

М.В. Савчин

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ І ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЇ

ББК 67.9 (4 УКР) 300.1
УДК 342.4 (477)
С 13

Рецензенти:

Баймуратов М.О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Маріупольського державного гуманітарного університету

Марцеляк О.В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного та міжнародного права Харківського національного університету внутрішніх справ

Фрицький Ю.О., доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Вільного міжнародного університету розвитку людини «Україна»

*Рекомендовано до друку Вченою радою
юридичного факультету Ужгородського національного університету.
Протокол № 4 від 23 квітня 2009 р.*

Савчин М.В.

С13 Конституціоналізм і природа конституції: Монографія. – Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2009. – 372 с.

ISBN 978-966-2195-63-7

Монографія присвячена конституціоналізму як правовому феномену, який обумовлює природу конституції як систему соціальних цінностей і визначає її нормативну природу та як легітимований суспільний порядок. Проведено компаративний аналіз основних різновидів конституціоналізму та розкрито у цьому контексті зміст конституційної традиції України. Проведено аналіз системи конституційних цінностей, юридичної природи та механізму чинності конституції з точки зору її зобов'язального характеру в національній правовій системі.

Може бути рекомендована для студентів, аспірантів, викладачів юридичних навчальних закладів, державних і муніципальних службовців, представників громадських організацій та політичних партій.

ББК 67.9 (4 УКР) 300.1
УДК 342.4 (477)

ISBN 978-966-2195-63-7

© Савчин М.В., 2009
© Поліграфцентр «Ліра», 2009

ЗМІСТ

Список скорочень	4
Передмова	5
Розділ I. Конституціоналізм та його основні типи	13
1.1. <i>Поняття конституціоналізм та його структурні елементи</i>	16
1.2. <i>Основні сучасні типи конституціоналізму</i>	29
Розділ II. Конституційна традиція та конституціоналізм в Україні ..	70
2.1. <i>Вихідні засади українського конституціоналізму</i>	71
2.2. <i>Континуїтет і дисконтинуїтет українського конституціоналізму</i> ..	82
2.3. <i>Конституційна традиція України та її основні елементи</i>	87
2.4. <i>Сучасний стан українського конституціоналізму та перспективи розвитку</i>	109
Розділ III. Конституціоналізм та конституційні цінності	125
3.1. <i>Конституційна аксіологія та структура конституціоналізму</i>	128
3.2. <i>Система конституційних цінностей України</i>	138
3.3. <i>Конституційна аксіологія та природа конституції</i>	163
3.4. <i>Конституційні цінності та інституційний дизайн Основного Закону</i>	185
Розділ IV. Конституціоналізм та нормативна природа конституції	218
4.1. <i>Основні підходи до визначення природи конституції</i>	221
4.2. <i>Структура соціального порядку та нормативна природа конституції</i>	238
4.3. <i>Конституційний порядок та структура конституції</i>	247
4.4. <i>Конституція та глобальне право</i>	254
4.5. <i>Природа конституційного права та національна правова система</i> ..	262
4.6. <i>Конституція та приватне право: доктрина «горизонтального ефекту»</i>	271
Розділ V. Конституціоналізм та чинність конституції	284
5.1. <i>Поняття чинності конституції</i>	285
5.2. <i>Влада, що встановлює конституцію (установча влада, конституанта)</i>	299
5.3. <i>Реалізація конституції</i>	324
5.4. <i>Тлумачення (інтерпретація) конституції</i>	334
5.5. <i>Правовий захист конституції</i>	355
Предметний покажчик	370

СПИСОК СКОРОЧЕНЬ

- ВАПрНУ – Вісник Академії правових наук України
ВКСУ – Вісник Конституційного Суду України
КСУ – Конституційний Суд України
ПУ – Право України
СКО – Сравнительное конституционное обозрение
КПВО – Конституционное право: восточноевропейское обозрение
BvE – Bundesverfassung Entscheidung
BVerfGE – Bundesverfassung Gerichtshof Entscheidung
ZaoeRV – Zeitschrift für ausländischer und öffentliche Recht und Völkerrecht

ПЕРЕДМОВА

Формування демократичної конституційної держави, основним призначенням якої є утвердження і захист прав людини й основоположних свобод, є важливим напрямом розвитку вітчизняного суспільства. Цей процес супроводжується ускладненням структури суспільства із його мереживом вертикальних і горизонтальних зв'язків. Зміна конституційного ладу, яка настала в Україні в зв'язку із розпадом СРСР, та набуття незалежності викликає потребу переосмислення природи конституції. За таких умов потребує свого переосмислення бачення природи конституції, її соціального призначення, її розуміння як певного типу соціального порядку і нормативної системи.

Цей процес супроводжується ускладненням структури суспільства із його мереживом вертикальних і горизонтальних зв'язків. Перебіг політико-правових процесів в Україні також ускладнюється кризою суспільної довіри, що у свою чергу знижує толерантність у суспільстві, ступінь легітимності суспільно-політичних інститутів, зокрема інститутів публічної влади. За таких умов потребує свого переосмислення розуміння природи конституції, її соціального призначення не лише у рамках позитивістського розуміння з його лінійним підходом.

Стан конституційної доктрини та реальні конституційні явища і процеси

Загалом сучасна конституційна доктрина в Україні переживає кризу, оскільки на порядку денному стоять питання щодо визначення стану і подальших перспектив розвитку вітчизняної конституційної системи. При цьому спостерігається розрив між здобутками конституційної доктрини та реальним станом конституційних правовідносин. Фактично, йде мова про те, що часто здобутки конституційної доктрини не спираються на дані емпіричних досліджень, які б враховували динаміку конституційних правовідносин, фактори, що впливають на поведінку їх учасників (мотивацію, ціннісні орієнтири), співвідношення індивідуального, корпоративного і загального інтересу, який,

як правило, дає синергетичний ефект і його наслідки спрогнозувати за лінійними методиками складно.

Особливо ці проблеми знаходять свій вияв у досвіді проведення конституційних реформ в Україні, стані поточного законодавства, яке так і не приведено у відповідність до положень Основного Закону. Зокрема, не враховуються останні дослідження з проблем консолідованої та делегативної демократії. Адже ці концепції сьогодні знаходять ґрунт для пошуку рішень на основі суспільного консенсусу щодо соціальних цінностей та відповідно розкривають особливості загрози згортання демократичних процесів, що має наслідком формування фасадного, номінального конституціоналізму та служать джерелом легітимації авторитаризму, несумісного із верховенством права.

Питання стоїть вже елементарно – знаходження доктринальних підходів з урахуванням плюралізму наукових досліджень. Сьогодні існує потреба досліджувати конституційні процеси і явища не лише на доктринальному рівні шляхом абстрактного співставлення переваг і недоліків їх підходів, застосовуючи переважно лише методологію формально-юридичної логіки. Окремі спроби відійти від цього традиційного підходу досліджень зводяться до редукації, коли конституційні явища і процеси досліджуються лише з функціональної точки зору чи нетворчого запозичення ідей лібералізму, які за природою значно трансформуються на українському ґрунті.

Водночас реалії вітчизняного конституціоналізму на перехідному етапі його розвитку дають нові приводи для роздумів. Це і низький рівень конституційної свідомості та культури, і проблеми із забезпеченням стабільності конституційного ладу як певного механізму забезпечення політичної інтеграції в суспільстві і державі, і проблеми досягнення консенсусу щодо втілення положень Конституції в життя. Ці фактори свідчать саме про кризові явища конституційної доктрини, які пов'язані насамперед із розумінням природи конституціоналізму в Україні.

Сучасна конституційна доктрина в Україні починає звертатися до проблем конституціоналізму, місця і ролі конституції як головного джерела права національної правової системи, прямої дії конституційних норм, верховенства конституції. Також є актуальним дослідження конституції як певного типу легітимованого соціального порядку, оскільки практика діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб свідчить, що мають існувати

єдині критерії прийняття владних рішень. Такі фактори є важливими у забезпеченні правопорядку за допомогою засобів конституційного правління. За цих умов публічна влада має діяти у межах права, джерелом легітимності якої є додержання демократичних засад формування і контролю за здійсненням влади. За таких умов потребує переосмислення природа конституції, оскільки її розкриття лише через призму нормативної природи у сучасних умовах є недостатнім. За такого підходу складно з'ясувати витоки конституції та особливості її легітимності, порядку прийняття, реалізації та інтерпретації з урахуванням особливостей конкретно-історичної ситуації, яка динамічно змінюється у сучасному суспільстві.

Питання конституціоналізму та природи конституції були предметом дослідження вітчизняних вчених Ю. Бисаги, Л. Герасіної, В. Кампа, А. Колодія, В. Лемака, П. Мартиненко, О. Марцеляка, О. Мироненко, В. Мелашенко, В. Оніщука, М. Панова, В. Погорілко, В. Скрипнюка, І. Сліденко, М. Ставнійчук, П. Стецюка, В. Тація, Ю. Тодики, В. Шаповала, В. Федоренко, С. Шевчука, Ю. Шемшученко, В. Ющика та інших. Серед зарубіжних вчених можна виділити праці А. Алейнікова, Ф. Ардан, М. Баглая, І. Валерстайна, Л. Генкіна, О. Гьофе, Й. Гьоффнера, А. Дайсі, Ю. Габермаса, Ф.А. фон Гаєка, К. Гессе, К. Кліми, Д. Комерса, Дж. Лока, Ж. Марітена, А. Медушевського, Л. фон Мізеса, Б. Страшуна, Р. Ципелюса, В. Чиркіна, А. Шайо, К. Шепелі.

Окремі аспекти природи конституціоналізму як доктрини, практика правління та зміст конституційних інститутів та природи конституції розкриваються у працях таких вчених: А. Алейнікова, В. Андрусіва, М. Баглая, С. Балана, Г. Бермана, П. Біркіншоу, Л. Генкіна, А. Дайсі, К. Гессе, В. Кампа, Д. Комерса, П. Мартиненко, А. Медушевського, В. Мелашенко, Я. Хасебе, Р. Ципелюса, В. Чиркіна, А. Шайо, С. Шевчука та ін.

Серед аналізу проблем конституціоналізму можна виділити ліберальну школу (А. Алейніков, Р. Баркер, Дж. Бентам, Дж. Волдрон, Ф.А. Гаєк, А. Дайсі, Дж.Г. Елай, Б. Констан, Дж. Лок, Г. Маршалл, Л. фон Мізес, Дж. Ст. Міль, Г.Р. Монаган, Ч. Тейлор, І. Сліденко, Л.Г. Трайб, Ф. Фукуяма, С. Шевчук та ін.), ліберально-демократичну (Ф. Ардан, М. Баглай, Ж. Ведель, Ю. Габермас, К. Гессе, Ж. – П. Жакке, В. Кампо, К. Кліма, Д. Комерс, В. Лемак, П. Мартиненко, Ф. Люшер, Р. Ріал, В. Скрипнюк, М. Ставнійчук, В. Чиркін та ін.), соціал-демократичну (І. Валерстайн, О. Гьофе, А. Колодій, О. Марцеляка, В. Мелашенко,

В. Погорілко, Ю. Тодика, В. Федоренко та ін.), християнської етики (М. Маринович, Ж. Марітен, Й. Гьоффнер та ін.). Окремо необхідно виділити дослідження особливостей перехідного конституціоналізму країн Центральної та Східної Європи, тенденції розвитку якого також відображаються у конституційному розвитку України (Р. Віц, Л. Герасіна, В. Кампо, П. Мартиненко, А. Медушевського, В. Осятинські, М. Панов, Б. Страшун, Д. Холберстем, А. Шайо, К. Шепелі та ін.).

Не зважаючи на наявність досліджень окремих аспектів конституційних явищ і процесів, в Україні сьогодні відсутнє комплексне дослідження конституціоналізму та природи конституції відповідно до сучасних тенденцій їх розвитку як правових феноменів. Тому сьогодні конституціоналізм розглядають переважно як доктрину, що не відповідає природі речей. За таких умов природа конституції розкривається через призму співвідношення формальної і матеріальної, що як свідчить стан доктрини, практика правління і стан методології наукових і прикладних досліджень у сфері конституційного права, не дає змогу вирішити як теоретичні і практичні завдання, які необхідно вирішити для запровадження в Україні реального конституційного правління.

Критерії дослідження

1. Екстраполяція емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму та динаміка політико-правових інститутів. На думку Р. Патнама і К. Попера 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. Це яскраво видно на прикладі спроб демократизації Афганістану, Іраку, оскільки вони розглядаються населенням як певний закордонний експеримент. 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. Російська доктрина суверенної демократії,

очевидно, є спробою забезпечення тяглості російської традиції авторитаризму, її самоідентифікації на тлі невдачі реформування конституційної системи виключно на основі ліберальних підходів. Отже, виникає питання щодо критеріїв формування правил і процедур, щоб не вирішувати його у рамках дискусії на кшталт про первинність курки чи яйця.

2. Соціальні цінності та конституційні явища і процеси. Динаміка конституційних явищ і процесів свідчить, що вони зумовлені певною структурою суспільства, мереживом соціальних зв'язків та усталених стереотипів поведінки. Оскільки соціальні паттерни (усталені моделі поведінки) є результатом спонтанних соціальних процесів, відтворюються у поведінці та певним чином еволюціонують, то існують певні фактори цих явищ. Таким чином структуру конституціоналізму та природи конституції розуміє ліберальна та постмодерна доктрина. Водночас лібералізм акцентує увагу на мінімізації втручання публічної влади у приватну автономію, натомість постмодерн – на диференціації, правах і свободах людини, культурному релятивізму. Однак емпіричні дані свідчать як про суспільну необхідність та легітимність втручання, так і 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 зумовлений своєрідним їх каркасом, який зумовлений тяглістю відповідних конституційних традицій, що пов'язано із явищами континуїтету і дисконтинуїтету. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний процес. Тому розкривати цей процес слід на певних параметрах з їх релятивними зв'язками, оскільки сьогодні в світі спостерігається плюралізм конституційних традицій, систем та моделей конституціоналізму. Отже необхідно з'ясувати, які соціальні блага забезпечуються конституційним захистом, яка їх вага у суспільному житті (мова йде про конституційні цінності).

3. Ієрархія конституційних цінностей та нормативна природа конституції. Як нормативно-правовий акт конституція володіє певними ознаками. 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 (набуваючи тим самим характеру конституційних цінностей). Адже набуває поширення процес інституалізації цінностей, які не можуть бути предметом ревізії конституції ні за яких умов. З одного боку, це свідчить про консервативні інтенції сучасного конституціоналізму, з другого – про постійний характер соціальних цінностей, які підлягають конституційному захистові. Завдяки цьому визначається власне структура сучасної конституції та її властивості як засобу легітимації суспільного порядку. За таких умов спостерігається плюралізм джерел конституційного права, оскільки це пов'язано із конвергенцією національних правових систем, гетерогенністю самого конституційного права, яке знає різні правові засоби формування юридичних конструкцій, правил і процедур.

4. *Структура та чинність конституції.* 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. У цій роботі структуру конституції розкрито через такі основні її компоненти: гідність та права людини, договір, демократія, народний суверенітет, парламентаризм, уряд та адміністрація, судовий конституційний контроль і правосуддя. З формально юридичної точки зору також спостерігається внутрішня структуризація конституції за ступенем юридичної сили її положень. Така 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. Тоді структура Конституції України виглядатимуть так: права і свободи людини, державний суверенітет, територіальна цілісність – розділи I, III та XII – інші положення Основного Закону. Щодо визначення конституційних вимог до якості законодавства та адміністративної і судової практики, то вони зумовлені низкою факторів (пострадянське праворозуміння, розуміння реалізації конституції переважно як реалізації правових норм, розгляд конституційних гарантій через чотири ланки – політичні, соціальні, економічні та юридичні). Тому в рамках мети цього дослідження розглядається чинність конституції як механізм установчої влади, реалізації, тлумачення та її правового захисту.

Методи дослідження

У роботі використано як міждисциплінарний підхід, а також інструментарій правової науки у рамках відомих доктрин конституційного права. Міждисциплінарний підхід об'єктивно необхідний з метою відмежування правових явищ від інших, пов'язаних з ними соціально-політичних явищ. З другого боку, це є необхідним для з'ясування ступеня впливу конституційних явищ і процесів на політичну, економічну та культурну систему суспільства.

Метод філософії права дав змогу розкрити конституцію як правовий феномен, який виражається у її нормативній природі та повному типі соціального порядку, природу установчої влади. *Діалектичний метод*, який надав можливість розкрити природу конституціоналізму, проаналізувати конституцію як правовий феномен, що динамічно розвивається. *Цивілізаційний метод* використовувався у дослідженні природи конституційної традиції та конституційних цінностей. *Історичний метод* дав змогу розкрити зародження і динаміку розвитку конституціоналізму. *Соціологічний метод* дав змогу розкрити ефективність конкретних конституційних інститутів, процедур з урахуванням особливостей конкретного суспільства та національної правової системи, а також особливостей конституційної юриспруденції. *Порівняльно-правовий метод* сприяв у визначенні особливостей основних типів конституціоналізму та природи конституції у залежності від особливостей національної правової системи. *Системний метод* сприяв у визначенні місця і ролі конституції у національній правовій системі, розкрити її горизонтальний ефект. *Метод формальної юридичної логіки* сприяв у розкритті нормативної природи конституції, її місця серед джерел національного права. *Метод юридичної герменевтики* використовувався для визначення механізму реалізації та інтерпретації конституції. Метод правового моделювання сприяв у розкритті основних сучасного конституціоналізму, реалізації установчої влади народу, реалізації та інтерпретації конституції, визначення основних тенденцій цих процесів і формулювання конкретних пропозицій щодо способів і засобів забезпечення механізму чинності конституції.

У ході написання монографії також були використані *логічні методи* індукції та дедукції, синтезу, аналогії з метою визначення особливостей юридичної техніки розробки проектів конституції, прийняття

правових актів на розвиток і конкретизацію конституції, визначення особливостей догматичної (традиційної) і динамічної методик тлумачення конституції. *Статистичний метод* дав змогу здійснити аналіз та узагальнення емпіричних матеріалів у вигляді конституційних проектів, актів поточного законодавства та конституційної юриспруденції з метою успішного досягнення дисертаційної мети.

Нормативну базу монографії склали конституції України і зарубіжних країн, установчі акти Європейського Союзу та проекти його конституційних актів, міжнародно-правові акти, які відображають явище конституціоналізації у міжнародному праві. Окрема увага приділена аналізу конституційних законопроектів, наслідком яких стало прийняття Конституції України 1996 року та конституційні законопроекти періоду 2000 – 2009 років.

Емпіричну базу дослідження складають акти Конституційного суду України, якими забезпечується конкретизація та деталізація Конституції України, а також досвід діяльності органів конституційної юстиції країн переважно романо-германської правової сім'ї відповідно з вимогами комплементарності компаративних досліджень. Окрему увагу приділено аналізу законодавчих актів, які виражають ступінь розвитку і конкретизації положень Конституції України.

Завдяки багаторічній плідній співпраці та багатьом цінним зауваженням автор завдячує рецензентам професорам, докторам юридичних наук М.О. Баймуратову, О.В. Марцеляку та О.Ф. Фрицькому, від яких значно виграло наше монографічне дослідження. Також автор завдячує співпраці та цінним зауваженням Голові Конституційного Суду України А.А. Стрижаку, суддям Конституційного Суду України В.В. Бринцеву, В.М. Кампу, П.Б. Стецюку, професорам, суддям Конституційного Суду України у відставці М.І. Козюбрі, В.М. Савенку, В.П. Тихому, деканові Міжнародного Соломонового університету П.Ф. Мартиненко, докторам юридичних наук, професорам Ю.М. Бисазі, В.В. Лемаку, О.В. Скрипнюку, С.В. Шевчуку, кандидатам юридичних наук О.В. Батанову, Д.М. Белову, В.В. Гомонною, І.О. Сліденку. Автор висловлює також щиру подяку колективу "Поліграфцентру "Ліра" за плідну співпрацю у підготовці до друку цього наукового видання.

Розділ I.

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ТА ЙОГО ОСНОВНІ ТИПИ

Вступ

Прийнято вважати, що концепція конституціоналізму є інтелектуальною спадщиною лібералізму та практики формування американської державності, а пізніше – європейських країн. На інституційному рівні, тобто на рівні організації владних інститутів конституціоналізм було втілено в англо-американській та романо-германській конституційних системах. Джерелами конституціоналізму є природні права людини, конвенціоналізм, ідея обмеження владної сваволі та забезпечення балансу у розподілі владних повноважень. Конституціоналізм характеризується як багатовимірне явище, принаймні як певний інтелектуальний продукт, конституювання правопорядку певного типу, практика урядування виходячи з ідеї верховенства прав людини¹. За своєю сутністю конституціоналізм є інтелектуальною спадщиною і практичним керівництвом у функціонуванні конституційних систем для країн Європи та Північної Америки. Водночас у контексті процесів глобалізації ідеї конституціоналізму набувають поширення не лише в країнах нової демократії², а також у країнах із традиційним укладом суспільного життя³,

¹ Хенкін Луїс. Елементи конституціоналізму // КПВО. – 1999. – №3; Henkin L. New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. – Cordozo Law Review, 1991; McIlwain C. Constitutionalism: ancient and modern. – Ithaca: Cornell Univ.Press, 1940.

² Див.: Розенфельд М., Шайо А. Распространение либерального конституционализма: изучение прав на свободу слова в новых демократиях // СКО. – 2007. - № 1 (58).

³ Див.: Хасебе Я. Конституционные заимствования и политическая теория // СКО. – 2005. - № 4 (53); Синью Ян, Босинь Ван. Общее познание верховенства права и конституционного правления: цивилизационный подход // СКО. – 2007. - № 1 (58).

а також на супранациональному рівні організації публічної влади⁴.

Проблема конституціоналізму привернула увагу українських вчених лише нещодавно⁵. Як свідчить аналіз проблеми, дослідження цього явища інколи розглядається у площині засад конституційного ладу, співвідношення державного і суспільного ладу⁶. Водночас звертається увага на нормативну природу конституції через призму дискусії між юридичним позитивізмом та природно-правовою концепцією⁷. У цій дискусії окреме місце також належить позиціям щодо генетичної концепції права та інтегративної юриспруденції.

Слід відзначити, що для вітчизняної конституційної доктрини, тобто усталених поглядів у науці конституційного права, розгляд проблем конституціоналізму є порівняно новим. Радянська доктрина не додала тут нічого істотного, оскільки конституціоналізм розглядався як чисто «буржуазне» явище, що було пов'язано із фіктивним характером радянських конституцій. Таким чином, радянська доктрина державного права аналізувала конституціоналізм переважно через призму його критики як буржуазної теорії⁸. Водночас можна виділити і

⁴ Танчев Е. Возникающий наднациональный конституционализм и современные системы конституционного контроля // СКО. – 2007. - № 4 (61); Mayer, Franz C. Macht und Gegenmacht in der Europaeischer Verfassung. Zur Arbeit des europaeischen Verfassungskonventes // ZaoeRV, 63 (2003), S. 59-75; Stein, Torsten. Demokratische Legitimierung auf supranationaler und internationaler Ebene // ZaoeRV, 64 (2004), S. 563-570.

⁵ Див.: Стецюк П.Б. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Посібник для студентів. – Львів: Астролябія, 2003. – Ч.1; Шаповал В.М. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. – С.25-29; Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К.: Український центр правничих студій, 2001.

⁶ Мелашенко В.Ф. Основи конституційного права України: Курс лекцій для студентів юридичних вузів і факультетів. – К.: Вентурі, 1995; Стецюк П. Про дефініцію категорії «конституціоналізм» // Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична. – 2004. – Вип. 39. – С. 171 – 180.

⁷ Стецюк П.Б. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Посібник для студентів. – Львів: Астролябія, 2003. – Ч.1.

⁸ Еременко Ю.П. Понятие и система социалистического конституционализма. // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года (Вопросы теории государства и права, государственного и административного права). – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1980; История буржуазного конституционализма XVII-XVIII вв. – М.: Наука, 1983.

спроби введення цього терміна в понятійний апарат доктрини радянського державного права окремими вченими⁹. Лише у період перебування з'явилися перші дослідження у теорії права присвячені концепції правової держави, яка є елементом концепції конституціоналізму.

У період незалежності України перші розвідки, присвячені проблемі конституціоналізму¹⁰, стосувалися переважно проблеми забезпечення поділу влади, що у власному розумінні є екстраполяцією теорії права на ґрунт конституційних правовідносин. З другого боку, питання визнання та гарантування прав людини й основоположних свобод, від якого відштовхується концепція конституціоналізму на питання організації публічної влади підіймається по суті лише в останнє десятиліття.

З'ясування природи конституціоналізму є важливою складовою для розуміння основних компонентів конституційного порядку. Адже формування модерного конституціоналізму в результаті складних політичних процесів у країнах Західної Європи та Північної Америки протягом XVII-XVIII століть спиралося на ґрунті уявлень про раціональну організацію влади (Томас Гоббс) і щодо обмеження її сваволі (Девід Гюм, Джон Лок). Така вимога суспільства до владних інститутів вже мала ідейну основу через напрацювання у сфері прав і свобод людини. Людська гідність і свобода лягли в основу ідей щодо організації влади. Зокрема, ідея людської гідності є результатом інтеграції концепції свободи волі у католицькій етиці та категоричного імперативу І.Канта. Ідеї конвенціоналізму, з одного боку, Т. Гоббса (авторитарне

⁹ Мартиненко П.Ф. О понятии советского конституционализма и развитие его внешнеполитических аспектов в новых советских конституциях // Вестник Киев. ун-та. Юридические науки: Вып.20, 1979; Скуратов Ю.И. Советский конституционализм: понятие и структура. // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года (Вопросы теории государства и права, государственного и административного права). – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1980.

¹⁰ Див.: Тацій В., Тодика Ю.М. Проблеми розвитку науки конституційного права України // Право України. – 1994. – №10. – С.3-10. Шаповал В. Перспективи розвитку науки конституційного права в Україні // Право України. – 1996. – №9. – С.49-52. Слід також виділити видання відомого українського правознавця, в якому систематизовано його попередні публікації з проблем становлення конституціоналізму в Україні: Мироненко О.М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917-1920 рр. Теоретико-методологічний аспект. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002.

трактування) та Ж.-Ж. Руссо і Ш.-Л. Монтескйю (демократичне трактування) – з другого, стали основою для правового оформлення стану відносин між правителем та народом. Водночас слід відзначити, що ідея конвенціоналізму спиралася на договірну практику васалітету-сюзеренітету, згідно з якою сюзерен як носій протосуверенності також був обмежений домовленостями. Такі ідеї інститууються у вигляді нормативного акта – конституції, який набуває найвищої юридичної сили. Насамкінець, конституціоналізм оформлюється як певне соціальне явище через практику Верховного Суду США та втіленням ідеї позитивістів щодо інституту конституційних судів по забезпеченню верховенства конституції.

Водночас з точки зору дослідження природи конституційної традиції в Україні не можна із повною впевненістю говорити, що конституціоналізм є лише продуктом розвитку ліберальних ідей країн Західної Європи та Північної Америки. Однак для того необхідно з'ясувати класичні підходи щодо місця і ролі конституціоналізму у суспільному житті країн Західної Європи і Північної Америки, а також їх впливу на інші правові традиції та правові системи.

1.1. Поняття конституціоналізм та його структурні елементи

Дослідження конституціоналізму як соціального явища пов'язано із розумінням категорій конституційний лад, суспільний лад та державний лад. Також певний взаємозв'язок конституціоналізму прослідковується із поняттям політичної системи.

Зв'язок конституціоналізму з конституційним ладом полягає у тому, що він відображає джерела становлення конституційного ладу та засади його легітимності. Іншими словами, конституціоналізм відображає протонормативні засади конституційного ладу, що склалися в результаті суспільно-політичного дискурсу і відображають консенсус щодо соціальних цінностей. Категорія «конституційний лад» почала вводитися у науковий обіг у вітчизняній літературі у 90-і рр. XX ст., і його розуміння на сьогодні викликає численні дискусії у наукових колах. До цього часу більшою мірою оперували поняттями «державний лад» та «суспільний лад». На нашу думку, багатство наукових доктрин із цього приводу пов'язано, насамперед, із проблемою співвідношення політичного та юридичного в конституції.

На думку професора В. Погорілко, конституційний лад за своєю суттю становить певний усталений тип конституційно-правових відносин і за своїм змістом опосередковує передбачені та гарантовані Конституцією державний і суспільний лад, систему демократичного устрою, конституційно-правовий статус особи тощо¹¹. Тобто конституційний лад є каркасом конституційної державності, визначає основні напрямки організаційних та правових форм діяльності суб'єктів конституційно-правових відносин.

На думку російського конституціоналіста В. Чиркіна, поняття конституційного ладу вносить елементи невизначеності та можливості неоднозначного тлумачення і його вживання є проблемним із точки зору юриспруденції¹². Водночас слід відзначити, що така неоднозначність розуміння конституційного ладу пов'язана із його політичним та соціальним змістом, сутність його зводиться до втілення певної моделі взаємодії або інтеграції інститутів суспільства і держави. Тому можна погодитися з думкою В. Чиркіна, що конституція не може створювати певний суспільний лад і не можна розглядати конституційний лад окремо від стану публічної влади та громадянського суспільства¹³.

Водночас поняття конституційного ладу має нормативне закріплення. Так, згідно зі статтею 20 Основного Закону ФРН, законодавство є зв'язаним конституційним ладом, управління (уряд й адміністрація) та правосуддя – законом і правом. Основоположні ідеї та принципи національного права, таким чином, лежать в основі позитивного закріплення статусу суб'єктів права, яке повинно відповідати вимогам рівності, справедливості, демократії та верховенства права. Оскільки національний правопорядок, в тому числі конституційний, ґрунтується на системі певних соціальних цінностей та традицій, то в кожній країні існує власна, оригінальна сукупність конституційних норм, практика їх застосування та реальний стан конституційних правовідносин. Відповідно це відображається на інституційній основі та організації суспільства і держави у різних країнах світу. В залежності

¹¹ Конституційне право України / За ред. В.Ф.Погорілка. – К.: Наукова думка, 1999. – С. 135

¹² Див.: Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. – М.: Зерцало, 1998. – С. 130-131.

¹³ Там само. – С. 131

від спрямованості конкретної країни на системоцентристську (колективістську, соціалістичну і т.п.) або персоніцентристську моделі організації суспільних і публічно-владних інститутів формується власна оригінальна система основоположних конституційних засад, які зазначені на відповідних соціальних цінностях. Тому у компаративному плані складно говорити про конституційний лад, а скоріше можна вести мову про конституційну систему або конституційну традицію¹⁴.

Як стверджується у вітчизняній літературі, поняття конституційного ладу виводиться з категорії суспільного і державного ладу¹⁵, головним чином опосередковує їх¹⁶. Характерною рисою поглядів російських вчених¹⁷ на сутність конституційного ладу є те, що вони основну увагу звертають на організацію державної влади, приділяючи замало уваги інститутам власності, сім'ї, материнства, екологічної безпеки тощо, які набувають важливого значення вже сьогодні.

У німецькій конституційній доктрині під конституційним ладом розуміють «конкретний стан політичної єдності та соціального регулювання», що базується на вирівнюванні розвитку федеральних земель та відповідних вимог до земель¹⁸. Аналізуючи категорію «основи суспільного ладу», В. Чиркін вважає, що постановка питання про «кон-

¹⁴ Традиція у праві є поширеним предметом дослідження у компаративістиці. Див.: Glenn H. Patrick. *Legal Traditions on the World*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2004, xxvii+401 p. Також цей термін вживається у компаративній адміністративістиці (Див.: Галлиган Д., Полянский В.В., Старилов Ю.Н. *Административное право: история развития и основные современные концепции*. – М.: Юрист, 2002. – С. 217 – 262). З урахуванням особливостей предмета конституційного права, то ми можемо говорити також і про конституційну традицію.

¹⁵ Тодыка Ю.Н., Супрунюк Е.В. *Конституция Украины – основа стабильности конституционного строя и реформирования общества*. – Симферополь, 1997. – С.7; Тодыка Ю.Н. *Основы конституционного строя Украины*. – Х.: Фолио, 1999. – С.8.

¹⁶ *Основы конституційного ладу України / За ред. В.В. Копейчикова*. – К., 1998. – С. 24-26, 52-62.

¹⁷ Див.: Баглай Н.В., Габричидзе Б.М. *Конституционное право Российской Федерации*. – М.: БЕК, 1996. – С. 96; Кабышев В.Т. *Становление конституционного строя России*. – Саратов, 1993. – С. 4; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. *Конституционное право России*. – М.: БЕК, 1996. – С. 75; Румянцев О.Г. *Основы конституционного строя России*. – М., 1994. – С.22.

¹⁸ *Государственное право Германии: сокр. перев. в 2-х т.* – М.: ИГП РАН, 1994. – Т. 2. – С. 321 і наст.

ституційний лад» можлива тільки у загальнотеоретичній, загальнофілософській, максимально абстрактній формі¹⁹.

Загалом конституційний лад визначає систему певних цінностей і принципів, які лежать в основі конституційного устрою, що виражають сутність конституціоналізму. Виражаючи правові засади політичної єдності, взаємозв'язку інститутів громадянського суспільства та публічної влади конституційний лад визначає основні параметри особистої свободи індивіда та раціональні засади організації публічної влади. Така система правління визначає гарантії права людини й основоположних свобод та організації публічної влади на засадах її поділу та обмеження свавільного застосування закону.

Конституціоналізм як соціальне явище відображає еволюцію поглядів, ідей, доктрин про природу конституції та політичної практики втілення таких ідей в життя. Сутністю конституціоналізму є обмеження сваволі публічної влади та здійснення судового контролю за актами органів публічної влади на предмет їх відповідності засадам верховенства права. У теорії і практиці конституціоналізму такими критеріями є неприпустимість свавільного втручання у приватну сферу індивіда, діяльність органів публічної влади у суворо визначених конституцією і законом межах.

Відповідно конституціоналізм втілюється, принаймні, на трьох рівнях: 1) сукупності певних доктрин, концепцій та теорій про природу конституції; 2) політично-правової практики втілення цих ідей в життя; 3) конституційного регулювання відповідних соціальних явищ і процесів. Такі три основи зрізи конституціоналізму і визначають специфіку саме теорії конституції.

Угорський вчений А. Шайо, застерігаючи про небезпечність дефініцій – «все консервативне опирається тиранії дефініцій», визначає поняття конституціоналізму таким чином: «Конституціоналізм – це обмеження державної влади в інтересах суспільного спокою. Він намагається охолодити поточні пристрасті, не загрожуючи ефективності управління»²⁰. Конституціоналізм спирається на конституційну традицію діяти відповідно до визначених правових приписів, звичаїв, узвичаєнь та процедур, що є усталені у суспільстві та виключають

¹⁹ Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. – С. 128-133.

²⁰ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001. – С. 20.

владне свавілля або принаймні істотно його. Тому не даремно, при аналізові особливостей британського конституціоналізму складно з'ясувати його нормативну природу, оскільки він спирається скоріше не на писане право, а на конституційну традицію. Навіть, сприйняття у Великій Британії елементів права Європейського Союзу не змінює британську конституційну традицію – традиція поважати усталені правила та процедури нікуди не поділася, ба навіть більше – право Європейського Союзу сприйняло елементи англійського прецедентного права у діяльності Люксембурзького палацу правосуддя, а тому суддя загального права буде поважати юриспруденцією цієї інституції ЄС.

Американський вчений Л. Генкін визначає такі елементи конституціоналізму: правління відповідно до конституції; поділ влади; суверенітет народу і демократичне правління; конституційний контроль; незалежність правосуддя; обмеження суб'єктів владних повноважень Білем про права людини; контроль за поліцією; цивільний контроль над військовими; державна влада, заснована на обмеженні владних функцій²¹. Італійський компаративіст Дж. Сарторі до структурних елементів ліберального конституціоналізму відносить: верховенство права; судовий контроль над діями органів влади; незалежність судових установ та суддів від законодавчої політики; справедливий і чесний процес (*due process*) можливість судової влади творити право відповідно до встановленої процедури²². При цьому основним елементом конституціоналізму є конституційний контроль над актами органів публічної влади з метою забезпечення прав і свобод людини та недопущення концентрації влади в одних руках.

Сьогодні також виділяють класичний та соціальний конституціоналізм. На відміну від класичного конституціоналізму, який ґрунтується на ідеях обмеження правління правом та здійсненні конституційного контролю актів та дій органів влади, соціальний конституціоналізм зв'язує публічну владу не тільки особистими та політичними правами (класичними основними правами), а також соціальними правами та правами на розвиток. Соціальний конституціоналізм додає нові важливі компоненти: право на працю та соціальний

²¹ Цит. за: Bo Li. Whats is Constitutionalism? // Perspectives. – 2002. – Vol. 1. – No 6; Henkin, Louis. Elements of Constitutionalism. Unpublished Manuscript, 2000.

²² Sartori, Giovanni. The Theory of Democracy Revisited. – Chatham, New Jersey: Chatham House, 1987. – S. 309.

захист²³. Це стало загальносвітовою тенденцією починаючи близько з 1960-х років.

Ця група прав і свобод людини та громадянина невід'ємна від громадянських (особистих) та політичних прав, які взаємопов'язані і становлять у сукупності основу конституційно-правового статусу людини та громадянина. Специфіка їх полягає в тому, що вони передбачають можливість кожного забезпечити свої життєві потреби в економічній, соціальній та культурній сферах. Саме в цих правах і свободах закладена реалізація змісту соціальної правової держави, яка залежить від економічного та майнового порядку.

Розглядувану групу прав і свобод можна умовно віднести до прав соціального характеру, тобто до позитивних прав. Однак специфікою конституційного захисту цих прав є те, що в окремих аспектах вони забезпечуються примусовою силою судового рішення безпосередньо на підставі конституційних приписів. Це дає змогу говорити, що деякі основні права з цієї групи мають пряму дію (гарантії права власності, свобода вибору професії та виду діяльності, рівність між чоловіком і жінкою, рівність між дітьми народженими у шлюбі та позашлюбними дітьми, академічна свобода). В інших аспектах ці права згідно з принципом соціальної правової держави відображають основні напрямки державної політики, визначають основні форми і засоби досягнення цілей високого ступеня соціальної захищеності особи в Україні.

Для їх належної реалізації необхідне додержання таких умов: а) розвинуте соціальне законодавство; б) наявність розвинутої мережі установ і закладів, що надають соціальні послуги; в) система соціального страхування; г) система надання соціальних допомоги та виплати соціальних виплат; ґ) високий рівень добробуту та доходів більшої частини населення, основну якої складає «середній клас»; д) наявність справедливої системи перерозподілу валового внутрішнього продукту через виважену фіскальну політику та систему адресної соціальної допомоги. Такі заходи складають основу виконання державою позитивних обов'язків у сфері соціально-правового захисту.

Таким чином, концепція конституціоналізму заснована на конституційній традиції, суверенитеті народу, поділу влади, правонаступності (континуїтету) та судового контролю за правовим змістом актів

²³ Sabsay D.A. Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development // Режим доступу: http://www.farn.org.ar/docs/art12_en.rtf

органів влади. Правонаступність означає збереження національних традицій конституціоналізму, їх примноження на основі мінливої конкретної історичної реальності, реальних конституційних право-відносин. Сутнісним змістом правонаступності служить критерій примноження «каталогу» основних прав і свобод, а також розширення процедурно-процесуальних можливостей їх захисту з метою забезпечення гідного життя індивіда. Етимологічно поняття конституціоналізму можна визначити як тривалість, тяглість у часі певних конституційних явищ і процесів, зокрема тривале сприйняття та відтворення окремих правових рішень, а також підпорядкування політичних рішень соціальним цінностям, які забезпечуються конституційним захистом. Основними цінностями конституціоналізму є свобода, гідність людини, рівність, справедливість, толерантність, верховенство права.

Правонаступність (континуїтет) означає те, що національна правова система має свою історію і її історична спадщина примножується новими елементами із збереженням старих; розвиток конституційного права відповідно до «старого» права. Тому *природні права людини необхідно* закріплювати у конституції, оскільки йде мова про забезпечення правової визначеності статусу особи та обмеження можливості свавільного їх тлумачення. *Суверенітет народу як* структурний елемент конституціоналізму визначає джерела публічної влади, її легітимності, установчий характер конституції. Цей механізм забезпечує *обмеження сваволі публічної влади*, що є ідеологічною цінністю конституціоналізму. *Змістом діяльності держави стає* не лише забезпечення громадянських і політичних прав, а також соціальних прав та прав на розвиток (колективні права), *що вимагає від конституційної юстиції динамічно тлумачити основні права*. Основним юридичним механізмом обмеження владної сваволі є *поділ влади та судовий контроль за актами публічної влади*. Із вимоги народного суверенітету впливає цивільний контроль над поліцією та спецслужбами, а також обмеження свободи розсуду в діяльності уряду й адміністрації.

Виникнення конституціоналізму, як правило, пов'язують із появою писаних конституцій, тобто відштовхуються від проблеми наявності ідей і вчень про конституцію²⁴, ставлення до конституції як

²⁴ Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму. – Львів: Астролябія, 2003. – С. 60.

до юридичного документу, проблеми її бажаності або небажаності. Як правило, при прийнятті конституції найбільше питань ставиться щодо встановлення форми правління: «Можливо, саме тому у конституціях завжди давалася помірна деталізація прав»²⁵.

У вітчизняній літературі вирізняють три рівні конституціоналізму: сукупність певного теоретичного знання, політично-правової практики та конституційно-правової регламентації окремих аспектів суспільних відносин²⁶. Професор Володимир Шаповал трактує конституціоналізм як формулу „конституційно-правова норма + практика її реалізації”, у поєднанні конституційної правотворчості і правозастосування²⁷, надаючи йому сенсу згідно нормативістського праворозуміння. У своїй пізнішій праці Володимир Шаповал трактує конституціоналізм як «передусім політико-правов[у] ідеологі[ю], інтелектуальні узагальнення, притаманні певному етапу історичного розвитку». Далі він вказує на те, що конституціоналізм охоплює «державне правління у широкому сенсі, обмежене за змістом конституції», а також практику «конституційного регулювання суспільних відносин»²⁸.

На перших етапах еволюції конституціоналізму переважав ліберальний підхід, а нині спостерігається тенденція до політизації і соціалізації конституції, що насамперед виражається у концепції правової, соціальної, демократичної держави.

Конституціоналізм є сукупністю ідей та уявлень про роль конституції у суспільстві та відповідне їх втілення у політико-правових відносинах. Інтелектуальною основою конституціоналізму є ідеї обмеження публічної влади та забезпечення основних прав і свобод, гарантією чого виступає судовий конституційний контроль. Пізніше виникають ідеї про необхідність організаційного та процедурного забезпечення основних прав і свобод, що зв'язує форму та організацію публічної влади. Відповідно до цього формується конституційна правотворчість та правозастосування. При конституційній правотворчості мають важливе значення погляди на природу

²⁵ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001. – С. 31.

²⁶ История буржуазного конституционализма в XIX в. – М., 1986. – С. 3, 5.

²⁷ Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. - № 5. – С. 26 – 28.

²⁸ Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 17.

парламентської демократії, про способи делегування законодавчих повноважень та засоби парламентського контролю за діяльністю уряду. Дослідження ідей про закономірності конституційного правозастосування веде до формування поглядів на роль соціального і правового захисту основних прав і свобод, інтерпретації конституції та ролі у цьому процесі органів конституційної юстиції.

Конституційні системи складають основу національного правопорядку і вони втілюють функцію конституції по забезпеченню політичної інтеграції суспільства і держави, посилення соціальної активності та відповідальності приватних осіб та асоціацій у боротьбі за певний соціальний інтерес, упорядковують та стабілізують стан правової визначеності суб'єктів права у правовідносинах.

Угорський конституціоналіст А. Шайо²⁹ вважає, що конституції є породженням страху перед невизначеністю: вони не на стільки виконують функцію соціальної інженерії, як функцію обмеження влади та звільнення суспільства від певних міфологем конституційного характеру. До таких міфологем можна цілком впевнено віднести: концепцію народного суверенітету Ж.-Ж. Руссо, яка домінувала до «оксамитових революцій» в країнах Центральної та Східної Європи; корпоративізм і навіть клієнтелізм політичних партій; намагання певних інститутів присвоїти монополію на прийняття владних рішень; видання національної єдності, національної ідеї за чисту монету легітимності певного суспільного устрою, який не має нічого спільного із правопорядком та ідеєю конституції.

Саме з цих позицій закономірно ставити питання: чи виробило суспільство певну конституційну традицію, на які соціальні верстви та інститути вона (конституційна традиція) спирається, за допомогою яких юридичних засобів вона забезпечується; яка кінцева мета такого конституційного устрою?

Формування та функціонування конституційних систем пояснюється із різних позицій. Якщо розглядати розвиток суспільних процесів із лінійної точки зору, то напрошується висновок про поступальний та цілеспрямований їхній розвиток по висхідній лінії, який зумовлений певними соціальними закономірностями. Така детермінація суспільного процесу базується на уявленнях про те, що розвиток суспільства базується на певних суспільних законах.

²⁹ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

Конституційні системи можна класифікувати за основним критерієм – конституційною традицією права, а систему джерел права та їх інтерпретацію (тлумачення), правовий стиль, конституційну інфраструктуру – можна розглядати в якості додаткових критеріїв.

Конституційна традиція знаходить свій прояв у правонаступності, стійких історичних, філософських, релігійно-етичних витоках права, а також в усвідомленні та відношення людей до ролі права у суспільстві. правонаступність виражається у тому, що система законодавства має відносно стабільний характер, нове законодавство розробляється і приймається на основі «старих» норм.

Зокрема, на формування ліберальної традиції конституційного права вплинули ідеї верховенства основних прав і свобод над публічною владою, поділ влади, істотна роль у суспільному середовищі юристів, парламентаризм, демократія, система правового захисту конституції тощо. Характерними рисами ліберальної традиції права також є високий рівень правової культури, заснованої на легітимних та пуританських принципах, а також підтримка загального поняття правової держави, сформованої під впливом філософії природного права. Фундаментальними цінностями західного права є верховенство права, стабільність і наступність правових інститутів, демократія у її політичному та економічному розумінні, висока роль юристів у суспільному житті, засади ринкової економіки у її ліберальні та соціальному трактуванні, цілісний характер правової системи. Відділення права від політичної сфери дозволяє забезпечити гарантії незалежності судової влади та юристів, а також розвиненість процесуального права.

Традиційно-звичаєва конституційна система заснована на інтенсивному використанні у механізмі соціального регулювання морально-етичних, релігійних та корпоративних норм, які тісно є переплетеними з правовими нормами. Сутність цих конституційних традицій полягає в тому, що соціальні процедури регулювання суспільних інтересів забезпечуються через релігійні, морально-етичні взірці соціальної поведінки, які обумовлені традиційною структурою суспільства. Зокрема, оцінка легітимності та стійкості норм релігійного права стала неможливою без з'ясування факторів, що відносяться до духовної культури і соціальної психології, які за силою свого впливу не тільки не поступаються, але часто переважають юридичні інститути європейського походження. Тому справедливо зазначає

Р. Давид, що «західний спосіб мислення не є ні панівним, ні безспірним у сучасному світі». Зокрема, оцінка легітимності та стійкості норм релігійного права стала неможливою без з'ясування факторів, що відносяться до духовної культури і соціальної психології, які за силою свого впливу не тільки не поступаються, але часто переважають юридичні інститути європейського походження. Настороженість до європейських процесуальних механізмів обумовлена колективними (корпоративними) формами соціального співжиття, уявленнями індивіда про гармонію його існування у соціальному середовищі, необхідністю мобілізації значних суспільних ресурсів, пов'язаних із викликами, які ставали перед суспільством з боку природного середовища, в силу геополітичних, демографічних і навіть антропологічних факторів. Тому такий механізм регулювання соціальної поведінки та забезпечення правопорядку є більш придатним для суспільств із його традиційною структурою. Саме з цих причин оцінка традиційних правових сімей виключно позицій західного права є занадто уразливою. В зв'язку із процесами глобалізації традиційні правопорядки зближуються із західними скоріше у сфері матеріального права.

Традиція права знаходить свій прояв у таких елементах: 1) правонаступності, тобто «тягlosti» основних правових інститутів; 2) стійких історичних, філософських, релігійно-етичних витоках права; 3) усвідомлення та відношення людей до ролі права у суспільстві. Правонаступність виражається у тому, що система законодавства має відносно стабільний характер, нове законодавство розробляється і приймається на основі «старих» норм. На думку К. Осаке, права традиція – це глибоко укорінені у свідомості людей та історично зумовлене їх відношення до ролі права у суспільстві, природі права та політичної ідеології, а також до організації і функціонування правової системи³⁰. Приміром, він виділяє в якості компонентів західної традиції права сильний вплив римського приватного права, що виражалось у його рецепції. На формування західної традиції права також вплинуло канонічне право, відокремлене оформлення якого сприяло секуляризації права, тобто його позбавлення від релігійно-етичних норм. Характерними рисами західної традиції права також є високий рівень правової культури, заснованої на легітимних та пуританських

³⁰ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. – М.: Дело, 2002.

принципах, а також підтримка загального поняття правової держави, сформованої під впливом філософії природного права.

На основі аналізу характеристик правової системи, конституційного ладу можна визначити структурні елементи конституційної традиції. Основою конституційної традиції є такі основні елементи: 1) місце і роль конституції в якості соціального регулятора; 2) система фундаментальних принципів і цінностей, які лежать в основі конституційної системи; 3) особливості моделі конституційного контролю та правового захисту конституції; 4) механізм демократії та здійснення народом контролю над владою; 5) ступінь втручання публічної влади у приватне життя особи та гарантії прав людини й основоположних свобод; 6) ступінь конституційного регулювання політичної, економічної, соціальної та культурної сфери суспільного життя; 7) механізм установчої влади, тобто особливості процесу прийняття та внесення змін до конституції; 8) особливості режиму парламентаризму та парламентського контролю над діяльністю уряду.

Вітчизняна конституційна традиція ґрунтується на забезпеченні єдності суспільства (солідаризмі) за магістральними напрямками його розвитку, гармонійного поєднання колективних і індивідуальних інтересів (солідаризму), поваги гідності людини та забезпечення соціально-економічного, культурно духовного різноманіття життя індивіда. Наступність проявляється у континуїтеті та належному функціонуванні влади, хоча спостерігаються неоднозначні рішення у плані забезпечення континуїтету.

Сьогодні в Україні стоїть важливим питання про здійснення правової політики у напрямі розширення соціогуманітарного виміру права. Для того, щоб визначити стратегічні напрямки розвитку вітчизняного права, необхідно усвідомлювати специфіку зародження конституційної традиції в Україні.

З онтологічної точки зору на правовій географії світу конституційна традиція в Україні починає базуватися на плюралістичній моделі відносин між інститутами влади та прийнятті рішень, які мають силу закону. Згідно із останніми змінами до Конституції України, поглиблюється модель деконцентрації влади.

З ґносеологічної точки зору конституційна традиція насамперед пов'язана із ефективністю захисту прав людини й основоположних свобод. Однак відсутність інституту конституційної скарги і часті випадки нехтування з боку публічної влади основними правами знижу-

ють ефективність конституції. Бо конституція, як і право, служить для упорядкування відносин, а не пізнання світу чи природи³¹.

Цінність конституції полягає у забезпеченні правових рамок публічного управління (*public administration*) відповідно до принципу верховенства права. Цінність конституції полягає не лише в тому, що будь-яка країна повинна мати конституцію. Її цінність полягає в тому, що засновується правопорядок, який зумовлений певними надпозитивними ідеями, які розглядаються як загальнолюдські цінності. В Україні такими цінностями визнаються основні права і свободи, національна безпека, баланс інтересів української нації і національних меншин та їхній гармонійний розвиток, забезпечення вільного розвитку української мови, мов національних меншин та міноритарних мов (мов, яким загрожує реальне зникнення) тощо.

При визначенні конституційної традиції в Україні завжди постає питання про вплив на неї зовнішнього середовища. Оскільки Україна веде співробітництво із низкою міжнародних організацій та наднаціональних інститутів із різним ступенем інтенсивності³², виникають питання про визначення правових критеріїв актів компетентних органів влади на предмет їх відповідності національним інтересам України. З процедурної точки зору такі дії органів влади, які *ex officio* компетентні представляти Україну на міжнародній арені, повинні підлягати парламентському контролю під страхом конституційної відповідальності (відставки, визнання неконституційними тощо) у разі неналежного виконання своїх обов'язків. При цьому рішення парламенту, які прийняті у рамках належної процедури, повинні безумовно виконуватися.

Сьогодні відзначається вплив на конституційну традицію України правової системи Ради Європи. Зокрема, українські суди у сфері основних прав і свобод все частіше починають застосовувати прецедентне право Європейського Суду з прав людини. На місцевому і проміжному рівні публічної влади все більш інтенсивними та ефективним стає транскордонне співробітництво.

³¹ Циппеліус Р. Юридична методологія. Переклад, адаптація, приклади з права України та список термінів Р. Корбута. – К.: Реферат, 2004. – С.10.

³² Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України. – К.: ІДП НАНУ, 2003.

1.2. Основні сучасні типи конституціоналізму

Сьогодні склалися різні типи конституціоналізму, які впливають на відповідні конституційні традиції. Зокрема в основі англо-американського конституціоналізму лежить лібералізм, який виражає ідеї мінімального втручання публічної влади у приватне життя індивіда, конституція вважається інструментом введення публічної влади у правові рамки, основним елементом якого є режим парламентаризму (Об'єднане Королівство) та судовий конституційний контроль (США).

Ліберально-демократичний конституціоналізм притаманний країнам континентальної Європи. Після кризи лібералізму у період між двома світовими війнами, яка виразилася насамперед у кризі парламентаризму і відповідального парламентського правління змінилися акценти на визначенні сфери легітимності втручання публічної влади у приватне життя індивіда. Для ліберально-демократичного конституціоналізму є притаманною ідея соціального захисту, яка виражається в інституті соціальної держави. Водночас французька модель конституціоналізму спирається на раціоналізований парламентаризм, специфічний інститут конституційної юстиції та елементи авторитарної традиції, що виражається у значній ролі президента у системі публічної влади. Натомість германська модель конституціоналізму базується на ідеях поваги гідності людини, парламентаризмі, невід'ємним елементом якого є конструктивний вотум, міністеріальному правлінні та значній ролі конституційного суду у забезпеченні верховенства конституції.

Розвиток ліберально-демократичного конституціоналізму мав істотний вплив на трансформацію конституційних систем країн Центральної та Східної Європи після падіння комуністичних режимів у результаті «оксамитових революцій». Такі соціальні процеси ґрунтувалися на досвіді мирного переходу країн Південної Європи від авторитарного до демократичного правління за допомогою інструментів консенсусної демократії.

Заслуговує на увагу розвиток ідей конституціоналізму в умовах перехідного суспільства, концепція народного конституціоналізму та вплив ідей конституціоналізму на традиційні правопорядки.

Класифікація конституціоналізму за доктринальним та порівняльно-правовим критерієм. Згідно з цими засадами можна виділити відповідно: доктринальні типи (ліберальний, ліберально-демократичний, соціальний, традиційний, перехідні), компаративні типи конституціоналізму (американський, вестмінстерський, французький, германський, ісламський, латиноамериканський, далекосхідний, перехідний). Насправді ліберальний конституціоналізм переважно притаманний американському та вестмінстерському конституціоналізму. Ліберально-демократичний конституціоналізм характерний для германського. Французький конституціоналізм займає проміжне становище між ліберально-демократичним та соціал-демократичним; переважно до соціал-демократичного конституціоналізму тяжіє конституціоналізм постсоціалістичних країн; країни пострадянського простору знаходяться на проміжному становищі між соціал-демократичним та традиційним конституціоналізмом; країни з ісламською, індуською, далекосхідною традицією права поступово переміщуються від традиційного до соціал-демократичного конституціоналізму. Загалом загальносвітовий тренд еволюції конституціоналізму як правового феномена полягає у посиленні ролі соціал-демократичного його типу, оскільки у сучасних умовах він містить найефективніші механізми інтеграції суспільства та забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, а також дає змогу зберегти різноманітність та оригінальну природу національних конституційних систем.

Ліберальний конституціоналізм. В основі ліберальної конституційної традиції лежить західна традиція права. Американський вчений Гарольд Берман виділяє наступні характерні риси західної традиції права: а) відносно чітка межа між правовими та іншими інституціями; б) управління правовими інституціями доручається корпусу професійних юристів, які здобули спеціальну освіту; в) юридична думка впливає на правові інститути, вона аналізує і систематизує право, за допомогою чого формується понятійний апарат права; г) право сприймається у суспільстві як узгоджене ціле, єдина система; ґ) закон сприймається як цілісна система, «організм», який розвивається через покоління; д) життєздатність правової системи ґрунтується на впевненості суспільства в довговічному характері права; е) розвиток права свідчить, що воно не просто продовжується, а має свою історію; є) історичність права пов'язана з усвідомленням його переваги над

політичною владою; ж) право володіє верховенством щодо політичної влади³³.

Таким чином, фундаментальними цінностями європейського права є верховенство права, стабільність і наступність правових інститутів, демократія у її політичному та економічному розумінні, висока роль юристів у суспільному житті, засади ринкової економіки у її ліберальні та соціальному трактуванні, цілісний характер правової системи. Відділення права від політичної сфери дозволяє забезпечити гарантії незалежності судової влади та юристів, а також розвиненість процесуального права. У цьому відношенні соціалістичне право виглядає своєрідною «правовою аномалією», оскільки правова інфраструктура обслуговує поряд із правовими відносинами також і політичну сферу.

Класичною моделлю конституціоналізму вважається американська, яка базується на кодифікованій конституції та авторитетній юриспруденції, втілюваній у діяльності Верховного суду. В основі американського конституціоналізму лежать кілька теорій: процесуальна, прав людини, «дуалістичного конституціоналізму». Процесуальна теорія (Джон Г. Елай, Леон Г. Трайб) базується на ідеї інтерпретації конституції судовими установами, які у рамках належної правової процедури дають тлумачення основоположним конституційним цінностям. Власне, діяльність Верховного суду Воррена втілила положення цієї теорії у практичну площину³⁴. Процесуальна теорія черпає свої корені на розмежуванні питань політичного та правового характеру як необхідної умови прийняття виважених судових рішень. Теорія прав людини (Рональд Дворкін, Генрі Р. Монаган) ґрунтується на припущенні, що конституція захищає основні права і свободи від необдуманих рішень більшості, які можуть бути мінливими та упередженими. Ця теорія оперує принципами права, які є основою для застосування правил у випадку правової невизначеності, виходячи із свободи суддівського розсуду (дискреційного права)³⁵. Теорія «дуалістичного конституціоналізму» (Б. Акерман) виходить із ідей про те, що конституція вста-

³³ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1998.

³⁴ Modern Constitutional Theory: A Reader. / 3rd Ed. By John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff. – St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994. – S. 3 – 4.

³⁵ Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А. Фролкіна. – К.: Основи, 2001. – С. 47 – 70, 114 – 124.

новила демократичне правління, яке обмежене власне конституцією. При цьому правління засновано на тяглоті правової традиції, оскільки законодавче творення права (*higher lawmaking*), засноване на конституції, а з іншого боку існує традиційне для англо-американської системи судове творення права (*judgment*)³⁶.

У США запроваджено жорстку модель поділу влад, заснованої на системі стримувань і противаг. Квінтесенцією американського конституціоналізму є вираз колишнього голови Верховного суду Олівера Холмса: «Право є те, що сказав суд». Американський досвід запозичений країнами Латинської Америки, однак практика показала непридатність американської моделі до латиноамериканського ґрунту, що привело існування авторитарних режимів у цих країнах та нестабільності конституційних систем.

Англо-американська конституційна традиція базується на дуалістичному підході: «неписаній» конституції та жорсткій конституції. Англійська «неписана» конституція, на думку Альберта Дайсі, базується на трьох принципах: законодавчому суверенітету парламенту (*the legal sovereignty of Parliament*), верховенстві права (*the Rule of Supremacy of Law*) та залежності звичаїв від конституційного права³⁷. Взаємозв'язок між принципом суверенітету парламенту та принципом верховенства права виражається в тому, що парламент не може зловживати владою та свавільно приймати законом. Ця ідея набуває важливе значення в сучасних умовах, для якої характерне переплетіння функцій парламенту та уряду, широка практика делегування законодавчих повноважень парламенту урядові.

На противагу американському конституціоналізму британський конституціоналізм відображає ідею суверенітету законодавчого органу при визнанні автономної правотворчої ролі судової влади. Конкуренція ідей конституціоналізм *versus* парламентаризм є специфічним феноменом в англо-американській правовій традиції, який відрізняє її два напрями.

Разом з тим, британська традиція верховенства парламенту не передбачає прийняття правових актів, які б володіли вищою юридич-

³⁶ Modern Constitutional Theory: A Reader. / 3rd Ed. By John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff. – St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994. – S. 41 – 53.

³⁷ Dicey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. – London: Macmillan and Co., 1931. – P. 35.

ною силою, оскільки це посягає на суверенітет парламенту. Вестмінстерська конституційна традиція побудована на Великій хартії вольностей 1215 р., Петиції прав та Білю про права 1689 р. та Актові про устрій 1700 р. Ці правові акти надали високого ступеня легітимності британського парламентаризму, на них власне й базується принцип суверенітету парламенту. Тим більше сьогодні принцип суверенітету парламенту не тлумачиться абсолютно. Насамперед, це пов'язано зі вступом Об'єднаного Королівства до Європейських економічних співтовариств 1972 року. Також сьогодні змінилася інтерпретація співвідношення між конституційним та іншим законодавством. Так, палата громад може передати Біль конституційного значення для детального розгляду насамперед комітету всієї палати ніж звичайному комітетові палати, але не всякий Біль конституційного значення розглядається саме таким чином. Згідно із доктриною відхилення, що припускається, наступний акт превалює над положеннями попереднього, однак у деяких випадках статутів особливої важливості суди інколи опираються визнанню самого факту про те, що ці статuti були переглянуті наступними актами³⁸.

Сьогодні існує проблема визначення, ідентифікації конституційного статуту. В якості можливого механізму розмежування розглядається диференціація щодо їхнього розгляду у Палаті лордів. Так, важливі конституційні білі виділяються із загальної маси законодавства для більш детального розгляду Палатою громад і сьогодні існує процедура виділення таких білей шляхом визначення спікером так званих фінансових білей. Тому такий підхід пропонується генералізувати щодо розмежування законодавства, що може втілитися у наділенні спікера владою щодо визначення білей в якості конституційних³⁹.

Таке взаємовідношення традиційно доповнюється системою конвенційних норм, які склалися у політичній практиці у відносинах між парламентом та урядом. Конвенційні угоди розглядаються як важлива складова політичної діяльності, яка базується на повазі до правової традиції та системи прецедентів. Їхньою особливістю є те, що конвенційна практика не відстоюється у судах загального права, їхня авторитетність базується на політичній придатності та ефективнос-

³⁸ Медушевский А. Теория конституционных циклов.- М., 2003. – С. 51.

³⁹ Russell M. Reforming the House of Lords. Lessons from Overseas. – Oxford: Oxford University Press, 2000. – P. 276 – 278.

ті. Таким чином, в Об'єднаному Королівстві існує своєрідне звичаєве право як частина конституційного права і воно забезпечується в силу свого авторитету. Звичай (конвенція) може бути змінений у силу суспільного консенсусу: якщо хоча б одна із сторін не погоджується на його зміну, продовжує чинність попередній звичай⁴⁰.

Принцип суверенітету парламенту не поширюється на сферу загального права. Доктрина судового прецеденту зводиться до того, що «кожний суд зобов'язаний слідувати рішенню більш високого за положенням суду, а апеляційні суди (крім Палати лордів) зв'язані своїми попередніми рішеннями». Сутність цієї доктрини проявляється також в тому, що судді «нерідко зобов'язані слідувати раніше прийнятому рішенню навіть у тих випадках, коли є достатньо переконливі доводи, які в інших обставинах дозволили би не робити цього»⁴¹.

Сьогодні у зміст судового прецеденту закладаються не тільки прецеденти, сформовані судами загального права, а також європейських судів: зі вступом Великої Британії з 1973 р. визнається судове прецедентного права Люксембурзького Європейського суду справедливості та Страсбурзького Європейського суду з прав людини, який надає інтерпретацію положень Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р.

Структура судового рішення зумовлена необхідністю сформулювати правило слідування (*stare decisis*), відповідно до чого в ньому присутні такі елементи: фактичні обставини справи, питання кваліфікації права та юридичне обґрунтування рішення суду. При визначенні фактичних обставин справи суд дає визначення істотних обставин, які мають значення для справи та ухвалення правосудного рішення. Юридична кваліфікація дає змогу вирішити питання про зв'язаність фактичних обставин справи із попередніми прецедентами, а також при цьому суддя може визначити про наявність підстав та необхідність обходу вже існуючого прецеденту. Юридичне обґрунтування рішення суду визначається тим, що рішення ухвалюється більшістю. До думки більшості можуть бути опубліковані окремі (особливі) думки суддів, які можуть збігатися із думкою більшості (*obiter dictum*) або не узгоджуватися із думкою більшості (*dictum*). При застосуванні прецеденту судді повинні дотриму-

⁴⁰ Marshall G. Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability. – Oxford: Clarendon Press, 1984.

⁴¹ Кросс Р. Прецедент в англійском праве. – М.: Юридическая литература, 1985.

