправомірно поклав на Кабінет Міністрів України право змінювати обсяг і зміст соціальних прав, хоча це питання має вирішуватися виключно шляхом внесення змін у спеціальні закони. Таким чином, згадане рішення не було належним чином обґрунтованим з точки зору правомірності очікувань та пропорційності.

### **6.6.3. Структура захисту соціальних прав.**

Соціальне законодавство не повинно викликати надмірні соціальні очікування та настрої утриманства у громадян. Це може послужити створенню атмосфери безвідповідального ставлення громадян до здійснення своїх суб'єктивних прав і внести суттєвий дисбаланс у систему основних прав і свобод. Система існуючих пільг, преференцій і привілеїв є невинуватою широкою, що унеможлиблює їх реальне забезпечення державою. Радянські стереотипи правотворення сьогодні дуже серйозно дискредитують соціальне законодавство.

Наприклад, питання щодо надання допомоги при народженні дитини стоєть у спроможності соціальної інфраструктури, зокрема системи соціального страхування, встановлення граничних розмірів соціальних внесків у їх співвідношенні із навантаженням на фонд оплати праці, акумуляції коштів із соціальних внесків та розподілу соціальних виплат між адресатами. Згідно із засадами розподільчої справедливості, соціальна допомога при народженні дитини має бути адресною.

Здійснення заходів соціального захисту визначає відповідна соціальна інфраструктура. Так, згідно зі ст. 46 Конституції України інфраструктуру системи соціального захисту складають загальнообов'язкове державне страхування, мережа державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними, здійснення державної політики із забезпечення прожиткового мінімуму, який би гарантував гідний рівень життя індивіда. По суті система соціального захисту від існування мережі відповідних закладів, поєднання публічних і приватних установ у системі соціального захисту, доступної системи соціального страхування, здійснення ефективної державної політики, яка б стимулювала доступну систему соціального страхування та ефективний контроль за приватними установами у цій сфері. Те ж стосується здійснення інших напрямів соціальної політики держави, зокрема, права вільного вибору соціальної та економічної діяльності, права на охорону здоров'я, доступ до безоплатної освіти тощо.



Принцип справедливості передбачає можливість адресно та диференційовано визначати доступ до певних благ. У цьому контексті соціальні права зумовлені економічною структурою, яка, власне, і визначає систему їх забезпечення.

Тому недостатніми є апеляції до економічного стану. Адже держава через надмірну регуляторну політику у сфері економічних свобод породжує її тінізацію. Як засвідчили дослідження Ернандо де Сото, надмірна забюрократизована процедура реєстрації нерухомості та операції із нею в Перу призвела до того, що близько 70 % нерухомості було в тіні. Тому й на ринку на неї не склалися об'єктивні ціни, що обмежило ділову активність, доступ до кредитних ресурсів і більш справедливого розподілу власності як такої. Тобто сама держава своїм дирижизмом (надмірним втручанням в економічні свободи) може стати ключовим чинником пригнічення справедливості. Права меншості за таких умов мають бути забезпечені, зокрема, їхній доступ до матеріальних і духовних благ.

Адресність соціальної допомоги має на меті, насамперед, захист людської гідності. Адже гідність людини проявляється в її самоідентичності, самовираженні та можливості вільно розвиватися у демократичному суспільстві. Обмеження доступу до благ стосується таких аспектів гідності, як самоідентичність та вільний розвиток індивіда.

Атака самоідентичності індивіда полягає в тому, що її предметом стає належність особи до суспільства, а тому має місце відчуження конкретного індивіда від певних благ. Тому соціальний захист не є привілеєм чи подачкою, актом жалування особи з боку держави. Постановка питання про привілей також атакує людську гідність як таку, оскільки привілей не має обґрунтування з точки зору легітимних цілей закону, суспільної необхідності та доречності втручання, виходячи із мети закону. У цій площині координат привілей особи на безкоштовне встановлення телефону чи доступу до певних продуктів харчування, одягу чи побутової техніки не має жодного юридичного обґрунтування.

Ще більшим об'єктом атаки є можливість індивіда на вільний розвиток. Тому я вважаю антиконституційними всі положення законодавства, які пов'язують доступ до матеріальних і духовних благ із прожитковим мінімумом чи мінімальною заробітною платою. У цьому відношенні вельми характерною є постанова уряду № 780 від 11 жовтня 2016 р., яку я б просто охарактеризував як зневагу та упослідження людської гідності. Взагалі там є купа анекдотичних речей на кшталт куртки на синтепоні на 5 років для працездатного чоловіка (на 8 років – для непрацездатного) чи згадка про дві пачки на рік лез до бритви з пакуванням у 12 штук. Про потреби жінок чи дітей взагалі промовчу. Чи про питання дозвілля. За такого підходу про вільний розвиток людини як особистості занадто складно говорити.

Як відзначав Віктор Франкль, людина постійно знаходиться у пошуку сенсів свого життя. Людина є вільною, що базується на свободі волі робити вільний вибір без зовнішнього тиску та пригнічення. Іншою стороною медалі є відповідальність, яка інтенційно співвідноситься з двома речами: зі змістом, за здійс-

нення якого ми відповідальні, і з тим, перед ким ми несемо цю відповідальність. І вбачати, що закон може вирішити всі повсякденні проблеми людини чи дирижизм уряду також є атакою на людську гідність.

Тому я й наголошую на диференціації, в основі якої свобода та рівність можливостей доступу до благ. Диференціація зумовлює наявність юридичних гарантій рівних можливостей доступу до благ людей, які в силу різних складних життєвих ситуацій позбавлені такого блага. Адже вони можуть бути безсилими перед економічною рецесією, безробіттям, наслідками трудового каліцтва чи інвалідства з дитинства, чи старості, яка рано чи пізно всіх очікує.

Часто говорять, що гарантоване Конституцією право на соціальний захист має таку структуру: право на забезпечення осіб у разі (1) повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, (2) безробіття з незалежних від них обставин, а також (3) у старості та (4) в інших випадках, передбачених законом. Але це не структура, а певний набір прав.

Тому я далі говоритиму про те, що соціальний захист зумовлений соціальною інфраструктурою, яка визначає чи не вирішальним чином ефективність соціального захисту як такого. У цій системі координат соціальний захист зумовлений структурою права власності та її юридичними гарантіями. Саме на такому підході базується юридичний захист соціальних прав у практиці Європейського суду з прав людини.

Стосовно стану добробуту навіть у країнах Заходу сьогодні доволі неоднозначна картина. Принаймні за кілька останніх десятиліть про якесь істотне зростання добробуту доволі складно говорити – доречніше говорити навіть про деякий відкат.

Тому не випадковий підхід ЄСПЛ, згідно з яким гарантії права на мирне володіння майном зумовлюють позитивні обов'язки держави із забезпечення соціального захисту. Такі позитивні обов'язки держави полягають у підтримці конкурентного середовища при розподілі ресурсів та забезпечення рівних можливостей доступу до них. Про це наголошував у своєму пілотному рішенні ЄСПЛ Юрій Миколайович Іванов проти України.

У зв'язку із цим має функціонувати задовільна та конкурентна система соціального страхування, яка має розподіляти рівномірно можливі ризики між учасниками ринку в разі настання таких життєвих обставин у людей, які об'єктивно стануть перепорою їхнього доступу до певних матеріальних і духовних благ.

Наприклад, впровадження реформи охорони здоров'я немислиме без загального обов'язкового медичного страхування. За умов впровадження такого страхування має місце перерозподіл потенційних ризиків від втрати здоров'я, що об'єктивно знижує доступність окремих осіб до життєвих благ. За рахунок лише публічних фінансів буде складно гарантувати доступ до медичних послуг – саме з цих причин потрібна диференціація у перерозподілі потенційних ризиків від втрати здоров'я через різні системи страхування. Система обов'язкового медичного страхування має передбачати, що держава братиме на себе помірні витрати на ці потреби для малозабезпечених.

Та ж сама картина спостерігається із пенсійним забезпеченням. Адже солідарна система пенсійного забезпечення є редуцією за своєю суттю – вся повнота перерозподілу ресурсів лягає на працездатне населення. З іншого боку, вона породжує інфантильність працюючого населення, яке майже безвідповідально ставиться до свого майбутнього. Тому доповнення солідарної пенсійної системи багаторівневою є нагальною потребою в умовах демографічної кризи та критичного зниження рівня працездатного населення. У зв'язку із цим рівномірно мають бути розподілені обов'язки між державою та контрагентами на ринку (між роботодавцями і працівниками, між страховальниками і страховиками тощо). І таких прикладів можна наводити багато.

Таким чином, система соціального страхування має диференціюватися у залежності від виду соціального захисту. Діяльність цих установ має бути підконтрольною і підзвітною; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці. З огляду на це, можна обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах.

Далі структурним елементом соціального захисту є діяльність соціальних установ, які гарантують рівний розподіл благ та доступ до них чи надають відповідні соціальні послуги. Структура національної економіки така, що задля забезпечення цілісності та солідарності суспільства не може лягати несумірний тягар відповідальності на державу чи на індивіда. Зокрема, на працедавцеві лежить також позитивний обов'язок активно піклуватися про своїх працівників, зокрема шляхом участі у системі соціального страхування та контролю за діяльністю установ, що надають соціальні послуги. Однак саме на державі лежить основний обов'язок із забезпечення ефективності діяльності установ з надання соціальних послуг та недопущення можливих зловживань.

Держава має підтримувати діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги, що фінансуються з державного бюджету. Також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги. Наприклад, питання щодо надання допомоги при народженні дитини стосується спроможності соціальної інфраструктури, зокрема системи соціального страхування, встановлення граничних розмірів соціальних внесків у їх співвідношенні із навантаженням на фонд оплати праці, акумуляції коштів із соціальних внесків та розподілу соціальних виплат між адресатами. Згідно із засадами розподільчої справедливості соціальна допомога при народженні дитини має бути адресною.

У разі надзвичайних економічних обставин, пов'язаних із настанням економічної кризи (рецесії) та загроз національній державності може постати проблема скорочення асигнувань із Державного бюджету на соціальні програми. Згідно з принципом пропорційності, легітимна мета секвестру бюджетних асигнувань може бути досягнута, якщо було запроваджено принцип адресності соціальної допомоги чи виплат, який би можна було присуджувати, до прикладу, виходячи із середньозваженого доходу на члена сім'ї у розмірі середньомі-

сячної заробітної влади, яка встановлена у конкретному регіоні. За таких умов було б додержано засади розподільчої справедливості та диференційованого підходу до адресатів соціальної допомоги у залежності від розміру їхнього доходу. Такі заходи також цілком укладаються у необхідність секвестру асигнувань з Державного бюджету на цілі соціального захисту в зв'язку із економічною рецесією, яка поглибилася із зовнішньою агресією проти України з боку Російської Федерації та проросійських парамілітарних структур.

**Висновки.** Насамкінець стосовно природи соціальних прав хоча навести кілька узагальнених висновків щодо їхньої чинності у правовій системі:

1. Гідність людини передбачає вільний розвиток у суспільстві, зокрема, необхідною гарантією є доступ до життєво важливих матеріальних і духовних благ. Такий доступ визначається засадами соціальної держави, згідно з якими держава забезпечує соціальне страхування та має виважено накладати обов'язки щодо сплати податків, які виконують розподільчу функцію задля вирівнювання доходів між громадянами. При цьому не має існувати надмірного обмеження економічних свобод при накладанні податків.

2. Ступінь розвитку соціальної держави досяг такого рівня, що згідно із принципами поваги до гідності та прав людини діє соціальне законодавство. У залежності від виду соціальної допомоги при наявності відповідного закону носій такого соціального права розумно може очікувати належної діяльності держави щодо забезпечення права на соціальний захист (пенсійне забезпечення, допомогу в разі безробіття) і не може посилається на недостатність таких коштів у держбюджеті (наприклад, як вирішив ЄСПЛ у справі Юрій Миколайович Іванов проти України) .

3. Тут також слід мати на увазі структуру соціальних прав: а) обсяг їх змісту визначається Конституцією, конкретизується відповідним законом і має задовольняти критерію мінімальної достатності гідного рівня життя; б) діяльність системи соціального страхування і задовільної системи розподілу тягаря щодо сплати виплат у соціальні фонди на засадах пропорційності; в) діяльність соціальних установ щодо надання соціальних послуг та допомоги, доступність до їх мережі з боку громадян.

4. Тому звуження сутнісного змісту конкретного соціального права має відповідати засадам пропорційності й не посягати на гідність людини, забезпечуючи доступність до життєво необхідних для особи благ і не заперечувати можливість особи задовольняти життєві потреби чи отримувати мінімальний обсяг соціальних послуг, яких особа потребує відповідно до засад диференціації правового статусу (пенсіонер, сирота, інвалід тощо).

5. Стосовно звуження сутності змісту соціального права, то питання доречності і достатності засобів слід більш детально визначати саме для соціальних прав. Тут технологія приблизно та сама, що і в антидискримінаційному тесті, який поєднує ознаки диференціації правового регулювання та трискладовий тест. Та й самі соціальні права *sui generis* містять позитивну дискримінацію, а якщо точніше – стверджувальні дії держави або здійснення державою позитивних обов'язків.

Загалом, право на соціальний захист має забезпечувати вільний розвиток індивіда як повносправного члена суспільства, гарантувати йому участь у суспільному житті, обирати певні життєві стратегії для досягнення своїх цілей та стремлень.

### Список використаних джерел

1. Рихтер И., Шупперт Г.Ф. *Судебная практика по административному праву*. Москва: Юристъ, 2000.
2. Шевчук С.В. *Основи конституційної юриспруденції*. К.: Реферат, 2000.
3. Шевчук С.В. *Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Київ: Реферат, 2010.
4. Скакун О.Ф. *Теорія держави і права (Енциклопедичний курс)*. Харків: Консум, 2006.
5. Marshall T.H., *Citizenship and Social Class and Others Essays*. Cambridge at University Press, 1964. 85 p.
6. Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение*. 2000. №1.
7. Гарлицкий Л.Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1.
8. Ернандо де Сото. *Загадка капіталу. Або чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше?* Київ: Ніка-Центр, 2009.
9. Франкл Віктор. *Людина у пошуках справжнього сенсу. Психолог у концтаборі*. Харків: Книжковий клуб «Клуб Сімейного Дозвілля», 2016.

## Розділ 7.

- 7.1. *Національний суверенітет та мереживо-центрична публічна влада.*
- 7.2. *Національні держави в умовах глобалізації*
- 7.3. *Мереживо-центрична публічна влада та формування глобального права*

### **7.1. Національний суверенітет та мереживо-центрична публічна влада**

**Вступ.** Сучасний конституціоналізм розвивається динамічно і набуває все більшого поширення у суспільствах із традиційним укладом життя. Діалог і зворотні зв'язки між різними соціальними групами та інститутами влади є основою сучасної моделі комунікативної демократії та демократичної легітимності.

Оскільки людство вступає в епоху ноосфери, коли основою його розвитку стають інформаційні технології та досягнення в галузі науки [1], виникають проблеми щодо забезпечення тісних зворотних зв'язків публічної влади із громадянами, прав людини четвертого покоління [2–4] у зв'язку із досягненнями у сфері генної інженерії, клонування, щодо захисту людського ембріону, додержання вимог належної процедури при евтаназії та абортах тощо. При цьому у деяких випадках це забезпечується через засоби *soft law* як сукупності неписаних над-позитивних правових принципів або у вигляді міжнародно-правових актів, які мають рекомендуєчий характер і поступово набувають ознак *par excellence* (переважного значення) [5]. Це відбувається на фоні зростання ролі соціальних мереж та переходу функціонування публічної влади на зразок соціальних мереж, для яких притаманними є горизонтальні зв'язки та високий ступінь гетерархії з властивими їй системами формулювання та відтворення абстрактних правил відповідно до принципу верховенства права.

За таких умов трансформується природа публічної влади, яка набуває все відкритіших форм, що є необхідною умовою її демократичної легітимності. Реальна спроможність держави спирається на ефективно діючі інститути, правила і механізми, які дозволяють їй забезпечувати власний суверенітет на міжнародній арені. Їхня неефективність, як свідчить досвід Греції у подоланні економічної кризи, яка розпочалася з проблем виконання зовнішніх фінансових зобов'я-

зав'язана, стала однією із причин фактичного обмеження суверенітету цієї країни. Програма антикризових заходів Європейського Союзу протягом 2012–2015 рр. передбачала вживання грецьким урядом комплексних заходів щодо секвестру державного бюджету до 2015 року, проведення масштабної приватизації (порівняно з тою, що була здійснена у колишній НДР після її об'єднання із ФРН), що здійснювалася під жорстким контролем інститутів ЄС. Це стало причиною масових протестів жителів Греції проти запланованих урядових заходів, тому така політика має бути збалансованою.

Основними сучасними проблемами функціонування публічної влади є криза концепції державного суверенітету, послаблення політичної волі держав до прийняття владних рішень, послаблення ієрархічних зв'язків за рахунок координативної і реординації, дилема громадянського та етнічного факторів у формуванні державності, делегування окремих владних повноважень квазівладним структурам громадянського суспільства, посилення впливу ТНК на процес прийняття владних рішень.

Властивими для України проблемами функціонування публічної влади є істотний дисбаланс у розподілі повноважень між органами публічної влади, переважання елементів авторитаризму та ієрархічних зв'язків у публічній владі, непрозорість та проблеми її відкритості, надмірний формалізм процедур на фоні неналежних гарантій належної правової процедури, трактування демократії переважно через принцип мажоритарності, непотизм та корупція.

Метою цього дослідження є розкриття концепції мереживної публічної влади крізь призму соціетального конституціоналізму, теорії соціальних мереж та глобалізації. Ця концепція ґрунтується на динамічній природі соціетального конституціоналізму, гетерархії суспільства, процесах глобалізації, правах людини і демократичній легітимності.

### ***7.1.1. Динамізм мереживо-центричної публічної влади: погляд з точки зору соціетального конституціоналізму***

В умовах сучасних процесів глобалізації і фрагментації, економічної кризи, формування нового світового порядку змінюється природа та організація публічної влади. Вона набуває все більш динамічних форм і її здійснення спирається на інновації з урахуванням технологій комунікативної демократії, плебісцитарної демократії, а інколи авторитаризм у поєднанні із окремими демократичними процедурами розглядається як ефективна методика подолання суспільних чи економічних криз.

У цьому контексті мною вже висувалась гіпотеза про поступове формування мереживного суверенітету, з огляду на що можна говорити про природу мереживної публічної влади [6]. Мереживний суверенітет ґрунтується на системі горизонтальних, вертикальних та реординаційних зв'язках між основними інститутами прийняття владних рішень на засадах конституційної державності, верховенстві права та вимог належної правової процедури. Його складно описати виключно через системний (лінійний) чи синергетичний підходи; їх

необхідно певним чином синтезувати, оскільки такі зв'язки засновані на низці соціальних патернів. Зокрема, прийняття владних рішень зумовлює динаміку суспільно-політичних процесів. Приклад інституційної слабкості Європейського Союзу свідчить, що як кількість інститутів публічної влади має бути оптимізованою, так і реалізація процедур прийняття владних рішень має бути транспарентною і доступною. Тому говориться про «міжнародну мережу» як перспективу його подальшого розвитку [7], зважаючи також на те, що Федеральний конституційний суд Німеччини визнав ЄС як «асоціацію суверенних держав» (наприклад, у *Maastricht Case*).

Водночас потребує свого уточнення сам термін *мереживна публічна влада*. Це пов'язано, насамперед, з тим, що асоціативний механізм побудови публічної влади нагадує мереживо, а не мережу згідно з постулатами теорії соціальних мереж. На місцевому і регіональному рівнях така організація публічної влади побудована на зв'язках когеренції з метою узгодження місцевих владних рішень та вирівнювання розвитку регіонів в умовах обмежених природних ресурсів. На міждержавному рівні така асоціація забезпечується через різноступеневу інтеграцію, побудовану на повазі національного суверенітету та передачі частини суверенних повноважень національних держав супранациональним інститутам влади. Емпірично це сьогодні проявляється в організації ЄС, який однак сьогодні демонструє серйозні вади інституційної неспроможності (*institutional failure*) в зв'язку із домінуванням європейської бюрократії у прийнятті владних рішень. Оскільки делегування частини національного суверенітету в ЄС є легітимним при додержанні процедур парламентського контролю, узгодженні регіональної, національної і супранациональної політики, судового конституційного контролю, то організація публічної влади за мереживним аналогом передбачає перерозподіл влади та формування нових механізмів контролю та відповідальності влади.

Таким чином, влада набуває *не характеру соціальної мережі, а мереживний* характер. Тобто мереживна публічна влада організована за різними рівнями, які наділені власною сферою повноважень на засадах установчої легітимності (конституції чи інших установчих актів народу та спільнот) та субсидіарності (розподіл повноважень між цими рівнями влади). Публічна влада набуває ознак мережива в силу: а) поваги до гідності людини і її права на розвиток в умовах зростання ролі науково-технічних досягнень людства та інформаційних технологій; б) ускладнення соціальних зв'язків у суспільстві, яке все більше стає організованим у певні мереживні спільноти, які засновані на спільних соціальних цінностях, володіють найвищим ступенем мобільності та гетерархічності; в) обмеження природних ресурсів, що поглиблює процес інтеграції, без якої будь-яка публічна влада стає неспроможною (*failed power*); г) пошуку спільних (універсальних) соціальних цінностей та оптимізації алгоритмів владних рішень, що в умовах обмеженості природних ресурсів зумовлює глобалізацію і є передумовою формування глобального права; д) соціальної мобільності, що зумовлює зміну моделей легітимізації публічної влади через мережу узгодження рішень, в основі чого лежить забезпечення балансу інтересів.



Мереживна публічна влада забезпечує формулювання та відтворення абстрактних правил на гетерархічній основі. Сьогоднішнє суспільство є складним із багатоманітністю інтересів спільнот, тому основним завданням публічної влади є нормативна дистрибуція через забезпечення правил абстрактного характеру та стабільності укладених контрактів. Сенс нормативної дистрибуції полягає у відкритих і зворотних процедурах формулювання правил на засадах деліберативної демократії, яка передбачає активну участь громадян<sup>111</sup> у процесі прийняття владних рішень. Це забезпечується шляхом поєднання законодавчих процедур, процедур узгодження між спільнотами корпоративних правил, які набувають ознак нормативності, судовий захист основоположних цінностей суспільства, основним критерієм яких є суспільне благо та права людини, регламентарної влади уряду у визначенні технічних та управлінських правил. У свою чергу, органи публічної влади мають спиратися на сучасні інформаційні технології та інновації з метою забезпечення зворотних зв'язків із громадянами для прийняття адекватних і компетентних рішень, що є важливим з точки зору обмеженості доступу до інформаційних та природних ресурсів.

На такому фоні надмірна централізація влади, а також матеріальних ресурсів через фіскальні та бюджетні інструменти, надмірне регулювання економічної свободи, обмеження ринкового обігу землі, що має місце в Україні, не сприяє відкритому і демократичному вирішенню питань публічного значення. Це створює сприятливі умови для нав'язування суспільству бачення його розвитку, виходячи із цілей державного управління, яке завжди тяжіє до втілення своєї політичної волі в інтересах бюрократії та ТНК, політичних чи економічних структур, на які влада спирається. У такий спосіб відбувається розрив зворотних зв'язків між державою та громадянами, що має наслідком обмеження соціальної мобільності, слабке втілення інновацій у силу олігопольної структури економіки, яка є неконкурентоспроможною на світовому ринку. Щоправда, такий стан речей може компенсуватися досягненнями в окремих галузях економіки (в Україні – космічна, металургія, в Росії – енергетична). Однак ця структура публічної влади зумовлює істотний вплив економічних кіл на процес прийняття владних рішень (України) або патримоніальну структуру власності, коли вищі посадові особи на основі інституту трасту (довірчого управління) формують систему монопольного державного капіталізму (Росія).

З метою удосконалення конституційної моделі перерозподілу повноважень між рівнями публічної влади в Україні, засобом якої виступає децентралізація, а метою – лібералізація та наближення адміністративних послуг до місцевих жителів. Щоправда висловлюється думка, що спочатку має бути проведена адміністративно-територіальна реформа, однак вона буде неефективною через розбалансованість державної та місцевої податкової і бюджетної систем [8].

---

<sup>111</sup> Термін «громадянин» вживається у значенні активної особистості, яка володіє належним рівнем правової і політичної культури, володіє достатнім арсеналом правових засобів формулювати та відстоювати свої права і законні інтереси.

Власне, організація публічної влади у цьому контексті є лише інституціональним дизайном, одним із засобів конституційної інженерії.

При організації конституційних органів державної влади необхідно підвищити роль парламентаризму, зокрема формування уряду на парламентській основі у поєднанні із конструктивним вотумом. Насамкінець, з точки зору соціетального конституціоналізму має свої переваги бікамералізм парламенту, оскільки верхня палата парламенту служитиме інструментом збалансування загальнодержавної та регіональної політики. На такий же правовій основі існує потреба законодавчого регулювання участі парламенту та уряду в прийнятті владних рішень на супранациональному рівні, щоб визначити правові засоби легітимності участі України у супранациональних об'єднаннях. Така організація публічної влади спирається на гетерархічну структуру суспільства.

### ***7.1.2. Гетерархія сучасного суспільства та структура мереживо-центричної публічної влади.***

Ступінь зрілості та розвиненості громадянського суспільства, як не дивно, свідчить про сильну державу, оскільки саме через фінансові та організаційні структури громадянського суспільства держава черпає резерви для свого подальшого розвитку, трансформації свого апарату управління, зміни напрямів впливу на економічні та політичні структури. Без розвиненого громадянського суспільства рано чи пізно держава втрачає внутрішні резерви для саморозвитку, що веде до її розпаду та саморуйнування, як це відбулося із Радянським Союзом чи з іншими авторитарними режимами.

Відповідно, існують певні межі здійснення публічної влади, які зумовлені процесами, що відбуваються у суспільстві, та функціонуванням інститутів громадянського суспільства. Держава володіє обмеженими можливостями впливу на суспільні процеси. У кінці кінців держава не є всесильною – ефективна держава завжди опирається на громадські інститути, які служать джерелом її розвитку та можливої модернізації. Організовуючий вплив держави на суспільство можливо виключно у рамках права, яке виконує функцію соціального контролю людської поведінки. У цьому відношенні держава володіє правом втручання з метою недопущення виникнення недемократичних, авторитарних чи тоталітарних структур у суспільстві.

На це і спрямована конституційна заборона (ст. 37), згідно з якою можуть бути визнані неконституційними та розпущеними у судовому порядку організації, цілі або дії яких суперечать конституційним цінностям і принципам. Зокрема, забороняється утворення та діяльність політичних партій і громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання між-етнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення.

Таким чином, основу конституювання інститутів громадянського суспільства складають гарантії їх самоорганізації, ролівої автономії та змагальності, права приватної власності та економічної свободи виходячи із пріоритету основних прав і свобод, зв'язаності публічної влади основними правами і свободами. На відміну від публічної влади, громадянське суспільство володіє високим ступенем самоорганізації. Згідно із синергетичним підходом, ступінь втручання держави з мотивів публічних інтересів у функціонування інститутів громадянського суспільства повинен переслідувати легітимну, суспільно корисну мету, бути пропорційним з урахуванням балансу приватних та публічних інтересів.

Це пов'язано із гетерархічною структурою сучасного суспільства із притаманною йому множинністю та багаторівневістю зв'язків, які виникають спонтанно на основі раціонального вибору. Зокрема, поведінка учасників економічної системи базується на раціональних засадах [9], тобто на системі абстрактних правил на засадах концепції унітарного консенсусу, який розглядає конституцію як нейтральний інструмент в економічній системі. Тому в економічному дискурсі раціональна поведінка розглядається як основа збереження і виживання індивіда чи групи, навіть якщо така мета не ставиться, що дає змогу забезпечити рівновагу у системі; раціональна поведінка не завжди може мати усвідомлений характер, вона може виступати рефлексією на певні чинники або подразники (зміна курсу валют, співвідношення попиту і пропозиції тощо) на ринку з метою забезпечення свого автономного положення [10].

Тобто, прийняття рішень в суспільному середовищі зумовлене проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведінку його акторів. За таких умов досить складно ставити за мету діяльності держави досягнення конкретних результатів у суспільстві, коли складно передбачити наявну його структуру, взаємозв'язки між акторами на майбутнє. Тому актуальним є формування певних, усталених абстрактних правил, які б гарантували доступ до інформації та побудову на основі цього раціональних патернів (усталених взірців, моделей поведінки акторів економічної системи). У цьому контексті результати так званої «помаранчевої революції» (як і жовтневого перевороту 1917 р. в Росії) засвідчують, що такі процеси не завжди мають наслідком соціальний поступ.

Оскільки інституційну основу громадянського суспільства складають такі інститути, як сім'я, спілки та неурядові організації, церква та релігійні громади, конституція не може відмовляти у їх конституюванні та визнанні природної сфери їх функціонування. Навпаки, конституційне регулювання засад громадянського суспільства переслідує за мету упорядкування та стабілізацію конституційних правовідносин, встановлення стабільної основи для функціонування публічно-владних інститутів.

Основою інтеграції громадянського суспільства та публічної влади є політична система, у якій сьогодні найважливішими є вплив групи інтересів і політичних партій на процес формування уряду та контролю над ним як на національному, так і на наднаціональному рівнях. Сьогодні це виражається через

поєднання засобів консоціативної і консенсусної демократії, що залежить від особливостей розвитку конкретного суспільства (його інститутів, правил і процедур). Перша передбачає більшу подібність структур, а друга – більш диференційовану структуру суспільства [11, с. 18-19, 21, 22-23]. Деякою мірою ці системи опосередковуються через коаліційну систему (партійна система Бельгії, України в 2005 – 2010 роках тощо) узгодження інтересів та інтеграції суспільства, однак його структури є аморфними, нестійкими і в них слабо проявляються зв'язки аутопоезису, а тому є слабкими і неспроможними. Такі речі істотно впливають на інституційну наповненість публічної влади, що аналізується з точки зору конституційної інженерії як певного мистецтва інституціоналізації публічної влади відповідно до правил і процедур, щодо яких існує консенсус у конкретно історичному типі суспільства [12, с. 187–193; 13, с. 313–331].

Я розглядаю публічну владу як мереживо із притаманними йому горизонтальними та вертикальними зв'язками, аутопоезисом правил і процедур, які спонтанно виникають і самовідтворюються у новій якості всередині системи. Тому цілком обґрунтовано можна вважати, що публічна влада має визнавати вплив структур суспільства на прийняття владних рішень як основу їх легітимності.

У свою чергу мереживна публічна влада за своєю природою спирається на суспільство і побудована на засадах децентрації владних повноважень, субсидіарності, деліберативної демократії, репрезентації та узгодженні інтересів політичних акторів, взаємопов'язаності (когерентності) владних рішень. Мереживність публічної влади обґрунтовує посилення транскордонного співробітництва як засобу забезпечення вирівнювання розвитку регіонів та поглиблення інтеграції суміжних регіонів різних держав. Прикметно, що таке співробітництво втілюється у вигляді поглиблення європейської інтеграції та вироблення спільних адміністративних практик між державами-членами і державами-претендентами на вступ до ЄС. Таку ж функцію покликана виконувати Програма сусідства ЄС (Інструмент європейського сусідства і партнерства) [14], однак її ефективність значно знизилася внаслідок економічної кризи.

На глобальному рівні зростає роль таких неформальних структур, як Світовий економічний форум, Римський клуб, в основу діяльності яких покладено забезпечення зворотних комунікацій між бізнесовими колами, урядами та громадянським суспільством. Зокрема, основними питаннями, якими опікується Світовий економічний форум, є економічне зростання, стійкість доквілля, фінансові системи, охорона здоров'я, соціальний розвиток. Неформальні зустрічі в ході його проведення мають вплив на глобальні, національні та регіональні політико-правові процеси, чого не можна ігнорувати. Тому реальний суверенітет держави і виражається у здатності впливати на хід такої дискусії, в ході якої вирішують питання стратегічного розвитку людства.