ватися таких правил: 1) тільки принцип, що заснував судові рішення, є тою обов'язковою частиною (*ratio decidendi*), яка послужить прецедентом для наступного судді; 2) «не покладена в основу вироку» думка, яка могла би бути сказаною незалежно від вироку або навпаки, «як підхід до нього», не є судовою думкою; з юридичної точки зору воно розглядається не інакше, як «добровільна заява»; 3) всі висловлені по ходу ухвалення рішення загальні положення, які не є застосовуваними до специфічних особливостей справи, є позасудовими положеннями, які не мають ніякої зобов'язальної сили; 4) у випадку, коли судові рішення обґрунтовані не одним основним за загальним правом, а двома доводами, то «обидва є обов'язковими при розгляді наступних аналогічних справ»; 5) всі судові рішення повинні тлумачитися у процесі правозастосування не інакше як «з урахуванням обставин, в зв'язку з якими ці рішення були прийняті»; 6) кожне судові рішення «повинно бути прочитано у світлі рішень по справам»; 7) при здійсненні правосуддя слід виходити з того, що подібні справи повинні вирішуватися подібним чином⁴².

Разом із тим жорстке правило слідування прецеденту сьогодні змінюється. Починаючи з 1966 р. Палата лордів за заявою Лорда-канцлера відмовилася у майбутньому жорстко слідувати своїм прецедентам: «Їх світлості визнають, що надмірна жорстка прихильність прецедентові може призвести до несправедливості у конкретному випадку і до невиправданих обмежень у розвитку права... [Тому існує] необхідність змінити існуючу практику і, вважаючи попередні рішення Палати лордів у принципі обов'язковими, допустити можливість відступу від них у випадку необхідності».

Сьогодні правило прецеденту також трансформується завдяки посиленню статутного права, яке поступово стає не вторинним джерелом права, а вступає у період конкуренції із прецедентним правом. Так, за допомогою актів парламенту можуть бути скасовані прецеденти. З іншого боку, шляхом прийняття статутних актів створюються якісно нові юрисдикційні органи у вигляді адміністративних трибуналів, які виконують квазі-судові повноваження і рішення яких можна оскаржити у суді загального права в порядку апеляційного оскарження. У Великій Британії на еволюцію прецеденту суттєво впливає процес входження країни у Європейський Союз, а в США прецедентне право засноване на писаній конституції.

⁴² Кросс Р. Прецедент в англійском праве. – М.: Юридическая литература, 1985.

Вестмінстерська модель конституціоналізму знайшла своє відображення у колишніх домініонах Великої Британії: Канаді, Австралії, Новій Зеландії. Так, формальним главою держави у цих країнах вважається британський монарх, якого представляє генерал-губернатор. Інвеститура генерала-губернатора є формальною, оскільки британський монарх затверджує на цей пост, кандидатуру запропоновану прем'єр-міністром, який репрезентує парламентську більшість.

Американська модель конституціоналізму базується на кодифікованій, так званій «писаній», конституції. За своїм характером це є жорстка конституція, оскільки внесення змін до неї здійснюється кваліфікованою більшістю Конгресу та потребує ратифікації трьох чвертей легіслатур. У самій американській конституції відповідно до правової традиції закладено модель сильної і незалежної судової влади. Така система зумовлює соціальну активність суду щодо інтерпретації конституції, що забезпечує її еволюційний розвиток на відміну від європейської практики конституційних реформ або розриву континуїтету. Відповідно Верховний суд США є головним інститутом, який володіє монополією щодо визначення критеріїв конституційності законів, що приймаються Конгресом. Еволюція Верховного суду США знає боротьбу прихильників юридичного нейтралітету та політичного тлумачення права. Прихильники юридичного нейтралітету стоять на позиції, що конституцію необхідно тлумачити виходячи із її тексту за допомогою засобів юридичної герменевтики та формально-логічних методів інтерпретації. На думку представників політичного тлумачення права відповідно до концепції живого права конституція тлумачиться, виходячи із реального стану суспільних відносин, які існують у суспільстві і що саме суду належить монополія щодо визначення конституційності.

Така активна роль суду у «перетворенні» конституції шляхом її динамічного тлумачення, на думку американських вчених, сьогодні вичерпує поступово свій потенціал. Зокрема, це проявляється в тому, що все більше спостерігається розрив між виконавчою і законодавчою діяльністю та їх конституційним обмеженням. Діяльність президента все більше набуває граничного характеру: часто його рішення знаходять на балансі між конституційними нормами та адміністративною практикою, його рішення все менш є зв'язані правом і відповідно вони все менше піддаються з боку законодавчих приписів. В умовах відсутності системи парламентського контролю за діями виконавчої влади, це сприяє концентрації влади в руках виконавчої влади. Тому не зва-

жаючи на закріпленій у конституції принцип поділу влади, складно провести розмежувальну лінію між законодавчою та виконавчою владою і визначити межі їхньої юрисдикції⁴³.

Ліберально-демократичний конституціоналізм: від ідеї конституційної юстиції до ідеї конституційної держави. На відміну від американської моделі у країнах Західної Європи реалізується поступово французька модель конституціоналізму (Італія, Іспанія та ін.). Самостійно формується германська доктрина, яка реалізується у Конституції Німецької імперії 1871 р., в якій вперше у практиці світового конституціоналізму закріплено соціальні зобов'язання держави.

Французька модель. Французька конституційна традиція має дискретний характер, оскільки Конституція V Республіки є шістнадцятою за ліком в історії французького конституціоналізму. Для Франції загалом є притаманним ведення постійних політичних дебатів з приводу майбутньої побудови інститутів влади. За словами Андрія Медушевського, Франція знала всю повноту конституційних циклів: існувала «правильна періодичність зміни парламентаризму авторитарною владою, що завершилася на цей час появою особливої змішаної (або парламентсько-президентської) форми правління»⁴⁴.

У ході складних політичних процесів у Франції, зокрема внаслідок поразки країни у війні з Німеччиною в 1871 р. встановилася ліберальна конституційна система згідно із Конституцією 1875 р. Вона передбачала створення парламентського режиму за аналогом британської концепції суверенітету парламенту, який ще іменували режимом парламентської асамблеї. Ця система мала істотні недоліки і її неодноразово пропонували реформувати Карре де Мальберг, Ж. Бартелемі та Р. Капітан. Однак цю систему було складно реформувати в зв'язку опором цьому корпоративних інтересів членів парламенту, їхньої обструкції з боку політичних партій, поширення у суспільстві уявлень, які ототожнювали демократію і парламентський абсолютизм, а також типових для Франції побоювань відтворення колишньої бонапартистської моделі у новому вигляді⁴⁵. Тиранія парламентської асамблеї призвела напередодні Другої світової війни

⁴³ American Constitutional Law. 3rd ed. / Ed. by L. Fisher. Durham: Carolina Academic Press, 1990.

⁴⁴ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005. – С. 90.

⁴⁵ Медушевский А.Н. Вказ. праця. – С. 93.

до кризи ліберального конституціоналізму у Франції. Корпоративні відносини всередині парламенту перешкоджали виробленню ефективного політичного курсу проти екстремістських політичних рухів і партій. У результаті поразки Франції від Німеччини у 1940 р. у Франції встановився авторитарний режим.

Прийняття Конституції 1946 р. знову повернуло Францію на рейки парламентського правління, в умовах якого відбувалися часті урядові кризи і система правління була неефективною.

Французька модель прийняття конституції полягає у розриві конституційної наступності (континуїтету). Зокрема, конституція 1958 р. приймалася у неоднозначній політико-правовій ситуації і здійснювалася у декілька стадій. Перша стадія була пов'язана із забезпеченням самої можливості такої зміни, оскільки конституція 1946 р. наділяла парламент монополією на прийняття нової конституції. Ш. де Голль добився перегляду ст. 90 Конституції IV Республіки шляхом голосування за вотум довіри урядові готувати відповідний проект конституції. Також було переглянуто конституційний закон № 58-7233, яким ініціатива на перегляд конституції належала урядові, а потім мала обговорюватися у Раді міністрів після заслухання висновку Державної ради. Поправки до конституційного закону містили принципи, які визначали параметри майбутнього проекту конституції. Остаточне питання про порядок перегляду конституції було вирішено передати французькому народові на референдум. Континуїтет був збережений щодо інституту прав людини та концепції співдружності. У цих рамках йшла боротьба між авторитарною та парламентарною тенденціями, що вилилося у дуалістичну модель напівпрезидентського правління.

Сучасний французький конституціоналізм базується на сильній президентській владі, раціоналізованому парламентаризмі та обмеженій ролі конституційної юстиції. Конституція V Республіки є частково кодифікованою, структура якої виражає тяглість цілого комплексу конституційних процесів з часів Французької революції. Спадщина французького конституціоналізму впливає на функціонування інститутів державної влади та інших елементів політичної системи суспільства. Сьогодні Конституція V Республіки у матеріальному значенні існує у вигляді т.зв. «конституційного блоку». За своєю структурою «конституційний блок» складають Декларація прав людини і громадянина (1789), Преамбула Конституції IV Республіки (1946), Конституція V Республіки (1958) та основоположні принципи права, які «виводить»

Конституційна рада у результаті розгляду конституційних спорів. Доктрина «конституційного блоку» сформульована Конституційною радою при вирішенні справи про асоціації (1972), відповідно до якої основні права і свободи індивіда є невідчужуваними і вони складають невід'ємну частину Конституції V Республіки. Рада визнала, що права і свободи індивіда пройшли складну еволюцію, але містячи в собі «непорухне ядро», є основою для «виведення» основних принципів права, які пронизують конституційну систему V Республіки.

Проблема «конституційного блоку» породжує спори про природу певних наднормативних цінностей та ідей, оскільки вони власне і є основою конституційного порядку Франції. Слід підкреслити, що Конституція V Республіки є жорсткою за порядком внесення змін: ця процедура здійснюється шляхом референдуму або перетворення палат парламенту у єдиний орган – Конституційний конгрес. Згідно із концепцією установчої влади сама ідея надконституційності іманентна характеристика конституції. Це зв'язує учасників політичного процесу та накладає обмеження у політичній діяльності (Ж.-П. Жакке, Ф. Ардан, Р. Ріал). На думку інших (Ф. Люшер, Ж. Ведель), які виражають переважно позитивістські погляди, перегляд певних надконституційних принципів та ідей (до прикладу, республіканізм) можливий шляхом перегляду положень, які закріплюють ці принципи. У справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз (1992) Конституційна рада визначила, що установча влада є суверенною і «їй дозволено скасовувати, змінювати та доповнювати положення конституційного значення при додержанні, зрозуміло, правил стосовно способу, встановленого Конституцією».

У Франції втілена авторитарна модель організації публічної влади, у системі якої посідає центральне положення Президент із його «арбітражними» функціями (подібні конструкції ми бачимо стосовно конституційного статусу і Президента України). Сутність президентського арбітражу полягає в тому, що: «Президент слідкує за додержанням Конституції. Він забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних властей, а також наступність держави. Він є гарантом національної незалежності, територіальної цілісності, додержання угод Співтовариства і міжнародних договорів» (стаття 5 Конституції). Оскільки засідання уряду очолює президент, то вплив президента на політичний курс уряду є вирішальним. Разом з тим процедура контрасигнації актів президента з боку прем'єр-міністра обмежує конституційні прерогативи глави держави. Це зумовлює на деяких етапах «дуалізм» виконавчої

влади у тих випадках, коли опозиційна до політичного курсу президента парламентська більшість формує склад уряду.

Специфічною у Франції є система представницької демократії, яка втілюється у концепції раціоналізованого парламентаризму. Відповідно за цією концепцією законодавчі повноваження парламенту обмежені виключним переліком повноважень у Конституції; з певних питань парламент приймає «рамкові закони», які детально регламентуються урядом; поза законодавчою сферою парламенту існує сфера т.зв. «регламентарних повноважень» президента та уряду; широко застосовується інститут делегованого законодавства; у ході законодавчої процедури за пропозицією уряду можуть закінчуватися дебати стосовно законопроекту і прийматися рішення по суті; якщо парламент у 70-денний строк не схвалює бюджетний законопроект, набирає чинності урядовий бюджетний законопроект, попередньо внесений урядом на розгляд у парламент.

Німецький конституціоналізм базується на тому, що реальна конституція не зводиться лише до тексту Основного закону 1949 р. Конституція базується на ієрархії цінностей, серед яких на найвищому ступені знаходяться положення, які характеризують як принцип «вірності федерації», також партійної держави та войовничої демократії. На другому ступені знаходиться положення писаної конституції, а на третьому – над позитивні принципи – наприклад, правосуддя, гідність, моральний закон тощо. Така структура конституції зумовлює специфічну роль конституційної юстиції. На відміну від американської практики поєднання конституційного тексту із мінливою політичною практикою, німецька конституційна юриспруденція заснована на «більшому підкресленню значення формального тексту для вчинення впливу на політичну практику». На цій основі Федеральний конституційний суд забезпечує єдність конституції та державний суверенітет.

Німецька конституційна традиція базується на трьох цінностях-ідеях: класичному лібералізмі, соціалізмі та християнському природному праві⁴⁶. Ці традиції відіграють формуючу роль в історії німецького права, вони потужно представлені в Основному законі 1949 р. та мають свою тяглість у сучасному політичному житті Німеччини. Відповідно до цього Вільна демократична партія представляє класичну

⁴⁶ Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 31.

ліберальну традицію, СДПН – соціалістичну традицію, а ХДС/ХСС – християнську традицію природного права⁴⁷. Відповідно до Основного закону ці історично антагоністичні партії сформували дивовижну систему погодження інтересів, яка дозволяє враховувати спектр громадської думки при здійсненні політичних заходів. При такій системі ВДП відстоює класичні ліберальні права і свободи, СДПН – принцип соціальної держави шляхом утвердження соціальної функції власності та соціалізації економічних ресурсів, християнська традиція – шляхом примноження громадських (*communal*) гарантій системи заходів (урядового курсу) щодо захисту шлюбу і сім'ї, права батьків на освіту їхніх дітей, інституційні прерогативи традиційних церков.

У ході громадської дискусії між представниками цих традицій на базі взаємної довіри виробляються спільні погляди з метою досягнення загального блага на основі природи конституціоналізму та гідності людської особистості. Після об'єднання Німеччини Основний закон набрав всієї повноти значення як національної конституції, не зважаючи на те, що у період його прийняття він розглядався як тимчасовий установчий акт. Основний закон ціннісно-орієнтований документ, оскільки він базується на ієрархії цінностей, гарантом чого виступає німецьке конституційне судове право (*case law*). Основний закон як би оформлює німецьку державність, оскільки держава існує до його прийняття. З іншого боку: «Держава як така, взята незалежно від своєї конституції, – не більше ніж ідеальна конструкція, штучне творіння думки, абстракція із області загальної теорії держави»⁴⁸. Тому німецька конституційна традиція звертає увагу саме на конституційне оформлення державності.

Зокрема, серед таких цінностей виділяють права людини та людську гідність, державність та моральність. Ці елементи розглядають у нерозривному зв'язку, оскільки вони взаємодоповнюють. Згідно зі ст. 1 Основного закону: «Гідність людини є непорушною. Їх повага та захист є обов'язком всіх державних органів». Такі положення лежать в основі конституційного ладу, про що неодноразово Федеральний конституційний суд вказував у своїх рішеннях. Положення конституції про повагу до людської гідності та основних прав черпають свою легітимність із веймарської конституції. Разом із тим, у дусі поєднання природно-правового та позитивістського підходів прийнято вважати,

⁴⁷ Idem. – Р. 31 – 32.

⁴⁸ Государственное право Германии. В 2-х т. – М.: ИГП РАН, 1994. – Т. 1. – С. 5.

що Основний закон визначає всі основні права, оскільки принцип соціальної держави (*welfare state*) гарантує права й третього покоління – права на розвиток. Логічний взаємозв'язок між державністю та моральністю базується на тому, що англійський термін *state* та німецький термін *der Staat* не тотожні. Термін *der Staat* дещо ширший ніж політичний орган; *der Staat* розглядається як вища форма людського суспільства, об'єднуючи індивідів та суспільство на вищому ступені синтезу (за Гегелем, на третьому ступені синтезу істинні елементи тези і антитези поєднуються в єдине ціле). На відміну від полісу (*polis*) Аристотеля та американської традиції цивільного республіканізму *der Staat* є надзвичайною суспільною цінністю. В умовах кризи ідей ліберальної держави, що призвело до створення нацистського режиму, німецька ідея свободи у державі зазнала трансформації через визнання ідей деконцентрації влади та забезпечення балансу повноважень між органами влади. Саме на таких ідеях базується повноваження ФКС щодо вирішення конституційних спорів між вищими органами державної влади, між федерацією та землями, між федеральними землями та інтерпретація Основного закону за зверненням комунальних органів влади.

Основою німецького конституціоналізму є спеціалізація конституційної юрисдикції, носій якої – Федеральний конституційний суд Німеччини наділений широкими повноваженнями щодо вирішення конституційних спорів: позбавлення основних прав, конституційності політичних партій, перевірки результатів виборів, імпічменту федерального президента, спорів між вищими державними органами, абстрактного судового контролю, конкретного судового контролю, конфліктів між федерацією та землями, зміщення з посади судді, конституційних спорів між землями, дій у сфері міжнародного публічного права, повноважень конституційних судів земель, застосування федерального права, розгляду конституційних скарг, інших спеціальних спорів згідно із законом⁴⁹. Це є сильна модель конституційної юстиції, яку ще характеризують як монополію на вирішення конституційних спорів⁵⁰. Вона запозичена більшістю країн Центральної та Східної Європи (далі – ЦЄ), на які германська конституційна доктрина має значний вплив. Конституційні суди країн регіону також запозичили бага-

⁴⁹ Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* / 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – S. 10.

⁵⁰ Хессе К. *Основы конституционного права ФРГ* / Пер. с нем. – М.: Прогресс, 1981.

то елементів правового стилю й окремі вироблені правові доктрини ФКС Німеччини.

Особливості конституціоналізму постсоціалістичних країн. У межах цього дослідження слід виділити групу країн колишнього так званого «соціалістичного табору» Центральної та Східної Європи. Дослідження особливостей конституціоналізму країн регіону є актуальним, оскільки спостерігаються подібні тенденції у розвитку конституційної системи в Україні. Також слід відзначити, що Україна, як і інші країни регіону ЦСЄ, здобула незалежність і перед нею виникли подібні проблеми державотворення і правотворення.

Слід також відзначити, що на розвиток конституційних систем країн регіону ЦСЄ має значний вплив «радянська» правова спадщина. Вплив цієї спадщини на постсоціалістичні країни власне «соціалістичного табору» сьогодні є мало відчутним в зв'язку із входженням більшості цих країн у склад Європейського Союзу і він ще й досі викликає певний культурний шок як на інтелектуальному, так й інституційному рівні, що виражається у неприйнятності авторитарних та тоталітарних практик правління⁵¹. На трансформацію країн ЦСЄ значною мірою вплинули процеси європейської та євроатлантичної інтеграції. Окрім деяких колишніх союзних республік Югославії, країни ЦСЄ стали державами-членами Європейського Союзу; більшість з них також стали членами НАТО.

У країнах ЦСЄ ідеї конституціоналізму почали втілюватися після періоду «оксамитових революцій» (1988 – 1989 рр.)⁵². Аналіз цих процесів свідчить, що сучасний шлях розвитку інститутів конституційного права в Україні подібний до країн ЦСЄ. Зокрема, як і в Україні, прийняттю національних конституцій у Польщі, Угорщині передуюча-

⁵¹ Див.: У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи: пер. з англ. / За ред. Д. Гузіни; гол. ред. серії і автор передм. Дж. Перлін; наук. ред. О. Кокорська. – К.: Ай Бі, 2003.

⁵² Див.: Бруннер Георг. Конституційнодавчий процес у Німеччині та Східній Європі. – Кельн, 1994; Пшеворський А., Альварес М., Чейбуб Х.А., Лімонжі Ф. Що робить демократії життєздатними? // У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи; Страшун Б.А. Конституционные перемены в Восточной Европе. 1989 – 1990. – М.: Юрид. лит., 1990; Balcerovicz, Leszek. Understanding Postcommunist Transitions. Journal of Democracy 5 (Oktober 1994); Lijphart, Arend. Democratization and Constitutional Choices in Czechoslovakia, Hungary and Poland, 1989-91. Journal of Theoretical Politics 4 (1992).

ли прийняття так званих «малих» конституцій, тобто до конституцій «соціалістичного зразка» вносилися зміни принципового характеру щодо організації органів публічної влади. Перетікання процесів реформування влади в Україні в сторону її деконцентрації були ускладнені своєрідною «радянською спадщиною».

У країнах Центральної та Східної Європи спочатку йшли процеси реформування власних державних систем, що стало базою для формування конституціоналізму у цих країнах. Із ліквідацією монополії комуністичних партій йшов неоднозначний процес трансформації політичних систем, однак політичні партії протягом тривалого часу були нерозвинутими⁵³. Тому сьогодні система конституціоналізму є незавершеною, оскільки політичні системи цих країн ще перебувають у стадії становлення. Результати останніх парламентських виборів у Польщі, Словаччині, Угорщині та Чехії також свідчать про практику клієнтелізму та партикулярності політичних інтересів. Це зумовлює створення урядів «національної єдності», «коаліційних урядів» на широкій політичній базі, елементи якої інколи знаходяться у процесі перманентної конкуренції.

Після ліквідації принципу однопартійності політичної системи та із розпадом Радянського Союзу у пострадянських і постсоціалістичних країнах по різному відбулися трансформаційні процеси. На зміну монізму форми держави необхідно було формувати нові інституції, характерні для полікратичної форми держави.

До першої групи країн, можна віднести Польщу, Словаччину, Словенію, Угорщину, Чехію. Вони були сателітами Радянського Союзу і відновивши власні демократичні традиції порівняно у короткі строки зуміли істотно реформувати свої конституційні системи на позиціях класичного конституціоналізму.

Другу групу країн складають переважна більшість балканських країн, в яких відбулася низка неоднозначних процесів, пов'язаних із міжетнічними конфліктами, які ще були закладені міжнародною системою на рубежі XIX-XX ст.ст. та практикою державного управління комуністичними урядами. Для балканських країн до періоду форму-

⁵³ Див.: Демократическое правовое государство и гражданское общество в странах Центрально-Восточной Европы / Ин-т международных экономических и политических исследований РАН. – М.: Наука, 2005; Страшун Б.А. Конституционные перемены в Восточной Европе. 1989 – 1990. – М.: Юрид. лит., 1990.

вання прорадянських маріонеткових урядів більш характерним було авторитарне правління, ніж демократичне. Тому формування конституційних систем, згідно із постулатами класичного конституціоналізму, було ускладнено і сьогодні воно має незавершений характер, зокрема, ускладнюється корупцією в інститутах влади.

Третю групу країн складають країни Балтії, які були у свій час анексовані Радянським Союзом і з моменту виходу із його складу акцентували увагу на поновленні своєї державності. Реформування інститутів влади у країнах Балтії відбулося на позиціях класичного конституціоналізму, оскільки в його основу було покладено захист основоположних прав і свобод людини як головний критерій ефективності владних інститутів та функціонування політичної системи суспільства.

Четверта група країн цього трансформаційного простору (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Молдова, Росія) на сьогодні більше тяжіє до авторитарної традиції. На цьому фоні виділяються Грузія та Україна, в яких сьогодні зберігаються істотні елементи авторитарної традиції, що є власне перешкодою переходу конституційних систем до класичного конституціоналізму. Формі держави Грузії у порівнянні із Україною притаманно більше елементів монархичності, що пов'язано із концентрацією влади в руках президента. В Україні влада є менш концентрованою, однак є невирішеними проблеми корупції в інститутах влади та функціонування незалежного та неупередженого суду. Політичні системи обох країн ще не цілком стратифіковані й структуровані, що проявляється у клієнтельській політичній практиці, коли партії розглядаються як інструмент реалізації інтересів певних ділових кіл⁵⁴.

Конституціоналізм, демократизація та авторитарна традиція. Конституціоналізм як продукт західної цивілізації набуває трансформації при переході країн від авторитарної до демократичних моделей правління. Як правило, здійснення переходу від авторитаризму до демократичних моделей правління супроводжується внесенням відповідних змін до конституції чи проведенням конституційної реформи. Водночас проведення конституційної реформи пов'язано із проблемою подолання авторитарної традиції та запозиченням правил і процедур функціонування інститутів влади та гаран-

⁵⁴ Савчин М.В. Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 4. – С. 123 – 125.

тій прав і свобод людини, які є складовими елементами ліберального конституціоналізму.

Конституційні запозичення межують із проблемою копіювання окремих конституційних інститутів та системних елементів конституції, що є дискусійним питанням для розвитку перехідних суспільств. Ця проблема також пов'язана із сумісністю певних елементів конституційного правопорядку.

Французька модель напівпрезидентської республіки стала надзвичайно популярною не тільки для колишніх французьких колоній, а також для багатьох нових держав пострадянського простору та країн Центральної та Східної Європи. За словами Андрія Медушевського, ця форма правління «стала сприйматися як найадекватніше вираження намагання до конституційної модернізації при збереженні ефективності виконавчої влади»⁵⁵.

Запозичення західної концепції конституціоналізму була ще нещодавно проблемою самоідентичності конституційних культур країн Центральної та Східної Європи⁵⁶. При конституційних реформах внаслідок «оксамитових революцій» країн регіону у багатьох країнах регіону опиралися ліберальній традиції⁵⁷, відповідно до якої у конституційній державі ніхто не володіє суверенітетом, оскільки як влада народу, так і публічна влада є обмежена надпозитивними цінностями, мірилом яких є конституція. Відповідно до цієї концепції важлива роль у забезпеченні режиму конституційності належить судам, які забезпечують контроль над владою та служать гарантом основних прав і свобод та здійснення влади у рамках права.

Опір такому запозиченню обґрунтовувався міркуваннями «особливостями історичного розвитку», «специфікою владних інститутів», соціальними зобов'язаннями держави тощо⁵⁸. Однак, з іншого

⁵⁵ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005. – С. 119.

⁵⁶ Демократическое правовое государство и гражданское общество в странах Центрально-Восточной Европы // Ин-т международных экономических и политических исследований РАН. – М.: Наука, 2005; Страшун Б.А. Конституционные перемены в Восточной Европе. 1989 – 1990. – М.: Юрид. лит., 1991.

⁵⁷ Франкенберг Г. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное право. – 2004. – № 3. – С. 68 – 76; № 4. – С. 95 – 112.

⁵⁸ Осятынський Віктор. Парадоксы конституционного заимствования // Сравнительное конституционное право. – 2004. – № 3. – С. 53 – 67; Шеппе-

боку, ряд конституціоналістів визнавали, що в багатьох ліберальних демократіях існують високі гарантії соціальних та економічних прав, не зважаючи на відсутність їх конституційного закріплення, оскільки для цього достатнім є визнання в якості надпозитивних цінностей гідності людини та права індивіда на розвиток⁵⁹.

У ході реформування конституційних систем постсоціалістичних країн виникла проблема сумісності ліберальних цінностей, які лежать в основі класичного конституціоналізму із традиційним укладом суспільства цих країн. Зокрема, традиційний уклад супроводжується неформальними, корпоративними і родинними зв'язками, що впливає на ефективність та ступінь легітимності владних інститутів. На традиційний уклад суспільства також накладається відповідна авторитарна та тоталітарна спадщина постсоціалістичних країн.

За таких умов формування нового конституційного порядку зумовлена пошуком балансу між ідеями лібералізму (гарантій прав людини й основоположних свобод) та протекціонізму (державної опіки населення)⁶⁰, між авторитарною традицією (режим президентського чи суперпрезидентського правління), парламентаризмом та ідеєю судового конституційного контролю⁶¹.

Лібералізм спирається на ідею обмеження державного втручання у приватну автономію через законодавство та адміністративну практику. Навіть у країнах Центральної Європи ідеї захисту свободи вираження поглядів зумовлені забезпечення балансу між свободою слова та приватним життям особи, авторитетом правосуддя, громадського порядку. За таких умов традиціоналізм суспільств та особливості судово-правової системи сприяють «розладові чи перебудові лібералізму», який трансформується і принаймні

ли К. Л. Конституціоналізм заимствования и отвержения: изучение кросс-конституционного влияния с помощью негативных моделей // Сравнительное конституционное право. – 2005. – № 3. – С. 77 – 93.

⁵⁹ Малова Д. Конституционный суд в Словакии: политический взгляд // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2000. - № 1.

⁶⁰ Розенфельд М., Шайо А. Распространение либерального конституционализма: изучения права на свободу слова в новых демократиях // СКО. – 2007. – № 1 (58).

⁶¹ Мазманян А. Выбор оптимальных институтов: взгляд на строительство демократии в постсоветских странах // СКО. – 2007. – № 2 (59).

стає багатоукладним⁶². Разом з тим, у постсоціалістичних суспільствах структура суспільства зорієнтована на інститути соціального захисту населення, що зумовлено високим ступенем довіри до ідей солідаризму. Підтвердженням цього є періодичне виникнення кризи довіри до інститутів влади в обставинах, коли органи влади нерішуче проводять реформи, спрямовані на забезпечення соціальної справедливості.

Дискусія у контексті оформлення інститутів влади супроводжується із проблемою традиційного укладу перехідних суспільств, оскільки введення інституту присяжних не завжди є ефективним у країнах з традиційно тісними родинними зв'язками (країни Кавказу) чи особливим розумінням до таких громадянських цінностей, як рівність, справедливість, законність (Білорусь, Болгарія, Росія, Румунія, Україна)⁶³.

Із такими проблемами стикалися або сьогодні стикаються пострадянські країни, оскільки для більшості з них характерна слабкість інститутів громадянського суспільства та гарантій незалежності та безсторонності судової влади. З другого боку, становлення реального, а не номінального конституціоналізму супроводжується дискусіями щодо особливого, національного, шляху проведення конституційних реформ та відповідної модернізації владних інститутів.

Проведення конституційної модернізації супроводжується дискусією про ефективність владних інститутів, забезпечення єдності конституційного простору. Такі процеси можна спостерігати на прикладі становлення конституційного ладу в сучасній Російській Федерації.

Формування конституціоналізму в Росії тісно пов'язано розвитком ідей про обмеження владної сваволі. У Росії ідеї обмеження влади не користувалися широкою підтримкою з боку народу та не втілювалися у діяльності якихось широких суспільно-політичних рухів. Навпаки, для Росії були характерні стихійні суспільно-політичні рухи проти самодержавної царської влади, які не опиралися на чітко сформульовану ідейну базу. Такі суспільно-політичні рухи, як повстання Болотіна чи Пугачова не мали нічого спільного із досягненням свобо-

⁶² Розенфельд М., Шайо А. Распространение либерального конституционализма: изучения права на свободу слова в новых демократиях // СКО. – 2007. – № 1 (58). – С. 114 – 117.

⁶³ Мазманян А. Выбор оптимальных институтов: взгляд на строительство демократии в постсоветских странах // СКО. – 2007. – № 2 (59). – С. 126 – 127.

ди народу; вони також були спрямовані на встановлення самодержавного режиму «всенародного» царя.

Російській правовій культурі притаманна складність у розмежуванні понять «воля» і «свобода». Досить часто свобода ототожнюється із сваволею. Зокрема у словнику Даля наводиться таке визначення свободи: «своя воля, простір, можливість діяти по-своєму, відсутність обмежень, неволі, рабства, підкорення чужій волі»⁶⁴. Виходячи з цього, І. Михайловская аналізуючи цю проблему, доходить висновку, що у російському праві розумінні «воля в якійсь мірі виступає свободою без відповідальності, без заборони порушувати чужу свободу»⁶⁵. При таких суспільних умовах складно вести мову про формування потужних суспільно-політичних рухів, ідеологією яких було б звернення до права, обмеження сваволі як правителя, так і підданих. Відсутність суспільного запиту до розвитку правової культури створювало у російському суспільстві правовий вакуум, який заповнювався релігійно-містичними уявленнями про моральність, добро, справедливість тощо. Така специфіка російського менталітету змішувати поняття «свобода» із поняттям «сваволя», декою мірою пояснює занадто вузьку соціальну базу ідей конституціоналізму в Росії, яка би стала основою для їх втілення у практичній політичній площині.

Відомий угорський конституціоналіст А. Шайо з цього приводу справедливо зауважує в одній зі своїх рецензій: «Проаналізувавши конституційні проекти, опубліковані у цьому виданні, наводить на думку, що існує якась інша причина, внаслідок якої навіть проекти перетворень, що виходили від монархів та наближених до нього осіб, не змогли реалізуватися. Причому ця нереалізованість не позбавлена трагізму, так як ці конституційні перетворення могли би бути реалізовані і дали б інше спрямування розвитку російського права та всієї російської історії»⁶⁶.

У період перебудови в Радянському Союзі після відміни конституційного положення про «керівну роль» Комуністичної партії вини-

⁶⁴ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. – М., 1982. – Т. 4. – С. 151.

⁶⁵ Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2000. - № 1. – С. 149.

⁶⁶ Шайо А. Рецензия: Шишак Г. Конституционные проекты в России. XVII – XX ст. (М., 2000) // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2002. - № 1. – С. 197.

кли умови для поступового реформування державного устрою СРСР, у тому числі і РРФСР як невід'ємної частини цієї союзної держави.

Із здобуттям незалежності Російською Федерацією постало питання про проведення конституційної реформи. На хвилі лібералізації суспільства виникла дискусія про параметри нового конституційного порядку. Водночас проведення конституційної реформи ускладнювалося слабкістю структур громадянського суспільства⁶⁷, ефективність яких є важливою складовою системи контролю над владою та забезпечення зворотних зв'язків із нею, що в кінцевому результаті сприяє установленню конституційної держави.

Тому процес розробки і прийняття Конституції РФ розпочався і був здійснений «зверху», не виражав і не міг виражати за своєю природою консенсус між провідними політичними силами суспільства, а радше певний механізм узгодження між владними інституціями. «Радянська правова спадщина» не сприяла формування консенсусних механізмів становлення конституційного порядку, оскільки вона була продуктом тоталітарної та авторитарної традиції. Протистояння між парламентом та главою держави щодо майбутньої конституційної моделі організації влади в Росії супроводжувалося втягуванням у політичний процес Конституційного Суду, втручання якого не дало і не могло дати корисного ефекту зважаючи на природу конституційної юстиції⁶⁸. У кінцевому результаті політизація конституційного процесу перейшла у відверту конфронтацію між Верховною Радою та Президентом, яка була вирішена силовим шляхом. Конституція Російської Федерації була прийнята за допомогою засобів плебісцитарної демократії шляхом розробки конституційного законопроекту Конституційною комісією під егідою Президента Б. Єльцина, який був схвалений на референдумі.

Прийнята Конституція формально закріпила в Росії федеральний державний устрій на демократичних засадах, Російська Федерація визнається правовою, соціальною державою. Однак у зв'язку із відсутністю належного рівня правової культури, розвитку інститутів

⁶⁷ Див.: Пурсиайнен К. Европейский Союз и российская демократия // КПВО. – 2000. - № 1 (30). – С. 39.

⁶⁸ Див.: Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учебное пособие для вузов. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1996. - 349 с. – С. 149 – 150.

громадянського суспільства всередині 1990-х років у Росії почав спостерігатися розрив між конституційними положеннями та практикою правозастосування. Правова криза в Росії пояснюється конфліктом між конституцією і правовою системою країни, в умовах якого «свобода стала утверджуватися не завдяки праву, а за рахунок права»⁶⁹.

Криза конституціоналізму як певної парадигми розвитку правової системи в Росії призвела до повернення до авторитарної традиції. Насамперед це вилилося у поступові процеси деволуції федерального державного устрою, що було інституційовано через створення шести федеральних округів на основі президентського указу⁷⁰, що не відповідає чинній Конституції Російської Федерації, оскільки такі територіальні утворення та їх інституції не є конституційовані.

Пізніше авторитарні тенденції в Російській Федерації посилювалися шляхом встановлення юридичної відповідальності за екстремізм⁷¹ та встановленням підвищених виборчих бар'єрів для виборчих списків політичних партій (блоків) на парламентських виборах. Прийняття законодавства про екстремізм було реакцією російської влади на загрозу терористичних актів та виникненням суспільної дискусії про фінансування громадських організацій через систему грантів міжнародних неурядових організацій та фондів (Міжнародної амністії, Фонду «Відродження», **The Human Rights Watch тощо**), що розглядалося як загроза російській самоідентичності та національній безпеці загалом. На цьому тлі поширюється суспільна дискусія про особливий шлях розвитку суспільства та реанімація ідеології євразійства, яка у сучасному трактуванні відображена у працях А. Дугіна⁷², Л. Гумільова⁷³, А. Пана-

⁶⁹ Пастухов В. Второе дыхание российского конституционализма // СКО. – 2008. - № 2 (63). – С. 8.

⁷⁰ Указ Президента России № 849 от 13 мая 2000 г. «О полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе». Электронный режим доступа : <http://ufo.gov.ru/documents/ufodoc1/>

⁷¹ Федеральный Закон №114-ФЗ от 25 июля 2002 г. «О противодействии экстремистской деятельности». Электронный режим доступа : <http://www.scrf.gov.ru/documents/31.html>

⁷² Дугин А. Пути Абсолюта. – М., 1990; Он же. Конспирология. – М., 2005; Он же. Обществоведение для граждан Новой России, М., Евразийское Движение, 2007 — 784 с; Он же. Проект «Евразия». – М., 2003.

⁷³ Гумилев Л. Этногенез и биосфера Земли. – М., 1979; Он же. Древняя Русь и Великая Степь. – М., 1989; Он же. Конец и вновь начало. – М., 1992.

ріна⁷⁴ та інших. Зародившись ще в другій половині XIX ст.⁷⁵ та будучи маргіальною у 1990-х роках, ідеологія євразійства пізніше здобула поширення в зв'язку із інтелектуальними пошуками власного шляху розвитку Росії як реакції на негативний досвід існування Радянського Союзу та спроби запозичення та імплементації на російський ґрунт ліберальних ідей класичного конституціоналізму⁷⁶. Внаслідок цього євразійство можна вважати ідеологічною основою російської концепції «суверенної демократії».

Таким чином, в Російській Федерації законодавство про екстремізм⁷⁷ із поєднанням високого виборчого бар'єру до парламенту (7 %) є одним із юридичних інструментів щодо згортання демократичних процесів та запровадження концепції так званої «суверенної демократії». Суспільний запит на концепцію «суверенної демократії» в умовах сучасної Росії можна пояснити радше традиційною орієнтацією суспільства на традиційний месіанізм Російської держави у геополітичному контексті, переважання колективістських інтересів над індивідуальними (концепція народності), традицій формалізації юриспруденції.

Концепція «суверенної демократії» ґрунтується на формально-догматичному тлумаченні конституційних принципів демократії та державного суверенітету. Даний термін ввели колишній Президент Російської Федерації В. Путін, нині чинний глава держави Д. Медведєв⁷⁸ та відомий російський вчений-юрист, Голова Конституційного суду РФ В. Зорькін⁷⁹. Хоча він є калькою і дослівним перекладом англомовного

⁷⁴ Панарин А.С. Православная цивилизация в глобальном мире. – М.: Алгоритм, 2002. – 496 с.; Он же. Стратегическая нестабильность XXI века // Москва. – 2002. - № 4 – 12; Он же. Север – Юг. Сценарии обозримого будущего // Наш современник. – 2003. - № 5; Он же. О Державнике-Отце и либеральных носителях «эдипового комплекса» // Завтра. – 2003. – № 17 (492). – 23 апреля.

⁷⁵ Данилевский Н.Я. Россия и Европа. Электронный режим доступа: <http://www.vehi.net/danilevsky/rossiya/index.html>

⁷⁶ Ремингтон, Томас Ф. Суверенитет, конституционная демократия и плюрализм // СКО. – 2008. - № 2 (68).

⁷⁷ Див. аналіз законодавства про екстремізм: Шеппели К.Л. «Забыли про овраги»: нетерпеливый характер российской конституционности и вызов терроризма // СКО. – 2006. - №№ 1 (54), 3 (56).

⁷⁸ Сохранить эффективное государство в существующих границах // Суверенитет. Сборник / сост. Н. Гараджа. – М.: Европа, 2006. – С. 25 – 42.

⁷⁹ Див.: Зорькин В. Апология Вестфальской системы // Российская газета. – 2006, 22 августа.

терміна *sovereign democracy*⁸⁰, який скоріш за все можна трактувати як незалежність демократичну, тобто свободу у здійсненні демократичних процедур та наявність відносно незалежних центрів влади у суспільстві. При цьому окремі російські громадські діячі, політологи посилаються навіть на праці К. Шмітта, відомого німецького юриста, і якого критикували відомі конституціоналісти А. Шайо та Ф. фон Гаек⁸¹.

Так, аналізуючи причини кризи концепту держави-нації, яка є основою Вестфальської системи світового порядку, з урахуванням впливу транснаціональних корпорацій на механізм прийняття владних рішень, посилення діяльності терористичних організацій, пов'язуючи явища глобалізації і фрагментації із проблемами ефективності влади, відомий російський вчений В. Зорькін доходить висновку щодо необхідності формування системи консолідації суспільства. Ідея консолідації суспільства також неодноразово стала предметом щорічних послань колишнього російського президента В. Путіна⁸².

Спекуюючи на проблемі ефективності та потужності державної влади, фактично ця проблема видається за певний механізм волевиявлення народу. Консолідація суспільства, напевно, базується на певних колективістських цінностях, що вже саме по собі ставить під сумнів наріжний камінь, квінтесенцію демократії – забезпечення відкритих процедур узгодження індивідуальних, колективних (корпоративних) та суспільних (публічних) інтересів.

На думку А. Джагаряна, концепція «суверенної демократії» відображає певні конституційні цінності, в основі яких лежить нормативний зв'язок між конституційними принципами демократії і суверенітету. Органи публічної влади як організаційно-правова форма здійснення народного суверенітету і від імені народу здійснюють його суверенні права. З цього робиться висновок, що суверенітет народу знаходить своє волевиявлення у державному суверенітеті⁸³. А. Джагарян у своїй рецензії на книгу В. Лебеде-

⁸⁰ Иванов В. Суверенная демократия и sovereign democracy // Известия. – 2006 – №161.

⁸¹ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). – М., 1998; Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – М., 2006.

⁸² Див.: Суверенитет. Сборник / сост. Н. Гараджа. – М.: Европа, 2006.

⁸³ Джагарян А. Суверенная демократия как отображение конституционных ценностей в зеркале общенациональных интересов // СКО. – 2007. - № 4 (61). – С. 156 – 157.

ва і В. Кіреєва «Суверенна демократія як конституційна ідея сучасної Росії» підкреслює, що автори цього дослідження: з аксіологічної точки зору синергетично поєднали в ній цінності конституції, суверенітету і демократії; з логіко-семантичного тлумачення зазначених категорій зробили спробу їх певним чином синтезувати; розглядаючи концепт «суверенної демократії» як певного субстрату політичних, соціальних, економічних, правових, ідеологічних принципів, закладених у конституції; насамкінець, підкреслюється важливість праксеологічного значення цієї концепції як певної методологічної технології здійснення влади⁸⁴. На його думку, концепція «суверенної демократії» на протигагу тенденціям глобалізації права дозволяє національним конституційним системам опиратися супранациональному праву і забезпечити їх самодостатність і самоідентифікацію. У сфері прав людини це дозволяє трансформувати конкуренцію приватних і публічних інтересів в їх інтеграцію у національні інтереси, у сфері народного суверенітету – у неприпустимості впливу зарубіжного досвіду та досвіду міждержавних і супранациональних інститутів на стандарти здійснення публічної влади всередині країни⁸⁵. По суті така концепція є своєрідною концепцією автаркії національної конституційної системи, на яку не мають впливи глобалізації та обміну позитивного і прийнятного зарубіжного досвіду функціонування конституційних інститутів, що з емпіричної та доктринальної точки зору не витримує критики. На думку Р. Сакви, концепція «суверенної демократії» скоріше виконує функцію встановлення низки принципів зовнішньої і внутрішньої політики, а також «істотної стадії становлення нації, особливо коли вона народжується із більш крупної імперської «шкарлупи» у контексті геополітичного протиборства, що продовжується»⁸⁶.

І справді, концепція «суверенної демократії» немає нічого спільного із сучасною практикою конституціоналізму, а скоріше є формою легалізації авторитарного режиму, забезпечення видимого «фасаду» номінального російського конституціоналізму.

Для України також існують виклики демократії, які пов'язані також із проблемою ефективності держави та її потужності (*powerful*). З точки зору ефективності влади постає питання про забезпечення балансу у сис-

⁸⁴ Джагарян А. Там само. – С. 158 – 159.

⁸⁵ Джагарян А. Суверенная демократия – исторический императив развития российской государственности // СКО. – 2007. - № 3 (60). – С. 110 – 113.

⁸⁶ Саква Р. Суверенитет и демократия: конструкции и противоречия // СКО. – 2007. - № 3 (60). – С. 121.

темі влади та формування усталених відкритих процедур формування політичних рішень органами публічної влади. Відповідно для того, щоб ці рішення були компетентними та адекватними поточній ситуації, необхідний зворотній зв'язок із населенням. Концепція «суверенної демократії» не передбачає цього, а навпаки веде до колапсу ефективності влади. Зокрема, слід звернути у цій концепції на спробі легітимації зрощення бюрократії із другим сектором (бізнес-середовищем), монополізації влади, при якій влада спирається переважно на силові структури та монополний капітал (наприклад, сьогодні в Російській Федерації також впроваджується концепція «корпоративної держави»⁸⁷). Наявність спадщини колекти-

⁸⁷ Інститут корпоративної держави було утверджено фашистським режимом Б. Муссоліні (Див.: Філософський словарь / Под ред. И.Т. Фролова. – 4-е изд. – М.: Политиздат, 1981. – 445 с.). Як ідеологічна основа функціонування владних інститутів в Російській Федерації концепт корпоративної держави можна розглядати як спробу легітимації захисту інтересів новосформованої буржуазії, які інкорпоровані через владні інститути, які розглядаються як певні інституційні гарантії права власності та доступу до об'єктів власності з метою отримання і розподілу прибутків. Саме на такій інституційній основі побудовано менеджмент у державного монополіста «Газпром», який розглядається як своєрідне вотчинне управління підприємців, які контролюються владними інститутами. Зрозуміло, що з точки зору конституційних засад політичної системи це призводить до її трансформації у систему домінуючої політичної партії (сьогодні це втілюється у домінуючій ролі партії «Єдина Росія»), політичного монізму тощо. У свою чергу політичний монізм через дифузії інститутів публічної влади, в яких домінуюча політична партія отримує всі важелі впливу на владні рішення, призводить до концентрації влади, хоча згідно з приписами конституції зберігається видимий фасад конституціоналізму.

Концепцію корпоративної держави критикує російський економіст, директор Російського інституту О. Платонов (Режим доступу: <http://www.rv.ru/content.php?id=7275>). Водночас цей автор також говорить про особливу природу російських державних інститутів, заснованих на ідеях концентрації влади, соборності, колективізму, православної етики тощо. Концепція корпоративної держави стала основою передвибірної програми на пост глави держави нинішнього Президента Російської Федерації Д. Медведєва. (Див.: Корпоративное государство Дмитрия Медведева. Первый вице-премьер презентовал свою предвыборную программу // Коммерсант. – 2006. – № 105 (3436), 14 июня (Режим доступу: <http://www.kommersant.ru/doc.aspx?DocsID=681811>.)

На нашу думку, термін «корпоративна держава» введена в обіг російського політичного, а також і правового дискурсу виходячи із спроб поєднати окремі елементи приватного і публічного права – відповідно корпоративних інтересів та державного суверенітету.

візму, орієнтування населення на державний протекціонізм, характерний прояв поведінки більшості населення як «свободи від» виражається у владній сваволі та частих випадках правового нігілізму. Водночас зазначені тенденції є безпосередніми загрозами і одночасно викликами демократії і вони фрагментарно також проявляються в Україні, що насамперед пов'язано із близько 350-річним перебуванням більшості сучасної території України у складі Російської імперії, а потім Радянського Союзу.

Конституціоналізм та різноманітність правопорядків: конституціоналізм та ісламське право (shari'a). Конституціоналізм є продуктом розвитку християнсько-іудейської цивілізації. Тому актуальним є питання комплементарності елементів конституціоналізму щодо ісламського, далекосхідного права та інших правопорядків, які мають релігійно-традиційний характер. Релігійно-традиційні правові системи сьогодні складають строкату картину, вони все більше стають залежними від «вестернізації» правових інститутів та процедур. На відміну від західного права розглядуваний конгломерат правопорядків ґрунтується на інтенсивному використанні у механізмі соціального регулювання морально-етичних, релігійних та корпоративних норм, які тісно є переплетеними з правовими нормами. В зв'язку із цим у релігійно-традиційних правопорядках порівняно із західним правом слабше розвинуто процесуальне право. Проблема подвійних стандартів оцінки релігійно-традиційних правопорядків із боку західних юристів інколи полягає в упущенні факторів формування такого роду типів національних конституційних систем.

Такі, за своєю сутністю, соціальні системи є мереживними, оскільки легітимність влади в них побудована на поєднанні правових, релігійних, звичаєвих норм, узвичаєнь та традицій. При цьому поєднання соціальних норм може бути різним, оскільки воно залежить від системи соціальних цінностей, які лежать в основі такого соціального порядку та легітимності інститутів публічної влади. Саме з таких міркувань можна говорити про ці соціальні системи як традиційно-релігійні правопорядки.

Сутність традиційно-релігійних правопорядків полягає у тому, що соціальні процедури регулювання суспільних інтересів забезпечуються через релігійні, морально-етичні взірці соціальної поведінки, які обумовлені традиційною структурою суспільства. Значні елементи релігійних, морально-етичних та корпоративних норм по-різному проявляються у мусульманському, іудейському, індуському, далекосхідному та африканському праві. Тому справедливо зазначає Р. Давид, що «західний образ

мислення не являється ні панівним, ні безспірним у сучасному світі»⁸⁸. Зокрема, оцінка легітимності та стійкості норм релігійного права стала неможливою без з'ясування факторів, що відносяться до духовної культури і соціальної психології, які за силою свого впливу не тільки не уступають, але часто переважають юридичні інститути європейського походження. Настороженість до європейських процесуальних механізмів обумовлена колективними (корпоративними) формами соціального співжиття, уявленнями індивіда про гармонію його існування у соціальному середовищі, необхідністю мобілізації значних суспільних ресурсів, пов'язаних із викликами, які ставали перед суспільством з боку природного середовища, в силу геополітичних, демографічних і навіть антропологічних факторів. Тому такий механізм регулювання соціальної поведінки та забезпечення правопорядку є більш придатним для суспільств із його традиційною структурою. Саме з цих причин оцінка традиційних правових сімей виключно позицій західного права є занадто уразливою. В зв'язку із процесами глобалізації традиційні правопорядки зближуються із західними скоріше у сфері матеріального права. З урахуванням міркувань щодо додержання певних рамок дослідження обмежимося розглядом співвідношення ідей конституціоналізму та ісламського права (*Shari'a*).

Як приклад взаємодії концепції конституціоналізму із традиційно-релігійними правопорядками необхідно прослідкувати процеси вестернізації ісламського права. При цьому ці процеси слід розглядати як нелінійні, оскільки в ісламському світі тривають дебати щодо своєї ідентичності⁸⁹ та закономірностях вестернізації ісламського права⁹⁰. При цьому дискусія точиться також у контексті процесів акультурації та плюралізму у праві. Зважаючи на природу цієї дискусії необхідно виходити з того, що процеси глобалізації накладають свою

⁸⁸ Давид Рене. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. § 420.

⁸⁹ Islamic Law. Myths and Realities. By Denis J. Wiechman, Jerry D. Kendall, and Mohammad K. Azarian (Електронний режим доступу: http://muslim-canada.org/Islam_myths.htm); Legal Pluralism in the Arab World. Edited by Baudouin Dupret, Maurits Berger and Laila al-Zwaini. Hague, London and Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. xxiii, 280; Oba, A. A. Islamic law as customary law: The changing perspective in Nigeria / A. A. Oba. // International & Comparative Law Quarterly. - 2002. - Vol. 51. - Part 4. - P. 817 - 850

⁹⁰ Бехруз Х. Исламские традиции права: Монография. – Одеса: Юридична література, 2006. – 296 с.

специфіку на процеси трансформації в ісламському праві. Конституціоналізація ісламського права свідчить про якісно новий ступінь його розвитку, який ґрунтується на зближенні насамперед правового стилю, оскільки процеси конституціоналізації ісламського права свідчать про кодифікацію позитивного права у сфері державного управління, врегулюванні сфери відносин між владою та населенням.

Згідно з положеннями Корану в основі ісламської теорії державності лежать такі фундаментальні засади: принцип шури, яка означає наявність дорадчих структур при правителі (42:38)⁹¹, справедливості (5:42)⁹²; принципів підпорядкування і лояльності щодо властей (8:46)⁹³. Погляди на організацію держави в ісламському праві виникли зразу після смерті пророка Мухаммада, оскільки він не залишив якогось особливого розпорядження про порядок заміщення глави мусульманської громади (*ummah*). У силу правового стилю ісламського права, який ґрунтується на доктрині «чотирьох коренів», значну роль у вирішенні цього питання відіграв фіх (fiqh – ісламська юриспруденція).

Результатом суспільної дискусії щодо джерел легітимності державної влади у рамках сунітського і шіїтського напрямку виникли концепції відповідно халіфату та імамату. Як зазначає Х. Бехруз, в основі цих концепцій лежить ідея про заснованість ісламської дер-

⁹¹ У Сурі 42:38 зазначено таке: «і для тих, які, відповівши на заклик свого Творця і Наставника і підкорюючись Йому, увірували в Нього, своєчасно вчинять приписану молитву і вирішать за взаємною порадою, щоб встановити справедливість у своєму суспільстві й уникнути свавільних рішень і диктаторства з боку будь-якої однієї особистості або невеликої групи людей, і витратять на благочестиві, угодні Аллаху цілі із того, чим наділив їх Аллах».

⁹² У Сурі 5:42 зазначено таке: «Вони прислухаються до брехні і пожирають заборонене майно, яке не принесе ніякого блага, як і хабарі, і гроші, що віддаються у ріст. Якщо вони прийдуть до тебе (о Мухаммад!) і попросять розсудити між ними, розсуди їх, якщо побачиш у цьому добро, або відвернись від них. Якщо ти відвернешся від них, вони ні в чому не зможуть зашкодити тобі. Адже Аллах оберігає тебе від шкідливих людей. Якщо ж ти станеш судити між ними, то суди справедливо, згідно з настановами Аллаха і Його шаріату. Воістину, Аллах любить справедливих, береже і нагороджує їх!»

⁹³ У Сурі 8:46 зазначено таке: «Підкоряйтеся Аллаху і Його посланнику у настановах про дозволене і заборонене, не вступайте у суперечки і неузгодженості між собою. Це лише втрата сили і причина слабкості та невдач! Мужньо переносить тяготи сутичок. Воістину, Аллах допомагає терплячим, стоїть на їх стороні і нагороджує доброю нагородою».

жави на незмінних, закладених у Корані принципах⁹⁴. За своєю природою ісламська концепція держави є водночас природно-правовою і теократичною, оскільки Аллах розглядається єдиним джерелом влади, яка побудована на незмінюваних засадах, які повинні відповідати природі речей відповідно до волі Аллаха. На думку відомого арабського правознавця аль-Маварді існують два законні способи обрання халіфа: громадою або попереднім правлячим халіфом ще при його житті. У першому випадку обирати мали право лише мусульмани, що володіли бездоганною репутацією, розумні та освічені, тобто авторитетні факіхи і високопосадові особи. Другий спосіб – заміщення халіфа за призначенням його попередників – повинен був бути визнаний і схвалений іджмою авторитетних знавців ісламської теології і права. Згідно з аль-Маварді, халіф виконуючи функції духовного лідера, також несе відповідальність за суспільний і політичний порядок⁹⁵.

Загалом при визначенні співвідношення між ісламським правом (*Shari'a*) та позитивним правом відіграє вирішальну роль *fiqh* як усталена думка юристів (ісламська юриспруденція) через свої школи – *madhab*. Сьогодні в країнах із системою ісламського права (*shari'a*) існують такі основні його напрями: чотири школи сунітського напрямку – *Maleki* (Північна та Західна Африка, Кувейт), *Shafi'i* (Малайзія, Індонезія, Південний Єгипет, Південна Аравія та Східна Африка), *Hanafi* (Індія, Йордан, Ліван, Лівія, Пакистан, Сирія, Східна Європа, Туреччина), *Hanbali* (Саудівська Аравія та Катар); одна школа шиїтського напрямку – *Ja'fari* (Іран). За шаріатом визнається верховенство у конституційному праві, однак співвідношення між приписами шаріату та позитивним конституційним правом є різним, що залежить від особливостей кожної школи (*madhab*) та ступенем його конституційного закріплення⁹⁶.

Таким чином, в арабських країнах, які визнають іслам в якості основи організації суспільства, важлива роль приділяється проблемам арабської форми державності (у сунітів – халіфату, шиїтів – імамату) та арабської громади (*ummah*), принципам дорадчості у ісламській державі (*ash-shura*). Халіф у Саудівській Аравії одночасно виступає в

⁹⁴ Бехруз Х. Исламские традиции права. – С. 100.

⁹⁵ Там само. – С. 101 – 102.

⁹⁶ Mahmoudi, Said. The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment? // ZaoeRV, 64 (2004), p. 867 – 868.

якості глави держави – монарха, а також глави общини правовірних мусульман (духовний лідер нації).

Шийтська школа наступним чином трактує можливе вирішення питання співвідношення шаріату та конституціоналізму: позитивістські секулярні теорії; секуляризм, що допускає компроміс із релігією; консервативні релігійні реформи; релігійні компроміси⁹⁷.

Така суспільна дискусія відобразилася на положеннях Конституції Ісламської Республіки Іран. В Ірані згідно з преамбулою Конституції, встановлено концепцію *militant "ulama"* (войовничих/здатних до захисту цінностей ісламу *Shari'a* духовних лідерів мусульманської громади [*ummah*]), відповідно до якої *Faqih* (Керівник) стоїть вище інших інститутів влади та виступає гарантом дотримання, державними органами та установами приписів *Shari'a*. З цієї метою *Faqih* формує Сторожову Раду по дотриманню конституції (*Shawra-ye-Negohban*), призначає Генерального прокурора, голову Верховного суду, інших вищих посадових осіб⁹⁸.

Сьогодні набуває поширення конституювання концепції ісламської республіки (Афганістан, Іран, Пакистан тощо), що впливає на характер функціонування владних інститутів. Зокрема, Конституцією Ісламської Республіки Пакистану визнається, що суверенітет походить від Всемогутнього Аллаха, відповідно до чого «принципи демократії, свободи, рівності, толерантності і соціальної справедливості як проголошені ісламом, повністю будуть дотримуватись»⁹⁹. Відповідно до ісламської концепції шура (*ash-shura*) у Конституції Пакистану закріплено статус представницького органу влади як Меджліс-а-Шура, який складається із Національної Асамблеї та Сенату. Президент входить до складу парламенту (Меджліс-а-Шура) (стаття 50 Конституції), має значні владні прерогативи щодо нього – брати участь у засіданні, виступати, приймати рішення про розпуск Національної Асамблеї (статті

⁹⁷ Abdul-Hadi Hairi. Shiism and Constitutionalism in Iran. Leiden: Ed. by E.J. Brill, 1977. P. 235 – 237 // Цит. за: Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – С. 347 – 348.

⁹⁸ Див.: Конституція Ісламської Республіки Іран. Електронний режим доступу: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ir00000_.html; <http://confinder.richmond.edu/country.php>.

⁹⁹ Див.: Конституція Ісламської Республіки Пакистан (The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan): Електронний режим доступу: <http://www.pakistan.org/pakistan/constitution/>; <http://confinder.richmond.edu/country.php>

54(1), 56, 58 Конституції), а також щодо уряду – брати участь у його засіданні, визначати порядок денний (зокрема, згідно зі статтями 90(1), 91(1), 91(2), 91(2A), 91(5), 92, 93(1) Конституції). Особливість конституційного устрою Пакистану зумовлена спробою владної еліти забезпечити конституційний лад за допомогою засобів надзвичайного стану, що отримало назву *emerging state* (надзвичайної держави)¹⁰⁰. Такі спроби забезпечення конституційного ладу шляхом фактичних державних переворотів було юридично обґрунтовано Верховним Судом¹⁰¹. Проблемою Пакистану, як і Афганістану, є трайбалізм, який містить потенційні загрози для конституційного порядку, який сьогодні є надто вразливим в зв'язку із слабкістю інститутів влади. Політичні течії ісламу (ісламізм у вигляді течії *Taliban*) також перешкоджає політичній інтеграції суспільства та ефективному функціонуванню інститутів влади.

Конституція Пакистану передбачає паралельне функціонування двох юрисдикцій – поряд із Верховним судом діє Федеральний шариатський суд. Під юрисдикцію шариатських судів за змістом статті 203В(с) Конституції підпадають всі правові спори, що впливають із звичаїв та узвичаєнь, що набрали чинності в силу права, окрім Конституції, мусульманського персонального права, право, пов'язано із процедурою суду чи трибуналу, до закінчення строку десятирічного строку з моменту їх внесення змін до положень Конституції щодо статусу шариатських судів¹⁰², податкового права, права, пов'язаного із зборами та яке регулює податки і платежі або банківської справи, або страхової практики чи процедур.

¹⁰⁰ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – С. 326 – 327.

¹⁰¹ Dawood J.M. The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan. Karachi: Royal Book Company, 1994.

¹⁰² Положення про Федеральний шариатський суд було внесено Законом від 1979 року, яким передбачалося перехідні положення щодо відкладення на чотирирічний термін набрання чинності цих положень і їх застосування (Substituted by the Constitution (Amendment) Order 1980, (P.O.No. 1 of 1980) section 3 (with effect from May 26, 1900) for Chapter 3-A inserted by the Constitution (Amendment) Order, 1979 (P.O.No.3 of 1979) section 2 (with effect from February 7, 1979). Пізніше воно зазнало змін. Див.: Clause (c) as amended by the *Revival of the Constitution of 1973 Order, 1985* (P.O. No. 14 of 1985), Article 2 and Schedule, to replace “five” with “ten.” Тобто зазначене положення стаття 203В(с) Конституції Пакистану щодо непоширення юрисдикції Федерального шариатського суду на положення Конституції, мусульманського персонального права, право, пов'язане із процедурою перед судом чи трибуналом втратило чинність у 1989 році.

Спроби модернізації конституційного порядку в Афганістані також супроводжуються дивним поєднанням елементів західного права, які включають гарантії демократії, народного суверенітету, людської гідності (статті 4, 6 Конституції) з одночасним проголошенням ісламу як державної релігії (статті 1, 2 Конституції)¹⁰³. Водночас ці складні процеси модернізації ускладнюються проблемою трайбалізму, яка опосередковано навіть відзначена у конституційних положеннях (у статті 4 йде мова про рівність прав та гарантії громадянства пуштунів, таджиків, хазарейців, узбеків, туркменів, казахів, белучі, пачаї, нурустанів, аймаків, арабів, кизилбашів, гуджурів, брагвуїв та інших племен), особливостями застосування шарітату та конституційних положень (статті 130, 131 Конституції), зокрема, з точки зору гарантій прав людини¹⁰⁴, а також протистоянням між різними течіями ісламу (*Hanafi* та *Ja'fari*) та ісламізму (зокрема, такої політичної течії як *Taliban*). Таким чином, співіснування елементів ліберального конституціоналізму з *Shari'a* створює дивну мозаїку у побудові модернізованого правопорядку у цій країні Центральної Азії, більшість положень якого ще є лише предметом практичної реалізації.

Спроби врегулювати відносини міжконфесійного характеру проявляються в особливостях організації публічної влади в Лівані¹⁰⁵. Проблему співжиття різних конфесій у цій країні (християн різних східних течій – маронітів, халдеїв, вірмено-католиків, протестантів, а також арабів-мусульман, іудеїв) намагалися вирішити шляхом укладення Національного пакту 1943 р. У відповідності до цього конституційного закону 54 місця у парламенті і посада глави держави віддається християнам-маронітам, а 45 місць у парламенті – мусульманам. Прем'єр-міністром

¹⁰³ Див.: The Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan was agreed upon by more than 500 delegates representing Afghan men and women from across the country at the Constitutional Loya Jirga (December 13, 2003 - January 4, 2004). The Constitution was formally ratified by President Hamid Karzai at a ceremony in Kabul on January 26, 2004. Електронний режим доступу: <http://www.president.gov.af/mfiles/printpage.aspx?title=Islamic%20Republic%20of%20Afghanistan%20%u2013%20Office%20of%20the%20President&url=http%3A//www.president.gov.af/english/constitution.msp>

¹⁰⁴ Mahmoudi, Said. The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment? // *ZaeRV*, 64 (2004), p. 871, 872 – 876.

¹⁰⁵ Див.: Конституція Лівану. Режим електронного доступу: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/le00000_.html; <http://confinder.richmond.edu/country.php>.

може бути мусульман-сунніт, головою парламенту – мусульман-шиїт, а його заступником – православний. За маронітами закріплено також ряд важливих посад у державному апараті (головнокомандувач армії, голова Національного банку тощо). Зрозуміло із зростанням чисельності мусульманської общини ця відносна «рівновага» була порушена, що привело у кінцевому результаті до громадянської війни.

З аналізу взаємодії ліберального конституціоналізму та ісламського права ми бачимо строкату мозаїку соціального порядку, який полягає у спробах його секуляризації, чи існуванні паралельних юрисдикцій загальних та релігійних судів, чи спроб подолання трайбалізму через принцип дорадчості (*ash-shura*). Загалом зближення ідей конституціоналізму та *Shari'a* має наслідком функціонування складного правопорядку, який нагадує певну мереживну структуру на національному рівні. Наслідки такого зближення є складно передбачувані, однак вони призводять загалом до глобалізації – результатом чого є досягнення згоди щодо універсальних загальнолюдських цінностей та є джерелом формування різних напрямків світового конституціоналізму, одним із яких є універсалістська концепція І. Канта.