Гетерархія сучасного суспільства зумовлює те, що спостерігається тенденція до наділення його окремих інститутів елементами владних повноважень, оскільки вони більш оперативно і адекватно реагують на суспільні запити на

засадах верховенства права і процесуальної автономії. Окремі процеси в галузі освіти, культури, охорони здоров'я та інших соціальних сферах мають спонтанний характер, зумовлені суспільними інноваціями та станом соціального капіталу і довіри. Тому легітимація правил і процедур здійснюється завдяки зусиллям суспільних інститутів. Держава у цих умовах не може забезпечити формулювання правил, оскільки вони можуть бути нав'язаними і стримувати розвиток соціальних процесів. Зокрема, соціальною функцією держави є підтримка мережі освітніх закладів та контроль за додержанням мінімальних стандартів освіти. Однак формування стандартів освіти залежить від якості освітніх послуг, конкурентоспроможності установ освіти, попиту на ринку праці на фахівців певних професій. Тому цю справу краще здійснюватимуть незалежні інститути, засновані на добровільному об'єднанні працівників освіти, які зацікавлені у забезпеченні високих стандартів освітніх послуг. Саме з цих причин існує необхідність конституювання в якості дорадчо-консультативних органів Національну економічну раду та Національну раду соціального партнерства, які б надавали висновки на проекти правових актів парламенту та уряду в цих сферах регулювання. Це може стати одним із інструментів побудови державної політики на основі прозорих і раціональних абстрактних правил, спрямованих на демонополізацію конкурентного простору між соціальними і елітарними групами [8, с. 36–38].

З іншого боку, мереживні структури у перехідних суспільствах, до яких належить і українське, можуть містити потенційні загрози для них. Це зумовлено такими чинниками: а) доступ до інформації та ресурсів має переважно колишня партноменклатура та державна бюрократія, що має наслідком б) невизначеність у правилах та відсутність верховенства права, що в) дозволяє здійснювати субсидювання і протекціонізм та г) зумовлює зростання корупції, створення мереживних структур закритого типу, д) що у кінцевому результаті призводить до значного розшарування суспільства, підвищення числа і розміру податків та зниження ефективності публічної влади, інколи навіть до рівня *failed state* [15, с. 58]. Тому дуже важливим є саме відмежування мереживної структури суспільства від мереживної, оскільки наслідком розвитку першої є, як правило, різні модифікації корпоративної державності, що видно на прикладі Російської Федерації, де вищі посадові особи контролюють власність через патримоніальні зв'язки у суспільстві. Тому досить проблемним є аналіз в «оптимістичному полі» концепту корпоративної держави, який всерйоз обґрунтовується як реальний механізм модернізації української державності [16, с. 219–231]. Взагалі розглядати державу як своєрідний «вертикально інтегрований холдинг, керований ременями вертикального корпоративного управління» [17] суперечить засадам соціетального конституціоналізму та демократичної легітимності. Зрозуміло, небезпечним у контексті демократичної легітимності є процес прийняття управлінських рішень у корпоративній державі як «механізм упорядкування та оптимізації ринкової економіки» [18]. Держава *per se* є гарантом легітимізації правил і додержання контрактів у ринковій економіці і аж ніяк не інструментом її «оптимізації», оскільки легітимність втручання держави у сферу приватної автономії

має бути суспільно необхідною у демократичному суспільстві, пропорційною і не створювати надмірних обмежень.

При таких умовах помітна слабкість української державності, оскільки автаркія при прийнятті владних рішень не сприяє забезпеченню впливу на прийняття владних рішень на супранаціональному та міжнародному рівнях, що знижує конкурентоздатність і авторитет на міжнародній арені. Демократизація процедур прийняття владних рішень у бік поглиблення засад деліберативної демократії та транспарентності, деконцентрації влади, впровадження засад субсидіарності є основними механізмами поглиблення легітимності публічної влади України, забезпечення національних інтересів України на міжнародній арені. Названі вище критерії мають лягати в основу участі України у світових процесах глобалізації та інтеграції. Як свідчить емпіричний досвід успішної інтеграції зарубіжних країн, на міжнародному рівні недодержання цих вимог призводить до явища *failed state* (неспроможної держави), що загрожує самоідентичності і самодостатності держав-націй, посиленням загроз і викликам національним інтересам та народному суверенітету.

### **7.1.3. Субсидіарність та мереживо-центрична структура публічної влади.**

Трансформація національного суверенітету впливає принаймні із двостороннього руху при формулюванні та визнанні правил. Оскільки суверенітет є властивістю носія публічної влади незалежно ухвалювати певні рішення та втілювати їх в життя за допомогою юридичних засобів, то вони можуть або визнавати певний порядок речей, або визначати на майбутнє бажані правила. У силу цього набуває нового значення приватноправовий механізм формулювання та визнання правил і процедур. Зокрема, це проявляється у доктрині прямої дії права наднаціональних об'єднань у сфері прав людини, яку ще іменують доктриною горизонтального ефекту. Це має значення для визначення мети і завдань, які лежать в основі формулювання повноважень органів публічної влади. Права людини як межі здійснення владних повноважень визначають основні напрями їх діяльності, які зумовлені також доступом до ресурсів та станом довкілля. Виникає питання щодо розподілу повноважень між рівнями (поверхами) публічної влади – громадами – регіонами/автономіями – суб'єктами федерації.

Це також накладає обмеження щодо розподілу повноважень між рівнями влади, який визначається, власне, через критерій ефективності та дієвості захисту прав людини. Наприклад, 16 липня 2015 року Верховна Рада ухвалила постанову, згідно з якою скерувала законопроект про внесення змін до Конституції у частині децентралізації влади до Конституційного Суду для надання висновку щодо його відповідності статтям 157 і 158 Конституції. 30 липня 2015 року Конституційний Суд надав позитивний висновок (Висновок КСУ № 2-рп/2015 від 30.07.2015 р.) стосовно відповідності конституційним цінностям і принципам змісту зазначеного законопроекту – недоторканності сутності змісту прав людини і основоположним свободам.

Названий висновок Конституційного Суду є першою демонстрацією того, що допустимими межами втручання публічної влади у сферу приватної автономії служать лише права людини, що, на перший погляд, дисонує із ідеєю захисту трьох конституційних цінностей, визначених у статті 157 Основоположного Закону. Адже через предикат – суверенітет і територіальну цілісність держави – навряд чи можливо дати належну оцінку демократичного виміру конституційної державності. Такою межею виступають лише права людини. Саме не випадково виключно права людини служили об'єктивним критерієм стосовно допустимості передачі частини суверенних повноважень держави інститутам Європейського Союзу в ході ратифікації Лісабонського договору, що потім було відображено у рішеннях про конституційність цього Договору Конституційного Трибуналу Польщі, Конституційної Ради Франції, конституційних судів Німеччини, Чехії тощо.

Підхід Конституційного Суду у плані надання висновків на конституційні законопроекти щодо їх відповідності фундаментальним правовим цінностям і принципам загалом є сумнівним, оскільки він себе особливо не напружує у плані їхнього належного обґрунтування. Саме це і стало причиною семи окремих думок конституційних суддів на висновок від 16 червня 2015 року. Загалом така практика суперечить засадам правової визначеності та законності, згідно з якими судові рішення мають бути належним чином обґрунтовані. Згадані окремі думки конституційних суддів є демонстрацією наявності відповідної проблеми.

Повертаючись до продемонстрованого підходу Конституційного Суду у висновку від 30 липня 2015 року, слід зазначити, що у субстантивно-матеріальному сенсі критерій прав людини визначає перевірку конституційних законопроектів на предмет:

- належного здійснення державою негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення доступу приватних осіб до певних матеріальних і духовних благ, їх законних інтересів щодо самовизначення як індивіда;
- інституційних складових функціонування владних інститутів, заснованих, зокрема, на повазі до людської гідності, недопущення дискримінації та свавілля через поділ влади та засади саморегулювання, ініціативності, доступу до управлінських послуг;
- процедурних складових державності, до яких належать засади довіри, належного розслідування та розгляду всіх істотних обставин справи, заслуховування зацікавлених осіб, змагальності у процесі, права на оскарження рішень, принципу *res judicata*.

У силу означених міркувань, перевірка конституційного законопроекту стосовно відповідності правам і свободам людини є достатньою, оскільки самі права людини визначають певні вимоги щодо якості організації та порядку діяльності владних інститутів, зокрема щодо забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України.

Виходячи із цього, національні держави отримують можливість здійснювати свої суверенні повноваження на наднаціональному рівні. При цьому важливим є включення регіонів у процес ухвалення рішень на національному та наднаціо-

нальному рівнях. Також ключове значення для конституційної державності мають цінності наднаціонального об'єднання, які, згідно із доктриною сучасного конституціоналізму, мають спиратися на поважання гідності людини, свободу, рівність, верховенство права, права людини, демократію, належну правову процедуру тощо.

#### **7.1.4. Мереживо-центрична публічна влада: глобалізація та глобальне право.**

Явище глобалізації, з яким пов'язані пошук спільних соціальних цінностей та процеси розширення відкритості ринків національних економік, впливає також на політичні процеси та функціонування публічної влади. Адже політична активність впливає на діяльність публічної влади як на регіональному, так і національному та наднаціональному рівнях, в основі яких лежать спільні цінності (права людини, верховенство права, демократія) [19, с. 558-559; 20, с. 339]. У цьому контексті навіть обґрунтовується ідея міжнародного конституціоналізму, яка була висунута німецьким конституціоналістом Крістіаном Томушатом та іншими зарубіжними вченими [21–24]. З іншого боку, ця ідея сприймається скептично, оскільки, на думку окремих авторів, вона загрожує національному суверенітету та зниженню ролі держав-націй [25]. Водночас на ретельну увагу заслуговує спрямування діяльності державної влади в Україні на проблеми міжцивілізаційного діалогу [26, с. 330–343], оскільки в межах цього дискурсу можна подолати дилему процесів установалення національної державності (концепту держави-нації) та процесів глобалізації і посилення впливу України в супранаціональних інститутах [22]. Процеси глобалізації сприяють посиленню ролі національної держави, що, насамперед, зумовлено використанням оптимального механізму її адаптації та трансформації [16, с. 451]:

*«У результаті цього така трансформація може привести до утвердження в межах національної держави нових принципів управління економічним сектором, налагодження відкритості та прозорості в організації та здійсненні державного управління, формування ефективної виборчої системи. Така трансформація системи державного управління в умовах глобальної інтеграції майже ніколи не матиме протестного характеру, оскільки спрямована на реалізацію загальнолюдської систем цінностей».*

В умовах сучасних інтеграційних процесів зростає значення реалізації принципу народного суверенітету як наріжного каменю конституційної державності. Зниження ролі національних держав у реалізації функцій і завдань публічної влади зумовлюється етнічними факторами, які відтісняють національний послабленням політичної волі до прийняття владних рішень із суспільно значущих питань [27, с. 136].

Існує справедлива критика етнічного підходу щодо визначення природи держави-нації, оскільки поняття нації трактується як певна політична єдність громадян, соціальних інститутів та інститутів публічної влади, які організовані



в державу для забезпечення суспільного блага. У вітчизняній доктрині принцип національного (який *per se* є політичним за змістом) ототожнюється із етнічним (видне чітко ототожнення нації з етнічним фактором в одному із провідних вітчизняних політологічних словників, у якому навіть робиться наголос про провідну роль етнічного фактора у формуванні та функціонуванні держав-націй, що входить у суперечність з явищами багаторівневого конституціоналізму та глобалізації і глокалізації) [28]. Однак це слід розмежовувати, хоча б з огляду на принцип народного суверенітету, який реалізується саме громадянами конкретної держави, незалежно від їх етнічного походження. До речі, підхід школи університету Нансі II [29, с. 19-42] є вразливим, оскільки не є універсальним правилом формування держави-нації саме на етнічній та мовній основі. Цінність концепту держави-нації полягає у самоідентифікації політичної нації на міжнародній арені, утвердження і примноження її конституційної традиції, забезпечення участі інститутів держави-нації у виробленні владних рішень на супранациональному та міжнародному рівнях з метою забезпечення національних інтересів.

Державний суверенітет у сучасних умовах глобалізації є об'єктивно обмеженим. Сутнісним змістом державного суверенітету сьогодні є національна оборона, дипломатія та внутрішня безпека (*National defense, diplomacy and internal security form the core of the state's sovereignty*) [25, с. 136], забезпечення яких здійснюється шляхом прийняття політичних рішень конституційними органами влади відповідно до вимог належної правової процедури. По суті повним суверенітетом володіють держави, які розглядаються у теорії міжнародних відносин як наддержави, світ-держави. Проблема державного суверенітету у постмодерних умовах розвитку української державності зумовлює обрання певної моделі інтеграції як на регіональному, так і універсальному рівнях. Логіка розвитку конституційної державності за таких умов має слідувати у напрямі соціальної ринкової економіки.

Забезпечення економічного суверенітету полягає у визначенні пріоритетних напрямів захисту національних економічних інтересів, поглиблення структуризації, посилення конкурентоздатності та поглиблення інтеграції національної економіки у світову економіку. Засобами забезпечення легітимності цього процесу є додержання парламентських процедур та судовий конституційний контроль. За умови їх додержання на засадах верховенства права можна чітко визначити ступінь впливу України на світові економічні процеси як на універсальному (СОТ, МВФ, СБ), так і регіональному рівнях (ОЕСР, ЄС, СНД, ЄЕП). Ступінь впливу України на світові економічні процеси залежать також від належного урядування, усталених практик і підходів до прийняття регуляторних актів, які визначають ступінь економічної свободи, умов доступу до ведення економічної діяльності чи її припинення, режиму оподаткування та перерозподілу ресурсів через державний бюджет, загалом додержання стандартів належного урядування.

Глобальне право можна розглядати у перспективі з точки зору двох аспектів. По-перше, з середини ХХ ст. розпочався пошук спільних, універсальних цінностей, які можуть стати основою нового світового правопорядку. Не завжди національні держави можуть вирішити екологічні питання, проблему

доступу до природних ресурсів, які є обмеженими, забезпечення стійкого розвитку суспільств, створення високих технологій, забезпечення діалогу між цивілізаціями людства тощо. Тому не всі національні держави у сучасних умовах є компетентними щодо належного вирішення більшості із зазначеного кола питань. Їхнє вирішення лежить у площині модерного трактування народного суверенітету, який забезпечується через інструменти парламентаризму, судового конституційного контролю, механізмів децентрації влади та субсидіарності. Власне на цих механізмах побудована система участі федеральних земель і федеральних органів влади Німеччини у виробленні політики Європейського Союзу [30; 31]. Зокрема, внаслідок розгляду Федеральним конституційним судом ФРН *Lisbon Case* Європейський Союз сьогодні в німецькій доктрині розглядають як асоціацію суверенних держав [32]. У німецькій конституційній доктрині визнаються непорушними принципи демократії, народного суверенітету та засади установчої влади. Положення статей 23(1) та 79(3) Основного закону ФРН визначають консолідаційну модель участі федеральних земель та органів федерації у виробленні політики ЄС. Це означає, що органи федерації та федеральних земель Німеччини через механізми субсидіарності мають можливість впливати на прийняття владних рішень інститутами Європейського Союзу. Тому у сучасному розумінні такі механізми не можна розглядати як послаблення народного суверенітету та незалежності держави. Навпаки, за допомогою таких засобів національна держава дістає можливості виражати свою владну волю на більш високому за національним шаблоном публічної влади.

#### **7.1.5. Права людини та мереживо-центрична публічна влада.**

Порівняно недавно ідея прав людини викликала заперечення серед представників незахідної правової традиції, оскільки нібито вона суперечить інститутам та процедурам суспільств із патріархально-традиційною структурою. Патріархальний устрій сусідства із притаманною йому циклічною природою протиставлявся відкритому суспільству, заснованому на диференціації, індивідуальній свободі та демократичній комунікації. Однак гетерархічна структура сучасного суспільства із притаманною їй диференціацією, горизонтальними і вертикальними зв'язками зумовлена, насамперед, правами людини, оскільки вибір поведінки є суверенним актом поведінки і визначає аутопоєзис суспільства (власне його саморегулювання і самоорганізацію) [33–35]. За такого підходу втрачає сенс розглядати гарантії прав людини через призму соціальних, економічних та культурних засобів, оскільки правові гарантії з точки зору аутопоєзису є самодостатніми і дають змогу впливати на ці сфери суспільного життя, а також на місцеві, регіональні, національні, міжнародні та глобальний рівень суспільної організації.

Відповідно до традиційного розуміння принципу державного суверенітету забезпечення основних прав і свобод є внутрішньою справою кожної держави. Конституція визначає основоположні суспільні цінності та цілі розвитку державних і суспільних інститутів. Компетентні органи влади покликані на основі закону і за допомогою правових засобів забезпечувати права і свободи людини.

Забезпечення тих чи інших прав людини зумовлено соціальними та економічними умовами, панівною доктриною та правовою політикою держави. На стан забезпечення прав і свобод людини в Україні впливає правова спадщина колишнього СРСР, в якому найважливішими вважалися колективні права та права соціально-економічного порядку.

Сьогодні в Україні також прийнято вважати, що найважливішим для людини є забезпечення права на працю, соціальний захист, безоплатну медичну допомогу, безоплатну освіту тощо. Тому менше уваги звертається на проблеми захисту особистих і політичних прав, які служать засобом громадського контролю над політичним курсом уряду. Взяті Україною міжнародно-правові зобов'язання перед міжнародним співтовариством стикаються із проблемою релятивізму основних прав і свобод, оскільки ці зобов'язання засновані на ліберальній традиції захисту саме особистих і політичних прав і свобод.

Сьогодні зростає роль міжнародних юрисдикційних установ у захисті прав і свобод людини, оскільки, згідно з постулатами сучасного конституціоналізму, межею державного суверенітету є права людини й основоположні свободи. У сфері захисту прав людини існують універсальні та регіональні міжнародні системи захисту, серед яких найбільш ефективною вважається європейська система.

Наслідком тривалого процесу європейської інтеграції в рамках Європейського Союзу та запровадження положень Європейської конвенції 1950 року до національного законодавства держав-членів Ради Європи стало віднесення до повноважень органів конституційної юрисдикції питань конституційного контролю відповідності національних законів чи їх окремих положень установчим актам Європейського Союзу та Європейській конвенції.

Слід відзначити, що в деяких країнах законодавство про конституційні суди зобов'язує їх при вирішенні питань конституційності перевіряти їх також на відповідність міжнародно-правовим актам<sup>112</sup>. Це є підставою для застосування специфічного виду тлумачення національних конституцій, яке отримало у конституційній доктрині назву міжнародно-конформного тлумачення [36, с.316–317; 37, с. 624–626; 38, с. 78–79]. Відповідно до його засад, у разі невідповідності положень поточного законодавства положенням міжнародного акту, застосовуються положення останнього у контексті конституційних принципів і норм в силу верховенства конституції щодо міжнародно-правових актів. Водночас, зважаючи на відкритий характер положень конституції у галузі прав людини (конституційний «каталог» прав і свобод людини є невичерпним), існує дилема співвідношення конституції і міжнародно-правових актів.

Зростання вагомості впливу норм міжнародного права на національні правові системи, а також враховуючи постійний взаємозв'язок усіх правових систем в Європі, ці процеси поступово призвели до того, що органи конститу-

---

<sup>112</sup> Про це зазначається, наприклад, у ч. 1 ст. 125 Словацької республіки і §38 Закону 38/1993 Z.z. про Конституційний суд Словацької республіки, процедурою перед ним, статус його суддів, а також пунктами а) - б) ч. 1 ст. 87 Конституції Чеської республіки.

ційної юрисдикції вже не обмежені тільки своїм внутрішнім правом, а при здійсненні своїх функцій застосовують норми міжнародного права, зокрема положення Європейської конвенції.

Міжнародно-конформне тлумачення конституції конституційними судами є складовою механізмом добросовісного виконання державою міжнародних договорів, тобто елементом імплементації (трансформації) загально визнаних принципів і норм міжнародного права у національну конституційну систему. На відміну від звичайного посилання на міжнародний акт міжнародно-конформне тлумачення прикметне тим, що органи конституційної юрисдикції забезпечують конституційний механізм трансформації міжнародного права, що зумовлено формою державності, специфікою судової системи, особливостями правозастосування, що ідентифікує конституційну систему конкретної країни.

Особливою рисою міжнародно-конформного тлумачення конституції є те, що у разі, коли юридична ситуація викликає неоднозначне розуміння міжнародно-правових актів та актів їх тлумачення міжнародних судів, вони застосовуються конституційними судами у світлі принципів і норм конституції конкретної країни. У такий спосіб конституційні суди забезпечують верховенство конституції у її міжнародно-правовому аспекті [39, с. 146–147, 151–152].

Дискусія щодо культурного релятивізму при співвідношенні національного і міжнародного права вирішується через певні форми трансформації міжнародного права у національну правову систему. Згідно із Законом № 3477-IV від 23 лютого 2006 року [40] українські суди застосовують Конвенцію 1950 року і практику Європейського Суду з прав людини як джерело права (ст. 17). Тенденція до конституціоналізації міжнародного права свідчить, що положення Конвенції та ЄСПЛ Конституційний Суд України повинен застосовувати відповідно до Конституції України. Про це і свідчить його практика залучення на обґрунтування своїх правових позицій положень Конвенції 1950 року і прецедентного права Страсбурзького Суду. Наднаціональні інститути захисту прав людини є субсидіарними і доповнюють національну систему правозахисту, оскільки вони засновані на фундаментальних цінностях людства, які становлять мінімальні стандарти захисту прав людини.

### **7.1.6. Легітимізація мереживо-центричної публічної влади.**

За таких умов виникає питання щодо якості організаційних засад публічної влади мереживного типу та природи її легітимності. Періодично спостерігається хвиля протестних рухів<sup>113</sup>, які підіймають проблему дієвості виборів як засобу легітимзації публічної влади, оскільки така не забезпечує втілення реальної

<sup>113</sup> Наприклад, в Іспанії на фоні очікування економічної кризи відбулася хвиля протестів починаючи з середини травня 2011 року. У режимі реального часу через соціальні мережі Рух 15 травня (див.: [http://wyborcza.pl/1,75248,9811589,Oburzona\\_Hiszpania\\_znow\\_wyszla\\_na\\_ulice.html](http://wyborcza.pl/1,75248,9811589,Oburzona_Hiszpania_znow_wyszla_na_ulice.html)) координував заходи у містах і містечках Іспанії (див.: <http://www.yeswecamp.net/>). Цей протестний рух було підхоплено у Франції і через соціальні мережі він координується і набуває все більшого поширення відповідно до запланованих заходів (див.: [http://reelledemocratie.fr/?page\\_id=694](http://reelledemocratie.fr/?page_id=694)), які є результатом спонтанної взаємодії між його акторами.

волі народу у своїх рішеннях, на процес прийняття яких значно впливають ТНК, клерикальні кола тощо. Основний предмет уваги цих протестних рухів – порушення балансу інтересів у суспільстві, засад справедливості, права народу на участь у вирішенні питань суспільного значення.

Для України ця проблематика також переміщується у площину конституційного регулювання участі держави у процесі формування рішень на регіональному та універсальному міжнародному рівнях. З іншого боку, досить гострою є проблема конституювання інструментів та ресурсів для здійснення транскордонного співробітництва Україною, оскільки така не має достатньої легітимної основи [41; 42].

Згідно з теорією ігор, існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть приносити найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів (обмеженість ресурсів, конкуренція на ринку, динаміка цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо). Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватного до конкретної історичної обстановки і необхідного для досягнення певної покладеної мети. Це дає відповідь на запитання щодо зародження певного типу правових норм та інститутів, які забезпечують їх чинність. У контексті процесів глобалізації та природи мереживної публічної влади теорія ігор вказує на джерела її легітимності, визначення основних параметрів мінімального підходу у формулюванні владних рішень на супранаціональному рівні, який спирається переважно на процедури консенсусної або консоціативної демократії.

Тому засади участі національних держав в ухваленні владних рішень у супранаціональних об'єднаннях мають відповідати засадам установчої, наближеної та рефлексивної легітимності. Емпіричний підхід формування правосуб'єктності Європейського Союзу свідчить про те, що тут мають бути елементи консоціативної демократії, які передбачають: демократичні процедури формування інститутів влади (це, наприклад, прямі вибори до Європарламенту та вибори Президента Європарламентом); мережа дорадчих структур, участь яких в ухваленні владних рішень є необхідною умовою їх легітимності; зважена і збалансована регіональна політика, спрямована на забезпечення когерентності (рівномірного й узгодженого їх розвитку). Засоби парламентського і судового конституційного контролю дають змогу забезпечити баланс повноважень та недопущення випадків *ultra vires* у ході участі національних органів влади у виробленні владних рішень в органах влади супранаціональних об'єднань. Хоча в Європейському Союзі триває дискусія щодо забезпечення норми представництва та схеми прийняття рішень його органами влади з урахуванням балансу національного парламентаризму, у цілому було досягнуто консенсусу щодо забезпечення легітимності прийняття владних рішень.

**Висновки.** Таким чином можна говорити про формування конкретних механізмів міжцивілізаційного діалогу і формування спільних цінностей, притаманних людській цивілізації загалом. Міжцивілізаційний діалог полягає у фор-

мулюванні єдиних підходів щодо зважування універсальних конституційних цінностей, які мають стати основою для формулювання правил і процедур та організації владних інституцій на універсальному рівні публічної влади. Зрозуміло, що такий дискурс не може здійснюватися виключно у рамках західної традиції права чи ліберальної конституційної традиції, це може викликати відторгнення представників інших правових традицій і блокування процедур легітимації глобального права. Таким чином, механізм формування глобального права має поєднувати механізми імплементації/трансформації міжнародного права та конституціоналізації. З одного боку, необхідно забезпечити належний легітимний механізм делегування частини суверенних повноважень національних держав супранациональним структурам за умови додержання демократичних стандартів народного волевиявлення. У цьому контексті можна буде говорити про глобальний народний суверенітет. З іншого боку, міжнародна легітимність формування глобального права уявляється через певний алгоритм, послідовність кроків з вирішення низки проблем, які національні держави неспроможні сьогодні компетентно вирішити на засадах установчої та наближеної легітимності. Звісно, за таких умов будуть формуватися публічно-владні інституції глобального характеру, які прийматимуть рішення на основі установчих договорів. Гарантією легітимності здійснення повноважень такими супранациональними інститутами влади слугуватимуть засоби парламентського та судового конституційного контролю, які б не допускали можливості зловживання повноваженнями та послаблення засад незалежності держав-учасниць таких супранациональних об'єднань. Важливим компонентом легітимності глобального права мають стати гарантії прямого доступу приватних осіб до міжнародної судової юрисдикції на предмет перевірки щодо додержання їх основних прав і свобод у діяльності органів супранациональних об'єднань.

Для забезпечення належного рівня інтеграції у супранациональні інституції в Україні слід по-новому трактувати концепцію державного суверенітету. По-перше, визначити параметри делегування супранациональним інститутам частини суверенних повноважень держави, окрім питань, які складають «триєдине ядро» конституційних цінностей – гідність, права і свободи людини та захист українців за кордоном, незалежність держави та територіальну цілісність України. По-друге, така передача суверенних повноважень має здійснюватися у вигляді конституційного закону, який має прийматися кваліфікованою більшістю парламенту (наприклад, не менше двох третин від його загального складу) за ініціативою уряду або президента. По-третє, якщо це питання зачіпає окремі аспекти регіонального розвитку та місцевого самоврядування, має діяти дорадчий орган, наділений повноваженнями надавати висновок щодо відповідних законопроектів (у разі запровадження бікамеризму в Україні ці функції виконуватиме верхня палата парламенту у рамках законодавчої процедури, яка остаточно схвалюватиме цей законопроект). По-третє, депутати парламенту (десята частина від його складу або складу його палат) мають бути наділені повноваженнями на звернення до Конституційного Суду щодо вирішення конституційності цього

законопроекту. По-четверте, має здійснюватися парламентський контроль за порядком реалізації повноважень конституційних органів влади у сфері зовнішньої політики та з питань інтеграції і проводиться періодичні парламентські слухання. По-п'яте, шляхом введення процедури інтерпеляції притягати винних міністрів до політичної відповідальності у разі порушення національних інтересів та положень Конституції; з цією метою також має бути спрощена процедура імпичменту Президента і передбачена як підстава її проведення також порушення Конституції. Насамкінець має бути прийнятий спеціальний закон про засади участі парламенту, уряду та регіональних властей у здійсненні зовнішньої політики, в якому слід конкретизувати ці конституційні положення.

### Список використаних джерел

1. Вернадский В.И. *Научная мысль как планетное явление*. Москва: Наука, 1991. 271 с.
2. Радзівєвська В.В. *Права людини нового покоління та їх міжнародно-правове регулювання*. Open Access: [http://www.nbuuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Nvknuvs/2010\\_5/radzivsa.htm](http://www.nbuuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvknuvs/2010_5/radzivsa.htm)
3. Derek G. Evans. Human Rights: Four Generations of Practice and Developmen. In: Abdi A. and L. Schultz, eds. *Education for Human Rights and Global Citizenship* (Albany: State University of New York, 2007) Open Access: [http://www.derekgevens.com/pdf/ARTICLE-Human\\_Rights\\_Four\\_Generations.pdf](http://www.derekgevens.com/pdf/ARTICLE-Human_Rights_Four_Generations.pdf).
4. Шишкова Н. Хартія основних прав Європейського Союзу і проблеми її конституційного розвитку. *Юридичний журнал*. 2004. № 11.
5. Савчин М.В. Багаторівневий конституціоналізм та легітимність мереживної публічної влади. *Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького*. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2011. С. 238-244.
6. Капсамун І. Не можна купити... орієнтацію [Андрій Єрмолаєв: «Наш північний сусід та інші країни євразійського регіону не стали для України та українців цивілізаційним взірцем»]. *День*. 2011. № 104 – 105, 17 червня. Open Access: <http://www.day.kiev.ua/211240>
7. Проблеми конституційного транзиту в Україні. Яблонський В. М., Янішевський С. О. (ред.) *Аналітична доповідь*. Київ: Національний інститут стратегічних досліджень, 2011.
8. Автономов В.С. *Модель человека в экономической науке*. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 1997. 232 с.
9. Мизес Л. фон. *Индивид, рынок и правовое государство*. Санкт-Петербург: Пневма, 1999. 196 с.
10. Comparing political systems: Towards positive theory development. By Hans Keman. *Working Papers Political Science No. 2006/01*. Department of Political Science. Vrije Universiteit Amsterdam.
11. Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*: Пер. з 2-го англ. вид. К.: АртЕк, 2001.