Ступені конституціоналізму. Дана класифікація ґрунтується на природі організації влади за горизонтальним принципом, тобто розподілом владних повноважень між рівнями влади.

Субнаціональний конституціоналізм. Його інституційними джерелами виступають місцеве самоврядування, автономія та суб'єкти федерації. Субнаціональний конституціоналізм забезпечується за допомогою такого правового інструментарію: статuti громад та автономій, конституції суб'єктів федерацій; самостійності місцевих і регіональних властей у реалізації своєї компетенції, заснованої на конституції та власних установчих актах; забезпечення єдності національної системи за допомогою інститутів конституційного та адміністративного контролю; через транскордонне співробітництво. В окремих федераціях субнаціональний конституціоналізм забезпечується за допомогою інститутів федерального втручання (Бразилія), стан законодавчої необхідності (Німеччина).

Національний конституціоналізм тісно пов'язаний із проблемою кризи концепції держави-нації. Ця проблематика спостерігається навіть і в російській доктрині суверенної демократії як ідеології забезпечення ідентичності російської державності.

Сьогодні існує проблема забезпечення державного суверенітету при делегуванні згідно з принципом субсидіарності її окремих суверенних повноважень супранациональній владі, оскільки існує загроза його розмивання. Водночас належною гарантією забезпечення державного суверенітету, який є об'єктивно обмеженим у силу граничності матеріальних ресурсів, є демократичність процесу ухвалення владних рішень та підконтрольність владних інститутів, наділених повноваженнями у зовнішньополітичній сфері. Зокрема контроль над супранациональною владою забезпечується через судовий конституційний контроль її правових актів. При цьому основним критерієм перевірки є права людини, які забезпечені конституційним і міжнародно-правовим захистом при визнанні верховенства національної конституції.

За таких умов засади конституціоналізму, принцип верховенство права (*rule of law*) дають методологічні засади для забезпечення балансу між національною конституційною традицією та вимогою взаємовигідного міжнародного співробітництва держави згідно з міжнародно-правовими актами та загальновизнаними принципами міжнародного права. Саме з цих міркувань є неспроможною концепція суверенної демократії, оскільки вона апелює до абсолютизації верховенства інтересів держави, а не пошуку певного балансу між національними інтересами та інтересами міжнародного співтовариства, орієнтуючи державу на своєрідну автаркію¹⁰⁶, що сьогодні очевидно є анахронізмом. У цьому контексті слід говорити про конституціоналізм у контексті міжцивілізаційного діалогу, про що свідчить вестернізація *shari'a*, мозаїка правової системи Японії, КНР, ПАР тощо.

Європейський конституціоналізм. Зміст європейського конституціоналізму можна розглядати з різних точок зору. Зокрема, під європейським конституціоналізмом можна розуміти конвергенцію основних цінностей, які лежать в основі конституційних систем європейських

¹⁰⁶ Див. дискусію про природу концепції «суверенної демократії»: Джагарян А. Суверенная демократия как отображение конституционных ценностей в зеркале общенациональных интересов // СКО. – 2007. - № 4 (61). – С. 156 – 157; Джагарян А. Суверенная демократия – исторический императив развития российской государственности // СКО. – 2007. - № 3 (60). – С. 110 – 113; Иванов В. Суверенная демократия и sovereign democracy // Известия. – 2006 – №161; Саква Р. Суверенитет и демократия: конструкции и противоречия // СКО. – 2007. - № 3 (60). – С. 121; Суверенитет. Сборник / сост. Н. Гараджа. – М.: Издательство «Европа», 2006.

країн. Однак такі питання лежать скоріше у площині порівняльного конституційного права, аніж конституціоналізму певного типу¹⁰⁷.

З другого боку, європейський конституціоналізм можна розглядати із точки зору супранационального рівня. При цьому виникає питання щодо існування конституціоналізму на рівні правової системи Ради Європи чи лише її конституціоналізації. Водночас виникає питання щодо джерел такої конституціоналізації, оскільки правова система Ради Європи має міждержавний характер і не ґрунтується на суверенітетові певного типу (національного чи державного). Тому більш коректніше говорити про європейський конституціоналізм у контексті функціонування правової системи Європейського Союзу.

Європейський конституціоналізм є новим явищем, оскільки він виражає тенденцію до поглиблення інтеграції європейських країн та забезпечує легітимацію правопорядку нового типу – супранационального рівня. Водночас він відображає нові тенденції в еволюції сучасного конституціоналізму – конституціоналізацію відносин на міждержавному рівні. При цьому виникла дилема щодо правових засад функціонування Європейських Спільнот, оскільки тлумачення їх природи як міждержавних об'єднань чи через концепцію федералізму не відповідає реаліям та досвіду функціонування цих інститутів. Зокрема, дебати щодо форми установлення конституційного порядку¹⁰⁸ свідчать про виникнення нового типу конституціоналізму, в основі природи якого не лежить традиційна концепція держави-нації, а те, що він має саме супранациональний характер. Відповідно формуються нові відносини легітимації такого різновиду публічної влади, засновані на мереживній структурі правопорядку¹⁰⁹.

Сутністю європейської конституційної парадигми є функціонування демократичної системи правління, заснованої на повазі до прав людини й основоположних свобод, соціально орієнтованої ринкової економіки, узгодженні різноманітних інтересів у суспільстві, виходячи із ідей відкритості, толерантності і справедливості. Європейські співтовариства розвивалися як мереживна система, заснована на

¹⁰⁷ Холберстем Д. Европа в отчаянных поисках: о сравнительной методологии и концепции прав // СКО. – 2007. - № 4 (61). – С. 165 – 166.

¹⁰⁸ Mayer, Franz C. Macht und Gegenmacht in der Europaeischer Verfassung. Zur Arbeit des europaeischen Verfassungskonventes // ZaoeRV, 63 (2003), S. 59-75.

¹⁰⁹ Stein, Torsten. Demokratische Legitimierung auf supranationaler und internationaler Ebene // ZaoeRV, 64 (2004), S. 563-570.

транскордонному та регіональному співробітництві між державами-членами через послідовність кроків інтеграції державно-правового простору, що характеризується у літературі як «емпіричний підхід»¹¹⁰. Зокрема, реформа адміністративно-територіального устрою в Угорщині заснована з міркувань посилення транскордонного та регіонального співробітництва¹¹¹. Система співробітництва у рамках європейських інституцій є різнорівневою, яка базується на спільних європейських цінностях, зокрема *acquis communautaire* (спільному доробку). Оскільки у Європі існує кілька рівнів інтеграції, Україна може враховувати цей фактор з максимальною ефективністю для себе. Через різнорівневий механізм інтеграції Україна може забезпечити реформування суспільно-політичних інститутів з урахуванням своїх інтересів.

За результатами Лісабонського саміту спостерігається тенденція до поновлення процесів конституювання інститутів ЄС та формування мереживної структури публічної влади в рамках Європейських Співтовариств. На сьогодні міжнародна правосуб'єктність Європейського Союзу має незавершений характер: ЄС має міжнародну правосуб'єктність у рамках Європейського економічного співтовариства (перша опора), у безпековій і зовнішній політиці (друга опора) та галузі поліції, юстиції та правосуддя (третя опора) є міждержавним об'єднанням. Таким чином, загалом Європейський Союз ще не можна розглядати як повноцінний суб'єкт міжнародного права, наділеного суверенітетом.

¹¹⁰ Мусис Н. Усе про політики Європейського Союзу / Пер. з англ. – К.: К.І.С., 2005. – С. 8 – 15; Тюшка А. Договір про Конституцію для Європи: генезис, юридична природа, політична цінність (Монографія). – К.І.С., 2007. – С. 2 – 13.

¹¹¹ Взаємодія публічної влади на регіональному рівні дозволяє робити висновки окремим дослідникам щодо виникнення субнаціонального конституціоналізму, що виходить із ідеї розмежування предмета відання між поверхами (рівнями) публічної влади. Специфіка субнаціонального конституціоналізму зумовлена етнокультурними чинниками, теорією субсидіарності, гарантіями прав національних менших та інших спільнот. Це виражається найбільше у федераціях із дуалістичною судовою системою (зумовленою наявністю судів федерального рівня і рівня суб'єктів федерації). Згідно з принципом верховенства права у предмет відання регіональних властей не вправі втручатися держава; органи державної влади можуть ставити питання про конституційність і законність актів регіональної влади у порядку адміністративного судочинства. Див.: Gardner, James A. In Search of Subnational Constitutionalism: Manuscript, Prepared for Seventh World Congress, International Association of Constitutional Law. Athens, Greece, June 11-15, 2007.

Скоріше слід вести мову стосовно Європейських Спільнот як про певну мережу публічної влади. У цьому контексті суверенітет набуває нового змісту, який розвивається між поверхами влади згідно з принципами субсидіарності та пропорційності¹¹². Таким чином потребує переосмислення вітчизняна ортодоксальна концепція державного суверенітету, яка має мало що спільного із сучасними реаліями¹¹³.

Сутність європейського конституціоналізму полягає у деконцентрації влади шляхом практичного запровадження принципів субсидіарності та пропорційності. В Україні існує чимало проблем із практичним впровадженням цих принципів-складових верховенства права. Цінність цих принципів важко переоцінити – йде мова про те, що вони складають сутнісне ядро розуміння європейського принципу *good governance (administration)*, що виражає запровадження конкретних механізмів ефектвної та справедливої публічної влади¹¹⁴. Тому центральною проблемою конституційних перетворень стає трансформація інституційної основи ЄС, спрямованою на його оптимізацію та економію процесуальних процедур, зокрема щодо законодавчих заходів та процесуальних процедур.

Лісабонський саміт засвідчив відхід від класичного концепту конституціоналізації Європейських Спільнот – шляхом заснування конституційного порядку Європейським Конвентом з наступною його ратифікацією національними парламентами/рішеннями національних референдумів¹¹⁵. Рішення Лісабонського саміту впроваджуватимуться переважно на фаховому рівні – через ратифікацію цього міжнародного договору національними парламентами (за винятком Ірландії). Це відображає тенденцію в регіональній політиці інститутів Європейського Союзу діяти саме на експертному рівні.

В зв'язку із проведенням конституційної реформи в Україні її основним завданням у контексті євроінтеграційних процесів повинно стати:

¹¹² Cottier, Thomas/Maya, Hertig. The Prospect 21st Century Constitutionalism // Max Planck Yearbook Law, Volume 7, 2003, p. 305-306.

¹¹³ Руденко, Наталя. Проблема державного суверенітету країн-членів ЄС у світлі інтеграційних процесів // Європейська інтеграція. – № 4. – 2004. – С. 17-26.

¹¹⁴ Birkinshaw, Patrick. Supranationalism, the rule of law and constitutionalism in the Draft Union Constitution // Queen's Papers of Europaenisation, 2003, № 3.

¹¹⁵ Про це більш детально див.: Мартиненко, Петро. Проект Конституції для нової Європи: реформаторський потенціал // Європейська інтеграція. – 2004 – № 4. – С. 1 – 16; Тюшка А. Договір про Конституцію для Європи: генезис, юридична природа, політична цінність (Монографія). – К.І.С., 2007.

включення у текст Конституції застереження про повагу та впровадження європейських цінностей в Україні; визначення механізму делегування частини суверенних повноважень держави Європейським Спільнотам/Європейському Союзу; конституційне закріплення принципів субсидиарності та пропорційності із визначенням інституційних та процедурних інструментів їх реалізації; послідовне втілення децентралізації публічної влади в Україні та визначення механізмів транскордонного співробітництва місцевих публічних властей із місцевими владами держав-членів Європейського Союзу; конкретизація у Конституції України зовнішньополітичних функцій держави у контексті загальноєвропейських цінностей.

Висновки

1. Конституціоналізм визначає засади конституційного устрою, заснованого на гарантіях прав людини та поділі влад із метою недопущення її узурпації та зловживання нею. Сутнісним елементом конституціоналізму виступають концепції *Rule of Law* (верховенства права в англо-американській конституційній традиції) та *Rechtsstaat* (правова держава у європейській континентальній конституційній традиції), поваги людської гідності, народного суверенітету, демократії. З інституційної точки зору це забезпечується через судовий конституційний контроль, систему стримувань і противаг, громадський контроль (зокрема, парламентський) над армією, поліцією та спецслужбами. З процедурної точки зору конституціоналізм втілюється у справедливій правовій процедурі (*Due Process of Law*), гарантії доступу особи до справедливого і безстороннього суду, демократичних засад здійснення судочинства (суд присяжних, дисциплінарна відповідальність суддів). Конституціоналізм як правовий феномен дає змогу інтегрувати конституцію у матеріальному і формальному розумінні і містить конкретний алгоритм мінімізації такого розриву.

2. Конституціоналізм як певна система урядування пройшов складну еволюцію, відображенням якої є ліберальна модель із її американською та вестмінстерською різновидами. У країнах континентальної Європи конституціоналізм впроваджувався через становлення елементів правової держави, пізніше становлення судового конституційного контролю до ідеї захисту соціальних права, тобто до ліберально-демократичного конституціоналізму. Досвід взаємодії ліберальної та ліберально-демократичної моделей конституціоналізму давав свободу вибору при становленні реального конституціоналізму у країнах Пів-

денної Європи (Греція, Іспанія, Португалія) після падіння авторитарних режимів та постсоціалістичних і пострадянських країнах після падіння тоталітарних комуністичних режимів. Модель демократичного переходу базувалася на певних національних конституційних традиціях, які давали позитивний ґрунт для відповідних конституційних реформ.

3. Конституціоналізм базується на певних національних конституційних традиціях, що зумовлює багатоманітність форм його прояву. Будучи продуктом розвитку християнсько-іудейської цивілізації, структурні елементи конституціоналізму поступово імплементуються у релігійно-традиційні правопорядки. Це зумовлено єдиною природою конституціоналізації будь-якого суспільства, інтеграція якого забезпечується шляхом досягнення суспільного консенсусу щодо базових цінностей, які лягають в її основу. Такими базовими положеннями, які визнаються сьогодні в якості універсальними визнаються людська гідність, баланс приватних і публічних інтересів, рівність, справедливість, право на справедливий і безсторонній суд. Водночас реальне становлення конституціоналізму призводить до секуляризації права, що сьогодні принаймні у багатьох мусульманських країнах проявляється у паралельному існуванні світських (загальних) та шаріатських судів, а в країнах із значною роллю звичаєвого права – його імплементації шляхом заснування судових рішень на відповідних звичаєвих нормах.

4. Такий мультикультуралізм, який виражається у зближенні структурних елементів конституціоналізму та традиційно-релігійних соціальних систем, дає підстави зробити висновок про формування глобалізації та конституціоналізації права на рівні міжцивілізаційного діалогу. З таких міркувань потребує подальшого детального аналізу проблема конституційної глобалізації, оскільки буде методологічно вразливим розглядати її лише через призму вестернізації релігійно-традиційних соціальних систем.

5. Ідеї конституціоналізму та відповідна політична практика втілення їх в життя також характерні для українського суспільства. Однак ця проблема потребує окремого аналізу, а тому може постати питання: чи може західна традиція права претендувати на першість у цьому контексті?

Розділ II.

КОНСТИТУЦІЙНА ТРАДИЦІЯ ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ В УКРАЇНІ

Вступ

Конституціоналізм є не лише суто явищем, характерним для західної традиції права. Нижче буде розглянуто формування правопорядку, для якого характерні гарантії прав і свобод людини та організації влади на засадах забезпечення балансу повноважень, характерні і для вітчизняної традиції права. Власне такі елементи зближують конституційну систему України із ліберально-демократичним конституціоналізмом.

В умовах кризи політичних інституцій та глобальної економічної кризи здається, що трансформація конституційної системи в Україні набуває все більш невиразного характеру. Криза політико-правових інституцій в Україні насамперед пов'язана із зниженням рівня легітимності влади та лояльності населення до влади, у згортанні зворотних зв'язків між населенням і владними інститутами, що має наслідком обмеження та порушення прав людини.

Якщо розглядати цю проблему, поєднуючи системний, синергетичний та цивілізаційний підходи, необхідно говорити про певний стан конституційної традиції в Україні, її трансформації в умовах кардинальних змін економічного порядку, трансформації права, процесів глобалізації та інтеграції на світовому рівні. За таких умов слід також говорити про континуїтет і дисконтинуїтет, оскільки вони виражають наступність конституційного ладу, в основі якого лежить певна конституційна традиція.

Таким чином, ця дилема полягає в таких питаннях: 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 це власні здобутки і надбання, які ідентифікують Україну на різноманітній карті світового конституціоналізму?

Даючи відповідь на них, можна визначити питання інтеграції України у світовий правовий простір, забезпечення прав людини, народного суверенітету відстоювання державою своєї незалежності на світовій арені.

2.1. Вихідні засади українського конституціоналізму

Витоки конституціоналізму конкретної спільноти, яка утворює державу, зумовлені різними умовами перебігу суспільних процесів. Згідно з природно-правовим підходом, який обґрунтовано у поглядах Ш.-Л. Монтеск'є, на особливості конституціоналізму конкретної спільноти, організованої у державу, впливають природа, клімат, особливості флори і фауни, оскільки вони визначають ментальність цієї спільноти, народу¹. 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 порядку². Правова традиція є відображенням завершальних стадій розвитку суспільства згідно із концепцією етногенезу, які виражають необхідність захисту історичного та природного його простору, коли суспільство вичерпує свій потенціал пасіонарності.

Однак такі трактування правової традиції є спрощенням розуміння проблеми. З такої точки зору важно 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 традиції та конституційної традиції, зокрема, відображає наявність тяглості уявлень про систему правил спільноти, яка формується у контексті певного природного середовища існування спільноти. Правила, сформовані у римському праві, знайшли своє відображення і в період Середньовіччя, що проявилось у ді-

¹ Монтеск'є Ш.-Л. О духе законов. Сост., пер. и коммент. А.В. Матешук. – М.: Мысль, 1999.

² Гумилев Л. Этногенез и биосфера Земли. – М., 1979.

яльності 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 у якості радників авторитетних юристів. По суті правителі середньовічної Європи завжди визнавали себе зв'язаними рішеннями, які були прийняті їх попередниками і це *ipso facto* та *prima facie* розглядалося як базові основи публічного порядку. Саме така правова традиція з прийняття управлінських рішень було покладено в основу *Magna Charta libertarum* 1215 англійського короля Генріха II, Золотої булли 1126 імператора Священної римської імперії германської нації Фрідріха II та Золотої булли 1267 угорського короля Бейли IV. 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 договірній 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 в силу слабкої систематизації звичаєвого права на практиці досить складно було провести грань між законом та звичаєм. Власне «закон руський», руське звичаєве право та традиція народоправства 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 Г.Дж. Берман відзначає, що західна традиція права зазнає кризи, яка насамперед пов'язана із інфляцією законодавства, посиленням втручання держави у приватне життя, що має на-

слідком партикуляризацію права як певної системи, що має складати єдиний організм, цілісний «корпус» правил³. На його думку, західна традиція права сьогодні поки що зберігає певні атрибути, які виражаються у функціонуванні відокремлених правових інститутів та установ, автономності юридичної професії, відділення права від політики, комплексної еволюції права з урахуванням надбання судової практики (юриспруденції у вузькому значенні слова), доктрини, аналітичних досліджень правових явищ і процесів із боку експертного середовища.

З другого боку, 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 Європейського суду справедливості (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 вносять значну кореляцію у діяльність національних парламентів та урядів. Це сприяє зростанню ролі доктринальних досліджень у сфері конституційної компаративістики, які служать одним із важливих джерел національних законодавчих реформ та соціальної політики урядів, прикладом чого служить діяльність Венеціанської комісії Ради Європи та мережа дорадчих структур при інститутах Європейського Союзу. Це дає змогу відновити послаблений авторитет права, зумовлений двома хвилями кризових явищ в економічній сфері⁴. На цій основі поступово формується єдине правове поле для поглиблення верховенства права.

³ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: ИНФРА-М – НОРМА, 1998. – С. 19 – 58.

⁴ Маються на увазі рух до посилення лібералізму 1968 у політичній сфері і пов'язана з цим, як це не парадоксально виглядає, криза лібералізму в ході економічної кризи 1972 – 1974 років, а також економічна криза 1997-1998 років та її друга фаза, яка розпочалася 2008 року і триває до сьогодні. Ці кризи мають комплексний характер, зумовлені також кризою системи цінностей західної цивілізації та трактування явищ глобалізації лише в західноцентричному сенсі. Див.: Стігліц Дж. Глобалізація та її тягар / Пер. з англ. А. Іщенко. – К.: Видавничий дім «КМ Академія», 2003.

На характер конституційної системи та конституціоналізму України впливає те, що територія України протягом тривалого часу (більше 350 років) входила в склад Росії. Це зумовило своєрідність українського права та вплинуло на його еволюцію. Зокрема, узбецький компаративіст Амір 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 прав ідеології. У СРСР система джерел була власне доктринальною, оскільки фактично основним джерелом права було марксистсько-ленінське вчення (вірніше, 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 еліти⁵. Для російського права є характерним авторитаризм, який проявляється у переважанні комунітаризму, переплетіння права із релігійно-етичною думкою, тяжінням до монократизму.

Україна як держава фронтиру знаходиться на межі цих двох правових традицій. Криза суспільних цінностей, що ми сьогодні спостерігаємо як в західному праві, 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. Ця проблема також зумовлена і тим, що в умовах сучасної економічної кризи 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 у певних звичаях і які мають вплив на характер позитивного права. По-друге, це концепція забезпечення індивідуальної свободи, яка є основою положень Руської Правди, Литовських статутів та Прав, за якими судиться малоросійський народ. По-третє, погляди на природу публічної влади, які лягли в основу

⁵ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. – М., 2002.

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 (Г. Гроцій, Дж. Лок, Л. Пуфендорф) та поглядів вітчизняних мислителів. По-четверте, вітчизняна інтелектуальна традиція, має декілька хвиль свого піднесення, серед яких слід виділити рубіж XVI-XVII століть, епохи українського бароко (вершиною чого є 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 рубежу XIX-XX століть до національно-визвольних змагань періоду 1917 – 1922 рр.

Радянський період скоріше 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, тягlosti української конституційної традиції.

Конституційна традиція передбачає тягlostь 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 характеру⁶, оскільки все більше акцентується увага на забезпечення прав і свобод індивіда. В силу обмеженості ресурсів та 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 є актуальною для українського суспільства, яке вчинювало декілька спроб організуватися в державу.

⁶ Див.: Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / Пер. з фр. Є. Марічева. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. – С. 79 – 92.

Українські традиції легітимності мають свою тяглість із народоправства періоду Древньої Русі⁷, козацькому звичаєвому праві, традиційного тяжіння народу до відстоювання своїх прав і вільностей. Найбільш оптимальним для забезпечення легітимності владних інститутів в Україні є функціонування дорадчих механізмів їх прийняття, 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. Розбудова мережі прийняття рішень у сфері публічної політики є важливою складовою легітимності владних інститутів відповідно до принципу верховенства права.

З урахуванням цивілізаційного підходу та стану демократичної легітимації можна розкрити особливості сучасного стану конституційної системи в Україні, що впливає на подальший розвиток конституційної традиції. Сьогодні ще спостерігаються впливи стереотипів, характерних для соціалістичного права, на розвиток правової системи України. Тому українську конституційну традицію необхідно розглядати крізь призму «соціалістичної спадщини», яка проявляється в наступному.

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 зобов'язання держави,

⁷ Вживається термін «Древня Русь», а не усталений «Київська Русь», який є джерелом сучасних спекуляцій. Древня Русь за формою була імперією і на початкових етапах свого розвитку розвивалася подібно до Франкської імперії, однак надалі в Древній Русі не склалася традиція ленного права, в основі якого лежав договір про взаємні права і обов'язки між сюзереном та васалом, що імпліцитно обмежувало імпетіум будь-якого феодала. Головними причинами занепаду системи правління у Древній Русі було запозичення київськими князями непрозорих методів правління, притаманних Візантійській імперії (для якої також були характерні часті державні перевороти із кривавими розправами наступників із своїми попередниками по імператорському 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.

які стають декларативними і не забезпечуються ефективно ні інституційно, ні процедурно. Система відносин між адміністративними органами та громадянами ще надто є далекою від стандартів довірливості та готовності посадових осіб служити суспільним інтересам.

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 напрямків православної церкви, а на певному етапі – підтримки утворення власної автокефальної церкви (створення патріархату).

3. Догматичне праворозуміння, у панівній доктрині обмежувально тлумачиться система джерел права власне як сукупність нормативно-правових актів. Юридичний позитивізм унеможливорює здійснювати ефективний судовий контроль дій та актів органів публічної влади, оскільки в умовах демократії головним критерієм їх конституційності і законності є забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Сьогодні поки що спостерігаються окремі спроби визнання усталеної судової практики як джерела права.

4. Орієнтація юридичної громадськості на державну політику; основні напрямки доктринальних досліджень зумовлені міркуваннями політичної доцільності, державної політики. У сфері вищої освіти та науки так і не існує дієвих гарантій автономності університетів. Для науки конституційного права України, як і для інших країн Східної Європи, на думку польського конституціоналіста Владіслава Соколевича, є характерним незначний вплив на світові тенденції конституціоналізму⁸.

5. Високий рівень централізації виконавчої влади, значна концентрація влади та фінансових ресурсів у центрі на шкоду збалансованого розвитку регіонів, низькі темпи реформування якісного 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

⁸ Ten Years of Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe. – Lublin, 2001. – P. 365.

демократичного конституційного порядку⁹ та конституційної держави, обмеженої правом, діяльністю конституційної юстиції¹⁰. Таку ситуацію можна охарактеризувати як постмодерний конституційний дискурс. По-перше, він, зокрема, проявляється у дилемі ліберально-демократичної концепції забезпечення прав людини й основоположних свобод¹¹ та ідеї державного патерналізму у цій царині¹². По-друге, ідея конституційної держави отримує спротив, оскільки на переконання представників пострадянської конституційної доктрини судові установи не володіють правотворчими повноваженнями, функції конституційної й адміністративної юстиції трактуються звужено¹³. Звідси проблема у забезпеченні відкритості та доступу населення до управлінських послуг, належного урядування (*good administration*)¹⁴, 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*) Європейського Союзу¹⁵, що є істотним фактором формування реальної незалежності молоді Української державності.

⁹ Проблеми реалізації Конституції України: Теорія і практика / Відп. ред. В.Ф. Погорілко. – К.: ІДП НАН: „А.С.К.”, 2003; Український парламентаризм: минуле і сучасне / За ред. Ю.С. Шемшученка. – К., 1999.

¹⁰ Кампо В.М. Український конституціоналізм на порозі XXI ст.: проблеми і перспективи // Режим доступу: http://www.edportal.org.ua/books/Conference_2000/Kampo.pdf; Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід / За ред. М.В. Савчина. – Ужгород: Мистецька лінія, 2008; Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму. – Львів: Астролябія, 2003.

¹¹ Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). – Харків: Право, 1997.

¹² Колодій А.М., Олійник А.Ю. Права людини і громадянина в Україні. – К., 2004.

¹³ Заєць А.П. Правова держава у контексті новітнього українського досвіду. – К., 1999; Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Наукова думка, 2007. – С. 19 – 27, 403 – 422.

¹⁴ Пухтецька А.А. Європейські принципи адміністративного права та європейський адміністративний простір (науково-інформаційне видання). – К.: ІДП НАНУ, 2007.

¹⁵ Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України. – К.: ІДП НАНУ, 2003.

Україна сьогодні перебуває на перехідному етапі розвитку свого конституціоналізму. Його характеризують 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. Дискурс щодо співвідношення негативних та позитивних прав часто підмінюється відверто популістськими заходами з боку уряду. На сьогодні так і не є вирішеною проблема забезпечення адресної соціальної допомоги, слабкою та малоефективною є система соціального страхування, діяльності установ соціального захисту.

У конституційній доктрині України домінує підхід щодо пріоритетного положення парламенту на протигагу діяльності конституційних судів по забезпеченню верховенства конституції. Однак також можна виділити погляди щодо необхідності сильної позиції конституційної юстиції як основи конституційного порядку¹⁶.

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.

З кінця 2004 року в Україні спостерігається конституційний транзит, який має постмодерний характер. Це пов'язано із відносним характером системи конституційних цінностей, які ще не склалися повною мірою. Постмодерний стан сучасної українського конституційної традиції полягає в такому:

- необхідність поєднання класичної ліберальної концепції прав людини з традиційним тяжінням українського суспільства на цінності та самодостатності соціальних, економічних та культурних прав;
- забезпечення становлення конституційної держави, заснованої на доступності населення до належних управлінських послуг та справедливого і неупередженого суду з урахуванням негативного досвіду патерналізму радянського періоду та усунення їх негативних наслідків;

¹⁶ Скомороха В.Є. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики. – К.: МП Леся, 2007; Тесленко М.В. Судебний конституційний контроль в Україні. – К.: ІГП НАНУ, 2001.

- становлення ефективної системи проміжної публічної влади та місцевого самоврядування, що потрібно поєднувати із адміністративно-територіальною реформою, на тлі необхідності подолання «радянської спадщини» надмірної централізації влади;

- забезпечення державного суверенітету України з урахуванням формування молодого самодостатнього державності, що входить у напругу з майбутньою потребою делегування частини суверенних повноважень наднаціональним інститутам (Supranational Power);

- визначення самоідентифікації української нації, тобто вирішення проблеми щодо позаблокового статусу України чи можливості її інтеграції в європейські та євроатлантичні структури або інтеграції у євразійські структури.

Разом із тим необхідно мати на увазі, що концепція постмодернізму характеризується есхатологією, зневірою у можливості якісного оновлення чи модернізації суспільно-політичних інститутів, виробленні певних концептуальних підходів, які б відзначали якісні ознаки вітчизняної доктрини конституціоналізму. Тому постмодерний дискурс вітчизняного конституціоналізму розглядається лише у контексті засобу подолання його перехідного характеру¹⁷. Тому аналіз конституційної традиції є більш обґрунтованим на синтетичному підході, заснованого на поєднанні системного, синергетичного, комунікативного та бігевіористського підходів у дослідженні сус-

¹⁷ Постмодернізм у праві виправдовують міркуваннями забезпечення прав і свобод людини у паттернах (складних соціальних системах) (див.: Ладер К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений) // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 13 – 42), коли надається перевага ліберальним концепціям згідно з якими процес формулювання абстрактних правил підмінює систему соціальних цінностей (Див.: Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. – М., 2006; Леони Бруни. Свобода и закон / Пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева. – М.: ИРИСЭН, 2008), які нами розглядаються як фундаментальні засади конституційної традиції. Хоча з урахуванням останнього ліберальний підхід, як і постмодернізм аж ніяким чином не примирює права людини першого, другого і третього покоління, взаємозв'язки між якими проявляються на рівні засад субсидіарності, толерантності, лояльності та довіри у складно структурованому суспільстві.

пільних явищ і процесів, що лежать в основі вітчизняного конституціоналізму.

Таким чином існує тяглість конституційної традиції України, яка виражається загалом у європоцентричному баченні ролі права і держави у суспільному житті¹⁸. Західна традиція права визначає підпорядкування 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 суду¹⁹. Однак конституційна традиція України є дискретною, що пов'язано із драматичними перипетіями формування власної державності.

Конституційну традицію складають 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 дискурс²⁰ між авторитаризмом і демократією.

¹⁸ Про це також висловилися раніше низка вітчизняних вчених-конституціоналістів. Див. зокрема: Козюбра М., Лисенко О. Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф // Українське право. – 2003. – Число 1. – С. 7 – 16; Кампо В.М. Український конституціоналізм на порозі XXI ст.: проблеми і перспективи // http://www.edportal.org.ua/books/Conference_2000/Kampo.pdf

¹⁹ Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід / Автор. кол.: Ващук О.М., Мазурок І.О., Навроцький В.В., Савчин М.В. (кер. автор. кол.), Трачук П.А. – Ужгород: Мистецька лінія, 2008.

²⁰ Мається на увазі не лише дискусія ідеологічного чи доктринального характеру, а також певна послідовність дій, спрямована на впровадження таких ідей в життя, використовуючи їх як певний інструмент у політичному процесі, юриспруденції тощо. Див. про природу дискурсу у політико-правових процесах: Дем'янков В.З. Политический дискурс как предмет политологической филологии // Политическая наука. Политический дискурс: История и современные исследования. – 2002. – № 3. – С. 32 – 43.

2.2. Континуїтет і дисконтинуїтет українського конституціоналізму

Зазначене свідчить про існування проблеми наступності конституційної традиції в Україні, оскільки йде мова про втілення конституційних положень в життя. Конституція України відображає національні традиції, усвідомлення фізичних та юридичних осіб, органів публічної влади щодо її призначення та ролі у суспільному житті, що безпосередньо впливає на ступінь втілення конституційних положень у життя. При цьому Конституція є вираженням системи соціальних цінностей, щодо яких склався суспільний консенсус. Тому наступність та/або розрив конституційної традиції слід розглядати через призму континуїтету. Поняття континуїтету більше розроблено у міжнародному праві, однак воно вживається інтенсивно і в конституційній доктрині.

Зокрема, термін «континуїтет» трактується у третьому томі юридичної енциклопедії як спадкоємність у праві, правонаступництво держави у міжнародному праві, пов'язане із соціальною революцією, виникненням нової держави та як правило парламентської процедури²¹.

Континуїтет у міжнародному праві власне розуміють як правонаступництво держави-продовжувача, за яким вона визнає себе пов'язаною міжнародними зобов'язаннями іншої держави, наступником якої вона виступає. 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.

Загалом проблема континуїтету пов'язана із безперервністю правової системи, а звідси й державності. Зокрема, Конституція Чеської Республіки у преамбулі опирається на «добрі традиції історичної державності земель Корони чеської та чехословацької державності» як юридичну підставу її континуїтету. Чеський конституціоналіст К. Кліма розглядає конституційний континуїтет у трьох аспектах: державному, територіальному і правовому²².

²¹ Див.: Юридична енциклопедія. В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.. – К.: Укр. енцикл., 2001. – Т. 3. – С. 318.

²² Klima K. Constitutional Law of the Czech Republic. – Plzen: Ales Cenek, 2008. – P. 125 – 129.

Преамбула Конституції України також визнає наявність континуїтету і визначає його як «багатовікову історію українського державотворення», яке було втілено в життя шляхом реалізації українським народом права на самовизначення. Таке втілення континуїтету було оформлено 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 про правонаступництво № 1543-XII від 12 вересня 1991 року Україна визнала себе правонаступником 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.

Розпад Радянського Союзу, який був оформлений Біловезькими домовленостями дав змогу остаточно вирішити питання набуття незалежності союзними республіками правовим шляхом, оскільки цей процес мав також насильницький потенціал в силу численних сутичок із людськими жертвами (Азербайджан, Грузія, Литва, зіткнення у Ферганській долині тощо).

Власне прийняття Конституції 28 червня 1996 року завершило процес оформлення державності в Україні в силу формули статті 4 Закону № 1543-XII. 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, порядку діяльності місцевих державних адміністрацій після набрання чинності Конституцією. Водночас Основний Закон передбачав перехідний період на реформування інститутів юстиції.

Конституція визначила п'ятилітній строк для реформування судової системи, порядку арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи, для чого на той час було достатньо санкції прокурора і він не відповідав гарантіям та

міжнародним зобов'язанням України, які випливали із Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Конституція також заклала правило щодо скасування інституту прокурорського нагляду та досудового слідства «до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів, та до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування».

Конституцією було закладено засади подальшої модернізації національної правової системи, що впливає насамперед із її характеристики як Основного Закону суспільства і держави (*правовий континуїтет, правонаступність*). Перехідні положення Конституції передбачають, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття нею чинності, є чинними у частині, що не суперечить їй. Це накладало обов'язок на парламент забезпечити системне приведення поточного законодавства у відповідність до Конституції України. З другого боку, узгодження поточного законодавства із конституційними положеннями є тривалим процесом, який також, як потім і показала практика, залежить від особливостей політичного процесу. Це зумовило те, що на момент прийняття змін до Конституції 8 грудня 2004 року так і не було прийнято близько сорока законів, які безпосередньо передбачені Конституцією, не говорячи вже про приведення поточного законодавства у відповідність із її положеннями. Таким чином, у випадку суперечності між положеннями Конституції та поточного законодавства має застосовуватися Конституція, оскільки її норми мають пряму дію у національній правовій системі.

Конституція визначила, що суверенітет України поширюється на всю її територію, яка у межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною (*територіальний континуїтет*). Стаття 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 року 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 дій²³. Водночас події п'ятиденної війни між Росією та Грузією, охолодження відносин між Україною та Росією, криза ефективності інституцій НАТО пов'язаною із завершенням миротворчих функцій у Афганістані свідчать про неоднозначність механізмів гарантій безпеки України, передбачених Будапештським меморандумом.

Таким чином, якщо ці положення Конституції тлумачити системно, то континуїтет України також можна розглядати як фундаментальну конституційну цінність.

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. Континуїтет частково пояснює сутність конституційних трансформацій, зокрема логіку конституційних реформ та проблему самоідентифікації нації на правовій географії світу.

Континуїтет у конституційному праві, як вже було з'ясовано вище, пов'язаний із ідеями тягlostі, компонентами якої є правонаступність, народний суверенітет і територіальна цілісність України. Відповідно дисконтинуїтет є порушенням тягlostі таких елементів конституційного устрою.

У цьому контексті континуїтет в Україні насамперед пов'язаний із відстоюванням прав і вольностей, демократичними традиціями, традиціями народоправства, ідеями доступу до справедливого і безстороннього суду, балансом між лібералізмом та комунітаризмом.

Континуїтет України ґрунтується на системі соціальних цінностей, щодо яких існує консенсус у суспільстві. Власне кажучи, на сучасному етапі розвитку українського конституціоналізму існує криза соціальних цінностей, оскільки сьогодні завершується становлення оригінальної конституційної традиції. Конституційні цінності, які є похідними від соціальних цінностей, наповнюють практичним змістом нормативний аспект конституції і виражають сутнісний зміст конституційного ладу України.

У нормативному сенсі конституційні цінності знаходять свій про-яв у вигляді принципів права, програмних положеннях конституції. Базові конституційні цінності є загальним мірилом правомірної поведінки (оскільки більшість людей докладно не ознайомлені зі змістом конституційних норм, а співмірюють її із загальним уявленням

²³ Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=998_158

про належне, справедливе, добросчесне тощо), критерієм прийняття законодавчих актів, здійснення соціальної політики уряду. За таких умов важлива роль належить гарантіям доступу до справедливого і чесного правосуддя, яке б забезпечувало баланс публічних і приватних інтересів у складно організованому суспільстві.

Конституційні цінності є своєрідною матрицею, яка забезпечує тяглість конституційної традиції і наповняє її оригінальним змістом. Саме з цих міркувань можна припустити, що три хвилі оформлення української державності (Гетьманщина, національно-визвольні змагання 1917 – 1922 років, проголошення незалежності 1991 року) набувають свого остаточного завершення лише її конституюванням згідно із Основним Законом 1996 року.

Зв'язаність правом є важливим компонентом тяглості конституційної традиції, континуїтету загалом. У романо-германській правовій сім'ї, до якої належить і правова система України важливе значення має конституція, яку можна розглядати двояко: як нормативну основу національної правової системи та певний тип соціального порядку, який гарантується правовими засобами.

Усталена точка зору про нормативну природу конституції, що базується на системному підході (явлення про право як систему норм, сформульованих сувереном), на сьогодні має доповнюватися принаймні синергетичним (джерела легітимності), цивілізаційним (соціальні цінності, покладені в основу конституції), соціальним підходом (конституція як певний тип правопорядку). За своєю природою конституція є придатною до життя, коли в ній закладені механізми правового захисту, тобто вона повинна бути наповнена також певним інституційним змістом. За таких умов конституція має вплив на соціальну, політичну, економічну, культурно-духовну систему суспільства. Це зумовлює певний набір функцій конституції як нормативної системи і певного типу соціального порядку: установчу, інтегративну, прогностично-перспективну, уніфікації та гармонізації поточного законодавства.

Синтетичний підхід дозволяє обґрунтувати з різних позицій природу континуїтету конституції. Зокрема, континуїтет реалізується через конституанту, тобто установчу владу народу. При цьому сумнівним розглядати конституанту через схвалення конституції на референдумі, це скоріше є редукція, оскільки не дає відповіді на природу і зміст конституції, а також джерела її визнання. Це питання має важливе значення для реалізації конституції, оскільки легітимність кон-

ституційного порядку не зумовлена насамперед примусовою силою права, як це трактують прибічники юридичного позитивізму. Реалізація конституції переміщається у площину легітимності, лояльності та толерантності, які гарантується через справедливий юридичний процес і право доступу до справедливого і чесного судочинства. Суспільні дебати щодо шляхів реалізації конституції виражають гарантії чесного процесу вираження поглядів та процедурної демократії як основи прийняття легітимних рішень органів публічної влади.

Такий суспільний дискурс щодо шляхів реалізації конституції зумовлений виробленням підходів щодо її інтерпретації. Принаймні інтерпретація конституції має два зрізи, оскільки програмні конституційні положення можуть отримувати свій розвиток у поточному законодавстві та в усталеній судовій практиці (конституційній юриспруденції). Інтерпретація конституції через поточне законодавство виражає гарантії процедурної демократії, в результаті яких може бути обрано різні моделі її розуміння (ліберальна, ліберально-демократична, соціальна тощо). Конституційна юриспруденція надає як догматичне, так і динамічне наповнення змісту конституційних приписів і виражає легітимність рефлексивної демократії²⁴. Тлумачення конституції конституційними судами забезпечує єдність правової системи (догматичний аспект) та її розвиток у випадку відставання правового регулювання (динамічний аспект).

2.3. Конституційна традиція України та її основні елементи

Еволюцію конституційної традиції можна розкрити через аналіз основних етапів розвитку конституціоналізму в Україні: зародження конституціоналізму (протоконституціоналізм) та його три хвилі.

Український протоконституціоналізм. Витоки вітчизняного конституціоналізму слід шукати у період оформлення державності Древньої Русі та Литовсько-Польської держави, в умовах якої сформувалося козацьке звичаєве право.

²⁴ Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / Пер. з фр. Є. Марічева. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. – С. 166 – 177.

Основною правопорядку в період Київської Русі були уявлення русичів щодо співвідношення понять «закон» і «покон», які визначали містичні погляди на межі своєї поведінки, певну грань, яку не можна переступати, оскільки вона б суперечила засадам загальної світобудови, космосу загалом. Визначаючи певні межі діяльності людської поведінки закон вказує на ту межу, яку не можна переступати. З іншого боку, закон означає власне межу людської свободи, переступлення якої веде до порушення суспільного порядку²⁵. Покон має більш містичний зміст, з якого формулювалися відповідні зобов'язання перед спільнотою, громадою, князем, церквою (платити віру, десятину тощо)²⁶. Закон поряд із звичаєм стають головними джерелами права, оскільки закон набуває нормативної характеристики принаймні із практики київських князів з укладання договорів із Візантією. При цьому у цих договорах є пряме посилання на «закон руський» як джерело легітимності князівської влади. Пізніше, у період Литовської-Польської доби у на рівні королівських грамот та у Литовських статутах ця практика стає звичайною, що також стверджує традицію тяглості свободи як цінності вітчизняної правової традиції.

Ще у період Древньої Русі (Київської Русі) було сформовано ідеї про єдність держави, необхідності широкого залучення представників суспільства в управління суспільними справами, поваги прав людини, які

²⁵ Відомий російський історик права В. Сергеевич таким чином пояснює етимологію цих понять: «Слово закон, як і слово покон, визначаючи однаково звичай походить від слова «кон», яке визначає початок, а разом з тим межу, границю і певне визначене місце на невизначених границях: поставити «бабки» або гроші на кон, взяти карту закону. Прийменник «за» з четвертим відмінком визначає межу руху, наприклад, сонце сховалося за хмару; коли він вживається «елітно» — надає слову значення границі, межі «забор», «запруда» і т. д. Прийменник «по» має — також значення: «по гроб буду згадувати», простонародній вираз «потуда». Звідділь в словах «закон» або «покон» покладається границя людської діяльності або свободи. Закон і покон є той порядок, підлягати котрому людина повинна в своїх діях. Але і звичай є той порядок, підлеглість котрому обов'язкова, а тому звичаєве право визначувалося зо всіма ознаками закону, цебто границі і може бути названо законом. Як закон — покону, так і закон — покосу». Див.: Сергеевич В. Лекції и изслѣдованія по древ. ист. рус. права. – М.: 1883. – С. 18 // Цит. за: Лашченко Р. Лекції по історії українського права. – С. 25. Режим доступу: <http://library.kr.ua/elmuseum/zem/lashchenko/2.html>

²⁶ Прикладом цього слугує «Покон вирный и урок мостникам». Про його юридичну природу див.: Зимин А.А. Правда русская. – М.: Древлехранилище, 1999. – Глава 4.

тоді розуміли як «закон руський». Скоріше за все на формування правової системи Древньої Русі вплинуло руське звичаєве право, візантійська правова традиція і практика князів по управлінню. При цьому слід зазначити, що в літературі більше уваги приділяється приватному праву, а публічно-правова сфера характеризується загальними зауваженнями. Зокрема, А. Харитонова і Є. Харитонов зазначають: «Що стосується публічного права, то тут рішення були оригінальнішими, більшою мірою відображали місцеву специфіку ідеології правотворчості»²⁷. У доктрині не з'ясовано повною мірою природу публічного права того часу у Древній Русі: воно не мало завершений вигляд на кшталт західноєвропейської традиції васалітету – сюзеренітету, заснованої на договорі між феодалом і васалом як одного з джерел легітимності публічної влади того часу (іншим джерелом легітимності влади була сакральна традиція, яка зокрема втілювалася у миропомазанні монарха при його вступі на престол з дотриманням відповідних процедур і ритуалів). Договір як аспект правової системи набув важливого значення у формуванні подальшої конституційної традиції, оскільки ленне право базується на ідеї договору між правителем і підданими. Як свідчить практика руських князів, так і не було остаточно сформовано системи сюзеренітету-васалітету у його класичному розумінні, який базувався на взаємних правах і обов'язках сюзерена і васала і мали договірний характер. Зокрема, влада Великого князя Київського передавалася по старшинству від старшого брата – молодшому братові, а не у порядку спадкування – від батька до старшого сина. Це було однією із інституційних проблем древньоруського феодалізму, яка ще більш поглибилася з моменту монголо-татарського вторгнення.

У Древній Русі склалася специфічна система правового оформлення державності, яка лише здалеку нагадує чітку структуру правових норм і інститутів. Згідно з М. Костомаровим вже у період оформлення староруської державності виявляються тенденції демократичної федеративності і «єдинодержавності», які відповідно втілювали характер південноруської і великоруської народності²⁸. Такого роду спекуляції,

²⁷ Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одиссей, 2002. – С. 248.

²⁸ Такі концепції проявляються у таких працях М. Костомарова: Две русские народности (1831), Мысль о федеративном начале Древней Руси (1861), Черты народной южнорусской истории (1861), Начало единой державы в Древней Руси (1870).

які характеризуються перенесенням сучасних концепцій державності на ґрунт Середньовіччя, не розкривають характер публічно-правових відносин, які формувалися в цей період. Така концепція контрастності зустрічається і в працях М. Грушевського, який заперечував прямий зв'язок між Київською Руссю і Північно-східною Руссю. З іншого боку, він відзначав, що мало місце глибоке проникнення в життя Московської держави «юридичних інститутів і норм, форм громадської і політичної організації, вироблених Київською державою»²⁹. Загалом пізніше виникнення Московської держави не можна розглядати окремо від древньоруської правової традиції, оскільки і на московських землях спостерігаються значні впливи й елементи цієї традиції.

Скоріше за все в період формування Древньої Русі не існувало чітких правових форм закріплення форми держави, а державне управління було приватною справою київського князя. За своєю формою Стародавня Русь була імперією, подібно до Франкської імперії Карла Великого. У такого роду державних утвореннях ще не було сформовано чіткої системи державного управління, а правитель формує апарат управління, як правило, з середовища своєї дружини, яка пізніше ляже у Русі в основу формування стану бояр. Таке державне управління не знає чітких правових форм, оскільки повноваження на управління дружинник отримує довічно без права спадкоємства його синами³⁰.

В умовах переходу українських земель під управління Польського королівства і Вел. кн. Литовського в Україні склалася своєрідна правова система. Її основою служив синтез права Древньої Русі, німецького, візантійського, римського і магдебурзького права. При цьому роль звичаєвого права в регуляції суспільних відносин була значною. Тривалий час воно діяло разом з нормами писаного права³¹.

За допомогою систематизації законодавства у вигляді Статутів Вел. кн. Литовського звужувалася сфера застосування звичаєвого права, писане право набувало все більшого розповсюдження. Проте звичаєве право продовжувало діяти і надалі. Згідно з положенням I Стату-

²⁹ Див.: Грушевский М.С. Очерк истории украинского народа. – К., 1990. – С. 36.

³⁰ Одночасно виникають форми місцевого управління (через інститут княжих посадників – тисяцьких, волостей, тіунів), які формують систему адміністративного управління. Див.: Історія держави і права України. У 2-х ч. / За ред. А.Й. Рогожина. – Ч. 1. – К.: Ін Юре, 1996. – С. 48-49.

³¹ Історія держави і права України. – Ч. 1. – С. 155.

ту судді за відсутності «писаної» норми могли вирішувати справу «на основі старого звичаю». Можливість діяти «згідно із старим звичаєм, способом звичаю стародавнього» визначалася і наступними статутами. Згідно з III Статутом великий князь зобов'язувався дотримуватися давніх звичаїв, «всі привілеї земської старовини і нові від нас дані, вільності і звичаї добрі стародавні зберегти і ні в чому не порушувати».

Значне розповсюдження в українських землях і надалі отримувало магдебурзьке право, відповідно до якого окремі міста отримували самоврядні права і право «між собою судитися і радитися». Найбільш авторитетними зборами магдебурзького права були «Статті магдебурзького права», видані Бартоломеєм Троїцьким (у 1556 р.). Він також видав п'ять книг, які фактично були коментарями положень магдебурзького права.

Специфічним джерелом права були і гетьманські артикули, які видавалися в Речі Посполитої. Вони фактично були першими збірками військово-судового і військово-кримінального права.

Важливе значення у формуванні конституційної традиції в українських землях відіграло звичаєве козацьке право – сукупність правових звичаїв, які встановлювалися у сфері козацтва. Важливість цього джерела підкреслює той факт, що після підписання Гетьманщиною договорів з Московією царська грамота надавала Війську Запорізькому право судитися «у своїх старшин з старовинних прав їх», тобто на основі звичаєвого козацького права.

Спочатку особливу популярність звичаєве козацьке право отримало в середовищі збіглих селян. Норми звичаєвого права, які склалися в Запорізькій Січі, закріплювали військово-адміністративну організацію козацтва, деякі правила військових дій, роботу судових органів, порядок землекористування і укладення деяких договорів, види злочинів і покарань. Наявність в козацтва свого особливого права визнавалося польським урядом.

Перша хвиля українського конституціоналізму. Після приєднання українських земель до Московії згідно з Березневими статтями на територію Гетьманщини дія московського законодавства не розповсюджувалася – тут продовжували діяти колишнє право, тобто звичаєве право, польсько-литовське законодавство і магдебурзьке право.

У порівняно невеликий період формування національної державності характер правової системи України, а також його джерел кардинально не змінилися. На українських землях продовжувало діяти литовське законодавство (III Статут) і магдебурзьке право. З ін-

шого боку, посилюється роль козацького звичаєвого права, яке вплинуло на державний лад козацької держави, в деякій мірі на характер і структуру судочинства. Зокрема, певну роль грали універсали гетьмана, а в деяких випадках універсали видавали окремі полковники.

Зміст універсалів відображав зміни в суспільно-політичному і економічному житті України, які вимагали своєї правової регуляції. Саме універсали санкціонували і коригували ті з них, які визначали організацію і діяльність полково-сотенної системи управління. Універсали регулювали достатньо широке коло публічно-правових відносин (питання надання землі старшині у власність і користування, призначення на посаду, призначення покарань і т.п.)³².

У сфері публічного права основними джерелами права мали Статті, які уклалися між правлячими гетьманами і московським царем. Ці документи протягом тривалого періоду царським урядом (навіть Петром I та Катериною II) розглядалися як договір.

Згідно з Переяславськими Статтями в 1654 р. встановлювалися відносини сюзеренітету-васалітету між Московією і Гетьманщиною в обережній формі, яка супроводжувалася дипломатичними формулюваннями. Згідно з пунктом 9 Статей визначалися юридичні підстави взяття Гетьманщини під протекторат Московської держави.

Зокрема, слід відзначити положення про вичерпання дипломатичних засобів врегулювання в зв'язку з недотриманням з боку Річчю Посполитою звичаєвих прав українського населення (зокрема, релігійних прав православних, козацьких вільностей тощо). Фактично, Статтями оспорується легітимність ленних прав польської корони на українські землі, оскільки відпали юридичні підстави для управління ними з боку польської адміністрації. З другого боку, новим суб'єктом, який добивався визнання як учасника ленних феодальних відносин, стала козацька старшина на чолі з гетьманом, яка набувала таких прав за допомогою силових засобів. Такого роду проблемам мало приділяється місця в літературі, характеризуючи Переяславські Статті і даровані грамоти до них як ратифікаційні акти між царем і гетьманом Б. Хмельницьким³³. Проте як справедливо підкреслює М. Драгоманов, козацька старшина через Статті «виторгувала» собі права-привілеї,

³² Історія держави і права України. – Ч. 1. – С. 180.

³³ Драгоманов М.П. Пропащий час: українці під Московським царством. 1654-1876 // Український історичний журнал. – 1991. – № 9. – С. 138.

якими володіла шляхта в Речі Посполитій, не змінивши фактично правового статусу селян і міщан.

Самі Переяславські Статті були специфічно оформлені, оскільки їх невід'ємною частиною були три даровані грамоти царя, серед яких одна з них передбачала передачу староства Чигирина «на гетьманську булаву». Такий механізм свідчить про визнання з боку царя ленних прав гетьмана на управління українськими територіями і землями Війська Запорізького.

Спроба Гетьманщини розірвати васальні зв'язки з Московською державою під час правління гетьмана І. Виговського, напевно, була пов'язана з нечіткістю формулювання Березневих статей, в яких деякі дослідники вбачають договір про військовий союз між двома державами або ситуативним стратегічним союзницьким договором між державами, об'єднаними релігійними і торговельно-економічними чинниками. З такої точки зору Гетьманщина могла у будь-який момент розірвати договір з Московією, керуючись власними інтересами з мотивів невиконання його умов. Московія, дійсно, порушила умови договору, ввівши свої війська на чолі з воєводами на українські землі і застосовуючи практику надання в розпорядження українських земель своїм стрілкам. У 1656 р. Московія без консультацій з Гетьманщиною уклала сепаратний мир з Річчю Посполитою, грубо порушивши положення Переяславських Статей.

Природа відносин між Московією і Гетьманщиною змінилися у бік звуження самостійності останньої при укладанні Юрієм Хмельницьким ленної угоди з московським царем. Березневі статті 1659 р., укладені гетьманом остаточно оформили процес зближення Гетьманщини з Московією і вони були договором про встановлення зв'язків сюзеренітету-васалітету між царем і гетьманом. Згідно з п. 4 Статей «без указу і веління» гетьман не володів правом налагоджувати зносини з іноземними державами або вирішувати питання війни і миру.

Встановлювалася якісно нова процедура обрання гетьмана, якого у разі здійснення ним проступку не можна було козакам заміщати «без указу царської величності», без такого указу гетьмана також не можна було заміщати самостійно (п. 7 Березневих статей). Такий механізм обрання гетьмана дозволяв царському уряду блокувати можливість спадкоємності на цій посаді, що пізніше вперше використовував Петро I, не давши можливості вибрати нового гетьмана замість І. Мазепи.

Новелою у відносинах сюзеренітету-васалітету було введення інституту «воєвод з ратними людьми», які розміщувалися серед населен-

ня (окрім приміщень реєстрових козаків), яке було зобов'язано їх утримувати (п. 5)³⁴. Таким чином, встановлювався протекторат Московської держави над Гетьманщиною з широкими автономними правами останньої (законодавство, управління, податки, судочинство і т.п.).

Спроба запровадити конституційний устрій у вигляді *Пактів і конституцій законів та вольностей Війська Запорозького 1710 р.* виглядає значною рефлексією на невідповідності форми державності Гетьманщини у складі Московської держави та прагненнями до вольностей і права, власного державного устрою на зламі XVII-XVIII століть. Як зазначав у свій час Пилип Орлик у «Виводі прав України», таке усвідомлення необхідності формування власної державності постали як із фактів порушення прав і вольностей, утисків православної віри українців Річчю Посполитою, так і недодержанням домовленостей Московською державою із гетьманами³⁵.

Подальша практика засвідчила про 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, який підтверджує практику. Згідно з цією практикою все більш звужуються автономні права гетьманської державності до абсолютної їх ліквідації в II пол. XVIII ст. Остання пропозиція українського політичного діяча Г. Полетики щодо інституювання прав і вольностей була відхилена імператрицею Катериною II в зв'язку із побоюванням можливого поширення подібної боротьби за вольності інших «окраїнних» територій Російської імперії³⁶.

Врешті-решт, слід зазначити, що практика встановлення відносин сюзеренітету-васалітету між Гетьманщиною і Московією на той час вже була анахронізмом, оскільки в Європі така практика замінюється абсолютизмом або ломкою абсолютизму монарха (буржуазні революції в Нідерландах, Кромвеля в Англії). З іншого боку, спроби формування державності в Гетьманщині на тлі національно-визвольної війни з

³⁴ Хрестоматія з історії держави і права України. В 3-х т. – Т. 1. – К., 2001. – С. 171-173.

³⁵ Орлик Пилип. Конституція, маніфести та літературна спадщина. Вибрані твори. – К.: МАУП, 2006. – С. 132 – 140.

³⁶ Кононенко В. Вольності старовинні зберігати... Українська державність XVIII ст.: погляд українських депутатів «Законодавчої комісії 1767-1768 рр.» // День, 2009, 10 квітня (Режим доступу: www.day.kiev.ua/272716); День, 2009, 17 квітня (Режим доступу: www.day.kiev.ua/273118).

Річчю Посполитою, її демократичний характер свідчить, що розвиток конституційної традиції в Україні йшов синхронно з розвитком європейської конституційної традиції. Запровадження елементів конституційного устрою, які мали тяглість із козацького звичаєвого права у формі Конституції Пилипа Орлика свідчать, що конституційні процеси мали органічний характер для правової системи України і вони ніяк не виглядають анахронізмом у період, коли Франція ще лише очікувала на народження своєї славної епохи Просвітництва.

Ідея індивідуальної свободи впродовж тривалого періоду не передбачала, що індивід володіє природними і невідчужуваними правами і свободами. Ідея прав людини і фундаментальних свобод є продукт модерного прочитання конституційного устрою. Для цього було необхідний синтез ідеї індивідуальної свободи з основними постулатами християнської етики. Таким чином, джерелом ідеї прав людини стає не тільки ідея індивідуальної свободи, а також ідеї Томаса Аквіната про три сфери закону: божественного, природного і людського (сучасною мовою – позитивного). Християнська етика також виробила концепцію свободи волі людини, тобто концепцію стану людини, відповідальної за вибір способу своєї поведінки. По суті, сучасні концепції юридичної відповідальності розглядають різні аспекти інтелектуального і вольового відношення людини до власної поведінки. Відповідно, свобода людини трактується як свідомий і вольовий акт поведінки, який повинен бути узгодженим з інтересами інших. Ці зауваження важливі, оскільки в українській інтелектуальній традиції дискурс про права людини починається з другої половини ХІХ століття.

Ідея гарантій права особистої свободи була властива багатьом правовим актам, які діяли на території українських земель. У окремих моментах їх положення відображають елементи конструкції *habeas corpus*, яка є основою конституційного захисту прав людини. Згідно із збіркою систематизації законодавства, «Права, за якими судиться малоросійський народ» з метою врегулювання відносин у Лівобережній Україні вводилися елементи зближення і уніфікації законодавства.

Принцип свободи індивіда завжди лежав в основі усіх документів конституційного значення в Україні. Зокрема, *Пакти і конституції законів та вольностей Війська Запорозького 1710 р.* є відображенням високого рівня української юриспруденції. За сформульованими в ній принципами побудови держави, демократичним духом вона по праву вважається однією з найцінніших пам'яток політико-правової думки

тогочасної Європи. Однак положення цього юридичного документу були втілені в життя лише на окремих територіях України протягом короткого періоду часу. Водночас Пакти і конституції... містили у собі основні елементи конституціоналізму: поділ влади, механізми запобігання узурпації влади, підзвітності і підконтрольності влади, права особи на судовий захист, засади місцевого самоврядування; в цьому документі також знаходимо елементи соціального захисту, що відображало найпереводіші досягнення юридичної думки на той час.

Слід визнати, що перебування Гетьманщини у складі Московського царства (пізніше – Російської імперії) перервало конституційну традицію у формуванні інститутів публічної влади в Україні, вона продовжувалася лише в інтелектуальній традиції та на західноукраїнських землях. Цей процес є неоднозначним на фоні виникнення практики конституціоналізму у Північній Америці та Західній Європі.

Друга хвиля українського конституціоналізму. У XIX ст. романтична інтелектуальна доктрина вітчизняного конституціоналізму найбільш рельєфно втілювалася у діяльності товариства ім. Св. Кирила і Мефодія. Опіраючись на демократичну традицію українців, Микола Костомаров обґрунтовував ідею створення Республіки (Речі Посполитої) всіх слов'ян, в якій була б «посполита рівність і свобода і станів не було зовсім»³⁷. Ця своєрідна федерація слов'янських етносів повинна бути побудована на засадах демократії, самоврядування і поділу влади. Пізніше Михайло Драгоманов розробив проект реформування Російської імперії у федерацію слов'янських націй, заснованої на широких самоврядних правах територіальних колективів, балансу загальнодержавного і регіонального інтересів, раціоналізованому, двопалатному парламентаризмі³⁸. Михайло Драгоманов відрізняв українське суспільство від російського (московського). Він підкреслював, що царський уряд скористався із ідей панславізму, підвалини якого було закладено серед представників слов'янських націй, які втратили свою державність³⁹.

³⁷ Костомаров М. Книга битія українського народу. – Авсбург, 1947. – С. 26.

³⁸ Драгоманов М. Пояснювальна записка до проекту статуту основ українського товариства „вільна спілка” – „Вольний союз” // Драгоманівський збірник. „Вільна спілка” і сучасний український конституціоналізм. – Львів, 1996. – С. 22, 25, 39.

³⁹ Вхідження Гетьманщини в склад Московської держави сприяло втягнення останньої в орбіту панславістських концепцій, в силу її прямого доступу до кордонів із Оттоманською Портою, яка захопила майже всі Балкани з

У свою чергу, в академічних колах у Російській імперії переважно на ґрунті германських впливів домінувала концепція державного права. Значний вплив на школу конституційного права мала історична школа, яка виводила природу та особливості національного права із звичаїв та традицій народу. Водночас слід звернути увагу на розробки, які визначали природно-правову концепцію права, в чому можна вбачати впливи поглядів І. Канта, Гельвеція, Вольтера та інших. Зокрема, П. Лодій в основі діяльності законодавчої влади вбачає загальне благо, чіткість і зрозумілість, відповідність природним законам положень позитивного права. При цьому визнавалися прерогативи монарха на забезпечення суспільного ладу, встановлення та скасування привілеїв тощо⁴⁰. Також цікавими є роздуми М. Ковалевського щодо визначення меж діяльності держави⁴¹, які зумовлені забезпеченням безпеки, здійсненням правосуддя, благоустроєм, охорони здоров'я та формування системи соціального забезпечення⁴². Однак така позиція знаходила критику, оскільки це пов'язувалося із розумінням правопорядку як необхідності коритися законам, які встановлює держав-

переважно слов'янським населенням. Разом з тим, один із перших ідеологів панславізму Юрій Крижанич був засланий царським урядом до Сибіру, оскільки його погляди розглядалися як занадто небезпечні для Московії. З трансформацією ідей панславізму у московське слов'янофільство, ідея слов'янської єдності наповнюється духом «національної пихи, візантійської релігійної нетерпимості та політичної догідливості», за що воно й не мало підтримки серед передової частини російської інтелігенції другої половини ХІХ ст. Див.: Драгоманов М Федералістський панславізм. Провансальські регіони в Латинській спілці та українські регіони у Слов'янській спілці. Лист до Ксав'є де Рікара // Драгоманівський збірник. „Вільна спілка” і сучасний український конституціоналізм. – Львів, 1996. – С. 85 – 87.

⁴⁰ Лодій П. Теория общих прав, содержащая в себе философское учение о естественном всеобщем государственном праве // Антологія української юридичної думки В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4: Конституційне (державне) право. – К.: Юридична книга, 2003. – С. 28 – 42.

⁴¹ Також цікавою є дискусія про межі державної влади між М. Палієнко (Учення о существѣ права и правовой связанности государства. Х., 1908) та А. Алексеевим (Учение о главѣ государства, как суверенном органѣ в современной конституционной монархii // Вопросы права. – 1910. – Кн. 10). Прихильним до ідеї обмеження державної влади також був С. Котляревський.

⁴² Ковалевський М.М. Общее учение о государстве // Антологія української юридичної думки В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4: Конституційне (державне) право. – К.: Юридична книга, 2003. – С. 272 – 290.

на влада⁴³. Загалом академічний дискурс у Російській імперії носив переважно етатистський характер і сучасні спроби відновити окремі ідеї, які були властиві російській доктрині державного права, на сучасному етапі можуть викликати лише скепсис з точки зору верифікації результатів цих висновків (щодо питань суверенітету та поділу влади, природи прав людини, природи публічної влади та меж державного втручання, місцевого самоврядування тощо).