12. Andre Kaiser, Matthias Lehnert, Bernhard Miller and Ulrich Sieberer. The Democratic Quality of Institutional Regimes: a Conceptual Framework. *Political Studies*: 2002 Vol. 50, 313–331.
13. Регламент (ЄС)1638/2006 Європейського Парламенту та Ради від 24 жовтня 2006 р.
14. Проблеми конституційного транзиту в Україні. Яблонський В. М., Янішевський С. О. (ред.) *Аналітична доповідь*. Київ: Національний інститут стратегічних досліджень, 2011.
15. Носова Т.Ю. Розвиток мережевої між фірмової співпраці в інституційному середовищі. *Наукові праці ДонНТУ. Серія: економічна*. Випуск 31-2. 2007.
16. Войтович Р.В. *Вплив глобалізації на систему державного управління (теоретико-методологічний аналіз)*. Київ: Вид-во НАДУ, 2007.
17. Eppler E. *Politichi di Nazionale developmento, politicaie transizionale societico*. N.Y., 2003.
18. Системный подход к построению украинского корпоративного постиндустриального государства Open Access: [http://siac.com.ua/index.php?option=com\\_content&task=view&id=146&Itemid=59](http://siac.com.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=146&Itemid=59)
19. Баймуратов М.А. Современный украинский конституционализм в контексте мировой конституционной мысли. Баймуратов М.А., Батанов А.В. (ред.) *Курс конституционного права Украины. Т.1: Общая часть: Основы теории конституционного права*. Харьков: Одиссей, 2008.
20. Волошин Ю.О. *Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти*. Київ: Логос, 2010.
21. Tomuschat Chr. International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century, General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*. 1999. № 25.
22. Богданди фон А. Конституціоналізм в міжнародному праві: коментарії к предложению из Германии. *Право и политика*. 2008. № 1.
23. Танчев Е. Верховенство конституции в контексте конституционного плюрализма. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4.
24. Танчев Е. Возникающий наднациональный конституционализм и современные системы конституционного контроля. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 4.
25. Ках Г. *Глобализация. На пути к всемирному завоеванию*. Санкт-Петербург: Руфь, 2005. 432 с.
26. Радченко О. В. *Ціннісна система суспільства як механізм демократичного державотворення*. Харків: Вид-во ХарPI НАДУ «Marictr», 2009.
27. Borella Francois. The Weakening of the political will of the Central State in Europe. *The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21<sup>st</sup> century*. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1998, p. 136.
28. Шемшученко Ю.С., Бабкін В.Д., Горбатенко В.П. (ред.) *Політологічний енциклопедичний словник*. 2-е вид. Київ: Генеза, 2004.
29. Pierre-Caps Stephane. Constitutional Images of the Nation-State. *The Transformation of the Nation-State in Europe at the dawn of the 21<sup>st</sup> century*. European



- Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1998.
30. Kiiver Ph. German Participation in EU Decision-Making after the *Lisbon* Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 8. P. 1287–1296.
  31. Suszycka-Jasch M., Jasch H.-C. The Participation of the German Lander in Formulating German EU-policy. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 9. P. 1215–1256.
  32. Shorkopf F. European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 10. P. 1219–1240.
  33. альперина, П. Л. Понятие правовой системы в контексте теории правового аутопойезиса. *Правоведение*. 2005 . № 6. С. 160 – 179.
  34. Ладер К.-Х Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений). *Правоведение*, 2007, № 4.
  35. Луман Н. *Общество как социальная система. Общество общества. I*. Москва: Издательство «Логос», 2004. 232 с.
  36. *Государственное право Германии*. Москва: ИГП РАН, 1994. Т. 2.
  37. Klima K. a kol. *Encyklopedia ustavního práva*. Praha: ASPI, a.s., 2007
  38. *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch von Reinhold Zippelius und Thomas Wertenberger*. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. – München: Verlag C.H. Beck München, 2005.
  39. Кампо В., Савчин М., Сергиенко Н. Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года и Конституционный Суд Украины (отдельные аспекты международно-конформного толкования Конституции Украины). *Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь*. 2010. № 3.
  40. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.
  41. Савчин М.В. Актуальні проблеми забезпечення державного суверенітету і територіальної цілісності та геополітичне становище України. *Теорія і практика переходу до ринку: економіко-правовий, міжнародний та інформаційно-технологічний аспекти*. Ужгород: Вид-во УжДІЕП, 2002. С. 184-193.
  42. Савчин М.В. Природа конституції, конституціоналізація глобального права та супранациональна влада. *Порівняльне правознавство: сучасний стан та перспективи розвитку*. К.: Логос, 2009. С. 230 – 236.

## 7.2. Національні держави в умовах глобалізації

В умовах глобалізації змінилася система координат діяльності національних держав, які стають більш відкритими для впливів з боку інших держав, міжнародних організацій та наднаціональних інститутів. Тому тут має значення мистецтво забезпечення національних інтересів за допомогою юридичних засобів з використанням інструментів впливу зазначених суб'єктів правовідносин. У цій частині роботи піде мова про конституційні засоби участі національних держав у процесі глобалізації права та інструментів забезпечення національних інтересів.

### **7.2.1. Конституційні цінності та глобалізація: конституціоналізація міжнародного права.**

Правило «трьох фундаментальних цінностей» пронизує сутність процесу реалізації установчої влади та визначає ступінь інтегрованості України у транс- та наднаціональні інституції/об'єднання. Це правило навіть обмежує, як не парадоксально це звучить, установчу владу народу – врешті-решт народ не може бути самогубцем і відмовитися від власної державності. Сучасними тенденціями конституціоналізму є диференціація владних функцій, що призводить до поглиблення спеціалізації та підвищення рівня компетентності конкретного інституту влади. Диференціація об'єктивно передбачає гарантії незалежності та безсторонності відповідного інституту влади. Якщо такий процес диференціації по горизонталі виражає поділ влади, тобто владних функцій, то диференціація по вертикалі є складнішою в силу принципу субсидіарності, тобто визначення масштабу повноважень певним рівням публічної влади.

Постколоніальний синдром полягає в тому, що процес реалізації влади в Україні з часів незалежності переважно імітував у м'якшому варіанті московські практики правління, що вводило конституційний процес у авторитарні рамки. Набуття Україною цілком самостійної суб'єктності у відстоюванні національних інтересів дасть змогу повнокровно включитися у процес світової глобалізації, підвищити конкурентоспроможність та посилити політичний вплив при прийнятті рішень на міжнародному та наднаціональному рівні.

Методична конкретизація і деталізація конституції потребує узгодження рішень парламенту та конституційного суду; це узгодження аж ніяк не означає проведення певних консультацій між ними – головне тут в єдиному розумінні сутності і змісту фундаментальних принципів права та стандартів щодо законодавчого регулювання та ухвалення судових рішень, які випливають із змісту конституційних цінностей і принципів.

Тому ми знову повертаємося до все більш чіткого тренду формування мереживності публічної влади. У світлі відданості Конституції органи публічної влади покликані забезпечувати національні інтереси, які в юридичній інтерпретації означають, насамперед, відстоювання конституційної традиції України. Загалом питання полягає у ступені інтегрованості України у інтер-, транс-, наднаціональні інститути, що загалом підвищує потенціал влади та ступінь її участі

у виробленні рішень регіонального і глобального масштабів. Прикладом цього є відоме дослідження стосовно реструктуризації боргів держави на зазначених рівнях влади, що дало підстави зробити висновок про тенденцію зародження базових понять і принципів, які лягають у розуміння перспектив становлення міжнародної публічної влади [1]. У кінцевому результаті це дає змогу поглибити якість забезпечення прав людини і основоположних свобод [2].

З цієї точки зору має значення конституціоналізація міжнародного права, яке забезпечується включенням у міжнародний механізм правового регулювання інструментів, притаманних національним правовим традиціям. Зокрема, це проявляється у визнанні правом Європейського Союзу національних конституційних традицій держав-членів ЄС як невід'ємної складової правопорядку Союзу, що становить основу композитної структури конституції ЄС. Це створює передумови для формування міжнародного конституційного права. У літературі процес конституціоналізації асоціюється із поширенням теорії і практики конституціоналізму в контексті світового конституційного розвитку [3, с. 21].

Механізм формування міжнародного конституційного права поєднує механізми імплементації/трансформації міжнародного права та конституціоналізації. З одного боку, необхідно забезпечити належний легітимний механізм передачі частини суверенних повноважень національних держав наднаціональним установам, що підлягають дотриманню демократичних вимог вираження суверенної волі народу. З іншого боку, легітимність формування міжнародного конституційного права розглядається крізь певний алгоритм, послідовність кроків для вирішення низки проблем, які національні держави в даний час не можуть належним чином вирішувати на основі установчої та наближеної легітимності.

Механізм глобалізації конституційного права полягає в наступному:

- легітимний механізм передачі суверенних повноважень національних держав до наднаціональних утворень, що підлягають дотриманню демократичних стандартів вираження суверенної волі народу, в рамках яких формується міжнародне конституційне право;

- міжнародна легітимність створення міжнародного конституційного права виявляється за допомогою алгоритму дій та процедур:

- а) формування державних інститутів глобального характеру, які приймають рішення на основі установчих договорів;

- б) легітимність здійснення влади наднаціональних інституцій, забезпечується шляхом парламентського та судового контролю, що дасть змогу запобігти зловживанням владою та не допустити послаблення принципу незалежності держав-учасниць наднаціональних утворень. Про це піде мова нижче.

### **7.2.2. Національний суверенітет та захист конституційних цінностей у контексті глобального права.**

Сучасна система колективної безпеки знаходиться у доволі глибокій кризі, у рамках традиційної системи забезпечення сталості світового правопорядку. Зокрема, про це свідчать доволі інертні механізми відповідальності в рамках Ге-

неральної Асамблеї ООН. Лише нещодавно була ухвалена відповідна резолюція про те, що між Україною та Росією мав місце міждержавний збройний конфлікт, внаслідок якого сьогодні окуповано Крим [A/C.3/71/L.26]. Тому у світлі цих положень слід розглядати механізми відстоювання національних інтересів у контексті процесів глобалізації.

Забезпечення захисту основоположних конституційних цінностей пов'язане із захистом конституційної ідентичності. Такий захист забезпечується через співвідношення між суверенітетом парламенту та судовим конституційним контролем. З цією дилемою зіштовхнулася Англія ще на початку XVII століття. При розгляді справи доктора Бонема суддя Едвард Коук зазначив [4]:

*«загальне право (common law) контролює Акт Парламенту і в окремих випадках ухвалює, що такий є абсолютно нечинним: тоді, коли Акт Парламенту суперечить загальному праву або логіці, або нестерпний, або непридатний для виконання, загальне право контролює його та визначає такий акт нечинним».*

Саме ця думка заклала ідею судового контролю над актами парламенту, оскільки такі мають відповідати певним фундаментальним принципам, зокрема обґрунтованості та придатності до виконання. Тобто акти парламенту не можуть бути декларативними та теоретичними за змістом, а бути придатними до застосування і забезпечувати конституційні цілі.

Джуліан Кокотт і Мартін Каспар виділяють боротьбу між суверенітетом парламенту (*sovereignty of parliament*) та судовим конституційним контролем як ключову проблему у правовому захисті конституції [5, с. 796–798]. Ця дискусія має свої витоки від поглядів Алберта Венна Дайсі, який визначав дві ключові опори британського конституціоналізму другої половини XIX століття як суверенітет парламенту та загальне право судів [6].

Високий суд Лондона висловився у справі щодо конституційності референдуму про вихід з Європейського Союзу Сполученого Королівства, що принцип суверенітету парламенту є визначальним при використанні прерогатив у сфері зовнішньої політики, зокрема, з питань схвалення чи розірвання міжнародних договорів. Уряд на це не володіє належними прерогативами, бо від імені Корони, згідно із принципом суверенності парламенту, такі рішення має ухвалювати парламент. При цьому суд послався на те, що Сполучене Королівство є конституційною демократією, обмеженою юридичними правилами та цілями верховенства права. Суди наділені конституційним фундаментальним обов'язком керуватися правом у демократичній державі, впроваджуючи правила конституційних законів у відмінний спосіб на відміну від того, як суди впроваджують інші закони [7].

Виділяючи роль парламенту у забезпеченні верховенства конституції Кокотт і Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, що належать парламенту, який володіє найвищим ступенем представництва народу [5, с. 798–799]. До процесу захисту основоположних конституційних цінностей

причетний, насамперед, Конституційний Суд України, який покликаний забезпечувати верховенство Конституції. Знамениті застереження стосовно співвідношення верховенства парламенту та судовим конституційним контролем є насправді пропозиціями щодо вирішення дилеми із забезпечення балансу між більшістю і меншістю. Так, американський конституціоналіст Томас Бейкер зазначає з цього приводу таке [8, с. 80-81]:

*«У цій структурі конституційний контроль є цінністю, а не недоліком. Конституція не має проблем із судовим конституційним контролем; вона має проблеми із більшістю. Насправді, головною загрозою індивідуальним свободам є влада уряду. Чим більша влада уряду, тим менше індивідуальної свободи; чим більше індивідуальної свободи, тим менше влади в уряді. Влада уряду та індивідуальні свободи – це дві сторони гри з нульовою сумою».*

Стосовно парламенту виходить доволі проблемне обґрунтування ідеї, що парламентська більшість насправді є репрезентативна, адже за простими арифметичними розрахунками абсолютна більшість парламенту насправді може являти собою приблизно третину від загального числа виборців, якщо не менше, зважаючи на їхню явку, яка має сталу тенденцію до зниження. Навіть кваліфікована парламентська більшість не надає гарантії того, що вона насправді репрезентуватиме більшість виборців. Саме з цих міркувань і на розвиток принципу республіканізму (стаття 5) існує вимога, що фундаментальні конституційні цінності підлягають ревізії безпосередньо більшістю виборців на всеукраїнському референдумі (стаття 156 Конституції), а не парламентом.

Оскільки ці питання стосуються національної ідентичності та збереження національної конституційної традиції, то важливим є збереження діалогу між різними правовими культурами та забезпечення сумісності правових цінностей, зберігаючи та примножуючи національну правову спадщину. Це зумовлює забезпечення взаємодії різних рівнів публічної влади. Чинна Конституція України є консервативною у цьому відношенні. Окрім того, що наразі положення статті 157 Конституції блокують процес передачі частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам, також відсутній механізм проведення консультацій із регіональними інститутами влади щодо форм і способів участі України в інтер-, транс- та наднаціональному співробітництві. Так само, Закон про транскордонне співробітництво не містить відповідних механізмів.

Низка дослідників розглядають глобалізацію як загрозу демократичній конституційній державі, зокрема у її праві на самовизначення. Глобалізацію часто розглядають як американізацію способу життя, як поширення капіталістичної стратегії з пов'язаними з нею практиками колоніалізму, послаблення державних установ, зокрема, згідно із концепцією Нікласа Лумана, про формування світового суспільства (*Weltgesellschaft*) [9, с. 177–181]. Проте, про світове суспільство складно говорити, виходячи із сучасних реалій, яким притаманна дискусія про спільність у цінностях, які можуть служити орієнтирами та стандартами у побу-

дові суспільних інституцій, правил і процедур. Така ілюзія може бути в авторів, які виражають панівний дискурс у рамках ЄС чи інститутів ООН. Насправді, сьогодні формується нове коло впливу у Тихоокеанському регіоні, існує значна напруга та невизначеність у відносинах між Російською Федерацією та КНР. У світлі військового конфлікту між Україною та Російською Федерацією, який атакує безпосередньо систему світової колективної безпеки, можна говорити хіба що про істотну фрагментацію світового суспільства та про процес його становлення. Цей висновок також спирається на досвід включення України у процеси інтеграції. Верифікацією цього процесу стало вирішення дилеми про євроатлантичну та євразійську моделі інтеграції України. Адже Митний союз Євразійського економічного Союзу не відповідає цінностям, які поділяють українці – демократії та верховенства права, оскільки найвищі органи Союзу формуються із представників виконавчої влади: Вища євразійська економічна рада складається з глав держав та урядів, а Євразійська економічна комісія – з числа заступників глав урядів.

У цьому контексті прийнято вважати, що конституціоналізація конституційного права полягає в консолідації (*Verdichtung*) міжнародного права, яка спостерігається в умовах глобалізації і яка функціонально необхідна в цих умовах для адекватного забезпечення глобальних інтересів загального блага, а також його емансипації від волі окремої держави [10, с. 31; 11, с. 2]. Як вже зазначалося вище, ефективність глобального правопорядку вимірюватиметься ефективністю захисту прав людини. Якщо відштовхуватися від суті дискусії між реалістичною та аксіологічними школами міжнародного права, то конституційні та глобальні цінності наповнюють якістю зміст процесу світової глобалізації, в ході якого, власне кажучи, й формується світове суспільство, паростки якого наразі є ще слабкі. Тим більше, що цінність прав людини, демократії та верховенства права ще заперечується у багатьох державах, що є свідченням слабкої адаптованості місцевих суспільних інституцій, правил і процедур до таких цінностей. І міжцивілізаційний діалог має далі продовжуватися у бік визнання та становлення цих цінностей з урахуванням особливостей розвитку окремо взятих країн. Попри різні особливості метою світового суспільства є вільний розвиток індивіда. І в цьому напрямі має розвиватися як світове суспільство, так і окремі країни.

### **7.2.3. Конституційні засоби становлення глобального права.**

Сьогодні йде суперечливий процес становлення світового суспільства, яке має сформулювати нову якість соціальної солідарності у вигляді світового громадянського суспільства. Саме у такій площині, як правило, розвивається конституціоналізм як система інститутів, правил і процедур із забезпечення функціонування обмеженої влади та механізму захисту прав людини. Оскільки йде мова про двосторонній процес – конституційний та міжнародний механізми становлення глобального права, то, скоріше за все, ним має стати світовий конституціоналізм, про який доволі часто говорять в останній час.

Становлення глобального права може бути забезпечене через певні конституційні засоби, про які піде мова нижче. Наразі слід зупинитися на розумінні

поняття «конституційне забезпечення». Професор Юрій Волошин цілком слушно розглядає це явище через права людини в таких аспектах: вони є гносеологічним джерелом щодо визначення характеру держави в контексті її правового режиму; в онтологічному сенсі визначають основний предмет та стратегічну мету діяльності держави; у прагматично-демаркаційному сенсі спрямовані на визначення концепції реалізації такої мети; в управлінсько-нормативному контексті спрямовані на створення багатогранного, різнорівневого, комплексного, регулюючого механізму, заснованого на конституційно-правових відносинах – конституційно-правового забезпечення [12, с. 131-132]. Такий підхід спирається на концепт національної державності, який за становлення світового громадянського суспільства та глобального конституціоналізму вочевидь буде розвиватися завдяки насамперед мережі співпраці, яка може носити вертикальний, горизонтальний та змішаний характер. При цьому відносини субординації також можуть розвиватися, а окремі взірці рішень переноситимуться із типових договорів у приватному праві та рішень третейського арбітражу. Я би при цьому хотів лише нагадати, що значну роль у становленні сучасної представницької демократії відіграла трансформація цивільного договору доручення, яка лежала в основі імперативного мандата народного представника, у вільний мандат в силу того, що депутат представляє націю в цілому, а не лише виборців, які його обрали (корпус виборців).

Загалом, це абстрактна постановка питання щодо механізмів формування глобального конституціоналізму та суверенітету на глобальному рівні. З цього приводу Арнім фон Богданді, розглядаючи моделі міжнародного права (як координацію, поєднання координації із неформальним співробітництвом урядів та унілатеризм) наголошує на такій природі суверенітету [9, с. 187]:

*«Поняття суверенітету, який розуміється як державна незалежність, становить, відповідно, провідну матеріально-правову парадигму і, ймовірно, навіть фундаментальний принцип в сенсі імперативної вимоги оптимізації при розвитку і оформленні міжнародного права. Центральною формулою для міжнародної системи є при цьому суверенна рівність, а аж ніяк не демократизація».*

Це цілком логічне припущення, що глобальний конституціоналізм має розвиватися у площині гарантій рівності між державами, що, правда, залежить від реальної потуги самої держави та мистецтва дипломатії, а також її інституційної спроможності. Водночас, якщо пригадати процес становлення наднаціональної природи ЄС, то слід, насамперед, спиратися на рішення Суду ЄС у справі *Costa v. ENEL*, в якій було визнано горизонтальний ефект та пряму дію основоположних прав і свобод. Здійснення та захист прав людини, іншими словами, вносять істотну трансформацію у світовий порядок. Так само, приватно-правові інструменти на зразок типових контрактів та третейського арбітражу формують цілком незалежну від національних держав та наднаціональних інститутів мережу формування та відтворення правил і процедур, які потім певним чином кодифікуються та визнаються вже носіями публічної влади. Я тут наголошую на

інституційних формах впливу на національні, інтер-, транс- та наднаціональні інститути, які вже у руслі Нікласа Лумана можна умовно охарактеризувати як інститути глобального громадянського суспільства, що продукує природний простір здійснення свобод.

У вітчизняній та зарубіжній доктрині це питання розглядають крізь призму владоспроможності держави [13–15]. У цьому контексті фактично розкривають можливість держави відстоювати національні інтереси, що зводиться саме до інституційної спроможності держави. Якщо йдеться про відмову від суверенітету, то скоріше за все цей конструкт має наслідком заперечення національної державності. Хоча насправді суверенітет є певною властивістю держави впроваджувати інституційно спроможні владні рішення, засновані на балансі приватних і публічних інтересів, з метою реалізації національних інтересів на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. Не випадково у цілком зазначеному руслі американський політолог Ніклас Спайкман визначає в якості маркерів геополітичної держави такі критерії: територія, природа кордонів, населення, наявність природних ресурсів, економічний і технологічний розвиток, фінансова допомога, етнічна однорідність, рівень соціальної інтеграції, політична стабільність, національний дух [16]. Якщо це розглядати у контексті співвідношення права та геополітики, то схема Спайкмана здається радше певною ідеальною моделлю, яка зазнає значної трансформації, що зумовлено станом розвитку інститутів громадянського суспільства, інституційною спроможністю держави та забезпеченням стратегії сталого розвитку національної держави, в основі чого лежить гармонія у розвитку індивіда та довкілля. На цих же речах наголошує і Збігнев Бжезінські, який виділяє стратегічне надбання людства та те, що пов'язане із довкіллям. До стратегічного надбання Бжезінські відносить море, повітря, космос і віртуальний простір, а також ядерний простір, що пов'язано із проблемою розповсюдження ядерної зброї. Надбання, пов'язане із довкіллям, охоплює геополітичні наслідки керування водними ресурсами, Арктикою та зміною клімату [17, с. 91]. Тому питання симбіозу людства із природою є питанням глобального рівня і потребує кардинальної зміни у підходах щодо ухвалення владних рішень на всіх рівнях її організації.

Ці чинники стають чи не вирішальними у спроможності національної держави щодо відстоювання національних інтересів на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. Після цього я перейду до короткої характеристики майбутніх контурів конституційного глобалізму, виходячи із цінностей гідності людини, свободи, демократії та верховенства права.

**а) Гідність людини та глобалізація.** Запуск Ілоном Маском у космос ракет багаторазового використання SpaceX, вартість яких на порядок нижче запусків традиційних космічних ракет чи впровадження нових енергозберігаючих технологій в автомобільній промисловості є втіленням потенціалу розвитку людства. Якраз у такому розвитку, яке поєднує досягнення науково-технічного прогресу та збалансований розвиток, заснований на бережливому ставленні до природних ресурсів, характеризує вільний розвиток людської особистості, наділеної власною гідністю.



Сьогодні прийнято вважати, що сутнісний зміст гідності людини складають можливість індивіда самоідентифікуватися, самовиражатися та вільно розвиватися як особистості у всіх її проявах. Це має важливе значення для характеристики прав людини і основоположних свобод, зокрема того, чи мають вони універсальний характер. У доктрині визнано, що гідність є основоположним правом, яке передбачає три ключових компоненти: право особи на самовизначення, самозбереження та публічне самовираження [18, с. 53–60]. Вітчизняний теоретик права Петро Рабінович наголошує, що гідність людини поєднує у собі раціональні та ірраціональні начала. У процесі безпосереднього застосування поняття гідності людини набуває таких конотацій: 1) філософська основа, елемент антропологічної концепції у праві; 2) морально-правовий стандарт; 3) елемент законодавчих дефініцій, що формулюється для досягнення конкретних цілей відповідного міжнародного правового акту; 4) стандарт, якому суперечить явище, що засуджується відповідним міжнародним правовим актом; 5) об'єкт протиправних порушень без одночасної вказівки таких порушень; 6) об'єкт можливих протиправних порушень з одночасною вказівкою на такі; 7) об'єкт державно-правового захисту; 8) ідеал, до якого має привести процес, підтримуваний даним міжнародним правовим актом [19, с. 170–171]. Водночас зводить сутність гідності людини лише до змісту міжнародних правових актів недостатньо. Адже йде мова про власне моральне виправдання гідності людини як самодостатньої цінності, а також тих обставин, що міжнародні стандарти захисту прав людини: а) доповнюють національні засоби юридичного захисту (принцип комплементарності) та б) встановлюють мінімальні стандарти захисту прав людини. Це має вирішальне значення для тлумачення прав людини у контексті ефективності засобів їх юридичного захисту та конкуренції між національною та міжнародною і наднаціональною юрисдикціями.

Та обставина, що гідність та права людини встановлюють певні вимоги і стандарти до діяльності органів держави, вже саме по собі містить моральну конотацію. Водночас, зобов'язальна природа гідності людини визначає також процес комунікації щодо з'ясування сутності основоположних цінностей, які пронизують національні та інтер-, транс- та наднаціональні правопорядки. Звісно, що при цьому існують різні механізми забезпечення нормативності гідності людини, яка має ще отримати належну конкретизацію через права людини. Зокрема, Рональд Дворкін визнає, що права людини мають дуальну природу – вони містять принципи і правила. Водночас, при характеристиці прав людини Дворкін розмежовує поняття принципів, які визначають певні стандарти до законотворення і правозастосування, та стратегій, які визначають саму логіку та алгоритм реалізації цих стандартів на практиці [20, с. 45–53]. Особливе значення це має для розуміння природи доктрини позитивних обов'язків держави та стверджувальних дій держави. Ще порівняно недавно вважалося, що соціальні права є програмними положеннями про цілі державної політики і не забезпечуються судовим захистом, виходячи з чого їх не вважали основоположними правами. Проте держава несе обов'язок захисту гідності людини та, у силу принципу со-

ціальної держави (*Welfare State*), вона покликана здійснювати низку заходів відповідно до засад вірності конституції та зв'язаності її положеннями як нормами прямої дії. Це також впливає із розуміння таких приписів як певних стратегій, які суди, починаючи з 1970-х років, почали розглядати як фундаментальні принципи, що накладають певні позитивні обов'язки на державу.

Так само, принцип гідності людини ставить вимогу реалізації стратегій, спрямованих на досягнення солідарності між людьми. У глобальному контексті солідарність досягається вирівнюванням розвитку національних держав чи регіональних об'єднань. Об'єктивними факторами, що вчиняють перешкоди у реалізації заходів щодо забезпечення добробуту та вільного розвитку індивіда є надмірне втручання держави у сферу здійснення прав і свобод людини, складнощі та перепони для отримання певних адміністративних послуг, надмірна і невиправдана тривалість здійснення адміністративних процедур, а також неналежні гарантії права на незалежний та безсторонній судовий захист. Це рівною мірою стосується як країн «третього світу», так і постсоціалістичних країн, які звільнилися від радянської тоталітарної системи та командно-адміністративної економіки. Всі ці явища породжують корупцію, оскільки така певною мірою може пришвидшити хід адміністративних процедур та ухвалення певних адміністративних рішень для їх бенефіціаріїв. Однак при відсутності справедливого правосуддя корупція розкладає зсередини якість законодавства, спричинюючи у кінцевому результаті інфляцію законодавства та ухвалення свавільних за змістом рішень публічною адміністрацією на користь певних бенефіціаріїв. При цьому порушується сутнісний зміст права та вільного розвитку як індивіда.

Якщо при цьому розглядати права людини з точки зору формально юридично визначених засобів правового захисту, тоді підривається їх нормативна основа. Навіть посилання на те, що розуміння прав людини як певних стандартів та вимог до діяльності держави «слабкі» у значенні браку «конститутивного для права легітимного процесу» [21, с. 63], є суперечливим. Таке заперечення моральної засади прав людини якраз є запереченням вимог належної матеріальної правової процедури, яка передбачає справедливості законів та їх застосування, що є задовольняти баланс інтересів більшості і меншості.

З точки зору гідності людини позитивізація прав людини є певною атакою на приватну автономію індивіда, і тому це питання слід розглядати крізь призму засад пропорційності та сутнісного змісту права. Особливо делікатно ці питання стоять у відносинах між працівниками та роботодавцями. З одного боку, тут зачіпаються гарантії вільного вибору професії та роду занять, з чим пов'язані інституційні форми їх захисту на кшталт права на об'єднання у професійні спілки та колективні форми захисту прав працівників, включаючи права на страйк та врегулювання колективних трудових конфліктів. З іншого боку, у поєднанні зазначеного права з правом власності існує необхідність забезпечення справедливості у контексті гідності людини. Мається на увазі те, що розподіл майна не завжди є справедливим, що пов'язано із циклічним та стохастичним характером розвитку економічної системи. У цьому відношенні не завжди існує лінійний,

причинно-наслідковий зв'язок між розміром прибутку власника майна та розміром винагороди працівників. Тут на перший план виступає обов'язок роботодавця платити винагороду працівнику у такому розмірі, який би забезпечував гідність працівника, який міг би вільно розвиватися як індивід, зокрема з урахуванням його права на самовираження та реалізацію певних життєвих стратегій. Ця проблема ще гострішою є у глобальному плані, оскільки існує істотна різниця у доходах між розвинутими країнами та країнами, що розвиваються. Цим, власне, має піклуватися глобальне право, контури якого є доволі розмиті, незважаючи на доволі високий авторитет Міжнародної організації праці в цій царині. Прикладом відстоювання прав людини є приватно-правові механізми, які змушують транснаціональні корпорації додержуватися мінімальних стандартів у галузі прав людини, довкілля та недопущення підневільного стану та ставлення, що принижує гідність людини [22].

Ці проблеми поглиблює процес міграції, який пов'язаний із вимушеним переселенням у зв'язку із військовими конфліктами або економічною міграцією переважно жителів колишніх колоній у метрополію. Якщо перший різновид міграції пов'язаний з певним механізмом розв'язання протистояння між державами та відстоювання ними власних національних інтересів, то в другому випадку має місце стигматизація метрополій за їхні колишні колоніальні практики управління у своїх колишніх залежних територіях, які здобули власну незалежність. У цьому відношенні цілком пояснюваною є економічна міграція значної частини працездатного населення України в Російську Федерацію, незважаючи на військовий конфлікт із цією країною.

**б) Свобода та глобалізація.** Розвиток свободи у власному розумінні сприяє процесу глобалізації. Навіть, якщо пригадати справу *Costa v. ENEL*, саме вона є одним із свідчень початку процесу глобалізації у праві. Адже Суд Європейських Спільнот задався питанням, чи поширюється право Спільнот лише на держави-учасниці, які, власне, створили цю наднаціональну систему права, чи воно поширюється також і на приватних осіб, які, власне кажучи, і просили у Суду захисту належних їм прав. Суд зазначив, що право Спільнот є окремою правовою системою, яка виникла у результаті передачі державами-учасницями частини своїх суверенних повноважень її інститутам, на підставі чого у Спільнот виникають певні зобов'язання із захисту прав і свобод приватних осіб. На підставі цього приватним особам гарантовано судовий захист.

Оскільки держави передали частину своїх повноважень інститутам ЄС, то вони власними актами імплементації не можуть викривлювати сутність та підняти акти органів ЄС. Тим самими органи ЄС володіють свободою розсуду щодо реалізації наділеної ними компетенції відповідно до цілей установчих договорів Спільнот. Оскільки у цій справі питання стосувалося свободи руху товарів, послуг, капіталів і робочої сили, то зазначене рішення має важливе значення у утвердженні свобод у регіональному зрізі процесу глобалізації права.

Це потенційно створює поле тиску на національні держави, що виражається у діяльності як національних, так і міжнародних правозахисних організацій.

Зокрема, Ульріх Бек вказує на такі інструменти впливу на національні уряди з боку цих структур: а) засоби моніторингу та контролю за дотриманням прав людини; б) формування міжнародної мережі контролю за станом дотримання прав людини; в) координація міжнародної мережі контролю у галузі прав людини з міжнародними організаціями, які у зв'язку із такою ситуацією можуть пов'язувати застосування економічних санкцій проти національних держав [23, с. 115].

У силу таких процесів аналізується проблема про становлення світового (глобального) громадянського суспільства, адже процес творення та відтворення певних прав і процедур потребує певного ступеня згоди та зосередження спільних зусиль у досягненні відповідних цілей. На сьогодні наявний такий порядок справ, що процес становлення глобальної спільноти є суперечливим і доволі часто супроводжується військовими конфліктами. У цьому контексті висувається пропозиція щодо формування глобальних збройних сил для усунення загроз ескалації. Як вказують на це Ульріх Бек та фон Бредов, це може здійснюватися через такі інституційні принципи: а) метою діяльності цих сил є деескалація збройних конфліктів та встановлення громадського миру; б) такі збройні сили мають мультинаціональний, насправді, глобальний характер; в) у такій формі відбувається злиття глобального громадянського суспільства та збройних сил, оскільки «першочерговими цілями втручання є захист населення, контроль за заходами з надання допомоги і часткове відновлення гідних людини структур влади»; г) запорукою успіху таких заходів є громадянсько-військова співпраця відповідно до вище зазначених цілей, оскільки в них братимуть участь як збройні сили, так і неурядові правозахисні організації; д) це матиме наслідком зміну парадигми «морально-політичного космосу армії» [23, с.117–118; 24].

Ключове значення при цьому мають процеси легітимації публічної влади, яка у своїй діяльності зв'язана гідністю людини, оскільки влада потребує свого визнання, виправдання та цілепокладання. Як справедливо зазначає Юрген Габермас [25, с. 247, 249]:

*«Під легітимністю я розумію гідність визнання політичного порядку. Домагання легітимності стосується соціально-інтегративного дотримання нормативно визначеної ідентичності суспільства... Рівнем виправдання я називаю формальні умови прийнятності підстав, які надають легітимації ефективності, її погоджувальну й мотиуоутворювальну сили. Ці рівні можна впорядкувати ієрархічно. Легітимація подоланого шабля, незалежно від того, як він виглядає, змістовно, з переходом до наступного, більш високого рівня знецінюється: не ця або та підстава, а вид підстав є тим, що вже більше не переконує... Самі процедури й передумови виправдання є тепер основами легітимації, на які спирається значущість легітимації».*

Отже, певний рівень організації публічної влади вимагає ствердження через свою легітимацію, яка уявляється як мереживо рішень, через які індивіди та спільноти самоідентифікуються та організуються у інституції на основі базово-

вих соціальних цінностей. При конституванні правопорядку певного рівня таким чином набуває значення додержання вимог належної процедури ухвалення рішення безпосередньо або через власних представників. Чим вищий рівень (щабель) організації публічної влади у легітимізації інститутів, правил і процедур, тим більше зростає роль представництва та горизонтальних зв'язків. Звідси і та обставина, що у міжнародному праві переважають горизонтальні зв'язки та консенсусні механізми ухвалення рішень саме через інститут представників спільнот, які організовані в національні держави чи мережі міжнародних неурядових організацій, які представляють міжнародну спільноту.

**в) Демократія та глобалізація.** В епоху глобалізації демократичність процесу ухвалення рішень за допомогою засобів безпосередньої демократії зазнає кризи. Демократичний процес стає складнішими. Національний рівень потребує поєднання засобів безпосередньої і представницької демократії. Інтер- та транснаціональні рівні потребують горизонтальної взаємодії при прийнятті певних рішень, що імпліцитно включає в себе репрезентативність та дипломатію. Натомість, наднаціональний рівень потребує певної диференціації й стратифікації публічних інтересів. На перший план виходить демократична легітимація та інклюзивність процесу вироблення національних інтересів, які мають бути належним чином репрезентовані та забезпечені за допомогою дипломатичних, економічних та військових засобів на міжнародній арені.

Тут, у процесі демократичної легітимації забезпечення національних інтересів на інтер-, транс- та наднаціональному рівні, мають значення два ключових моменти. По-перше, це належні процедури уповноваження національних представників на транснаціональному рівні, яке має задовольняти критеріям інклюзивності як на регіональному, так і національному рівнях публічної влади. Це все необхідно для забезпечення належної імплементації у майбутньому рішень відповідної транснаціональної інституції. По-друге, судовий конституційний контроль має служити гарантією забезпечення конституційного порядку в ході здійснення такої передачі повноважень та наділення повноваженнями представників держави у певній транснаціональній інституції.

Інший бік медалі процесу демократизації у глобальному світі – це Вестфальська система світопорядку, в основу якої покладено концепт нації-держави. *Stricto sensu*, сучасний концепт національної держави ґрунтується не на етнічних засадах, а на засадах єдності політичної нації, інтегрованої за результатами спільної діяльності власних громадян. Адже у всьому світі налічується приблизно 10 % держав, побудованих за етнічним принципом. Однак у значної кількості держав має місце складне мереживо і переплетіння міжетнічних відносин, відсутність належних балансів у яких між більшістю та національними меншинами підриває засади їх правової системи. Не всі їх можна характеризувати як конституційні демократії в силу вкрай низького рівня інституційної спроможності держави та неналежного стану забезпечення прав людини. Тому, за справедливим судженням Ентоні Сміта, сучасний концепт національної державності ґрунтується на засадах громадянського націоналізму [26, с. 137, 139]:

*«Хоч права та обов'язки громадянина в принципі універсальні й передбачають однакову основу, спільну по всій земній кулі, на практиці вони відкриті тільки для індивідів, які є або були членами певного народу».*

*...Одне слово, модерні нації водночас та неодмінно громадянські та етнічні. Стосовно національної держави індивід є громадянином із громадянськими правами й обов'язками і отримує всі вигоди модерності через посередництво безособової і безсторонньої бюрократії. Відтак, націоналізм національної держави як бюрократичний, так і громадянський, оскільки національна держава інституціоналізована й представлена через бюрократію та її органи в їхніх зв'язках із її громадянами».*

У силу такої природи інституціоналізації національної держави демократичний процес творення права ґрунтується на незалежності та безсторонності національних представників на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. На цьому рівні вони розглядаються як інститут відстоювання та впровадження національних інтересів, а також впливу на хід процесу формування глобального права відповідно до універсальних цінностей, серед яких чільне місце посідає гідність людини, права людини та верховенство права. Тому критично важливим у цьому контексті є належне уповноваження національних представників на наднаціональному рівні ухвалення рішень.

Виходячи із таких реалій, доволі складно розглядати наднаціональні об'єднання крізь призму конфедерації, імперії чи федерації [27, с. 148–249]. Конфедерація передбачає певні горизонтальні узгоджувальні механізми ухвалення рішень, які не володіють прямою дією щодо національних держав та їх громадян. Імперія побудована на засадах «метрополія–периферія», що передбачає економічну експлуатацію метрополією своєї колонії. У цьому відношенні є прикметним рішення Верховного суду Канади у справі Квебеку (*Quebec Case, [1998] 2 SCR 217*), згідно з яким практика колоніалізму чи геноциду або економічної експлуатації певної спільноти може служити легітимною підставою для її сецесії та створення власної національної держави. Тому концепт імперії суперечить вимогам установчої легітимності як інституційної основи сучасної національної держави. У цій справі було підкреслено, що попри наявність рішення більшості у територіальній одиниці (чи то безпосередньо, чи то через легіслатуру) на користь сецесії, такого роду рішення мають ухвалюватися на національному рівні, окрім практик колоніалізму, геноциду та економічної експлуатації певної спільноти з боку метрополії чи то національного уряду.

Найбільш наближений варіант аналізу наднаціональних інститутів здається крізь призму федералізму. Адже тут присутні різноманітні моделі розподілу повноважень та забезпечення прямої дії та верховенства федерального права у провінціях (штатах, землях). За деякими винятками (як це має місце з особливо зарезервованими повноваженнями Вільної держави Баварія у складі ФРН),

суб'єкти федерації вважаються інституційно лише частково наділеними ознаками суверенітету. Зокрема, Ентоні Сміт, розглядаючи специфіку ЄС аналізує природу міфів, в основу яких покладається ідея європейської єдності та ідентичності, на підставі чого задається питаннями щодо інституційної спроможності ЄС [26, с. 186–200].

Слід також відзначити дигіталізацію простору легітимізації влади та ухвалення рішень. Засоби електронної демократії стають надзвичайно важливим чинником для забезпечення участі зацікавлених осіб у процесі ухвалення владних рішень, процесуальної економії та зниження рівня корупційності їх ухвалення. Як вже відзначалося вище, інституційну спроможність національної держави та наднаціональної влади визначає також кібербезпека та можливість попереджувати і протистояти реальним кіберзагрозам.

Свідченням неоднозначності явища глобалізації права є дискусія між прихильниками Нью-Гейвенівської школи та Крістіаном Томушато (огляд цієї дискусії є в Арніма фон Богданді [28]) про співвідношення конституційного та міжнародного права та ступеня їх нормативності і функціоналізму. Аналізуючи зміст цієї дискусії та зважаючи на специфічну природу ухвалення рішень Генеральною Асамблеєю ООН, Радою Безпеки ООН та Міжнародного Суду ООН, доволі складно укласти глобалізацію у праві у розумінні трансформації міжнародного права. Я скоріше вбачаю такі в подальшій трансформації консенсусних механізмів ухвалення рішень у системі ООН та ліквідації такої ригідної форми ухвалення рішень, як використання права вето у Раді Безпеки ООН. Це є один із двох ключових моментів сучасного міжнародного права, яке потребує своєї трансформації, оскільки воно мені нагадує *liberum veto* польського Сейму попередніх поділів Речі Посполитої у XVIII сторіччі між Російською імперією, Пруссією та Австрійською імперією. Іншим недосконалим механізмом у сучасному міжнародному праві є дача національними державами згоди на юрисдикцію *International Court of Justice*. По суті ці процедури блокують механізми досягнення консенсусу щодо спільних соціальних цінностей, яким у силу міжнародного права може надаватися нормативність, а, отже, реальність і дієвість.

На цьому тлі можна говорити про глобальне право як про наднаціональне право. Тобто йде мова про формування такого рівня влади, який буде стосуватися глобального, світового рівня урядування. Міжнародне право відіграватиме роль юридичної платформи для установаження глобального конституційного порядку, оскільки такий забезпечуватиметься верховенством правил і процедур, які будуть ґрунтуватися на процесі демократичної легітимації. Основою такої легітимації служать саме національні механізми наділення належним обсягом компетенції національних представників у наднаціональних інститутах. Саме на цій основі формується глобальний суверенітет мереживно-центричного типу, оскільки при ньому національні держави зберігають національний суверенітет за винятком повноважень, які вони добровільно передали на підставі міжнародних договорів наднаціональним інститутам, у силу чого вони є зв'язані і визнають верховенство права наднаціональних структур, яке через механізми ре-

гіоналізації можуть набути поступово глобального характеру. Однак глобалізм у праві може досягатися саме через міжнародно-правовий механізм узгодження спільних базових цінностей, на основі яких і сформуються конкретні інститути, правила і процедури. Таким чином, легітимність та нормативність глобального права полягає саме у трансформації національного права і національного суверенітету. Про це дає певні відповіді доктрина верховенства права.

**г) Верховенство права та глобалізація.** Згідно із позицією Венеційської комісії, критерії верховенства права рівною мірою поширюються на конкретні права людини. Вони визначають дії не лише органів влади, а також змішаних (державно-приватних) суб'єктів та приватних осіб, які виконують завдання, які раніше були сферою діяльності органів публічної влади, або включають односторонні рішення, що стосуються великої кількості людей, зокрема міжнародних та наднаціональних організацій [29, с. 7]. Такі підходи відображають сучасні тенденції розуміння зазначеного принципу, який ґрунтується на поєднанні природно-правового та позитивістського підходів в інтерпретації прав людини. По суті, це є визнанням факту багаторівневості та мереживності публічної влади, механізм ухвалення рішень в якій переплітається із приватними механізмами визнання та відтворення правил. Тим самим визнаються на рівні публічного права такі інструменти формалізації взаємних прав і обов'язків, як договір та третейський арбітраж, які є основними в приватному праві. Далі визнається провідна роль верховенства права в утвердженні правових цінностей, згідно з якими воно може процвітати тільки в країні, чий жителі відчувають колективну відповідальність за реалізацію концепції, що робить її невід'ємною частиною своєї власної правової, політичної та соціальної культури.

Верховенству права, на думку Алберта Венна Дайсі, притаманні принаймні три елементи: відсутність сваволі уряду; підпорядкування кожного загальному праву (*common law*), яке застосовується судами загального права; результатом дії загального права є норми конституційного права [30, с.205–233]. Згідно із Коліном Турпіном та Адамом Томкінсом, суверенітет парламенту стосується відносин парламенту з правом, а верховенство права уряд пов'язаний правом [31, с. 76]. Як і Дайсі, Т.Р.С. Аллан пов'язує принцип верховенства права із суверенітетом (верховенством) парламенту і визначає, що такий зв'язок висуває певні вимоги щодо застосування законодавства у судовій практиці [32, с.246, 256].

Водночас існують формальні і матеріальні аспекти верховенства права. На думку Браяна Таманаги, формальні концепції зосереджуються на належних джерелах і формі законності, а матеріальні включають, окрім цього, вимоги до якості закону. Як правило, змістовні теорії верховенства ґрунтуються на ідеї невідчужуваності та невід'ємності прав і свобод людини, конституційне закріплення яких означає їх визнання державою, оскільки вони засновані на рівності кожної людини. Наприклад, ще в 1765 році лорд Кемден наголошував, що «за законами Англії, будь-яке вторгнення у приватну власність, хоч на хвилину, є проступком. Ніхто не може навіть покласти ноги на мою землю без мого дозволу, оскільки нестиме відповідальність за цю дію, хоча вона не заподіє жодних збитків» [33]. У



справі *Entick v Carrington* був підтверджений принцип, згідно з яким державний службовець повинен бути наділений визначеними законом повноваженнями щодо будь-якого втручання в приватне життя особи або його майно. З іншого боку, Таманага вказує на небезпеку надмірної активізації судів шляхом перевірки законів на предмет забезпечення прав людини, оскільки за таких умов може мати місце втручання у сферу законодавства [34, с.107,126–127].

Відповідно до прецедентного права ЄСПЛ принцип верховенства права включає в себе такі положення: а) захист від свавілля; б) додержання вимоги доступу до суду; в) правової визначеності (безпеки); г) невтручання законодавчої влади у сферу правосуддя; д) обов'язковості судових рішень. Згідно з Доповіддю Венеційської комісії принцип верховенства права складають: законність, права визначеність, неприпустимість свавілля, забезпечення прав і свобод людини, доступ до правосуддя (justice) перед незалежним і безстороннім судом, рівність і недопущення дискримінації (Доповідь Венеційської комісії про верховенство права від 25-26 березня 2011 року).

Конституційний Суд визначає верховенство права як панування права в суспільстві, яке вимагає від держави втілення його у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони (рішення КСУ № 15-рп/2004). Однак таке розуміння верховенства права є надто абстрактним, оскільки не визначає його сутності. По суті Конституційний Суд розвиває доктрину верховенства права у напрямках, які визначають: а) допустимі межі втручання держави у приватне життя індивіда; б) законності у здійсненні владних повноважень; в) вимог до якості законодавства; г) забезпечення єдності правової системи, виходячи із верховенства Конституції України. В Україні навіть сьогодні ведуться дискусії щодо зміни традиційної назви принципу верховенства права на назву «правовладдя» чи навіть «мірило правовладдя» (*the rule of law checklist*).

Вельми прикметним є рішення Конституційного Суду України у справі, що стосувалася гарантій оскаржень рішень в адміністративних судах (рішення № 3-рп/2015), в якому доволі детально наводиться практика Європейського суду з прав людини з цих питань. У цій справі видно відмінні підходи щодо забезпечення права на оскарження судових рішень у праві України та праві Європейської конвенції з прав людини. Після прийняття змін до Конституції України щодо правосуддя змінилася генеральна клаузула щодо права на оскарження судових рішень. Раніше діяло положення про універсальність права на апеляційне та касаційне оскарження, окрім випадків, визначених у законі. Після внесення змін до Конституції, гарантується апеляційне оскарження, а касаційне – у випадках, передбачених законом. Такий підхід ґрунтується на критерії значимості справи для правової системи чи істотності шкоди правам і свободам людини. У зв'язку із цим, Суд зазначив, що «право на судовий захист включає в себе, зокрема, можливість оскарження судових рішень в апеляційному та касаційному порядку, що є однією з конституційних гарантій реалізації інших прав і свобод, захисту їх від порушень і протиправних посягань, в тому числі від помилкових і неправосудних судових рішень».

У тій же справі стояло питання щодо застосування критеріїв Енгеля до розгляду судами справ про адміністративні правопорушення, які стосуються таких заходів впливу, як адміністративний арешт та значні адміністративні штрафи. Ці заходи впливу у практиці ЄСПЛ розглядаються як кримінальні, застосування яких можливе при додержанні всіх необхідних гарантій в ході кримінального процесу (презумпції невинуватості, право на правничу допомогу, право бути заслуханим перед судом тощо). В Україні в цьому відношенні існують проблеми щодо додержання вимог належної правової процедури, оскільки деякі із зазначених гарантій належним чином не діють у порядку розгляду адміністративних справ.

Справедливість є критерієм розуміння допустимих меж втручання держави у приватне життя, через що визначаються критерії правового змісту діяльності органів публічної влади. Справедливість трактується КСУ як гуманітарний вимір права (повага до гідності людини), забезпечення принципу рівності та виправдання диференціації (рішення КСУ № 15-рп/2004), однакове застосування законів і недопущення дискримінації.

Юридична визначеність є стрижнем верховенства права – правові акти повинні мати передбачуваний характер, щоб особа могла планувати свою діяльність на майбутнє, виходячи із розуміння їх положень самостійно або за порадою кваліфікованого правника. З точки зору взаємодії правових систем має значення вплив практики Європейського суду з прав людини та Суду ЄС на аргументацію рішень Конституційного Суду України та Верховного Суду. Тут наявна горизонтальна взаємодія у формулюванні правил і процедур. Ключовим критерієм юридичної визначеності є передбачуваність положень писаного права, яке визначає правила, пов'язані із обмеженням особистої свободи та майна особи. Виходячи із загальних стандартів належної правової процедури, Конституційний Суд України наголосив, що конституційні гарантії свободи та особистої недоторканності передбачають (рішення № 1-рп/2016):

*«обов'язкові вимоги до правомірного арешту або тримання під вартою: по-перше, арешт чи тримання під вартою має здійснюватися виключно на підставі належним чином вмотивованого рішення суду; по-друге, підстави та порядок застосування цих запобіжних заходів мають бути визначені в законі та повинні відповідати конституційним гарантіям справедливої судової процедури та принципу верховенства права».*

З іншого боку, коли мова йде про формування конструкцій у рамках транскордонного співробітництва та між поверхами влади, то головним критерієм визначеності рішень є права людини. Це забезпечується демократичними стандартами ухвалення владних рішень за участі не лише рівнів публічної влади, а також зацікавлених груп інтересів (національних, релігійних меншин), громадських організацій та політичних партій.

В основі верховенства права лежать гарантії незалежного та безстороннього суду. Європейський суд з прав людини висуває чотири елементи незалеж-

ності суддів: спосіб призначення, термін повноважень, наявність гарантій проти зовнішнього тиску, у тому числі з бюджетних питань, а також, чи виглядає судова система незалежною та неупередженою (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, § 78). Тому не випадково лорд Ірвін Лейрг у справі *Boddington v British Transport Police* наголосив:

*«Є загально визнаним, що для забезпечення верховенства права та збереження свободи важливо, щоб особи, які постраждали від застосованих виконавчою владою юридичних заходів, мають мати справедливу можливість оскаржити ці заходи та відстоювати свої права в судочинстві».*

Здійснення повноважень на основі закону передбачає певну свободу розсуду. Однак розсуд не є довільним та не може визначатися виключно варіантами, які визначає закон, чи виключно метою діяльності органу влади. Прийнято вважати, що сьогодні існує «краще розуміння необхідності та цінності дискреційних повноважень у багатьох галузях публічної адміністрації з тим, щоб різноманітні обставини, а також потреби правосуддя в окремих випадках могли правильно визначати процес ухвалення рішень» [31, с. 94]. Тому існують вимоги щодо реалізації дискреції, виходячи із поваги до прав людини та легітимної мети, в основі якої має лежати баланс приватних і публічних інтересів.

Як підкреслює Кевін Стак, верховенство права передбачає обов'язок органів влади та судів ухвалювати послідовні рішення; вони несуть відповідальність за втілення законів у життя, якими вони керуються, таким чином, щоб сприяти узгодженості права, включаючи впровадження їх законів у спосіб, який узгоджується з конституційними міркуваннями та іншими фундаментальними цінностями [35]. Це впливає із засади законних очікувань. Якщо ж йде мова про співвідношення між поверхами влади, то у цьому контексті слід говорити про вимогу забезпечення участі різних рівнів влади у процесі ухвалення рішення. Водночас такий механізм деліберативної демократії обмежується засадою субсидіарності, згідно з якою здійснення певного повноваження залежить від масштабу завдання та наявних ресурсів на відповідному рівні влади.

Верховенству права суперечить практика довільного застосування закону. Тому не випадково Девід Келкат у своєму звіті, що стосувався ситуації на Кіпрі, наголосив: «У нашому суспільстві для парламенту, а не для слідчих, хоча і щиро та добре обґрунтовано, вирішити, коли і за яких обставин інтереси особи повинні бути підпорядковані інтересам суспільства в цілому». За таких вимог, політичні демонстрації, промислові дії та інші форми бойової активності іноді можуть спровокувати реакцію влади винятково для того, щоб вжити належні і законні заходи. Це має важливе значення для забезпечення національних інтересів, особливо у світлі досвіду протистояння поліції та спецслужб України проти підривної діяльності.

Процес передачі повноважень держави наднаціональним інститутам та творення нових правил і процедур передбачає мереживо ухвалення владних

рішень. Такі рішення мають ґрунтуватися на довірі та гарантувати включення якомога широкого кола заінтересованих осіб у процес ухвалення владних рішень. Поєднання формалізованих і неформалізованих процедур формулювання та відтворення правил, а також поєднання державних і недержавних суб'єктів у цьому процесі змінює природу права на регіональному та глобальному рівнях. Доволі часто такі інтер-, транс- та наднаціональні чинники стають істотним рушієм реформування національної правової системи.

Доктрина верховенства права стає поступово невід'ємною частиною інституційного дизайну правової системи України. Попри дискусії дещо схоластичного характеру щодо перекладу самого терміна *rule of law*, існує згода про те, що ця доктрина визначає формальні та змістовні вимоги до процесу *law-making and law implementation*. Більшість проблем у впровадженні верховенства права в Україні носять інституціональний та інструментальний характер. Насамперед структури соціальної взаємодії викривлюють сутність цього процесу. Прикладом цього є стереотипи носіїв владних повноважень, оскільки доволі часті цілі служіння народові, творення *res publica* не виступають ключовою метою їх діяльності. Це накладається на надмірний формалізм, який вихолощує світ ідей конституціоналізму, породжуючи свавільне застосування права. Водночас з'являються нові взірці ухвалення судових рішень та окремих законодавчих актів, які засновані на кращих зразках світового або регіонального рівня. При цьому важливо імплементувати процес ухвалення рішень відповідно до української конституційної традиції, в основі якої лежать свобода, демократія та обмежене правління.

З точки зору конституціоналізму доктрина верховенства права пронизує весь конституційний устрій держави. І це не може означати, що кожній державі притаманна конституція. Конституція не зводиться лише до певного писаного правового акта. При цьому можуть наголошувати, що він володіє верховенством, найвищою юридичною силою щодо міжнародних договорів, законів та інших правових актів, особливою процедурою прийняття.

Виходячи із стандарту розуміння верховенства права, конституція означає певну спільну діяльність у суспільстві щодо формулювання, відтворення та доповнення правил та процедур. В основі таких правил лежать фундаментальні цінності гідності людини, свободи, рівності та демократії, які пронизують відносини між державою та приватною особою, встановлюючи обмежене правління. Основою цього служить повага до приватної автономії індивіда, який наділений свободою волі щодо відповідального обрання варіанта поведінки без зовнішнього тиску та утисків.

**Висновки.** Сьогодні йде суперечливий процес становлення світового суспільства, яке має сформулювати нову якість соціальної солідарності у вигляді світового громадянського суспільства. Саме у такій площині, як правило, розвивається конституціоналізм як система інститутів, правил і процедур із забезпечення функціонування обмеженої влади та механізму захисту прав людини. Оскільки йде мова про двосторонній процес – конституційний та міжнародний

механізми становлення глобального права, то, скоріше за все, ним має стати світовий конституціоналізм. Тут важливою є спільна діяльність у суспільстві, спрямована на формування консенсусу щодо змісту фундаментальних цінностей, на основі чого будуються глобальні інститути, правила та процедури, які забезпечуватимуть гідність людини, свободу, демократію та верховенство права на глобальному рівні.

### Список використаних джерел

1. Bogdandi, Armin von, Goldmann, Matthias. Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationale öffentliche Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2014. Vol. 73. S. 61–104.
2. Kampo, V.M., Savchyn, M.V. Ukraine: International Treaties and Acts of European Justice in the Context of National Courts Practice. (Ed. by Luca Mezzetti). *International Constitutional Law*. Torino: G. Giappichelli Publishing. P. 433–458.
3. Стрельцова О.В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом, Київ: Правова єдність, 2017. 532 с.
4. Dr Bonham's Case (1610) 8 Co Rep 114.
5. Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
6. Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London, 1924.
7. *R (Miller) v Secretary of State of Exiting the Europeane Union*, Judgment 3 November 2016, Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016, [2016] EWHC 2768 (Admin).
8. Baker, E. Thomas. 2004. Constitutional Theory in a Nutshell, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 57.
9. Богданди, Арним фон. Демократія, глобалізація, майбутнє міжнародного права: общий обзор. *Дайджест публичного права и міжнародного права*. 2014. № 14. С. 167–199.
10. Mosler, H. The International Society as a Legal Community, *RdC* 140 (1974), № 1.
11. Fassbender, B. Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *EuGRZ* 2003, № 2.
12. Волошин Юрій. Конституційне забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти. Київ: Логос, 2010. 428 с.
13. Щербанюк О.В. *Народний суверенітет і реалізація владноспроможності демократичної держави*. Київ: Логос, 2013. 306 с.
14. Буткевич Володимир. Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу. *Право України*. 2012, № 3-4, с. 12–20.
15. Мартен Домінік, Мецжер Жан-Люк, П'єр Філіп. *Соціологія глобалізації*. Київ: Видавничий Дім «КМ Академія», 2005». 302 с.
16. Strykman, Nicholas John. *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books, 1970. 500 p.

17. Бжезінський Збігнєв. *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис, 2012. 168 с.
18. Гайс Е. Федеративна Республіка Німеччини: право особи в судовій практиці Федерального Конституційного Суду. Мартиненко П.Ф., Кампо В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 49–67.
19. Рабінович П.М. (ред.) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ, 2006. 280 с.
20. Дворкин Рональд. *О правах всерьез*. Москва: РОССПЭН, 2004. 392 с.
21. Госепат Штефан, Ломанн Георг (ред.). *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. 320 с.
22. Зайберт-Фор Аня, Вольфрум Рудигер. Осуществление минимальных международно-правовых стандартов в отношении транснациональных корпораций на внутригосударственном уровне. *Дайджест публичного права и международного права*. 2012. Вып. 1. № 1. С. 29–70.
23. Бек Ульріх. *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія*. Київ: Ніка-Центр, 2015. 404 с.
24. Bredow von, W. Die Zukunft des Krieges. Gewalt, Politik, Staat. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2001, 27 September.
25. Габермас Юрген. До реконструкції історичного матеріалізму. Київ: Дух і Літера, 2014. 320 с.
26. Сміт Ентоні. Нації та націоналізм у глобальну епоху. Київ: Ніка-Центр, 2013. 278 с.
27. Яковюк І.В. *Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз*. Харків: Право, 2013. 760 с.
28. Богданди фон Арним. Конституціоналізм в міжнародному праві: коментарі к пропозиції Німеччини. *Дайджест публичного і міжнародного права*. 2012. Вып. 1. № 2. С. 219–238.
29. *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). 53 p.
30. Дайси А. В. *Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции*. Издание второе. Москва, 1907. 671 с.
31. Turpin, Colin and Tomkins, Adam. *British Government and the Constitution*. Sixth Ed. Cambridge University Press, 2007.
32. Аллан Т. Р. С. *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права*. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 385 с.
33. *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1029 (Court of Common Pleas).
34. Таманага Б. Верховенство права: Історія. Політика. Теорія [пер. з англ. А. Іщенка]. К. : Києво-Могилян. академія, 2007. 208 с.
35. Stack, Kevin M. An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State. *Columbia Law Review*. Vol. 115. No. 7.

### **7.3. Мереживо-центрична публічна влада та формування глобального права.**

**Вступ.** Сучасні виклики глобалізації пов'язані із кризою соціальних цінностей, що лежать в основі правових порядків і формалізуються у вигляді фундаментальних принципів права. Стосовно змісту принципів права завжди точаться дискусії і такі лежать в основі діалогу між представниками різних правових порядків. У світлі цього формування міжнародного конституційного права зумовлюють трансформацію національного суверенітету, оскільки цей механізм, як буде показано нижче, насамперед формується через практику міжнародних, наднаціональних та національних судів. Тому зближення правових систем складніше через гармонізацію та уніфікацію законодавства, які носять потенційно всеосяжний чи комплексний характер. Натомість судові рішення шляхом покрокового вирішення конкретних проблем юридичного характеру, пов'язані із конкуренцією рішень із представниками різних правових культур, сприяють зняттю такої напруги в умовах, коли політичні механізми не дають розв'язку ситуації взагалі. Так само, певні ситуації, пов'язані із кризою світового порядку, можуть наразі вирішуватися за допомогою засобів юстиції, а не лише за допомогою політичних процедур. Для останніх необхідне накопичення певної критичної маси рішень юридичного характеру для зміни параметрів системи.

#### **7.3.1. Конвергенція конституційного та міжнародного права.**

Конвергенція конституційного та міжнародного права має свою вертикальну та горизонтальну структуру. При цьому акцент стосується здійснення та гарантії прав людини, які є головним критерієм визнання, чинності та ефективності інститутів, правил і процедур.

**а) Вертикальна структура конвергенції** зумовлена цілями конституції щодо обмеження влади та забезпечення захисту прав людини. Власне кажучи, вертикальний зріз конвергенції визначається стандартами правомірності вимог приватних осіб, на підставі яких у державі виникають певні негативні і позитивні обов'язки щодо захисту порушених інтересів чи доступу до певних благ. За таких умов розвитку права у напрямі захисту прав людини протистоїть дилема тероризму, оскільки певні організації застосовують нагнітання страху та агресії в суспільстві задля досягнення своїх політичних цілей, в тому числі і на глобальному рівні. Загроза тероризму за сучасних умов потенційно може паралізувати ефективність захисту прав людини, знецінити людську гідність. Тому тероризм є викликом для сучасного глобалізованого світу, побудованого на ідеї діалогу різних правових культур.

Задля зняття напруги такого роду необхідне впровадження субсидіарності, яка може бути реалізована різними інструментами – федералізм, автономізація, права корінних народів. Адже субсидіарність передбачає ініціативність певних індивідів, груп чи інституцій задля реалізації прав індивідів чи спільноти,

а також визначає стандарти формулювання владних повноважень від нижчих щаблів влади до вищих. Цьому сприяють інституційні компоненти, які мають функціонувати принаймні задовільно: верховенство права, парламентський та судовий конституційний контроль.