Окремі вчені обґрунтовували ідею конституційної державності. Зокрема, виділяючи деспотичну, поліцейську, правову та соціалістичну (соціальну) держави, Богдан Кістяківський говорив про переваги соціальної держави перед правовою і поліцейською, оскільки в ній гарантується гідність людини за рахунок соціальних і правових засобів⁴⁴.

Напередодні періоду національно-визвольних змагань у вітчизняній публічно-правовій доктрині спостерігалися неоднозначні процеси. Водночас із дослідженням сучасних на той час проблем філософії права, виникненням нових, передових юридичних шкіл (Б. Кістяківський, С. Дністрянський, М. Палієнко та інші), спостерігаються також прояви правового нігілізму, месіанства, зокрема у практиці правового оформлення державності більшовиками, представниками окремих політичних сил і рухів⁴⁵.

Національно-визвольні змагання в Україні в період 1917 – 1920 рр. були обтяжені інтелектуальною спадщиною, за якою необхідною умовою побудови української державності було перебування України у складі федеральної Росії. Так, I – III Універсали Центральної Ради визначали статус України як суб'єкта федерації у складі Росії. Було невиправдано втрачено багато часу. Нездатність уряду М. Грушевського сформувати владні структури і очевидно неадекватний розпуск військових частин позбавив молоді державність будь-якої опори в умовах загрози з боку Російської імперії, а пізніше радянської Росії. Така

⁴³ Лазаревський М.І. Русское государственное право // Антологія української юридичної думки В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4: Конституційне (державне) право. – К.: Юридична книга, 2003. – С. 411 – 420. (§ 3. Ограничена ли государственная власть.)

⁴⁴ Кістяківський Б. Держава і особистість // Вибране. – К., 1996. – С. 252, 247 – 252, 256 – 272.

⁴⁵ Мироненко О.М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917 – 1920 рр. Теоретико-методологічний аспект: Монографія. – К.: ІДП НАН, 2002. – С. 54.

практика М. Грушевського взагалі викликає глибокий подив, зважаючи на практику Т.-Г. Масарика щодо формування чехословацької державності також у складних умовах Центральної Європи. Вживалися також слабкі дипломатичні зусилля серед країн Антанти і приділялася надмірна увага стосункам із II-м Німецьким Рейхом. Лише в IV Універсалі проголошувалася незалежність Української Народної Республіки, однак вона ставала недієздатною в зв'язку із відсутністю відповідних ефективно діючих владних інституцій.

На цьому фоні еволюція суспільно-політичних ідей в радянській Росії проходить від заперечення ідеї права до визнання його регулюючої ролі. На основі більшовицького вчення про державу формується тоталітарна модель конституції. Неефективність управлінських структур УНР – Гетьманату – Директорії на фоні практики радянської Росії по створенню в Україні паралельних структур радянської влади призвело до приходу до влади більшовиків. Більшовицький режим відкинув попередню практику формування інститутів влади в Україні та насаджував за московським взірцем владні інститути, основним методом управління яких була тактика масового терору, тотального втручання влади у приватне життя, усупільнення власності.

Відхід від конституційної традиції та епоха тоталітаризму. Радянський період скоріше можна розглядати як відхід від української конституційної традиції. Радянська концепція права була етатистською і вона за своєю природою не відповідала провідній ідеї будь-якої конституції – обмеження владного свавілля через механізми поділу влади, судового контролю над правовими актами органів публічної влади і реального забезпечення гарантій прав людини й основоположних свобод. Радянська правова доктрина, заснована на розгляді права як ідеологічного інструменту, не визнавала самодостатності і цінності української конституційної традиції.

Радянські конституції не мали нічого спільного із конституційною практикою, оскільки вони легітимували тоталітарний режим правління. Так, ще згідно з конституцією маріонеткової УСРР 1919 р. встановлювалася «диктатура працюючих, пролетаріату та найбільшого селянства». Пізніші конституції посилювали ці тенденції. Згідно із цією тоталітарною державною моделлю обґрунтовувалася ідея тотального державного втручання у життя громадянського суспільства, своєрідної конституційної інженерії, спрямованої на забезпечення переваги інтересу панівної еліти (партійної номенклатури, апарату та їх

громадських організацій-сателітів) поряд із відсутністю демократичних процедур прийняття управлінських рішень.

На початку радянської державності ідея права заперечувалася. З іншого боку, відмова від старого права і застосування на перших етапах радянської державності в якості орієнтира у правозастосовній діяльності засад соціалістичної законності і соціалістичної свідомості дезорієнтувало громадян та громадські структури. Цей механізм був фундаментальним порушенням засад правової визначеності, які включають у себе презумпцію невинуватості, належного порядку оприлюднення правових актів, заборони зворотної сили закону, що встановлює або посилює юридичну відповідальність. Одночасно йшла розбудова репресивного апарату держави, розширювалися можливості владного розсуду без належної правової процедури та у позасудовому порядку притягати осіб до юридичної відповідальності. Такі фактори стали головними чинниками масового прояву правового нігілізму, а серед суспільства ідея права стала поступово асоціюватися із його репресивною функцією⁴⁶.

Сталінська конституція 1936 р. за формальними критеріями вважалася найдемократичнішою конституцією, оскільки містила широкий «каталог» прав і свобод людини. Однак за змістом дана модель передбачала усуспільнення власності та заперечення гарантій приватної власності, ідеологічний, політичний та економічний монізм у суспільстві. Закріплення монополії політичної партії привело до підміни партійним апаратом державних структур, нівелювання ролі органів держави у політичному житті, до створення тіньових процедур прийняття політичних і правових рішень. Ефективність державних інститутів цілком залежала від репресивного апарату, політичної поліції,

⁴⁶ За таких умов, природним було невизнання ідеї правової держави у доктрині радянського права, хоча несміливі спроби його обґрунтування все ж таки спостерігалися. Зокрема, на думку радянського правознавця Малицького, правовою державою є організація публічної влади, «яка здійснює свою діяльність в умовах правового режиму, де кожен орган влади, виконуючи свої громадські функції, свої службові акти, підлягає закону». Однак перемогла інша думка, виражена словами Лазаря Кагановича: «Коли людина, яка претендує на звання марксиста, серйозно каже про правову державу і тим більше застосовує поняття «правова держава» до радянської держави, то це означає, що вона йде на повіді у буржуазних правників, що вона відходить від марксистсько-ленінської науки про державу». Цит. за: Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929-1941). – К., 2001. – С. 17.

діяльність судових установ була підмінена позасудовими інститутами розправи («трійки»), особливі наради, які формувалися не лише з числа суддів і прокурорів, а також партійних працівників і працівників НКВД) та системними порушеннями вимог належної правової процедури.

Режим сталінізму був побудований на тотальному контролі суспільства, основними інструментами якої служили офіційна комуністична ідеологія та практика терору за допомогою розгалуженого поліцейського апарату. Така практика управління породжувала у суспільстві страх перед владними інститутами та паралізувала волю громадян. За таких умов зникали умови для вільного волевиявлення особи, реалізації самоврядних прав, забезпечення механізму підконтрольності та підзвітності народові інститутів влади⁴⁷. У свою чергу, це виражалося у специфіці режиму державного управління, відповідного до чого принцип верховенства права підмінювався принципом «революційної законності»⁴⁸.

Операння на переважно репресивний апарат у ході державного управління мало дезорганізуючий вплив на суспільство. В Україні це спричинило декілька хвиль масового голоду населення (1921, 1932-

⁴⁷ Ідея особистості була підкорена ідеї раціональності суспільного виробництва і державного управління та юридичного захисту класових інтересів, залишаючи особистість людини в умовах адміністративної колективності егоїстичним індивідуалістом, який для досягнення соціального успіху, багатства і влади змушений був фактично як «гвинтик» спиратися головним чином на прагматичну користь служіння державної влади. Див.: Селіванов В.М. Право і влада суверенної України. Методологічні аспекти. – К., 2002. – С. 23.

⁴⁸ У доктрині періоду 1920-30 років запанувало явне юридичне мракобісся. Окремі формулювання взагалі не відповідали ні етичним, ні професійним заходам наукового дискурсу. Зокрема, критикуючи принцип верховенства права, насамперед принцип законності, апологет режиму сталінщини Вишинський проголошував: «Буржуазна законність як сила, як важіль у руках буржуазії охляла. Охляла буржуазія, одряхліла і буржуазна законність. Настав час здати її до архіву... Саме зараз, коли покрову цієї законності скинуто, і коли її звирину суть викрито і оголено до межі, огидні рубці, що вкривають тіло й обличчя цієї законності, стають очевидними. Тепер вони нікого не можуть ввести в оману, скільки б «правової» косметики на ці ланіти не було покладено...» І далі: «Зовсім неправильно деякі буржуазні, та деякі з наших вчених, історію революційної законності ведуть від непу... Треба рішуче відхилити таке розуміння революційної законності, яке саме її джерело вбачає у новій економічній політиці, а не в диктатурі пролетаріату. Цит. за: Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929-1941). – К., 2001. – С. 22, 23.

1933, 1946), з приводу якого існує сьогодні дискусія. Одна група дослідників зазначає, що масовий голод населення 1932-1933 років був наслідком колективізації на просторах України, Поволжя, Північного Кавказу та Казахстану, метою якої була індустріалізація країни; інші вважають його спланованою акцією геноциду, оскільки на зазначених територіях проживали окраїнні народи (українці в Україні та на Північному Кавказі, німці та українці на Поволжі, а також казахи, смертність серед яких була найвищою); треті розглядають це як неминучий наслідок індустріалізації країни, яка дала змогу Радянському Союзу у подальшому перемогти нацистську Німеччину у Другій світовій війні. Не вдаючись у дискусію щодо можливості притягнення до відповідальності винних осіб за організацію масового голоду населення як геноциду⁴⁹, можна впевнено зробити висновок, що такі процеси характеризують режим сталінізму як тоталітарний, а вчинення таких діянь як злочини проти людства і світу. Загалом наслідком Великого голоду стала атмосфера страху, скутості приватної ініціативи, свободи розвитку індивіда, яка проявляється і через покоління у сучасній Україні. За таких умов формування вільного індивіда та демократичної системи правління як засадничих цінностей конституціоналізму було неможливим.

Після смерті Сталіна в Радянському Союзі відбулися деякі процеси лібералізації існуючого режиму, що виразилося в амністії засуджених за політичними мотивами у концентраційних таборах ГУЛАГу, припинення практики діяльності позасудових інститутів розправи («особливих нарад», «трійок» тощо), кодифікації законодавства на рубежі 1950-1960-х рр. Водночас в історичній літературі відзначається, що існуюча система управління в останні роки життя Сталіна поступово розкладалася і переважно спиралася на його авторитет. Після смерті Сталіна відбулися резонансні повстання у найбільших концентраційних таборах ГУЛАГу (Воркута, Інта, Караганда, Кенгір, Норильськ, Солікамськ та інші), серед організаторів яких були переважно колишні військовики УПА та РОА, що стало каталізатором процесів лібералізації як методів правління, так і радянського законодавства⁵⁰.

⁴⁹ Див.: Захаров Є. Висновок. Правова кваліфікація голодомору 1932 – 1933 років в Україні та на Кубані як злочину проти людяності та геноциду // Режим доступу: <http://khp.org.ua/index.php?id=1221206914>

⁵⁰ Алланиязов Т, Наймушина О. «... Неповиновение надо пресечь». К истории восстания 3-го отделения Степного лагеря МВД СССР (16 мая — 26 июня

У 1950-1960-х роках у Радянському Союзі на хвилі деякої лібералізації суспільного життя виникає дисидентський рух⁵¹, в основі якого було покладено ідею про злам тоталітарного режиму та проведення реальних ліберальних реформ у державі, розширення прав національних менших. З підписанням Заключного Гельсінського Акта Радянський Союз взяв на себе міжнародні зобов'язання по втіленню у життя положень Загальної декларації прав людини (1948), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966), Міжнародного пакту про соціальні, економічні та культурні права (1966). Ці права також були відображені у Конституції СРСР (1977) і відповідно УРСР (1978) і хоча носили декларативний характер, однак навіть їх формальне закріплення на конституційному рівні з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань СРСР створювало передумови для боротьби непокірних інтелектуалів за права людини, які порушувалися масово в Радянському Союзі. На цій основі виникає правозахисний рух, який в Україні очолила Українська Гельсінська група (1976)⁵², діяльність якої жорстко переслідувалася брежневським режимом⁵³. Власне роль дисидентського і правозахисного руху є однією із важливих складових у відродженні українського конституціоналізму та української конституційної традиції загалом. Дисиденти і правозахисники на той час були по суті єдиними носіями ідеї захисту прав людини від свавільного втручання з боку держави, що відіграло важливу роль у період так званої «перестройки». Рамки академічної свободи були надто обмежені⁵⁴, які б дозволяли робити виважені дослідження над проблемами конституціоналізму, які засуджувалися як буржуазна теорія.

1954 года): Документы. Факты. Суждения. – Алматы, 2004; Батоян В. Восстание в Кенгире // ...Иметь силу помнить: Рассказы тех, кто прошел ад репрессий. – М., 1992; Бондарчук Л. З історії Кенгірського повстання // Українознавство. – 2005 - № 2; Кульчик Й. Чайки Кенгіра. – Львів, 2000; Орел С. Найвільніші люди в СРСР (Кенгірське повстання) // Дзеркало тижня. – 2009, 30 квітня – 15 травня. – № 16 (744); Ференчук Ю.Д. Кров Кенгіра. – Чернівці, 2004; Штамм А. Кенгир как конец сталинского ГУЛАГа // Посев. – 2004. - № 6.

⁵¹ Алексеева Л. История инакомыслия в СССР. – Вильнюс – Москва: Весть, 1992.

⁵² Український Правозахисний Рух. Документи й матеріали Київської Громадської Групи сприяння виконанню Гельсінських Угод. Торонто — Балтімор 1978; Украинская Хельсинкская группа. К 20-летию создания. – К.: УРП, 1996.

⁵³ The Persecution of the Ukrainian Helsinki Group. Toronto, 1980

⁵⁴ Вернадский В.И. Научная мысль как планетное явление / Отв. ред. А.Л. Яншин. – М.: Наука, 1991. – § 72.

На той період радянська доктрина державного права розглядала конституцію як політичний інструмент закріплення волі пануючого класу, як «надбудову» над «базисом»; радянська конституція розглядалася як «вираження дійсного співвідношення класових сил в умовах, коли влада належить трудящим, об'єднаних в союз під керівництвом робочого класу, який бореться за побудову соціалізму і комунізму»⁵⁵. Елементами радянського публічного порядку та конституції (основного закону) доктрина визнавала: повновладдя трудящого народу, серед якого компартії належала «керівна і спрямовуюча роль»; «масові представницькі органи влади трудящих», які склали ієрархію рад; усупільнення власності у вигляді «соціалістичної власності», яка по ідеї покликана гарантувати «вільну від експлуатації працю»; «соціалістичний інтернаціоналізм... соціалістичний федералізм»; «надання» прав і свобод, реалізація яких покладалася у залежність від «умов... досягнень соціалістичного, комуністичного будівництва».

Таким чином, при відсутності гарантій обмеженості втручання держави у приватне життя правом, права приватної власності, права на гідність і особистої недоторканості, свободи зібрань, свободи вираження поглядів, права на справедливий і чесний суд, такі складові публічного права мали відверто етатистський характер, тобто мало спільного із засадами правопорядку, побудованого на елементах конституціоналізму.

Етатизм радянського державного права також полягав у тому, що його засади «складають всю організацію соціалістичного суспільного ладу загалом». Конституція розглядалася як основний закон держави, «головний елемент правової частини соціалістичної надбудови»⁵⁶.

Таким чином, у Радянському Союзі до періоду «перестройки» було перервано традиції українського конституціоналізму. Радянські консти-

⁵⁵ Ця цитата взята із підручника, написаного одними із провідних радянських вчених у галузі публічного права періоду 1970-80 років – Г. Барабашева, Р. Васильєва, Л. Воеводіна, Д. Златопольского, С. Кравчука, О. Кутафіна, К. Шеремета. Див.: Советское государственное право / Под ред. С.С. Кравчука. – М.: Юрид. Лит., 1980. – С. 50 – 55. Така перенасиченість ідеологемами доктрини державного права є особливістю стилю радянської правової системи, яка не визнавала ідею верховенства права як надбання «буржуазної теорії права». Концепція верховенства права, і свою чергу конституціоналізму, визнавалися несумісними із існуючим правопорядком, зокрема такими його засадами як соціалістичною законністю, демократичним централізмом тощо.

⁵⁶ Равин С.М. Сущность советского государственного права. – Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1963. – С. 5, 12.

туції не мали нічого спільного із конституційною практикою, оскільки вони легітимували тоталітарний режим правління. Вінцем всього стала Конституція СРСР (1977 р.) і відповідно УРСР (1978 р.), які встановлювали принципи демократичного централізму, однопартійну політичну систему на чолі керівної і спрямовуючої сили КПРС та «ядра політичної системи», а також систему рад як «політичної основи» державної влади. Заперечувалася ідея самоврядності у суспільстві, навпаки всякими способами посилювався дирижизм держави у всіх суспільно-політичних процесах.

Наслідком радянської практики державного правління стало формування території України у сучасних кордонах, було трансформовано українську державність на засадах комуністичної ідеології. Однак УРСР була квазідержавою у складі фактично унітарного СРСР, хоча Радянський Союз номінально проголошувався федерацією.

Третя хвиля українського конституціоналізму. Із закінченням епохи перебудови та розпадом СРСР розвиток конституційних інститутів та становлення конституційної традиції в Україні цілком укладаються у прокрустове ложе розвитку конституційних явищ і процесів країн Центральної та Східної Європи, більшість яких сьогодні є членами Європейського Союзу. Однак «радянська спадщина» нехтування правом, використання конституції переважно як політичного інструменту свавільного тлумачення правових норм, ускладнили процеси становлення вітчизняного конституціоналізму.

У період перебудови в Україні пожвавився правозахисний рух, який майже був зведений нанівець репресіями на рубежі 1970-1980 років. Наприкінці 1989 року утворюється Рух, який стає основною опозиційною політичною течією в Україні. Рух взяв курс на реалізації політику правового оформлення незалежної державності України. Зокрема, перша програма Руху, ухвалена у вересні 1989 р., визначила головною метою його діяльності «відродження та всебічний розвиток української нації, забезпечення національно-культурних потреб усіх етнічних груп республіки і створення суверенної української держави, яка будуватиме свої стосунки з іншими республіками СРСР на підставі Союзного Договору», а одним з основних напрямків «наповнення суверенітету Української РСР реальним змістом шляхом радикальних перетворень у Радянській федерації»⁵⁷.

⁵⁷ Василенко В. Рух і формування концептуальних засад зовнішньої політики незалежної України // День. – 2009, 18 вересня. Режим доступу: <http://www.day.kiev.ua/280217/>

Згідно із Законом від 5 липня 1991 року було запроваджено новий інститут влади – Президента України. Однак поряд із існуванням системи ієрархії рад це мало наслідком порушення інституційно-функціональної побудови конституції, оскільки виникли тертя між Президентом та Верховною Радою. У свою чергу це спричинило також суперечності між місцевими радами та виконкомом, які поступово став перебирати під своє підпорядкування глава держави, формуючи у такий спосіб своєрідну «владну вертикаль».

З прийняттям Декларації про державний суверенітет від 16 липня 1990 р. було закріплено право народу України на самовизначення у формі незалежної держави та проголошення якісно нових принципів організації публічної влади й правового статусу особи. З цієї метою 24 жовтня 1990 р. Верховною Радою УРСР було створено Конституційну комісію під головуванням Леоніда Кравчука, яка розробила Концепцію нової Конституції України.

Каталізатором процесу становлення незалежності України стала спроба державного перевороту в СРСР з боку ГКЧП (Державного комітету з надзвичайного стану). Це стало пізніше приводом для визнання Верховною Радою України діяльності КПУ неконституційною та прийняття рішення про її розпуск та передачі майна партії державі. Після спроби путчу ГКЧП в Москві протягом 19-21 серпня 1991 р. в якості реакції на ці події та з метою розслідування обставин причетності діяльність КПУ 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 Акту проголошення незалежності України 24 серпня 1991 р. стало першим кроком до правового оформлення незалежної України. Легітимність установа незалежності України було забезпечено шляхом схвалення Акту за результатами голосування на всеукраїнському референдумі 1 грудня 1991 року. Згідно Закону України про правонаступництво України від 12 вересня 1991 р. на території України встановлювалося верховенство законодавства України. Акти союзного законодавства проголошувалися чинними у частині, якщо вони не суперечили законодавству України⁵⁸.

⁵⁸ 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. Одночасно публічна влада брала на себе морально-політичний обов'язок по розробці та ухваленню нової Конституції України.

Паралельно з цими процесами Конституційна комісія здійснювала підготовку проекту Конституції України. До складу Конституційної комісії нарівні з народними депутатами увійшла когорта відомих юристів-практиків та науковців. Важливим результатом роботи цієї комісії стала, насамперед, підготовка Концепції нової Конституції України, яка після тривалих жорстких дебатів 19 червня 1991 року була схвалена Верховною Радою й опублікована у пресі. На основі Концепції Конституційною комісією був підготовлений проект Конституції (в редакції від 1 липня 1992 року), який після бурхливих дебатів у Верховній Раді був опублікований для всенародного обговорення, що тривало чотири з половиною місяці – з 15 липня до 1 грудня 1992 року.

Процедура розробки та ухвалення нової Конституції України у період до 1995 року була ускладнена рядом політичних факторів, зокрема організацією публічної влади України. З введенням інституту президентства в Україні спостерігалось явище дублювання функцій органів законодавчої та виконавчої влади. Це створило умови для різкого політичного протистояння між Президентом та Верховною Радою, що по суті блокувало реалізацію установчої влади в Україні. Водночас відсутність сформованого складу Конституційного Суду, який згідно із відповідними змінами до Конституції України повинен функціонувати, не сприяло стабілізації організації публічної влади в Україні.

Тому постало питання про пошук політичного компромісу між провідними політичними силами у суспільстві. В зв'язку із слабкістю організаційних структур громадянського суспільства (політичних партій, громадських організацій тощо) питання реалізації установчої влади перемістилося у площину політичного процесу між основними центрами публічної влади, тобто між Президентом та Верховною Радою. Вираженням такого 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 по суті набрав характеристики «малої конституції». Така конституція виражала перехідний характер реалізації установчого процесу і зобов'язувала публічну владу забезпечити прийняття нової Конституції України⁵⁹.

⁵⁹ Олексик Х., Максименко О., Савчин М. Конституціоналізм в Україні: генезис та еволюція // Права і свободи людини та сучасний суспільний прогрес: Матеріали міжн. наук.-практ. конф. – Ужгород, 1999. – С. 360.

Конституція України була схвалена 28 червня 1996 року Верховною Радою як вищим представницьким органом народу України, яка володіла, згідно з Конституційним Договором та Конституцією УРСР, 1978 р. установчими повноваженнями. Однак необхідно підкреслити, що Рада ухвалила нову Конституцію України під певним тиском глави держави, що вплинуло на певні її технічні елементи та деякі аспекти конституційного регулювання.

Конституція України визначає напівпрезидентську форму правління⁶⁰, яка передбачає дуалізм виконавчої влади. Тому на аналіз конституційної системи, зокрема конституційних засад організації публічної влади, істотно впливає динаміка політичної системи, оскільки організаційно-функціональні засади публічної влади залежать від результатів парламентських виборів та динаміки відносин у трикутнику «парламент – глава держави – уряд». З другого боку, чинна Конституція не повною мірою сформувала модель ефективного місцевого самоврядування в силу у розмитості гарантій самодостатності органів місцевого самоврядування (насамперед, матеріальних, фінансових та організаційних).

Реальне становлення конституційного ладу, основні принципи якого закладені чинною Конституцією України, пов'язано із становленням деяких інститутів публічної влади, що регулюється положеннями розділу ХУ Конституції «Перехідні положення». Зокрема, Перехідні положення встановили правонаступність інститутів публічної влади та 5-річний термін щодо формування інститутів правового захисту в Україні. Пункт 9 Перехідних положень встановив колізію між традиційними інститутами правового захисту (прокуратура, деякі елементи радянської системи організації судочинства тощо) поряд із новозаснованими (Конституційний Суд України, омбудсман тощо). Нині прокуратура продовжує здійснювати функції загального нагляду до створення контрольних публічно-владних інститутів та прийняття законодавства про організацію та порядок їх діяльності.

⁶⁰ Конституційний закон № 2222-IV деякою мірою трансформував систему організації форми правління з президентсько-парламентської до парламентсько-президентського правління. Про це свідчить посилення ролі уряду Ю. Тимошенко, сформованого за результати парламентських виборів 2007 року, який фактично не володіє підтримкою з боку парламенту із вересня 2008 року.

Суттєвою проблемою Конституції України є слабкі гарантії реалізації права соціально-правового захисту особи, які по суті є програмними положеннями і не мають зобов'язуючої сили. Норми Розділу II Основного Закону у цій частині не втілено комплекс заходів по забезпеченню їхньої прямої дії, зокрема належного законодавчого регулювання та удосконалення інститутів соціально-правового захисту. Ці проблеми накладаються на загальне тло невисокої правової культури, що відображає вплив «радянської спадщини». Зокрема, вплив цієї «спадщини» у пострадянських країнах⁶¹ супроводжується патрон-клієнтською практикою відносин між політичними партіями та виборцями, у свою чергу політична партія розглядається, як правило, як своєрідна клієнтела для політичних кіл. Така практика переноситься на систему юстиції, що викликає недовіру до неупередженості та незалежності суду. При цих умовах держава перетворюється у своєрідного дистриб'ютора свободи та приватної власності, що є основою громадянського суспільства та неприпустимості свавільного втручання держави у приватну автономію індивіда⁶². Саме ці міркування покладаються в сучасні спроби ревізії чи внесення змін до чинної Конституції України.

2.4. Сучасний стан українського конституціоналізму та перспективи розвитку

Як правило, прийняття Конституції України чи прийняття до неї змін супроводжувалися протистоянням між центрами політичної влади, що в свою чергу впливало на якість Основного Закону. Лише після парламентських виборів проявляються окремі елементи консенсусного механізму прийняття рішень. На цьому фоні створюється враження, що в Україні на етапі становлення конституціоналізму накладаються аналогічні процеси функціонування політичної системи. Як не дивно, політичні партії сьогодні стають важливою інституційною основою для формування легітимної та підзвітної й підконтроль-

⁶¹ Хендли К. Переписывая правила игры в России: спрос на право – забытый вопрос // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2000. – № 1. – С. 77.

⁶² Варламова Н. Правовой нигилизм: прошлое, настоящее... и будущее России // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2000. – № 1. – С. 91.

ної народові влади. Можна умовно говорити, що Україна знаходиться у своєрідній точці біфуркації розвитку суспільно-політичних та владних інституцій, що супроводжується із поступовим звільненням від «радянської спадщини» у політичній та юридичній практиці.

Фрагментарність політичної системи провела до дискусій про здійснення конституційної реформи у частині перерозподілу повноважень між парламентом і главою держави. У результаті цього у 2000 р. було проведено всеукраїнський референдум за народною ініціативою про підтримку законопроекту про внесення змін до Конституції, який отримав схвалення переважної більшості виборців. Венеціанська комісія Ради Європи у цілому розкритикувала цей законопроект, як такий, що посилює авторитарну владу глави держави, знижує ступінь гарантій основних прав і свобод, а також невідповідність засадам правової безпеки індивіда прийняття конституції безпосередньо на референдумі зважаючи на неоднозначний світовий і європейський досвід (наприклад, голосування у нацистській Німеччині, легітимація диктатури Х. Мубарака у Єгипті).

Однак цей законопроект не отримав підтримки під час його повторного схвалення двома третинами голосів депутатів від конституційного складу парламенту. Паралельно цьому процесові відбулася дискусія про пряму дію ухваленого на всеукраїнському референдумі конституційного закону без необхідності остаточного його схвалення парламентом. Згідно з рішенням Конституційного Суду № 3-рп/2000 від 27.03.2000 р. було визначено, що схвалені на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою, конституційні законопроекти, є обов'язковими для розгляду і підлягають розглядові згідно процедури, визначеної Розділом XIII Конституції, яка передбачає обов'язкове попереднє парламентське схвалення законопроекту.

Конституційна модернізація владних інститутів згідно із Законом № 2222-IV радше не сприяла оптимізації конституційної системи, а більшою мірою внесла ще більший дисбаланс у конституційну матерію. Цей конституційний закон стан предметом обґрунтованої критики з боку Венеціанської комісії. Зокрема, було внесено елементи імперативного мандата парламентарія, розбалансована процедура формування уряду, оскільки призначення міністрів оборони і зовнішніх справ можливе лише на основі подання Президента, що може блокувати цю процедуру. Також недоліком цього законопроекту є легітимізація повноважень загального нагляду прокуратури, що ство-

рює сприятливий ґрунт для вибіркового застосування законодавства органами прокуратури та порушення принципу верховенства права.

Вади інституційної моделі влади полягають в тому, що конкретизація конституційного механізму поділу влади носить відверто дирижистський характер, що виражається у надмірній деталізації процедури формування уряду, введенні елементів імперативного мандата парламентарія. Глава держави у таких умовах володіє правом внесення на затвердження парламенту кандидатур глави уряду та міністрів внутрішніх справ і оборони, що в свою чергу призводить до можливості діяльності «розколотого уряду»: у випадку опозиційності уряду до глави держави міністри оборони та внутрішніх справ будуть піддані обструкції. Таким чином, в Україні існують істотні ознаки елементів конституціоналізму, тобто системи обмеження владної сваволі правовими правилами і процедурами.

В умовах напівпрезидентської системи, яка існує в Україні, конститууються два органи влади з однаковим ступенем легітимності – президент і парламент, які формуються прямими виборами. Очевидно, що легітимність Президента України є вищою від Кабінету Міністрів, оскільки він обраний безпосередньо народом, а уряд сформований у результаті домовленостей парламентом та главою держави, тобто він є вторинним органом влади з точки зору класичної теорії конституційного права.

Форма правління в Україні має певні риси, в яких спостерігаються елементи V Французької Республіки, що передбачає можливість або існування сильного уряду або сильного глави держави, що у свою чергу залежить від результатів парламентських виборів. У випадку, коли за результатами виборів парламентську більшість складають пропрезидентські сили, президент володіє істотним, навіть, вирішальним впливом на формування та здійснення політики уряду. Якщо за результатами виборів парламентську більшість складають опозиційні до президента партії, тоді виникає період співіснування. Президент не може проігнорувати співвідношення політичних сил у парламенті. Відповідно виникає стан конкуренції у здійсненні виконавчої влади, оскільки за президентом залишаються важелі впливу на діяльність уряду⁶³.

⁶³ Про особливості режиму «співіснування» див.: Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Пер. с франц. – М., 2002; Ардан Ф. Франция. Государственная система. – М., 1992.

Після Помаранчевої революції в українському суспільстві очікувалися масштабні конституційні та законодавчі реформи. Проблема здійснення фундаментальних реформ ускладнилося істотними вадами нелегітимності прийняття конституційного закону № 2222-IV⁶⁴, який загалом має несистемний характер. Внесені зміни до Конституції України стали предметом критики науковців⁶⁵, інститутів громадянського суспільства⁶⁶, окремих політичних сил. Цей процес засвідчив про небезпечну тенденцію маніпулювання конституційними положеннями, що у цілому вилилося у нинішню ентропію конституційного порядку.

Після прийняття 8 грудня 2004 року конституційного закону № 2222-IV, яким було внесено зміни до чинної Конституції України, його процедура стала предметом об'єктивної критики з боку Венеціанської комісії Ради Європи (*European Commission for Democracy Through Law*),

⁶⁴ Див.: Висновок Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права від 27 грудня 2005 року щодо дотримання конституційної процедури під час внесення змін до Конституції України 1996 року шляхом ухвалення Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року N 2222-IV та щодо відповідності його положень загальним засадам Конституції України 1996 року і європейським стандартам.

⁶⁵ Див.: Висновок Венеціанської Комісії № 230/2002 від 8 грудня 2003 р.: Проект щодо трьох проектів законів про внесення змін до Конституції України на основі коментарів, що підготовлені паном Серджіо Бартолі (Італія), пані Фінолою Флананган (Ірландія), Герді Торгейсдоттір (Ісландія), паном Карло Туорі (Фінляндія); Висновок Венеціанської Комісії № 339/2005 CDL-AD(2005)015) від 13 червня 2005 р. щодо Закону про внесення змін до Конституції від 8 грудня 2004 року; Євграфов П.Б. Конституція України: коментар змін (2004-2007). Теоретичні та практичні аспекти: Науково-практичний посібник. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2007; Рудик П.А. Конституційна реформа в Україні: проблеми та перспективи. – К., 2006; Савчин М.В. Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 4. – С. 123 – 129.

⁶⁶ Конституційна реформа в Україні: перебіг, стан і перспективи (Аналітична доповідь) // Національна безпека і оборона. – 2007. - № 1; Конституційна реформа: експертний аналіз / Харківська правозахисна група. – Х., 2004; Зелена книга української конституційної реформи: матеріали для громадського обговорення / ШПА при НАУКМА, ЦППР, УНЦПД, КВУ: За заг ред. І. Коліушка, Ю. Кириченка. – К.: Лікей, 2007; Якою могла бути українська конституція (проекти Основного Закону України): аналітико-прикладне дослідження / ШПА при НАУКМА, УНЦПД, КВУ. – К., 2008.

багатьох фахівців у галузі конституційного права, представників громадських організацій. Однак з метою блокування можливості перевірки легітимності процедури прийняття цього закону Конституційним Судом, Верховна Рада восени 2005 року блокувала можливості поглиблення конституційної модернізації.

Як свідчать учасники процесу прийняття конституційного закону № 2222-IV, він став результатом політичного компромісу і в подальшому підлягав ревізії з метою забезпечення системності конституційних змін⁶⁷. Однак у стінах Верховної Ради перемогли прибічники пострадянської конституційної доктрини. З цією метою у стінах парламенту не приводилися до присяги призначені Президентом В. Ющенком та 3'їздом суддів України суддів Конституційного Суду, а сама Верховна Рада взагалі не розглядала питання про призначення суддів Конституційного Суду, які призначалися за її квотою, замість тих, строк повноважень яких закінчувався. Одночасно Верховна Рада прийняла Закон № 73-V від 3 серпня 2005 р., що містили поправки до Закону про Конституційний Суд, якими заборонялося здійснювати перевірки конституційності законів про внесення змін до Конституції України (пункт 4 розділу IV Прикінцеві та перехідні положень Закону). Правда, у 2008 році Конституційним Судом було визнано у цій частині неконституційними положення Закону № 73-V, оскільки вони вторгалися у сферу конституційного, а не законодавчого регулювання⁶⁸.

Дещо пізніше Конституційний Суд, 5 жовтня 2005 року прийняв рішення у справі про здійснення влади народом⁶⁹. Рішення отримало неоднозначний резонанс у юридичному співтоваристві, оскільки його сприйняли як дисонуюче із рішенням від 27 березня 2000 р. у справі про всеукраїнський референдум за народною ініціативою⁷⁰. Насправді, Конституційний Суд у своєму рішенні від 5 жовтня 2005 року зазначив, що конституційні закони, які стосуються конституційного ладу, повинні обов'язково схвалюватися на всеукраїнському референдумі⁷¹. Попереднє рішення стосувалося того, що конституційні закони

⁶⁷ Харченко О., Ільченко В. Литвин: Референдум щодо Конституції може обернутися на референдум довіри Президенту // Режим доступу: <http://unian.net/ukr/news/news-239421.html>

⁶⁸ Рішення КСУ № 13-рп/2008 від 26.06.2008 р.

⁶⁹ Рішення КСУ № 6-рп/2005 від 05.10.2005 р.

⁷⁰ Рішення КСУ № 3-рп/2000 від 27.03.2000 р.

⁷¹ Рішення КСУ № 6-рп/2005 від 05.10.2005 р.

не можуть бути прийняті в обхід процедури, визначеної у розділі XIII Конституції України, яка передбачає обов'язкову участь парламенту. У 2008 році Конституційним Судом було визначено, що внесення змін до Конституції на референдумі повинні бути належним чином врегульовані як у Конституції, так і в законах⁷². Таким чином Конституційний Суд лише розвивав свою правову позицію.

Зміни до Конституції України визначили низку тенденцій: посилення ролі фракцій парламенту у формуванні уряду; частково вирішується проблема посилення ефективності парламентського контролю; зроблено черговий, однак не вдалий, крок до збалансованості повноважень конституційних органів держави. Формування уряду парламентськими фракціями та Президентом в умовах співіснування (коли парламентська коаліція є опозиційною до Президента) містила у собі потенційні конфліктні ситуації з непередбачуваними наслідками. В умовах слабкості демократичних конституційних традицій спроба упередити такі конфлікти за допомогою укладання Універсалу національної єдності 3 серпня 2006 року не дало змогу забезпечити поступальний розвиток суспільних і владних інститутів в Україні.

У подальшому події вилилися у спробі концентрації влади по лінії уряд – парламентська більшість із відвертим нехтуванням прав опозиції, ескалації напруженості по лінії глава держави – уряд, неприхованим ігноруванням конституційної процедури прийняття законів. Відповідно «антикризова коаліція» забезпечувала дисципліноване прийняття необхідних рішень для уряду⁷³. Отже, склалося силове поле прийняття рішень та нехтування позицією опонентів, що підривало консенсусний механізм демократії. За таких умов виникла загроза правонаступності, оскільки тиранія парламентської більшості відверто ігнорувала раніше прийняті рішення, зокрема у сфері зовнішньої політики⁷⁴.

⁷² Рішення КСУ № 23-рп/2008 від 15.10.2008 р.

⁷³ Посилює таку дисциплінованість елементи імперативного мандату депутата парламенту, що справедливо було розкритиковано Венеціанською комісією як суперечливе положення стандартам Ради Європи (Див.: Висновок Венеціанської Комісії № 339/2005 CDL-AD(2005)015) від 13 червня 2005 р. щодо Закону про внесення змін до Конституції від 8 грудня 2004 року).

⁷⁴ Савчин М.В. Становлення конституціоналізму та відповідальне парламентське правління в Україні: криза демократії чи „тиранія” парламентської більшості? // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 36. – К.: ІДП НАН, 2007. – С. 148 – 156.

У зв'язку з цим Президент В. Ющенко як гарант верховенства Конституції та державного суверенітету вважав за необхідне вжити власні владні прерогативи, які випливають із статті 102 Конституції. Використання арбітражних прерогатив глави держави було оформлено шляхом прийняття Указу № 264/2007, згідно з яким Президент України В. Ющенко прийняв рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради 5-го скликання в зв'язку із порушенням парламентаріями порядку формування коаліції депутатських фракцій більшості. На думку Президента, таке порушення полягало в тому, що виникла ситуація загрози державному суверенітету, правам і свободам людини і громадянина, а також містила потенційну загрозу узурпації влади. На основі цього було прийнято рішення про дострокове припинення повноважень парламенту.

Однак реалізація Указу Президента № 264/2007 стикнулася зі значними проблемами, що було пов'язано із вирішенням питання фінансування виборів, його організаційно-методичного забезпечення з боку ЦВК та вадами законодавчого регулювання позачергових парламентських виборів. При цьому навіть у самій статті 102 та пункті 1 статті 106 Конституції, які закріплюють арбітражні функції Президента чітко не визначено засоби та ресурси, необхідні для ефективного їхнього застосування. Тому справедливо пропонується юридично закріпити інструменти щодо реалізації таких владних прерогатив глави держави⁷⁵.

У зв'язку із різким протистоянням по лінії «парламент – глава держави» наявних правових засобів Президента було недостатньо, тобто прийняття рішення перетікало у площину політичного процесу. З другого боку, Указ Президента № 264/2007 було оскаржено до Артемівського районного суду м. Луганськ. На порушення порядку підсудності та підвідомчості розгляду цих категорій справ Артемівський районний суд м. Луганськ прийняв адміністративний позов до провадження і в якості засобу забезпечення позову зупинив чинність Указу Президента про дострокове припинення повноважень парламенту. У поєднанні із судовими рішеннями подібного роду інших адміністративних судів, ці прояви відвертого правового нігілізму вивели розв'язання конституційної кризи із правової у політичну площину.

⁷⁵ Плахотнюк Н.Г. Інститут президентства в Україні: конституційно-правовий аспект: Автореф. дис. к.ю.н... - Х., 1999. – С. 7.

Легітимність рішення Президента про розпуск парламенту підірвала наступна серія чергових указів⁷⁶. Справа полягала в тому, що Указ № 264/2007 став предметом перевірки Конституційного Суду. Одночасно Президент продовжив політичні консультації, оскільки актами парламенту було блоковано фінансування дострокових виборів та було змінено склад Центральної виборчої комісії.

Ситуація довкола діяльності і очікуваних рішень Конституційного Суду України набула у травні-липні 2007 р. надто резонансного і важливого для суспільства значення. Крім того, тривалий час йшлося про нелегітимність Суду, через інформацію, яка була оприлюднена щодо можливих ознак корупції в діяльності окремих суддів, указів Президента України щодо звільнення «за порушення присяги судді» ряду конституційних суддів⁷⁷. У свою чергу Верховною Радою також була вчинена спроба звільнення окремих суддів Конституційного Суду з посади. Однак ці правові акти мали вади нелегітимності, оскільки ні парламентом, ні главою держави не було дотримано вимог належної процедури щодо розслідування обставин «порушення присяги» суддями Конституційного Суду⁷⁸.

Тому з метою забезпечення врегулювання політичної та конституційної кризи глава держави наприкінці травня 2007 р. вжив

⁷⁶ Укази Президента України № 476/2007 від 29.05.2007 р., № 355/2007 від 26.04.2007 р., № 497/2007 від 05.06.2007 р. та № 675/2007 від 31.07.2007 р. Зокрема, Указом № 355/2007 від 26.04.2007 р. було зупинено чинність статті 2 Указу № 355/2007 для прийняття деяких законодавчих актів. З поміж цих актів можна виділити Закони України № 1114-V від 01.06.2007 р. та № 1095-V від 29.05.2007 р., яким було внесено зміни до законів, що стосувалися окремих питань проведення позачергових парламентських виборів та заміщення народних депутатів України, повноваження яких були достроково припинені, а також діяльності Центральної виборчої комісії. Насамкінець, Указом № 675/2007 від 31.07.2007 р. було внесено зміни до Указу № 497/2007. Лише після цього було забезпечено проведення дострокових парламентських виборів 30 вересня 2007 року.

⁷⁷ Президентом В. Ющенком спочатку було звільнено з посади суддів Конституційного Суду «за порушення присяги судді», формулювання яких було потім змінено на звільнення «у зв'язку з поданням заяви про відставку»: зокрема, В. Іващенко (Указ від 10 травня 2007 року № 390, підстави звільнення судді в якому було змінено Указом № 529/2007 від 14.06.2007 р.), В. Пшеничного (Указ від 30 квітня 2007 року № 369, підстави звільнення судді в якому було змінено Указом № 528/2007 від 14.06.2007 р.).

⁷⁸ Савчин М.В. Питання конституційності заміщення з посади суддів Конституційного Суду України // Правовий тиждень. – № 23 (44). – 2007, 5 червня. – С. 7.

політичні засоби – проведення консультацій із главою парламенту, керівниками політичних фракцій у парламенті та главою уряду. За їх результатами була оприлюднена спільна заява Президента, Голови Верховної Ради та Прем'єр-міністра про необхідність проведення дострокових парламентських виборів на підставі частини першої статті 82 Конституції України. Ці домовленості дали змогу врегулювати деякі законодавчі колізії, що стосувалися майбутнього виборчого процесу, а також розблокувати роботу Конституційного Суду.

Конституційна криза інститутів публічної влади протягом 2006 – 2007 років розкрила особливості перехідного характеру конституційної системи в Україні. Конституційна криза трактувалася науковцями та експертами через системні вади конституційного закону № 2222-IV⁷⁹, як проблема самоідентифікації української нації та окремими елементами її розколу по лінії Захід – Схід⁸⁰. Іншими факторами конституційної кризи вважали укладання Універсалу національної єдності та тиранію парламентської більшості, на яку спирався уряд В. Януковича, й відвертого його ігнорування, хоча він має характер конвенційної угоди⁸¹ в зв'язку із невизначеністю правової форми Універсалу⁸². Третя група дослідників вказувала на те, що так званий «третій тур» президентських виборів суперечив Конституції України⁸³ і надалі глава держави довільно трактував свої конституційні повноваження, що і стало на їх думку одним із джерел конституційної кризи.

Такі неоднозначні погляди на природу конституційної кризи відображають у свою чергу кризу вітчизняної конституційної юриспру-

⁷⁹ Конституційна реформ: експертний аналіз / Харківська правозахисна група. – Х., 2004.

⁸⁰ Кампо В.М. Суспільство і право: 2004-2006. Роздуми українського вченого-конституціоналіста. – К., 2007; Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми. Збірник наукових праць членів Товариства конституційного права з нагоди десятої річниці Конституції України, Конституційного Суду України та самого Товариства / Відпов. ред. проф. Мартиненко П.Ф. і доц. Кампо В.М. – К.: Купріянова, 2007.

⁸¹ Див.: Marshall G. Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability. – Oxford: Clarendon Press, 1984.

⁸² Савчин М.В. Становлення конституціоналізму та відповідальне парламентське правління в Україні: криза демократії чи „тиранія” парламентської більшості? // Держава і право: Зб. наук. праць. Вип. 36. – К.: ІДП НАН, 2007. – С. 148 – 156.

⁸³ Мирзоев С. Гибель права: легитимність в «оранжевих революціях». – М.: Європа, 2006.

денції, яка більшою мірою носить ще позитивістський характер⁸⁴. Це не дозволяє інтерпретувати складні питання конституціоналізму як конституційної ідеології, в основі якої лежать незмінювані конституційні цінності та принципи⁸⁵. У свою чергу традиційна вітчизняна доктрина апелює до ефемерної ідеї суверенітету парламенту, концепцію волі законодавця, що виражає можливість парламентської більшості на свій розсуд приймати довільні рішення. У свою чергу, прийняття довільних владних рішень суперечить верховенству права як фундаментальної засади конституціоналізму – системи обмеження владної сваволі та дієвих гарантій прав людини й основоположних свобод⁸⁶.

Сьогодні Конституція України визначає різноманітні механізми обмеження сваволі влади. Власне дії Президента Віктора Ющенка по розпуску Верховної Ради були спрямовані на забезпечення конституційного порядку шляхом припинення актів політичної корупції в стінах парламенту та недопущення тиранії представницької асамблеї. При цьому глава держави використав владні прерогативи як гарант верховенства конституції, про які говорив британський конституціоналіст Альберт Дайсі ще в ХІХ ст.⁸⁷

Загалом сьогодні слід констатувати глибоку кризу концепції народного суверенітету, оскільки він найчастіше ототожнюється у вітчизняній юриспруденції із ідеєю належності всієї повноти влади парламентові. Принцип верховенства права визначає, що парламент є пов'язаний правом і не може приймати довільні за змістом закони. Такі закони підлягають судовому конституційному контролю на предмет відповідності фундаментальним конституційним цінностям та принципам, які є незмінюваними. Вони лише наповнюються конкретним змістом через правила, які визначає конституційний суд шляхом вирішення питання про конституційність закону.

⁸⁴ Шевчук С.В. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001.

⁸⁵ Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany / 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997.

⁸⁶ У пошуках правильної парадигми: концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи: Пер. з англ. / За ред. Д. Гузіни. – К.: Ай Бі, 2003; Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева; под ред. А. Куряева. – М., 2006; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

⁸⁷ Dicey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. – London: Macmillan and Co., 1931.

Для забезпечення реального народного представництва парламентом існують певні засоби. Тому сьогодні є актуальною реформування Верховної ради України з метою підвищення її ефективності. За першим варіантом, це можливо шляхом трансформації парламенту у двопалатний. У Національних Зборах Сенат мав би забезпечувати представництво інтересів регіонів та узгодження політики Кабінету Міністрів із регіональними урядами (які б утворювалися регіональними радами). Верхня палата служила б стримуючим фактором від довільних рішень нижньої палати. Зважаючи на перехідний період українського суспільства, нижня палата – Верховна Рада повинна формуватися за пропорційною виборчою системою за регіональними списками політичних партій з елементами преференцій. Функцією Верховної Ради є прийняття стабільного законодавства та здійснення парламентського контролю над урядом.

За другим варіантом, ефективність вітчизняного парламентаризму можна посилити шляхом обмеження обсягу депутатської недоторканості, підвищення ролі комітетів Верховної Ради, скорочення їх кількості та посилення фахової спрямованості шляхом залучення відповідних фахівців, через систему зворотних зв'язків з незалежними аналітичними центрами, науковими установами, а також легалізації лобізму та заборони лобістської діяльності депутатів.

За таких умов, звісно, парламент не може бути суб'єктом прийняття конституції чи володіти монополією на установлення конституційного порядку. Ідея конституанти полягає в тому, що конституцію приймає конституційна асамблея (установчі збори), яка скликається у випадку необхідності прийняття конституції чи її ревізії.

Вимога прийняття основного закону через конституанту зумовлена тим, що він повинен виражати суспільний консенсус щодо конституційних цінностей і принципів. Вимоги чинної Конституції щодо необхідності досягнення суспільного консенсусу через голосування кваліфікаційної більшості парламенту є недостатньою. На це правило поширюється парадокс Кондорсе, згідно з яким чим більшою є більшість при прийнятті владного рішення, тим більше воно володіє вадами некомпетентності⁸⁸.

⁸⁸ Згідно із парадоксом відомого французького філософа і математика графа Кондорсе рівень компетентності рішень колегіального органу вирішується за формулою Д. Блека: $K = v^{h+k} / (v^{h+k} + e^{h+k})$, де K – рівень компетентності, $h+k$ – це сукупність членів, що приймають рішення, а v (verite) і e (erreur) ймовірність того, що кожний член правий або помиляється, при $e+v=1$. Див.: Даль Р. Демократия и ее критики. – М.: РОССПЭН, 2003.

Тому владний інститут, який формується на певний строк та наділений певною сферою повноважень, не може визначати чи змінювати каталог суспільних цінностей і принципів, що є основою конституційного порядку. Це є предметом конституанти – влади, що засновує конституцію.

Про проблеми прийняття конституції через парламент свідчить досвід створення Президентом Національної конституційної ради, яка була покликана розробити і внести на розгляд Верховної Ради проект нової Конституції України. Запропонований конституційний законопроект⁸⁹ став предметом критики з боку вітчизняних конституціоналістів та громадськості, частина яких звинувачувала Президента В. Ющенка у спробі концентрації влади шляхом конституційної реформи або переважаності окремими елементами радянського доктрини державного права⁹⁰ та неузгодженості окремих конституційних положень із європейськими конституційними стандартами⁹¹. З іншого боку робилися застереження, що процес прийняття конституції США, Німеччини, Франції, Японії не зважаючи на їх авторитетність у сучасній конституційній доктрині аж ніяк не відповідали сучасним уявленням про легітимність установчої влади⁹².

Як свідчить світовий та вітчизняний досвід конституціоналізму не існує загальноприйнятої схеми прийняття або ревізії конституції (у формі певного правового ідеалу). Можна виділити принаймні чотири моделі прийняття або ревізії конституції⁹³: а) прийняття конституції внаслідок її розробки спеціальною конституційною комісією з наступним затвердженням на референдумі; б) прийняття конституції установчими зборами, який може бути ускладненим у результаті протистояння гілок влади

⁸⁹ Конституція України: Проект. Документ підготовлений робочою групою у складі: Авер'янов В.Б., Козюбра М.І., Корнев А.В., Михеєнко Р.М., Шаповал В.М. (керівник) // Режим доступу: <http://khpg.org.ua/index.php?id=1192624297>

⁹⁰ Харченко О., Ільченко В. Литвин: Референдум щодо Конституції може обернутися на референдум довіри Президенту.

⁹¹ Захаров Є. Пропозиції щодо змін до другого та третього розділів Конституції України // Режим доступу: <http://khpg.org.ua/index.php?id=1204106760>

⁹² Барабаш Ю. Новая Конституция – политическая спекуляция или реальное будущее? // Режим доступу: <http://khpg.org.ua/index.php?id=1203932440>; Медушевский А. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

⁹³ Бруннер Георг. Конституціодавчий процес у Німеччині та Східній Європі. – Кельн, 1994.

та провідних політичних інститутів суспільства; в) прийняття конституції парламентом при широкому залученні народу до розробки та обговорення проекту основного закону держави, що передбачає існування стійких демократичних інституцій та тривалих парламентських традицій; г) поетапне реформування конституції, яке передбачає політичний компроміс і прийняття на проміжному етапі рамкового документа, який би володів характером т.зв. «малої конституції».

У цілому такі механізми прийняття чи внесення змін до конституції у світовій практиці поєднуються певним чином, що відображає національні традиції та певні конкретно-історичні обставини⁹⁴.

При вирішенні питання про внесення змін до чинної Конституції України можливі декілька варіантів розвитку, які дозволять подолати системні вади конституційного закону № 2222-IV. По-перше, політичні партії на основі досягнутого консенсусу шляхом компромісу, забезпечують позитивне рішення парламенту за допомогою засобів фракційної дисципліни. При цьому необхідним є забезпечення прозорих демократичних процедур, інакше цей процес стане нелегітимним і суперечитиме ідеям конституціоналізму. Нещодавня дискусія щодо конституційного законопроекту, що розроблявся кулуарно юридичними колами, тісно пов'язаними із Блоком Юлії Тимошенко і Партією Регіонів засвідчило істотні вади його нелегітимності⁹⁵. Дотримання засад транспарентності і всіх демократичних процедур необхідно для того, щоб конституція знову не стала предметом політичного торгу і не була виписана під конкретну інституцію, чи в угоду егоїстичних інтересів певного кола істеблшменту⁹⁶.

⁹⁴ Савчин М.В. Конституційний лад і конституція: проблема співвідношення установчої та інституційної влади // Держава і право: Зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 28. – К.: ІДП НАН, 2005. – С. 227 – 228.

⁹⁵ Та обставина, що цей конституційний законопроект з'явився через організований витік інформації одним із суб'єктів переговорів, свідчить про надто низький рівень як політичної, так і правової культури вітчизняного істеблшменту, який ігнорує вільні, відкриті і демократичні процедури реалізації установчої влади народу, нехтує вимогами належної правової процедури. Див.: Таємне стає явним проект Конституції від БЮТ і ПР // Режим доступу: <http://www.dt.ua/1000/1550/66332/>

⁹⁶ Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева; под ред. А. Куряева. – М., 2006.

По-друге, якщо в ході парламентської процедури не буде досягнуто консенсусу (який вимагає не менш як 2/3 від конституційного складу парламенту), то не виключений так званий «нульовий варіант». Тоді приймається закон, який передбачає формування Конституційної Асамблеї, яка б прийняла оновлену Конституцію України. Склад Конституційної Асамблеї необхідно формувати за мажоритарною виборчою системою в одномандатних виборчих округах. Після прийняття оновленої Конституції України Конституційна Асамблея розпускається і призначаються дострокові вибори Президента України та Верховної Ради (або Національних Зборів, якщо буде введено інститут двопалатного парламенту). Однак така процедура є проблемною, оскільки відповідно до розділу XIII Конституції та юриспруденції Конституційного Суду для цього необхідно увалювати спеціальний закон про засади діяльності Конституційної Асамблеї, що передбачає проведення спочатку консультативного конституційного референдуму, його схвалення двома третинами від конституційного складу парламенту з остаточним схваленням його на всеукраїнському референдумі.

По-третє, можливий так званий варіант «конституційна реформа». Він передбачає еволюційний підхід до розв'язання проблеми конституційного транзиту шляхом послідовності дій та розгортання широкої дискусії всередині української спільноти з метою формування політичної єдності. Тоді він би включав такі заходи: реформування виборчого та референдного законодавства; прийняття «органічних законів», які донині ще не прийняті парламентом; реформування місцевого самоврядування та проміжного рівня публічної влади. Не виключено, що він вимагатиме проведення дострокових парламентських виборів. Лише після цих заходів вносяться зміни до чинної Конституції щодо оптимізації конституційної моделі форми правління та посилення засад місцевого самоврядування. Саме цей варіант за сучасних умов розглядається як найоптимальніший і такий, що відповідає засадам верховенства права.

Висновки

1. У конституційну традицію складають соціальні цінності, щодо яких в суспільстві склався консенсус і щодо яких еліта суспільства впроваджує певні політичні заходи, спрямовані на забезпечення її без-

перервності. Конституційна традиція України має перехідний характер, ознаками якої є:

- поєднання лібералізму та комунітаризму у сфері прав людини;
- демократизація політичної системи суспільства із слабкими інститутами громадянського суспільства, яке розвивається;
- спостерігається поєднання авторитарної традиції поряд із формуванням демократичних засад діяльності органів публічної влади;
- виникнення нових конституційних інститутів, серед яких слід виділити зростання ролі парламенту та виникнення конституційної юстиції; конституційна юстиція поступово забезпечує захист конституційності від політичних дій органів публічної влади;
- перехідний стан юридичної науки від юридичного позитивізму, заснованого на марксистсько-ленінській ідеології до плюралізму юридичних шкіл; окремі спроби відтворення традиції автономії університетів.

2. Конституційна традиція в Україні має специфічний характер, оскільки для неї характерний як континуїтет, так і дисконтинуїтет. Континуїтет конституційної традиції в Україні полягає в тому, що в основу більшості конституційних актів закладалися ідеї поваги до прав людини й основоположних свобод, парламентаризму, дієвої виконавчої влади, заснованої на арбітражних функціях глави держави, впровадженні ефективної моделі місцевого самоврядування.

Дисконтинуїтет українського конституціоналізму проявлявся в тому, що не всі конституційні акти були впровадженні в життя в силу складних геополітичних, суспільних, внутрішньополітичних чинників. Джерелом дисконтинуїтету також є слабкість конституційних традицій урядування у незалежній державі, що сьогодні також містить потенційні загрози і виклики, пов'язані із необхідністю інтегруватися Україні у супранаціональні інститути влади.

3. Джерелами конституційної традиції України є: уявлення про правопорядок, який ґрунтується на системі правових приписів, які акумулюють вітчизняний досвід конституціоналізму; принцип свободи, який забезпечується через сукупність інституцій та процедурно; принцип демократії, який передбачає деконцентрацію влади, гарантії самоврядування, участь народу у виробленні владних рішень; важли-

вість юридичного співтовариства у реалізації конституційних приписів. Як свідчить досвід вітчизняного конституціоналізму ігнорування таких його засад на практиці носить потенціал дисконтинуїтету.

4. Український конституціоналізм має свої оригінальні витоки, які ідентифікуються його як цілком самодостатнє явище на правовій карті світу. Зародження вітчизняного конституціоналізму йшло паралельно відповідним процесам у країнах Західної Європи та Північної Америки, а в деяких елементах випереджало їх (інститути демократії і самоврядування, гарантії прав і свобод індивіда не лише у ліберальному трактуванні, а також в соціальному). У власному розумінні український конституціоналізм виникає із становленням Гетьманщини. Конституційна традиція України відноситься до європейської традиції права, оскільки для неї характерні основні притаманні структурні елементи: а) гідність людини, свобода і солідаризм як конституційні цінності; б) деконцентрація влади як по горизонталі, так і по вертикалі; в) тяжіння до традицій народоправства і демократії, опір спробам авторитарного правління; г) додержання засад дорадчості при прийнятті владних рішень як необхідної умови їх легітимності.

5. Умовно можна виділити три стадії еволюції вітчизняного конституціоналізму, якому передувало формування протиконституційних традицій у Древній Русі, Литовсько-Польській державі, якій певною мірою зашкодила монголо-татарська навала. Еволюція вітчизняного конституціоналізму має дискретний характер, оскільки для нього характерні перерви (монголо-татарська навала, ліквідація Катериною I та Миколою I відповідно засад автономії та магдебурзького права, період радянського тоталітаризму). Перший період конституціоналізму пов'язаний із формуванням козацького звичаєвого права та оформленням конституційної традиції у Гетьманщині (XV ст. – 1775 р.); другий пов'язаний з відродженням вітчизняної інтелектуальної конституційної традиції від 1830-х років, яка закінчується періодом національно-визвольних змагань 1917-1922 років, 1938-1939 (Карпатська Україна), 1941/43-1953 роки (український резистанс нацистському окупаційному режимові та режиму сталінщини). Сучасна хвиля конституціоналізму пов'язана із лібералізацією і демократизацією Радянського Союзу (з 1988 року), що дало змогу проголосити незалежність України та наступну модернізацію конституційного устрою.

Розділ III.

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ТА КОНСТИТУЦІЙНІ ЦІННОСТІ

Вступ

Постановка питання про взаємозв'язок конституціоналізму із конституційними цінностями є новою і вона є важливою оскільки зумовлює синтагму¹ конституціоналізму та конституційного порядку. Контрroversійна стаття Андраша Шайо та Ренати Віц² у журналі «Порівняльний конституційний огляд» щодо природи конституційних цінностей у діяльності конституційної юстиції налаштовує на те, що оперування категорією конституційних цінностей посягає на засади конституціоналізму – захист ліберальних прав, які визначають межі державного втручання у приватну автономію. Посилання угорських конституціоналістів на те, що нібито конституційні цінності визначають мету і напрямки розвитку конституційної системи на шкоду правам і свободам людини, таким чином виключивши їх із системи конституційних цінностей, є суперечливим. Така точка зору є принаймні дивною, виходячи хоча б з динаміки розвитку конституційної юриспруденції в Угорщині, в Німеччині, на приклад якої посилаються згадані конституціоналісти, а також інших країн Європи, які запозичили германську модель конституційної юстиції. Принаймні на сьогодні стан речей у конституційній юриспруденції склався так, що їх основним завданням при вирішенні будь-яких категорій справ є забезпечення публічного інтересу, який не завжди збігається із приват-

¹ Мова йде насамперед про внутрішню логіку і певний алгоритм дій при формуванні, переосмисленні, реформуванні конституції як певної нормативної системи та певного типу правопорядку. Синтагма зумовлює певну логіку і послідовність виникнення ідей конституціоналізму, їх легітимації, впровадження в життя та правового захисту.

² Уйтц Р., Шайо А. Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии // СКО. – 2007. - № 2 (59).

ними, державними чи муніципальними інтересами, тобто забезпечення конституційності³.

З іншого боку, конституційні цінності зачіпаються у контексті конституційні інститути. Голова Конституційного суду Російської Федерації В. Зорькін⁴ підкреслює взаємозв'язок між державою і верховенством права та свободою і законом як конституційними цінностями. Однак такий підхід є змішування понять, оскільки держава і закон не можуть розглядатися в якості цінностей, вони мають інструментальне наповнення, тобто виступають засобами щодо забезпечення конституційних цінностей. Про це свідчить сучасна криза концепції державного суверенітету⁵, оскільки по-новому трактується легітимність публічної влади. Також говорять про формування мережевого правопорядку⁶, який трансформує природу публічної влади, тому в

³ Про це також свідчить практика Конституційного Суду України, який при вирішенні питання про співвідношення між конституційними цілями (національна безпека, громадський порядок, економічний добробут, моральність населення тощо) насамперед дає оцінку дій на предмет того, чи не допускається при цьому звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Зовсім інша логіка і модель обґрунтування своїх рішень Конституційним Судом України спостерігається, коли він дає оцінку співвідношення прав і свобод людини, засад рівності, справедливості, верховенства права тощо, яка ґрунтується на визнанні їх взаємного балансу (про це буде наведено докладно аналіз нижче).

⁴ Зорькин В. Аксиологические аспекты Конституции России // СКО. – 2008. - № 4 (65).

⁵ Мере Ж. Принцип суверенітету. – Львів: Кальварія, 2003; Хайек Ф.А. фон. Право, законодавство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. – М., 2006; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

⁶ Про публічно-правову легітимацію мереживного правопорядку, який базується як на національних, так супранаціональних і міжнародних цінностях див.: Танчев Е. Возникающий наднациональный конституционализм и современные системы конституционного контроля // СКО. – 2007. – № 4 (61); Stein, Torsten. Demokratische Legitimierung auf supranationaler und internationaler Ebene // ZaoeRV, 64 (2004), S. 563-570; von Bogdandy 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, Volume 9, 2005, p. 579 – 613. Однак такі процеси набувають і приватноправової природи в силу посилення ролі транснаціональних корпорацій та поглиблення економічних зв'язків див.: Riles A. The Anti-Network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of State // The American Journal of Comparative Law, Volume 56, 2008, p. 605 – 630.

цьому контексті доречніше говорити про народний суверенітет, однак він все ж таки відіграє інструментальну роль щодо конституційних цінностей. Закон як формальне вираження права також сам по собі не може визнаватися цінністю, що має самодостатній характер, тому що тоді ми підемо манівцями юридичного позитивізму, який не надає відповіді, що є основою закону, який його взаємозв'язок із політикою, мораллю, економікою, культурою; і навіть така роль закону, згідно з постулатами юридичного позитивізму, заперечується.

Спроба розглядати доктрину «суверенної демократії»⁷, яка, нібито, має синтетичний характер, також із вищенаведених міркувань не відповідає природі речей, оскільки демократія є також лише одним із інструментів забезпечення конституційних цінностей. По суті ця доктрина «суверенної демократії» веде до глухого куту російський конституційний дискурс.

Тому в межах вищезгаданих парадигм конституційні цінності складно уявити. Зважаючи на процеси вестернізації релігійних, традиційних, звичаєвих правових систем, яка має наслідком запозичення окремих елементів конституціоналізму, необхідно говорити про цивілізаційний вимір цінностей⁸, які визначають конституційну матрицю конкретного типу суспільства – основні засади, інститути та процедури, які мають сталий характер та ідентифікують на правовій карті світу певну конституційну систему. З цієї точки зору можна частково розкрити природу трансформацій та перспективи подальшого розвитку конституційних системи не лише західної цивілізації, а також китайської, заснованої на конфуціанській етиці, мусульманської, індійської, яка поєднує елементи загального права із конгломератом звичаїв, заснованих на буддійських, індуських, кришнаїтських цінностях, трансформацію звичаєвих правових системи країн Африки та спробами цих країн подолати недоліки трайбалізму.