**б) Горизонтальна структура конвергенції** зумовлена різнопорядковою і різнорівневою взаємодією акторів, які здатні формулювати правила за умов конфлікту чи кооперації. Як правило, обмеження доступу до ресурсів зумовлює різні конфліктні моделі розв'язання ситуацій та формулювання правил відповідно до теорії гри. Кооперативна модель вирішення ситуацій скоріше притаманна для *Lex Mercatoria*, яка дає змогу побудувати нові прийнятні моделі ухвалення рішень на ринку, який динамічно змінюється. Розгляд дилеми світового ринку у контексті глобалізації передбачає, насамперед, функціонування самодостатніх і розвинутих інфраструктурно внутрішніх ринків, які б могли достойно інтегруватися у світовий економічний порядок. Слабкість державних інституцій, відсутність верховенства права та надмірні адміністративні процедури роблять національні економіки залежними від зовнішніх ринків. Тому конвергенція національних конституційних порядків передбачає запозичення кращих зарубіжних і міжнародних взірців ухвалення рішень. У цьому полягає роль судів у творенні глобального поля міжнародного конституційного права, що викликає, у свою чергу, конкуренцію міжнародних та національних юрисдикцій. Вимоги демократичної легітимації та підконтрольності уряду також зумовлюють зростання ролі кіберправа та його зворотній вплив на міжнародне і конституційне право, про що свідчать кібервійни (між Росією і Естонією у 2007 р., втручання у процес президентських виборів у США через використання соціомереж та електронних медіа).

### **7.3.2. Виклики глобалізації.**

Виклики глобалізації пов'язані із дискурсом наднаціональності у площині: імперія, конфедерація та федерація.

**а) Відродження нового ленного права чи...?** Згідно з концептом імперії Імануїла Валерстайна існують відносини домінування «центр – периферія». Це зумовлює диспропорційність та закритість/напівзакритість структури «світ–системи». У свою чергу, це викликає слабку розвиненість соціальних інституцій, які заміщаються відносинами патрон-клієнтізму. Така система є відносно життєздатною за умови обмеження соціальних ліфтів та запровадження відносин елітаризму та практики відбору «кращих людей». Необхідною умовою для запровадження такого роду відносин є авторитаризм як виправдання дистрибуції обмежених ресурсів. При цьому державні посади розглядаються як своєрідна дистрибуція ресурсів і доступ до суперренти, а сама посада служить засобом, що засвідчує особисту відданість клієнта своєму патрону, який презентує цю посаду та гарантує певні привілеї для свого клієнта та клієнти в цілому. Загалом ці відносини формалізують у цілком модерні шати, але за іронією долі ним стає переважно інститут трасту як своєрідний оксю-



морон сучасної доктрини державності, яка має бути побудована на довірі та верховенстві права.

**б) ...зародження глобального права?** Тут існує небезпека скочування у різного роду конспірологічні теорії, які мають за свою основу фобії перед наднаціональністю у праві. Насправді в основі наднаціональності у праві лежать певні матеріальні та процедурні аспекти, спрямовані на забезпечення прав людини та глобальних проблем на кшталт охорони довкілля, вирівнювання ринків та гарантій доступу до ресурсів. Юридичним засобом виступає композитна конституція на кшталт правового порядку Європейського Союзу, міжнародна правосуб'єктність якого на сьогодні визнана у силу його установчих договорів, заснованих на повазі до національних конституційних традицій та фундаментальних принципів права. Наднаціональність у праві має задовольняти таким умовам: а) пряма дія наднаціонального права; б) зв'язаність основними правами публічної влади та належне урядування; в) додержання мінімальних стандартів захисту основних прав і належна правова процедура; г) поділ влади по вертикалі (субсидіарність); д) доступність та прозорість адміністративних послуг; е) деліберативна демократія, яка передбачає максимальну включеність у процес ухвалення рішень заінтересованих осіб.

### ***7.3.3. Недержавні форми творення права та передумови формування глобального права.***

Згідно з постулатами багаторівневого конституціоналізму та плюралістичного розуміння правопорядку традиційні уявлення про організацію публічної влади як системи ієрархічних зв'язків виглядає вже не так безсумнівно. Зокрема, у соціології та конституціоналізмі є низка досліджень, які цілком переконливо доводять, що бюрократичні, централізовані конструкції національної державності за результатами Вестфальського миру були накладені на структури феодалного суспільства, яке було багаторівневим із притаманними кожному із цих шарів горизонтальними зв'язками. Цілком очевидно доводить відтворення цієї мережі горизонтальних зв'язків всередині певного рівня соціальної страти чи організації влади та вертикальних зв'язків між цими рівнями Алексіс де Токвіль, незважаючи навіть на таке потрясіння, як Велика французька революція. Адже раціоналізована бюрократія французької державності є продуктом не лише модерну, зокрема Генріха IV чи Людовіка XIV, а також епохи правління Людовіка Святого, Філіппа Красивого чи Франсуа II [1]. Така багаторівневість є продуктом відтворюваних практик правління, які удосконалюються та модернізуються з урахуванням розвитку кібер-права, електронного урядування та збільшення ступеня відкритості ухвалення рішень. Згаданий тренд визначається як елемент правового стилю германського права, в якому також в епоху Середньовіччя виробилися традиції дорадцтва, згідно з якими імператори та курфюрсти Священної римської імперії германської нації були зв'язані рекомендаціями своїх радників та рішеннями станovo-представницьких інституцій. Так само в англосаксонській традиції інститут парламенту розвинувся із

визнання привілеїв крупних феодалів – баронів та містян в обмін на визнання прерогатив монарха збирати податки із наступною його трансформацією в законодавчий орган.

Функціональні структури такого порядку породжують явища за влучним висловом Гюнтера Тойбнера «глобального права без держави (бездержавного права)» [2] або «космополітичної демократії». Іншим сучасним трендом є формування *lex mercatoria* та *lex digitalis*, які закладають бездержавні та інформаційно-електронні засади мереживного типу правопорядку, в якому правила і процедури формуються без прямого та імперативного впливу держави. При цьому такі тенденції мають місце не лише на наднаціональному чи національному рівнях, а також на субнаціональному рівні; тим більше, що вони можуть набувати інтер-субнаціонального рівня. Саме інтер-субнаціональний рівень формулювання правил і процедур використовується інтенсивно при веденні проксі-воєн, прикладом чого є події у Автономній Республіці Крим і триваюче протистояння в окремих районах Донецької і Луганської областей.

Після розпаду Радянського Союзу, окрім позбавлення компартії статусу «керівної і спрямовуючої сили», система ухвалення владних рішень в Україні істотно не змінилася – вона залишилася суворо централізованою з цілком феодальною системою розподілу ресурсів. Така надмірна централізація чітко спостерігається при наданні публічних послуг державою у сфері освіти, охорони здоров'я, здійснення соціального страхування. Це більш рельєфно зазначена проблема постала під час анексії Криму нашим північно-східним сусідом та ескалації насильства у Донецькій та Луганській областях парамілітарними структурами, які в якості державних агентів від цього ж самого сусіда ведуть і понині підривну діяльність проти Української держави та контролюють окремі райони зазначених областей.

У цих умовах зростає роль недержавних форм творення права, адже правила і процедури відтворюються та трансформуються у ході спонтанної взаємодії учасників правовідносин. Прибічники недержавного регулювання виходять, вочевидь, насамперед із ідеї, що договірна чи консенсуальна компонента у праві явно домінує на тлі охоронної функції. Адже, актуалізація державного регулювання пов'язується із примусом, хоча також не може зводитися до примусу в силу демократичної легітимізації конституційної державності, яка має відповідати критеріям відкритості, наближеності, компетентності та передбачуваності. Цілком справедливе судження про те, що однаковою мірою нормативні очікування стабільності законів і формування політичної волі розглядаються як виникнення і в такий спосіб забезпечує легітимність та суто соціальний порядок [3, с. 297]. За таким підходом ідея недержавного права полягає в тому, що творення права пов'язане не лише із активністю держави та її примусом, а також з явищем юридичного плюралізму, в силу якого «відштовхуються від того, що люди належать або відчувають пов'язаність із тією чи іншою соціальною групою, і, відповідно, усвідомлюють себе особами, зобов'язаними діяти згідно із нормами, встановленими в цій групі» [4, с. 20].

#### **7.3.4. Судова практика у становленні міжнародного конституційного права.**

Говорити про формування якогось цілісного глобального права ще передчасно, але його контури вже проглядаються у судовій практиці, адже зближення та уніфікація національних законодавств є більш комплексною проблемою.

**а) Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції.** Природа конвергенції судової юрисдикції полягає, насамперед, у застосуванні загальних принципів права в аргументації судових рішень. Зміст цих принципів є загалом універсальним, вони набувають певної конотації та національного колориту, пов'язаного із інституційною будовою влади та специфікою національних процедур правового захисту. Така конкуренція національних впропорядків і породжує конкуренцію судових юрисдикцій у площинах:

- а) верховні суди та наднаціональні інституції (наприклад, Суд ЄС);
- б) конституційні суди, верховенство конституції та наднаціональні суди;
- в) конституційні суди, верховні суди та міждержавні суди (наприклад, Європейський суд з прав людини чи Міжамериканський суд з прав людини).

Вимоги поваги до гідності людини зумовлюють запозичення певних елементів юрисдикційних рішень. Особливо це притаманно перехідним демократіям при введенні інституту конституційної скарги. Для України у цьому відношенні стає актуальним досвід Європейського суду з прав людини, конституційних судів Німеччини та деяких постсоціалістичних країн Східної Європи (Чехії, Польщі, Словаччини).

**б) Вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні.** Співвідношення національних та міжнародних інститутів захисту прав людини в Україні зумовлено такими чинниками:

а) принципом субсидіарності; б) вичерпанням національних засобів правового захисту; в) вимогою ефективності національних засобів правового захисту; г) принципом верховенства права та міжнародні засоби захисту прав людини. Скоріше за все, після запровадження інституту конституційної скарги, Конституційний Суд України буде поєднувати на взірць Європейського суду з прав людини критерій вичерпання засобів правового захисту із їх ефективністю. Адже для належного захисту прав людини головним критерієм виступає можливість за допомогою юрисдикційних засобів попередити настання незворотних наслідків для прав людини, чому може послугувати такий засіб, як заборонний наказ на дію правових актів, які можуть привести до таких наслідків.

**в) Концепція Федерального конституційного суду Німеччини Solange і допустимі межі самообмеження суверенітету держави.** Справи ФКС *Solange* (з нім. – до тих пір) та *Solange II* прикметні тим, що в них було сформовано критерії щодо допустимих меж передачі повноважень наднаціональним інститутам у світлі доктрини державного суверенітету, зокрема: а) передача повноважень настільки, наскільки це сприятиме забезпеченню прав людини; б) визнання обґрунтованості зовнішнього втручання у випадку грубих порушень прав людини. Суд мав при цьому на увазі мінімальні стандарти якості захисту

прав людини, які лежать сьогодні в основі міжнародного права, водночас Німеччина є прикладом високих стандартів захисту прав людини, які мають зворотній вплив на інститути захисту прав людини в рамках Ради Європи та ЄС.

### **7.3.5. Виклики глобалізації та криза світового порядку.**

Вони є джерелом трансформації світового правового порядку та світового ринку. Світовий ринок загалом є більш відкритим до глобалізації, у світовому порядку наразі переважають міжнародно-правові механізми прийняття рішень.

**а) Криза звичайних інститутів світового правового порядку.** Вирішення проблем збалансованого та сталого розвитку людської цивілізації пов'язане із забезпеченням доступу до ресурсів та ефективності національних економік, яке найчастіше пов'язане із додержанням вимог легітимності втручання в економічні свободи. У системі координат Генеральна Асамблея та Рада Безпеки ООН, як і Міжнародний суд ООН виступають у ролі своєрідного координатора та платформи обговорення можливих юридичних наслідків схвалюваних рішень. При цьому Міжнародний суд ООН має особливу природу власної юрисдикції – на неї мають дати згоду держави, спір між якими підлягає судовому розгляду, окрім деяких винятків, про які мова піде нижче.

Таким чином, основними інструментами забезпечення національних інтересів на глобальному рівні виступають імперативні норми, стосовно яких існує консенсус між державами (*jus cogens*), договір та юрисдикційні способи врегулювання суперечок. Варіанти розв'язання рішень у рамках Світової організації торгівлі та *Lex Mercatoria* є прикладами макро- та мікрорівня узгодження різнопорядкових інтересів на основі договору. Інколи таких інструментів недостатньо, тоді застосовується міжнародний комерційний арбітраж. Особливо це притаманно правовим системам перехідних демократій, де існують проблеми із доступом до справедливого правосуддя. Відсутність гарантій недоторканності власності, незалежного і безстороннього правосуддя та додержання контрактів на національному рівні, як не парадоксально, викликає певні претензії до Міжнародного валютного фонду та Світового банку, хоча саме національні уряди володіють доволі широкою свободою розсуду в реалізації структурних реформ в економічній сфері.

**б) Криза світового правового порядку в умовах конфліктів.** Вирішення міжцивілізаційних викликів тісно пов'язане із ефективністю інститутів ООН. Однак проблема пов'язана із можливістю застосування права вето постійними членами Ради безпеки ООН, що часто призводить до блокування ухвалення рішення та консервації невирішеної проблеми на тривалий час. Прикладом цього можуть служити вирішення конфліктів в Руанді, Югославії, Малі. Так само далекими від взірця є вирішення фактично заморожених конфліктів у Придністров'ї, Абхазії, Північній Осетії. Особливий виклик перед світовим співтовариством та системою колективної безпеки є діяльність Ісламської держави Іраку та Леванту, яка пов'язана із злочинами проти людяності та миру. Так само система колективної безпеки опинилася у кризовому стану, коли один із гарантів суверенітету і територіальної цілісності України згідно із умовами Будапештського меморандуму-

му (ключовою умовою якого було ядерне роззброєння України і таким чином на сьогодні є елементом системи колективної безпеки) – Російська Федерація анексувала Автономну Республіку Крим та місто Севастополь, а також на сьогодні контролює та фінансує незаконні утворення в окремих районах Донецької та Луганської областей. Як постійний член Ради безпеки ООН натомість РФ блокує будь-які ініціативи, спрямовані на поновлення суверенітету і територіальної цілісності України. РФ неофіційно мотивує такі свої дії потенційною загрозою з боку НАТО сфері своїх інтересів у пострадянських країнах. Вирішення конфліктів між Україною та РФ перейшло і в юридичну площину. Зокрема, Високий суд Лондона визнав, що як суд *common law* не володіє належною юрисдикцією щодо вирішення питання про надання оцінки економічного та політичного тиску РФ на Україну, можливості вжиття захисних заходів щодо такого тиску. Водночас суд надав Україні можливість оскаржити це рішення, чим було відстрочено вжиття примусових заходів щодо стягнення боргів за деривативами, виданими урядом Азарова у грудні 2013 р., кінцевим бенефіціарієм яких виступає саме РФ. Вони були визнані МВФ суверенним боргом України, хоча такі можна кваліфікувати як одіозні борги, оскільки вже через кілька днів після отримання коштів відбулося погашення заборгованостей України перед РАО Газпром.

Справа Україна проти РФ щодо дискримінації та фінансування тероризму, яка тепер є на розгляді Міжнародного суду ООН, стала єдиним можливим варіантом притягнення РФ до міжнародної відповідальності, оскільки конвенції про запобігання дискримінації та недопущення фінансування тероризму є єдиними інструментами визнання юрисдикції МС ООН як безумовної, оскільки така зазвичай потребує надання згоди з боку держав, які є сторонами у справі. Гіпотетична можливість притягнення держави до відповідальності за фінансування тероризму є новелою у сучасному міжнародному праві і буде також мати наслідком трансформацію доктрини державного суверенітету. У залежності від результатів розгляду цієї справи в подальшому залежатиме вирішення проблеми боротьби із тероризмом.

**в) Світовий ринок та світовий правовий порядок.** Ці питання пов'язані із вирішенням таких проблем: а) співвідношенням глобального ринку та розподілом ресурсів; б) міжнародною фінансовою архітектурою; в) діяльністю транснаціональних корпорацій; г) гарантіями свободи руху капіталів, товарів, послуг та робочої сили; д) глобалізацією та економічною демократією. У залежності від шляхів вирішення цих проблем вдасться у певній мірі забезпечити вирівнювання розвитку та відносини Північ–Південь. На сьогодні у контексті пост-Вашингтонського консенсусу акцентується увага на тому, що при проведенні економічних реформ слід звертати, насамперед, інституційне і процедурне їхнє забезпечення, після чого, власне, можна вживати заходи щодо лібералізації та дерегуляції ринків. Також наголошується на тому, що у залежності від масштабів національної економіки слід використовувати один або кілька кластерів, які б могли стати локомотивом економічного зростання на основі сучасних інновацій та технологій.

### **7.3.6. Субсидіарність та глобальне право.**

Така система відносин дає змогу поглибити процеси саморегулювання у суспільстві, яке виконує такі завдання: 1) воно наближає нас до тієї ідеальної моделі демократичної організації суспільства, коли більшість враховує інтереси меншості; 2) саморегулювання дозволяє залучити інституції громадянського суспільства не тільки до контролю за публічною владою, але й до формування публічної політики, до публічного дискурсу; 3) за допомогою саморегулювання може вирішуватись проблема співіснування різних культур в суспільстві [4, с. 22-23]. Ми змушені звернутися до ідеї саморегулювання у праві, оскільки воно має чи не вирішальне значення для розуміння принципу субсидіарності.

У цьому ж ключі є прикметними мережеві теорії урядування, які також цілком можна використати при дослідженні питань організації публічної влади. Згідно із концептом «переговорної раціональності», діяльність публічної влади не лише зводиться до відносин ієрархії-субординації, адже державна політика формується і змінюється у ході переговорів між взаємозалежними акторами, які мають власну ресурсну базу, схильні випробувати на міцність і конфліктувати з традиційною, процедурною раціональністю [5, с. 90]. Такий каскад відносин заснований на довірі, економічному стимулюванні, взаємних зобов'язаннях акторів, що поступово витісняє державний примус як інструмент владних рішень. Тому мережа урядування є особливою формою організації публічної влади, основними рисами якої є [6, с.53]:

- відносно стабільна горизонтальна взаємозалежність між автономними акторами;
- актори взаємодіють між собою шляхом переговорів, що включають домовленості, наради та інтенсивну боротьбу за владу;
- ці переговори відбуваються у відносно інституціоналізованих рамках визначених правил, норм, знань та соціальних уявлень;
- саморегулювання у рамках, визначених зовнішніми агентствами;
- сприяння формуванню спільної мети у вигляді поглядів, ідей, планів та регулюючих актів.

Згідно з доктриною багаторівневого конституціоналізму, яка обґрунтована, зокрема, у працях Інгольфа Перніце, Жан-Жака Мутона, розподіл владних повноважень ґрунтується на ідеях верховенства права та забезпечення доступу до управлінських послуг, зокрема на засадах субсидіарності. Водночас, вимоги щодо мови і стилю викладу конституцій визначають, що правові принципи і правила мають бути викладені доступною і зрозумілою мовою.

Виходячи із таких методологічних засад видно, що принцип субсидіарності містить у собі правила алгоритму розподілу та формулювання предмета відання та повноважень органів публічної влади різного рівня.

Принцип субсидіарності є новелою для вітчизняного права, законодавства та юриспруденції (сталою судової практики). Тому важливим є аналіз європейського досвіду впровадження цього принципу на практиці.

До речі, принцип субсидіарності, який є конструктивною основою Європейського Союзу [7], не завжди знаходить своє безумовне схвалення у європей-

ській правовій доктрині. Так, Роберт Шютце пише: «Європейці через запровадження нового світу – наднаціональності – також велично проголошують ЄС як утворення *sui generis*... Але *sui generis* не є теорією. Це є антитеорією, це є відмовою від пошуку спільності; навпаки, теорія має шукати, що існує в основі» [8, с. 3]. Однак, навіть якщо наявне точне гарантування ступеня законодавчої сфери держав-членів і сумісні компетенції ЄС згідно з принципом субсидіарності є не цілком визначеними. Це пов'язується із тим, що федералізм ЄС є кооперативним за своєю природою на відміну від доктрини *laissez-faire*, притаманної американському федеральному устрою [8, с. 286].

Застереження про правову систему ЄС як *sui generis* (особливого роду) дійсно не може претендувати на теорію, оскільки у рамках пануючої парадигми наднаціональна державність ЄС є певною аномалією. Згідно із принципом верифікації Карла Поппера, нам залишається лише накопичувати певний критичний масив емпіричного матеріалу задля заснування якісно нових висновків стосовно конституційного устрою ЄС, однією із підвалин якого є принцип субсидіарності. Зокрема, композитна теорія конституційного устрою ЄС є, скоріше за все, гіпотезою, оскільки інституційний дизайн Союзу є недовершеним, особливо на рівні фіскальних, бюджетних та безпекових інституцій.

Наразі принцип субсидіарності є методологічним інструментарієм щодо визначення критеріїв розмежування компетенцій між регіональним, національним та наднаціональним рівнями влади всередині ЄС. Стаття 5 Договору про ЄС із посиланням на Протокол про застосування принципів субсидіарності і пропорційності формулює його як загальний принцип:

*«5. Згідно з принципом субсидіарності Союз в сферах, які не стосуються його виключної компетенції, діє лише тоді та в такій мірі, в якій цілі передбачуваної дії не можуть достатнім чином бути досягнуті державами-членами на центральному, регіональному чи місцевому рівнях, але, зважаючи на масштаби або наслідки передбачуваної дії, можуть бути краще досягнуті на рівні Союзу».*

Застосування принципу субсидіарності тлумачиться у нерозривному зв'язку із принципом пропорційності, оскільки сформулювати предмет видання і конкретні повноваження можна лише в світлі правомірних очікувань та цілей і завдань ЄС. Цілі і завдання Союзу є верифікацією сумісності обсягу повноважень і порядку їх реалізації стосовно відповідності інших цінностей ЄС (повага до гідності та прав людини, демократія, верховенство права).

На основі аналізу практики застосування Судом ЄС Мартініко наводить такі складові розуміння принципу пропорційності як тесту правомірності дій органів ЄС, які принаймні задовільно діють і відповідають практичним запитам діяльності Союзу: 1) принцип субсидіарності застосовується у поєднанні із принципом пропорційності; 2) принцип субсидіарності використовується в якості інструменту контролю *extrema ratio* у разі виявлення помилок чи зловживання владою; 3) контроль субсидіарності стосується чутливих сфер розсуду законодавця і розкрит-

тя «політичної» природи цього тесту; 4) принцип субсидіарності розглядається більше, ніж правило [5, с. 10]. При цьому наголошується, що зміст принципу пропорційності є переважно процедурним. Надалі вироблені критерії значним чином вплинули на розвиток конституціоналізму у багатьох країнах-членах ЄС у бік обмеження дискреції (свободи розсуду) законодавця. Згідно з цим механізмом, який ще йменують «механізмом раннього попередження» Європейська Комісія передає законопроекти до національних парламентів з'ясовуючи, чи вони не порушують принцип субсидіарності. Проекти законодавчих актів повинні враховувати потребу зведення до мінімуму фінансового або адміністративного тягаря, що лягає на Союз, національні уряди, регіональні та місцеві органи влади, економічних операторів та громадян співвідносно до цілі, якої необхідно досягти. Протягом восьми тижнів національні парламенти можуть однією третиною голосів (чверть голосів стосовно питань свободи, безпеки і правосуддя) від свого загального складу внести відповідні пропозиції на розгляд Єврокомісії стосовно відповідності її законопроекту принципу субсидіарності. До речі, кожен національний парламент або кожна його палата проводять, якщо це необхідно, консультації з регіональними парламентами, що мають законодавчі повноваження. Детально цей механізм визначено у ст. 6, 7 Протоколу до Лісабонського договору.

Тут видно, що за своїм характером принцип пропорційності визначає розподіл владних повноважень по вертикалі. Ключовим критерієм тут виступає масштаб завдань і функцій, на основі чого формулюються конкретні предмет відання і повноваження певного рівня влади. За будь-яких обставин субсидіарність реалізується належним чином при наявності певної свободи розсуду органів влади відповідного рівня. Якщо виходити із концепції ініціативності при реалізації принципу субсидіарності, то такий предмет відання органів влади має виходити від жителів відповідної спільноти. Водночас можливість влади певного рівня вирішувати ті чи інші питання суспільного значення залежить від забезпеченості певними матеріальними, фінансовими ресурсами і навіть відповідними кадрами управлінців. За таких вимог принцип національного суверенітету набуває конкретних обрисів, а не залишається абстракцією стосовно певних якостей носія влади.

В якості підсумку, з урахуванням конституційно-правових реалій України, окреслимо, що принцип субсидіарності зводиться до наступних матеріальних та процедурних вимог розподілу владних повноважень по вертикалі:

1. У контексті національного суверенітету субсидіарність виражає правові форми наділення владними повноваженнями носіїв публічної влади, починаючи від офіційних владних інститутів локального рівня, закінчуючи національними та наднаціональними органами. Джерелом такої влади є політична активність та ініціативність жителів громад на локальному та громадян на національному рівні.

2. Ця політична активність та ініціативність в рамках демократичного дискурсу зумовлює вироблення порядку денного щодо вирішення питань публічного значення у залежності від рівня публічної влади. Розподіл повноважень і тягаря відповідальності між рівнями публічної влади залежить від масштабу та



природи завдань, а також ресурсів для досягнення відповідних цілей публічно-го урядування.

3. Критерієм визначення завдань і функцій є додержання процедур демократичних консультацій щодо визначення конкретної сфери предмета відання і повноважень відповідного рівня публічної влади, що зумовлено усталеними соціальними структурами, правилами і процедурами. Для досягнення таких цілей має бути достатньо матеріальних і фінансових ресурсів, гарантована безпека і свобода розвитку особистості.

4. У світлі розуміння адміністративного права як форми конкретизації конституційних цінностей і принципів та правового регулювання, принцип субсидіарності насамперед зумовлює належну деталізацію питань організації та порядку діяльності відповідних інститутів публічної влади. За цим критерієм Закон про місцеве самоврядування потребує кардинального перегляду, оскільки переважна більшість його положень зводиться до переліку повноважень виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад. Такі положення згаданого закону не мають якогось важливого регулятивного впливу з точки зору вимог правової визначеності, прозорості та підзвітності інститутів влади. Бажано, щоб закони не настільки деталізували повноваження, наскільки достатньо і доречно визначали організацію і процедуру діяльності ОМС і державних органів.

5. Вимоги підзвітності і прозорості діяльності органів публічної влади передбачають певний механізм консультацій між ОМС та державними органами стосовно визначення сфери повноважень відповідного рівня влади та належного забезпечення їх ресурсами. Якщо на місцевий рівень влади покладається більший тягар повноважень і відповідальності, це має супроводжуватися відповідною передачею ресурсів. За таких умов є неспроможною пропорційна виборча система на місцевих виборах, оскільки вона істотно викривлює представництво, як на рівні громад, так і на рівні регіонів. У свою чергу це має наслідком істотні деформації при перерозподілі ресурсів, оскільки громади чи регіони не є належним чином представлені, що знижує ступінь дорадчості у ході ухвалення рішень стосовно перерозподілу ресурсів.

6. У разі скорочення витратків на певні завдання та здійснення владних повноважень законодавство має передбачати певний механізм консультацій щодо секвестру асигнувань із державного бюджету за ініціативою уряду. Такий механізм має полягати у консультаціях між парламентом та місцевими радами протягом розумного періоду часу (3-4 тижні) для визначення, можливого, відповідно до засад пропорційності, скорочення витратків та певні функції і завдання відповідного рівня публічної влади. При цьому секвестр публічних фінансів не може посягати на сутність повноважень ОМС щодо здійснення відповідних функцій і завдань.

У світлі правового плюралізму та аналізу публічної адміністрації як мереживо-центричної організації влади можна прийняти за основу думку [8, с. 70 і наст.] про те, що на порядку денному нині стоять питання, пов'язані із: а) приватизацією; б) децентралізацією; в) поліпшенням якості публічних послуг і їх дистрибуції; г) реформуванням публічної служби і розвитком людських ресурсів; д) удосконален-

ням організаційних структуру і діяльності публічної адміністрації; е) поліпшення управління публічними фінансами і бюджетом; є) упровадженням інформаційно-комунікаційних технологій; ж) моніторингом ресурсів і оцінкою результатів.

Децентралізація стає ключовою для реформування публічної адміністрації в Україні, оскільки передбачає визначення повноважень за місцевими органами публічної влади з передачею відповідних матеріальних і фінансових ресурсів на місця. Розмежування політичних і адміністративних посад є ключовим для поглиблення рівня компетентності та незалежності публічних службовців. Справедливу дистрибуцію ресурсів у системі публічної адміністрації сьогодні складно уявити без запровадження електронного урядування.

**Висновки.** Сучасні виклики, пов'язані із глобалізацією та наднаціональністю складно розв'язати у рамках традиційної парадигми імперія-конфедерація-федерація. Насправді мереживо-центрична природа і структура наднаціональності виступає своєрідною точкою біфуркації, аномалією в моделі у праві згідно із Томасом Куном. При цьому важливим є делікатне поєднання інструментів поділу влади та субсидіарності, які мають бути спрямовані на забезпечення якісних адміністративних послуг та забезпечення економічних свобод. Це дасть змогу в умовах перехідної економіки запустити ефективні реформи та інтегруватись у світову економіку. На цій нормативній основі побудовані субстантивні та процедурні аспекти передачі повноважень держави наднаціональним інституціям, які породжують нові властивості суверенітету як політико-правового явища.

### Список використаних джерел

1. Токвіль Алексіс де. *Давній порядок і революція*. Київ: Юніверс, 2000. 224 с.
2. Teubner Guenter. 'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society. In: *Global Law without a State*. Ed. by Guenter Teubner. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
3. Kjaer F. Poul. The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective. In: Christian Jorges, Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization - New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo: Arena, 2011. P. 285–231.
4. Уварова О. Недержавне право: запрошення до дискусії. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 1. URL: <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshennya-do-dyskusiyi-uvarova-o-o>
5. Martinico Giuseppe & Pollicino Oreste. *The Interaction between Europe's Legal System. Judicial Dialogue ant the Creation of Supranational Law*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2012. 272 p.
6. Rhodes R.A.W. *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Philadelphia, US, Open University Press, 252 p.
7. Schueltze Robert. *European Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2013. liii+484 p.
8. Береза А.В. *Реформування публічної влади: сучасні концепції та політична практика*. Київ: Логос, 2012. 360 с.

Трансформація сучасного конституціоналізму триває під впливом низки чинників. Суть такої його трансформації визначають міждисциплінарність, правовий плюралізм, гуманітарний вимір права та процеси глобалізації та фрагментації у праві. У монографії визначено основні тенденції у розвитку сучасного конституціоналізму та їх вплив на національну конституційну традицію України.

Згідно із Томасом Куном, у разі, якщо накопичується критична маса відхилень від усталених взірців вирішення певних проблем, необхідна зміна відповідної парадигми мислення та концептів. Тому цей недолік долається шляхом об'єктивного, всебічного і повного аналізу доступних джерел і носіїв інформації, а також добросовісного додержання процедур наукових досліджень та належної верифікації їх результатів. При цьому така верифікація має виходити за традиційний горизонт знань та доктрин. Слід підкреслити, що відчизнена юридична наука у сфері публічного права ще не виробила певної оригінальної доктрини, оскільки йде пошук шляхів відходу від радянського мислення, що наразі давить своїм догматизмом, схоластикою, надмірною абстракцією, яка є інколи вихолощеною до рівня холодної та зневажливої нелюдності. В умовах перехідної конституційної демократії багато що залежатиме від вирішення дилем «права людини – безпека» та «демократія – соціальна ринкова економіка». У роботі зроблена спроба окреслити засади соціетального конституціоналізму, в рамках якого суспільство на принципах субсидіарності та самоорганізації забезпечує функціонування ефективної системи захисту прав людини та економічну демократію. Однак для цього, залежно від типу суспільства, слід вибудувати чіткий механізм переходу від командно-адміністративної економіки до відкритої соціально ринкової економіки. Як би там не було, критично важливим є розуміння багаторівневої природи публічної влади, що можливо саме із застосуванням інструментарію синтетизму та порівняльного конституційного права. Для перехідних конституційних демократій запозичення позитивного і прийнятного для національної конституційної традиції досвіду законотворення та взірців аргументації юридичних рішень набуває особливого значення у силу природи демократичної легітимності та важливості відстоювання конституційних цінностей.