⁷ Джагарян А. Суверенная демократия как отображение конституционных ценностей в зеркале общенациональных интересов // СКО. – 2007. - № 4 (61).

⁸ Про корелятивні зв'язки між соціальними цінностями говорить Я. Грицяк у своєму блискучих есе «Цінності» та «Безпека» (Грицяк Я. Життя, смерть та інші неприємності. – К.: Грані-Т, 2008. – С. 24 – 53). Такий корелятивний зв'язок між соціальними цінностями, забезпечених конституційним захистом цілком підтверджується аналізом доктрини і конституційної юриспруденції, наведеної нижче.

3.1. Конституційна аксіологія та структура конституціоналізму

Стан розвитку конституційного права конкретної країни залежить від певних усталених уявлень, ідей, звичаїв та узвичаєнь, які втілюються у певних стереотипах поведінки (архетип) та відтворюються, тобто мають безперервний характер. Поведінка складається лише у певному соціальному контексті, оскільки індивід може переслідувати певні інтереси, які базуються на його цінностях. Таким чином, формується відкрита соціальна система узгодження інтересів індивідів, заснованих на усвідомленні спільності щодо певних цінностей. При цьому система цінностей, яка складається, може мати варіативний характер, що зумовлено саме потребами та інтересами індивідів. Те ж саме відбувається, коли йде мова про взаємодію певних соціальних інститутів, найвищий ступінь організації серед яких сьогодні прийнято вважати державу.

Спроба інтерпретувати цінності через зважування суспільної корисності держави⁹, етнічних, культурних факторів, традицій¹⁰, соціальних груп чи еліт¹¹, пріоритети у сфері міжнародних відносин наштовхуються на те, що цінності визначаються через предмет суспільних відносин. 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. Звідси як конституційні цінності можна розглядати певні універсалії¹², які забезпечуються засобами правового захисту відповідно до конституції та визначають зміст її принципів і норм. Для цього і потрібно

⁹ Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Собрание сочинений: В 2-х т. – М., 1989. – Т.2; Грушевський М.С. Українська партія соціалістів-революціонерів та її завдання. – К., 1920; Міхновський М. Самостійна Україна. – Львів, 1900; Стецюк П.Б. Конституція України як цінність, гарантія національної державності українського народу: Доповідь. – Львів: Астролябія, 2005. – 31 с.

¹⁰ Монтескьє Ш.Л. О духе законов // Избранные сочинения. – М., 1955; Ребет Л. Теорія нації. – Мюнхен: Сучасна Україна, 1995; Тойнбі А.Дж. Постигение истории. – М.: Прогресс, 1991.

¹¹ Энгельс Ф. Принципы коммунизма // Сочинения: 2-е изд. – М., 1955. – Т. 4.

¹² Про універсалії як морально-політичні засоби легітимації права говорить І.Кант у своїх працях і розглядає їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах. Див.: Кант И. Сочинения: В 6 т. – М.: Мысль, 1966. – Т. 6.

звертатися до концепції конституціоналізму як сукупності ідей, теорій та уявлень про роль конституції у суспільному житті.

За своєю сутністю концепція конституціоналізму формує архітектоніку таких соціальних зв'язків, побудованих на ідеях зв'язаності правом як нейтрального інструмента забезпечення потреб та інтересів індивідів, спільнот чи суспільних інститутів. Іншими словами, конституціоналізм трактує право як механізм розподілу соціальних благ на засадах свободи, рівності, справедливості та поваги гідності.

На початку як прояв лібералізму конституціоналізм вважалася ідея обмеження державного втручання у приватне життя, тобто в якості соціальної цінності розглядалася свобода¹³. Держава за таких умов розглядається як інститут, що покликаний забезпечити безпеку у суспільстві¹⁴, в якому вільно розвиваються індивіди, мінімально втручаючись у їхнє життя. Основою безпеки вважалось додержання певних природних законів, які відповідають моральним засадам¹⁵.

Цінності завжди є індикатором культурних відмінностей, які ідентифікують у свою чергу певну конституційну традицію як складову культури. Результати наукових досліджень, що збільшують об'єктивно обсяг інформації, призводить до якісно нових структурних змін у суспільстві, оскільки змінюють мотивацію, потреби та інтереси індивідів, трансформуючи архетип людини. Це дає підстави окремим дослідникам говорити, що суспільство і право вступають в епоху постмодерну, який характеризується більшою мірою у відстоюванні індивідуальності та диференціації у суспільстві¹⁶.

¹³ Лібералізм визначає мінімальні рамки втручання у приватне життя особи з боку держави, в ньому імпліцитно закладено такі цінності, як свобода і рівність. Про це спостерігається думка у творах Дж. Лока, Дж. Ст. Міля. Сьогодні можна виділити праці Б. Леоні, Т.Р.С. Аллена тощо.

¹⁴ Безпека у суспільстві є предметом як договірної теорії держави (Дж. Лок), так і етатистських течій, починаючи від Т. Гобса і закінчуючи вульгаризованим марксизмом.

¹⁵ Саме на засадах справедливості і моральності розглядають організацію держави шотландські моралісти А. Фергюсон, Девід Г'юм. На цих же засадах базується концепція категоричного імперативу І. Канта та теорія справедливості Дж. Ролза.

¹⁶ Про постмодернізм у праві див.: Ладер К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лишь понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых отношений) // Правоведение. – 2007. - № 1. – С. 13 – 42.

З метою забезпечення таких цінностей концепція конституціоналізму розглядає в якості інструментів поділ влади, призначенням якого є недопущення концентрації та зловживання владою. У системі стримувань і противаг важлива роль належить судам, які власне і визначають межі державного втручання у приватну автономію. Режим парламентаризму забезпечує легітимність функціонування уряду, в залежності від форми правління беручи участь у його формуванні або контролюючи його діяльність, який також імпліцитно включає контроль над армією та іншими спеціальними службами.

Такі елементи конституціоналізму мають інструментальний характер. Вони не завжди виражають особливостей архетипу людини, який зумовлює стереотипи її поведінки, зокрема використання правових засобів задля забезпечення своїх потреб та інтересів, які власне кажучи лежать в основі прав людини у розумінні західної традиції права.

Цінності завжди розглядалися в якості орієнтиру поведінки людини, які акумулюють в собі уявлення про її цілі і норми на основі певного історичного досвіду¹⁷. Цінності складають основу для легітимації певних домагань індивіда у суспільстві, яке має визначену структуру. Іншими словами у будь-якому суспільстві існує певна система цінностей, яка дозволяє побудувати взаємовигідні умови для спільного проживання людей¹⁸. З точки зору конституційного права¹⁹ ця про-

¹⁷ Див.: Денисенко В.М., Климончук В.Й., Привалов Ю.О. Дискурс свободи: утопія та реальність вибору. – Львів: Астролябія, 2007. – С. 75 – 116; Лапин Н.И. Модернизация базовых ценностей россиян // Социологические исследования. – 1996. - № 5.

¹⁸ Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л.А. Седова и А.Д. Ковалева. Под ред. М.С. Ковалевой. – М.: Аспект Пресс, 1998. – С. 28.

¹⁹ У праві проблема цінностей почала досліджуватися нещодавно. Див.: Политико-правовые ценности: история и современность. Под ред. В.С. Нерсисянца. – М.: Эдиторал УРСС, 2000. Проблема зумовлена різними підходами до розуміння природи права представників юридичних шкіл. Зокрема, юридичний позитивізм (О. Конт) розглядає цінність безпосередньо закон, відмежовуючи право від моралі, політики, економіки тощо. Неопозитивісти розглядають ієрархію норм як самоцінність, в яких Grundnorm має трансцендентний характер (Г. Кельзен, Г. Гарт). Соціологічна школа розглядає право у соціальному контексті через призму його ефективності, тому розглядає такі вартості, як справедливість, рівність, солідаризм. Ліберальна концепція наголошує на цінності свободи, рівності, справедливості (остання як цінність права у лібералізмі розглядається шотландською

блематика переміщається у площину його джерел, що накладає свою специфіку на їх природу (визнання в якості первинного джерела правового акта, акту судового прецеденту, звичаю тощо).

Система суспільних цінностей, яке підтримується авторитетом права лежить в основі досліджень юридичної аксіології (вчення про цінності в праві). У залежності від типу суспільства ієрархія соціальних цінностей має варіативний характер, оскільки структура самого суспільства зумовлює різну вагу цих вартостей. У конституційній юриспруденції цінності відіграють важливу роль у визначенні співвідношення між різними групами інтересів як засадничих умов для доступу особи до певних соціальних благ.

Зокрема, Конституційний Суд України в основі критеріїв вирішення своїх справ покладає баланс інтересів. Вирішуючи справу про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною, Конституційний Суд дав оцінку балансу інтересів усиновлювача та дитини, і визнав, що додержання різниці у віці між усиновлювачем та дитиною є обов'язковою вимогою до всіх осіб, які мають бажання усиновити дитину. Основою такого рішення стало забезпечення інтересів дитини, яку всиновлюють, а також міркування щодо легітимності встановлення у законі процедурних вимог до усиновлювача²⁰. На думку окремих суддів, було кращим вибрати більш м'який варіант вирішення такої ситуації, оскільки встановлення правила про недопустимість перевищення різниці у віці між дитиною та усиновлювачем не гарантує рівного доступу для окремих категорій осіб (як правило, пенсіонерів) усиновити дитину, хоча це було б можливим виходячи із медичних, психічних, біологічних, соціальних та інших характеристики цих осіб (суддя В. Кампо); процедурні вимоги до усиновлювача не є достатньо обґрунтовані (суддя М. Маркуш); встановлення такого обмеження призводить до звуження права дитини на створення сім'ї, мати батьків і жити у сімейному середовищі (суддя Ю. Нікітін). Таке різне розуміння питань забезпечення інтересів базується на різних підходах в інтерпретації справедливості, рівності, інтересів, захищених правом. На цьому прикладі спостерігається кореляція між конституційними цінностями, оскільки філософія рішення № 3-рп/2009 базується по

школою моралістів; сьогодні також слід виділити окремо напрямок, який репрезентують Дж. Ролз та Т.Р.С. Аллан).

²⁰ Рішення КСУ № 3-рп/2009 від 03.02.2009 р.

суті на забезпеченні гідності людини, що імпліцитно передбачає баланс інтересів (у цьому випадку дитини та усиновлювача); сутності процедурної справедливості, оскільки рішення про усиновлення дитини приймає суд на основі закону; трактування свободи неповнолітньої особи (дитини, що всиновлюють) та свободи усиновлювача на створення сім'ї у контексті обсягу і змісту їх правоздатності.

Зокрема, суспільства, побудовані на засадах поваги індивідуальності більше тяжіють до визнання вартості свободи (лібералізм), якщо суспільство засноване на наданні переваги інтересів колективу (комунітаризм), тоді більшої вартості надаватиметься солідаризм, тобто між свободою і солідаризмом існує корелятивний зв'язок. Така кореляція безпосередньо впливає на трактування гідності людини, яке може набувати самостійного значення у різних типах правових систем.

Зокрема, на засадах комунітаризму вирішено справу Конституційним Судом у справі про допомогу по безробіттю звільненим за угодою сторін²¹. Справа полягала в тому, чи є конституційним положення законодавства про обов'язок держави сплачувати соціальну допомогу у разі безробіття у випадку, якщо працівник звільнився з роботи за взаємною згодою із роботодавцем.

Однак Конституційний Суд визнав положення соціального законодавства неконституційними, які встановлювали можливість отримання соціальної допомоги від держави лише із закінченням 90-денного строку після їх звільнення з роботи за взаємною згодою із адміністрацією роботодавця. За ліберального підходу позиція могла би спиратися на конституційний припис, відповідно до якого право на соціальну допомогу у разі безробіття виникає лише у разі настання незалежних від працівника обставин²². За таких умов до працівника

²¹ Рішення КСУ № 9-рп/2009 від 28.04.2009 р.

²² У своїй окремій думці до Рішення КСУ № 9-рп/2009 суддя В.Шишкін вказує на те, що за таких умов тягар соціальної відповідальності перекладається з роботодавців, які за допомогою цієї процедури звільняють своїх працівників, на суспільство, приховуючи насправді практику здійснення роботодавцями зміни в організації виробництва і праці, в тому числі ліквідації, банкрутства, реорганізації, перепрофілювання підприємства, організації, установи, скорочення чисельності або штату працівників. Водночас поточне законодавство гарантувало належний рівень соціальної захищеності громадян на випадок настання безробіття за таких підстав, оскільки роботодавець зобов'язаний сплачувати середньомісячну заробітну плату звільненому працівникові протягом саме 90 днів.

ставилися вимоги особистої відповідальності за наслідки своїх дій та прихильності до виключно ринкових механізмів регулювання питань захисту інтересів працівників.

Згідно із соціальним підходом держава зобов'язана забезпечити соціальний захист прав громадян у разі безробіття, оскільки громадяни здійснюють відповідні виплати на випадок безробіття у спеціалізовані фонди і з моменту реєстрації громадянина в якості безробітного в нього виникає суб'єктивне право на соціальний захист. Порушення таких засад було оцінено Конституційним Судом як порушення принципу соціальної держави.

Зазначений приклад чітко демонструє кореляцію між лібералізмом і солідаризмом, оскільки їх співвідношення зумовлено також соціальною структурою, діяльністю інститутів публічної влади та 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 Федерального конституційного суду Німеччини, не зважаючи 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 сутність змісту прав людини й основоположних свобод. Саме на таких засадах Конституційний Суд визнає, що «загальновизнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена»²³.

Спостерігається взаємна кореляція між рівністю і справедливістю, оскільки рівність заснована також і на диференціації, пов'язаної із тим, що кожна людина має індивідуальні здібності, цільові установки

²³ Рішення КСУ № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р. Також Конституційний Суд розглядає як посягання на сутність змісту основного права обмеження асигнувань на соціальні видатки у законах про Державний бюджет (Рішення КСУ №№ 20-рп/2004 від 01.12.2004 р., 6-рп/2007 від 09.07.2007 р., 10-рп/2008 від 22.05.2008).

та певні умови для реалізації своїх здібностей. Тому цінність рівності полягає у забезпеченні можливостей реалізувати людиною свій потенціал, який закладений у ній природою та її соціальним досвідом. Такий стан речей спричинює неправомірність дискримінації, тобто обмеження можливостей конкретної людини у соціальному середовищі за будь-якими ознаками, які б спричинювали надання переваг іншим за таких же самих обставин. У поєднанні із рівністю справедливості дає відповідь на запитання: яким саме чином забезпечується розподіл можливостей для рівного доступу до соціальних благ за однакових життєвих обставин.

Вирівнювання можливостей передбачає забезпечення загального блага, яке є сумірне із особистими, медичними, психічними соціальними характеристиками індивіда. Оскільки люди за своїми якостями відрізняються, тому право забезпечує рівні можливості згідно з Дж. Ролзом: «Кожна особа повинна мати рівне право на якнайширшу сукупну систему рівних основних свобод, сумісних із подібною системи свободи для всіх». Отже, необхідно визнати, що рівність ґрунтується на диференціації, оскільки люди є різними, в них є різні можливості та потреби. Диференціація прав і свобод людини призводить до пошуку пріоритетів, які за Дж. Ролзом справедливим є можливість обмеження свободи лише заради самої свободи: «а) не така широка свобода повинна укріплювати поділювану всіма сукупну систему свободи; б) свобода, що менша за рівну, мусить бути прийнятною для тих громадян, які наділені меншою свободою»²⁴.

На засадах диференціації також тлумачить справедливості Конституційний Суд України. Справедливим є застосування права на засадах рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення. Проявом справедливості у кримінальному праві є покарання, яке має перебувати у справедливому відношенні із тяжкістю та обставинами вчинення злочину. Звідси, адекватність покарання ступеня тяжкості злочину впливає з принципу правової держави, із суті конституційних прав і свобод людини і громадянина, зокрема права на свободу, які не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України²⁵.

²⁴ Ролз Дж. Теорія справедливості / Пер. з англ. О. Мокровольський. – К.: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. – С. 346.

²⁵ Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р.

Право є однією із нормативних систем, яка тісно зумовлена соціальним устроєм із його вертикальними, горизонтальними зв'язками. За таких умов формується певний консенсус щодо соціальних цінностей. Основою такого соціального порядку служить субсидіарність та толерантність. Власне побудова вертикальних, горизонтальних зв'язків у суспільстві, які відповідно характеризують публічне і приватне право у їх загальних рисах потребує певної організації, вияв ініціативи, зважування взаємних інтересів та домагань. Тому концепція верховенства права покликана забезпечити використання правового інструментарію як нейтрального засобу забезпечення різноманітних інтересів у складно організованому суспільстві²⁶, оскільки інші нормативні системи (мораль, релігія, звичай) переважно побудовані на певних пріоритетах, перевагах чи перевагах.

Одним із базових моральних регуляторів виявляється принцип терпимості або, точніше, толерантності, сфера дії якого не обмежується національними питаннями. Він має силу і щодо релігійних, певною мірою ідеологічних, політичних та інших взаємин. Розуміння толерантності як терпимості є традиційним, але не вичерпним. Ще британський філософ 17 століття Дж. Лок дійшов висновку: досконала толерантність – це не тільки свідоме та позбавлене негативного забарвлення визнання державою свободи когось «іншого» самому вести свої громадські або приватні справи у будь-який спосіб, який відповідає встановленим законом межам. Це ще й захист з боку держави свободи кожного пересічного громадянина від будь-якого нелегітимного її обме-

²⁶ Спроба побудувати сталі суспільні відносини на основі традиційних, етнічних чи релігійних елементів не завжди мають позитивний результат. Зокрема, на соціальну структуру Чеченської Республіки впливає трайбалізм, який виражається у конкуренції між тейпами (спільноти, пов'язаних між собою кровною спорідненістю за чоловічою лінією). Деякі правозахисники вбачають у конкуренції між чеченськими тейпами причину випадків зникнення цивільного населення, катувань та вбивства людей без належної судової процедури. Про це вказують міжнародні правозахисні організації, зокрема Міжнародна федерація прав людини в Гельсінкі [Режим доступу]: <http://www.unhcr.org.ua/img/uploads/docs/ch-003.doc>.

Тому важливим є використання виключно правового інструментарію по забезпеченню балансу інтересів між етнічними, релігійними, соціальними спільнотами на засадах рівності, справедливості та толерантності, які включали механізми їх інтеграції у суспільне життя.

ження. Толерантність ґрунтується на моральній максимі, сформульованій І. Кантом, відповідно до якої кожен індивід покликаний вчиняти, як він вчинив би по відношенню до себе.

Звісно, що толерантність свідчить про секуляризацію суспільства, в тому числі і права. Сучасні міграційні процеси ставлять на порядок денний вирішення проблем співжиття представників соціальних спільнот із різним культурним укладом та *modus vivendi*. Сучасне суспільство все більше нагадує складне мереживо, інтеграція якого забезпечується шляхом узгодження інтересів соціальних спільнот. Соціальна інтеграція базується на правовій традиції конкретного суспільства та включення у процес прийняття владних рішень, громадське життя представників національних меншин. Відсутність легітиматії прав національних меншин та окремих спільнот (груп мігрантів, зокрема біженців) ще більш ускладнює досягнення толерантності у суспільстві, що може стати одним із джерел виникнення злочинності на етнічному, релігійному чи традиційно-звичаєвому ґрунті²⁷.

Соціальне життя із багатоманітністю інтересів, які знаходять свій прояв у суспільних відносинах, передбачають виявлення цих інтересів. Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, охоронюваний законом інтерес у його вузькому значенні перебуває виключно у логічно-смысловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх. Суд також зазначив, що у суспільстві може мати місце конфлікт інтересів (між кредитором і боржником, прокурором і адвокатом, не виключено конфлікту також між особою і суспільством, публічних і приватних інтересів), однак не підлягає правовому захистові той інтерес, якщо про закон містить пряме спеціальне застереження – за-

²⁷ Питання адаптації та інтеграції мігрантів, зокрема біженців та шукачів притулку, є предметом дискусій щодо оптимальних шляхів вирішення цієї проблеми. Зокрема, у провадженні Конституційного Суду України були справи, присвячені функціонуванню спеціального органу у сфері міграційної політики, однак відсутність послідовної політики у цій сфері не дає змоги раціонально на сьогодні вирішити питання інтеграції мігрантів у соціальне життя з урахуванням необхідності забезпечення історичної свідомості, традицій і культури, які слалися традиційно в Україні, які згідно із статтею 11 Основного Закону є конституційними цілями. Див.: Ухвала КСУ № 12-уп/2009 від 26.02.2009 р., яка стосувалася окремих питань державного управління у сфері міграційної політики.

борону. Іншими словами, охоронюваний законний інтерес відбиває легітимне прагнення його носія до того, що не заборонено законом, а тому не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Звідси, охоронюваний законом інтерес означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права; ґ) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; д) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним.

Далі Конституційний Суд зазначив, що охоронюваний законом інтерес є простим легітимним дозволом, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних та колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загально правовим засадам²⁸.

Узгодження різноманітних інтересів у складно структурованому суспільстві забезпечується на засадах субсидіарності²⁹. Субсидіарність базується на ідеї ініціативності і самоврядності, як на рівні окремих індивідів, так і соціальних інститутів (сім'ї, школи, церкви, організацій), органів публічної влади.

Загалом еволюція соціальних систем та конституціоналізму як його складової частини свідчать про поширення явищ секуляризації, посилення елементів ринкової економіки у поєднанні із ідеєю соціального захисту, поєднання елементів лібералізму та солідаризму. Кумулятивний ефект цих явищ полягає у модернізації суспільно-політичних інститутів, що мають наслідком посилення парламентаризму та конституційної юстиції як легітимних інститутів забезпечення конституційних цінностей. Водночас не можна розгляда-

²⁸ Рішення КСУ № 18-рп/2004 від 01.12.2004 р.

²⁹ Гьофе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні. – К.: Альта-прес, 2004.

ти права людини, правову державність, автономність громадянського суспільства як первинні конституційні цінності, як це трактують угорські конституціоналісти А. Шайо та Р. Віц. Вони ґрунтуються відповідно на свободі, солідарності, субсидіарності та забезпечуються через процедури легітимації, законодавство, управління та правосуддя.

Конституційні цінності на сучасному етапі розвитку людської цивілізації набувають характеру певних універсалій, на основі яких формується власне структура конституційної системи конкретної країни. У залежності від ступеня їх правового захисту система конституційних цінностей має свою специфіку у кожній країні, що зумовлено природними, політичними, економічними, соціальними, культурними особливостями кожної країни. Конституційні цінності у своїй сукупності стають критерієм для забезпечення конституційності у діяльності органів конституційної юстиції на основі поєднання природно-правового та позитивістського підходів.

3.2. Система конституційних цінностей України

Виходячи із змісту універсальних (загальних) конституційних цінностей, вони знаходять своє конституційне закріплення з урахуванням особливостей національної правової системи. Таке їх закріплення в основному законі залежить від особливостей конституційної моделі (ліберальної, ліберально-демократичної, соціальної, етатистської), що проявляється і в особливостях засобів їх правового захисту. Такі елементи істотно наповнюють зміст конституційних принципів і норм, які підлягають конкретизації парламентом у поточному законодавстві та інтерпретації органами конституційної юстиції.

Згідно з ліберальною моделлю, конституційні цінності ґрунтуються на ідеї мінімізації державного втручання у приватну автономію індивіда. В якості основоположної конституційної цінності розглядається свобода, яка формалізується у гарантіях особистої недоторканності, свободі совісті і віросповідання, свободи вираження поглядів та свободи асоціацій³⁰. За цією моделлю легітимність діяльності держави уявляється у допустимих рамках втручання, які базуються на цих лі-

³⁰ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Пер. з англ. Р. Семківа. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008. – С. 108 – 144.

беральних свободах. Саме на ліберальних цінностях базується конституціоналізм англо-американського зразка³¹. Окремі його компоненти запозичені у японському конституціоналізмі, які переплітаються із системою соціальних приписів – гірі, які власне зумовлюють етику діяльності політичних партій, парламентаріїв та публічної служби. На ліберальних цінностях ґрунтується також ідея верховенства права, однак вона трансформується, про що свідчить досвід діяльності Федерального конституційного суду Німеччини та Європейського суду з прав людини, оскільки ця доктрина розвинута такими компонентами, як пропорційність, правова визначеність, сутність змісту основного права³², які є також надбаннями соціальної концепції права.

Ліберально-демократична конституційна модель передбачає поєднання ідеї мінімального втручання у приватну автономію із визнанням необхідності легітимації публічно-владних інститутів на демократичних засадах. У системі таких конституційних цінностей закладено потенціал можливих конфліктів, оскільки вона передбачає дилему індивідуальних та колективних цінностей, зокрема у площині відносин більшості і меншості, індивідуальних і колективних прав, приватної автономії та легітимності конституційного правління тощо. Засобами подолання таких конфліктів вбачають парламентаризм, судовий конституційний контроль, професійну публічну службу³³. Така модель ґрунтується на комунікативному підході, який вважається основою легітимації влади у період модерну. Система комунікативних зв'язків робить процес здійснення влади публічним, тобто відкритим і доступним для заінтересованого кола осіб, соціальних спільнот/інституцій. Свобода особисті розглядається як фундаментальна цін-

³¹ Constitutional Values: Governmental Power and Individual Freedom. Ed. by Daniel E. Hall, John Feldmeier. 2008; Modern Constitutional Theory. A Reader. 3rd Ed. By John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff. – St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994. – P. 23 – 42.

³² Див.: Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – p. 241 – 506.

³³ Див.: Барабаш Ю.Г. Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення: конституційно-правовий аспект: Автореф. дис... д.ю.н. – Х.: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2008. – С. 21 - 24; Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / Пер. з фр. Є Марічева. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. – С. 99 – 260.

ність можливості її вступу у відносини здійснення влади на засадах розумності і раціональності. Звідси формуються джерела легітимації публічної влади, яка забезпечує інтеграцію в суспільстві та узгоджує інтереси між індивідами, соціальними спільнотами/інститутами та публічною владою³⁴.

Соціальна модель конституції визначає параметри функціонування соціальної держави. Згідно з цими уявленнями держава не може обмежуватися гарантуванням «правил гри» на політичній арені, однак вона не може надмірно втручатися у громадянське життя з міркувань суспільного блага. За таких умов гідність людини визнається в якості універсальної цінності. Власне на забезпеченні людської гідності як легітимної межі втручання у приватну автономію сьогодні виводяться обсяг і зміст конституційного захисту соціальних прав³⁵. На думку колишнього Голови Федерального конституційного суду Німеччини В. Зайдлера, людська гідність є «вищою основою цінністю» та «неписаним елементарним конституційним принципом»³⁶.

Для того, щоб забезпечити свободу розвитку людини в суспільстві діяльність держави є легітимною за умов запобігання випадків такого поводження з людьми, яким принижується їх гідність. Як пониження людської гідності є рівень життя, який не забезпечує мінімальних потреб для вільного розвитку її в суспільстві. Таким чином, соціальна модель конституції ґрунтується також на солідаризмі та субсидіарності як засадах конституційного порядку. Якщо солідаризм акцентує увагу на виправданості (легітимності) активності держави у сфері соціального захисту, то субсидіарність ґрунтується на визнанні ініціативності індивіда, соціальних спільнот/інститутів, узгодження між ними інтересів на засадах їх взаємної відповідальності, раціональності та розумності їх цілепокладання у габермасовському трактуван-

³⁴ Див.: Хабермас Ю. Теория коммуникативного действия. ; Философский курс о модерне. Пер. с нем. – М.: Весь мир, 2003. – С. 279 – 394; Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие / Пер. с нем. под ред. Д.В. Складнева, послесл. Б.В. Маркова. – СПб.: Наука, 2000; Хабермас Ю. Расколотый Запад / Пер с нем. О.И. Величко и Е.Л. Петренко. – М.: Весь мир, 2008.

³⁵ Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 298 – 359.

³⁶ Zeidler W. Grundrechte und Grundentscheidungen der Verfassung im Widerstreit // Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages. – Berlin, 1980. – Т. I. – S. 1 – 29.

ні. Сьогодні визнається, що основними конституційними цінностями є фундаментальні свободи, фундаментальні права, принципи, що формують конституційну систему – зокрема держава соціального добробуту (*social welfare state*) та верховенство права³⁷.

Етатистська конституційна модель ґрунтується на ідеї легітимності втручання держави у приватну автономію та є вираженням номінального конституціоналізму. На якихось поважних правових аргументах таке втручання не ґрунтується, оскільки інтереси індивіда підпорядковуються колективу або державі. Зокрема, авторитарні концепції державності завжди спираються на необхідності захисту певних колективних інтересів, наявною структурою суспільства, побудованої переважно на вертикальних зв'язках. Легітимність правління розглядається через призму використання права як інструменту примусу. За таких умов зникає основа для визначення індивідуального інтересу, тим самими знижується ступінь легітимності засобів правління, оскільки вони не побудовані на виявленні інтересів у суспільстві. У кінцевому результаті право стає інструментом упровадження інтересів групи осіб, які мають доступ до влади або контролюють владні інститути за допомогою політичних, економічних чи соціальних важелів. Нічого спільного це не має із засадами конституціоналізму, який ґрунтується на ідеях захисту прав людини та обмеженого правління з метою досягнення суспільного блага.

Виходячи із вищезазначених конституційних універсалій, можна визначити ієрархію цінностей в силу того, що конституція має як нормативний характер, так і є засобом легітимації певного типу соціального порядку. Звідси конституційні цінності знаходять свій прояв та верифікацію через засоби конституційної юриспруденції, оскільки їх юридична сила ґрунтується на визначенні їх об'єктивного і суб'єктивного змісту через засоби інтерпретації конституційного тексту у відповідному соціальному середовищі (конституційну герменевтику).

Український конституціоналізм за своїм характером є перехідним, оскільки йде важкий процес подолання пострадянської практики правління і він займає проміжне положення між ліберально-демократичними та соціальним конституціоналізмом.

³⁷ Див.: Constitutional Values and European Contract Law. Ed. by S. Grundman. – Wolters Kluwer, 2008.

Конституція України базується на системі соціальних цінностей, щодо яких у суспільстві вже склався консенсус на демократичних засадах. Згідно зі статтею 3 Конституції фундаментальною цінністю визнається людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність, які проголошуються як «найвища соціальна цінність». Конституційними цінностями *per se* також визнаються невід'ємні і невідчужувані права і свободи людини, суверенітет і територіальна цілісність України, оскільки відповідно до статті 159 Основного Закону вони є основними критеріями перевірки відповідності конституційних законопроектів на предмет їх відповідності статтям 157 і 158 Конституції. У системі ієрархії конституційних цінностей подальше місце посідають засади конституційного ладу (розділ I), засади демократичного ладу (розділ III) та засади здійснення установчої влади народом України (розділ XIII).

Гідність та права людини. Концепція гідності людини ґрунтується на християнській етиці³⁸, категоричному імперативі І. Канта³⁹ та модерного трактування людської свободи як форми вираження гідності, яка заперечує утилітарне призначення прав і свобод людини, які розглядалися ними у контексті певних результатів їх здійснення⁴⁰.

Згідно із засадами християнської етики людська гідність є самодостатньою соціальною цінністю, оскільки людина розглядається як вінець Творця, створеного за Його подобою⁴¹. «Людину, яка не розуміє своєї гідності, - зазначав св. Августин, - можна порівняти зі скотиною беззмисловою і вподібнювати до неї»⁴². Природничо-правова теорія розглядає гідність як наділене природою фундаментальне право людини, яке має вічну природу і покликане реалізувати її здібності у суспільстві.

Згідно із категоричним імперативом І. Канта людська гідність розглядається через призму вартості людини у суспільстві: людину

³⁸ Див.: Сергійко В.Ф. Соціально-етичне вчення християнства: тенденції розвитку, конфесійні особливості: Автореф. дис. к.ф.н. – К.: Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України, 2003.

³⁹ Кант І. Обґрунтування метафізики моралі. – К.: Основи, 2006.

⁴⁰ Доннелі Дж. Права людини у міжнародній практиці / Пер. з англ. Т. Завалій; наук. ред. П. Рабінович. – Львів: Кальварія, 2004. – С. 36 – 38.

⁴¹ Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення: Пер. з нім. – Львів: Свічадо, 2002. – С. 80 – 81.

⁴² Августин. О граде Божием. – Минск – М., 2000. – С. 198.

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 мета⁴³. Вітчизняний правознавець 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 порушення⁴⁴. У кінцевому результаті гідність виражає гарантовану правовими засобами здатність людини реалізувати свої здатності як індивіда, що вступає у суспільні відносини.

Конституція України двояко підходить до визнання людської гідності в якості 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 3 Конституції є те, що вона, крім 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 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.

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. Конституційний Суд України розглядає гідність людини через 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,

⁴³ Кант І. Основи метафізики нравственности // Критика практического разума. Изд. 3-е, стереот. – СПб.: Наука, 2007. – С. 90

⁴⁴ Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2004. – С. 8 – 9.

який переплітається із верховенством права і є найвищою конституційною цінністю⁴⁵. Якщо ж порівнювати спосіб закріплення гідності як конституційної цінності, він є відмінним в Україні у порівнянні із конституціями деяких європейських країн⁴⁶.

Звідси гідність людини конкретизується у відповідних правах і свободах, які забезпечені засобами правового захисту. Права і свободи людини є можливістю особистості вимагати від держави захистити конкретні особисті, матеріальні чи духовні блага з метою задоволення своїх певних потреб та інтересів. Права людини визначають міру втручання держави у приватну автономію, які не мають посягати на можливість її вільного розвитку у суспільстві⁴⁷. Реальність будь-якого суб'єктивного права полягає в його гарантованості⁴⁸; зниження рівня гарантованості окремих конституційних прав і свобод, звуження їх змісту та обсягу є їх обмеженням⁴⁹.

Конституційне регулювання інституту прав і свобод людини, в основі якого лежить юридизація фундаментальних прав і свобод, виражається у концепції основних прав і свобод. Певний спосіб інститування прав і свобод людини у конституційному праві залежить від осо-

⁴⁵ Формула про людську гідність як найвищу конституційну цінність сформулювала у юриспруденції Федерального конституційного суду Німеччини. Див.: BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus Case, 1969) // Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 299.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ П. Рабінович трактує права людини як певні можливості, які необхідні для існування та розвитку людини в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку людства і мають бути загальними та рівними для всіх людей. Див.: Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина. – С. 5.

⁴⁸ Рішення КСУ № 13-рп/2001 від 10.10.2001 р.

⁴⁹ Висновок КСУ № 1-в/2001 від 14.03.2001 р.

бливостей національної правової системи. Особливістю вітчизняного типу інституювання прав і свобод людини є те, що їх «каталог» згідно зі статтею 22 Конституції, є не вичерпним і в процесі правотворення і правозастосування не допускається звуження їх змісту та обсягу⁵⁰.

Особисті права виражають конституційних захист від свавільного втручання у приватне життя індивіда з боку держави, що забезпечується примусово судовим рішенням. Право на оскарження в суд дій органів влади, якими має місце втручання у приватну автономію індивіда є важливим аспектом конституційного статусу особи.

Сучасне розуміння приватного життя закріплене в ст. 12 Загальної декларації прав людини 1948 року, що в основному захищає територіальну та комунікаційну приватність та визнається у вітчизняній системі захисту прав людини. Відповідно до цих стандартів ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте та сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від подібних втручань чи посягань⁵¹.

Соціальні права і свободи мають позитивний характер, тобто визначають позитивні обов'язки держави перед особою. Специфікою конституційного захисту цих прав є те, що в окремих аспектах вони забезпечуються примусовою силою судового рішення безпосередньо на підставі конституційних приписів. Це дає змогу говорити, що деякі основні права з цієї групи мають пряму дію (гарантії права власності, свобода вибору професії та виду діяльності, рівність між чоловіком і

⁵⁰ Визнається, що такий «каталог» основних прав і свобод доповнюється міжнародно-правовими актами та поточним законодавством. Див.: Буроменський М.В. Міжнародний захист прав людини та права біженців. Навчальний посібник. – К., 2002. – С. 35-44.

⁵¹ Європейський Суд з прав людини у справі *X & Y v. Netherlands* зазначає: «не дивлячись на те, що основною метою статті 8 [ЄКПЛ] є захист громадянина від довільного втручання влади, він не просто ставить за обов'язок державі утриматися від такого втручання в особисте життя громадянина: це негативне зобов'язання може доповнюватися позитивними зобов'язаннями, невід'ємними від дійсної поваги особистого і сімейного життя... Такі зобов'язання можуть передбачати вживання визначених заходів, спрямованих на забезпечення поваги приватного життя навіть в сфері відносин громадян між собою». Див.: *Case of X & Y v. Netherlands: Judgment 26 March 1985 (Application no. 8978/80), para. 24.* // [Режим доступу] <http://www.juridischeuitspraken.nl/19850326EHRMxenytegenNederland.pdf>

жінкою, рівність між дітьми народженими у шлюбі та позашлюбними дітьми, академічна свобода). В інших аспектах ці права, згідно з принципом соціальної правової держави, відображають основні напрямки державної політики, визначають основні форми і засоби досягнення цілей високого ступеня соціальної захищеності особи в Україні.

Для їх належної реалізації необхідне додержання таких умов: а) розвинуте соціальне законодавство; б) наявність розвинутої мережі установ і закладів, що надають соціальні послуги; в) система багаторівневого соціального страхування; г) система надання соціальної допомоги та здійснення соціальних виплат; ґ) високий рівень добробуту та доходів більшої частини населення, основну якої складає «середній клас»; д) наявність справедливої системи перерозподілу валового внутрішнього продукту через виважену фіскальну політику та систему адресної соціальної допомоги. Такі заходи складають основу виконання державою позитивних обов'язків у сфері соціально-правового захисту.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. передбачає обов'язок держав вживати у максимальних межах наявних ресурсів заходи для поступового забезпечення передбачених у цьому акті прав і свобод. Європейська соціальна хартія також розширює перелік соціальних прав індивіда і накладає позитивні обов'язки на державу.

На думку Голови Конституційного Суду України А. Стрижака, у сфері соціальних прав єдиний орган конституційної юрисдикції сформулював інституційний підхід, відповідно до якого визначаються мінімальні гарантії їх захисту та недопущення їх ліквідації⁵². З аналізу діяльності Конституційного Суду видно, що у поєднанні із вимогою частини третьої статті 22 Конституції формулюється оригінальне, властиве українській конституційній юриспруденції, розуміння доктрини «сутнісного змісту основного права», яке поширено у юриспруденції переважної більшості європейських країн⁵³. Такий підхід Суду

⁵² Див.: матеріали доповіді Голови Конституційного суду Стрижака А.А. «Захист прав і свобод людини і громадянина як основний напрям діяльності Конституційного Суду України», проголошеної на Світовій конференції конституційних судів «Вплив конституційної юстиції: їх вплив на суспільство та розвиток глобальної юриспруденції у сфері прав людини» (23 – 24 січня 2009, Кейптаун, ПАР). [Режим доступу] http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/UKR_Stryzhak_Ru.pdf

⁵³ Доктрина сутнісного змісту основного права зародилася у юриспруденції Федерального конституційного суду Німеччини і запозичена конституцій-

проявляється принаймні за трьома основними напрямками захисту соціальних прав.

По-перше, можна виділити розуміння Конституційним Судом сутності змісту соціальних прав: держава несе обов'язок щодо здійснення соціального захисту, забезпечення права кожного громадянина на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї⁵⁴; неприпустимості звуження чи зупинення видатків із бюджетів всіх рівнів на пенсії, соціальні послуги і допомогу, які є головним джерелом доходів для існування малозабезпечених громадян, не нижче встановленого законом прожиткового мінімуму⁵⁵; неконституційність практики звуження рівня соціальних пільг, компенсацій та гарантій⁵⁶.

По-друге, Конституційним Судом сформульовано вимоги щодо якості діяльності установ та організацій по забезпеченню соціального захисту (інституційних аспект): згідно з принципом соціальної держави має бути забезпечено діяльність організацій щодо доставки пенсій і грошової допомоги малозабезпеченим громадянам⁵⁷; структурним компонентом системи соціального захисту є багаторівнева система соціального страхування, яка може включати інші форми соціальних гарантій⁵⁸.

По-третє, згідно із конституційною юриспруденцією України існують вимоги щодо якості соціальних послуг і допомоги, відповідно з якими: відсутність обов'язку громадян сплачувати за надану їм медичну допомогу у державних та комунальних медичних закладах як в момент отримання, так і до або після її отримання⁵⁹; є виправданою диференціація соціального захисту з урахуванням особливостей проходження військової служби та служби у правоохоронних органах⁶⁰.

ними судами, створеними за німецькою моделлю конституційної юстиції. До прикладу, ця доктрина також знайшла своє нормативне закріплення у Конституції Угорщини: «В Угорській Республіці норми і правила, що стосуються основних прав і обов'язків, встановлюються законом, однак він не може обмежувати сутнісний зміст основного права» (стаття 8 (2)).

⁵⁴ Рішення КСУ № 8-рп/1999 від 06.07.1999 р.

⁵⁵ Рішення КСУ № 5-рп/2002 від 25.03.2002 р.

⁵⁶ Рішення КСУ № 20-рп/2004 від 01.12.2004 р.

⁵⁷ Рішення КСУ №№ 10-рп/2001 від 26.06.2001 р., 6-рп/2007 від 09.07.2007 р.

⁵⁸ Рішення КСУ № 1-рп/2005 від 17.03.2005 р.

⁵⁹ Рішення КСУ № 10-рп/2002 від 29.05.2002 р.

⁶⁰ Рішення КСУ №№ 7-рп/2004 від 17.03.2007 р., 8-рп/2005 від 11.10.2005 р.

Як правило, людська гідність як конституційна цінність є одним із головних джерел аргументації правової позиції Конституційного Суду України при вирішенні справ, предметом яких є права і свободи людини і громадянина. Це визначається шляхом прямого посилання у його рішеннях на статтю 3 Конституції України, яка визначає обов'язки держави перед особою. У сфері особистих та політичних прав вона визначається через межі державного втручання у приватне життя, у сфері соціальних прав – через визначення конституційних рамок щодо сутності змісту цих прав, вимог діяльності інститутів соціального захисту та якості і соціальних послуг і соціальної допомоги.

Свобода та межі втручання у приватну автономію. Свобода людини міри визначає міру втручання держави у її приватне життя. Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію виражає принцип пропорційності⁶¹. За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутність змісту основного права і перевищували межі необхідності, що випливають з публічного інтересу. Відповідно у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

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. Це пов'язано, як зазначають дослідники, з тим, що при розробці проекту Конституції у статті 64 також містилося положення, яким закріплювався принцип

⁶¹ Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. – Х.: Право, 2008. – С. 192 – 204; Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // Український правничий часопис. – 2003. – № 3 (8); Шевчук С. Значення загально правового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // ВАП-рНУ. – 2000. – № 1 (20).

пропорційності, який потім у зв'язку із політичними обставинами був вилучений⁶². Зокрема, на такій юридичній методології, що впливає з розуміння принципу пропорційності, ґрунтується рішення Конституційного Суду у справі про утворення політичних партій в Україні, в якому має місце загальне звернення до конституційних цінностей (зв'язаність держави правами і свободами людини, принципу плюралізму, свобода політичної діяльності) як аргумент правової позиції у цій справі⁶³.

З іншого боку, конституційна юриспруденція України свідчить, що для визначення легітимності втручання у приватну автономію Конституційний Суд використовує формулу частини третьої статті 22 Конституції України. Конституційна юриспруденція в Україні визначає межі такого втручання за якісними (зміст) та кількісними характеристиками (обсяг) 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 характеристики⁶⁴.

Якісні і кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини є поширеними у вітчизняній конституційній доктрині. Зокрема, такий підхід по суті ґрунтується на підході раніше сформульованому вітчизняним правознавцем П. Рабіновичем⁶⁵.

⁶² Конституція незалежної України: У 3 кн. – Кн. I: Документи, коментарі, статті. – К., 1997. – 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». Див.: Орлик Пилип. Конституція, маніфести та літературна спадщина. Вибрані твори. – К.: МАУП, 2006.

⁶³ Рішення КСУ № 2-рп/2007 від 12.06.2007 р.

⁶⁴ Рішення КСУ № 8-рп/2005 від 11.10.2005 р.

⁶⁵ П. Рабінович пише таке: «...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 властивість, яка відображається показниками відповідних можливостей, виражених у певних одиницях виміру». Див.: Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина. – С. 7.

Такий методологічний підхід щодо зважування цінностей обсягу та змісту прав і свобод людини, здається, поєднує ознаки концепцій «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. При її застосуванні Конституційний Суд демонструє емпіричний підхід щодо зважування цінності конституційних прав і свобод та інших конституційних цінностей, який демонструє прагнення Суду до забезпечення публічного інтересу – балансу приватних, колективних і державних інтересів. За таких умов Конституційний Суд використовує принципи справедливості, рівності, плюралізму, верховенства права та їх атрибутивну⁶⁶ та інституційну складову⁶⁷ в якості обґрунтування своїх правових позицій⁶⁸.

Емпіричний підхід Конституційного Суду України щодо зважування змісту та обсягу прав і свобод людини свідчить про недостатність їх характеристики лише через призму змістовних та кількісних характеристик. При вирішенні окремих питань Конституційному Суду доводиться звертатися до розуміння прав людини як невідчужуваних, які не можуть зводитися лише до кількісних показників. Зокрема, у справі про правову допомогу Конституційний Суд прямо визнав, що зазначене право за жодних обставин не може бути обмежено, воно за своїм характером є гарантованою державою можливістю кожної особи отримати таку допомогу в обсязі і формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин з іншими особами⁶⁹. У сфері соціальних прав, які визначають позитивні обов'язки держави, їх обсяг визначається інфраструктурою соціального захисту та якістю соціальної допомоги та здійснення соціальних виплат.

⁶⁶ Мається на увазі забезпечення верховенства Конституції як Основного Закону та ієрархії правових актів, що є предметом окремої розмови.

⁶⁷ Йде мова про такі складові елементи конституціоналізму, які є цінностями інституційного порядку – демократія, легітимність публічної влади, парламентаризм, публічна служба, конституційна юстиція, що є предметом окремої розмови.

⁶⁸ Див.: Рішення КСУ №№ 3-рп/2003 від 30.12.2003 р., 2-рп/2005 від 25.03.2005 р., 4-рп/2007 від 18.06.2007 р., 10-рп/2008 від 22.05.2008 р., 26-рп/2008 від 27.11.2008 р.

⁶⁹ Рішення КСУ № 23-рп/2009 від 06.09.2009 р.

За таких умов закон може розглядатися як засіб забезпечення свободи індивіда на вільний розвиток своєї особистості за однакових обставин та рівних умов. Відповідно, конституція як нормативний акт містить мінімальні гарантії свободи індивіда від неправомірного втручання держави у його можливості самостійно і відповідально приймати рішення. З іншого боку, конституція повинна гарантувати засоби забезпечення рівності і справедливості, якщо різні індивіди перебувають у різному положенні у суспільстві і мають різні можливості реалізації своїх здібностей.

Рівність і справедливість. Принцип рівності має декілька значень. Зокрема, у політології виділяють чотири аспекти рівності: рівну повагу у межах певної системи процесу ухвалення рішень; об'єктивне ставлення; рівність розподілу; рівність результату⁷⁰. На думку С. Погребняка, 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, на думку С. Погребняка, належать: диференціація правового регулювання та принцип позитивної дискримінації⁷¹.

У своєму поєднанні принцип рівності і недопущення дискримінації наштовхується на внутрішню суперечливість: люди за своєю природою мають різні здібності, можливості та умови для реалізації своїх прав і свобод. Зокрема, рівність імпліцитно включає в себе і диференціацію, заснованої на певних якостях людини як соціального індивіда, тому існує потреба у визначенні рівномірності розподілу соціальних благ з метою забезпечення потреб та інтересів індивіда. Тобто принцип рівності є тісно пов'язаний із справедливістю.

Процесуальна справедливість тісно пов'язана із реалізацією права на судовий захист. В одному із своїх рішень Конституційний Суд України зазначив таке з цього приводу: «право на судовий захист належить до основних невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина. Зокрема, положення частини другої статті 64 Конституції Украї-

⁷⁰ Короткий оксфордський політичний словник: Пер. з англ. / За ред. І. Макліна і Макмілана. – К.: Основи, 2006. – С. 596.

⁷¹ Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – С. 82 – 88.

ни не допускають обмеження права на судовий захист навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану»⁷².

Конституційний Суд опосередковано у своїх правових позиціях визнає, що функцією суду з точки зору процесуальної справедливості є забезпечення балансу інтересів в суспільстві, тобто публічного інтересу у кінцевому результаті. Відповідно до цієї позиції суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує захист гарантованих Конституцією і законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних юридичних осіб, інтересів суспільства і держави⁷³.

За таких умов має гарантуватися доступ до справедливого і безстороннього судочинства, що є запорукою ефективного поновлення у правах. Судам підвідомчі будь-які звернення фізичної особі щодо захисту своїх прав і свобод; суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушено або порушуються, або створено чи створюються перешкоди для їх реалізації, або має місце інше ущемлення прав і свобод⁷⁴. Тому не відповідає таким засадам, зокрема, унеможливлення оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій після спливу відповідного строку, який обчислювався з дня голосування⁷⁵.

Солідарність. Аналіз солідаризму як конституційної цінності можна вести із школи, сформованої французьким конституціоналістом Леоном Дюгі, із християнської етики, а також ліберальних концепцій громадянського суспільства.

Соціологічна школа конституційного права розглядає право як продукт солідарності, яка є основою всього об'єктивного права⁷⁶. Подібно до ліберального підходу конституція розглядається як результат спонтанної взаємодії і взаємозв'язків у суспільстві. Водночас солідаризм заперечує ідею суб'єктивних прав. За таких умов соціологічна юриспруденція трактує права людини як об'єктивне право, яке створює для індивіда «юридичну ситуацію», «соціальні зобов'язання», «громадський обов'язок». Суб'єктивне право трактується як юридична фікція, відхилення від норми солідарності, в зв'язку із чим, зокре-

⁷² Рішення КСУ № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р.

⁷³ Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р.; № 1-рп/2008 від 10.01.2008 р.

⁷⁴ Рішення КСУ № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р.

⁷⁵ Рішення КСУ № 13-рп/2003 від 03.07.2003 р.

⁷⁶ Дюгі Л. Конституційне право. Общая теорія государства. – М., 1908.

ма, заперечувалася абсолютна природа права власності, а виводилася лише його соціальна функція. Слід зазначити, що доктрина солідаризму була одним із джерелом концепції корпоративної держави, взятої на озброєння організації фашистської держави Б. Муссоліні.

Такі радикальні погляди на структуру соціального порядку пізніше поглиблюються в інституційному підході Марселя Оріу, за яким провідну роль у забезпеченні конституційного порядку відіграють установи, які покликані забезпечити у суспільстві рівновагу, на відміну від договірних механізмів чи засад законності. Вони покликані забезпечити прояви спільності та скерувати їх за допомогою юридичних процедур. Тому соціальні інституції породжують дифузю влади, на чому засновані багато сучасних концепцій поділу влади, оскільки концепція організації публічної влади за Ш.-Л. Монтеск'ю та іншими прихильниками лібералізму рідко зустрічається у чистому вигляді.

У християнській етиці, як і в німецькій соціологічній школі солідарність ґрунтується на розмежуванні понять спільноти та суспільства⁷⁷, що пов'язано із розмежування духовного зв'язку особистості із іншими людьми та цілеспрямованими зв'язками між людьми з метою формування певної соціальної структури. Тому під конституційне регулювання більшою мірою підпадає суспільство за певними критеріями. Отже, солідарність виводиться із певної структури соціальних зв'язків, які не надають переваги ні індивідуалізму, ні колективізму⁷⁸. Відповідно принцип солідаризму можна трактувати як засновану на гідності особистості систему соціальних зв'язків, побудованій на засадах взаємопов'язаності і взаємної відповідальності індивідів. На відміну від французької соціологічної школи, ні німецька соціологічна школа, ні християнська етика не заперечує ідеї суб'єктивних прав, оскільки вони обстоюють концепцію гідності людини.

Згідно із ліберальним трактуванням формою солідарності можна розглядати концепцію громадянського суспільства. Вперше про громадянське суспільство згадується у працях Аристотеля, в яких він розкривав поняття «громадянин» і відповідно державу як сукупність громадян⁷⁹.

⁷⁷ Див.: Тьоніс Ф. Спільнота та суспільство. Основні поняття чисто і соціології / Пер. з нім. – К.: Дух і літера, 2005.

⁷⁸ Хеффнер Й. Християнское социальное учение. Режим доступа: http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/bogoslov/Hoff_HrSoc/01.php

⁷⁹ Аристотель. Политика. – М., 1965. – С. 5, 454 – 455.

Більшої уваги розробці проблем громадянського суспільства приділялося у працях Гуго Гроція, Т. Гобса, Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск'є, Дж. Віко та інших мислителів. Пізніше поняття та сутність громадянського суспільства стало предметом досліджень у працях Г. Гегеля та І. Канта.

Наприклад, Т. Гобс розглядав людину в двох площинах: як власне людського індивіда з точки зору його природних, психофізичних властивостей, тобто як фізичну особу, а з іншого боку – як громадянина, носія соціально-політичних функцій, себто політичну особу⁸⁰. І. Кант розглядав громадянське суспільство як одну із передумов виникнення правової держави, однак відділяв безпосередньо саме суспільство від політичних структур.

У цьому контексті слід зважити на думку Г. Гегеля, який не вважав державу чимось зовнішнім стосовно громадянського суспільства і пояснював їх взаємозв'язок діалектично. Він зазначав, що громадянське суспільство є єдністю різних осіб, які його складають. З метою забезпечення узгодження протилежних інтересів індивідів функціонує держава, що є організацією загального зв'язку між приватними особами⁸¹.

Подібної думки притримувався російський мислитель М. Бердяєв, що держава є необхідним атрибутом громадянського суспільства⁸². Громадянське суспільство у сучасному його розумінні являє собою необхідний та раціональний спосіб співіснування людей, заснований на розумі та свободі⁸³. Його можна розглядати також як суспільство, в якому існують розвинуті економічні, культурні, правові, політичні відносини між індивідами, які не є опосередкованими державою. У найбільш абстрактному розумінні громадянське суспільство можна трактувати як сукупність інститутів, члени яких головним чином беруть участь у складній системі недержавної діяльності – у сфері економічного виробництва і культури, сімейному житті і добровільних асоціацій – і які таким чином зберігають і перетворюють свою ідентичність, здійснюючи всі види тиску або контролю по відношенню до інститутів державної влади⁸⁴.

⁸⁰ Гоббс Т. Основы философии. Ч. 2. О человеке // Соч. в 2-х т. – М., 1988. – Т. 1. – С. 220.

⁸¹ Гегель Г.В.Ф. Философия права: Пер. с нем. / Ред. и сост. Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц. – М., 1990. – С. 279-289.

⁸² Бердяев Н.А. Философия неравенства. – М., 1998. – С. 77.

⁸³ Конституционное право / Отв. ред. В.В. Лазарев. – М., 1999. – С. 161.

⁸⁴ Кин Дж. Демократия и гражданское общество. – М., 2001. – С. 48.

Концепція «відкритого суспільства», запропонованого К. Поппером, передбачає відкритий характер організації суспільства, де кожна людина є вільною у своїй поведінці і зобов'язана приймати самостійні рішення⁸⁵. Німецький правознавець Р. Циппеліус вважає, що людська спільнота стає скоординованою на основі взаємодії індивідів, які формують структуру «сміслово зорієнтованих вчинків», які мають нормативну природу. З іншого боку, людська спільнота є «суто нормативною», оскільки люди в свої вчинки співмірюють із правилами, фактичне здійснення яких «приводить у дію певний нормативний порядок і надає існування певній державній спільноті»⁸⁶.

Таким чином, ступінь втручання держави у життя суспільства як самоорганізуючу систему повинен бути мінімальним. Як зазначає німецький соціолог Н. Еліас, з точки зору еволюції людської цивілізації цей процес є спонтанним, в якому шляхом соціальної взаємодії формуються правила, наслідком яких є певний соціальний порядок⁸⁷. Саме з цих причин зазначається, що установча влада відмовляє у визначенні формальних рамок розвитку структур громадянського суспільства, оскільки це веде до тотальних форм державного контролю за суспільством та його одержавлення⁸⁸. Соціальна взаємодія, на основі яких формуються правила на основі суспільного консенсусу, є джерелом легітимності влади⁸⁹.

У конституційній юриспруденції питання суспільства та формування соціальних зв'язків втілюється через зважування таких оціночних понять, як національна безпека, громадська безпека, державний суверенітет, територіальна цілісність, охорона здоров'я населення, захист репутації і прав інших людей, авторитет і неупередженість правосуддя. Природа цих юридичних конструкцій полягає в тому, що вони є формою юридичного закріплення та гарантування певних форм солідаризму у сучасному су-

⁸⁵ Поппер К.Р. Відкрите суспільство та його вороги. В 2-х т. – К., 1994. – Т. 1. Чари Платона. – С. 252.

⁸⁶ Циппеліус Р. Філософія права. – К.: Тандем, 2001. – С. 193, 193 – 194.

⁸⁷ Элиас Н. О процессе цивилизации. Социогенетические и психогенетические исследования. В 2-х т. – М. – СПб., 2001. – Т. 2. Изменения в обществе. Проект теории цивилизации. – С. 237, 238.

⁸⁸ Див.: Сравнительное конституционное право / Отв. ред. В.Е. Чиркин. – М., 1996. – С. 321-328; Чиркин В.Е. Конституционное право России и зарубежный опыт. – М., 1998. – С. 125-136 та ін.

⁸⁹ Тихонравов Ю. Философия права. – М., 1998. – С. 301.

пільстві. За таких умов органам конституційної юстиції, які визначають їх сутнісний зміст у конкретній юридичній ситуації та історичній обстановці, необхідно забезпечувати баланс приватних, корпоративних і публічних інтересів. За своєю природою зважування таких цінностей дає змогу забезпечити правомірні шляхи пошуку компромісів в умовах конфронтації чи суперечностей інтересів у неоднорідному суспільстві, а звідси – легітимність здійснення публічної влади та процедур рівного доступу до соціальних благ, яким гарантується конституційний захист.

Конституційний Суд визнає, що внутрішня організаційна діяльність політичних партій та громадських об'єднань має автономний характер і не може бути предметом свавільного втручання з боку органів публічної⁹⁰. Таке втручання у діяльність політичних партій може бути виправданим виключно на підставах, передбачених Конституцією України, обмеження їх діяльності мають бути допустимим у рамках, визначених законом, якщо такі обмеження є необхідними у демократичному суспільстві. Водночас обмеження права на свободу об'єднання у політичні партії не можуть посягати на сутність змісту цього права, тобто в сенсі частини третьої статті 22 Конституції не повинні звужувати її обсяг і зміст⁹¹.

Субсидіарність. Принцип субсидіарності розроблений римськими юристами у приватному праві; у праві публічному – він є продуктом розвитку християнської етики. Як універсальний принцип права він обґрунтований у германській правовій доктрині, яку пізніше запозичила як доктрина та установчі договори Європейського Союзу, так і юриспруденція Європейського суду справедливості та Європейського суду з прав людини.

Принцип субсидіарності традиційно відомий цивільному праву України. Згідно зі статтею 619 ЦК України договором або законом може бути передбачена поряд із відповідальністю боржника субсидіарна (додаткова) відповідальність іншої особи⁹².

Згідно із засадами християнської етики субсидіарність ґрунтується на гідності та свободі індивіда, є тісно пов'язана із принципами солідарності та загального блага. Субсидіарність передбачає активне

⁹⁰ Рішення КСУ № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р.

⁹¹ Рішення КСУ № 2-рп/2007 від 12.06.2007 р.

⁹² Цивільний кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003 р. – К.: Істина, 2003. – 368 с.

втручання держави чи раціонально побудованих соціальних інститутів із метою допомоги окремим особам чи окремим сфер життя⁹³.

У праві Європейського Союзу прийнято вважати, що субсидіарність означає, що у всіх тих випадках, коли досягнення цілей, що стоять перед Співтовариством неможливе тільки зусиллями окремих держав-членів, у всіх тих випадках, коли необхідні об'єднані дії всіх членів Співтовариства, рішення проблем і здійснення цих дій стає справою самого Співтовариства⁹⁴. Співтовариство зобов'язане утриматися від яких-небудь дій, які можуть пошкодити реалізації повноважень суверенних держав-членів Співтовариства. Згідно із Протоколом про пропорційність і субсидіарність:

Субсидіарність є динамічною концепцією, яка підлягає виконанню в світлі цілей, установлених Договором. Вона дозволяє розширити сферу діяльності Співтовариства в рамках його юрисдикції в тих випадках, коли обставини цього вимагають, і, навпаки, обмежити цю діяльність, і навіть її припинити в тих випадках, коли вона більше не виправдана.

Таким чином, автори Протоколу виступають за збалансоване застосування принципу субсидіарності. Значення принципу субсидіарності у конституційному праві має два аспекти: 1) він ґрунтується на гідності та свободі індивіда та виражає його свободу волі та ініціативність вступу у конституційні відносини; 2) обґрунтовує правовий механізм розподілу владних повноважень від нижніх до верхніх рівнів (поверхів) публічної влади, що передбачає *expressis verbis* самодостатність відповідного рівня влади, здатного самостійно і відповідально вирішувати відповідний масштаб завдань і владних функцій.

У Конституції України принцип субсидіарності не закріплений; якщо системно її тлумачити, то окремі елементи принципу субсидіарності проявляються фрагментарно: у конституційній гарантії місцевого самоврядування (стаття 7), зв'язаності держави правом та її поваги до гідності людини (стаття 3), свободи розвитку особистості (стаття 23), гарантії права на захист та правову допомогу (статті 55 та 59).

В юриспруденції Конституційного Суду субсидіарність опосередковано сформульовано у визначенні критеріїв допустимості конституцій-

⁹³ Хеффнер Й. Христианское социальное учение. – Третья глава: Принцип субсидиарности. Режим доступа: http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/bogoslov/Hoff_HrSoc/01.php

⁹⁴ Европейское право / Под ред. Л.М. Энтина. – М.: Норма, 2001. – С. 115.

них подань і конституційних звернень, в яких порушується необхідність офіційного тлумачення Конституції і законів України. Це пов'язано із власне субсидіарною природою конституційної юрисдикції по відношенню до судів загальної юрисдикції, оскільки Конституційний Суд, хоча і є органом правосуддя, однак не входить у судову систему України, він є спеціалізованим органом конституційної компетенції⁹⁵, завданням якого є здійснення конституційного контролю⁹⁶. Згідно з юриспруденцією Конституційного Суду серед ознак неоднозначного застосування Конституції і законів України, які є підставою для відкриття конституційного провадження щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України, є необхідність використання всіх доступних засобів правового захисту заявником, яке полягає у використанні в повному обсязі усіх можливостей для захисту своїх прав у судах загальної юрисдикції, зокрема у Верховному Суді⁹⁷. Така юридична конструкція є властивою для одного із критеріїв прийнятності конституційних скарг – вичерпання інших засобів правового захисту, що може мати значення у випадку введення цього інституту в Україні.

Толерантність. Принцип толерантності впливає із системного тлумачення статей 11 та 15 Конституції. Даний принцип імпліцитно включає в себе конституційні гарантії балансу вільного розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури та розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (стаття 11). Також толерантність включає засади політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності та гарантії свободи політичної діяльності (стаття 15). Водночас гарантії балансу української нації та розвитку корінних народів і національних меншин⁹⁸, застосування мов⁹⁹, засади плюралізму та свободи політичної діяльності містять також деякі аспекти, які не повною мірою охоплюються змістом принципу толерантності.

⁹⁵ Сравнительное конституционное право / Под ред. В.Е. Чиркина, Ю.А. Юдина. – М.: Манускрипт, 1996. – С. 167.

⁹⁶ Рішення КСУ № 8-зп від 24.12.1997 р.

⁹⁷ Ухвала КСУ № 32-у від 10.07.1998 р.

⁹⁸ Окремі аспекти традиційного укладу життя у його темпоральному і просторовому вимірі стосувалася рішення, яким було визнано неконституційним перехід Автономної Республіки Крим з київського на московський час (рішення КСУ № 4-рп/98 від 25.03.1998 р.).

⁹⁹ Див.: Рішення КСУ № 10-рп/99 від 14.12.1999 р.; № 13-рп/2007 від 20.12.2007 р., № 8-рп/2008 від 22.04.2008 р.

Загалом конституційне оформлення таких правових принципів *per se* виражає цілі державної політики у відносинах між різними соціальними спільнотами з метою досягнення загального блага. Конкретні заходи щодо впровадження засад толерантності у складно структурованому суспільстві визначають через конституційні гарантії свободи вираження поглядів¹⁰⁰, свободи світогляду та віросповідання, свободи зібрань¹⁰¹, свободи об'єднань¹⁰², гарантій права на участь в управлінні публічними справами¹⁰³, свободи підприємницької діяльності¹⁰⁴, академічної свободи¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Конституційний Суд визначав межі допустимого втручання держави у здійснення свободи вираження поглядів шляхом підтримки державних та муніципальних ЗМІ та соціального захисту журналістів, які працюють в них (рішення КСУ № 6-рп/2004 від 16.03.2004 р.).