Багаторівнева та багатофункціональна спрямованість правознавства визначає роль індивіда як відповідальної та вільної особи, яка повинна діяти у суспільстві за певними правилами та впливати на їх подальший розвиток у контексті певної традиції права. Це накладає свій відбиток на національні конституційні традиції. Сьогодні проведення компаративних досліджень у конститу-

ційному праві є надзвичайно актуальним у зв'язку із розширенням соціальних зв'язків між представниками різних правових культур, зважаючи на тенденцію зближення національних законодавств та інтеграційні процеси. Гуманітарний вимір права свідчить, що компаративні дослідження повинні вестися у контексті забезпечення основних прав і свобод, солідаризму в суспільстві, трансформації загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права у вітчизняний правопорядок. При вирішенні питання про делегування Україною частини суверенітету наднаціональним інститутам насамперед необхідно виходити із забезпечення національних інтересів та основних прав і свобод.

Сьогодні зближення національних конституційних традицій має характер горизонтальних зв'язків і зумовлене конкуренцією між судовими юрисдикціями національних і наднаціональних установ. Взаємодія між політичними інститутами часто має конфліктний характер, що зумовлює застосування тривалих за часом і громіздких підчас процедур забезпечення балансу інтересів. Очевидна криза сучасного конституційного порядку, яка пов'язана із доволі інертним механізмом реагування на факт анексії Криму Російською Федерацією, лише є свідченням цього. Тобто в рамках Статуту ООН та діяльності його інституцій – Генеральної Асамблеї, Ради Безпеки, Міжнародного Суду та деяких інших установ завжди передбачається згода на участь у процедурі порушника, що потенційно служить формальною причиною для блокування процедури врегулювання. Наразі тривають дебати щодо реформування організації роботи ООН та її установ. Тому сьогодні конституціоналізація міжнародного права спостерігається у Європі, хоча інституційна основа ЄС також перебуває у системній кризі.

Багато що залежить від співвідношення національної конституційної традиції та глобального права, яке щойно народжується. Конституційну традицію становлять соціальні цінності, щодо яких у суспільстві склався консенсус і щодо яких еліта суспільства впроваджує певні політичні заходи, спрямовані на забезпечення її безперервності. Водночас конституційна традиція України тісно пов'язана із проблемою континуїтету і дисконтинуїтету, на яку впливає тривалий суспільний дискурс між авторитаризмом і демократією. Під цим мається на увазі не лише дискусія ідеологічного чи доктринального характеру, а й певна послідовність дій, спрямована на впровадження таких ідей в життя, використовуючи їх як певний інструмент у політичному процесі, юриспруденції тощо.

Чинна конституція є занадто консервативною щодо можливості делегування частини суверенних повноважень наднаціональним інститутам. Сучасна доктрина конституціоналізму не вбачає тут небезпеки для національної держави, адже у такий спосіб держава отримує інструменти впливу на регіональному і глобальному рівнях, що сприяє кращому відстоюванню національних інтересів і реалізації національного суверенітету на наднаціональному рівні. У зв'язку із цим необхідна зміна конституційної формули суверенітету, оскільки він має трактуватися саме як національний суверенітет – суверенітет українського народу, організованого у державу. Гарантіями забезпечення конституційності механізму такого делегування мають бути доволі детально прописані процедури

парламентського контролю і судового конституційного контролю з урахуванням зарубіжного досвіду, в основі якого лежать захист цінностей прав людини і основоположних свобод. У разі введення бікамеризму, земельні управи також мають бути включені у процес прийняття зовнішньополітичних рішень через верхню палату, *inter alia*, з питань регіонального самоврядування та транскордонного співробітництва. Важливим також є закріплення положення про те, що акти щодо делегування частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам мають остаточно схвалюватися національним референдумом і бути об'єктом судового конституційного контролю.

Конституція потребує захисту. Це досягається за допомогою звичайних і надзвичайних юридичних засобів.

Захист конституційних цінностей в умовах проксі-війни, загроз життєздатності нації, суверенітету і територіальній цілісності України набуває особливого характеру. Вирішення проблеми загалом полягає не у вжитті певних надзвичайних заходів, а радше у цілісному функціонуванні конституційної системи, інститути і процедури якої мають синергетичний ефект для попередження та подолання негативних загроз правам людини, суверенітету і територіальній цілісності України. Тут також в нагоді цілком придатний досвід зарубіжних країн у функціонуванні інститутів та процедур захисту конституційного порядку (цінностей). Головним критерієм цього, з огляду на зарубіжний досвід є обмеження свободи розсуду уряду у застосуванні надзвичайних заходів, оскільки завжди існує небезпека зловживань, у крайньому випадку – вчинення державної зради. Тому критично важливою є диверсифікація засобів парламентського і судового конституційного контролю. Це зумовлює наділення певним обсягом самостійності кожної ланки та щабля ухвалення владних рішень.

При правовому регулюванні допустимих меж обмежень прав людини в умовах воєнного і надзвичайного стану, а також інших пограничних правових режимах необхідно дотримуватися вимог принципу пропорційності. Натомість уважний аналіз законодавства про правові режими воєнного і надзвичайного стану обмежується власне переліком повноважень відповідних інститутів влади без належного регулювання організації їхньої діяльності та деталізації алгоритму їхніх дій через відповідні процедури. Зміст цих процедур має бути спрямований на ефективне здійснення права на самооборону в дусі статті 51 Статуту ООН.

В умовах зміни світового порядку та його структури захист суверенітету і територіальної цілісності України спирається на наявні ресурси та реальну спроможність держави використати належне їй *jus ad bellum*. Військове право спирається на ідею забезпечення континуїтету, згідно з яким інституціонально та процедурно захист прав людини гарантується через діяльність демократичної конституційної держави, здатної захищати основоположні конституційні цінності – гідність людини, свободу, рівність, верховенство права, різноманітність, солідарність та ініціативність. Поєднання виконавчої та дерогаційної моделей надзвичайного захисту конституційного порядку є сьогодні найоптимальнішим. Необхідною умовою його легітимності є систематичний парламент-

ський та судовий конституційний контроль над запроваджуваними заходами щодо захисту конституційного порядку з точки зору сумісності з конституційними цінностями, насамперед, поваги до людської гідності. Оскільки мова йде про безпосередні та невідворотні загрози конституційному порядку, заходи щодо його захисту мають бути рішучі, ефективні, своєчасні та комплексні. З огляду на це, критично важливими є стратегічне планування та існування різноманітних сценаріїв розвитку подій у разі акту агресії проти України та належного законодавчого забезпечення рішучої відсічі потенційному супротивнику з метою захисту конституційного порядку. Задля цих цілей Україні слід більш гнучко інтегруватися у системи колективної безпеки та поглиблювати у їх рамках свій регіональний розвиток.

Окрім парламентського контролю в рамках системи стримувань і противаг провідну роль у захисті конституції відіграє судовий контроль. Конституційна юстиція забезпечує це шляхом тлумачення конституції. Основні засади тлумачення (автономне, динамічне, конституційно узгоджене тлумачення законів та міжнародних договорів) конституції є придатними за будь-яких судових стратегій, починаючи від судового нейтралітету до судового активізму. Виправданям такого активізму є ефективне поновлення порушених конституційних прав і свобод та забезпечення справедливого відшкодування заподіяної шкоди неконституційними актами органів публічної влади. За таких умов балансування між конституційними цінностями спиратиметься на фундаментальне конституційне рішення – захист людської гідності та забезпечення вільного розвитку індивіда. Саме у такій площині мислима діяльність Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг.

На судах лежить важлива місія – захищати права людини і основоположні свободи, що є сенсом їх діяльності у правовій державі. Тому суди мають формувати єдині орієнтири і підходи при вирішенні справ, щоб приватні особи могли планувати і передбачати наслідки своєї діяльності і захищати свої права всіма засобами, що не суперечать закону, в тому числі і в судах. Такі єдині підходи ґрунтуються на фундаментальних правових цінностях і принципах, які пронизують усю національну правову систему і є фундаментом законодавства, адміністративної і судової практики. З точки зору звичайного громадянина вони є своєрідними маркерами, ціннісними орієнтирами щодо правомірності власної поведінки та діяльності органів публічної влади. У цій системі координат важливе місце посідає конституція, яка є загальним мірилом обмеження свавілля влади та визначає гарантії прав і свобод людини. Тому питання забезпечення верховенства конституції у діяльності судів загальної юрисдикції стає ключовим і свідчить про належну кваліфікацію і рівень компетентності судді.

Обов'язок захисту державою основних прав з точки зору верховенства права принаймні визначається через пряму дію положень конституції та її горизонтального ефекту. Пряма дія конституції зобов'язує суди застосовувати її положення і захищати права і свободи людини як безпосередньо діюче право навіть у випадку відсутності закону, який ухвалено на конкретизацію і деталіза-

цію конституційних положень. Горизонтальний ефект конституції поширюється на приватно-правову сферу і зумовлює певний мінімальний стандарт якості правових процедур забезпечення стабільності і додержання зобов'язань між контрагентами у правочинах та вимоги належної правової процедури у ході вирішення цивільно-правових чи господарсько-правових спорів.

У світлі співвідношення загальних принципів права та положень законодавства суди при конкретизації останніх щодо фактичного складу володіють свободою розсуду, оскільки така конкретизація, власне, і передбачає наявність вибору різних альтернатив. У рамках цих альтернатив суд обирає найбільш прийнятний до конкретної життєвої ситуації варіант, будучи зв'язаний загальними принципами права. Поліваріантність вибору посилюється у разі, коли суд змушений оперувати кількома принципами, що зумовлює необхідність зважування та балансування цих принципів. Суд зв'язаний при цьому вимогами повного, об'єктивного і всебічного розгляду матеріалів справи та ухвалення обґрунтованого та належно вмотивованого рішення.

Сутнісний зміст прав людини та їх конституційне регулювання ґрунтується на визнанні гідності людини як фундаментальної цінності, яка має вирішальне значення для ухвалення рішення державою у формі актів законодавства, управління чи правосуддя. Забороняється таке втручання у здійснення суверенного вибору особою, якщо це не суперечить однопорядковому інтересу чи інтересу вищого порядку відповідно до засад пропорційності. Тому положення Конституції України мають бути більш виважені стосовно розуміння принципів поваги до гідності людини, свободи, рівності і недискримінації, пропорційності, визначення кола позитивних і негативних обов'язків держави.

Юридична формалізація прав людини переважно втілюється у вигляді втручання у приватну автономію особи і пов'язана, як правило, із межами їх здійснення. Трискладовий тест легітимності втручання у приватну автономію визначає межі допустимої діяльності держави у демократичному суспільстві. Систематика прав людини зумовлює ціннісно-інтерсуб'єктне визначення допустимих обмежень основних прав, які мають бути зумовлені конкретними обставинами та нагальними потребами у демократичному суспільстві. Вимога до демократичної структури суспільства встановлює стандарти інтерсуб'єктності у встановленні критеріїв обмежень прав людини, які мають відповідати нагальній суспільній потребі, заснованій на повазі до гідності людини та забезпечення балансу інтересів між більшістю та меншістю. У зв'язку з інтенсифікацією терористичної діяльності, яка атакує демократичну структуру суспільства та цінність гідності людини, виникає напруга щодо визначення критеріїв втручання в автономію індивіда. У залежності від конкретних обставин доречність і достатність заходів впливу можуть визначати систематику та демократичну легітимацію втручання, що призводить до певного обмеження у певних обсягах і протягом певного періоду низки прав і свобод людини.

Відповідно до вимог верховенства права конституційний суд має неухильно додержуватися своєї юриспруденції, що впливає із засад справедливості і

правової визначеності. Водночас суспільне життя відзначається динамікою, і конституційний суд не може стояти осторонь від цих процесів, що може стати причиною перегляду ним своєї юриспруденції. Порівняльно-правовий аналіз та аналіз емпіричних даних свідчить, що такими підставами можуть бути: а) прийняття рішення міжнародною судовою установою; б) істотна зміна соціальної, економічної та політичної обстановки, що зумовлює на засадах пропорційності визначати обсяг і зміст прав людини; в) зміна законодавчого регулювання парламентом, у визначених конституцією межах свободи його розсуду (ліберальна, ліберально-демократична чи соціальна модель регулювання); г) зміна панівної доктрини, на основі якої раніше ухвалювалися рішення; д) внесення змін до відповідних положень конституції. У такому разі конституційний суд має належним чином обґрунтувати свою правову позицію у справі, інакше це загрожує легітимності конституційної юстиції.

Мереживо-центрична публічна влада забезпечує формулювання та відтворення абстрактних правил на ієрархічній та гетерархічній основі. Важливу роль тут відіграє судова практика, через яку запозичується позитивний досвід зарубіжних і міжнародних судів. Сьогоднішнє суспільство є складним, із багатоманітністю інтересів спільнот, тому основним завданням публічної влади є нормативна дистрибуція у забезпеченні правил абстрактного характеру та стабільності укладених контрактів. Сенс нормативної дистрибуції полягає у відкритих і зворотних процедурах формулювання правил на засадах деліберативної демократії, яка передбачає активну участь громадян у процесі прийняття владних рішень. Це забезпечується шляхом поєднання законодавчих процедур, процедур узгодження між спільнотами корпоративних правил, які набувають ознак нормативності, судового захисту основоположних цінностей суспільства, основним критерієм яких є суспільне благо та права людини, регламентарної влади уряду у визначенні технічних та управлінських правил. У свою чергу, органи публічної влади мають спиратися на сучасні інформаційні технології та інновації для прийняття адекватних і компетентних рішень, що є важливим з точки зору обмеженості доступу до інформаційних та природних ресурсів.

Засади участі національних держав в ухваленні владних рішень у наднаціональних об'єднаннях мають відповідати засадам демократичної конституційної легітимності. Емпіричний підхід до формування правосуб'єктності Європейського Союзу свідчить про те, що тут мають бути елементи консоціативної демократії, які передбачають: демократичні процедури формування інститутів влади; мережу дорадчих структур, участь яких в ухваленні владних рішень є необхідною умовою їх легітимності; зважену і збалансовану регіональну політику, спрямовану на забезпечення когерентності. Засоби парламентського і судового конституційного контролю дають змогу забезпечити баланс повноважень та недопущення ситуацій *ultra vires* у ході участі національних органів влади у виробленні владних рішень у наднаціональних об'єднаннях.

Сьогодні йде суперечливий процес становлення світового суспільства, яке має сформулювати нову якість соціальної солідарності у вигляді світового



громадянського суспільства. Саме у такій площині, як правило, розвивається конституціоналізм як система інститутів, правил і процедур із забезпечення функціонування обмеженої влади та механізму захисту прав людини. Оскільки йде мова про двосторонній процес – конституційний та міжнародний механізми становлення глобального права, то, скоріше за все, ним має стати світовий конституціоналізм. Тут важливою є спільна діяльність у суспільстві, спрямована на формування консенсусу щодо змісту фундаментальних цінностей, на основі чого будуються глобальні інститути, правила та процедури, які забезпечуватимуть гідність людини, свободу, демократію та верховенство права на глобальному рівні.

Сучасні виклики, пов'язані із глобалізацією та наднаціональністю, складно розв'язати у рамках традиційної парадигми імперія – конфедерація – федерація. Насправді мереживо-центрична природа і структура наднаціональності виступає своєрідною точкою біфуркації, аномалією в моделі права. При цьому важливим є делікатне поєднання інструментів поділу влади та субсидіарності, які мають бути спрямовані на забезпечення якісних адміністративних послуг та забезпечення основоположних свобод. Це дасть змогу в умовах перехідної економіки запуснути ефективні політичні реформи та інтегруватись у світову економіку. На цій нормативній основі побудовані субстантивні та процедурні аспекти передачі повноважень держави наднаціональним інституціям, які породжують нові властивості суверенітету як політико-правового явища, в основі якого, у центрі правопорядку, лежить гідність людини.

## SUMMARY

Modern constitutionalism transformation takes place being influenced by a number of factors. Its essence is determined by the interdisciplinary character, legal pluralism, and humanitarian measurement of law and globalization and fragmentation processes in law. The monograph defines basic tendencies in the modern constitutionalism development and their impact on the national constitutional tradition in Ukraine.

According to *Thomas Kuhn*, in case a critical mass of deviations from the accepted norms of solving certain problems is being accumulated, a change of a relevant paradigm of thinking and concepts appears to be necessary. Therefore, the above shortcoming shall be overcome by means of an objective, comprehensive and integrated analysis of available information sources and carriers, as well as due to a careful following the scientific research procedures and reliable verification of their results. The above verification must go beyond the traditional horizon of knowledge and doctrines. It should be emphasized that the national law science in the field of public law has not developed certain original doctrine yet, since it deals with searching the ways of going away from the soviet mode of thinking that oppresses by its dogmatism, scholastics and excessive abstraction, which is sometimes emasculated to the level of cold and insolent inhumanity. In the conditions of the transitive constitutional democracy, many will depend on the solution of the 'human rights – safety' and 'democracy – social market economy' dilemmas. In this work, an attempt was made to specify the principles of the societal constitutionalism, within the framework of which the society on the basis of the rules of subsidiary organization and self-organization ensures functioning of an efficient system of human right protection and economic democracy. However, to do this, one has to, dependent on the type of society, construct a clear mechanism of transition from the command-and-control economy to the open social market economy. In any case, understanding of a multi-level nature of the public power is critically important, and this shall be possible just by using the synthetism tools and comparative constitutional law. For the transitive constitutional democracies, the application of the positive lawmaking experience and standards of legal decision argumentation acceptable for the national constitutional tradition acquires a special significance due to the democratic legality and importance of asserting the constitutional values.

The multi-level and multi-functional orientation of law determines the role of the individual as the responsible and free person, who has to act in the society according to certain rules and to influence their further development in the context of

a certain legal tradition. This imprints at the national constitutional traditions. Now carrying out the comparative research in the constitutional law is extremely urgent due to the extension of social relationships between the representatives of different legal cultures taking into account the tendency of merging the national legislations and the integration processes. The humanitarian measure testifies to the fact that the comparative research should be carried out in the context of ensuring the fundamental rights and freedoms, solidarity in the society, transformation of generally accepted principles and norms of international law into the national legal order. When solving the problem of delegation by Ukraine of a part of its sovereign powers to the supranational institutions, one has, first and foremost, to assume the ensuring of the national interests and fundamental rights and freedoms.

Today merging the national constitutional traditions has a character of horizontal relations and is due to the competition between the judicial jurisdictions of the national and supranational institutions. The interaction between the political institutions is often of a conflict type and this stipulates the use of the long standing and cumbersome procedures of ensuring the balance of interests. An obvious crisis of the contemporary constitutional order related to a quite inert mechanism of reaction to the annexation of Crimea by the Russian Federation is an evidence of it. This means that within the framework of the UN Statute and activities of its institutions – the General Assembly, Security Council, International Court of Justice and some other bodies – the consent to the involvement of offender into the procedure is always foreseen, and this is a potential formal reason for blocking the regulation procedure. The debates on reforming the UN and UN institution functioning are in action now. That is why the international law constitutionalization is observed today in Europe, though the EU institutional basis is in the systemic crisis as well.

Much depends on the relationship between the national constitutional tradition and the global law that now is being coming up. The constitutional traditions are made of the social values reflected by the consensus in society that are the target of certain political measures introduced by the elite of society and directed to the provision of its continuity. At the same time, the constitutional tradition of Ukraine is closely related to the problems of continuity and discontinuity influenced by a long-term social discourse between the authoritarianism and democracy. By this is meant not only a discussion of ideological or doctrinal character, but also a certain consequence of actions directed to implementation of such ideas into life applying them as a kind of instrument in the political process, jurisprudence etc.

Current Constitution of Ukraine is too much conservative regarding the possibility of delegating a part of the sovereign authorities to the supranational institutions. Modern doctrine of constitutionalism sees here no risk for the national state, because in such a way the state receives the instruments of influence on the regional and global levels that promote better protection of national interests and realization of the national sovereignty on the supranational level. In this relation, there is a need in changing the constitutional sovereignty formula since it must be treated just as the national one, i.e. the sovereignty of the Ukrainian people organized into the

state. The well-detailed procedures of parliamentary control and constitutional review must be the warranties of ensuring the constitutional mechanism of the above delegation taking into account the foreign experience based on the protection of such values as the human rights and fundamental freedoms. In case of introducing the bicameralism, the land authorities must also be included into the process of adopting the foreign political decisions via the upper chamber, *inter alia*, concerning the problems of regional self-governing and cross-border cooperation. Fixing the provision that the acts related to the delegation of a part of the sovereign authorities to the supranational institutions must be finally approved at the national referendum and be the object of the judicial constitutional control is also very important.

Constitution needs protection. This is achieved by means of both ordinary and extraordinary means.

Protection of constitutional values in the conditions of a proxy-war, threats to the nation living ability, sovereignty and territorial integrity of Ukraine is of particular significance. Solving this problem is generally related not to applying the extraordinary measures, but to the integral functioning of the constitutional system with its institutions and procedures having a synergetic effect for preventing and overcoming the negative risks for the human rights, sovereignty and territorial integrity of Ukraine. The experience gained by the foreign states in the filed of functioning of institutions and procedures of protecting the constitutional order (values) is important here. The main criterion of this, taking into account the foreign experience, is restriction of free discretion of governmental decisions when applying the extraordinary measures, since the menace of abuse, or, in extremis, treason felony always exists. Therefore, it is critical to diversify the means of the parliamentary control and constitutional review. This stipulates a certain amount of independence granted to each link and stage of the process of authoritative decision adoption.

In the legal regulation of allowable limits of restriction of human rights in the conditions of the martial and extraordinary state, as well as in other boundary legal regimes, one has to comply with the requirements of the proportionality principle. At the same time, a thorough analysis of legislation concerning the regimes of the martial and extraordinary state is limited to the list of authorities of the relevant power institutions with no proper regulation of organization of their activity and specification of the algorithm of their actions via the appropriate procedures. The essence of these procedures must be directed to the efficient realization of the right of self-defense in the spirit of article 51 of the UN Statute.

In the conditions of the world order and structure change, protection of the sovereignty and territorial integrity of Ukraine is based on the available resources and real ability of the state to use the pertinent *jus ad bellum*. The military law is based on the idea of ensuring the continuity according to which the human right protection is both institutionally and procedurally warranted via the activity of the democratic constitutional state capable of defending the fundamental constitutional valuables, i.e. human dignity, freedom, equality, rule of law, diversity, solidarity and creativity. Combining the executive and derogative models of extraordinary defense

of the constitutional order is now the most optimal. The necessary condition of its legitimacy is a systematic parliamentary control and constitutional review over the measures taken to defend the constitutional order from the standpoint of compatibility with the constitutional values, first and foremost, respect to the human dignity. Since this means the direct and indivertible threats to the constitutional order, the measures on its defense must be resolute, effective, timely and complex. In this relation, of critical importance are the strategic planning and the existence of different scenarios of actions in case of aggression against Ukraine and proper legal provision of the resolute rebuff to the potential enemy with the aim to defend the constitutional order. To do this Ukraine has to integrate more flexibly into the system of collective security and deepen its regional development within this framework.

Besides the parliamentary control, the constitutional review plays a leading role within the framework of a system of checks and balances. The constitutional justice ensures it by means of constitution interpretation. The main principles of such interpretation (i.e. the autonomous, dynamical, constitutionally consistent interpretation of laws and international treaties) are acceptable at any judicial strategies, from the judicial neutralism to the judicial activism. An effective restoration of violated constitutional rights and freedoms and provision of a rightful indemnification of incurred losses by the non-constitutional acts of the public authorities could be this activism justification. In such conditions, balancing between the constitutional values will be based on the fundamental constitutional decision, i.e. on the protection of human dignity and provision of a free development of the individual. Just in this plane, the activity of the Constitutional court of Ukraine in consideration the constitutional claims is imaginable.

The courts fulfill an important mission protecting the human rights and fundamental freedoms being the sense of their functioning in the state. Therefore, the courts must form uniformly landmarks and approaches when examining cases to let private persons plan and predict the consequences of their activity and protect their rights by all means not contradicting law, in particular, in the courts. Such uniformly approaches are based on the fundamental legal values and principles that permeate the entire national legal system and make a foundation of legislation, administrative and judicial practice. From the viewpoint of common citizen, they are the certain markers, value orientations of legitimacy of own conduct and public authority activity. In this coordinate frame, the constitution occupies an important place being a general measure of limiting the willfulness of the state authorities and determines the warranties of human rights and freedoms. Therefore, the problem of provision of the constitution supremacy in the functioning of the general jurisdiction courts becomes crucial and indicates the proper qualification and the degree of competence of judges.

The obligation of the state to protect the basic rights is determined from the standpoint of the rule of law via the direct action of the provision of the constitution and its horizontal effect. The direct force of constitution obliges the court to apply its provisions and to protect the human rights and freedoms as the direct action law even given the lack of the law adopted to specify and detail the constitutional

provisions. The horizontal effect of the constitution is extended to the private legal area and stipulates a certain minimal standard of quality of the legal procedures that ensure stability and compliance with the obligations between the counteragents in the contract and the requirements of the adequate legal procedure in the course of solving the civil or commercial legal disputes.

In the light of the relationship between the general principles of law and provisions of legislation, the courts, when specifying the latter concerning the set of facts, possess the freedom of thought, because such specification means the availability of various alternatives. Within the framework of such alternatives, the court shall choose the most acceptable variant being bound by the general principles of law. The polyvariety of this choice shall strengthen in case when the court is forced to operate with several principles and this stipulates the necessity of checking and balancing these principles. The court is obliged here by the requirements of complete, objective and comprehensive examination of the case materials and adoption of a justified and properly motivated resolution.

The ontological essence of human rights and their constitutional regulation is based on acknowledgement of human dignity as the fundamental value that has a crucial significance for the adoption of decision by the state in a form of legal acts, administration or justice. Such interference into the sovereign choice of a person is prohibited unless it contradicts the coordinate interest or the higher-order interest according to the proportionality principles. Therefore, the provisions of the Constitution of Ukraine must be more cautious with respect to understanding the principles of respect to the human dignity, freedom, equality and non-discrimination, proportionality, determination of a sphere of positive and negative obligations of the state.

The legal formalization of the human rights is realized mainly in a form of interference into the private autonomy of a person and is related to the limits of their implementation. The tripartite test of legitimacy of interference into the private autonomy determines the limits of permissible activity of the state in the democratic society. The human right systematics stipulates the value and inter-subject determination of permissible limitations of human rights that must be due to the particular circumstances and urgent needs in democratic society. Requirement of the democratic structure of society sets the inter-subjectivity standards in defining the criteria of human right limitation that must comply with the urgent social need based on the respect to the human dignity and provision of a balance of interests between the majority and minority. Due to the intensification of the terroristic activity that attacks the democratic structure of society and the human dignity value, it becomes quite difficult to determine the criteria of interference into the individual autonomy. Dependent on the particular circumstances, the expediency and the sufficiency of the measures of influence may determine the systematics and the democratic legitimacy of interference that leads to a certain limitation of a series of human rights and freedoms within a certain period of time.

In accordance with the requirements of the rule of law, the constitutional court has to follow consistently its jurisprudence that results from the principles of justice

and legal certainty. At the same time, the social life is characterized by dynamics, and the constitutional court cannot stand apart these processes that could cause the review of its jurisprudence. The comparative legal analysis and the empirical data analysis indicate that such reasons should be as follows: a) adoption of resolution by an international judicial institution; b) essential changes in the social, economic and political situation, which determines the scope and content of human rights on the basis of proportionality principle; c) change of the parliamentary legal regulation within the limits of its competence specified in the constitution (i.e. the liberal, liberally-democratic or social model of regulation); d) change of the ruling doctrine serving a base for previous resolutions; e) amendment of the relevant provisions of constitution. In this case, the constitutional court has to justify adequately its legal position; otherwise, this will threaten the legitimacy of the constitutional justice.

The network-central public power provides formulation and reproduction of abstract rules on the hierarchic and heterarchic base. An important role is played here by a judicial practice that favors exchanging the positive experience of the foreign and international courts. Contemporary society is complex with the variety of community interests. Therefore, the main task of the public power is the normative distribution of rules on the principles of deliberative democracy that foresees the active involvement of citizens into the process of adoption of the authoritative resolutions. This is ensured by combining the legislative procedures, those of coordination between the communities of the corporative rules that acquire the signs of normativity, judicial protection of fundamental values of society, the main criterion of which is the public good and human rights, and the regulatory power of the government in determining the technical and administrative rules. In turn, the public authorities must rest upon the modern informational technologies and innovations to adopt the adequate and competent decisions, and this is important from the standpoint of limitation of the access to the informational and natural resources.

The principles of participation of the national states in adopting the power resolutions in the supranational associations must comply with those of the democratic constitutional legitimacy. An empirical approach to the formation of the legal capacity and competence of European Union testifies to the fact that the elements of consociate democracy must be present here specifying: the democratic procedures of the power institution formation; a network of advisory structures, the involvement of which into the adoption of power resolutions must be a necessary condition of their legitimacy; the checked and balanced regional policy oriented to the provision of coherence. The means of the parliamentary control and constitutional review allow one to ensure the balance of authorities and to prevent the *ultra vires* situations in the course of involvement of the national power authorities in developing the power resolutions in the supranational associations.

Today we deal with a controversial process of establishing the world society that has to formulate a new quality of social solidarity in a form of a world civil society. Just in this direction the constitutionalism is, as a rule, being developing as a system of institutions, rules and procedures of provision of the limited power

and human right protection mechanism functioning. Since I speak about the bilateral process, i.e. the constitutional and international mechanisms of establishing the global law, then, most likely, it should be the world constitutionalism. The joint activity inside the society directed to form the consensus on the content of fundamental valuables is important here, because the global institutions, rules and procedures are built on this basis ensuring the human dignity, freedom, democracy and rule of law on the global level.

Modern challenges related to the globalization and supranationality are difficult to be resolved within the framework of a traditional 'empire–confederation–federation' paradigm. Indeed, the network-central nature and the structure of supranationality is a kind of a bifurcation point, an anomaly in the model of modern law. A delicate combining the instruments of separation of power and subsidiarity directed to ensure high-quality administrative services and fundamental freedoms is very important here. This will enable the efficient political reforms to be launched in the conditions of a transient economy with further integration into the world economy. The substantive and procedural aspects of transferring the state authorities to the supranational institutions are built on this normative foundation, giving rise to the new properties of sovereignty as the political and legal phenomenon with the human dignity lying in its basis, in the centre of law and order.



## **Про внесення змін до Конституції України щодо передачі частини повноважень держави міждержавним і наднаціональним установам та інститутам**

Верховна Рада України **постановляє:**

І. Внести до Конституції України (Відомості Верховної Ради України, 1996 р., №30, ст. 141; 2005 р., №2, ст. 44; 2011 р., № 10, ст. 68; 2014 р., № 11, ст. 142; 2014 р., № 11, ст. 143) такі зміни:

1. Положення частини першої статті 9 Конституції України викласти у такій редакції:

1. «Загальновизнані норми і принципи міжнародного права є невід'ємною частиною права Української Республіки. Вони мають перевагу перед законами і породжують безпосередні права і обов'язки для жителів Республіки».

2. Положення статті 18 Конституції України викласти у такій редакції:

**Стаття 18.** Зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства, забезпечення колективної безпеки і мирного розв'язання конфліктів за загально-визнаними принципами міжнародного права.

Українська Республіка може брати участь у системах колективної безпеки, заснованих на повазі до прав людини, демократії та верховенства права, на підставі міжнародного договору. Метою участі Української Республіки у системах колективної безпеки є підтримка миру, взаємовигідного співробітництва між членами міжнародного співтовариства, захист національних інтересів і національної безпеки.

Українська Республіка може передавати частину своїх суверенних повноважень наднаціональним установам та інститутам. При цьому не допускається звуження та обмеження сутності змісту прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України, обмеження суверенітету і територіальної цілісності Української Республіки.

Для вирішення питання у порядку частини третьої цієї статті Кабінет Міністрів України проводить консультації із Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, управами при обласних радах та муніципалітетами міст Києва і Севастополя. Щодо визначення обсягу повноважень для ведення переговорів Кабінету Міністрів України щодо визначення допустимих меж передачі частини суверен-

них повноважень Української Республіки наднаціональним установам та інститутам остаточне рішення ухвалює Верховна Рада України у формі постанови.

При наявності позитивного висновку Конституційного Суду України, ухваленого відповідно до вимог статті 151 Конституції України Верховна Рада України надає згоду на обов'язковість відповідного міжнародного договору не менше трьома п'ятими голосів народних депутатів України від присутніх на її пленарному засіданні.

З метою забезпечення належного захисту прав людини і основоположних свобод Українська Республіка на підставі міжнародного договору визнає юрисдикцію міжнародних установ.»

### 3. Статтю 118 Конституції України викласти у такій редакції:

«Виконавчу владу в областях і районах здійснює урядовий представник, який призначається Кабінетом Міністрів України після консультацій із головою та представниками депутатських груп відповідно обласної, районної ради. Урядовий представник очолює урядове представництво, чисельний склад якого визначається Кабінетом Міністрів України.

Урядовий представник несе відповідальність перед Кабінетом Міністрів України.

До предмета відання урядового представника належить:

1) виконання Конституції та законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади;

2) оскарження до судів актів органів місцевого самоврядування щодо їх відповідності Конституції і законам України;

3) забезпечення координації діяльності органів виконавчої влади щодо виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, Державного бюджету України, державних і регіональних програм соціально-економічного та культурного розвитку, програм охорони довкілля, а в місцях компактного проживання корінних народів і національних меншин – також програм їх національно-культурного розвитку;

4) координація діяльності органів внутрішніх справ, з питань охорони довкілля, екологічної безпеки, техногенної безпеки та інших органів охорони правопорядку;

5) забезпечення взаємодії Кабінету Міністрів України з органами місцевого самоврядування.

Всі інші питання організації і порядку діяльності урядового представника регулює закон.»

### 4. Статтю 119 виключити із Конституції України.

### 5. Внести до статті 132 Конституції України частини другу – четверту такого змісту:

«Забезпечення рівномірного розвитку територіальних громад і регіонів забезпечується шляхом вирівнювання їх розвитку через фінансову політику,

субвенції і дотації з Державного бюджету України та узгодження політики між органами влади територіальних громад і регіонів.

З метою забезпечення поступального розвитку територіальних громад та регіонів в Українській республіці діє принцип субсидіарності, який гарантує захист основних прав і свобод, гарантованих Конституцією України. У силу принципу субсидіарності органам влади територіальних громад чи регіонів належить якомога широкі коло питань суспільного значення з метою забезпечення доступу до них жителям територіальних громад і регіонів, а в разі неспроможності їх належної реалізації у силу обмеженості ресурсів, масштабу завдань і функцій – такі передаються на вищий рівень органів публічної влади.

Відповідно до своїх повноважень органи влади територіальних громад і регіонів вправі передавати частину своїх повноважень транскордонним установам для виконання питань спільного предмету відання. Таке рішення має бути схвалено постановою Верховної Ради України більшістю голосів народних депутатів України від її конституційного складу.»

6. Внести у частину першу статті 150 Конституції України пункт третій у такій редакції:

«3) розгляд скарг про порушенням прав територіальної громади щодо здійснення місцевого самоврядування».

7. Статтю 151 Конституції України викласти у такій редакції:

«**Стаття 151.** Конституційний Суд України за поданням не менше 45 народних депутатів України, Президента України, Кабінету Міністрів надає висновки про відповідність Конституції (конституційність) міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість.»

**до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України щодо передачі частини суверенних повноважень держави міждержавним і наднаціональним установам та інститутам»**

*1. Обґрунтування необхідності прийняття акта*

Конституція України була ухвалена у часи поглиблення дезінтеграційних процесів на пострадянському просторі і тому зрозумілою є позиція конституцієдавця щодо забезпечення конституційної ідентичності України як незалежної і суверенної держави. До колапсу Радянського Союзу також мав місце розпад системи колективної безпеки у формі Варшавського договору. За таких обставин питання європейської інтеграції чи приєднання до систем колективної безпеки не стояло – йшла мова про формування нової молоді демократії – незалежної України.

Однак на розширення Європейського Союзу разом із Організацією Північноатлантичного Альянсу (НАТО) наклався зустрічний процес у формі становлення так званих Євразійських Спільнот. Таким чином, Україна опинилася на своєрідному розломі у сфері зовнішньої політики і протягом тривалого часу намагалася проводити політику багатовекторності, яка зазнала краху після анексії Російською Федерацією Автономної Республіки Крим у березні 2014 року після Революції гідності.

Конституція України в редакції 1996 року встановила доволі централізовану систему організації публічної влади. Зокрема, це виражається у переважанні розподілу повноважень на користь вищих органів держави, в обмеження повноважень місцевих органів публічної влади, насамперед органів місцевого самоврядування. У Конституції України так і не знайшла свого закріплення фундаментальна засада розподілу повноважень органів публічної влади по вертикалі – принцип субсидіарності. Цей принцип відіграє методологічну роль не лише у механізмі розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування, а й також у разі передачі (делегуванні) частини суверенних повноважень національної держави наднаціональним інститутам та установам.

Розподіл владних повноважень, деконцентрація і децентралізація влади є основою демократичної легітимності публічної влади та якісною характеристикою конституційної традиції України, яка ідентифікує її на правовій карті світу. Сучасною тенденцією розвитку національних правових систем є певна ступінь інтеграції у міждержавні та/або наднаціональні об'єднання. За допомогою участі у цих об'єднаннях та інституціях національні держави отримують додатко-

ві процедури і правила для відстоювання національних інтересів та реалізації власного зовнішньополітичного курсу.

Конституційний механізм внесення змін до Основного Закону, передбачений статтею 72 та Розділом XIII, є загальним і доволі невизначеним щодо відповідності вимогам належної правової процедури, верховенства права та демократичної легітимності у разі передачі державою частини власних суверенних повноважень наднаціональним інститутам. Тому існує потреба посилення засад парламентського контролю на етапі ведення переговорів щодо проектів міжнародних договорів з цих питань, а також участі місцевих органів публічної влади поряд із національним парламентом для визначення меж повноважень уряду у цьому процесі.

Чинна Конституція України обходить питання транскордонного співробітництва; *expressis verbis* Основний Закон не передбачає легітимного механізму передачі повноважень спільним транскордонним інститутам для виконання інфраструктурних проектів і програм розвитку прикордонних територій. Тому існує нагальна проблема визначення конституційних засад передачі таких повноважень, зокрема у рамках парламентського контролю.

З метою забезпечення засад конституційної демократичної легітимності передачі частини суверенних повноважень має бути посилена роль Конституційного Суду України. У якості такого інструменту вбачається закріплення права групи народних депутатів України (не менше 45) права на звернення до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо конституційності міжнародних договорів України, зокрема і тих міжнародних договорів, які передбачаються у якості предмета регулювання цього конституційного законопроекту.

### *2. Мета і цілі прийняття законодавчого акта*

Метою запропонованих змін є запровадження конституційно-правового передачі (делегування) частини суверенних повноважень органів публічної влади України міждержавним та/або наднаціональним установам та інститутам з метою забезпечення національних інтересів і поглиблення засобів впливу України у сфері зовнішньої політики.

### *3. Загальна характеристика та основні положення акта*

Даним конституційним законопроектом запропоновано вдосконалити конституційні засади передачі (делегування) частини суверенних повноважень органів публічної влади України міждержавним та/або наднаціональним установам та інститутам. В якості важливої складової механізму пропонується удосконалення конституційного регулювання питання дії міжнародних договорів у правовій системі України, які мають перевагу перед законами України та породжують безпосередні права і обов'язки перед жителями України. У законопроекті також вживається термін «Українська Республіка», який ідентифікує республіканські засади вітчизняної державності, замість доволі невизначеної титульної назви держави – «Україна».

У проекті пропонується закріпити принцип субсидіарності, згідно з яким переважна частка питань суспільного (публічного) значення вирішуються на

максимально наближеному рівні до жителів територіальних громад, а в разі недостатності матеріально-фінансових ресурсів, масштабу завдань і функцій підлягають передачі на більш високий щабель рівень публічної влади. Саме у силу засад субсидіарності пропонується упровадження конституційного механізму транскордонного співробітництва передачі повноважень спільним установам, утвореним органами місцевого самоврядування України та регіонів зарубіжних країн, які межують із відповідними адміністративно-територіальними одиницями України. З метою збалансування розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування та органами державної влади запропоновано упровадження конституційної скарги у разі порушення прав територіальних громад щодо здійснення прав місцевого самоврядування.

Проектом робиться акцент на забезпеченні участі територіальних громад і регіонів через відповідні органи місцевого самоврядування у визначенні меж повноважень уряду при укладенні міжнародних договорів, предметом яких є передача (делегування) частини суверенних повноважень органів публічної влади України міждержавним та/або наднаціональним установам та інститутам. Питання про обсяг делегованих повноважень наднаціональним інститутам згідно із законопроектом має остаточно визначати Верховною Радою України. З метою забезпечення конституційної легітимності такої передачі частини суверенних повноважень України наднаціональним інститутам пропонується попередній конституційний контроль за відповідними законопроектами, які мають перевірятися на предмет недопущення звуження та обмеження сутності змісту прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України, обмеження суверенітету і територіальної цілісності Української Республіки. Пропонується введення нової категорії законопроектів з питань передачі частини суверенних повноважень України наднаціональним інститутам, оскільки Верховна Рада України має ухвалювати їх не менше трьома п'ятими голосів народних депутатів України від свого конституційного складу, тобто у режимі органічних законів.

Однією із конституційних новел, яка пропонується у законопроекті є запровадження конституційного механізму участі України у системах колективної безпеки задля підтримки миру та взаємовигідного співробітництва між членами міжнародного співтовариства на засадах поваги до прав людини, демократії та верховенства права, на підставі міжнародного договору України. Також законопроект встановлює механізм визнання юрисдикції міжнародних установ у сфері захисту прав людини і основоположних свобод на підставі міжнародного договору України.

#### *4. Стан нормативно-правової бази*

Основу нормативно-правової бази у цій сфері становить Конституція України.

Законопроект у відповідній редакції раніше до Верховної Ради України не подавався.

Законопроект відповідає вимогам частини другої статті 156, статей 157 та 158 Конституції України.

Прийняття запропонованих у законопроекті змін до Конституції України не призведе до порушення міжнародних зобов'язань України.

У законопроекті відсутні положення (або подібні до них), які в раніше наданих висновках та прийнятих рішеннях Конституційного Суду України визнавалися такими, що скасовують чи обмежують права та свободи людини і громадянина або спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України, а також враховано правову позицію єдиного органу конституційної юрисдикції щодо комплементарності юрисдикції міжнародних установ у сфері прав людини і основоположних свобод.

Законопроект є цілісним і єдиним актом, положення якого є взаємопов'язані і потребує внесення змін до розділів Конституції України, зазначених у статті 156 Основного Закону.

#### *5. Фінансово-економічне обґрунтування*

Реалізація законопроекту потребує додаткових витрат з Державного бюджету України, пов'язані із проведенням всеукраїнського референдуму та, відповідно, виділення коштів з Державного бюджету України для його проведення.

#### *6. Прогноз соціально-економічних та інших наслідків прийняття акта*

Прийняття запропонованого проекту Закону сприятиме утвердженню поглибленню механізмів інтеграції України до міждержавних та наднаціональних інститутів та установ, а також поглиблення міжнародних економічних, соціальних, культурних зв'язків Української держави як на національному, так і регіональному рівні публічної влади, проведенню правової, економічної реформ, реформування публічної адміністрації та покращення публічних послуг населенню.

## **Закон України «Про внесення змін до Закону України ‘Про судоустрій і статус суддів’ щодо підготовки правників»**

1. Внести до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Розділ II-A «Підготовка правників та допуск до правничої професії» такого змісту:

### **«Стаття 47<sup>1</sup>. Система підготовки правників в Україні.**

1. Підготовку правника в Україні можуть здійснювати правничі школи, які перебувають у підпорядкуванні центрального органу виконавчої влади у сфері освіти і науки (класичні університети, профільні університети), та приватні вищі навчальні заклади, які отримали ліцензію центрального органу виконавчої влади у сфері освіти і науки.

2. Повну правничу освіту із правом перебувати на посадах у судах здобувають особи, які отримали ступінь юридичної освіти з першим державним іспитом та з наступною підготовкою для складання другого державного іспиту. Підготовка для складання другого державного іспиту включає набуття практичних навичок з основних спеціалізацій юридичної професії.

3. Правничі школи здійснюють підготовку правника в межах денної форми навчання. Правничі школи можуть надавати освітні послуги з підготовки правника в межах комбінованої форми навчання лише для осіб, які вже здобули вищу освіту за іншими спеціальностями.

### **Стаття 47<sup>2</sup>. Вимоги до правничої освіти.**

1. Тривалість навчання складає чотири роки; у межах комбінованої форми навчання для осіб, які вже здобули вищу освіту за іншими спеціальностями, складає не менше двох років.

2. Стандарт правничої освіти має гарантувати набуття таких загальних компетентностей:

- 1) здатність до абстрактного, логічного та критичного мислення, до творчого мислення і генерування нових ідей, до аналізу і синтезу;
- 2) уміння планувати, організувати і контролювати свою діяльність;
- 3) знання і розуміння природи етичних стандартів, у тому числі етичних стандартів правничої професії та здатність діяти на їх основі;
- 4) володіння державною мовою;
- 5) володіння однією з офіційних мов Ради Європи на рівні, що забезпечує можливість як усного, так і письмового її застосування, у тому числі у професійній сфері;



6) вміння грамотно і точно формулювати та висловлювати свої позиції, належним чином їх обґрунтувати;

7) навички збору і аналізу інформації;

8) вміння працювати самостійно, працювати у команді колег за фахом, а також із залученням експертів з інших галузей знань;

9) здатність приймати неупереджені і мотивовані рішення;

10) здатність визначати інтереси і мотиви поведінки інших осіб;

11) здатність вчитися;

12) прагнення до утвердження академічної доброчесності.

3. Стандарт юридичної (правничої) освіти має гарантувати набуття таких спеціальних компетентностей:

1) знання основ теорії та філософії права, структури та стандартів правничої професії та її ролі у суспільстві;

2) знання міжнародних стандартів прав людини, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також практики міжнародних юрисдикційних установ;

3) знання основ міжнародного публічного права;

4) знання основ права Ради Європи та права Європейського Союзу;

5) знання засад, принципів та інститутів конституційного права, адміністративного права, і адміністративного процесуального права, цивільного права і цивільного процесуального права, кримінального права та кримінального процесуального права;

6) навички збору інформації, аналізу юридичної проблеми, побудови юридичної аргументації;

7) навички складання проектів юридичних документів;

8) вміння вести переговори, посередництва, примирювати сторони з протилежними інтересами;

9) навички ведення опитування, риторики, вирішення спорів, допиту та спілкування;

10) навички консультування з юридичних питань, зокрема, можливих способів захисту прав та інтересів клієнтів відповідно до вимог професійної етики, належного дотримання норм щодо нерозголошення персональних даних та конфіденційної інформації.

4. Основні напрями навчання правничій професії служать для його поглиблення, зокрема поглиблення навчання обов'язкових предметів, а також взаємозв'язків міждисциплінарних та міжнародним правом. Зміст навчання включає судову, адміністративну та юридичну консультативну практику, зокрема необхідні ключові кваліфікації, такі як ведення переговорів, опитування, риторика, вирішення спорів, посередництво, допит та навички спілкування. Протягом періоду без лекцій проводяться практичні заняття тривалістю не менше трьох місяців. Центральний орган виконавчої влади, що здійснює державну політику у сфері освіти і науки, може встановлювати правила, згідно з якими практичне навчання відбувається в одному місці за погодженням. Навчання правничій

професії становить не менше 300 кредитів Європейської кредитної трансферно-накопичувальної системи (надалі – кредит ЄКТС).

5. Для гарантування проходження практичної підготовки здобувачами юридичної освіти правнича школа укладає договори з самоврядними об'єднаннями представників правничих професій. Самоврядні об'єднання представників правничих професій на основі попередньо встановлених критеріїв визначають перелік установ та організацій, уповноважених на забезпечення практичної підготовки здобувачами юридичної освіти у відповідній професії, зокрема у нотаріусів, юридичних службах юридичних осіб приватного права та юридичних компаній.

### **Стаття 47<sup>3</sup>. Підготовка правника до проходження служби в суді.**

1. Для здобуття практичних навичок після складання першого державного іспиту протягом двох років проводиться навчання на наступних обов'язкових службах та в представників юридичних професій:

- 1) судах цивільної юрисдикції;
- 2) судах кримінальної юрисдикції та прокурора;
- 3) судах адміністративної юрисдикції;
- 4) судах господарської юрисдикції;
- 5) органах публічної адміністрації (органах державної влади та органах місцевого самоврядування);
- 6) органах виборчої адміністрації, в яких є спроможність забезпечити реальну практичну підготовку правника;
- 7) адвоката;
- 8) нотаріуса.

2. Центральний орган виконавчої влади, що здійснює державну політику у сфері освіти і науки, може також встановлювати особливості здобуття правниками практичних навичок у судах адміністративної та господарської юрисдикції, а також у адвокатів, нотаріусів, юридичних службах юридичних осіб приватного права та юридичних компаніях, якщо вони гарантують належний рівень набуття практичних навичок правниками.

3. Набуття практичних навичок правником здійснюється принаймні протягом трьох місяців на кожній із обов'язкових служб та в представників юридичних професій, передбачених у частині першій цієї статті з урахуванням особливостей частини другої цієї статті. Навчання практичних навичок правника у адвокатів, нотаріусів, юридичних службах юридичних осіб приватного права та юридичних компаніях гарантується. Набуття практичних навичок правником становить не менше 90 кредитів ЄКТС.

4. За результатами конкурсного відбору на посаду судді або на вищі посади публічної адміністрації (органів державної влади та органів місцевого самоврядування) здійснюється зарахування відповідно на навчання у Національну школу суддів України та Національну академію державного управління. Строк підготовки не може складати менше десяти місяців.

**Стаття 47<sup>4</sup>. Державний іспит та доступ до правничої професії.**

1. Правнича професія є незалежною і самоврядною. На правника поширюються гарантії академічної свободи, незалежності, конфіденційності та вимоги добросовісності, компетентності, високих ділових і моральних якостей згідно із метою цього Закону. Успішне складання другого державного кваліфікаційного іспиту зі спеціальності «право» є вимогою для отримання доступу до посад в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, професійної діяльності у юридичних особах приватного права.

2. Державні та університетські іспити по праву окрім знання по теоретичним питанням та законодавству мають включати судову, адміністративну практики, а також навички, передбачені частиною четвертою статті 47<sup>2</sup> цього Закону. Іспити також включають іноземну мовну компетенцію. Необхідно забезпечити одноманітність вимог до іспиту та оцінку ефективності. Федеральний міністр юстиції і захист права споживачів мають право визначити відповідно до постанови, затвердженою Бундесратом ноти і масштаб точок для індивідуальних і загальних показників всіх тестів.

3. Право на складання першого державного кваліфікаційного іспиту мають особи, які завершили навчання у правничій школі, успішно засвоїли відповідну освітню програму згідно із частиною першою статті 47<sup>2</sup> цього Закону. Перший державний кваліфікаційний іспит включає письмову та усну складову для визначення рівня компетентностей правника, встановлених частинами 2, 3 статті 47<sup>2</sup> цього Закону. Частка усного іспиту не може складати більше 30 відсотків від загальних вимог першого кваліфікаційного іспиту.

4. Право на складання другого державного кваліфікаційного іспиту мають особи, які завершили навчання у правничій школі, успішно засвоїли відповідну освітню програму згідно із частиною першою статті 47<sup>2</sup> цього Закону, склали перший державний кваліфікаційний іспит і набули практичних навичок згідно із вимогами частин 1-3 статті 47<sup>3</sup> цього Закону. Програма складання другого державного кваліфікаційного іспиту окрім вимог для складання першого державного іспиту також включає програму щодо набуття практичних навичок. Частка усного іспиту не може складати більше 40 відсотків від загальних вимог першого кваліфікаційного іспиту. За результатами складання другого державного кваліфікаційного іспиту державною правничою екзаменаційною комісією ухвалюється рішення про присвоєння освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр права».

5. Повторне складання другого державного кваліфікаційного іспиту можливо лише один раз. Особливості повторного складання другого державного кваліфікаційного іспиту, зокрема, закінчення строку, визнання періодів навчання за кордоном, хвороби і залишку періоду дослідження і наслідки перерви у навчанні та здобутті практичних навичок, а також повторення державних іспитів для підвищення рівня кваліфікації правника, визначає центральний орган виконавчої влади, що здійснює політику у сфері освіти і науки.

6. Державна правничо екзаменаційна комісія створюється у кожній правничій школі та уповноважена державою проводити державні кваліфі-

каційні іспити зі спеціальності «право». Строк повноважень членів Комісії становить чотири роки. Особливості діяльності Комісії та гарантії її незалежності визначаються центральним органом виконавчої влади, що здійснює політику у сфері освіти і науки. Члени Комісії не можуть бути призначені (обрані) на посаду повторно. До державної правничої екзаменаційної комісії входять:

- 1) одна особа, призначена Міністром юстиції України;
- 1) одна особа, призначена керівником центрального органу виконавчої влади у сфері освіти і науки;
- 2) три особи із числа представників правничих шкіл, обрані академічним сенатом (вченою радою) правничих шкіл;
- 3) дві особи із числа суддів, обрані конференцією (зборами) суддів місцевого суду, юрисдикція якого поширюється територіально по місцезнаходженню відповідної правничої школи;
- 4) дві особи із числа адвокатів, обрані зборами регіональної асоціації адвокатів по місцезнаходженню відповідної правничої школи;
- 5) дві особи із числа представників юридичних служб юридичних осіб приватного права та юридичних фірм, які визнані самоврядними об'єднаннями представників правничих професій як місця набуття практичних навичок ;
- 6) особа із числа прокурорів, обрана регіональними зборами місцевих прокуратур по місцезнаходженню відповідної правничої школи;
- 7) особа із числа нотаріусів, обрана регіональними зборами місцевих нотаріусів по місцезнаходженню відповідної правничої школи.

7. Кожна особа, яка отримала кваліфікацію за спеціальністю «право» за результатами другого державного кваліфікаційного іспиту може стати суддею згідно з вимогами розділу IV цього Закону. Така особа згідно з частиною четвертою статті 47<sup>4</sup> та частиною другою статті 105 цього Закону має пройти підготовку у Національній школі суддів України.

#### **Стаття 47<sup>5</sup>. Забезпечення якості юридичної освіти.**

1. 3 метою забезпечення якості підготовки правників правничі школи забезпечують:

- 1) належний рівень змісту навчальних програм та практичної підготовки правників на основі визначених вимог щодо їх компетентності згідно із вимогами частин другої і третьої статті 47<sup>2</sup> цього Закону;
- 2) навчальний цикл принаймні з теорії та філософії права, конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, процесуального права та правосуддя має очолювати професор із визнаним рівнем авторитетності, добросовісності та високими моральними якостями;
- 3) щонайменше 20 відсотків від загального складу науково-педагогічних працівників правничої школи є представниками правничої професії із досвідом діяльності в правничій професії не менше 5 років, незалежно від наявності в таких осіб наукового ступеня, або представниками іноземних вищих навчальних

закладів, що викладають в правничій школі однією з офіційних мов Ради Європи, незалежно від наявності в таких осіб наукового ступеня;

4) правничі школи мають укладені договори з самоврядними об'єднаннями представників правничих професій для проходження здобувачами юридичної (правничої) освіти практичної підготовки під час навчання у правничій школі.

2. Правнича школа відповідно до висновку Національного агентства за якості може визнаватися як спроможною забезпечувати належну якість підготовки правників, якщо вона відповідає таким вимогам:

- 1) освітні послуги у правничій школі були ліцензовані відповідно до закону;
- 2) правнича школа отримала ліцензований обсяг на підготовку правників в межах освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр»;
- 3) правнича школа надає освітні послуги студентам в межах освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр» упродовж щонайменше одного року;
- 4) правила вступу до правничої школи чітко визначені, опубліковані і доступні;
- 5) правнича школа має необхідне фінансування і проходила незалежний фінансовий аудит;
- 6) правнича школа (її керівництво) бере на себе обов'язок розкрити всю необхідну інформацію і сприяти процесу оцінювання.

3. Стандарт освітньої діяльності для спеціальності «право» розробляє та затверджує Галузева експертна рада Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти».

2. Викласти статтю 70 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у такій редакції:

#### **«Стаття 70. Порядок добору та призначення на посаду судді.**

1. Добір та призначення на посаду судді здійснюється в порядку, визначеному цим Законом, та включає такі стадії:

1) рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про оголошення добору кандидатів на посаду судді з урахуванням прогнозованої кількості вакантних посад суддів;

2) розміщення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на своєму офіційному веб-сайті оголошення про проведення добору кандидатів на посаду судді; в оголошенні має бути зазначено кінцевий термін подання документів до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, що не може бути меншим ніж 30 днів із дати розміщення оголошення, а також прогнозована кількість вакантних посад суддів на наступний рік;

3) подання особами, які виявили намір стати суддею, до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України відповідної заяви та документів, визначених статтею 71 цього Закону;

4) здійснення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України перевірки відповідності осіб, які звернулися із заявою для участі в доборі, установленим цим Законом вимогам до кандидата на посаду судді на основі поданих документів;

5) допуск Вищою кваліфікаційною комісією суддів України осіб, які за результатами перевірки на час звернення відповідають установленим цим Законом вимогам до кандидата на посаду судді, до участі у доборі;

6) встановлення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України рішення щодо допуску осіб до конкурсу та їх оприлюднення на офіційному веб-сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

7) проведення стосовно допущених до конкурсу осіб спеціальної перевірки в порядку, визначеному законодавством про запобігання корупції, з урахуванням особливостей, визначених статтею 74 цього Закону;

8) проходження кандидатами, які успішно пройшли спеціальну перевірку, спеціальної підготовки у Національній школі суддів України; отримання свідоцтва про проходження спеціальної підготовки;

9) складення кандидатами, які пройшли спеціальну підготовку у Національній школі суддів України, кваліфікаційного іспиту та встановлення його результатів;

10) зарахування Вищою кваліфікаційною комісією суддів України кандидатів на посаду судді за результатами кваліфікаційного іспиту до резерву на заміщення вакантних посад судді, визначення їх рейтингу, оприлюднення списку кандидатів на посаду судді, включених до резерву та рейтингового списку, на офіційному веб-сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

11) оголошення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України відповідно до кількості вакантних посад судді у місцевих судах конкурсу на заміщення таких посад;

12) проведення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України конкурсу на заміщення вакантної посади судді на основі рейтингу кандидатів, які взяли участь у такому конкурсі, та внесення рекомендації Вищій раді правосуддя щодо призначення кандидата на посаду судді;

13) розгляд Вищою радою правосуддя рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та ухвалення рішення щодо кандидата на посаду судді;

14) видання указу Президента України про призначення на посаду судді – у разі внесення Вищою радою правосуддя подання про призначення судді на посаду.

2. Добір кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, проводиться з особливостями, визначеними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

3. Професори права за своїм статусом прирівнюються до суддів відповідно до мети цього Закону.»

3. Виключити статтю 73 із Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

4. Додати до статті 105 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» частину другу такого змісту:

«2. За результатами конкурсного відбору Національна школа суддів України здійснює протягом року підготовку в якості суддів осіб, які пройшли кон-

курсний відбір на підставі пункту 8 частини першої статті 70 цього Закону. Програма підготовки для суддів у Національній школі суддів має включати здобуття компетентностей щодо інтерпретації загальних принципів права при ухваленні судових рішень, оцінки доказів та доказування у ході судочинства, методиці написання та обґрунтування судових рішень, вирішення юридичних спорів згідно із міжнародно визнаними стандартами захисту прав людини і основоположних свобод, навичок доброчесності і належного здійснення правосуддя, комунікації при здійсненні правосуддя».

Adams Maurice. Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy? *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. Vol. 66 (2006). S. 399–414.

Alexy R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010. Vol. 23. № 2. P. 167–182.

Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. № 3. P. 572–590.

Aman Alfred C. *Administrative Law in a Global Era*. Cornell University Press, 1992. 207 p.

Andre Kaiser, Matthias Lehnert, Bernhard Miller and Ulrich Sieberer. The Democratic Quality of Institutional Regimes: a Conceptual Framework. *Political Studies*: 2002 Vol. 50, 313–331.

Appelbaum Richard P., Robinson William I. *Critical Globalization Studies*. Psychology Press, 2005. 488 p.

Baker E. Thomas. 2004. Constitutional Theory in a Nutshell, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 57.

Barak A. *Judicial Discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989. 270 p.

Berman H. The Rule of Law and Law-Based State (Rechtsstaat), with special Reference to the Soviet Union. *Toward the "Rule of Law" in Russia: Political and Legal Reform in the Transition Period*. Ed. by Donald D. Barry. Rutledge, 1992. 500 p.

Bogdandi Armin von, Goldmann Matthias. Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationale öffentliche Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2014. Vol. 73. S. 61–104.

Bogdandy von A., Haussler S., Hanschmann F., Utz R. State-Building, Nation-Building, and Constitutional Politics in Post-Conflict Situations: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approach. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2005, Vol. 9, p. 579–613.

Borella Francois. The Weakening of the political will of the Central State in Europe. *The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21<sup>st</sup> century*. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1998, p. 136.

Brants C. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010. Vol. 14.

Brugger W. Concretization of Law and Statutory Interpretation. *Tulane Europe-an and Civil Law Forum*. 1996. № 11.



Buchanan J. *Liberty, Market and the State: Political Economy in the 1980s*. New York: New York University Press, 1986. 278 p.

Cebrowski A., Garstka J. *Network-Centric Warfare: Its Origin and Future. Proceedings*. 1998, Jan.

Dahl Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*. 1957. № 6.

Daniel E. (Ed.) *Constitutional Values: Governmental Power and Individual Freedom*. Hall: John Feldmeier. 2008.

*Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch von Reinhold Zippelius und Thomas Wuertemberger*. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. – München: Verlag C.H. Beck München, 2005.

Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London, 1924.

Dyzenhaus D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press, 2006.

Edley Ch. The Governance Crisis, Legal Theory, and Political Ideology. *Duke Law Journal*. 1991. No. 3., P. 561-606.

Eppler E. *Politichi di Nazionale developmento, politicale transizionale societico*. N.Y., 2003.

Fassbender B. Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *EuGRZ* 2003, № 2.

Fossum, John Erik and Menendez, Augustin Jose. *The Constitutional Gift : a constitutional theory for a democratic European Union*. Plymouth : Published by Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011.

Freeman A.C. *A Treatise of the Law of Judgments*. 5<sup>th</sup> ed. Oxford, 1925.

Giovanni Sartori. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*. 1962. Vol. 56. № 4 P. 853-864.

H.R.3364 – Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act, 115<sup>th</sup> Congress (2017-2018) URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/3364/text#toc-H3420FDCB95BC4483B63B45D6E38E3C66>

Habermas J. *Between facts and Norms: contribution to discourse theory of law and democracy* Cambridge: MIT Press, 1998. 675 p.

Habermas J. Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 1.

Habermas J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. B.I. Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1987.

Habermas J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1992. 704 s.

Jakab A., Sonnevend P. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 72. P. 81–85.