¹⁰¹ Конституційний Суд визнає як неправомірну практику для реалізації свободи зібрань надання дозволів для їх проведення з боку органів публічної влади (рішення КСУ № 3-рп/2001 від 05.04.2001 р.).

¹⁰² Конституційний Суд визначав окремі аспекти здійснення свободи об'єднання у професійні спілки (рішення КСУ № 11-рп/2000 від 18.10.2000 р.), свободи об'єднання у політичні партії (рішення № 2-рп/2007 від 12.06.2007 р.; № 9-рп/2007 від 16.10.2007 р.).

¹⁰³ Конституційний Суд визнав неправомірною практику обмеження права на участь в управлінні державними справами, зокрема участі у виборах, права на звернення приватних осіб до ЦВК, як це передбачало законодавство про вибори Президента України. Див.: Рішення КСУ № 26-рп/2009 від 19.10.2009 р.

¹⁰⁴ Конституційний Суд визначав допустимі межі втручання у здійснення свободи підприємницької діяльності шляхом патентування підприємницької діяльності (рішення КСУ № 16-рп/2000 від 21.12.2000 р.), визнання неприпустимості дискримінації в оподаткуванні за критерієм країни-доміциля суб'єкта підприємницької діяльності (рішення КСУ № 1-рп/2002 від 29.02.2002 р.), конституційності запровадження мінімально допустимої закупівельної ціни на цукор (рішення КСУ № 10-рп/2004 від 15.04.2004 р.), визначення сутності змісту права власності споживчої кооперації (рішення КСУ № 16-рп/2004 від 11.11.2004 р.), сутності змісту корпоративних прав у акціонерних товариствах (рішення КСУ № 4-рп/2005 від 11.05.2005 р.), сутності змісту постійного користування земельними ділянками чи їх оренди для ведення фермерської діяльності (рішення КСУ № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р.).

¹⁰⁵ Сутнісний зміст академічної свободи Конституційним Судом визначався лише в аспекті визначення критеріїв конституційності стажу наукової роботи, яку неправомірно поточне законодавство пов'язувало із датою присудження наукового ступеня чи присвоєння вченого звання, що мало наслідком порушення сутності змісту права на соціальний захист наукових працівників, зокрема права на пенсійне забезпечення (рішення КСУ № 9-рп/2001 від 19.06.2001 р.).

Верховенство права. Принцип верховенства права є продуктом розвитку англо-американського конституціоналізму. Звідси спостерігається взаємозв'язок верховенства парламенту та верховенства права, оскільки вони складають ґрунт конституційної державності¹⁰⁶. Верховенство парламенту розуміється як джерело легітимності законодавства, оскільки цей орган влади представляє все населення країни, яке наділяє своїх представників законодавчими повноваженнями з метою досягнення загального блага. Верховенство права звертає увагу на формальні та змістовні вимоги до законодавства, яке не повинно посягати на права і свободи людини і громадянина.

Верховенству права, на думку А. 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 права¹⁰⁷. Як і А. 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 практиці¹⁰⁸.

¹⁰⁶ У вітчизняній правовій доктрині проблемам верховенства права присвячено чимало літератури і поступово формується згода, що цей принцип має формальні і змістовні критерії. Див., наприклад праці таких вчених: Головатий С. Верховенство права. В 3-х кн. – К.: Фенікс, 2006; Заєць А. Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. 1998. - № 2. – С. 3 – 15; Кампо В.Українська доктрина верховенства права: проблеми становлення і розвитку // Проблеми сучасного українського конституціоналізму: Збірка наукових праць. На пошану першого Голови Конституційного Суду України, проф. Леоніда Юзькова / Заг. ред. А. Стрижак, В. Тацій / Упоряд.: В. Бринцев, В. Кампо, П. Стецюк. – К.: 2008. – С. 85 – 100; Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. - № 4. – С. 24 – 32; Погребняк С.П. Основоволожні принципи права (змістова характеристика): Монографія. – Х.: Право, 2008; Шевчук С. Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення конституції // Українське право. – 1998. - № 2. – С. 56 – 68 та інші.

¹⁰⁷ Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции / под. ред. П.Г. Виноградова. Издание второе. – М., 1907. – С. 205 – 233.

¹⁰⁸ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Пер. з англ. Р. Семківа. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська Академія», 2008. – С. 256, 246.

Водночас існують формальні й матеріальні аспекти верховенства права. На думку Б. 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 другого боку, Б. 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 законодавства¹⁰⁹.

Конституційний Суд визначає верховенство права як панування права в суспільстві, яке вимагає від держави втілення його у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони¹¹⁰. Однак таке розуміння верховенства права є занадто 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.

Справедливість є критерієм розуміння допустимих меж втручання держави у приватне життя, через що визначаються критерії правового змісту діяльності органів публічної влади. Справедливість трактується Конституційним Судом як гуманітарний вимір права (повага до гідності людини)¹¹¹, забезпечення принципу рівності та виправдання диференціації¹¹², однакове застосування законів і недопущення дискримінації.

¹⁰⁹ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / Пер. з англ. А. Іщенко. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська Академія», 2007. – С. 107, 126 – 127.

¹¹⁰ Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р.

¹¹¹ У цьому контексті заслуговує на увагу юридична техніка поєднання на обґрунтування рішень у конституційній юриспруденції частини другої статті 3 та частини третьої статті 22 Конституції України, які по суті у системному тлумаченні відображають доктрину збереження сутності змісту основного права. Див.: Висновок КСУ № 1-в/2001 від 14.03.2001 р.; рішення КСУ № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р.

¹¹² Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р.

Правова визначеність. Конституційний Суд визнає, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі. Такі вимоги зумовлюють певні організаційні та процедурні вимоги до організації держави¹¹³, зокрема неприпустимість наявності термінів у законодавстві, які будуть викликати двозначне тлумачення¹¹⁴.

Визнається неправомірною чинність законів, дія яких поширюється на ті правовідносини, які виникли і закінчилися до набуття такої чинності¹¹⁵. Необхідною складовою правової визначеності є належне здійснення правосуддя, яке має відповідати вимогам справедливості і забезпечувати ефективне поновлення у правах¹¹⁶.

Правомірність очікувань. Конституційним Судом нещодавно ухвалено рішення у справі про скасування актів органів місцевого самоврядування¹¹⁷, в якому було визнано неправомірність скасування раніше прийнятих актів індивідуальної дії, які стосуються прав і свобод людини і на підставі яких виникли певні правовідносини. Для їх скасування органи місцевого самоврядування повинні звернутися до суду загальної юрисдикції для вирішення питання щодо визнання їх нечинними.

По суті Конституційний Суд поглибив свою правову позицію щодо формулювання критеріїв правової визначеності актів органів публічної влади¹¹⁸. Таким чином, вітчизняна конституційна юриспруденція поступово формує критерії, які не допускають органам влади

¹¹³ Відповідно до цих вимог «конституційний принцип правової держави передбачає встановлення правопорядку, який повинен гарантувати кожному утвердження і забезпечення прав і свобод». Див.: Рішення КСУ № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р.

¹¹⁴ Рішення КСУ № 13-рп/2001 від 10.10.2001 р., № 5-рп/2005 від 22.09.2005 р.

¹¹⁵ Рішення КСУ №№ 1-зп/1997 від 13.05.1997 р., 1-рп/1999 від 09.02.1999 р., 3-рп/2001 від 05.04.2001 р.

¹¹⁶ Рішення КСУ №№ 3-рп/2003 від 30.01.2003 р., 15-рп/2004 від 02.11.2004 р.

¹¹⁷ Рішення КСУ № 7-рп/2009 від 16.04.2009 р.

¹¹⁸ До речі, суддя Конституційного Суду В. Кампо у своїй окремій думці до рішення від 16.04.2009 р. у справі про скасування актів органів місцевого самоврядування зазначає, що практика скасування органами публічної влади своїх актів індивідуального характеру є порушенням принципу *ne iudex idoneus in propria causa*, тобто не виступати суддею у власній справі.

скасовувати раніше прийняті акти індивідуальної дії, які зачіпають права і свободи фізичних і юридичних осіб.

Законність і недопустимість сваволі. Законність ґрунтується на вимозі легітимності діяльності органів публічної влади. Зокрема Конституційний Суд визнає, що мета встановлення певних правових обмежень повинна бути легітимною та істотною, щоб не посягати на сутність змісту основного права¹¹⁹. Такі обмеження мають бути виправданими й обґрунтованими з мотивів суспільної необхідності, зокрема щодо обмеження прав кредиторів комунальних підприємств зважаючи на їх суспільну значущість та соціальний ефект діяльності для територіальних громад¹²⁰. Запроваджувані заходи повинні забезпечувати баланс приватних і публічних інтересів, зокрема обґрунтованості терміна для попереднього сповіщення місцевих органів влади щодо наміру реалізації права на свободу зібрань¹²¹.

Забезпечення конституційності і законності у діяльності органів публічної влади. Конституційний Суд виходить з конституційної формули, відповідно до якої органи влади повинні поважати принцип поділу влади (стаття 6) та діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України (частина друга статті 19). Така формула використовується Конституційним Судом у переважній більшості справ, якими вирішують спори про компетенцію між органами публічної влади.

З аналізу системи конституційних цінностей України можна зробити висновок, що вітчизняна конституційна модель є змішаною, яка поєднує в собі ліберально-демократичну та соціальну моделі. Посилюється роль Конституційного Суду у забезпеченні основоположних конституційних цінностей, які дозволяють охарактеризувати еволюцію конституційної системи України у руслі європейської традиції права.

3.3. Конституційна аксіологія та природа конституції

У системі соціального регулювання право займає важливе місце поряд із такими засобами соціального порядку, як релігія та звичай. У цій системі праву притаманне вираження влади, властивість компе-

¹¹⁹ Рішення КСУ № 14-рп/2004 від 07.07.2004 р.

¹²⁰ Рішення КСУ № 5-рп/2007 від 20.06.2007 р.

¹²¹ Рішення КСУ № 4-рп/2001 від 19.04.2001 р.

тентно формулювати загальні правила, метод інформування громадян про них, техніки застосування і санкції. У сукупності ці три засоби соціального регулювання пов'язані між собою і надають людині загальні цінності – правду, добро і зло, ідею справедливості. Тому право і повинно виражати ті цінності, які відповідають людській природі. Конституція є соціальною цінністю, оскільки забезпечує легітимацію правопорядку певного типу і вона є провідним джерелом національного права.

Водночас конституцію не можна розглядати лише у площині гарантії державності¹²² чи самодостатньої соціальної цінності¹²³. Аналіз конституції як сутності не повною мірою розкриває її аксіологічні аспекти¹²⁴. Тому з точки зору чинності соціальних цінностей конституцію можна розглядати як засоби забезпечення їх юридичної сили. Тобто слід говорити про конституцію як джерело права¹²⁵ та її вплив на систему джерел конституційного права загалом. Це впливає з того, що соціальні цінності зважуються через певний емпіричний досвід¹²⁶, а джерела конституційного права через їх чинність, яка включає в себе їх установлення (конституювання), реалізацію та інтерпретацію. Поза межами цього дискурсу дискусія щодо конституції як соціальної цінності позбавлена сенсу, свого сутнісного змісту.

¹²² Стецюк П. Конституція України як цінність, гарантія національної державності українського народ: Доповідь. – Львів: Астролябія, 2004. – 31 с.

¹²³ Зорькин В. Аксіологические аспекты Конституции России // СКО. – 2008. - № 4 (65).

¹²⁴ Див. наприклад: Тодыка Ю.Н. Конституция Украины – основной закон государства и общества: Учебн. пособие. – Х.: Факт, 2001. – С. 14 - 16.

¹²⁵ Джерела права у вітчизняному конституційному дискурсі переважно трактуються у позитивістському значенні, на що має значний вплив російська і радянська правові доктрини. Наприклад, позитивізм трактує джерело права через прояв владної волі (С. Голунський, М. Строгович, С. Качек'ян), форму вираження правової норми (А. Денисов, Д. Керімов, С. Зівс, М. Вітрук), поєднання цих підходів (В. Основін, А. Шебанов, М. Баглай, В. Мелашенко, В. Погорілко, В. Федоренко). З точки зору конституційних цінностей інтерпретація джерел конституційного права у дусі позитивізму є недостатньою, оскільки стоїть питання про легітимність конституції та її юридичну силу у неоднорідному суспільстві, що безпосередньо впливає на механізм її чинності (конституванню, реалізації, інтерпретації та правового захисту конституції; про це див. у розділі 5 цієї роботи.)

¹²⁶ Ципеліус Р. Філософія права: Підручник: Пер. з нім. – К.: Тандем, 2000. – С. 132 – 139.

Джерело конституційного права базується на його юридичній силі, яка зумовлена чинністю положень конституції та похідних від неї правоположень, приписів, норм. Тобто джерелом конституційного права можна вважати витoki змісту конституційних норм, які гарантуються за допомогою юридичних засобів. Тому основним джерелом конституційного права є письмовий документ, правовий акт. Не завжди принципи конституційного права закріплені у правових актах. Сам зміст правових актів, насамперед законів, також залежить від досягнень доктрини і дуже часто їх зміст зумовлений її рівнем.

Джерело конституційного права не можна пов'язувати у дусі позитивізму лише із волею суверена. Суверен при творенні правових норм також є пов'язаний правом. З одного боку, право обмежує, детермінує державу, зв'язує і контролює її, а з іншого – упорядковує її діяльність через позитивне правове регулювання форм, в яких ця діяльність має здійснюватись¹²⁷.

Таким чином, *система джерел конституційного права виражається у сукупності правових засобів забезпечення юридичної сили конституційних норм у відповідності до їх соціальної значущості та ефективності юридичного закріплення*. Найбільш достовірним засобом закріплення правових норм у романо-германській правовій сім'ї служить нормативно-правовий акт. Однак зміст нормативно-правового акту зумовлений політичним дискурсом, історичною спадщиною національного права, обґрунтуванням концепції цього акта у доктрині та можливої попередньої апробації окремих його положень у судовій практиці, що стає додатковим аргументом-джерелом на прийняття його парламентом чи урядом.

1. *Правовими засобами вираження конституційного права є рущийні сили, за допомогою яких забезпечується загальнообов'язковий характер конституційних норм*. Серед таких засобів можна виділити демократичні процедури відкритого обговорення суспільних потреб у конституційному регулюванні або/та необхідності його реформування. Політичні партії, що сприяють формуванню і вираженню політичної волі народу через засоби представницької демократії забез-

¹²⁷ Заєць А. Правова держава: історія, теорія і практика та її значення для судової діяльності (Електронний ресурс). Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/seminar6-1.htm>; Государственное право Германии. Сокращ. перевод с нем. в 2-х т. / Под ред. В.А. Туманова. – Т. 1. – М., 1994. – С. 58.

печують публічну дискусію щодо досягнення суспільного консенсусу з приводу основоположних цінностей, принципів та норм. Законодавство як основна форма вираження права сьогодні зумовлена вітчизняними традиціями конституціоналізму, хоча первинні конституційні норми були сформовані у вигляді доктрини, звичаю та судової практики. Тому законодавство може бути обмежене засобами судового контролю, критерієм якого є конституція як джерело легітимності соціальних цінностей, які в такий спосіб набувають юридичної сили.

2. *Юридична сила конституційних норм* забезпечується шляхом офіційного оприлюднення їх змісту. Недодержання встановленого порядку промульгації конституційних норм означає їх нечинність, що забезпечуються судовими засобами. Необхідною умовою забезпечення юридичної сили конституційних норм є правило визнання¹²⁸ та юридична відповідальність за їх недодержання. Тому для чинності конституційних норм є важливим їх інтерпретація органом конституційної юрисдикції, що служить засобом вирішення конституційного спору та однакового їх застосування.

3. *Соціальна значущість джерела конституційного права* зумовлена конституційними цінностями, які забезпечуються правовим захистом. Серед таких цінностей насамперед можна виділити гідність людини, свободу, справедливість, верховенство права, права людини й основоположні свободи, демократію, поділ влади, суверенітет і незалежність держави. Захист таких цінностей здійснюється на основі зважування їх вартостей, наслідком чого є забезпечення публічного інтересу. У ході правотворчості суб'єкт правотворення, насамперед законодавець і суддя є зв'язані правом і повинні діяти у відповідності до чинного права, щоб не підривати устої суспільства, засади правової визначеності.

4. *Ефективність правового закріплення конституційних норм* зумовлена традиціями конституціоналізму. В Україні найбільш ефективним засобом є законодавство та судова практика. Роль звичаю, доктрини, загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права є

¹²⁸ Про правило визнання вже зазначалося вище (див. підрозділ 3.1 і 3.2), сутність якого полягає у легітимності соціального порядку певного типу і визнання взаємних прав і обов'язків. Зокрема, див. юридичні конструкції зв'язаності держави правом та неприпустимість звороту до гіршого (статті 3, 22 та 58 Конституції України).

порівняно нижчою. Справа полягає в тому, що конституційна норма формалізується у вигляді юридичного документу, як правило, у формі нормативного акту або судового рішення.

У системі джерел конституційного права існує ієрархія його джерел, що зумовлено найвищою юридичною силою конституції як основного закону суспільства і держави. У суворому розумінні ієрархія джерел конституційного права послідовно спостерігається серед нормативно-правових актів. Деяку іншу картину у співвідношенні в якості джерел конституційного права можна спостерігати між конституцією, рішеннями конституційних судів та законом. Справа полягає в тому, що закони є предметом конституційного контролю і з мотивів їх суперечності конституції вони можуть бути визнані неконституційними повністю або окремі їх положення. За такого стану речей акти органів конституційної юрисдикції набувають своєрідного підконституційного, а не підзаконного характеру, оскільки ці органи у формальному розумінні є зв'язані лише положеннями Конституції та законів, що регулюють організацію та порядок їх діяльності. Водночас конституційні суди також можуть здійснити перевірку законів, що регулюють організацію та порядок їх діяльності, на предмет відповідності Конституції, якщо неконституційність цих положень може вплинути на правильне вирішення справи, що знаходиться на розгляді конституційного суду.

У системі джерел конституційного права також спостерігається синергетика, яка зумовлена тим, що не можна зводити співвідношення видів цих джерел права до їх ієрархії. Синергія джерел конституційного права полягає в тому, що за комплексним критерієм головним джерелом конституційного права визнається власне конституція, яка засновує ієрархію нормативно-правових актів, які регулюють конституційні правовідносини, в якості джерел конституційного права. Похідними від конституції є усталена судова практика (зокрема, юриспруденція конституційних судів або конституційних рад), міжнародно-правові акти та загальновизнані принципи міжнародного права, доктрина та звичаї. Водночас зазначені додаткові (субсидіарні) джерела конституційного права базуються на основному характері нормативно-правових актів, оскільки вони служать додатковим джерелом та юридичним аргументом при прийнятті рішень у випадку виявлення прогалин у поточному (звичайному) законодавстві.

Таким чином, джерела конституційного права взаємодоповнюють один одного. Зокрема, положення Конституції України як

нормативного акту конкретизуються і деталізуються у правових актах Конституційного Суду. Верховна Рада при прийнятті законів є зв'язаною юриспруденцією Конституційного Суду з приводу конституційних положень, на розвиток яких приймається відповідний закон. Також правовою основою, обґрунтуванням необхідності закону є висновки фахівців у певній галузі права, які репрезентують певний напрям правової доктрини. У свою чергу для належного аргументування своєї правової позиції Конституційний Суд враховує матеріали порівняльно-правового аналізу (можуть містити загальновизнані принципи міжнародного права чи прийнятний зарубіжний досвід), думку авторитетних фахівців (доктрину), звичайну практику здійснення певних процедур (звичай).

Конституція як соціальна цінність. У вітчизняній системі джерел права найважливіше положення посідає Конституція України. Прийнято вважати, що конституція – це єдиний правовий акт, за допомогою якого народ або органи держави, що виступають від його імені, встановлюють основні принципи устрою суспільства і держави, форми безпосередньої демократії, визначають статус державної влади і місцевого самоврядування, механізми їх здійснення, закріплюють права і свободи людини і громадянина¹²⁹.

На думку П. Стецюка, природа конституції як форми закріплення владних відносин визначається такими рисами: 1) конституція як соціальне і політико-правове явище є винятково продуктом (витвором) європейської цивілізації загалом, логічним наслідком розвитку європейської правової і політичної культури; 2) основна причина виникнення конституцій – потреба правової фіксації на найвищому рівні зміни владних відносин (відносин державного владарювання) в процесі переходу суспільства від феодалізму (чи будь якого іншого тоталітарного режиму) до демократії та створення правових основ подальшого демократичного розвитку суспільства і держави; 3) поява (виникнення) українських конституцій (починаючи від XVIII ст. і до наших днів) загалом відповідає процесам, що відбувалися в інших європейських країнах¹³⁰.

¹²⁹ Конституційне право України / За ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Наукова думка, 2000. – С. 89.

¹³⁰ Стецюк П. Конституція – форма правового закріплення зміни владних відносин в Україні (до постановки проблеми) // URL: <http://www.jurisprudentia.com.ua>

Таке трактування як форма легітимації влади та як нормативного акта не повною мірою розкриває конституцію як соціальну цінність, що запроваджує притаманній національній правовій традиції систему джерел права чи легітимації суспільного порядку. З такої позиції чітко видно надто вузькі рамки цього конституційного дискурсу, який межує із юридичним позитивізмом. Практика врядування радянського періоду чітко показала корелятивний зв'язок між легітимацією публічного порядку та владною волею, між абсолютизацією верховенства парламенту та запереченням інституту судового конституційного контролю апіорі. Саме спираючись на даний емпіричний досвід, який досі тяжіє над конституційною традицією України, можна говорити, що він зводить нанівець взагалі фундаментальні засади конституції та конституціоналізму як феномену, що синтетично поєднує у собі доктрину, систему правління та зміст правових інститутів.

Легітимність конституції. Необхідною умовою легітимності конституції є досягнення консенсусу у державно організованому суспільстві, яке гарантує вільний демократичний дискурс щодо основних параметрів майбутнього конституційного порядку. Суспільні дебати щодо оптимальних напрямків розвитку національного правопорядку переміщують у площину процедурної демократії, яка служить належним орієнтиром і засобом легітимації конституції певного типу. Іншими словами, конституція виконує установчу функцію і визначає основні параметри національної правової системи.

Легітимність конституції визначає в ній наявність механізмів узгодження інтересів між суспільними і політичними силами, групами інтересів, що втілюється у гарантіях свободи вираження поглядів, свободи об'єднань, свободи зібрань, участі громадян в управлінні публічними справами. За таких умов конституція легітимує механізм змінюваності влади, що містить у собі динамічний потенціал, що дає змогу належним чином реагувати на суспільні, політичні, економічні зміни, які потребують час від часу свого корегування. За таких умов конституція виконує інтегративну функцію, оскільки містить у собі правила та процедури здійснення політичного процесу у правових рамках, забезпечуючи баланс прав більшості і меншості.

Зокрема, це проявляється в тому, що конституція у системі права має горизонтальний ефект. Тобто конституція закладає фундаментальні принципи права, які визначають зміст як норм публічного, так і приватного права. Норми конституції більш детально регламенту-

ють питання організації державної влади і місцевого самоврядування. Разом із тим, численні положення конституції мають істотний вплив на приватне право. Наприклад, важливе значення має Розділ II Конституції України, в якому визначаються основні права і свободи. У соціальному аспекті конституція закладає основи взаємовідносин інститутів громадянського суспільства та публічної влади на засадах верховенства права.

Легітимна конституція як основа національного правопорядку. Конституція оформлює національну правову систему, визначає систему засадничих цінностей та принципів, які лежать в основі національної правової системи. Важливою складовою конституції є пряма дія конституційних норм, що дозволяє урівноважувати функції законодавства і правосуддя у випадку правової невизначеності, суперечностей між нормами конституції та нормами поточного законодавства, створює механізм запобігання порушення основних прав і свобод через інституту судового контролю над діями законодавчої і виконавчої влади. Це означає, що конституція має функції прогностично-перспективну, уніфікації та гармонізації законодавства.

Прогностично-перспективна функція конституції виражає особливості розвитку положень конституції у поточному законодавстві. Конституція як основне джерело національного права має важливе значення для прийняття законів. При прийнятті законів парламент є зв'язаний конституцією і не може розробляти закони, які б суперечили конституції. У цьому відношенні конституція є основою для правотворчої роботи парламенту. Це також зумовлюється й тим, що Конституція України безпосередньо приписує приймати закони на розвиток її положень (статті 4, 10, 14, 29-56, 77, 78, 82, 103, 107 тощо).

Конституція по відношенню до поточного законодавства володіє верховенством, найвищою юридичною силою. Верховенство конституції означає, що парламент є зв'язаний конституцією і не може довільно тлумачити її зміст, виходячи за рамки, визначені нею. У випадку наявності суперечностей про зміст конституції право тлумачити її має лише суд. Згідно з принципом верховенства право тлумачення конституції здійснюється на єдиних правових засадах. Разом з тим суд зобов'язаний тлумачити конституцію з урахуванням особливостей юридичного режиму окремих галузей, масивів законодавства. Відхилення від загальних правил тлумачення, виходячи з особливостей юридичного режиму правовідношення, повинно бути обґрунтовано-

ним, базуватися не на припущення, а на врахуванні істотних, соціально значущих, обставин. При трансформації норм і загальноновизначених принципів міжнародного права у діяльності органів влади необхідно враховувати конституційне застереження про сумісність конституційного порядку із міжнародним та визначати конкретні механізми подолання такої колізії з метою уніфікації права.

Наведене дає змогу говорити про певний механізм чинності конституції, який не слід ототожнювати із чинністю конституційних норм. Чинність конституції залежить від певного соціального контексту, світового порядку, що впливає на такі складові її чинності, як конституанту, реалізацію та тлумачення. За таких умов конституція визначає зміст і якість поточного законодавства і важливим критерієм визначення конституційного змісту відіграє конституційна юриспруденція як результат судового конституційного контролю.

Конституційна юриспруденція як конституційна цінність.

Найчастіше акти конституційних судів розглядаються у контексті інтерпретаційної діяльності, яка є іманентною ознакою конституційної юстиції. Зокрема, відомий вітчизняний правознавець П. Рабінович розглядає їх через призму герменевтики як основи інтерпретації правових норм. Такі обставини зумовлюють прийняття рішення з урахуванням соціального контексту, відповідно до чого Конституційний Суд приймає акти у сфері захисту основних прав і свобод, а також при вирішенні спорів про компетенцію¹³¹. На думку С. Шевчука, конституційна юриспруденція¹³² забезпечує вирішення складних конституційних спорів, пов'язаних із політичними питаннями, про що свідчать доктрини «політичного питання», «політичної доцільності» та «поля розсуду держави»¹³³.

У вітчизняній юридичній літературі акти Конституційного Суду розкриваються як інтерпретаційні (В. Тихий, В. Шаповал, В. Скомороха

¹³¹ Рабінович П. Правотлумачення і герменевтика (за матеріалами практики Конституційного Суду України) // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 4. – С. 16.

¹³² Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – Х.: Консум, 2002. – С. 99, 148 – 166.

¹³³ Шевчук С. Концепція самообмеження суду: доктрина «політичного питання», «політичної діяльності» та «поля розсуду держави» // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 3.

та І. Пшеничний)¹³⁴, квазіпрецеденті (П. Мартиненко, С. Шевчук)¹³⁵, через призму природи правових позицій (В. Тихий, М. Тесленко, В. Ткачук)¹³⁶.

Поступово вітчизняна конституційна доктрина визнає акти Конституційного Суду в якості джерела конституційного права. Зокрема, правомірно стверджується, що «за органами судової влади визнається не лише правозастосовча, а й правотворча функція»¹³⁷. Однак при цьому автори доходять до парадоксального висновку, відповідно до якого акти судової влади зводяться до нормативно-правового акту.

Природно, що така думка є спрощеною, оскільки суди вирішуючи спори про право здійснюють пошук права щодо фактичних обставин, забезпечуючи інтерпретацію правової норми. Інтерпретація правової норми – це свідомо діяльність, спрямована на розкриття змісту юридичного правила, з метою правильного застосування права¹³⁸. Ю. Грошевий вва-

¹³⁴ Тихий В. Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України // ВКСУ. – 1998. – № 4. – С. 38 – 45; Повноваження Конституційного Суду України та правова природа його рішень // ВКСУ. – 2006. - № 4. – С. 38 – 44; Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації Конституції України // ПУ. – 1997. – № 6. – С. 5-7; Офіційне тлумачення як функція Конституційного Суду України (проблеми теорії) // ВКСУ. – 1999. – № 3. – С. 52-57; Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // ПУ. – 1998. – № 5. – С. 27-28; Скомороха В., Пшеничний І. Конституційний контроль: питання розгляду справ, характеру та змісту рішень Конституційного Суду України // ВКСУ. – 1999. -- № 1. – С. 51-63. Скомороха В. Окремі питання діяльності конституційної юстиції в Україні // ПУ. – 1999. - № 12. – С. 8-10; Він же. Окремі питання поділу влади, визначення державної та судової влади, незалежності судової влади // ВКСУ. – 2000. – № 1. – С. 65-67.

¹³⁵ Мартиненко П. Конституційний Суд України: повноваження у контексті дворічного досвіду (квітень 1997 – квітень 1999 року) // ВКСУ. – 1999. – № 4. – С. 46-62; Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту // ПУ. – 2000. – № 2. – С. 45-48.

¹³⁶ Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України // ПУ. – 2000. – № 2. – С. 6-9. Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 36–41. Ткачук П. Правові позиції Конституційного суду України / П. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 10–21.

¹³⁷ Конституційне право України: Академічний курс. У 2 т. – Т. 1 / За ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 343.

¹³⁸ Тамаш А. Судья и общество. Динамика правосознания и правоприменения. – М., 1978. – С. 69.

жає, що винесення суддею обґрунтованого рішення у справі базується на його внутрішньому переконанні та вивченні доказів у справі¹³⁹.

С. Шевчук говорить про специфічну природу судової практики у системі джерел права у романо-германській правовій сім'ї, звертаючи увагу на їх нормативну природу¹⁴⁰. Судова практика як джерело конституційного права має неоднозначний характер, оскільки основним джерелом права вважається закон (система нормативно-правових актів). В одній групі країн судова практика визнається вторинним джерелом права (Іспанія, Італія, Швейцарія, ФРН), а в інших така роль суду заперечується¹⁴¹.

Водночас усталений характер судової практики у країнах романо-германської правової сім'ї визнається, оскільки судова практика поряд із доктриною служать критерієм правомірності, відповідності соціальним реаліям та наглядності законів. У Франції вживається термін усталена судова практика (*jurisprudence constante*), під яким розуміють вироблені судами правові позиції (правоположення). У Німеччині визнається як правомірним правотворча роль Федерального конституційного суду¹⁴².

На переконання В. Гергелійника, при визнанні Конституційним Судом закону або його окремих положень неконституційними «створюється нова норма права», а тому акти Конституційного Суду мають ознаки нормативності, однак вони не можуть розглядатися як джерело права, вони є інтерпретаційними актами, що мають допоміжний характер¹⁴³. Також М. Тесленко розкриває природу актів КСУ через категорію «правові позиції» як своєрідної «протонормативної» їх правової основи і по суті приходять до подібних висновків¹⁴⁴. Однак позиція, за якою при визнанні неконституційними положення закону вини-

¹³⁹ Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судебного убеждения в уголовном судопроизводстве. – Х.: Вища школа, 1985.

¹⁴⁰ Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: Дис... д.ю.н.: Рукопис / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 108 – 109.

¹⁴¹ Марченко М.Н. Источники права. – М.: ТК Велби, Проспект, 2005. – С. 503 – 506.

¹⁴² Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997.

¹⁴³ Гергелійник В.О. Правові проблеми становлення і функціонування конституційної юстиції України: Автореф... к.ю.н. – К., 2000. – С. 14-15.

¹⁴⁴ Тесленко М.В. Конституційна юрисдикція в Україні. – С. 11-13.

кає нова норма, є необґрунтованою. Треба враховувати порівняльний конституційний аспект проблематики – тоді функції конституційної юрисдикції по тлумаченню конституції необхідно розглядати в рамках трьох концепцій його діяльності: по-перше, як своєрідного законодавця; по-друге – як носія установчої влади; по-третє – як творця принципів, що відображають природне право¹⁴⁵. Розгляд актів конституційного суду через призму правових позицій також не відповідає природі дискурсу вітчизняної юридичної науки, є калькою з російської доктрини, яка не визнає акти конституційної юриспруденції в якості джерела права. Про це достатньо обґрунтовано у вітчизняній доктрині права¹⁴⁶. Тому необхідно виділяти субстантивні, праксеологічні аспекти актів конституційної юриспруденції та визначати особливості їх юридичної сили. Взагалі не можна розглядати акти конституційної юриспруденції виключно у нормативній площині, оскільки це вихолощує їх зміст та не відповідає наявному емпіричному досвіду конституційного контролю як України, так і зарубіжних країн.

Субстантивні та праксеологічні засади розуміння природи актів Конституційного Суду України. Правові акти Конституційного Суду необхідно розглядати у динаміці його діяльності по забезпеченню верховенства Конституції. Тому розгляд цих правових актів через призму нормативності можна лише в контексті слідування Конституційного Суду своїй юриспруденції, сформульованої ним при вирішенні аналогічних справ. Оскільки рішення, висновки Конституційного Суду мають загальнообов'язковий характер, то у своїй діяльності цей орган влади намагається послідовно додержуватися їх. Однакове застосування конституційних приписів Конституційним Судом впливає із принципів рівності, справедливості, правової визначеності, заборони свавільного застосування Конституції. Не можна розглядати рішення, висновки Конституційного Суду в якості судового прецедента, оскільки така концепція орієнтує на формування конституційною юрисдикцією первинних норм. А критерієм правомірності актів Конституційного Суду служать положення Конституції України, тобто такі акти приймаються на її основі і вони є вторинним (субсидіарним) джерелом конституційного права.

¹⁴⁵ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4. – С. 178.

¹⁴⁶ Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. – К.: Практис, 2008. – С. 275 – 294.

Юридична природа актів Конституційного Суду України: основні ознаки. Субсидіарність природи рішень Конституційного Суду зумовлено тим, що вони приймаються виключно на основі Конституції та в рамках процедури конституційного провадження, визначеної Законом та Регламентом як внутрішньо організаційним актом органу конституційної юрисдикції. За своєю юридичною природою в якості критерію правосудності рішень Конституційного Суду виступають положення Конституції України.

Як додаткове джерело конституційного права рішення Конституційного Суду володіють такими ознаками. По-перше, рішення мають правотворчу природу, оскільки вони засновані на положеннях Конституції, які є основою для обґрунтування правової позиції Конституційного Суду. Вони мають лише елементи нормативності, оскільки вони не містять норми права у їх завершній юридичній конструкції, а формулювання Суду щодо конституційності правових актів, які є об'єктом судового конституційного контролю. Тому Конституційний Суд, приймаючи рішення на основі матеріалів конкретної справи, забезпечує конкретизацію і деталізацію положень Конституції, які покладають в основу аргументації його рішення у справі. Тим самим рішення Конституційного Суду доповнюють Конституцію, конкретизуючи і деталізуючи зміст її норм.

По-друге, рішення Конституційного Суду є загальнообов'язковими на всій території України і не потребують додаткового підтвердження з боку інших органів влади. Згідно з юриспруденцією Конституційного Суду його рішення мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтвержень з боку будь-яких органів державної влади. Обов'язок виконання рішення Конституційного Суду є вимогою Конституції України (частина друга статті 150), яка має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів (частина друга статті 8)¹⁴⁷.

По-третє, рішення Конституційного Суду є остаточними і вони не можуть бути оскарженими. Остаточний характер рішень, висновків Конституційного Суду України означає, що вони не підлягають оскарженню ким-небудь, не можуть бути скасовані або змінені. Однак якщо наступне звернення базується на інших фактичних обставинах, по яких було винесено попереднє рішення, Конституційний Суд може повторно дослідити питання конституційності такої норми.

¹⁴⁷ Рішення КСУ № 15-рп/2000 від 14.12.2000 р.

Рішення Конституційного Суду України є особливим різновидом актів судової влади, що ухвалюється Судом при розгляді та вирішенню конституційно-правових спорів. У них офіційно закріплюються висновки Суду з усіх питань, що виникають у ході процесу з питань матеріального та процесуального права, тобто вони є актами конституційної юриспруденції.

У конституції надається пріоритет установчим нормам, нормам-цілям, нормам-принципам, нормам-дефініціям. Хоча їх питома вага невелика у конституціях, однак такі норми не повинні обмежувати можливостей законодавчого розвитку конституційних положень, а залишати простір для їх конкретизації та деталізації¹⁴⁸.

Досліджуючи інститут конституційної юстиції, С.Боботов аналізує співвідношення між законом та звичаєм. У цьому контексті акти судової влади ним розглядаються як своєрідний механізм гарантування верховенства закону шляхом забезпечення «систематичного [вірніше, системного – М.С.] регулювання тієї чи іншої сфери правовідносин»¹⁴⁹. Оскільки суд завжди вирішує проблему співвідношення норми права та конкретно-історичних обставин (у формі звичаю чи узвичаєння), то у випадку виникнення прогалин у законодавстві, він може звернутися до загальних принципів права.

Ця проблема стала предметом жвавих дискусій на міжнародному семінарі «Роль Конституційного Суду у суспільстві та державі», спільно організованого Венеціанською комісією та Німецьким фондом міжнародного правового співробітництва (Київ, 11 травня 2001 року)¹⁵⁰. Дискусія зводилася до того, чи можуть мати характер джерела права положення рішень Конституційного Суду України, викладені у їх мотивувальній частині. Прийнято вважати, що висновки Конституційного Суду, які виражають логічний зв'язок між мотивувальною та резолютивною частинами рішення є основою його правової позиції¹⁵¹.

¹⁴⁸ Конституция, закон, подзаконный акт / Авт. кол.: И. В. Котелевская, М. А. Митюков, А. В. Мицкевич и др.; Отв. ред. Ю. А. Тихомиров. – М.: Юрид. лит., 1994. – С. 28.

¹⁴⁹ Див.: Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительно-правовой анализ). – М., 1988. – С. 108-111.

¹⁵⁰ Див.: Юридичний вісник України. – 2001, 19-25 травня. – С. 5.

¹⁵¹ Про природу правових позицій конституційної юрисдикції також див.: Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України // ВКСУ. – 2003. – № 4; Ткачук П. Правові позиції Конститу-

Викладене вище дає можливість визначити юридичну природу рішень Конституційного Суду України як актів конституційної юриспруденції. **Юриспруденцію Конституційного Суду складають обґрунтування правоположень, які складають сутнісне ядро змісту його рішень.** Юриспруденція Конституційного Суду виражає його доктринальний підхід до розуміння складних і суперечливих аспектів чинності Основного Закону та його теоретичних і практичних аспектів. Як свідчить практика Конституційного Суду він слідує своїй юриспруденції, якщо існують однакові обставини застосування положень Конституції України.

Як правові акти рішення, висновки *Конституційного Суду* мають такі ознаки: а) *виражають владну діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції по забезпеченню верховенства Конституції як найвищого джерела права України*; б) *забезпечують верховенство Конституції*; в) *субсидіарний характер по відношенню до Конституції*; г) *є обов'язковими до виконання, їх чинність поширюється на всю територію України*; д) *є преюдиціальними актами.*

Рішення Конституційного Суду впливають на діяльність судів загальної юрисдикції також через інший своєрідний механізм. Враховуючи функції органу конституційної юрисдикції по забезпеченню верховенства 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. Такий механізм втілений у сформованій Конституційним Судом доктрині преюдиціальності його рішень та висновків.

У справі за зверненнями жителів міста Жовті Води Конституційний Суд зазначив¹⁵², що відмова судами 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 внаслі-

ційного Суду України // ВКСУ. – 2006. – № 2; Витрук Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3 та ін.

¹⁵² Рішення КСУ № 9-зп/1997 від 25.12.1997 р.

док 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.

Преюдиціальність рішення Конституційного Суду означає те, що суб'єкт права на основі такого рішення може порушувати питання перед судом загальної юрисдикції, якому підсудна відповідна справа, про перегляд судового рішення, яке ґрунтувалося на положеннях правових актів, визнаних Конституційним Судом неконституційними, що вплинуло на правильність судового рішення¹⁵³.

Водночас процесуальне законодавство не повною мірою враховує преюдиціальну природу рішень Конституційного Суду. Такі вимоги враховано пунктом 5 частини другої статті 245 КАС та пунктом 4 частини другої статті 361 ЦПК України, які передбачають можливість перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами у випадку встановлення Конституційним Судом неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане. Однак ні стаття 400⁵ КПК, ні стаття 111¹⁵ ГПК не передбачають безпосередньо такої підстави для перегляду судових рішень. Тобто рішення судів у порядку господарського та кримінального судочинства підлягають перегляду за загальними підставами Верховним Судом на підставі неоднаково застосування ними законодавства або їх невідповідності рішенням, прийнятим самим Верховним Судом.

Верховний Суд забезпечує єдність судової практики шляхом перегляду судових рішень у випадку неоднакового застосування законів судами касаційної інстанції (пункт перший статті 237 КАС, пункт перший статті 354 ЦПК, пункт 3 статті 111¹⁵ ГПК). Однак такі процедури не передбачені чинним КПК, що істотно знижує рівень конституційних гарантій прав людини у сфері кримінальної юстиції, що підриває істотно український конституціоналізм, оскільки містить серйозні загрози приватності.

¹⁵³ Про преюдиціальність своїх рішень Конституційний суд прямо визначив у таких справах: рішення КСУ № 9-рп/2001 від 19.06.2001 р.; № 12-рп/2001 від 03.10.2001 р.; № 6-рп/2007 від 09.07.2007 р.; № 10-рп/2008 від 22.05.2008 р. тощо.

За допомогою наведеного вище механізму можна забезпечувати застосування юриспруденції Конституційного Суду України у діяльності судів загальної юрисдикції. Водночас система підготовки юристів повинна бути зорієнтована на готовність суддів застосовувати усталену практику Конституційного Суду, на постійний моніторинг суддів судів загальної юрисдикції за цією практикою шляхом періодичного ознайомлення ними із рішеннями, висновками та процесуальними ухвалами, які публікуються у офіційних джерелах та на офіційному веб-сайті Конституційного Суду. З іншого боку, адвокати чи фахові захисники у ході судового розгляду в якості *amicus curiae* можуть наполягати на урахуванні правових позицій Конституційного Суду при вирішенні справи судом загальної юрисдикції, якщо така правова позиція має істотне значення для правильного вирішення справи згідно з принципом верховенства права.

Закони та інші нормативно-правові акти як конституційна цінність. Аналіз природи Конституції та актів юриспруденції Конституційного Суду дають змогу зробити висновок, що закони та інші нормативно-правові акти мають відповідати і прийматися на їх основі. Закони та інші нормативно-правові акти містять правові приписи, які регулюють типові ситуації і за своїм призначенням конкретизують і деталізують конституційні положення. За таких умов існує ієрархія правових норм: конституція – закон – підзаконний нормативний акт. При цьому зміст законів і підзаконних нормативних актів окрім положень конституції є зв'язані змістом актів конституційної юриспруденції.

Ідея про ієрархію правових норм також обґрунтована у працях позитивістів (наприклад, Г. Кельзена, Л. Харта). Конституційний Суд визнає, що закони як акти встановленої конституцією законодавчої влади «зумовлює їх субординацію відносно Конституції України»¹⁵⁴, «Конституція України як головне джерело національної правової системи є... базою поточного законодавства», яке «конкретизує закріплені в Основному Законі положення»¹⁵⁵. Також Суд сформулював висновок, що у «правовій державі існує суворі ієрархія нормативних актів, відповідно до якої постанови та інші рішення органів виконавчої влади мають підзаконний характер і не повинні викривляти сутність і зміст законів»¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Рішення КСУ № 4-зп від 03.10.1997 р.

¹⁵⁵ Рішення КСУ № 3-рп/2002 від 12.02.2002 р.

¹⁵⁶ Рішення КСУ № 9-рп/2001 від 19.06.2001 р.

Згідно з юриспруденцією Конституційного Суду України: «у частині першій статті 92 Основного закону України закріплений принцип пріоритету (верховенства) закону в системі інших нормативно-правових актів, за допомогою якого здійснюється правове регулювання найважливіших суспільних відносин. Перелік питань, що мають регулюватися виключно законами України, передбачений цією нормою, має імперативний характер, а це означає, що всі рішення щодо них повинні прийматися у формі закону»¹⁵⁷. Відповідно право приймати закони, коли воно не здійснюється безпосередньо народом України, належить виключно Верховній Раді і не може передаватися іншим органам чи посадовим особам¹⁵⁸; права делегування законодавчої функції парламентом іншому органу влади Конституцією України не передбачено¹⁵⁹.

За таких умов набуває значення розподіл правотворчих повноважень між парламентом, виконавчою владою та місцевим самоврядуванням. Предметна сфера закону визначається шляхом конституційного закріплення кола питань (ст. 92), які регулюються виключно законом як актом парламенту. Це не виключає можливості прийняття законів Верховною Радою з інших питань. У самому тексті Конституції містяться застереження про необхідність прийняття з певних питань законів. Насамперед, це стосується конституційного регулювання інституту прав і свобод людини. Відповідно до принципу застереження про закон обмеження конституційних прав і свобод здійснюється виключно на основі закону. Такий закон може лише визначати за органами виконавчої влади чи місцевого самоврядування порядок застосування цих обмежень. Також Конституція передбачає прийняття законів, які стосуються визначення аспектів конституційного статусу органів публічної влади (наприклад, ст.ст. 76 – 78, 89, 107, 120, 123, 125, 131, 140 Конституції) і їх умовно можна віднести до органічних законів.

У літературі склалося традиційне уявлення про природу закону, яке потребує свого уточнення з точки зору конституційності. Закон як акт парламенту повинен насамперед відповідати критеріям принципу верховенства права.

1) *Повнота законодавчого регулювання*. Закон повинен регулювати усі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Повнота

¹⁵⁷ Рішення КСУ № 4-рп/2008 від 01.04.2008 р.

¹⁵⁸ Рішення КСУ № 15-рп/2000 від 14.12.2000 р.

¹⁵⁹ Рішення КСУ № 15-рп/2009 від 23.06.2009 р.

законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу учасників правовідносин, на які він поширюється, порядку здійснення ними своїх прав-домогань та повноважень, відповідальності у випадку недодержання правил, визначених у законі.

Наприклад, при регулюванні статусу Кабінету Міністрів необхідно визначити в істотних рисах положення цього органу в системі органів публічної влади, зокрема щодо його взаємодії з іншими органами влади; визначити організаційну структуру уряду; визначити статус міністрів та засади безперервності у діяльності міністерств; процедури розробки, розгляду та прийняття урядових актів; конституційної та інших видів відповідальності уряду та окремих міністрів тощо.

Закон встановлює правила по відношенню до прав і свобод людини, виборів, цивільного і кримінального права, публічних фінансів та бюджету, установа видів публічної служби та статусу публічних службовців, національної безпеки і оборони, правосуддя, правового режиму власності, правової процедури ревізії та конфіскації власності. Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

У СРСР набула поширення практика прийняття підзаконних нормативно-правових актів, які фактично підміняли собою закони. Так, за даними історико-порівняльного дослідження законотворчої практики за період 1938 – 1989 рр. видно, що Верховна Рада УРСР прийняла порівняно мало законодавчих актів – 484, з яких 198 актів було прийнято у період реформування та масової кодифікації законодавства УРСР (період 1959 – 1966 рр.)¹⁶⁰. Це є недостатнім і свідчить про те, що радянська правова система була нерозвинутою у сфері організаційного та процедурного забезпечення. Для радянської правової системи також було характерним прийняття підзаконних актів, у яких визначався порядок застосування законів. Органи влади не виконували закону до тих пір, поки не приймалися такого роду підзаконні акти. Фактично, закон виконувався із додержанням суворо іє-

¹⁶⁰ Український парламентаризм: минуле і сучасне / За ред. Ю.С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 188.

рархічного принципу доведення команд від вищестоящих органів до нижчестоящих органів влади. Такий механізм призводив до правової інфляції та породжував сприятливі умови для свавільного застосування законів. Зрозуміло, що такий стереотип складно подолати. Аналіз багатьох законів, прийнятих в часи незалежності України, свідчить, що вони носять декларативний характер і їх застосування не забезпечується організаційно і процедурно. Від цього страждає повнота законодавчого регулювання і ефективність парламенту як органу законодавчої влади.

2) *Організаційна та процедурна забезпеченість виконання закону.* Закон повинен відповідати принципів мінімальної достатності правового регулювання, тобто чітко визначати мінімально необхідні правові засоби втілення його в життя. Серед таких правових засобів організаційного характеру можна виділити спеціалізовані органи публічної влади, їх кадрове, організаційне та фінансове забезпечення, визначення правового статусу відповідальних посадових осіб, предмет відання, повноваження та відповідальність. До правових засобів процедурно-процесуального характеру можна віднести: порядок звернення до органу влади; забезпечення режиму довірливого спілкування між особами, що наділені публічними функціями і повноваженнями, та приватними особами; транспарентність порядку ведення провадження, зокрема, підготовки та розгляду органами публічної влади матеріалів справи; процесуальні гарантії оскарження рішення органу влади; гарантії виконання рішення за результатами розгляду справи та юридична відповідальність за невиконання постановленого рішення.

3) *Фінансова та ресурсна обґрунтованість закону.* Прийнятий закон не може мати програмний, декларативний характер, викликати надмірні соціальні очікування у населення. Закон є практичним керівництвом до дій для кола осіб, яких стосується правове регулювання. Згідно з принципом відповідального парламентського правління, Верховна Рада при прийнятті законів зобов'язана передбачати можливі наслідки його застосування, зокрема можливі асигнування з державного бюджету та вжиття заходів організаційного, кадрового чи процедурного характеру. Гарантією цього всього є те, що в ході підготовки та розгляду законопроектів у Верховній Раді необхідне їх фінансово-економічне обґрунтування.

4) *Закон як сукупність правил загального характеру.* Закон регулює правила поведінки, шляхом встановлення певних рамок. Рамки по-

ведінки можуть визначатися по-різному: у негативний спосіб, за допомогою якого визначаються межі правомірної поведінки, не додержання яких тягне за собою юридичну відповідальність; у позитивний спосіб – шляхом визначення можливих типових варіантів поведінки, перелік яких не має бути надмірно казуальним. Закон за своїм змістом не може містити приписи, що носять конкретний характер, оскільки він втрачає ознаки нормативності. Закон має бути доволі гнучким, придатним до застосування у неоднозначних ситуаціях. Ця вимога також пов'язана із тим, що складно передбачити всі життєві випадки, в яких доведеться застосувати закон. У випадку виникнення ситуації, яка прямо не впливає із закону, така невизначеність може бути подолана шляхом тлумачення судом на основі аналогії. З цього приводу Європейський Суд з прав людини сформулював таку правову позицію¹⁶¹:

«На думку Суду, із виразу «передбачено законом» впливають наступні дві вимоги. По-перше, право повинно мати відповідну обставинам можливість орієнтуватися у тому, які правові норми застосовуються до цього випадку. По-друге, норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована із достатнім ступенем точності, що дозволяє громадянину співвідносити свою поведінку: він повинен мати можливість – користуючись при необхідності порадами – передбачати, у розумному по відношенню до обставин ступені, наслідки, які може потягнути за собою така дія. Ці наслідки необов'язково передбачати з абсолютною впевненістю: досвід показує, що це недосяжно. Більш того, хоча визначеність вельми бажана, вона може супроводжуватися рисами скам'янілості, тоді як право повинно володіти здатністю йти в ногу із обставинами, що змінюються. Відповідно, багато законів неухильно користуються термінами, які у більшому або меншому ступені розпливчасті: їх тлумачення і застосування – завдання практики».

5) *Чіткість і однозначність змісту положень закону.* Ця вимога має важливе значення для однакового і правильного застосування закону. Чіткість викладу положень закону дає змогу належним чином довести його цілі і зміст до адресатів, зобов'язаних його застосовувати і додержуватись. Важливим є чітке закріплення повноважень органів публічної влади, визначення правових засобів реалізації цих повноважень.

¹⁶¹ Рішення ЄСПЛ у справі Санді Таймс проти Сполученого Королівства // Європейський Суд по правах человека: Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – М., 2001. – С. 201 – 202.

Особливості рамкових законів. Конституція визначає коло питань, за якими Верховна Рада уповноважена лише визначати «основи» та «засади» правового регулювання (пункти 5, 6, 8 – 12, 15, 17, 22 частини першої статті 92). З цього кола питань Верховна Рада не може встановлювати детальні правила, а лише правові принципи. Таким чином, Конституція визнає, що з цих питань Верховна Рада визначає основні принципи правового регулювання. Це закони, які у зарубіжній літературі прийнято називати рамковими або законами-рамками. Юриспруденція Конституційного Суду¹⁶² не дає остаточної відповіді про співвідношення між рамковими законами та актами уряду. Дискусійним це питання є і в зарубіжній практиці.

Конституційна рада Франції вважає, що закон, який включає положення, що відносяться до регламентарної сфери, не завжди може бути неконституційним. Звідси, якщо парламентська більшість приймає будь-який акт у відповідності до законодавчої процедури, то він стає законом незалежно від ділянки, яку він регулює, і не можна примусити оголосити його неконституційним на тій підставі, що він вторгся у сферу регламентарної влади¹⁶³.

Делегування законодавчих повноважень. Поняття повноти законодавчого регулювання тісно пов'язане із розмежуванням формального і матеріального закону. Ще в 1901 р. Л. Дюгі писав:

«З формального погляду законом буде всяке визначення, що виходить від органу, який у цій країні розглядається як безпосередній виразник суверенної волі колективності, що утворює основу держави... З матеріального погляду законом буде всякий акт, який за своєю сутністю є законом, незалежно від держаного органу, що його створив»¹⁶⁴.

Таке розмежування зумовлює делегування законодавчих повноважень. Делегування законодавчих повноважень сьогодні зумовлено такими причинами: парламент не може оперативно реагувати на необхідність правового регулювання нових сфер суспільного життя шляхом прийняття закону; законодавча процедура є занадто громіздкою; уряд може підготувати більш якісний нормативний акт, оскільки він володіє достатніми для цього ресурсами і можливостями тощо. Можливі кілька форм делегування законодавчих повноважень: а) де-

¹⁶² Рішення КСУ № 2-рп/99 від 02.03.1999 р. та № 2-рп/2000 від 10.02.2000 р.

¹⁶³ Ж.-П. Жакке. Конституционное право и политические институты. – С. 332.

¹⁶⁴ Дюги Л. Конституционное право.– С. 201.

легування главі держави, що є малопоширеною практикою у зарубіжних країнах; б) прийняття законів-декретів комітетами (комісіями) парламенту; прийняття урядом декретів, ордонансів тощо.

Сьогодні практика делегування законодавчих повноважень набуває все більшого поширення, а в деяких зарубіжних країнах досить детально регулюється у конституціях (Іспанія, Польща, Франція, Хорватія). При делегуванні законодавчих повноважень парламент визначає: об'єм, строки делегування, засоби і способи його реалізації, звітування і форми контролю за здійсненням делегованих повноважень. У випадку, якщо прийнято акт делегованого законодавства, вважається, що строк делегації припинився. Надалі зміни у такі акти вносяться вже законами, які приймає парламент.

3.4. Конституційні цінності та інституційний дизайн Основного Закону

Взаємозв'язок між конституційними цінностями та соціальними і політичними інститутами виражає систему конституційного правління, яке передбачає здійснення управління суспільними справами відповідно до засад і приписів конституції. У цій частині роботи піде мова про інституційні компоненти, які приводять у чинність конституційні цінності – універсалії. Інституційний дизайн визначає основні інструменти забезпечення конституційних цінностей шляхом демократичних процедур формування і контролю над владою, визначення і вирішення завдань публічного значення, забезпечення легітимності публічної влади як мережі зворотних зв'язків між урядом та народом на засадах верховенства права та компетентності управління публічними справами, оптимальних моделей реалізації народного суверенітету.

Демократія. Конституція України закріплює принцип демократії як засаду організації державної влади (стаття 1), так і складову народного суверенітету (стаття 5). Таке конституційне регулювання принципу демократії визначає основи інституційного дизайну легітимації влади – влада народу оформлюється у вигляді участі громадян у управлінні публічними справами (стаття 38), шляхом участі у виборах, референдумі та інших формах безпосередньої демократії, гарантією чого є демократична конституційна держава. Зміст демократії не можна трактувати абстрактно, його необхідно пов'язувати із конкретним станом суспільства, притаманними йому структурою та взаємозв'язками,

конкретною історичною обстановкою. За таких умов формується система конституційного правління, заснованої на волі народу.

Демократія передбачає, що у суспільстві забезпечується баланс інтересів більшості і меншості, інтереси меншості конкретизуються у гарантіях права людини. Баланс інтересів більшості і меншості впливає із принципу рівності. Люди володіють однаковою здатністю до самовизначення або до раціональних дій чи планування власного життя¹⁶⁵. Відповідно встановлюються демократичні процедури формування органів публічної влади та громадського контролю за здійсненням.

На думку В. Погорілка, Конституція України традиційно поділяє демократію на безпосередню та представницьку¹⁶⁶. У юридичному сенсі влада народу виявляється насамперед у тому, що установча влада українського народу є первинною щодо всіх органів державної влади, які похідні від народного суверенітету¹⁶⁷. М. Ставнійчук вважає, що вищими формами безпосереднього здійснення народом влади визначено вибори та референдуми¹⁶⁸. О. Скрипнюк трактує демократію, як конституційну цінність, яку складають «демократичні політичні інститути, заснованих на вільних ринкових відносинах економічний лад, демократичне суспільство та демократичне суспільство»¹⁶⁹. Таке широке розуміння демократії як цінності, що легітиміє економічний, суспільний та політичний лад, є новим у вітчизняній конституційній парадигмі.

Згідно із метою цієї роботи демократія розглядається як передумова легітимності конституційного правління. Відповідно до цього сутністю змісту демократії є баланс інтересів більшості та меншості, законодавче забезпечення правових процедур прийняття політичних рішень. Свій вираз демократія знаходить у політичному та ідеологічному плюралізмі, парламентаризмі, місцевому самоврядуванні, участі громадян в управлінні публічними справами (партиципації), закріпленні основних прав і свобод індивіда, проведенні регулярних і вільних виборів, референдумів та інших демократичних інститутах

¹⁶⁵ Визначення і вимірювання демократії / За ред. Д. Бітема. – Львів, 2005. – С. 17-18.

¹⁶⁶ Там само. – С. 7.

¹⁶⁷ Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина: Учеб. пособие. – Х., 1998. – С. 99-100.

¹⁶⁸ Конституційне право України / За ред. В.Ф. Погорілка. 2-ге доопр. вид. – К.: Наукова думка, 2000. – С. 287.

¹⁶⁹ Скрипнюк О.В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика). – К.: Логос, 2006. – С. 244.

і процедурах¹⁷⁰. Як справедливо наголошується, належність влади народові, її здійснення та захист, охорона влади народом є, за Конституцією України, основними елементами демократії, але вони, звичайно, не вичерпують її змісту та форм¹⁷¹.

Необхідно зазначити, що сьогодні у механізмі демократії, зокрема, у демократичних процедурах відіграють важливу роль політичні партії. У цьому контексті конституційне закріплення права громадян на об'єднання у політичні партії (статті 36, 37 Основного Закону) забезпечує гарантії реалізації та захисту деяких основних прав індивіда, однак не визначає місця і ролі політичних партій у механізмі демократії, політичному і державному житті. У німецькій доктрині взагалі розглядається як окрема конституційна засада принцип партійної демократії як складову федерального устрою¹⁷².

Конституційний Суд України визнав, що політичні партії у своїй діяльності повинні переслідувати виключно конституційні цілі. На таких засадах є виправданим обмеження певних видів політичної активності та встановлення на рівні поточного законодавства вимог до політичних партій¹⁷³. За сучасної моделі організації публічної влади роль політичних партій зростає, оскільки вони забезпечують структурування парламенту, відіграють визначальну роль в інвеститурі уряду, забезпечують зворотні зв'язки між владою та виборцями. Забезпечення ефективності і дієвості влади, що є основою сучасного розуміння державного суверенітету, багато в чому залежить від консолідуючої ролі партій за допомогою вільного обміну політичних думок про передбачувані наслідки владних рішень.

Сьогодні при визначенні демократії спираються на принцип мажоритарності. Процес управління, тобто прийняття рішень за волею більшості, у країнах Західної Європи набув розвитку у відповідній доктрині правління більшості¹⁷⁴. Французькі вчені в обґрунтування цієї концепції

¹⁷⁰ Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. – М.: Зерцало, 1998. – С. 160.

¹⁷¹ Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. – К.: ІДП НАНУ, 2001. – С. 6.

¹⁷² Государственное право Германии / Пер. с нем. В 2-х т. – Т.1. – М.: ИГП РАН, 1994; Deutsches Staatsrecht. Zippelius/Wuertenberg. – S. 84 – 93.

¹⁷³ Рішення КСУ № 9-рп/2007 від 16.10.2007 р.

¹⁷⁴ Конституционное право: Учебник / Отв. ред. В.В. Лазарев. – М.: Юристъ, 1999. – С. 228.

зазначають, що коли виникає необхідність прийняти рішення, то лише число голосів може служити належним критерієм при здійсненні вибору між різними думками¹⁷⁵. Тому важливим компонентом демократичного устрою є плюралізм думок. Водночас плюралізм забезпечує виявлення різноманітних думок щодо суспільно значущих питань та вирішення цих проблем відповідного до результатів вільного демократичного дискурсу.

На думку німецького вченого К. Гессе, принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного ладу. Він дає таке його визначення: це «такий державно-правовий спосіб правління, який, виключаючи будь-яке насилля і сваволю, заснований на самовизначенні народу по волевиявленню більшості, на свободі і рівноправності». Демократія тлумачиться К. Гессе як не абстрактна доктрина, а конкретний устрій історичної реальності. Демократія не може виходити із одностайної волі народу як передумови самоврядування і виходить тільки з реальної основи: розмежування і протилежності думок, інтересів, волевиявлень і домагань і при цьому існування конфліктів всередині народу¹⁷⁶.

На думку Ф. Бенетона, ліберальна демократія будується на основі свободи кожного, тому вона передбачає рівний доступ кожного до процесу управління, чому найкраще відповідає мажоритарний принцип. Обмеженість політичного правління зумовлене попередженням політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії¹⁷⁷.

Відповідно до цього політична система постійно адаптується до нових соціальних цілей та створює нові інститути, що забезпечують канали зворотних зв'язків між урядом та населенням. У складно стратифікованому (політичному) суспільстві існують різні форми вирішення суперечностей – модернізація, трансформація, модифікація¹⁷⁸ Таким чином, справедливим вбачається підхід німецького конституціоналіста К. Гессе, за яким у сучасних умовах принцип мажоритарності в структурі демократичного устрою зумовлений підпорядкуванням політичного процесу праву (режи-

¹⁷⁵ Демишель А., Демишель Ф., Пикемаль М. Институты и власть во Франции. – М., 1977. – С. 11.

¹⁷⁶ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М.: Прогресс, 1981. – С. 72.

¹⁷⁷ Бенетон Ф. Введение в политическую науку / Пер. с фр. – М.: Весь мир, 2002. – С. 312-324.

¹⁷⁸ Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність / За заг. ред. М.І. Панова, Л.М. Герасіної. – К.: Ін Юре, 2005. – С. 262-277.

му конституційності), тобто цілям «раціоналізації політичного процесу», який здійснюється за чіткими, твердими і передбачуваними правилами¹⁷⁹.

Демократичний вимір функціонування конституційної держави¹⁸⁰ забезпечується через мережу політичних партій парламентського типу, які сприяють формуванню і вираженню політичної волі народу. Така політична воля є результатом досягнення суспільного консенсусу між цими інституціями. Для демократичного дискурсу партій важливим є мінімізація становлення та поширення політичних течій популістського та радикального забарвлення. Відкритий демократичний дискурс між партіями передбачає межі суспільного консенсусу – права меншості. Таким чином, концепт народного суверенітету, який базується на ідеях, в основі яких лежить думка більшості, вступає у суперечливий конфлікт із правами людини.

Отже існує необхідність інституційного обмеження проявів сваволі більшості, яке інколи ефемерно видається за прояв дійсного народного суверенітету як це було під час радянського режиму. Засобом такої верифікації служать конституційні гарантії прав людини й основоположних свобод – додержання процесуальних гарантій прав людини, доступ до справедливого і безстороннього правосуддя тощо. З іншого боку, існує небезпека зловживання правами шляхом використання правових процедур задля захисту інтересів популістських чи маргінальних політичних сил, посиляючись на принцип політичного та ідеологічного плюралізму. Такий стан речей може призвести до тимчасового паралічу інститутів демократії, яка не буде здатною захищатися.

Зазначені питання носять методологічний характер для з'ясування засобів конституційного дизайну при виборі певних моделей

¹⁷⁹ Хессе К. Там само.

¹⁸⁰ Про конституційну державу детальніше див.: Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004. – С.3-208; Кампо В.М. Чи є Україна конституційною державою? // День. – 1999. – 18 листопада. – С.4; Кампо В.М. Ідея конституційної держави // Суспільство і право: 2004-2006. Роздуми українського вченого-конституціоналіста. – К., 2007. – С.20-22; Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: проблеми формування та розвитку в Україні: Монографія / Автор. кол.: Вашук О.М., Мазурок І.О., Навроцький В.В., Савчин М.В. (керівник автор. кол.), Трачук П.А. – Ужгород, 2008. – 348 с.

виборчих систем¹⁸¹, структуризації політичної системи суспільства, забезпечення принципу конституційної держави (ефективного і справедливого врядування демократичної держави, зв'язаної правом, що надає доступні управлінські послуги населенню).

У 1937 р. у своєму есе німецький політолог-конституціоналіст К. Льовенштайн ввів поняття войовничої демократії¹⁸² (*militant democracy, wehrhafte/streitbare Demokratie*), яке пізніше склало ідеологічну основу Основного закону ФРН. При цьому концепція войовничої демократії цілком узгоджується з іншою інституційною засадою – принципом партійної держави, яка визнається як фундаментальна конституційна цінність¹⁸³.

У сучасному розумінні концепція войовничої демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із демократією¹⁸⁴ та в якості превентивного засобу проти тероризму. На думку К. Льовенштайна не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше. На його думку, відвертий популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму. З цього аналізу А. Шайо виводить такі структурні елементи войовничої демократії: розпуск політичних партій; конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед, належна правова процедура; конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій (об'єднань), зібрань, вираження поглядів; лояльність державних службовців¹⁸⁵.

На думку німецького компаративіста-конституціоналіста Г. Франкенберга¹⁸⁶, який бере за основу концептуальні положення дослідження

¹⁸¹ Див.: Савчин М. Політичні партії та виборчі системи: спроби конституційної інженерії у контексті сучасного конституціоналізму // Вісник Центральної виборчої комісії України. – 2008. – № 3 (13). – С. 62 – 75.

¹⁸² Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights // American Political Science Revue. – 1937. – Vol. 31. – P. 417, 618.

¹⁸³ Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 31.

¹⁸⁴ Шайо А. Самозащита конституционного государства // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2004. - № 3. – С. 4; Sajo A(ed.). Militant Democracy. Utrecht: Eleven International, 2004.

¹⁸⁵ Шайо А. Самозащита конституционного государства... – С. 5-9.

¹⁸⁶ Франкенберг Г. Обучающийся суверен // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2004. - № 3. – С. 20-25.

П. Нізена та інших авторів¹⁸⁷, цю проблему треба розглядати з іншого ракурсу. Напругу між народним суверенітетом та правами людини у системі демократії необхідно долати через призму концепцій антиекстремізму, негативного республіканізму, моральності громадянського суспільства.

Концепція антиекстремізму найбільш пов'язана із ідеями толерантності, яку як принцип у вітчизняній теорії ліберально-демократичного конституціоналізму, на нашу думку, є засадничим принципом конституційної держави. Дана концепція передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед судового конституційного контролю.

Прикладом, цього є практика Федерального конституційного суду Німеччини визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках ФКС було проаналізовано цілі марксистсько-ленінської ідеології та на близько 180 – цілі саме КПН, які несумісні із цінностями Боннського Основного закону) по суті визнав її такою, що суперечить демократичним цінностям і прирівняв її до теорії і практики нацизму за цілями і методами політичної боротьби за владу: «позиція Основного закону щодо політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби з цією тоталітарною [нацистською – М.С.] системою»¹⁸⁸. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначають рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Негативний республіканізм передбачає формування таких рамок врядування та політичної практики, яка б звузила можливості зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я. У контексті дискурсу вітчизняного пострадянського конституціоналізму демократичне врядування інколи розглядається як система із розмитими соціальними

¹⁸⁷ Niesen P. Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality: Three Paradigms for Reflecting Past Injustice in Germany and Italy. Ed. by S. Avineri & Z. Sternhell (eds), *Europe's Century of Discontent: The Legacies of Fascism, Nazism and Communism*, Jerusalem: Magnes Press, 2003, pp. 249-268; Meier H. *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretationen und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden, 1993; Guenther K. *The Legacies on Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture // The EU and Human Rights / Ed. by P. Alston*. Oxford, 1999.

¹⁸⁸ BVerfGE 5, 85/138.

цінностями¹⁸⁹. Однак це не має ніякого відношення до демократії, оскільки така політична практика межує на грані олігархії та охлократії. По суті концепція негативного республіканізму передбачає конституційну заборону функціонування партійних структур тоталітарного характеру та правові механізми боротьби із зловживанням правом. Також із неї випливає необхідність визначення прозорого механізму фінансування партій, насамперед шляхом їх періодичної звітності щодо джерел фінансування та їх витрат, заборони фінансування партій за рахунок анонімних пожертвувачів чи наявності джерел фінансування із-за кордону.

По суті конституційна держава має поєднувати ліберальний підхід із посиленням засобів конституційного контролю, захищаючи конституційні цінності шляхом моніторингу відповідної політичної практики партій та адекватно реагуючи на виклики і загрози конституційному порядку. Звідси демократична вимога щодо визначення допустимих меж методів і засобів політичної діяльності партій. Зокрема, на цій методологічній основі були побудовані відомі рішення Європейського Суду з прав людини у справах *Refah*¹⁹⁰ та *Socialistic Party and others*¹⁹¹.

¹⁸⁹ Зокрема цей дискурс розкриває демократію, якій нібито притаманні широка кулуарна практика формування партійних структур, авторитаризм партійної організації (як правило, з харизматичним типом політичного лідерства), непотизм, відверте заграванням із виборцями як з бездумним натовпом, що по суті є ніщо іншим як проекцією на демократичні інституції традиційних ідеологем та соціальних зв'язків корупційного характеру. Такий політико-правовий дискурс є редукцією, оскільки він суперечить навіть ідеям, сформульованим ще Аристотелем, за яким передумовою демократії є участь в процесі вироблення владних рішень громадян з належним рівнем освіченості, практичних навичок участі у суспільному житті та рівня компетентності. Такий дискурс дає змогу робити висновок окремим дослідникам, що пострадянським країнам, у тому числі Україні, притаманний режим делегативної демократії із надмірною персоналізацією президентської влади та кулуарними процедурами прийняття владних рішень (Див.: Саква Р. Сравнительный анализ политических режимов стран постсоветской Евразии // СКО. – 2006. - № 4 (57). – С. 117 – 127; O'Donnell. Delegative Democracy // Journal of Democracy. – 1994 – No 1. – P. 55 – 69.).

¹⁹⁰ Case of *Refah Partisi, Erbakan, Kazan and Tekdal v. Turkey* (nos. 41340/98 and 41342-4/98). Режим доступу: <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2001/July/RefahPartisi2001jude.htm>

¹⁹¹ Case of *Socialistic Party and others v. Turkey* (no 20/1997/804/1007). Режим доступу: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/>

У практиці Конституційного Суду України доводилося вирішувати питання про конституційність діяльності Комуністичної партії¹⁹². Після спроби путчу ГКЧП в Москві протягом 19-21 серпня 1991 р. в якості реакції на ці події та з метою розслідування обставин причетності до них діяльність КПУ була тимчасово зупинена згідно з Указом Президії Верховної Ради від 26 серпня 1991 р.

Конституційний Суд не зробив дослідження ідеологічних та організаційних засад діяльності КПУ, оскільки, на думку Суду, це не було предметом звернення. Керуючись доктриною відмови від дослідження фактичних обставин справи¹⁹³, Суд визнав в якості преюдиціального факту правову позицію прокуратури, яка не вбачала «кримінальних звинувачень керівництва Компартії України у підтримці своїми діями державного перевороту 19-21 серпня 1991 р. і сприянні тим самим його здійсненню на території України»¹⁹⁴. Пов'язавши питання конституційності припинення діяльності КПУ із проблемою

le_europeo/socialist%20party%20and%20others%20v.%20turkey%20(corte%20europea).htm

¹⁹² Див.: Рішення КСУ № 20-рп/2001 від 27.12.2001 р.

¹⁹³ Див. критику такого підходу органів конституційної юрисдикції у праці німецького конституціоналіста Г. Штайнбергера (Див.: Штайнбергер Г. Модели конституционной юрисдикции. – Страсбург: Совет Европы, 1993. – 42 с.) Оскільки основним завданням конституційних судів є забезпечення тлумачення конституцій, то це завдання складно виконати без вивчення фактичних обставин справи. Відмова від досліджень фактичних обставин справи та пов'язаність із правилами преюдиціальності знижує авторитет конституційного правосуддя, знижує рівень обґрунтованості (і навіть, легітимності) рішень конституційної юстиції, оскільки суди загальної юрисдикції не спеціалізуються з питань конституційного права, які часто носять складний філософсько-правовий, теоретично-правовий характер і пов'язані із соціологією, етнологією, політологією та іншими соціальними науками.

¹⁹⁴ На цю методологічну помилку вказував у своїй окремій думці до рішення КСУ № 20-рп/2001 від 27.12.2001 р. суддя Конституційного Суду В.Є Скомороха. Зокрема, він розлого аргументує свою позицію тим, що Конституційному Суду слід було аналізувати відповідні укази Президії Верховної Ради не на предмет конфлікту компетенцій (оскільки у цій частині Конституція 1996 р. не володіє зворотною силою), а саме за змістом діяльності Компартії. Дуже істотне його зауваження стосується того, що загрожує конституційному ладу України залежність будь-якої партії від зарубіжних структур, «її прагнення підпорядкування України волі іншої держави» (абз. 8 п. 5 окремої думки).

причетності цієї партії до путчу ГКЧП 19-21 серпня 1991 р., Конституційний Суд України ухилився від дослідження питання сумісності комуністичної ідеології та організації Компартії засадам конституційного ладу України. Однак це є важливим із міркувань інтересів національної безпеки, громадського миру, толерантності, державного суверенітету, територіальної цілісності, прав і свобод людини, поваги до прав національних меншин як цінностей конституційного ладу України.

Сьогодні Конституційний Суд розвинув свою правову позицію щодо критеріїв легітимності цілей та діяльності політичних партій. Орган конституційної юрисдикції вважає цілком легітимним із міркувань суспільної необхідності у демократичному суспільстві можливість обмеження свободи політичної діяльності партій, виходячи із конституційних критеріїв (статті 36, 37 Основного Закону) та керуючись принципами пропорційності, допустимості обмежень, збереження сутнісного (основоположного) змісту прав і людини¹⁹⁵. Оскільки відповідність діяльності політичних партій конституційним цілям, цінностям і принципам є важливою засадою конституційного ладу України, то функції щодо визначення конституційності партій та їх окремих територіальних структур мав би вирішувати Конституційний Суд України. Засобів адміністративної юстиції для цього недостатньо, оскільки ці питання носять комплексний, як правовий, так і соціологічний, етнологічний, політологічний характер тощо.

При цьому слід зазначити, що не завжди суб'єкти політичного процесу спрямовують свою діяльність на досягнення загального блага шляхом компромісу між собою і досягнення консенсусу з принципових владних рішень¹⁹⁶. Конституційна заборона партіям викорис-

¹⁹⁵ Див.: Рішення КСУ № 2-рп/2007 від 12.06.2007 р. у справі про утворення політичних партій в Україні. Зважаючи на складну суспільно-політичну обстановку, при якій Конституційний Суд України приймав це рішення, я вважаю, що це рішення поклало початок серії рішень вітчизняного органу конституційної юстиції, яке дозволило поступово відновити авторитет конституційного судочинства в Україні.

¹⁹⁶ На думку вітчизняного конституціоналіста В. Кампа, досить часто у діяльності політичних партій правові аспекти витісняються традиційними та авторитарними елементами, на що впливає колоніальна і тоталітарна спадщина розвитку політичної системи України. Див.: Кампо В. М. Право і політична культура на виборах 2002 року: спроба концептуального аналізу

товувати неправові способи здобуття та здійснення політичної влади спрямована на формування поваги до конституційних цінностей, які лежать в основі демократичного правового порядку: права людини та її гідність, повага до прав національних менших та інших соціальних спільнот, толерантність, плюралізм тощо. Така концепція отримала у філософії права назву конституційного патріотизму¹⁹⁷. Засновником цієї концепції є відомий німецький філософ, теоретик комунікативної (деліберативної) демократії Ю. Габермас¹⁹⁸, а також німецький політолог Д. Штернбергер¹⁹⁹. Концепт конституційного патріотизму є відповіддю дискурсу, що відображає сучасну кризу традиційної концепції народного суверенітету²⁰⁰, що пов'язано із інтеграційними процесами та тенденцією делегування суверенних повноважень держави супранціональній владі (*Supranational Power*), яка насамперед сьогодні ототожнюється із Європейським Союзом.

Тому необхідно виходити із того методологічного посилання, що в умовах модерну саме на політичних партіях лежить основна функція по забезпеченню нормального ходу формування та легітимації органів публічної влади, здійснення контролю над владою та забезпечення механізму її підзвітності й підконтрольності народу. Конституційному

// Вибори і референдуми в Україні: законодавче забезпечення, проблеми реалізації та шляхи вдосконалення. Зб. матеріалів міжн. наук.-практ. конференції. Київ, 13-15 листопада 2002 року (доповіді, виступи, рекомендації). – К.: Нора-друк, 2003. – С. 397 – 409.

¹⁹⁷ Mueller J.-W. Constitutional Patriotism. Princeton and Oxford: Princeton University Press; Mueller J.-W. On the Origins of the Constitutional Patriotism // Contemporary Political Theory, 2006. – № 6. – P. 278-296.

¹⁹⁸ Габермас Ю. Що таке деліберативна політика? // Залучення іншого: Студії з політичної теорії / Пер. з нім. А. Дахній; наук. ред. Б. Поляруш. – Львів: Астролябія, 2006. – С. 337 – 371; Habermas J. Faktizität und Geltung, Frankfurt aM: Suhrkamp, 1992; Habermas J. Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden? In: Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, Frankfurt aM: Suhrkamp, 1976. – P. 92-126.

¹⁹⁹ Sternberger D. Verfassungspatriotismus // Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1979, 23th May.

²⁰⁰ На питання конституційного патріотизму також існує скептична точка зору, оскільки це перешкоджає становленню колективної самосвідомості європейців як громадян ЄС. Див.: Hanschmann. Comment on Mueller: A negative version of constitutional patriotism at the European level? // Режим доступу: http://www.arena.uio.no/cidel/Reports/Report106/16_Hanschmann.pdf.

регулюванню статусу політичних партій не вистачає визначення критеріїв демократичності партій: колегіальності вищих партійних органів, недопустимість функціонування організаційних структур авторитарного й тоталітарного типу, заборона формування організаційних структур за місцем роботи членів партії, наявність внутрішньопартійного арбітражу, прозорість механізму публічного звітування про джерела і напрямки фінансування політичних партій, обмеження щодо максимального розміру фінансування з боку одного фінансового донора. Невирішеність цих питань переміщує ведення виборчих кампаній у бік із фінансовими зловживаннями, диктаті керівництва партій у висуванні кандидатів на представницькі мандати, вироблення тактики і стратегії політичної боротьби переважно авторитарного змісту, що в кінцевому результаті призводить до викривлення політичної волі народу та його представництва в органах публічної влади.

Конституційні цінності та легітимність публічної влади. Легітимність влади ґрунтується на демократичних засадах і виражає довіру до її інститутів та здатність влади впроваджувати свої рішення в життя ефективно. Згідно з М. Вебером у процесі історичного розвитку склалися три типи влади, а саме харизматична, традиційна та легітимна²⁰¹. Зрозуміло, що такі типи легітимації влади не існують у чистому вигляді, а в залежності від особливостей певного суспільства спостерігається поєднання їх елементів. Тому природа влади у будь-якому суспільстві зумовлена її легітимністю, правонаступністю та загальною цінністю влади і права у суспільстві, про що також відзначається і в філософії права²⁰².

До питання легітимності публічної влади можна підходити найменш з таких критеріїв: а) співвідношення континуїтету і дисконтинуїтету; б) взаємного визнання прав і обов'язків та соціального дискурсу щодо засобів їх забезпечення; в) способів виявлення і забезпечення балансу інтересів у соціальних паттернах; г) забезпечення балансу у механізмі розподілу владних повноважень по горизонталі і вертикалі; г) конституційних засобів впровадження компетентних владних рішень.

У конституційному праві питання легітимності завжди пов'язано зі специфікою розуміння та дії принципу верховенства права.

²⁰¹ Вебер М. Политика как профессия // Избранные произведения: Пер. с нем.; сост., общ. ред. и послесл. Ю.Н. Давыдова; предисл. П.П. Гайденко; коммент. А.Ф. Филиппова. – М.: Прогресс, 1990.

²⁰² Тихонравов Ю.В. Основы философии права. – М., 1997. – С. 301.

Саме конституційне право найбільш ефективно дає змогу вирішити проблему континуїтету/дисконтинуїтету та формування системи соціальних цінностей, на основі чого формується національна правова система та функціонує система органів публічної влади. За таких умов визнається, що при наявності конституції не може прийматися нова конституція, а лише внесення змін до неї або перегляд²⁰³. Інакше такі дії можна розглядати як революцію, переворот чи узурпацію влади.

За таких умов сьогодні все більшої ваги набуває концепція консолідованої демократії як необхідної умови легітимності влади. Ця концепція заснована на механізмах досягнення суспільного консен-

²⁰³ Проблема континуїтету у взаємозв'язку із легітимністю влади у вітчизняній конституційній доктрині сьогодні цілком не з'ясована. Це було предметом дослідження у другому розділі нашої роботи. За цими положеннями континуїтет полягає у забезпеченні тягlosti та відтворенні легітимних інституцій та процедур у діяльності органів публічної влади. Див. також з цього питання: Constitutionalism: Philosophical Foundation. Ed. by A. Larry. – New York: Cambridge University Press, 1998. – P. 194 – 234. (319 p.). Д. Като визначає три моделі континуїтету у конституційному праві у взаємозв'язку із проблемою легітимності: матеріальну (Materialist Conception), процедурну (Proceduralist Conception) та концепцію зв'язку із конкретними обставинами (Contingent Conception). (Див.: Kato, D. 3 Models of Constitutional Continuity: Examining the Notion of Constitutional Continuity via Six Different Historiographies of the Reconstruction Era: Paper presented at the annual meeting of The Midwest Political Science Association, Palmer House Hilton, Chicago, Illinois, Apr 07, 2009. Режим доступу: http://www.allacademic.com/meta/p86466_index.html). Натомість у німецькій, чеській, польській конституційній доктрині визнається (див.: Deutsche Staatsrecht. Zippelius/Wuertenberg. – S. 42 – 52; Klima, K a kol. Encyklopedia ustavnihoprava. – Praha: ASPI, a.s., 2007. – S. 673 – 675, 683 – 684, 686 – 689; Winczorek P. Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej. – Warszawa: Liber, 2003. – S. 100 – 103), що основою легітимності конституційного порядку є забезпечення конформного розвитку конституційних положень на трьох рівнях: вищому – шляхом внесення відповідних змін до конституції; юрисдикційному – шляхом конформного тлумачення конституційних норм; ординарному – розвитку конституційних положень у поточному законодавстві. Таку ж позицію займає Конституційний Суд України та його Голова А. Стрижак. Див.: Голова КСУ: чинна Конституція України за умови її виконання спроможна забезпечити стабільність у державі. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/64567>; А.Стрижак: Без політичного консенсусу зміни до Конституції неможливі. Режим доступу: http://www.rbc.ua/ukr/interview/show/a_strizhak_bez_politicheskogo_konsensusa_izmeneniya_v_konstitutsii_nevozmozhny_1255684094.

сусу, який не можна розглядати лише через призму конвенційного підходу.

Немає сумніву, що у сфері приватного права договірний механізм служить основним засобом установаження правових зв'язків між контрагентами, за допомогою якого забезпечується урівноваження їх волі. Однак у публічному праві ідея конвенціоналізму як основи правовідносин уявляється сумнівною. Поширене в останній час у досить широких колах вітчизняних вчених уявлення про конституцію як різновид суспільного договору, що відображає певний баланс політичних сил у суспільстві, не є бездоганим. Ідея конвенціоналізму у конституційному праві є досить поширеною ілюзією в зв'язку із специфікою конституції як основного закону держави і суспільства. З формальної сторони це проявляється двояко: щодо визнання повноважень діє позитивістська максима, що вони повинні визначатися законом, який також визначає чіткі межі дискреції (свободи розсуду органу публічної влади); щодо домагань приватних осіб необхідно визначити межі їх прав і обов'язків, а також способів і засобів їх забезпечення. У матеріальному розумінні необхідною умовою цього є демократична конституційна держава²⁰⁴, яка має спиратися на належну ринкову інфраструктуру²⁰⁵ або має принаймні забезпечити проведення компетентних ринкових реформ у перехідних суспільствах²⁰⁶.

Однак цьому процесові 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 розумних і раціональних рішень, що дає

²⁰⁴ Скрипнюк О. Демократія. Україна та світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика). – К.: Логос, 2006. – С. 184 – 197, 242 – 272; Тур М.Г. Некласичні моделі легітимності соціальних інститутів: Монографія. – К.: ПАРА-ПАН, 2006. – С. 177 – 182.

²⁰⁵ Цветков В.В., Кресіна І.О., Коваленко А.А. Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти: Монографія. – К.: Видавничий дім Ін Юре, 2003. – С. 17 – 109; Фукуяма Ф. Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке. – М.: АСТ, 2006. – С. 81 – 156.

²⁰⁶ Норгаард О. Економічні інституції та демократична реформа. Порівняльний аналіз посткомуністичних країн / Пер. з англ. М. Козуба, А. Галушки. – К.: Ніка-Центр, 2007. – 424 с.; Фукуяма Ф. Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке. – М.: АСТ, 2006. – С. 81 – 156.

змогу забезпечити процес прийняття розсудливих управлінських рішень, які не можуть мати виключно утилітарний характер, а повинні задовольняти вимогам середньої корисності²⁰⁷.

Згідно з концепцією деліберативної демократії Ю. 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 передує суто нормативному прочитанню процесу влади: норми є лише наслідком такого дискурсу²⁰⁸. По суті Ю. Габермас наголошує на процедурному забезпеченні демократії, якому може сприяти і позитивне право, однак він обходить зачароване коло проблем, яке хвилює сьогоденній конституційний дискурс в Україні: стан процедурної демократії – виборче і референдне право – установчий процес. Подібних висновків досягає Р. Даль, однак він наголошує на гарантіях демократичного процесу як процесу ухвалення владних рішень, які забезпечують баланс інтересів у неоднорідному суспільстві²⁰⁹.

Однак цього недостатньо, оскільки не можна прослідкувати, яким чином визнання та виконання таких владних рішень спирається на реальну підтримку громадян. Тому сьогодні актуальними є концепції демократичної легітимності прав людини та 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 легітимації у конкретно визначеному суспільстві; однак без визнання прав людини процес легітимації імпліцитно відсутній, оскільки лише у демократичному устрої сьогодні можливо забезпечити гідність людини та приватну автономію²¹⁰.

²⁰⁷ Ролз Дж. Теорія справедливості. – К.: Основи, 2001. – С. 190 – 265, 460 – 534. Також моральні засади взаємозв'язку прав і обов'язків як правил визнання поділяє англійський конституціоналіст Т.Р.С. Аллан. Див.: Аллан ТРС. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. – К.: Видавничий дім Києво-Могилянська Академія, 2008. – С. 76 – 108.

²⁰⁸ Габермас Ю. Залучення іншого: Студії з політичної теорії / Пер. з нім. – Львів: Астролябія, 2006. – С. 337 – 354.

²⁰⁹ Даль Р. Демократия и ее критики / Пер. с англ. – М.: РОССПЭН, 1998.

²¹⁰ Бьокенфьорде Е.-В. Чи є демократія необхідною вимогою прав людини? // Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна. – К.: Ніка-Центр, 2008. – С. 163 – 171.

Концепція демократичної легітимності розглядає процес впровадження владних рішень принаймні на чотирьох рівнях: подвійної – як процесу установавання конституційного порядку, що пов'язано зі змістом установчої влади та законодавством; легітимності безсторонності як розуміння гарантій рівного доступу до публічної служби, яка має забезпечити суспільний інтерес на засадах компетентності і безсторонності, впровадженої на діяльності відносно автономних інститутів, наділених відповідними владними повноваженнями; рефлексивну демократію – через інститут судового конституційного контролю, який відповідно до соціальної динаміки забезпечує перевірку владних рішень на предмет їх конституційності; наблизеної легітимності – як процесу залучення до вироблення управлінських рішень громадян²¹¹. По суті ця концепція легітимності розвиває окремі положення концепцій деліберативної легітимності та демократичної легітимності прав людини.

За таких умов легітимність публічної влади досягається через певні моделі досягнення консенсусу та пов'язані із ними моделі прийняття владних рішень. За таких умов роль конституції як інструменту соціального контролю можна розглядати як інструмент забезпечення соціального порядку. Звідси можна визначити різні підходи 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 в якості інструмента владної політики. Елементи такого конвенціоналізму проявляються в тому, що групи інтересів, які погано узгоджуються з конституцією, не підлягають правовому захистові або підлягають такому лише частково.

По-друге, згідно з моделлю унітарного консенсусу через конституцію та акти законодавства встановлюється загальний інтерес і відповідно правова система функціонує для їх захисту на протигагу певним індивідуальним інтересам, які не узгоджуються із загальним інтересом. Унітарний консенсус будується на уявленнях про роль парламентської більшості у процесі ухвалення законів. У випадку узгодження за допомогою права різних групових інтересів виходять з позиції, що правові інститути забезпечують ненасильне вирішення соціальних конфліктів

²¹¹ Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наблизеність / Пер. з фр. Є. Марічева. – К.: Видавничий дім Києво-Могилянська Академія, 2009.

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. Таким чином захист прав і свобод повинен узгоджуватися із національним правопорядком, чому служать конституційні застереження щодо меж суб'єктивних прав і свобод. Зрозуміло, якщо розглядати механізм легітимації публічної влади, то його інструментами служитимуть демократичні вибори, гарантії вільного доступу до публічної служби, режим парламентаризму, професійність і нейтральність публічної служби, судовий конституційний контроль. Кумулятивним ефектом цих інститутів та процедур є становлення механізму консолідованої демократії²¹².

Від ідеї правової держави до конституційної держави. Сьогодні недостатньо трактувати організацію суспільства у публічно-владний інститут через парадигму правової держави²¹³. Конституційна формула, вжита в статті 1 Основного Закону, відображає кумулятивний ефект її інтерпретації і має трактуватися синтетично власне як конституційна держава.

У суворому розумінні правова держава (*Rechtstaat*) означає державу, яка визнає себе обмеженою правом, попередньо прийнятими та чинними законами. За таких умов прийняття владних рішень виража-

²¹² Див.: Чебаненко О., Шрамович В., Ковриженко Д., Колодяжна Н. Консолідована демократія: перспективи для України. – К.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. – 31 с.

²¹³ Про вразливість цього підходу див.: Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі // Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна. – К.: Ніка-Центр, 2008. – С. 172 – 189. До прикладу, у Німеччині верифікація принципу правової держави є складною проблемою, оскільки тривалий час у Німеччині ця доктрина асоціювалася із юридичним позитивізмом (зокрема у нацистській державі). Сьогодні ФКС 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 (Див.: Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – P. 36 – 37.).

ється у забезпеченні їх континуїтету та поваги до існуючого правопорядку. Інституційно це забезпечується через поділ влади.

Мета і зміст принципу поділу влади. Надзвичайно важливим принципом конституційної держави є принцип поділу влади²¹⁴. Метою запровадження принципу поділу влади є раціоналізація у діяльності владних інститутів. Цей механізм виражає основну ідею конституції – обмеження сваволі публічної влади та забезпечення легітимності владних рішень²¹⁵. Взагалі, ідею поділу влади можна розглядати у широкому і вузькому розумінні. В першому випадку вона означає певний конституційно-правовий принцип, відповідно до якого організація держави має формуватися на засадах розподілу повноважень між законодавчою і виконавчою гілками влади, гарантіях незалежності і безсторонності судових установ. У вузькому розумінні ідея поділу влади найчастіше розглядається у юридичній літературі з позицій поділу та структурно-функціонального розмежування діяльності органів законодавчої та виконавчої гілок влади²¹⁶.

Необхідно також зазначити, що абсолютного втілення поділу влади важко досягти. На думку А. Шайо, принцип поділу влади принаймні втілюється через: «1) організаційну незалежність (у тому числі в кадрових питаннях); 2) незалежності у прийнятті рішень»²¹⁷. Визначення конституційного статусу органів влади залежить від визначення предмета відання органів влади, а не лише догматичного трактування Конституції, з чого роблять найчастіше невірний висновок, що нібито існують лише законодавча, виконавча та судова «гілки влади». Власне поняття «гілка влади» є умовним, через юридичну конструкцію у статті 6 Конституції України лише виділено основні владні функції, не більше, не менше²¹⁸.

²¹⁴ Див. дослідження з цієї проблематики: Каневський О.В. Доктрина розподілу влад: від теоретичної концепції до політико-конституційного принципу: Автореф. дис... к.політ.н. / Львівський державний університет імені Івана Франка. – Львів, 1999. – 21 с.

²¹⁵ Див.: Лок Дж. Два трактати про врядування / Пер. з англ. О. Терех, Р. Димець. – К.: Основи, 2001. – С. 207 – 220.

²¹⁶ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма).

²¹⁷ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). – С. 84.

²¹⁸ Власне з цих причин робити якусь генералізацію на користь існування саме лише цих видів «гілок» влади є недоречним. Конституційна формула у статті 6 наповнюється реальним змістом, якщо ми звернемо увагу на конституційне ви-

Таким чином, ідея поділу влад, що широко обґрунтовується у конституційній доктрині, знаходить свій вираз у двох формах: по горизонталі та вертикалі. Горизонтальний поділ влади має функціональний характер (розподіл функцій законодавства, управління та правосуддя); вертикальний поділ – втілюється через децентралізацію та субсидіарність. Поділ влади забезпечується через такі інструменти.

1. Урівноваження органів влади. Урівноваження статусу органів влади визначає механізм взаємодії між законодавчою і виконавчою владою. Урівноваження статусу органів влади означає, що вони конститууються на рівні Основного Закону. Водночас це не виключає конфліктів між органами влади. Це може бути пов'язано із різним трактуванням конституції у діяльності різних органів влади. Оскільки ці конфлікти не завжди вирішуються належним чином у рамках політичного процесу, то набувають легітимної основи правові процедури вирішення спорів між органами влади²¹⁹. Тому така система виключає домінування певного органу влади та володіння ним монополії на інтерпретацію конституції²²⁰. Хоча

значення статусу органу влади. І тоді можна побачити, що абсолютного поділу влади немає – існує вельми тісний взаємозв'язок між парламентом та урядом. Після формування уряду центр щодо координації та прийняття рішення може бути винесений за стіни парламенту, оскільки парламентська більшість, на яку спирається у своїй діяльності уряд, згідно з вимогами фракційної дисципліни переважно схильна приймати відповідні рішення, які фактично розроблені урядом. Тому баланс поділу влади необхідно розглядати у гарантіях доступу опозиції до процесу ухвалення рішень парламентом та урядом та її реальною спроможністю контролювати рішення парламентської більшості та уряду, а також пропонувати альтернативні рішення і доносити зміст цих неоднозначних процесів для розгляду громадськості (Див.: Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм: Монографія. – К.: Юридична фірма «Салком», 2005. – С. 112 – 115.).

²¹⁹ Див. про природу конституційних конфліктів: Барабаш Ю.Г. Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення: конституційно-правовий аспект: Автореф. дис. д.ю.н. / Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 37 с.; Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні: Монографія. – Одеса: Юридична література, 2008. – 240 с.

²²⁰ Із самого початку своєї діяльності Конституційний Суд України зіштовхнувся із проблемою забезпечення урівноваження між органами влади. При цьому справа стосувалася діяльності самого Суду. Вирішуючи спір щодо конституційності тлумачення Верховною Радою статті 98 Конституції України Конституційний Суд змушений був вирішувати питання про конституційність тлумачення Основного Закону парламентом. Див.: рішення КСУ № 3-зп від 11.07.1997 р.

ще і сьогодні деякі політичні сили (Комуністична партія, Соціалістична партія тощо) говорять про можливість тлумачення конституції парламентом, однак ця ідея несумісна із конституціоналізмом – ніхто не може бути у власній справі суддею.

2. *Відособленість та самостійність органів влади.* Вона втілюється у функціональній самостійності, що передбачає наділення органу публічної влади повноваженнями, які здійснюються виключно цим органом влади і в їх здійсненні не вправі втручатися ніякий інший орган влади. Необхідними елементами функціональної самостійності органів публічної влади є предмет відання, повноваження та компетенція органу влади.

Отже у конституційній державі влада здійснюється за допомогою спеціально створених органів, що функціонують за окремими напрямками роботи. Таке становище існує для того, щоб попередити зловживання владою. Поділ влади є не тільки засобом попередження виникнення авторитарної влади, а й відповідним джерелом раціональної організації системи публічної влади, що дає можливість взаємного контролю через відповідну систему стримувань і противаг.

3. *Забезпечення балансу відносин між органами влади.* Як вже зазначалося, не існує ідеальної моделі поділу влади, оскільки йде мова про визначення загальних параметрів її функціонування. Тому принцип поділу влади у контексті балансу відносин можна розглядати у двох аспектах: 1) як раціональний спосіб розподілу владних функцій у системі публічної влади; 2) як умову попередження узурпації всієї повноти влади будь-яким із органів публічної влади чи посадовими особами²²¹.

Недопущення концентрації влади в одних руках або присвоєння монополії з прийняття або внесення поправок до конституції є метою забезпечення балансу у системі поділу влади. Існування різноманітних підхо-

²²¹ Ілюзія первинності законодавчої щодо інших гілок влади зовсім не може абсолютизуватися. Адже, з одного боку, вона перебуває у системі єдиної публічної влади, поряд із виконавчою і судовою, а з іншого – сама обмежена принципом поділу влади, Конституцією, правами людини. Законодавча влада не завжди забезпечує баланс інтересів чи належний хід законодавчої роботи. Конституційний Суд з цього приводу висловився наступним чином: «Такі законопроекти мають бути терміново включені Верховною Радою України до порядку денного її сесії і розглянуті у пріоритетному порядку – раніше інших законопроектів – на всіх стадіях законодавчого процесу відповідно до процедури, встановленої Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України». Див.: рішення КСУ № 2-рп від 28.03.2001 р.

дів до організації публічної влади зумовлений тим, що органи влади для ефективного здійснення своїх функцій покликані взаємодіяти між собою.

4. *Розподіл владних функцій та визначення механізму узгодження рішень.* Відповідно до принципу поділу влади орган влади покликаний приймати владні рішення лише у визначеній сфері. Коли існують суперечки щодо застосування закону та його розуміння учасниками правовідносинами, то ця суперечка вирішується незалежним і неупередженим судом. Це свідчить про те, що не існує ідеальних моделей поділу влади, на що впливає конституційна традиція конкретної країни та практика конституціоналізму.

Вимоги контролю і балансу сприяють визначенню основних напрямків державної політики у правовому руслі, інакше це призводить до конфліктів між органами влади щодо способів її втілення чи розмежування повноважень. Збалансованість при прийнятті владних рішень означає також співвідпорядкування органів влади. Співвідпорядкування не передбачає ієрархічну залежність органів влади, а виражає механізм узгодження владних рішень²²².

²²² Це можна проілюструвати на прикладі практики Конституційного Суду. Конституційний Суд при розгляді справи про комунальні послуги сформулював окремі підходи щодо розуміння механізму співвідпорядкування органів влади. Вирішуючи спір щодо правомочності регулювання цін і тарифів на житлово-комунальні послуги та послуги громадського транспорту, Суд зіштовхнувся з проблемою інтерпретації перерозподілу повноважень щодо регулювання цін і тарифів між різними органами влади. В основу своєї правової позиції Конституційний Суд поклав конституційний механізм розподілу повноважень між органами публічної влади. Верховна Рада реалізувала своє повноваження щодо встановлення засад «створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків» (пункт 1 частини другої статті 92 Конституції) в рамках «визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики» (пункт 5 статті 85) шляхом прийняття Закону «Про ціни та ціноутворення». Цим законом визначаються основні принципи встановлення і застосування цін і тарифів та організації контролю за їх дотриманням на території України. Відповідно на Кабінет Міністрів згідно з пунктом 3 статті 116 Конституції покладається забезпечення «проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики», що означає згідно з рішенням Конституційного Суду «реалізацію ним... основних начал встановлення і застосування цін і тарифів, що логічно включає регулювання цін (тарифів), а також контроль за ними». Також Суд зачепив питання поділу влади по вертикалі, зазначивши, що регулювання цін і тарифів здійснюють також і Рада міністрів Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування. Див.: п. 2, абз. 8 мотив. частини рішення КСУ № 2-рп/99 від 02.03.1999 р.

5. *Механізм стримувань і противаг (checks and balancing)*. Впровадження принципу поділу влади в конституційній практиці України доповнюється певною системою стримувань і противаг, яка як і зазначений принцип, були новелами в сучасному державотворенні в Україні. За умови відсутності механізму стримувань і противаг або його порушення поділ влади перетворюється не просто в пусту декларацію, а стає перешкодою на шляху забезпечення ефективності реалізації державної влади, державного управління, утвердження і захисту політичної свободи в суспільстві, прав людини і громадянина. Головною метою конституційного принципу поділу влади є насамперед сприяння забезпеченню прав і свобод людини.

Демократична правова держава за своїм змістом передбачає участь громадян у прийнятті владних рішень, права громадян бути заслуханим при вирішенні справ, які стосуються їх прав і законних інтересів, довірливості відносин між громадянами і службовцями. Процедурно та інституційно це забезпечується через засади субсидіарності.

Принцип субсидіарності визначає засади участі громадян у виробленні владних рішень та розподілу повноважень між рівнями, «поверхами» публічної влади. Такий поділ зумовлений тим, що центр не може концентрувати всю владу у своїх руках, тому і здійснюється децентралізація²²³ і деконцентрація влади. Децентралізація полягає в передачі прав на прийняття рішень не просто представниками центральної влади, а органам, які не знаходяться в ієрархічному підпорядкуванні центральним органам влади і які часто обираються заінтересованими громадянами²²⁴. Децентралізація передбачає повноважень центрального органу влади, його завдань і функцій іншим органам²²⁵. Децентра-

²²³ Див.: Колишко Р.А. Децентралізація публічної влади в унітарній державі: Автореф. дис. к.ю.н. / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2003. – 14 с.; Лелечко А.П. Децентралізація в системі державного управління України: теоретико-методологічний аналіз: Автореф. дис. к.н. держ. управл. / Національна академія державного управління при Президентові України. – К., 2006. – 18 с.; Харитончук М.В. Зарубіжні концепції і практика децентралізації державного управління: Автореф. дис... к. політ. н. / Інститут світової економіки та міжнародних відносин НАН України. – К., 2000. – 17 с.

²²⁴ Ведель Ж. Административное право Франции. – М: Прогресс, 1973. – С.310.

²²⁵ Холлис Г., Плоккер К. На пути к демократической децентрализации. Перестройка региональных и местных органов власти в новой Европе. – Брюссель: TACIS, 1995. – С. 73.

лізація також не рівнозначна федералізму. Якщо вона і веде до виникнення публічних юридичних осіб, відмінних від держави, то ці публічні юридичні особи носять чисто адміністративний характер.

На відміну від децентралізації делегування йде далі і передбачає передачу функцій на агентській основі організаціям поза національним урядом, звичайно недержавним агентам з деякою фінансовою та адміністративною самостійністю. Результатом цього може бути передача завдань і повноважень приймати владні рішення, а також передачі відповідних ресурсів, такого масштабу, що призводить до формування відносин автономії, в рамках якої утворюється система органів влади автономії, тобто утворення субнаціонального рівня публічної влади²²⁶.

Згідно права Європейського Союзу субсидіарність визначає, що у всіх тих випадках, коли досягнення цілей, що стоять перед Співтовариством неможливе тільки зусиллями окремих держав-членів, у всіх тих випадках, коли необхідні об'єднані дії всіх членів Співтовариства, рішення проблем і здійснення цих дій стає справою самого Співтовариства²²⁷. Співтовариство зобов'язане утриматися від яких-небудь дій, які можуть пошкодити реалізації повноважень суверенних держав-членів Співтовариства.

В преамбулі до Договору про ЄС (Маастрихтський договір) говориться, що у процесі створення все більш тісного Союзу європейських народів рішення будуть прийматися «з максимально можливою увагою до громадянина, у відповідності з принципом субсидіарності». В другому параграфі статті 3b Маастрихтського договору також підкреслюється, що при досягненні цілей Союзу додержується принципу субсидіарності²²⁸.

Протокол про застосування принципів пропорційності і субсидіарності, підписаний в Амстердамі, уточнює положення про дві сторони цього принципу: про те, що він має бути використаний в одному випадку для розширення повноважень Співтовариства, в другому –

²²⁶ Там само. – С. 73 – 76.

²²⁷ Европейское право / Под ред. Л.М. Энтина. – М.: Норма, 2001. – С. 115.

²²⁸ «В областях, які не входять у його виключну компетенцію, Співтовариство діє відповідно до принципу субсидіарності, якщо й оскільки мета передбачуваної дії не можуть бути досягнуті у достатній мірі державами-членами, і тому у силу масштабів і результатів передбачуваної дії можуть бути досягнуті успішніше Співтовариством».

для того, щоб Співтовариство не брало на себе повноваження, цілком здійсними на рівні окремих держав-членів²²⁹.

Запровадження принципу субсидіарності у конституційну систему України тісно пов'язано із проблемою організації публічної влади за її поверхами: місцеве самоврядування – проміжна (регіональна) влада – держава. Не зважаючи на конституційне закріплення принципів поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх особливостей та традицій (стаття 132), на рівні поточного законодавства та адміністративної практики такі положення Основного Закону послідовно так і не впроваджено.

Однак основною проблемою демократичної правової держави є забезпечення прав людини, оскільки принцип демократії передбачає прийняття владних рішень парламентською більшістю. Виникає потреба забезпечення конституційного контролю.

Правова демократична соціальна держава – конституційна держава. Вимоги, відповідно до якої 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.

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 гідності людини та права на розвиток. Головним у конституційній державі є забезпечення балансу між парламентаризмом та судовим конституційним контролем²³⁰, оскільки існує подвійна небезпека: сповзання до диктату парламентської більшості або здійснення судового правління у випадку неефектив-

²²⁹ Хартлі Т.К. Основы права Европейского Сообщества. Введение в конституционное и административное право Европейского Сообщества: Пер. с англ. – М.: ЮНИТИ, 1998. – С. 169.

²³⁰ Див.: Dyzenhaus D. The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency. – Cambridge University Press, 2006. – P. 54 – 59.

ності парламентаризму²³¹. Конституційна держава має визнаватися в Україні як інституційна цінність, оскільки сьогодні стоїть питання реалізації народного суверенітету через публічно-владні інститути та забезпечення самодостатності української державності.

Народний суверенітет. Посилення інтеграційних процесів у міжнародному співтоваристві ставить нові питання про межі державного суверенітету. Сьогодні говорять про можливість обмеження державного суверенітету через права і свободи людини, необхідність вирішення глобальних проблем людства, а також засади субсидіарності й пропорційності у побудові публічної влади. З іншого боку, становлення державності в Україні тісно пов'язано із забезпеченням власної ідентичності, самодостатності та незалежного зовнішньополітичного курсу держави. За загальним правилом, суверенітет розкривається через незалежність і верховенство. Перший компонент стосується здійснення політичного курсу держави у сфері зовнішніх зносин з іноземними державами, міжнародними організаціями та супранаціональними інститутами. Однак він об'єктивно обмежений міжнародними зобов'язаннями держави, обмеженістю ресурсів держави, її економічним, політичним, соціальним і культурним потенціалом.

Верховенство як компонент держави трактують як можливість держави самостійно вирішувати питання внутрішньої політики, що включає повноту влади у межах її конституційних повноважень. Однак можна зауважити, що верховенство певною мірою суперечить принципу поділу влади. Якщо інтегративно інтерпретувати поділ влади та суверенітет у кінцевому результаті можна отримати певну модель узгодження управлінських рішень між компетентними органами влади з використанням інструментів стримувань і противаг та їх співпідпорядкування, у результаті чого отримується синергетичний ефект – формування єдиної державної політики.

Таким чином, у конституційній державі її суверенітет не можна абсолютизувати, бо це буде легітимацією авторитарної традиції, що суперечить засадам конституціоналізму. Абсолютизація державного суверенітету також недоречна з огляду на зв'язаність держави правом. У силу різноспрямованої конституціоналізації по вертикалі, наслідком чого є субнаціональний та супранаціональний конституці-

²³¹ Habermas J. Faktizität und Geltung. – Frankfurt aM: Suhrkamp, 1992. – S. 295 f., 323.

оналізм, суверенітет набуває нових форм²³². Звідси суверенітет можна скоріше за все трактувати як повноту здійснення народом влади через компетентні органи влади, легітимність яких забезпечується через демократичні вибори, режим парламентаризму та судовий конституційний контроль.

Як правило, при укладанні міжнародних договорів держава визнає, що вона погоджується на обмеження здійснення власних владних повноважень в обмін на взаємний режим співробітництва у визначених сферах згідно з положеннями цих договорів. Разом з тим, виникають питання про сумісність національних правопорядків стосовно гарантій прав людини й основоположних свобод²³³, основних засад перерозподілу владних повноважень тощо.

Сьогодні у світі домінує ідея держави-нації. В основі концепції держави-нації лежить політична воля народу визначати засади організації влади. За таких умов політична інтеграція забезпечується у площині політичної єдності людської спільноти, яка не залежить від етнічних, релігійних чи соціальних компонентів її структури. На державу покладаються завдання забезпечити справедливе управління суспільством та відстоювати національні інтереси на міжнародній арені. Відповідно у внутрішній сфері держава покликана забезпечити існування спільноти²³⁴, а у міжнародних відносинах держава має керуватися насамперед національними інтересами і класти їх в основі своїх зовнішньополітичних рішень.

1. Сучасна інтерпретація державного суверенітету та народний суверенітет. Прийнято вважати, що держава, як офіційний представник народу, може виражати його волю, забезпечувати права та інтереси в повному обсязі тільки тоді, коли вона є незалежною. Однак такі можливості держави обмежені. Існування національних держав у рамках сучасної світової спільноти, яка передбачає глобалізацію та регіоналізацію, включає принаймні конкуренцію на міжнародних фінан-

²³² Савчин М. Природа конституції, конституціоналізація глобального права та супранациональна влада // Порівняльне правознавство: сучасний стан та перспективи розвитку: Зб. статей / За ред. Ю. С. Шемшученка, Л. В. Губерського, І. С. Гриценка; упор. О. В. Кресін. – К.: Логос, 2009. – С. 230 – 236.

²³³ Чекаленко Л.Д. Пошук прийнятних моделей взаємовідносин суверенної держави і міжнародних організацій // Персонал. – 2005. – № 11.

²³⁴ Мере Ж. Принцип суверенітету. – Львів: Кальварія, 2003. – С. 156.

сових ринках за капітал з метою регіональних інвестицій²³⁵. Процеси глобалізації зумовлюють формування нового світового порядку²³⁶, в умовах якого існує стратифікація держав-націй²³⁷.

Тому державний суверенітет у сучасних умовах глобалізації є об'єктивно обмеженим. По суті повним суверенітетом володіють держави, які розглядаються у теорії міжнародних відносин як наддержави. Також державний суверенітет є обмежений, оскільки в силу міжнародного договору держава добровільно самообмежується у суверенних повноваженнях, або взагалі делегує їх частину супранациональним інститутам. Урешті-решт, спостерігається розмивання державного суверенітету як на супранациональному, так і на регіональному рівні: «Індивідуалізм, який утверджується як вища етична цінність нової глобальної культури, стає чинником, що руйнує легітимність держави-нації і лояльність щодо неї з боку громадян»²³⁸.

Такий стан речей в умовах правового оформлення Української державності має далекосяжні наслідки. Необхідність самовизначення України в сучасному глобалізованому світі зумовлює визначення оптимальної моделі її інтеграції у супранациональні структури, оскільки це є необхідним для забезпечення інформаційної, економічної, політичної, оборонної складових національної безпеки. Таким чином, інтереси держави-нації, яка ще остаточно не оформилася, відбувається у постмодерних умовах, які ставлять вимогу визначити конституційну модель самодостатньої державності.

2. Права людини й основоположні свободи та державний суверенітет. Відповідно до 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 док-

²³⁵ Шепелев М.А. Теорія міжнародних відносин. – К.: Вища школа, 2004. – С. 292.

²³⁶ Лебедева Маріна. Формування нової політичної структури світу ті місце в ній Росії // І. – 2005. – число 39.

²³⁷ Цыганков П.А. Теория международных отношений. – М.: Гардарики, 2004. – С. 233 – 237.

²³⁸ Шепелев М.А. Теорія міжнародних відносин. – К.: Вища школа, 2004. – С. 295.

триною та правовою політики держави. Узяті Україною міжнародно-правові зобов'язання перед міжнародним співтовариством стикаються із проблемою релятивізму основних прав і свобод²³⁹.

Однак все більш поширеною є думка про виправданість втручання у внутрішні справи держави, якщо вона масово і грубо порушує основні права і свободи. Однак до кінця такі механізми ефективно не розроблені. Вони діють досить ефективно хіба що на регіональному рівні, на якому можливо досягти відносної єдності щодо цінностей та особистих і соціальних благ, які повинні бути забезпечені правовим захистом. Той факт, що посилюється вплив Європейського Суду з прав людини на судову і адміністративну практику в Україні свідчить на користь цієї тенденції²⁴⁰.

3. Взаємовигідне міжнародне співробітництво і державний суверенітет. Держава не може залишатися на одинці із власними проблемами, оскільки це може бути пов'язано із інтересами інших держав та міжнародним правопорядком. Отже, держава не може перебувати тривалий час у режимі автаркії (політики ізоляціонізму), оскільки це може спричинити низку проблем забезпечення соціальних зв'язків між родичами, що проживають у різних країнах, порушити економічні і культурні зв'язки.

У сучасному глобалізованому світі все більш актуальним питанням стає взаємовигідне співробітництво, яке, природно, будується на засадах взаємності, пошуку компромісів між державами, вироблення спільних цінностей і напрямків політики на рівні міжнародних організацій. Актуальним сьогодні є вироблення спільної політики держав у сфері захисту основних прав і свобод, формування систем колективної безпеки від актів зовнішньої агресії, боротьби з тероризмом, співробітництво у сфері юстиції, в охороні довкілля тощо.

²³⁹ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Бейкхерстом. – Х.: Консум, 2000. – С. 295.

²⁴⁰ Досвід застосування Європейської конвенції з прав людини в судочинстві України та Польщі: Матеріали наук.-практ. конф. / Упоряд. О. П. Корнієнко. – К.: А. П. Н., 2006; Лукашук И. Право международной ответственности – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 432 с.; Паліюк В. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод. – К.: Фенікс, 2004. – 264 с.; Шевчук С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – №2.

4. *Державний суверенітет і супранаціональні інститути.* У сучасних умовах Україна може ефективно здійснювати владу з метою забезпечення безпеки людини та гідності у її правах у інтеграційних процесів. При цьому виникає питання про обсяг делегування суверенних повноважень держави на вищий щабель – супранаціональні інститути. Порівняно недавно виникло питання про обсяг делегування суверенних повноважень України Єдиному економічному простору, однак воно викладено занадто абстрактно – у Законі № 1683-IV визначено, що Україна інтегрується у цей наднаціональний інститут у визначених Конституцією рамках²⁴¹. Таким чином, існує необхідність визначення цього механізму делегування.

Конституційний Суд визначив Міжнародний кримінальний суд як установу, що доповнює національні органи кримінальної юстиції, юрисдикція якої на відміну юрисдикції Європейського Суду з прав людини пов'язана з ініціативою не тільки держави-учасниці, а й з власної ініціативи, коли держава, під юрисдикцією якої перебуває особа, підозрювана у вчиненні передбаченого Статутом злочину, «не бажає або не здатна проводити розслідування чи порушити кримінальне переслідування належним чином»²⁴².

Тому для з'ясування цього питання необхідно звернутися до досвіду Європейського Союзу. Сьогодні ЄС є публічно-владним утворенням новітнього типу, оскільки за формою державного устрою він займає проміжне положення між федерацією та конфедерацією²⁴³. Право ЄС складає правопорядок, який забезпечує інтеграцію європейських співтовариств з метою забезпечення *acquis communautaires* та

²⁴¹ Закон № 1683-IV від 20.04.2004 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 32, ст.388 . Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

²⁴² Висновок КСУ № 3-в/2001 від 11.07.2001 р.

²⁴³ На відміну від конфедерації ЄС має постійно діючі інститути влади. Органи ЄС приймають рішення не на основі консенсусу, як це прийнято у конфедерації, – для цього достатньо абсолютної або кваліфікованої більшості. Якщо говорити про механізм утворення ЄС, то забезпечувався шляхом укладання багатосторонніх міжнародних договорів між європейськими державами в окремих сферах співробітництва. Однак забезпечення рішень органів ЄС здійснюється за допомогою конституційних та адміністративних засобів. При цьому важливу роль відіграє прецедентне право Європейського суду справедливості.

національної ідентичності держав-учасниць. Європейський суд правосуддя в одному із своїх рішень зазначив, що Договір ЄЕС накладає певні зобов'язання на країни-члени, оскільки вони делегували певні суверенні права органам Співтовариства²⁴⁴.

Подібно до внутрішньодержавного права, насамперед конституційного й адміністративного, право ЄС є результатом формування європейської традиції права, його правової спадщини – *acquis communautaire*²⁴⁵; політичні та публічні інституції діють як самодостатні утворення з урахуванням спільності інтересів держав-учасниць. Відповідно до цих положень у доктрині Європейського суду було визначено засади правопорядку ЄС, зокрема, що стосуються субсидіарності. Також рубіжне значення мало рішення Європейського суду справедливості у справі *Francovich*, в якому було підтверджено верховенство та пряму дію права ЄС²⁴⁶.

5. *Глобалізація у праві та супранаціональні інститути*. Сьогодні слід констатувати спостерігається кризу інститутів ООН, які розриваються між ідеями лібералізму та протекціонізму, що в кінцевому результаті паралізує ефективність їх рішень. Переосмислення ролі інститутів ООН на засадах легітимності, лояльності, довіри та соціальному капіталі необхідно поєднувати із протекціоністськими заходами щодо сприяння функціонування ефективних урядів національних держав, відсутність яких підриває легітимність заходів у рамках МВФ, СБ тощо.

Хоча можна піддати сумніву багато ідей І. Валлерстайна, однак окремі негативні сторони лібералізму деякою мірою підтверджують справедливість його критики лібералізму як методу правління²⁴⁷. У

²⁴⁴ Див.: *Case Van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen (1963) ECR 1*.

²⁴⁵ У суворому розумінні цей термін перекладається з французької як «цінності співтовариства», «цінності спільноти».

²⁴⁶ З цього приводу Європейський суд справедливості сформулював таке положення: «З цього випливає висновок, що Співтовариство являє собою нову юридичну систему міжнародного законодавства, для блага якого країни-члени погодились обмежити – хоч і частково, тобто, в певних сферах – свої суверенні права, та предметом поширення цього законодавства є не тільки країни-члени, а й їхні громадяни». Див.: *Case Andrea Francovich & Danila Bonifaci & oth. v. Italian Republic (1991) ECR 1-5357*.

²⁴⁷ Валлерстайн І. Кінець знаомого мира: Соціологія XXI века / Пер. с англ. под ред. В.И. Иноземцева. – М.: Логос, 2004. – С. 127, 137.

контексті концепції деліберативної демократії Ю. Габермаса²⁴⁸ більш плідним було б говорити про посилення міжцивілізаційного діалогу, заснованого на збалансованості інструментів лібералізму та протекціонізму в силу ускладнення соціальних процесів та виникнення передумов формування глобального права. Це дає змогу поєднати лібералізм із роллю ефективної держави, мінімізувати роль ісламізму як політичної течії у мусульманському суспільстві, урахувати традиційну структуру суспільства при здійсненні модернізації національних правопорядків. По суті європейська правова традиція заклала засади такої збалансованості через принцип пропорційності²⁴⁹. Загалом принцип пропорційності надає методику у подоланні авторитарної традиції як несумісної із ідеями конституціоналізму та стійкого розвитку людської цивілізації, оскільки така традиція – джерело слабкості та неефективності публічної влади, яка втрачає засади своєї легітимності.

Лісабонський саміт ЄС засвідчив відхід від класичного концепту конституціоналізації Європейських Спільнот – шляхом заснування конституційного порядку Європейським Конвентом з наступною його ратифікацією національними парламентами/рішеннями національних референдумів²⁵⁰. Рішення Лісабонського саміту впроваджу-

²⁴⁸ Габермас Ю. Чи має майбутнє національна держава? // Залучення іншого: Студії з політичної теорії. – Львів: Астролябія, 2006. – С. 155 – 233; Хабермас Ю. Демократія. Разум. Нравственность. – М., 1992; Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. Двенадцать лекций / Пер. с нем. – 2-е изд., испр. – М.: Весь Мир, 2008.

²⁴⁹ Див.: Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. – Х.: Право, 2008. – С. 192 – 203; Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності // Конституційні акти Європейського Союзу / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. – К.: Юстиніан, 2005. – Ч.І; Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества: Пер. с англ. – М.: Закон и право; ЮНИТИ, 1998. – С. 161 – 162.

²⁵⁰ Про це більш детально див.: Мартиненко, Петро. Проект Конституції для нової Європи: реформаторський потенціал // Європейська інтеграція. – 2004 – № 4. – С. 1 – 16; Тюшка А. Договір про Конституцію для Європи: генезис, юридична природа, політична цінність (Монографія). – К.І.С., 2007. Це й підтверджують результати суспільних дебатів щодо відповідності Лісабонського договору національним правопорядкам, які виникли в Німеччині (Див. рішення Федерального конституційного суду Німеччини 2 BVerfGE 2/08. Режим доступу: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve00208.html), Чехії (Див. рішення Конституційного суду Чеської республіки Pl US 29/09. Режим доступу: <http://www.usoud.cz/clanek/GetFile?id=2150>), Польщі.

ватимуться переважно на фаховому рівні – через ратифікацію цього міжнародного договору національними парламентами (за винятком Ірландії). Це відображає тенденцію в регіональній політиці інститутів Європейського Союзу діяти саме на експертному рівні.

В зв'язку із проведенням конституційної реформи в Україні її основним завданням у контексті євроінтеграційних процесів має стати: включення у текст Конституції застереження про повагу та впровадження європейських цінностей в Україні; визначення механізму делегування частини суверенних повноважень держави Європейським Спільнотам/Європейському Союзу; конституційне закріплення принципів субсидіарності та пропорційності із визначенням інституційних та процедурних інструментів їх реалізації; послідовне втілення децентралізації публічної влади в Україні та визначення механізмів транскордонного співробітництва місцевих публічних властей із місцевими владами держав-членів Європейського Союзу; конкретизація у Конституції України зовнішньополітичних функцій держави у контексті загальноєвропейських цінностей.

Висновки

1. Конституційні цінності зумовлюють природу конституції як нормативного акта, так і певного типу легітимного соціального порядку. Вони є результатом соціального консенсусу щодо необхідності правового захисту усталених соціальних цінностей, які виражають усталені стереотипи поведінки, структуру соціальних зв'язків та визначають зміст конституційних принципів і норм.

2. У залежності від типу суспільства ієрархія соціальних цінностей має варіативний характер, оскільки структура самого суспільства зумовлює різну вагу цих вартостей. У конституційній юриспруденції цінності відіграють важливу роль у визначенні співвідношення між різними групами інтересів як засадничих умов для доступу особи до певних соціальних благ.

3. Існує кореляція між лібералізмом і комунітаризмом як на рівні законодавства, так і на рівні уряду та конституційній юриспруденції, оскільки їх співвідношення зумовлено також соціальною структурою, діяльністю інститутів публічної влади та процедурними гарантіями прав людини й основоположних свобод у конкретному суспільстві. 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. Однак принцип соціальної держави передбачає визначення балансу інтересів у суспільстві. Забезпечення такого балансу не може посягати на сутність змісту прав людини й основоположних свобод. Саме на таких засадах Конституційний Суд України визнає, що «загально-визнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена».

4. Тому конституційні цінності мають певну ієрархію. Конституційні цінності першого порядку визначають тип правосвідомості та властиві будь-якій країні із традиціями конституціоналізму і мають характер універсалій. Конституційні цінності другого порядку визначаються особливостями конституційної моделі правового регулювання, третього порядку – системою джерел конституційного права конкретної країни, і насамкінець можна виділити конституційні цінності інституційного характеру, які визначають засади власне конституційного порядку (демократія, легітимність влади, поділ влади, народний суверенітет).

5. З'ясування змісту конституційних цінностей відіграє важливу роль у визначенні основних параметрів національної конституційної традиції, оскільки право має минуле, сьогодення і майбутнє. Розуміння структури конституційних цінностей зумовлює логіку та легітимність конституційних явищ і процесів, зокрема сутнісні параметри конституції: а) зобов'язальний характер (верховенство, пряму дію та стабільність) і б) механізм чинності (конституванту, реалізацію, інтерпретацію та правовий захист).

Розділ IV.

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ТА НОРМАТИВНА ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЇ

Вступ

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

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

Природно-правова (звичаєво-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 звертає увагу на демографічні, економічні, географічні фактори, які впливають на «дух народу», на основі якого й

побудована конституція¹. Разом із тим накопичення народом практики управління зумовлює необхідність обмеження правління, встановлення балансу між центрами влади, тобто поділу влади, забезпечення основних (природних) прав людини.

Договірна теорія. Конституція є актом установчої влади, яка виражає компроміс між політичними силами у суспільстві та за природою є суспільним договором, що виражає визнання публічної влади зв'язаною основними правами і свободами. Згідно із Жан-Жаком Руссо в основі суспільного договору лежить ідея наділення владними повноваженнями органів влади з метою забезпечення безпеки за рахунок обмеження прав людини на засадах народного суверенітету². Основні права і свободи визначають організаційні та процедурні основи функціонування публічної влади.

Соціологічна теорія розглядає конституцію як джерело солідарності в суспільстві (Л. Дюгі)³ та роль інститутів влади у політичному житті суспільства (*інституційний напрям* – М. Оріу). Закон соціальної солідарності розглядається як універсальний закон розвитку суспільства. Український вчений С. Дністрянський розглядав державу як публічну корпорацію, яка організована на громадських засадах та самообмеженні членів корпорації⁴.

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»⁵.

¹ Монтескьє Ш.-Л. О духе законов. Сост., пер. и коммент. А.В. Матешук. - М.: Мысль, 1999. - 672 с.

² Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Пер. с фр. А.Д. Хаютина и В.С. Алексеева-Попова // Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. - М.: КАНОН-пресс, 1998.

³ Дюги Л. Конституционное право: общая теория государства / Репринт. воспроизв. изд. 1908 г. - М.: СПАРК, 2006. - 1000 с.

⁴ Дністрянський С.С. Теорія конституції // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4: Конституційне (державне) право / Відп. ред. В.Ф. Погорілко. - К.: Видавничий Дім Юридична книга, 2003. - С. 549 - 556.

⁵ Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. - М., 2002. - С. 17.

Позитивістська (нормативістська) теорія трактує конституцію як систему правових норм, що мають вищу юридичну силу і регулюють основи відносин між людиною і суспільством, з одного боку, і державою – з другого, 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»⁶.

Поняття конституції є багатовимірним, однак основна дискусія зводиться щодо її нормативного та сутнісного змісту. Тому, з одного боку, конституцію необхідно розглядати як певний нормативний акт, а з другого – як певний тип правопорядку, який забезпечує правове оформлення публічної влади та свободу вільного розвитку індивіда у демократичному суспільстві.

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. Іншими словами, ця дискусія може здаватися своєрідною дискусією про первинність яйця чи курки. Дискусія у площинах «норма – порядок», «стабільність – динаміка», «хаос – порядок», «парадигма – синтагма» визначає сучасний дискурс конституціоналізму.

По суті справи ми повинні віддавати собі звіт, що 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.

На сучасному етапі розвитку вітчизняного конституціоналізму відчувається криза його ідеологічного і праксеологічного наповнення. За формальними характеристиками український конституціоналізм тяжіє до класичних форм європейського конституціоналізму. Однак спостерігається розрив між формальними аспектами конституціоналізму та його змістовним наповненням. По суті, можемо кон-

⁶ Хабриєва Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. – М.: НОРМА, 2005. – С. 39.

статувати про вкрай неефективне функціонування інституційного компонента українського конституціоналізму, що виражається насамперед у патрон-клієнтській практиці політичних партій та неефективній діяльності більшості владних інститутів. Звідси й криза доктринального компонента конституціоналізму, оскільки такий розрив у площині «норма – порядок/хаос» переконує нас в тому, що в Україні поки що існує номінальний конституціоналізм із окремими елементами європейського. Такі речі безпосередньо впливають на розуміння конституції як на доктринальному, так і практичному рівнях.

4.1. Основні підходи до визначення природи конституції

Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі. Це є класична формула ліберального конституціоналізму⁷, і воно впливає з природи універсальних конституційних цінностей⁸. Згідно з ліберально-демократичним трактуванням конституція покликана забезпечити право людини на вільний розвиток та ефективне демократичне правління. Ліберальна концепція конституційного порядку інстинктивно опирається ідеї народного суверенітету, оскільки більшість не завжди може приймати рішення, які відповідають вимогам верховенства права як засадничому принципів конституціоналізму. Такий внутрішній дискурс у системі конституційних цінностей здається непримиренним.

Онтологія. Соціальне буття конституції зумовлено 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.

Суспільний консенсус є джерелом легітимності влади та побудови системи управління публічними справами (в основі яких лежить

⁷ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

⁸ Див.: розділ 3.1.

супільний 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 напрямків політичного курсу органів публічної влади, який повинен відповідати принципу верховенства права⁹. За допомогою 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 допомогою 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.

Легітимність влади зумовлена роллю парламенту як законодавчого органу забезпечити відкриту і прозору процедуру 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 діяльності¹⁰. Формула парламенту як політичного форуму нації досягається шляхом досягнення компромісу між фракціями (які не будучи органами парламенту, тим не менше 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.