Kiestra L.R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer Publishing, 2014. 329 p.

Kiiver Ph. German Participation in EU Decision-Making after the *Lisbon Case*: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 8. P. 1287–1296.

Kjaer F. Poul. The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective. In: Christian Jorges, Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization - New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo: Arena, 2011. P. 285–231.

Klima K. *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen : Ales Cenek, 2008.

Kommers Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> Ed. Durham and London : Duke University Press, 1997. 627 p.

Larry A. (Ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundation*. New York : Cambridge University Press, 1998. 319 p.

Lijphart A. Consociational Democracy. *World Politics*. Vol. 2. №. 2. (Jan., 1969). P. 207–225.

Marshall T.H., *Citizenship and Social Class and Others Essays*. Cambridge at University Press, 1964. 85 p.

Martinico Giuseppe & Pollicino Oreste. *The Interaction between Europe's Legal System. Judicial Dialogue ant the Creation of Supranational Law*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2012. 272 p.

Marxsen Ch. The Crimean Crisis. An International Law Perspectives.. 2014. Vol. 74. S. 367-391.

Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1394 p.

Monaghan Andrew. Putin's Way of War. The 'War' in Russia's 'Hybrid Warfare', *Parameters* 45(4) Winter 2015-16, 65–74.

Olson, Mancur. Dictatorship, Democracy, and Development. *American Political Science Review*. 1993. № 3. P. 567-576.

Pernice Ingolf. La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht*. 2010. № 70. S. 51–71.

Pernice Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 15. # 3. 2009. P. 349–407.

Petersen Niels. *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge University Press, 2017. 258 p.

*Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. By David Stark and Laszlo Bruszt. Cambridge University Press, 1998. 300 p.

Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger (Auf.). *Deutsches Staatsrecht*. Ein Studienbuch von. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. Verlag C.H. Beck Muenchen, 2005. S. 58-63.

Rhodes R.A.W. *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Philadelphia, US, Open University Press, 252 p.

Richers D. Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? *Zeitschrift fuer auslaendishes oeffentliches Rechts und Voelkerrecht*. 2007. № 67. S. 509 – 540.

Rosenberg Michel and Sajo Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Rosenoer Jonathan, *CyberLaw. The Law of the Internet*, New York: Springer, 1997.

Santos Boaventura de Souza. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Cambridge University Press, 2002. 565 p.

Schuelze Robert. *European Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2013. liii+484 p.

Sciulli David. *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of Non-Marxist Critical Theory*. Cambridge University Press, 1992. 380 p.

Shorkopf F. European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 10. P. 1219–1240.

Sinai Yuval. Reconsider Res Judicata: A Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2011. Vol. 21. P. 353-401.

Spykman Nicholas John. *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books, 1970. 500 p.

Stack Kevin M. An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State. *Columbia Law Review*. Vol. 115. No. 7.

Suszycka-Jasch M., Jasch H.-C. The Participation of the German Lander in Formulating German EU-policy. *German Law Journal*. 2009. Vol. 10. No 9. P. 1215–1256.

Sutyagin I. *Russian Forces in Ukraine*. Royal United Services Institute. 10 p.

Szalai E. Integration of Special Interests in the Hungarian Economy: The Struggle Between Large Companies and the Party and State Bureaucracy. *Journal of Comparative Economics*. Vol.15. 1991. P.290–303.

*Ten Years of Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*. Lublin, 2001. 447 p.

Teubner Guenter. 'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society. In: *Global Law without a State*. Ed. by Guenter Teubner. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.

Thornton Rod (2015) The Changing Nature of Modern Warfare, *The RUSI Journal*, 160:4, 40–48, DOI: 10.1080/03071847.2015.1079047

Tomuschat Chr. International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century, General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*. 1999. № 25.

Turpin Colin and Tomkins Adam. *British Government and the Constitution*. Sixth Ed. Cambridge University Press, 2007.

Van de hole Leo. Anticipatory Self-Defence Under International Law. *American University International Law Review* 19, №. 1 (2003): 69–106.

Voeneky S.N.U. Response – The Fight against Terrorism and the Rules of International Law – Comment on Papers and Speeches of John B. Billinger, Chief Legal Advisor to the United State Department. *German Law Journal*. 2007. Vol. 08. №. 07. P. 747–760.

Wang Y.X. Contextualizing Universal Human Rights: An Integrated Human Rights Framework for ASEAN. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2015. Vol. 25. P. 385-426.

Августин Блаженный. О граде Божием. Минск : Харвест; М. : АСТ, 2000. 548 с.

Авер'янов В.Б. (ред.) *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту*. Київ: Наукова думка, 2007. 587 с.

Автономов В.С. *Модель человека в экономической науке*. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 1997. 232с.

Аллан Т.Р.С. *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права*. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 385 с.

Гальперина П.Л. Понятие правовой системы в контексте теории правового аутопойезиса. *Правоведение*. 2005 . № 6. С. 160 – 179.

Аннерс Э. *История европейского права*. Москва: Наука, 1994. 398 с.

Баймуратов М.А., Батанов А.В. (ред.) *Курс конституционного права Украины. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права*. Харьков: Одиссей, 2008.

Барак А. *Судейское усмотрение*. Москва: Изд-во НОРМА, 1999. 376 с.

Бек У. *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія*. Київ: Ніка-Центр, 2015. 404 с.

Береза А.В. *Реформування публічної влади: сучасні концепції та політична практика*. Київ: Логос, 2012. 360 с.

Берман Гарольд Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*. 2-е изд. Москва: изд-во МГУ – издательская группа ИНФРА-НОРМА, 1998.

Бжезінський З. *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис, 2012. 168 с.

Бирмонтене Т., Ярацюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Выпуск 2 (40) – 3 (41). 2008. С. 70 – 245.

Бігун В.С. *Філософія правосуддя: ідея та здійснення*. Київ, 2011. 330с.

Бітем Д. (ред.) *Визначення і вимірювання демократії*. Львів: Літопис, 2005.

Богданди фон Арним. Конституціоналізм в міжнародному праві: коментарії к предложению Германии. *Дайджест публичного и международного права*. 2012. Вып. 1. № 2. С. 219–238.

Богданди фон Арним. Демократія, глобалізація, майбутнє міжнародного права: общий обзор. *Дайджест публичного права и международного права*. 2014. № 14. С. 167–199.

Бринцев В. Д. *Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади*. Харків : Право, 2010. 464 с.

Буткевич В. Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу. *Право України*. 2012, №3-4. С. 12–20.

Валлерстайн И. *Мир-система Модерна*. Том I. Капиталистическое сельское хозяйство и истоки европейского мира-экономики в XVI веке. Москва: Русский фонд содействия образованию и науке, 2015. С. 552

Водяніков О. Судова влада та конституційна юстиція покликані бути головним запобіжником проти мажоритарного фатуму демократії. *Європейські перспективи*. 2015. № 5. С. 196–199.

Войтович Р.В. *Вплив глобалізації на систему державного управління (теоретико-методологічний аналіз)*. Київ: вид-во НАДУ, 2007.

Волошин Ю. *Конституційне забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти*. Київ: Логос, 2010. 428 с.

Габермас Ю. *Залучення іншого: Студії з політичної теорії*. Львів : Астролябія, 2006. 415 с.

Габермас Ю. До реконструкції історичного матеріалізму. Київ: Дух і Літера, 2014. С.320

Гарлицкий Л.Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1.

Гарт Х. Л.А. *Концепція права*. Київ: Сфера, 1998. 236 с.

Головатий С.П. Верховенство права: у 3 книгах. К.: Фенікс, 2006.

Горбещь К. Аксиосфера права як філософсько-правова категорія. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 67. С. 178-186.

Горячов Д. *Система надзвичайних засобів захисту конституції*: дис... к.ю.н. Ужгород: ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2017. 180 с.

*Государственное право Германии*. Москва: ИГП РАН, 1994. Т- 2.

Гроций Г. *О праве войны и мира: Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права*. Москва: науч.-изд. центр «Ладомир», 1994. 867 с.

Гузін Д. У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи. Київ: Ай Бі, 2003.

Гьофе О. *Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу*. Київ: Альтерпрес, 2003. 264 с.

Гьофнер Й. *Християнське суспільне вчення*. Львів : Свічадо, 2002. 304 с.

Госепат Штефан, Ломанн Георг (ред.). *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр, 2008. 320 с.

Дайси А.В. *Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции*. Издание второе. Москва, 1907. 671 с.

Даль Р. *Демократия и ее критики*. Москва: РОССПЭН, 2003. 576 с.

Дарден Кейт Шантаж как орудие государственного господства: Украина при Кучме. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. № 3 (36). 2001.

Дарендорф Р. Либерализм. Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.). *Экономическая теория*. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 475–480.

Дворкін Р. *Серйозний погляд на право*. Київ: Основи, 2000. 520 с.

Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. *Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування*. Київ – Будапешт, 1997.

Домрин А. Конституционное регламентирование вопросов обороны и использования вооруженных сил в государствах Европы. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3 (48). С. 127–135.

Доннелл Дж. *Права людини у міжнародній практиці*. Львів: Кальварія, 2004. 279 с.

Ева Томпсон. *Трубадури імперії: Російська література і колоніалізм*. Київ: вид-во Соломії Павличко «Основи», 2006. 368 с.

Ернандо де Сото. *Загадка капіталу. Або чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше?* Київ: Ніка-Центр, 2009.

Євтошук Ю.О. *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*: дис... к.ю.н. Київ, 2015. 214 с.

Задорожній О.В. *Міжнародне право в міждержавних відносинах України і Російської Федерації 1991 – 2014*. Київ: К.І.С., 2014. 960 с.

Зайберт-Фор А., Вольфрум Р. Осуществление минимальных международно-правовых стандартов в отношении транснациональных корпораций на внутригосударственном уровне. *Дайджест публичного права и международного права*. 2012. № 1. С. 29-69.

*Запрещение дискриминации в рамках Европейской конвенции о защите прав человека (статья 14)* : Руководство для юристов. Страсбург: Interights, 2009. 127 р.

Изензее И., Кирххоф К. (ред.) *Государственное право Германии*. В 2-х т. Т- 2. Москва: ИГП РАН, 1994.

Кампо В., Савчин М., Сергиенко Н. Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года и Конституционный Суд Украины (отдельные аспекты международно-конформного толкования Конституции Украины). *Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь*. 2010. № 3.

Кант И. *Основы метафизики нравственности*. Изд. 3-е. Санкт-Петербург: Наука, 2007. 1471 с.

Кант І. *Обґрунтування метафізики моралі*. Київ: Основи, 2006.

Карл Шмитт. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 15-98.

Кельзен Ганс. *Чисте правознавство*. Київ: Юніверс, 2004. 496 с.

Кент Роч. Антитероризм та воинственная демократия. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2002. № 2(47) , 3(48).

Кляйн Ханс Х. Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству. *Государство и право*. 1999. №8.

Ковлер А.И., Чиркин В.Е., Юдина Ю.А. (ред.) *Сравнительное конституционное право*. Москва: Манускрипт, 1996.

Козюбра М.І. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 4. С. 24—32.

- Козюбра М., Лисенко О. Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф. *Українське право*. 2003. Число 1. С. 7–16.
- Козюбра М.І. (ред.) *Загальна теорія права*. Київ: Ваїте, 2015. 392 с.
- Колодій А.М., Олійник А.Ю. *Права людини і громадянина в Україні*. К.: 2004.
- Коуз Ричард. *Фирма, ринок и право*. Москва: Новое издательство, 2007. 224 с.
- Крусян А.Р. *Сучасний український конституціоналізм: теорія і практика*. Дис... д.ю.н. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2010. 546 с.
- Кун Томас. *Структура научных революций*. Москва: ООО «Издательство АСТ», 2002. 608 с.
- Кутафин О.Е. *Предмет конституционного права*. Москва: Юристъ, 2001.
- Ладер К.-Х. Теория аутопоззиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений). *Правоведение*. 2007. № 1. С. 13–42.
- Лекція Старшого судового лорда Т. Бінгема. *Верховенство права*. Громадська організація «Центр верховенства права». Дніпропетровськ, 2015.
- Леони Б. *Свобода и закон*. Москва: ИРИСЭН, 2008. 308 с.
- Лок Дж. *Два трактата про врядування*. Київ: Основи, 2001. 264 с.
- Луман Н. *Общество как социальная система. Общество общества*. Москва: Логос, 2004. 232 с.
- Луман Н. *Общество общества. IV. Дифференциация*. Москва: Логос, 2006. 320с.
- Луць Л.А. *Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України*. Київ: ІДП НАНУ, 2003. 304 с.
- Малова Д. Конституционный суд в Словакии: политический взгляд. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* № 1(30). 2000.
- Мандрікова К.О. *Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування* : дис... к.ю.н. Харків: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2015. 196 с.
- Маркксен К. Крымский кризис с точки зрения международного права. *Дейджест публичного права и международного права*. 2014. № 2. С. 201–230.
- Мартиненко П.Ф., Кампо В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер, 2013.
- Медушевский А.Н. *Теория конституционных циклов*. Москва: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2005. 574 с.
- Мизес фон Л. *Индивид, рынок и правовое государство*. Санкт-Петербург: Пневма, 1999. 196 с.
- Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение*. 2000. №1.
- Монтескье Ш.–Л. *О духе законов*. Москва: Мысль, 1999. 672 с.

Нерсисянц В.С. *Политико-правовые ценности: история и современность*. Москва: Эдиторал УРСС, 2000.

Олсон Мансур. *Логика коллективных действий. Общественные блага и теория групп*. Москва: Фонд Экономической Инициативы, 1995. 174 с.

Остром Э. *Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности*. Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2010. 447 с.

Панов М.І., Герасіна Л.М. (ред.) *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність*. Київ: Ін Юре, 2005. 382 с.

Патнам Роберт Д. та ін. *Творення демократії. Традиції громадської активності в сучасній Італії*. Київ: вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 302 с.

Петражицкий Л.І. *Введение въ изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии*. Изд. 3-е. Санкт-Петербург : Типографія Ю.Н. Эрлихъ, 1908. – iv+266 с.

Погребняк С.П. *Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів*. Вісник Академії правових наук України. 2005. № 4.

Погребняк С.П. *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. Харків: Право, 2008. 240 с.

Погребняк С.П. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 1(44). С. 26-36.

Погребняк С.П. *Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання*. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 1(72). С. 44-56.

Поппер К. *Логика социальных наук. Эволюционная эпистемология и логика социальных наук: Карл Поппер и его критики*. Москва: Эдиториал УРСС, 2000. 464 с.

Поппер К. *Відкрите суспільство та його вороги*; в 2 т. Т- 1. Чари Платона. Київ, 1994. 444 с.

Проблеми конституційного транзиту в Україні. Яблонський В.М., Янішевський С.О. (ред.) *Аналітична доповідь*. Київ: Національний інститут стратегічних досліджень, 2011.

Пферсманн О. Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 1(58). С. 121–127

Пчелинцев С. Пределы возможных ограничений прав и свобод граждан в условиях правовых режимов в государствах Восточной Европы, СНГ и Балтии: сравнительный анализ. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3(48). С. 136–152.

Рабінович П. М. *Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень)*. Харків: Право, 1997. 64 с.

Рабінович П.М. (гол. ред.) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ, 2006. 280 с.

Рабінович П.М. (ред.) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ, 2006. 280 с.



- Рабінович П.М., Хавронюк М.І. *Права людини і громадянина*. Київ, 2004.
- Радбрух Г. П'ять хвилин філософії права. *Проблеми філософії права*. 2004. Том II. С. 95–97.
- Радченко О.В. *Ціннісна система суспільства як механізм демократичного державотворення*. Харків: вид-во ХарРІ НАДУ «Магістр», 2009.
- Речицький В.В. *Политический предмет конституции*. Київ: Дух і Літера, 2012. 728 с.
- Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент. *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. 2014. № 2. С. 285–324.
- Рижков Г. *Принцип правової держави в Основному законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального конституційного суду ФРН*. Київ: Книги для бізнесу, 2008. 112 с.
- Розанвалон П. *Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність*. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. 286 с.
- Ролз Дж. *Теорія справедливості*. Київ.: вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.
- Савчин М. В. *Конституціоналізм і природа конституції*. Ужгород: «Ліра», 2009. 372 с.
- Савчин М.В. Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму. *Філософія права та загальна теорія права*. 2015. № 1–2. С. 178–195.
- Савчин М.В. Конституційний Суд України та реалізація Конституції України. *Публічне право*. 2015. № 1. С. 9–17.
- Савчин М.В. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод. *Вибори та демократія*. 2008. № 2 (16). С. 21–28.
- Савчин М.В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід*. Ужгород : Мистецька лінія, 2008. 348 с.
- Савчин М.В. *Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації*: дис... д.ю.н. Київ: Національний університет внутрішніх справ, 2013. 564 с.
- Савчин М.В. Права людини у світлі конституційної реформи. *Український часопис міжнародного права*. 2015. Спецвипуск. Конституція України та міжнародне право. С. 69–78.
- Савчин М.В., *Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права*. [в:] Шемшученко Ю.С., Губерський Л.В., Гриценко С. *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*. Київ: Логос, 2006. С. 136–144.
- Савчин М.В., Особливості синтетичної методології досліджень конституційних явищ і процесів. [в:] Шемшученко Ю.С., Батанов О.В.(ред.) *Актуальні проблеми сучасного конституційного права України*. Київ. : вид-во «Юридична думка», 2014. С. 353–362.

Санстейн К.Р. Легитимность конституционных судов: заметки о теории и практике. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 1997. № 2(17). С. 31–33.

Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структури, мотивів і результатів*: пер. з 2-го англ. вид. К.: АртЕк, 2001.

Скомороха В.Є. *Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики*. Київ: МП Леся, 2007. 715 с.

Сміт Ентоні. *Нації та націоналізм у глобальну епоху*. Київ: Ніка-Центр, 2013. 278 с.

Собота К. *Принцип правової держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти*. К.: ВАІТЕ, 2013. 608 с.

Сорокин П. *Социология революции*. Москва: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН). 2004.

Стецюк П. Б. *Основи теорії конституції та конституціоналізму*. Львів: Астролябія, 2003. Ч.1. 231 с.

Стігліц Дж. *Глобалізація та її тягар*. Київ: видавничий дім «КМ Академія», 2003. 252 с.

Стрельцова О.В. *Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом*, Київ: Правова єдність, 2017. 532 с.

Таманага Б. *Верховенство права: Історія. Політика. Теорія*. Київ: Києво-Могилянська академія, 2007.

Танчев Е. Верховенство конституции в контексте конституционного плюрализма. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4.

Танчев Е. Возникающий наднациональный конституционализм и современные системы конституционного контроля. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 4.

Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2. С. 28 – 36.

Тодыка Ю.Н. *Конституция Украины – основной закон государства и общества: учебн. пособие*. Харьков: Факт, 2001.

Токвіль Алексіс де. *Давній порядок і революція*. Київ: Юніверс, 2000. 224 с.

Тропер М. Реалистическая теория толкования. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 1. С. 136-143.

Уитц Р., Шайо А. Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 2 (59). С.79 – 124.

Устименко В.А. (ред.). *Конституційні засади економічної системи України*. Донецьк: Юго-Восток, 2011. 219 с.

Франкенберг Гюнтер. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение. *Сравнительное конституционное право*. 2004. № 3. С. 6 –76; № 4. С. 95–112.

Фукуяма Ф. *Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке*. Москва: АСТ, 2006. 221 с.

Фуллер Лон Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту. *Правоведение*. 2005. № 6. С. 124–159.

Хабермас Ю. Кризис Европейского Союза в свете конституционализации международного права (Эссе к вопросу о конституции Европы). *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. 2013. Вып. 2. С. 1–55.

Хайек Ф. А. фон. *Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва, 2006. 643 с.

Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали. *Правоведение*. 2005. № 5. С. 104–136.

Хасебе Я. Конституционные заимствования и политическая теория. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4 (53). С.81-92.

Хессе К. *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс. 1981.

Циппелиус Р. *Філософія права*. Київ: Тандем, 2001.

Циппелиус Р. *Юридична методологія*. Київ: Реферат, 2004. 176 с.

Шайо А. *Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма)*. Москва: Юристь. 1999.

Шаповал В.М. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії. *Право України*. 1998. №3.

Шевчук С.В. Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції. *Право України*. 2013. № 9.

Шевчук С.В. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 1. С. 69–76.

Шевчук С.В. *Основы конституційної юриспруденції*. К. : Український центр правничих студій, 2001. 294 с.

Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006.

Шевчук С.В. *Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини в контексті західної правової традиції*. Вид. 3-тє., Київ: Реферат, 2010. 848 с.

Шевчук С.В. *Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: дис... докт. юрид. наук..* Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2008.

Шемшученко Ю.С. (ред.) *Український парламентаризм: минуле і сучасне*. Київ, 1999. 367 с.

Шемшученко Ю.С., Бабкін В.Д., Горбатенко В.П.(ред.) *Політологічний енциклопедичний словник*. 2-е вид. Київ: Генеза, 2004.

Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. *Законотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом*. 2005. Вип. 4. С. 79–98.

Шмитт К. *Политическая теология*. Четыре главы к учению о суверенитете. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 15–98.

Шмідт-Ассманн Г. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права*. Вид. 2-е. Київ: вид-во «К.І.С.», 2009. 552 с.

Щербанюк О.В. *Народний суверенітет і реалізація владноспроможності демократичної держави*. Київ: Логос, 2013. 306 с.

Экштайн К. *Основные права и свободы*. М., 2004.

Яковюк І. В. *Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз*. Харків: Право, 2013. 760 с.

Автономія приватна 21, 283  
Адміністративне право 28  
Активізм судовий 75, 112  
Алексі, Роберт 316  
Аллан, Тревор 227  
Анексія 16, 175  
Антропологізм 25  
Апеляція 255  
Аутопоезис 32, 348, 354  
Барак, Аарон 256  
Богданді фон, Арнім 49  
Будапештський меморандум 388  
Б'юкенен, Джеймс 32  
Веймарський синдром 178  
Венеційська комісія 376  
Верифікація 26  
Верховенство конституції 68, 75  
Верховенство права 23, 35, 75, 256, 376  
Вестфальська система 373  
Виконавча влада 115, 211  
Вірність конституції 19, 119, 137  
Воєнний стан 204  
Втручання у приватну автономію 27, 138, 283  
Габермас, Юрген 123, 170, 179, 372  
Гаек фон, Фрідріх Август 32  
Гарантії прав людини 68, 299  
Гарт, Герберт Ліонел Адолфус 118, 177  
Генеральна Асамблея ООН 315  
Герменевтика юридична 18, 33, 76  
Гетерархія 44, 346  
Гідність людини 18, 23, 41, 146, 276, 368  
Глобалізація 60, 352, 373  
Глобальне право 62, 352, 363  
Глобальний конституціоналізм 367  
Гобс, Томас 24  
Горизонтальний ефект 28, 246  
Громадянське суспільство 44  
Гроцій, Гуго 93  
Дайсі, Алберт Венн 49, 376  
Даль, Роберт 123  
Дворкін, Рональд 57, 229  
Декларація Ріо 146  
Деконцентрація влади 92  
Делегування повноважень 56, 64  
Деліберативна демократія 187  
Демократія 373  
Держава 19, 26, 317  
Державно-правова ідентифікація 51  
Дерогація 199  
Детермінізм 25, 29  
Децентралізація 114, 144  
Динамічне тлумачення 169, 233  
Дисконтинуїтет 20, 104  
Диференціація 144, 279  
Дністрянський, Станіслав 70  
Догматичне тлумачення 232  
Доречність заходів 32, 34  
Економічна війна 210  
Економічна система 32  
Екстраординарні обставини 183  
Європейський Союз 51, 67, 179, 371  
Європейський суд з прав людини 65, 181, 315, 377  
Єдність судової практики 195, 206, 219  
Законність 28, 292  
Законодавство 55, 188, 287, 306  
Захист конституції 9, 175  
Заходи 26, 35  
Ідентичність конституційна 18, 56, 143  
Ієрархія 118, 346  
Інженерія конституційна 45  
Інновації конституційні 19, 143  
Інтеграція 19, 31, 152, 352  
Інтернаціоналізація 66  
Інтерпретація конституції 260  
Інформаційна війна 213  
Кант, Імануїл 182  
Касація 255  
Кейнс, Джон Мейнард 28, 31  
Кельзен, Ганс 37  
Кібервійна 212  
Кліма, Карел 157  
Козюбра, Микола 97  
Компаративне дослідження 31

- Конвергенція 383  
 Конкретизація конституції 29  
 Конституційна реформа 108  
 Конституційна скарга 265  
 Конституційна юстиція 19  
 Конституційне право 61  
 Конституційне судочинство 134  
 Конституційний контроль 28, 73, 112, 128, 159, 317  
 Конституційні цінності 29, 127, 175, 362  
 Конституціоналізація 62, 362  
 Конституціоналізм 16, 25, 55, 81  
 Континуїтет 19, 100  
 Коуз, Рональд 26  
 Кун, Томас 35, 167  
 Легальність 132  
 Легізм 69, 266  
 Легітимність 30, 63, 70, 123, 293, 372  
 Леоні, Бруно 32  
 Лібералізм 31, 127, 168, 225  
 Ліберальна демократія 142  
 Лок, Джон 192  
 Луман, Ніклас 368  
 МВФ 33, 146  
 Медушевський, Андрій 29  
 Мереживо-центрична влада 48, 342, 350, 383  
 Методологія конституційного права 24, 53  
 Міждисциплінарність 18, 26  
 Міжнародний кримінальний суд 215  
 Міжцивілізаційний діалог 63  
 Мізес фон, Людвіг 32  
 Місцеве самоврядування 80, 160  
 Міхелс, Роберто 119  
 Мондіалізм 63  
 Монтеск'є, Шарль-Луї 69  
 Надзвичайний стан 194, 202  
 Наднаціональність 18, 115, 374, 385  
 Належна правова процедура 322  
 Нацизм 92  
 Націоналізм 352, 374  
 Національна держава 61, 351  
 Національні інтереси 19, 61, 351, 368  
 Негативні обов'язки 123, 198, 266  
 Нейтральність судова 151  
 Нормативність конституції 31  
 Обов'язок захисту 21, 279  
 Обґрунтовані (правомірні) очікування 301, 333  
 Обмеження прав людини 189, 291  
 ОБСЄ 65  
 Окупація 215  
 Олсон, Мансур 121  
 ООН 63, 146, 375  
 Оріховський, Станіслав 85  
 Остром, Еленор 120  
 Парламентаризм 19, 61, 159  
 Парламентський контроль 159, 201, 288, 307  
 Патнам, Роберт 25, 72  
 Перніце, Інґвар 115  
 Петерсен, Нільс 226  
 Петражицький, Леон 124  
 Плюралізм правовий 17, 29, 47, 143  
 Поділ влади 28, 286  
 Позитивні обов'язки 201  
 Політичне питання 49  
 Політичні права 78  
 Поппер, Карл 26, 145  
 Порівняльне конституційне право 18, 56, 331  
 Постколоніальний синдром 144, 362  
 Постмодернізм 127, 168  
 Права і свободи людини 27, 41, 145, 225, 264, 273  
 Правило визнання 172, 280  
 Право людства на розвиток 137  
 Правова визначеність 83, 300, 378  
 Правова держава 29, 258  
 Правове регулювання 28, 287, 306  
 Правовий захист конституції 20  
 Преюдиціальний запит 268  
 Приватне життя 38, 74, 138  
 Приватне право 41  
 Принципи права 18, 224, 229  
 Пропорційність 205, 225, 283, 296, 324  
 Протекціонізм 35  
 Пряма дія конституції 171, 243  
 Публічна влада 21  
 Публічне право 26  
 Рада Безпеки ООН 63  
 Радбрух, Густав 176  
 Радянський Союз 211  
 Реалізація конституції 156  
 Революція 90  
 Регіоналізм 31,  
 Релятивізм 63  
 Речицький, Всеволод 191  
 Рівність 28, 33, 275

- Розенберг, Мішель 46, 206  
 Ролз, Джон 26, 125  
 Російська Федерація 211  
 Руссо, Жак-Жан 49  
 Санстейн, Кес 164  
 Сарторі, Джованні 46, 120  
 Світове суспільство 365, 372  
 Світовий Банк 146  
 Свобода 28, 274, 371  
 Свобода розсуду 138, 307  
 Сецесія 174  
 Синергетика 28  
 Синтетизм 24, 30  
 Скаліа, Антонін 226  
 Сміт, Ентоні 373  
 Солідаризм 225  
 Сото де, Ернандо 32  
 Соціальні права 287, 331  
 Соціетальний конституціоналізм 32, 343  
 Справедливість 123, 378  
 Стан війни 193, 204  
 Стан економічної необхідності 159  
 Стохастика 24, 29  
 Субсидіарність 29, 66, 305, 390  
 Суверенітет 28, 183, 342, 367  
 Суд ЄС 70, 219, 307  
 Суддівський розсуд 162, 255  
 Судова влада 21, 28, 224  
 Судова практика 21, 28, 249, 387  
 Судовий контроль 20, 29  
 Сутнісний зміст права 21, 27, 280  
 Таманага, Браян 74, 314, 376  
 Теорія ігор 29, 71  
 Тероризм 207  
 Територіальна цілісність 62, 183, 351  
 Тест Радбруха 177  
 Тлумачення конституції 78  
 Тойбнер, Гюнтер 43, 115  
 Томушат, Крістіан 352, 375  
 Традиція конституційна 73, 90  
 Транснаціональні корпорації 31, 211  
 Транснаціональність 18  
 Унітаризм 167  
 Установча влада 72, 90, 133  
 Фальсифікація 26  
 Федералізм 68, 144, 374  
 Фрагментація 69  
 Франкенберг, Гюнтер 52  
 Фукуяма, Френсіс 32  
 Фуллер, Лон 177  
 Функціоналізм 50  
 Циппеліус, Райнгард 36, 172  
 Шайо, Ондраш 49, 206  
 Шевчук, Станіслав 89, 166, 205, 227, 240  
 Шмідт-Ассманн, Ебергардт 32, 139, 300  
 Шмітт, Карл 119, 178  
 Юридична техніка 54, 300  
 Юриспруденція конституційна 24  
 Amparo 60  
 Civitas 195  
 Commonwealth 195  
 Courtesy rules 156  
 Deliberative democracy 45  
 Due process of law 232  
 Good administration 97  
 Habeas corpus 60, 207  
 Imperium 101  
 Institutional capacity 207, 368  
 Jurisprudence constante 262  
 Jus ad bellum 180  
 Jus cogens 26  
 Kingdom 29  
 Legal Bukovina 29  
 Lex Mercatoria 31, 386  
 Magna Carta libertarum 84  
 Mandamus 255  
 Militant democracy 137, 186  
 Military justice 206  
 Net of Public Powers 60  
 Politeia 29  
 Opinio iuris doctorum 74, 145  
 Overruling 88, 130  
 Rechtsstaat 317  
 Res judicata 143, 351  
 Responsa prudentium 82, 145  
 Rule of law 108, 380  
 Sovereignty of Parliament 108, 364  
 Stare decisis 128  
 State 29  
 Supranational power 87  
 Sustainable development 32  
 Third Parties Effect 41  
 Ultra vires 62  
 Verfassungsbeschwerde 60  
 Very essence of the right 225  
 Welfare state 32, 370

Наукове видання

**Михайло САВЧИН**

*Монографія*

Коректура Т.М. Алексєєва

Технічна редакція: Я.Я. Фоменко, М.І. Ільканич

Комп'ютерна верстка Р.С. Кокіної

Підписано до друку 10.04.2018. Формат 60x84/16. Умов.друк.арк. 25,6.  
Гарнітура Muirad Pro. Папір офсетний. Зам. №809. Наклад 300 прим.

Оригінал-макет виготовлено та віддруковано:  
ТОВ «РІК-У», 88000, м. Ужгород, вул. Гагаріна, 36  
*Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №5040 від 21.01.2016 р.*