Буття конституції пов'язане із формуванням системи управління в соціумі, яке супроводжується процесами самоорганізації та самоврядування. Якщо складні соціальні системи носять відкритий характер, то конституція служить нейтральним інструментом узгодження інтересів між ними. Прикладом цього може служити західна традиція права¹¹. Якщо соціальні системи є закритими, ієрархія (по суті влада)

⁹ Консолідована демократія: Перспективи для України / Чебаненко О., Шрамочевич В., Ковриженко Д., Колодяжна Н. – К.: Фонд Конрада Аденауера, Серія «Політична освіта», 2007.

¹⁰ Совгіря О.В. Правовий статус парламентської опозиції: Навчальний посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – 264с.

¹¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1998.

покликана виступати засобом дистрибуції соціальних благ та виступати основним модератором щодо забезпечення соціальних цінностей. Саме на таких засадах заснована легітимація соціального порядку за конфуціанською етикою, ісламським чи індуським правом.

Однак глобалізація та процеси інтеграції формують нові форми соціальних систем. Зокрема, вестернізація владних інститутів в Японії після Другої світової війни забезпечила інтеграцію суспільства на визнанні високого ступеня автономії традиційних соціальних систем (які є закритими за своїм характером), імплементавши до неї елементи відкритого суспільства. Японський конституціоналізм використав інструменти класичного конституціоналізму щодо обмеження сваволі при здійсненні державного управління, одночасно визнаючи автономію традиційних соціальних інститутів. Японський досвід переконує в тому, що конституційний порядок має певні межі і не може замінювати собою суспільний порядок загалом. Навпаки, конституційний порядок є складовим соціального порядку, заснованого на ідеї забезпечення рівних можливостей громадянського обговорення та досягнення консенсусу щодо соціальних цінностей. Тому як складова національної правової системи конституційний порядок є гарантією вільного функціонування таких складових суспільного порядку як мораль, релігія, стратифікація і самоорганізація суспільства.

Отже, онтологія конституції полягає у легітимації публічного порядку певного типу, заснованого на демократичних процедурах узгодження різноманітних інтересів груп у складних соціальних системах з метою забезпечення справедливого й ефективного урядування.

Гносеологія. Сьогодні спостерігається дискусія між системним та синергетичним підходами у дослідженні природи конституції. Згідно із системним підходом конституція є нормативним порядком, який виражає механізм обмеження влади та гарантії прав і свобод людини. Такий нормативний порядок в залежності від типу правової системи гарантується через режим парламентаризму у законі або/та через судовий конституційний контроль. Ці інструменти визначення засад конституції як нормативної системи можуть певним чином поєднуватися, про що свідчить посилення ролі статутного права в англо-американській правовій сім'ї та судового прецедентного права в романо-германській. Однак все одно визнається провідна роль судового прецеденту у першому випадку та закону – у другому.

Системний підхід орієнтує на існування зв'язків ієрархії в суспільстві для визначення того, яким чином управляти ним¹². Згідно з теорією систем її певний компонент (елемент) обов'язково є домінуючим. Якщо виходити з ліберального трактування конституції як нейтрального інструмента соціальної дистрибуції, то межі державного втручання визначатимуться правами і свободами людини¹³. Тоді виникає конфлікт у системі ієрархії цінностей. Системний підхід розглядає соціальний процес, в тому числі і конституційну динаміку, як лінійний. Основною системного підходу є парадигма, тобто уявлення про те, що може існувати певний оптимальний план соціального розвитку, у відповідності з яким можна прогнозувати і розвивати соціальні інститути. Розвиток конституційних інститутів розглядається як поступальний, як своєрідний соціальний прогрес – розвиток інститутів демократії, посилення прав і свобод людини, поглиблення ефективності урядування тощо. Однак в складних соціальних системах цей процес не є таким однозначно лінійно-поступальним. Зокрема, про це підкреслює у своїй теорії російський конституціоналіст А. Медушевський¹⁴. Принаймні соціальна система є відкритою для економіки, культури, геополітики тощо.

Синергетичний підхід розглядає складні соціальні системи як відкриті, що прагнуть до рівноваги у ході своєї самоорганізації¹⁵. Система

¹² Див.: Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980; Он же. Общество: системность, познание и управление. М., 1981; Берталанфи Л. фон. Общая теория систем. – М.: Мир, 1960; Блауберг И.В. Проблема целостности и системный подход. – М.: Эдиторал УРСС, 1997; Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. – М., 1973; Исследования по общей теории систем. М.: Прогресс, 1969; Парсонс Т. Система координат действия и общая теория систем действия: культура, личность и место социальных систем // Американская социологическая мысль. – М., 1996. – С.462-478; Парсонс Т. Система современных обществ. – М.: Аспект Пресс, 1998; Принципы организации социальных систем: Теория и практика / Под ред. М.И. Сетрова. – Одесса, 1988; Уемов А.И. Системный подход и принцип деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М.: Наука, 1978.

¹³ Верник О.І., Куфтирев П.В., Машков А.Д. та ін. Межі державної влади (монографічне дослідження). – К.: Укр. Центр духовної культури, 2001; Пределы государственного вмешательства: Теоретико-правовой аспект. – К., 2004.

¹⁴ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005.

¹⁵ Див.: Аршинов В. И. Синергетика как феномен постнеклассической науки. – М., 1999; Аршинов В.И., Буданов В.Г. Синергетика на рубеже XX-XXI веков. – М.: РАН ИНИОН, 2007; Данилов Ю.А., Кадомцев Б.Б. Что такое синергетика? // Нелинейные

розвивається та упорядковується за рахунок випадкових відхилень (флуктуацій), які вона самостійно поступово вирівнює. За такого підходу у відкриті соціальні паттерни розвиваються шляхом взаємоузгодження різноманітних інтересів індивідів, груп. Відносини всередині системи скоріше будуються на горизонтальних зв'язках, ніж на ієрархії. Зокрема, індивід вправі вимагати від органів публічної влади захисту від неправомірного втручання у його приватне життя.

З другого боку, у системі організації публічної влади надається перевага дифузивним моделям розподілу повноважень. Важливим стає не настільки обсяг повноважень та процедури їх здійснення, як компетентність і ефективність управлінських рішень. У стані рівноваги виникає ентропія, що служить джерелом розкладу системи. Флуктуації в рамках системи передбачають наявність високого ступеня суспільного консенсусу, коли засадничі принципи системи не заперечуються. Якщо піддається сумніву певний засадничий принцип чи їх сукупність, виникає асиметрія. Вона стає джерелом зародження нового хаосу, який рано чи пізно приходиться у стан рівноваги і таким чином зароджується новий порядок і його структура. У випадку відсутності такого консенсусу та певної критичної маси ефективно діючої кількості суспільних інститутів, така система є нездатною до самовпорядкування, вона стає вразливою для зовнішніх факторів.

З цього аналізу бачимо, що з урахуванням особливостей стану конституціоналізму як в Україні, так і за кордоном¹⁶ ні системний, ні синергетичний підхід не дають змоги чітко визначити певну модель дослі-

волны. Самоорганизация – М., Наука, 1983; Князева Е.Н., Курдюмов С.П. Основания синергетики: Режимы с обострением, самоорганизация, темпомиры. – СПб.: Алетейя, 2002; Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой: Пер. с англ./ Общ. ред. В. И. Аршинова, Ю. Л. Климонтовича и Ю. В. Сачкова. – М.: Прогресс, 1986; Хакен Г. Синергетика. М.: Мир, 1985.

¹⁶ Мається на увазі поглиблення явищ глобалізації, що має наслідком у юриспруденції виникнення глобального права, та конституціоналізації міжнародного права (див.: Кампо В. Конституціоналізація зовнішніх відносин України: євроінтеграційний аспект // Конституційне правосуддя: Вестник Конференції органів конституційного контролю стран молодой демократии. – Вып. 1 (39), 2008. – С. 44 – 65.). Про передумови виникнення глобального права та впливу на цей процес конституційної юстиції див.: «Influential Constitutional Justice - its influence on society and on developing a global jurisprudence on human rights»: World Conference On Constitutional Justice, SAR, Cape Town, 2009, 22-24 January. Режим доступу: http://www.venice.coe.int/wccj/wccj_e.asp.

дження конституційних явищ і процесів. Такі підходи необхідно певним чином синтезувати, оскільки не можна заперечувати ні вертикальні, ні горизонтальні зв'язки у соціальних паттернах. Слід також враховувати інтегрованість конституційної системи у певний тип соціальної системи. Саме з цих причин дискутується про компліментарність західного типу демократії, який вважається непридатним для мусульманського, традиційного, далекосхідного суспільства¹⁷. Тому необхідно також звернути увагу і на інші підходи у дослідженні конституційних явищ і процесів.

Теорія конституційних циклів. Російський політолог, конституціоналіст Андрій Медушевський сформулював теорію конституційних циклів, запозичивши та певним чином синтезувавши погляди грецьких мислителів Аристотеля, Платона, Полібія та римлянина Цицерона про циклічність форм правління¹⁸, а також теорії великих циклів економічної кон'юнктури економіста Миколи Кондратьєва¹⁹. Теорія конституційних циклів базується на уявленнях про те, що розвиток конституційних інститутів базується на послідовності трьох стадій: підйом, криза, занепад²⁰. Відповідно він виділяє наступні моделі конституційної циклічності: еволюційну (англосаксонський тип), революційну (французький), циклічність засновану на впливі ззовні (японський і німецький), моделі договору і розриву наступності (країн Центральної та Східної Європи), циклічність від номінального до реального конституціоналізму (Росія), циклічність в умовах постколоніалізму (Індія та Далекий Схід), циклічність в ісламському праві, ретрадиціоналізація у країнах Африки південніше Сахари, хвилі конституційної нестабільності в Латинській Америці.

У руслі цієї теорії російський компаративіст Р. Ромашов наполягає на циклічній природі публічної влади, формами якої виступали антична держава (поліс), патрімоніально-теологічна держава (*kingdom*), політико-правова держава (*state*). Між зазначеними циклами існування державнос-

¹⁷ Див. зокрема про особливості ісламського права та цінності західного типу демократії в: Бехруз Х. Исламские традиции права. – Одесса: Юридическая литература, 2006. – С. 100 – 120.

¹⁸ Див.: Аристотель. Политика. Афинская демократия. – М.: Мысль, 1999; Платон. Государство. Законы. – М.: Мысль, 1999; Цицерон. Диалог о государстве, законах. – М.: Мысль, 1991.

¹⁹ Кондратьев Н.Д. Основные проблемы экономической статики и динамики. – М.: Наука, 1991; Кондратьев Н.Д. Проблемы экономической динамики. – М.: Экономика, 1993.

²⁰ Медушевский А. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005. – С. 38.

ті, як правило, притаманний правовий хаос, коли виникає «нове» право замість «старого»²¹. Однак така позиція є вразливою хоча б зважаючи на її європоцентричний характер та на природу континуїтету/дисконтинуїтету і конституційних цінностей, які власне притаманні конституційній традиції.

Говорячи про кризу теорії конституціоналізму в умовах постмодерну, який заснований на «запереченні раціональних методів пізнання, релятивізм, виявленні відчаю і розпачу внаслідок втрати творчої перспективи» А. Медушевський висловлює здивування про відсутність значних досягнень у російській доктрині конституціоналізму, однією із причин якої є авторитарна традиція в Російській імперії та тоталітаризм радянського зразка. Зароджена конституційна традиція у Росії на рубежі XIX – XX ст.ст., була знищеною у наступний період тоталітаризму. Він відзначає, що: «Всі основні ідеї епохи конституційної революції цього періоду створюють враження запозичення»²².

Однак і теорія конституційних циклів не повною мірою виражає сутність конституційних процесів та їхньої природи. Формування та розвиток конституційної традиції часто носить дискретний характер, а потім вона звертає у сторону еволюції формування інституційних основ суспільства. Класичний системний підхід також не повною мірою пояснює перетікання цих процесів, оскільки його основу складають уявлення про цілеспрямований розвиток систем. Щодо функціонування неорганічного чи органічного світу, а тим більше – світу ідей (ноосфери) така ідея викликає значний скептицизм і є ще одним відтворенням основних постулатів механістичного раціоналізму.

Цивілізаційний підхід. В основі цього підходу лежить дослідження конституційної традиції, яка ґрунтується на ідеях зумовленості змісту і структури конституції природним середовищем (Ш.-Л. Монтескіо)²³, визначенням права як елемента культури, своєрідною спадщиною цивілізації певного типу та правовою інфраструктурою (Г.Дж. Берман,

²¹ Ромашов Р.А. Метод цикличности как инструмент сравнительно-антропологического анализа государства // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку. Зб. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. – К.: Логос, 2009. – С. 51 – 57; Ромашов Р.А. Типология государства в контексте сравнительного правоведения: Открытая лекция. – К.: ИГП НАН Украины, Логос. – Серия научно-методических изданий «Академия сравнительного правоведения». – Вып. 15. – 28 с.

²² Медушевский А. Там само. – С.19.

²³ Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955.

А. Тойнбі)²⁴, певної стадії та стану етногенезу (Л. Гумільов)²⁵. Цивілізаційний підхід є актуальним для доктрини представників тих країн, які долають розрив між своєю релігійно-традиційною структурою суспільства та нагальною необхідністю його модернізації в умовах обмеженості природних ресурсів і потенційних загроз і викликів для їх стабільного розвитку. Цивілізаційний підхід певною мірою зумовлює дослідження юридичних явищ і процесів через призму соціальних цінностей, які розглядаються як основа ідентифікації правової системи та її самобутності на правовій географії світу. Логіка конституційних явищ і процесів у цивілізаційному підході також розкривається через їх циклічну природу. Водночас цивілізаційний підхід можна застосовувати як один із загальнофілософських підходів у дослідженні конституційних явищ і процесів. Деякою мірою цивілізаційний підхід перехрещується із методологією досліджень у компаративному конституційному праві (хоча сьогодні так і не вирішена остаточно дискусія про природу порівняльного правознавства – як самостійної юридичної науки чи специфічної юридичної методології, побудованої на основі порівняльно-правового методу дослідження)²⁶.

Постмодерний підхід у дослідженні проблем державності. На думку російського політика І. Гомерова, сьогодні у політології формується системно-синерго-діяльнісна парадигма дослідження проблем державності. Вона базується на поєднанні системного, синергетичного та бігевіористського підходів. Підхід І. Гомерова є цікавим тим, що між політологією та конституційним правом існують доволі тісні між-

²⁴ Берман Г.Дж. Западная традиция права. Эпоха формирования. – М.: Прогресс, 1998; А. Тойнби. Постигание истории. – М.: Прогресс, 1990; Тойнби А. Цивилизация перед судом истории. – СПб, 1996.

²⁵ Гумилев Л. Этногенез и биосфера Земли. – М., 1979; Гумилев Л. Конец и вновь начало. – М., 1992.

²⁶ Див. про дискусію про природу компаративістики як самостійної юридичної науки чи специфічного методу досліджень правових явищ і процесів: перша позиція домінує у континентальній традиції права (М. Марченко. Курс сравнительного правоведения. – М., 2002; Савчин М. Порівняльне правознавство. Загальна частина. – К., 2005; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. – М., 1998), друга – в американській та французькій доктрині (Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1996; Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. – М.: Дело, 2002).

дисциплінарні зв'язки. Їхня відмінність полягає в тому, що предметом політології є дослідження влади як соціального феномена, а предметом конституційного права – визначення правових рамок здійснення політичної діяльності.

Відповідно до цієї парадигми держава і державна влада розглядаються як особливого роду системи. На думку І. Гомерова, політологи повинні їх досліджувати: по-перше, з точки зору їхнього складу, наявності в них певного набору елементів і структури, взаємозв'язків між ними; по-друге, функціонально – з точки зору внутрішнього функціонування їхніх елементів, їхньої ролі у відношенні один до одного та зовнішнього функціонування, їхньої ролі у відносинах із зовнішнім середовищем; по-третє, з точки зору їхньої історії – генезису, походження, виникнення, породження і перспектив розвитку, змін та еволюції²⁷.

Такий підхід скоріше носить постмодерний характер, оскільки його методологія побудована на відносному характері складових елементів системної, функціональної, бігевіористської, історичної методології дослідження владних відносин, які складають основу політичного процесу. З точки зору конституційного права такий підхід базується на необхідності концентрувати увагу на особливостях окремих конституційних правовідносин, відповідно до чого і визначається правовий режим функціонування окремих інститутів чи здійснення процедур. За таких умов втрачається цілісна картина конституційної матерії і вона роздробляється на окремі дискурси на кшталт проблем гарантій основних прав і свобод, парламентаризму і парламентського контролю, правового захисту конституції та конституційної юстиції, легітимності влади та демократичності засад виборчих систем тощо. Хоча на сьогодні існує настійлива потреба їх розглядати синтетично, як відкриту систему, яка реагує на соціальний, політичний, економічний, конкретно-історичний контекст.

Синтетичний підхід. Конституція є продуктом розвитку соціальних процесів і служить основним засобом легітимації влади, заснованої на ідеї забезпечення основних прав і свобод людини. За таких умов конституція має нормативний та сутнісний моменти. З нормативної точки зору, конституція відображає певну відкриту систему соціальних цінностей, щодо яких в суспільстві існує консенсус і їх захист забезпечується правовими засобами. Як певний тип правопорядку конституція відображає динаміку процесів досягнення в суспільстві

²⁷ Гомеров И.Н. Государство и государственная власть. – М.: ЮКЭА, 2002. – С. 52.

політичної інтеграції відповідно до принципу верховенства права з метою забезпечення суспільного блага.

Таким чином, *нормативною основою правопорядку є конституція, яка засновує певний тип політичної організації суспільства та інтеграції його інститутів із метою досягнення суспільного блага*. Відповідно до загальних соціальних установок та цінностей, щодо яких в 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).

Конституція виконує функцію легітимації суспільного порядку. Тому у формі конституційних принципів визначається демократичний доступ до посад через демократичні вибори та засадничих принципів поділу влади (переважно через парламентаризм та судовий конституційний контроль), а також щодо обмеження влади, які здійснюються переважно через правові гарантії прав і свобод людини²⁸. 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, що містять конкретні приписи, так і норми, що визначають загальні правові засади втручання у приватне життя. Відповідно конституція має як вертикальну, так і горизонтальну структуру. Вертикальна структура конституції стосується власне її приписів, горизонтальна – визначає сукупність принципів права (норм-принципів), що діють як у сфері публічного, так і приватного права. Таким чином, конституція у нормативному сенсі поширюється як на сферу публічного, так і приватного права.

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; ґ) правовий ме-

²⁸ Циппеліус Р. Філософія права. – К.: Тандем, 2000. – С. 204 – 205.

ханізм міжнародного співробітництва держави. Таким чином, *конституція за змістом є певним типом соціального порядку, заснованому на визначенні легітимних рамок правління з метою забезпечення суспільного блага* (балансу публічних і приватних інтересів).

У формально-юридичному значенні конституцію розуміють як основний закон, який має установчий характер і володіє верховенством. Як нормативно-правовий акт Конституція України володіє такими властивостями:

а) установчий характер – конституція є актом установчої влади; звідси, конституцію не можна розглядати як результат законотворчості парламенту, який власне і засновується конституцією і зв'язаний її приписами. Конституція, таким чином, закладає засади організації суспільства і держави, визначає основи правового статусу особи, зміст і напрямки діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування, засади діяльності інститутів політичної системи та засади демократичного ладу в країні;

б) основний закон – конституція є ядром правової системи, на її основі розробляються і приймаються нормативно-правові акти, вона закладає програму, загальні напрямки правотворчої роботи у державі, консолідує систему джерел національного права;

в) найвища юридична сила – ніякий інший нормативний акт не може викривляти зміст конституції, вона створює такий порядок, коли право і закон не повинні розходитися; Конституція України займає найвище положення серед нормативно-правових актів, які не повинні суперечити їй, а відповідати її основним принципам та духові.

Конституційний Суд у висновку № 2-в/99 від 02.06.1999 р. витлумачив принцип найвищої юридичної сили конституції таким чином: «Однією з найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою, гарантією закріпленого у статті 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини є стабільність Конституції, яка, крім інших чинників, значною мірою визначається правовим змістом Основного Закону. Наявність у Конституції України надто деталізованих положень, місце яким у поточному законодавстві, породжуватиме необхідність частого внесення змін до неї, що негативно позначатиметься на стабільності Основного Закону»;

г) горизонтальний ефект – конституція рівною мірою є основою для норм публічного і приватного права; такий нормативний вплив конституції на правову систему країни втілюється через конкретиза-

цію конституційних принципів та прав і свобод людини на рівні поточного законодавства та конституційної юриспруденції;

г) верховенство Конституції щодо міжнародних договорів, які вносяться у парламент для проходження процедури ратифікації; це положення стосується також щодо належним чином ратифікованих парламентом міжнародних договорів;

д) пряма дія конституційних норм означає обов'язок органів державної влади і місцевого самоврядування, їх посадових осіб застосовувати безпосередньо положення Конституції при наявності прогалин у праві або у випадку суперечності між конституційними нормами та нормами закону; якщо у ході правозастосування неможливо зняти таку суперечність, тоді таку колізію остаточно вирішує Конституційний Суд України;

е) особлива процедура прийняття – внесення змін до Конституції України здійснюється у відмінному порядку від законодавчої процедури. Це проявляється в ряді обмежень матеріального і процесуально-правового характеру, а також у поєднанні парламентської і референдної процедури прийняття нової Конституції, яка може бути ухвалена тільки з дотриманням цілої низки вимог, які визначенні розділом XIII Конституції України.

Такі властивості Конституції України визначають особливий характер і специфічне її положення серед джерел права, зокрема у системі нормативно-правових актів. Термін «відповідність нормативно-правового акту конституції» означає те, 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 у відповідності до конституції шляхом вирішення питання про нечинність окремих положень такого правового акту.

У системі публічного права конституційне право встановлює баланс (співвідношення) загальних, корпоративних (групових) та індивідуальних інтересів. Відносини підпорядкування між окремими індивідами, соціальними групами та публічною владою будуються на засадах вільної ініціативи, соціальної диференціації, поділу влади та збалансованого правління. Правління більшості здійснюється при повазі інтересів меншості, якій гарантується вільна критика діяльності правлячої більшості та вільне обговорення заходів політичного характеру. Влада зв'язана правом і зобов'язана поважати конституційні цінності, насам-

перед утверджувати і забезпечувати права і свободи людини. Публічна влада здійснює керівництво виключно на основі закону, що гарантується судовим контролем її дій. З метою забезпечення ефективного управління суспільними процесами публічна влада спирається на повноваження, визначені у конституції і законах, які приймаються більшістю демократичним шляхом при можливості меншості вільно обговорювати та критикувати передбачувані наслідки чинності цих правових актів. Тому приписи органів публічної влади мають імперативний характер, що базується на презумпції законності актів органів публічної влади. У свою чергу гарантується право особи на оскарження до суду дій та актів органів публічної влади, якщо ними порушуються його права і свободи.

Приватне право визначає горизонтальні зв'язки 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 істотних умов певного договору, однак їх 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 конституція визначає баланс публічних та індивідуальних інтересів. Тому вона 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 загального інтересу. Тому від індивіда передбачається соціальна активність та відповідальність, тобто він повинен володіти правосуб'єктністю, що включає в себе правоздатність, дієздатність і деліктоздатність.

Аксіологія. Конституція володіє самодостатньою цінністю в суспільстві, оскільки вона за природою речей поєднує в собі як нормативний компонент національної правової системи, так його структурний компонент – суспільно-політичні та публічно-владні інститути, зв'язки між ними (конституційні правовідносини) та процедури – конституцій-

ний порядок. Інтегративним компонентом між нормативним і структурним розумінням конституції є її цінності та засадничі принципи²⁹.

Постає лише питання в якому ступені досягнуто консенсусу в українському суспільстві щодо змісту та сутності конституційних цінностей. Цю проблему можна розглядати через призму конституційного патріотизму³⁰ та конституційної глобалізації³¹, народним суверенітетом та субсидіарністю, правами людини та публічним інтересом тощо.

У цьому напрямі і надалі існує дискусія, оскільки невизначеним є розуміння щодо елементів конституційного устрою. Це питання буде розглянуто нижче. Наразі зауважимо, що в якості конструктивних елементів конституційного порядку нами вбачаються договір, народний суверенітет, парламентаризм, конституційна юриспруденція. Через ці інститути, як здається, можливо дійти суспільного консенсусу щодо засадничих конституційних цінностей та принципів. На закінчення цієї частини дослідження необхідно коротко розглянути практичний інструментарій щодо досягнення конституційного консенсусу і недопущення ентропії конституційної матерії, що загрожує сповзанню України в хаос.

Сьогодні конституція виступає як система основоположних цінностей та цілей розвитку політичних інститутів та публічної влади. До основних конституційних цінностей, як вже відзначалося, належать гідність і свобода людини, рівність і справедливість, легітимність і поділ влади, децентралізація влади, політична, економічна, ідеологічна багатоманітність тощо. Гідність людини як соціальної істоти передбачає неприпустимість вчинення щодо неї свавільних дій з боку влади. Людина самостійно вступає у відносини з іншими людьми на засадах рівності. У випадку, якщо у відносинах між його учасниками спостерігається непропорційність, нееквівалентність, виникає необхідність владного втручання, оскільки існує небезпека нормального здійс-

²⁹ Политико-правовые ценности и современность. Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Эдиторал УРСС, 2000; Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany / 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997.

³⁰ Mueller J.-W. Constitutional Patriotism. Princeton and Oxford: Princeton University Press; Mueller J.-W. On the Origins of the Constitutional Patriotism // Contemporary Political Theory, 2006, № 6, pp. 278-296; Sternberger D. Verfassungspatriotismus // Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1979, 23th May.

³¹ Хабермас Ю. Кантовский проект и расколотый Запад // Расколотый Запад / Пер. с нем. – М.: Весь мир, 2008. – С. 103 и след.

снення основних свобод людини. Слабший тоді потребує захисту від сильнішого. З цією метою і засновується публічна влада, яка дбає про публічний інтерес. Публічний інтерес є вищий від державного інтересу.

Публічна влада як посередник у соціальних конфліктах та регулятор відносин покликана забезпечити людську гідність і свободу у всіх їх проявах. Відповідно у приватної особи виникають підстави вимагати від публічної влади захисту свого суб'єктивного права від неправомірного втручання з боку третіх осіб. У свою чергу, щоб публічна влада користувалася довірою, вона не повинна свавільно втручатися у здійснення прав людини. Необхідною умовою цього є періодичні вибори, які є засобом зміни влади і недопущення концентрації влади в одних руках. У свою чергу, з метою ефективного управління суспільством публічна влада організовується на засадах її поділу владних повноважень між її органами. Для того, щоб органи публічної влади діяли в правових рамках повинен існувати контроль над владою з боку народу. Правовою гарантією є судовий контроль над правовими актами та діями органів публічної влади.

Праксеологія. З точки зору реалізації конституційних принципів завжди існувала дискусія щодо співвідношення формальної і матеріальної конституції. Однак ми цю проблематику розглядали через розуміння конституції як нормативного і соціального порядку. Водночас процес реалізації конституції зумовлений практичною діяльністю приватних осіб, органів публічної влади та осіб, наділених владними функціями. Розуміння специфіки конституції як певного нормативного і соціального порядку визначає певні стереотипи та моделі поведінки суб'єктів конституційних правовідносин, метою чого є підпорядкування праву їх основних мотивів, прагнень і домагань.

Відповідно до цього формується певний модус діяльності індивідів, політичних акторів та інститутів публічної влади у контексті модернізації конституційного порядку. Така модель передбачає наповнення нормативних вимог конституції реальним змістом для того, щоб вони стали практичним інструментом реалізації інтересів у складному соціальному середовищі. При цьому слід мати на увазі високу ступінь атомізації українського суспільства, наслідком чого є криза довіри до суспільних інститутів, зокрема політичних партій та органів публічної влади. Тому деякі конструктивні елементи конституціоналізму (конвенціоналізм, парламентаризм) часто дають збої. Разом з тим вони взаємопов'язані із іншими елементами, які в рамках саморегулювання дають змогу поступово збалансувати конституційну систему.

Забезпечення верховенства конституції є наслідком досягнення суспільного консенсусу між провідними інститутами влади та учасниками політичного процесу. Такий консенсус можливо досягнути лише на основі вільного демократичного дискурсу щодо можливих майбутніх наслідків правових і політичних рішень, які приймаються. Причому учасники цього дискурсу мають усвідомлювати, передбачати і закладати в основі своїх рішень середньо- і довгострокові наслідки схвалюваних рішень. Досягнення консенсусу у суспільстві є передумовою формування консолідованої демократії, заснованої на повазі до демократичних процедур, верховенства права та основоположних суспільних цінностей.

Сьогодні є небезпечною практика розмивання сутності соціальної норми, що є наслідком радянської правової спадщини з її номінальним конституціоналізмом, відсутністю чітких ціннісних установок соціальної поведінки, яка виражалася у розриві між проголошеними цілями та практикою втілення конституційних норм в життя. Зокрема, Конституційному Суду України доводиться у рамках конституційного контролю *a posteriori* вирішувати питання конституційності законів, які не містять норм права як певних абстрактних правил суспільного життя³².

³² Зокрема, Конституційний Суд зіткнувся із проблемою відсутності нормативного регулювання Законом № 2085-III від 02.11.2000 р. (режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2085-14>), оскільки він визначав по суті управлінську процедуру щодо здійснення приватизації ВАТ Маріупольський металургійний комбінат імені Ілліча, яка не відповідає критеріям абстрактності, притаманним правовим нормам. Це свідчить про розмивання сутності правової норми у практиці вітчизняного парламентаризму, що підриває легітимність законотворчої діяльності Верховної Ради. Конституційному Суду прийшлося вводити неологізм «вичерпання дії законом», що стало підставою для припинення конституційного провадження у цій справі (див.: ухвала КСУ № 48-уп/2008 від 21.11.2007 р.). Однак такий підхід Конституційного Суду не відповідає основоположним засадам верховенства права, зокрема вимогам абстрактності законів, оскільки вони стають нечинними внаслідок внесення змін до відповідних їх положень або їх скасування, прийняття нового закону, визнання закону/його частини неконституційними, правової визначеності, правомірності очікувань. Суд мав вирішити цю справу по суті і визнати закон неконституційним на підставі частини третьої статті 8, пункту 36 статті 85, пункту 7 статті 92 та пункту 5 статті 116 Конституції України. Іншими словами, не є предметом регулювання на рівні закону питання особливостей приватизації якогось майна, оскільки вони мають ознаки управлінських дій, а не правотворчості, формулювання абстрактних правил.

Модерний дискурс передбачає комплексне вирішення сучасних проблем конституційного характеру у контексті процесів глобалізації та фрагментації. Становлення української конституційної традиції у першу чергу пов'язується з вироблення культури неухильного дотримання конституції. Таке самовідтворення ґрунтується на мережі вертикальних і горизонтальних зв'язків у державно організованому суспільстві, яке не відкидає застосування певних дифузивних моделей.

В умовах модернізації України є надзвичайно актуальним поєднання ієрархічних та горизонтальних зв'язків між учасниками політичного процесу, між інститутами влади та суспільно-політичними інститутами. Основою цієї мережі є доступ до справедливого і неупередженого правосуддя, що в Україні пов'язано із ефективністю судово-правової реформи.

1. Вироблення культури неухильного дотримання конституції як основи національної правової системи та засобу самовідтворення конституційних цінностей, принципів і норм.

2. Самовідтворення права, що ґрунтується на мережі узгоджувальних, примирювальних та судових процедур, які дають змогу забезпечити баланс публічних і приватних інтересів.

3. Використання політико-правових процедур вирішення конституційних конфліктів: а) вирішення Конституційним Судом питання про конституційність правових актів органів публічної влади та поваги рішень Суду і неухильне їх виконання; б) проведення консультацій між учасниками політичного процесу на засадах відкритого і вільного демократичного дискурсу на договірних засадах та поваги до вимоги щодо неухильного виконання договорів; в) здійснення арбітражних функцій главою держави за результатами консультацій з учасниками політичного процесу.

4. Використання мережі *Think Tanks* (незалежних аналітичних центрів, організацій, інституцій, окремих експертів) з метою забезпечення ухвалення компетентних і ефективних владних рішень з використанням відповідних демократичних процедур (громадських слухань, експертного аналізу, делегування повноважень, електронного уряду тощо).

4.2. Структура соціального порядку та нормативна природа конституції

Теоретичні і практичні аспекти забезпечення верховенства конституції як певного відкритого нормативного акта необхідно розглядати з точки зору герменевтики³³ та загальних засад інтерпретації конституційних текстів³⁴. Конституція з семантичної точки зору складає набір символів, знаків, які містять інформацію, яка є відкритою для інтерпретації із притаманними для неї внутрішніми взаємозв'язками. Згідно до засад техніки викладу юридичних текстів, виходячи із особливостей конкретної ситуації тлумачення конституційних текстів забезпечується шляхом поєднання його певних способів, сукупність яких відображатимуть специфічну методичку тлумачення конституції.

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 в залежності від системи соціальних цінностей, щодо яких існує суспільний консенсус, та структури самого суспільства. Саме з таких методологічних засад необхідно розглядати структуру конституційного порядку.

Концепція консерватизму розглядає конституцію як надбання суспільної спадщини, яка відтворює відповідну правову традицію та відтворення відповідних суспільно-політичних інститутів. Один із ідеологів консерватизму в якості реакції на неоднозначні події в період Французької буржуазної революції Е. Бьорк говорив, що конституційний устрій є не настільки результатом революцій, як продуктом поступового розвитку конкретного суспільства, утвердження і відтво-

³³ Див.: Гадамер Г.Г. Истина і метод. – К.: Основи, 2002; Герменевтика: история и современность. – М., 1990; Квіт С. Основи герменевтики: Навчальний посібник – К.: Видавничий дім “КМ Академія”, 2003.

³⁴ Сліденко І.Д. Тлумачення конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду. – Одеса: Фенікс, 2003; Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2006; Циппеліус Р. Юридична методологія. – К.: Реферат, 2003.

рення його традицій і практик³⁵. На думку Ж. де Местра, конституцію не слід чітко прив'язувати із наявністю писаного тексту, оскільки засади політичної організації суспільства вже існують до їх нормативного оформлення. Конституція як писаний акт є результатом відповідних суспільно-політичних інститутів і більшою мірою виражається у послідовному відтворенні усталених практик конституційного правління. Писані правила є лише відображенням цих природних процесів і їх розширення містить потенційну загрозу конституційної інфляції. За таких умов людина не може написати жодної легітимної конституції, оскільки це є втручанням людини у фундаментальні закони соціального буття³⁶.

Консервативна традиція розглядає конституцію як історичний процес, який спирається на емпіричний досвід практики конституційного правління; їй чужі абстрактні й довільні концепції чи уявлення про конституцію³⁷. Часто консерватизм розглядають як спротив ліберальній традиції та реакцію на буржуазні революції з метою збереження феодального порядку, якому власне передував лібералізм.

Загалом концепція консерватизму є спротивом змін у суспільстві, не враховує динамічні аспекти розвитку конституційної традиції, яка є не лише відтворенням певних інституцій, правил і процедур, а також є спрямованою на перспективи їх розвитку, що імпліцитно містить в собі правову визначеність та правомірність очікувань. Саме з таких міркувань ліберальна концепція почала обґрунтовувати ідею писаної конституції, оскільки у період XVII-XVIII ст. вже було недостатнім спиратися лише на традицію конституційного правління в умовах посилення абсолютизму та зростання соціальної диференціації.

Концепція лібералізму. Відомий ліберал Ф. фон Гаек в якості основи суспільного порядку розглядає співвідношення між стихійним порядком

³⁵ Берк Е. Тривалість держави: збереження та зміни // // Консерватизм: Антологія. 2-ге вид. / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: ВД «Простір», Смолоскип, 2008. – С. 510 – 528.

³⁶ де Местр Ж. Принцип походження політичних конституцій та інших людських інституцій // Консерватизм: Антологія. 2-ге вид. / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: ВД «Простір», Смолоскип, 2008. – С. 531, 535.

³⁷ Нісбет Р. Догми консерватизму // Консерватизм: Антологія. 2-ге вид. / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: ВД «Простір», Смолоскип, 2008. – С. 143 – 149.

(*kosmos*) та правилами організації (*taxis*)³⁸. *Kosmos* побудований на засадах свободи і виникає спонтанно в ході взаємодії людей та організацій. При такій соціальній системі виникає проблема управління: «Структура сучасного суспільства досягла нинішньої складності, яка набагато перевищує все, що могло бути досягнуто в рамках обдуманого організації, що управляється, саме тому, що не залежала від організації, а розвивалася як стихійний порядок»³⁹. Також підтверджує тезу про спонтанний характер соціального устрою Д. Боаз без належного обґрунтування виникнення засад громадянського суспільства, яке не є організацією та немає власної мети⁴⁰. Натомість Ф. фон Гаек зазначає, що у соціальній системі на перше місце висуваються правила, а не цінності чи структурна побудова (організація). Справедливість розуміється ним із процедурної точки зору як розподіл ролей щодо трактування абстрактних правил, соціальна справедливість не може бути встановлена із визначеною достовірністю⁴¹. По суті неолібералізм фон Гаєка має елементи постмодернізму і схиляється до синергетичного трактування соціального порядку, оскільки цінності мають відносний та утилітарний характер – «абстрактний порядок може бути метою правил поведінки». За таких умов закон виражає той самий «абстрактний порядок», а судові рішення забезпечує підтримання та покращення існуючого порядку⁴². Таким чином суддя перетворюється у реального дистриб'ютора між абстрактними правилами у сенсі концепції «невидимої руки» А. Сміта.

Загалом конституційні цінності (свобода, рівність, справедливість, гідність індивіда тощо) у ліберальній традиції розглядаються як засіб, хоча це суперечить природі речей цінностей як засадничих положень конституції як нормативного, так і соціального порядку. Натомість конституційна система розглядається як певна процедура забезпечення балансу інтересів, як певна система соціальної дистрибуції.

Наголошуючи на сумнівності справедливості в якості складової конституційного порядку, лібералізм імпліцитно включає можливість

³⁸ Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. – М.: ИРИСЭН, 2006. – С. 53 – 72.

³⁹ Там само. – С. 68.

⁴⁰ Боаз Д. Ключові поняття лібертаризму // Лібералізм: Антологія. 2-ге видання (перероблене) / Упор. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: Видавничий дім «Простір», Смолоскип, 2009. – С. 35.

⁴¹ Хайек Ф.А. фон. – С. 244- 246, 264.

⁴² Хайек Ф.А. фон. – С. 132, 137.

для обґрунтованої критики своєї концепції, оскільки вона містить як дистрибутивні (процедурні), так і сутнісні (матеріально-правові) аспекти⁴³. Розуміння ж конституційного порядку як «абстрактного» є ніщо інше як нормативний аспект розуміння конституції.

Концепція неомарксизму. Сучасний неомарксист І. Валерстайн стверджує, що віра лібералізму у абстрактні правила, які зумовлюють соціальний порядок на основі індивідуальної свободи, не відповідає сучасним реаліям. Він демонструє це на прикладі зростання ролі крупного капіталу та транснаціональних корпорацій при здійсненні політики. Виборчі реформи та «деякі елементи держави добробуту» не забезпечують справедливий соціальний порядок. Тому І. Валерстайн пропонує концепцію мультикультуралізму як сучасного засобу утвердження справедливого соціального порядку⁴⁴.

Концепція І. Валерстайна також побудована на критиці концепції раціональності, на якій базується сучасне трактування соціальних систем. У цьому нами вбачається, як не дивно, постмодерністський дискурс щодо основних параметрів соціального порядку. По суті Валерстайн доходить до тих самих висновків, що і фон Гаек. Він визнає, що соціальні науки не є неупередженими і не можуть запропонувати загальні та універсальні істини. Тому соціальні науки повинні визнати, що істини «якщо взагалі існують, складні, суперечливі та багатоманітні»; вони покликані «шукати не просте, а найбільш адекватну інтерпретацію складного»; насамкінець, «раціональність заснована на сумісності політики і моралі, а роль інтелектуалів полягає в тому, щоб виявити історичні альтернативи, які стоять перед нами»⁴⁵. Концепція Валерстайна заперечує

⁴³ Леони, Бруно. Свобода и закон / Бруно Леони; пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева. – М.: ИРИСЭН, 2008.

⁴⁴ Валерстайн И. Либерализм и демократия. Братья-враги? [Четвертая Даалдеровская лекция, прочитанная перед межфакультетской рабочей группой по политическим наукам государственного университета Лейдена, Лнейден, Нидерланды, 15 марта 1997 года] // Валерстайн И. Конец знакомого мира: Социология XXI века / Пер. с англ. под ред. В.И. Иноземцева. – М.: Логос, 2004. – С. 127, 137.

⁴⁵ Валерстайн И. Общественные науки и современное общество. Исчезающие основания рациональности [Вступительное слово на Международном коллоквиуме «Университеты и обществоведение: новые пути к общественной рациональности», организованной Итальянской ассоциацией социологов, Палермо, Италия, 26-28 октября 1995 года] // Валерстайн И. Конец знакомого мира. – С. 210.

індивідуалізм, натомість вона є колективістською. Однак з точки зору трактування конституційного порядку вона не дає нам чогось продуктивного, як і концепція індивідуалізму фон Гаєка.

Сьогоднішні неомарксистські трактування конституції засновані на критиці ідей лібералізму. Зокрема, розглядаючи зміну сучасної концепції суверенітету говорять про заснування мереживного суверенітету як засобу легітимації існування публічної влади у вигляді імперії. Мережа субнаціональних, національних та супранаціонального суверенітетів служать, таким чином, засобом легітимації імперій модерного типу. У контексті процесів глобалізації модерна імперія, взявши на озброєння ідеї лібералізму утворює несправедливий світовий порядок, засобами якого виступає міжнародне право та супранаціональні інститути. При цьому такий світовий порядок часто виправдовується ідеями захисту прав людини.

Така есхатологічна точка зору на сучасні процеси глобалізації, універсалізації прав людини і трансформації державності є відображення проблем сучасного міжцивілізаційного дискурсу. Проблема власне полягає у пошукові спільних, універсальних цінностей між представниками різних правових традицій, засобом чого служать саме норми міжнародного права. Звідси і зростає роль конституціоналізації міжнародного права, відповідно до чого на конституційному рівні визначається юридична сила норм і загально визначених принципів міжнародного права, механізму делегування частини суверенних повноважень держави супранаціональній владі, визначення засад міжнародного співробітництва тощо.

Тому власне має значення не мультикультуралізм, а саме міжцивілізаційний діалог, бо перший більше орієнтує на культурний релятивізм та неподоланність відмінностей у різних правових традиціях (у тому числі конституційних традицій, які мають ще більш різноманітний характер в силу різноманітності організації публічної влади та існуючих державних режимів). Однак міжкультурний діалог на основі рівності та толерантності дає змогу досягти консенсусу щодо універсальних цінностей світового порядку в умовах обмежених природних ресурсів з метою забезпечення стійкого розвитку (*sustainable development*) людської цивілізації.

Концепція комунікативної демократії та модерну Ю. Габермаса. Особливістю модерної конституційної традиції є уявлення про державу, яка покликана прислухатися до думки громадян і виконувати її. Сьогодні держава виконує функцію «соціального угамування» рин-

кової стихії та нейтралізації побічних явищ кризового розвитку, що підриває устої соціального порядку⁴⁶.

Згідно з концепцією комунікативної демократії Ю. Габермаса соціальна структура побудована на розмежуванні владних і суспільно-політичних інститутів, оскільки лише на цій zasadі будуються відносини у вільному демократичному суспільстві. Тому необхідно відрізнити комунікативну діяльність суспільно-політичних інститутів і власне публічної влади, що впливає на форму державного режиму. «У діяльності політичної громадськості зустрічаються і перехрещуються два протилежні процеси: з одного боку, комунікаційне формування легітимної влади, яка породжується у вільному від будь-якої репресивності процесові комунікації політичної громадськості, а з іншого – таке забезпечення легітимності через політичну систему, за допомогою якої адміністративна влада намагається управляти політичними комунікаціями»⁴⁷. Невизначеність щодо параметрів суспільного устрою у різних соціальних системах досягається через досягнення балансу між вірою та знаннями⁴⁸.

Модернізм v. постмодернізм. З проголошенням незалежності України завершився етап ломки радянської традиції державного права та розпочалося становлення модерної доктрини конституціоналізму. Сьогодні в Україні спостерігається конституційний транзит, який має постмодерністський характер. Постмодернізм українського конституціоналізму полягає в такому:

- необхідність поєднання класичної ліберальної концепції прав людини з традиційним тяжінням українського суспільства до соціальних прав;

- забезпечення становлення конституційної держави, заснованої на доступності населення до належних управлінських послуг та спра-

⁴⁶ Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. Двенадцать лекций / Пер. с нем. – 2-е изд., испр. – М.: Весь Мир, 2008. – С. 372, 374.

⁴⁷ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. – М., 1992. – С. 49-50

⁴⁸ На думку Ю. Габермаса, подолання проблеми діяльності маргінальних терористичних угруповань в мусульманському світі пов'язано із вирішенням дилеми секуляризації та релігійної структури суспільства. Див.: Хабермас Ю. Вера и знание // Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике? – М.: Весь мир, 2002. – С. 115 – 132. Це питання, на нашу думку, пов'язано з тим, що світ раціональності та світ духовності взаємно доповнюються. Тому достатніми правовими гарантіями для забезпечення суспільної рівноваги є свобода совісті і віросповідання, функції держави щодо захисту сім'ї як основи суспільства.

ведливого і неупередженого суду з урахуванням негативного досвіду патерналізму радянського періоду;

- становлення ефективної системи проміжної публічної влади та місцевого самоврядування, що потрібно поєднувати із адміністративно-територіальною реформою;

- забезпечення державного суверенітету України з урахуванням формуванням молодшої самодостатньої державності, що входить у напругу з майбутньою потребою делегування частини суверенних повноважень наднаціональним інститутам (Supranational Power);

- визначення самоідентифікації української нації, тобто вирішення проблеми щодо позаблокового статусу України, можливості її інтеграції в європейські та євроатлантичні структури або інтеграції у євразійські структури.

Разом із тим необхідно мати на увазі, що концепція постмодернізму характеризується есхатологією, зневірою у можливості якісного оновлення чи модернізації суспільно-політичних інститутів, вироблення певних концептуальних підходів, які б відзначали якісні ознаки вітчизняної доктрини конституціоналізму. Постмодерністський дискурс несе у собі потенційну загрозу також у тому, що він зосереджується на вузькій функціональності, оперуванні символами та образами, що має наслідком ірраціоналізацію конституційного дискурсу, коли він зводиться до обміну образами, символами, поглиблення диференціації, в якій розчиняється ціле, тобто ідея консолідації суспільства та політичної інтеграції на основі консенсусу щодо соціальних цінностей.

Синтетичний підхід. Сучасна концепція конституції має поєднувати ліберальний підхід із протекціонізмом, певним чином синтезуючи їх. Конституційна держава покликана захищати конституційні цінності шляхом моніторингу відповідної політичної практики учасників політичного процесу та інститутів публічної влади, адекватно реагуючи на виклики і загрози конституційному порядку.

Фундаментальними цінностями будь-якого конституційного устрою суспільства є гідність і свобода людини. Категорія свободи передбачає вільний розвиток особи в суспільстві як індивіда. Вільний розвиток людської особистості передбачає насамперед заборону свавільного втручання у приватне життя особи. З іншого боку, кожна особа повинна вступати у соціальні зв'язки як відповідальний індивід, щоб не порушувати свободу приватної автономії людини. За таких умов, з метою забезпечення гідності

людини виникає легітимна вимога до владних інститутів щодо забезпечення соціальних послуг та допомоги, що є необхідною умовою для вільного розвитку особистості та забезпечення її приватної автономії.

Таким чином, головним критерієм конституційного порядку при визначенні сфери свободи є не лише формування напрямків державної політики щодо реалізації людських прав. Конституційний порядок визначає лише потребу нормативного регулювання меж втручання держави у сферу свободи з метою забезпечення ефективного захисту прав людини. Оскільки Україна жила тривалий час в умовах суспільства, позбавленого вільного розвитку, у Конституції необхідно визначити критерії свободи: обмеження свободи на основі закону, недопущення сваволі, пропорційність, ефективність захисту тощо.

Категорія справедливості передбачає, що незалежно від соціального статусу особи правила застосовуються однаково. Відповідно справедливим буде те, що по відношенню конкретної особи не буде допущено свавільної поведінки. Кожен індивід є унікальним за своїми здібностями, фізіологічними, психічними властивостями. Тому справедливим також буде те, що закон надає рівні можливості у реалізації своїх здібностей індивідом. Із цього випливає вимога лібералізації суспільного життя.

Справедливість розуміють також як позитивну діяльність держави щодо вирівнювання можливостей у реалізації певних прав людини. Справедливим є формування системи адресної соціальної допомоги вразливим та малозабезпеченим верствам населення. Діяльність держави у соціальній сфері слід наповнити конкретним позитивним змістом – доступ до певних соціальних послуг можлива при формуванні мережі суспільних інститутів: соціального страхування; установ, що надають соціальні послуги та допомоги; види соціальних послуг і допомоги; засади конкуренції у діяльності цих установ та їх відповідальність. Соціальні зобов'язання держави не можуть носити надмірний характер, оскільки вони не захищаються ефективно у судовому порядку і це підриває довіру суспільства до влади.

При таких умовах формується реальний конституційний порядок, який визначає стандарти щодо вчинення певних адміністративних дій та надання управлінських послуг населенню на засадах транспарентності та доступності. Що стосується приватного життя, держава може втручатися лише на основі закону та шляхом судової перевірки обґрунтованості такого втручання. У соціальній сфері дер-

жава несе позитивні обов'язки щодо забезпечення ефективної діяльності системи соціальних установ.

Справедливість вимагає функціонування ефективної та сильної влади. Ефективність влади не має прямого зв'язку із обсягом функцій та повноважень органів влади. Ефективність влади насамперед визначається ступенем забезпечення національної безпеки, національних інтересів, національної самоідентичності, механізму інтеграції до супранаціональних об'єднань та взаємовигідного міжнародного співробітництва, прийняття адекватних владних рішень та їх оперативну реалізацію, забезпечення пропорційності в обраних засобах управління вимогам конституційного порядку⁴⁹.

Квінтесенцією конституції є гарантії основоположних прав людини та обмеження владної сваволі. Обмеження владної сваволі полягає у діяльності органів публічної влади згідно з принципом верховенства права виключно на основі закону шляхом однакового його застосування. Конституційна вимога захисту прав людини тісно пов'язана із ефективною та сильною державою.

Ефективність влади полягає у її реальної здатності забезпечити захист прав людини та мінімізації владного втручання у приватне життя особи. Тому ця проблема переміщується у площину ефективності судового контролю над адміністративними актами і діями, попередження і перепинення фактів зловживання владними повноваженнями та порушень прав людини.

Сила, п'ятуга держави проявляється у реальній здатності уряду й адміністрації приймати адекватні і компетентні управлінські рішення. Також сильна держава втілюється у політичній волі неухильно впроваджувати у життя рішення шляхом оптимальної організації апарату та системи адміністративних процедур.

При такій системі для України є важливою подальша децентралізація влади шляхом розширення самоврядних прав органів самоврядування. Для цього місцевим інститутам влади необхідно передати необхідні фінансові, земельні та матеріальні ресурси. З цією метою у Конституції достатнім є закріплення принципу субсидіарності та вилучення з її тексту визначення категорії місцевого самоврядування, оскільки це визначення позбавлене сенсу без відповідних матеріальних та організаційних інструментів.

⁴⁹ Савчин М. Конституційна ідеологія та конституційна реформа // Критика. – 2008. – № 6. – С. 3 – 4.

4.3. Конституційний порядок та структура конституції

Структура конституційного порядку зумовлена складністю сучасних соціальних систем. Структуру сучасного конституційного порядку складають договір, народний суверенітет, парламентаризм та судовий конституційний контроль.

Договір. Конвенціоналізм конституції ніколи не піддавався сумніву, навіть більше – він інколи абсолютизувався. Так у вітчизняній доктрині конституціоналізму часом набувають поширення трактування конституції як договору, що виражає співвідношення політичних сил, яке запозичене від ідей німецького соціолога Ф. Лассаля. Однак ідея конвенціоналізму зовсім не означає цього.

Конвенціоналізм означає, що конституція розглядається як своєрідний суспільний договір, заснований для встановлення порядку відносин між урядом та народом з метою вирішення справ суспільного значення і забезпечення соціального миру і безпеки. Стосовно політичного процесу конституція аж ніяким чином не визначає розстановку політичних сил, навпаки – вона визначає параметри правил політики, тобто виконує дистрибутивну функцію. Це виражається насамперед через функціонування відповідних інститутів – парламентаризму та конституційної юстиції. За таких умов конституція виражає суспільний консенсус щодо засадничих соціальних цінностей. Це виражає сутність змісту матеріального розуміння конституції як базису заснування, організації та визначення меж державно організованого суспільства⁵⁰.

У режимі конституціоналізму договір має важливе значення, оскільки він визнається насамперед вторинним джерелом конституційного права. Його ігнорування призводить до інфляції конституційної матерії. Дотримання договорів між учасниками політичного процесу в конституційному праві має важливе значення, оскільки визначення напрямків політичного курсу, який часто є мінливим, за допомогою конституційних приписів є досить складним процесом. Тому на перший план виходять конвенційні угоди, на яких власне і базуються більшість парламентських процедур – законодавчі, контрольні, установчі тощо.

⁵⁰ Deutsches Staatsrecht. Zippelius/Wuertemberger. 31 Auflage. – S. 37.

Найвищий ступінь конвенціоналізму у конституційному праві належить концепції установчої влади, тобто влади, що засновує конституцію. Концепція установчої влади трактується як вища форма вираження народного суверенітету, яка засновує певний тип конституційного порядку. Згідно з нею конституційний порядок є кумулятивним результатом взаємодії різних учасників політичного процесу. Народ при цьому не зводиться до сукупності індивідів, він трактується як певна інтегративна цілісність різних учасників політичного процесу – інститутів публічної влади, суспільно-політичних інститутів, соціальних груп та окремих індивідів⁵¹. Установча влада трактується не через призму монополії, а як узгодження інтересів різноманітних груп впливу, досягнення суспільного консенсусу на основі відкритих демократичних процедур. Установча влада формалізується через нормативні вимоги (заборона перегляду конституції легіслатурою протягом однієї каденції, неприпустимість перегляду певних конституційних положень, обмеження процедурного і часового характеру тощо).

Народний суверенітет. Концепція конституціоналізму, на перший погляд, конкурує із концепцією демократії, оскільки відображає ідею обмеження влади за допомогою правових засобів, серед яких, насамперед, виступає писана конституція, що володіє найвищою юридичною силою, та через механізм судового контролю за актами органів влади і в першу чергу парламенту. Аналізуючи зміст демократії через призму її критики з боку «анархіста» та «підкувальника», американський політолог Р. Даль також підмічає цю суперечність між конституціоналізмом та демократією. Зокрема, судовий конституційний контроль він розглядає як елемент державного піклування⁵².

Таке побоювання Р. Даля, як і іншого американського юриста Дж. Елая зумовлено тим, що дії судової влади досить складно контролювати з боку народу. Їхню думку також підтримує угорський конституціоналіст

⁵¹ На подібній позиції також стоїть Конституційний Суд України, який пов'язує можливість внесення змін до Конституції шляхом взаємодії різних суб'єктів установчого процесу, які зв'язані конституційними рамками. Див.: Рішення КСУ № 3-рп від 27.03.2000 р. у справі за конституційним поданням 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою» (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою).

⁵² Даль Р. Демократия и ее критики. – М.: РОССПЭН, 2003. – С. 55 – 122, 296.

А. Шайо, який вбачає у конституціоналізмі певну елітарну модель побудови вільного демократичного суспільства, в якій відіграють значну роль компетентні фахівці. Наведенні думки пов'язані із кризою сучасної демократії, коли на практиці народ розглядають, як певний, умовно кажучи, бездумний натовп, думкою якого можна маніпулювати за допомогою сучасних засобів комунікації та вчинення впливу на свідомість.

Разом з тим, концепт демократії завжди спирався на ідею про компетентного громадянина, здатного та заінтересованого брати участь в управлінні публічними справами. Дана проблема підіймає необхідність підвищення ефективності виховання людей як свідомих і відповідальних за свої поступки громадян. З юридичної точки зору такі громадяни повинні володіти достатнім арсеналом юридичних засобів, щоби відстоювати свої права та інтереси.

Проблема демократії тісно пов'язана із політичною практикою (*polity*) та політичним режимом. Тому конституційне право можна розглядати як право політичне⁵³. Конституція закладає основи національного правопорядку, програмує діяльність глави держави, парламенту, уряду, органів правосуддя у сторону планомірного розвитку конституційних принципів, норм і положень. Таким чином влада, що засновує конституцію, наділяє вищі конституційні органи визначати загальні моделі втручання у соціальні відносини, що склалися у конкретному суспільстві, країні. Міра державного втручання, закладена у положеннях конституції може визначатися в залежності від політичного курсу конкретного органу публічної влади, який в силу конституційних положень наділений повноваженнями і несе всю повноту відповідальності за наслідки такого втручання. У вільному демократичному суспільстві, побудованому на функціонуванні інститутів представницької демократії, формується загальна політична воля на основі поваги до різноманітних інтересів, що виникають у суспільстві.

Парламентаризм. Парламентська демократія сьогодні є вразливою, оскільки сьогодні все далі ускладнюється законодавча діяльність та юридико-технічні вимоги до законів, що зумовлює перенесення

⁵³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М.: Прогресс, 1982. Також у Ж.-Ж. Руссо у модерному значенні конституційне право характеризується як політичне право. Згідно з германською правовою традицією політичний характер конституційного права визначає тенденції до введення політичного процесу у правові рамки, тобто юридизацію політики.

центру законотворчої роботи до уряду, а також до профільних комітетів парламентів. Слабкі політичні системи також є одним із факторів кризи парламентської демократії. Зокрема, це проявляється у політичній фрагментації парламентів, що є причиною як парламентських, так і урядових криз. Такі проблеми долаються різними шляхами: наприклад, у першому через делегування законодавчих повноважень, а в другому – конструктивному вотумі недовіри урядові з боку парламенту.

Сучасна концепція парламентаризму виражає роль представницьких органів законодавчої влади (легіслатур) у визначенні загальних напрямків зовнішньої і внутрішньої політики держави, найважливіших сфер суспільного життя у формі законів, здійсненні контролю за діяльністю уряду та адміністрації. Таким чином, парламентська демократія – це механізм взаємодії публічної влади та народу, який опосередковується у діяльності легіслатури (парламенту). Сьогодні переважають концепції верховенства парламенту та раціоналізованого парламентаризму, які мають ряд своїх модифікацій⁵⁴.

Концепція верховенства парламенту визначає головну роль легіслатури у механізмі публічної влади, якому належить вся повнота законодавчої влади та провідна роль у формуванні апарату держави та контролю за його діяльністю. Легіслатура є домінантою у бюджетному процесі, встановлює податки і визначає податкову політику в державі. Уряд формується та контролюється парламентом, який затверджує програму діяльності кабінету. Кабінет у своїй діяльності є зв'язаний загальними засадами зовнішньої і внутрішньої політики, які ухвалюються парламентом. Це не виключає можливості розпуску парламенту, що здійснюється фактично за ініціативою глави уряду. Такий механізм зумовлює концентрацію політичної влади в руках політичних партій, які мають більшість парламентських мандатів. Така концепція ще називається системою парламентського (відповідального) правління.

Концепція раціоналізованого парламентаризму виникає у результаті кризи ліберальної демократії, зокрема режиму парламентаризму. Ідеї, що лягли в основу раціоналізованого парламентаризму, зумовлені переосмисленням ролі парламенту у правовій політиці держави, визначення парламенту як своєрідного «політичного форуму нації». У сфері правотворчості за парламентом залишаються визначення засад зовнішньої та внутрішньої політики. Законодавчі повноваження

⁵⁴ Див. також: Шаповал В.М. Зарубіжний парламентаризм. – К.: Основи, 1994.

конституційно гарантуються шляхом закріплення за парламентом виключної їх сфери, у здійснення яких не вправі втручатися ніякий орган публічної влади. Поза цією законодавчою сферою виникає сфера регламентарної правотворчості уряду та адміністрації, а в деяких випадках і глави держави. Ускладнення суспільних процесів призводить до того, що з окремих питань, згідно з конституцією, парламенти приймають закони-рамки (Іспанія, Франція, Україна), детальна регламентація яких фактично здійснюється урядом⁵⁵. Конституції також визначають можливість делегування законодавчих повноважень, хоча для цього санкціонування з боку установчої влади (конституанти) не є обов'язковим. Фактично, ефективність діяльності парламенту у такій системі зумовлена здійсненням ним контрольних функцій за діяльністю уряду та адміністрації, що перетворює легіслатури в політичні форуми нації.

Судовий конституційний контроль. Конституційне правосуддя здійснює загальні завдання по захистові конституції: забезпечує її верховенство і стабільність, дотримання принципу поділу влад, захист основних прав і свобод. Природа діяльності конституційної юстиції впливає з її правових характеристик. Існують різні підходи до нормативного регулювання її діяльності. Одні конституції вказують, що дані органи «вирішують виключно питання права» (Росія, ФРН, Австрія, Іспанія, Франція), інші вказують на досягнення цілей конституційного правосуддя виключно правовими засобами (Україна).

Займаючи особливу інституційну роль, спеціалізовані судові установи вирішуючи «питання права», тим не менше, у певній мірі здійснюють політичну діяльність⁵⁶. Це впливає з того, що дані органи повинні

⁵⁵ Про співвідношення рамкового законодавства Верховною Радою та вироблення правил конкретного змісту Кабінетом Міністрів вже вироблена юриспруденція Конституційного Суду України. Див.: Рішення КСУ № 2-рп від 02.03.1999 р.; Рішення КСУ № 2-рп від 10.02.2000 р.

⁵⁶ Див. дискусію щодо ролі конституційної юстиції у юридизації політики: Вей С. Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді // Конституційного Суду України. – 2002. – № 2. – С. 59; Грасхоф К. Принцип верховенства права в конституційному судочинстві // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 4. – С. 38; Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу. – К.: Альтерпрес, 2003. – С. 220; Конституційний Суд на службі Конституції і суспільства: «Круглий стіл» з питань місця і ролі Конституційного Суду в державі; Участь взяли: А. Стрижак, Ю. Мірошниченко, А. Портнов, А. Селіванов, Н. Мяловицька // Голос України. – 2007. – 29 листопада. – С. 4.

поважати баланс у механізмі поділу влади. Рішення органу конституційної юстиції є свого роду правовими орієнтирами для законодавця. Активність спеціалізованих судових органів зумовлена їх компетенцією по розгляду виключно конституційно-правових питань, широким застосуванням абстрактного контролю, наданням права суб'єктам конституційного права оспорювати конституційність нормативних актів, дій або бездіяльності державних органів не тільки приватним особам, але й іншим державним органам і посадовим особам.

Існують певні взаємозв'язки у визначенні сфери конституційної юстиції, які зумовлені також легітимністю конституційного судочинства. За умов парламентських форм правління широка сфера конституційної юстиції у поєднанні з парламентським контролем дає змогу забезпечити верховенство конституції. При президентській республіці спостерігається тісна взаємодія конституційної юстиції із функціями глави держави. В умовах дуалістичних форм правління (дуалістична монархія, напівпрезидентська республіка) функції конституційної юстиції та глави держави певним чином взаємопов'язані з метою забезпечення верховенства конституції.

В основі судового контролю лежить ідея забезпечення захисту основоположних цінностей, які лежать в основі суспільного порядку і забезпечуються правовим захистом. Справа полягає в тому, що саме система соціальних цінностей зумовлює об'єктивно зміст принципів і норм права. Звідси висновок про те, що судовий контроль дає змогу визначити правові форми захисту шляхом визначення однакового розуміння таких цінностей (наприклад, основні права і свободи, гідність та свобода людини, рівність, справедливість, баланс розвитку української нації та національних менших, баланс індивідуальних, корпоративних і публічних інтересів, демократія, поділ влади тощо). Це досягається шляхом забезпечення ієрархії правових норм, що лежить в основі нормативного порядку правової системи. Зокрема, слід виділити необхідність судового захисту шляхом превентивного конституційного контролю (ст. 156 Конституції України) «трьох основоположних конституційних цінностей» – основних прав і свобод, державного суверенітету і територіальної цілісності України (ст. 157). Відповідно до принципу верховенства права конституційні норми забезпечуються захистом як норми, що володіють найвищою юридичною силою та мають пряму дію. Очевидним є те, що суди у своїй діяльності зв'язані лише законом, зважаючи на конституційні принципи верховенства права і

законності управління (ст.ст. 8, 19 ч.2). І вони застосовують підзаконні акти лише з урахуванням того, що вони прийняті на основі закону та регламентацію правовідносин, які детально не врегульовані законом.

При здійсненні контролю норм суди одночасно здійснюють тлумачення (інтерпретацію) правових норм, що є іманентною характеристикою правосуддя. Відповідно до принципу верховенства права та справедливості правові норми судами повинні застосовуватися однаково і не вносити додаткові суперечності у нормативне регулювання. Таким чином судова влада не може в ході інтерпретаційної діяльності підмінювати законодавця, бо інтерпретація правових норм – це конкретизація і деталізація правових норм, а функція законодавства – регулювання соціальних відносин, вироблення певних правил, які забезпечуються за допомогою правових засобів, в тому числі і засобами правосуддя.

Отже, при здійсненні судового контролю забезпечується однакове застосування правових норм, особливо у випадку конфлікту інтересів і компетенції між органами публічної влади. Тому при вирішенні питань конституційності та законності актів та дій органів публічної влади судовий контроль здійснює такі функції: а) забезпечення верховенства права – верховенство (вища юридична сила) конституції та захист суспільних цінностей, щодо яких у суспільстві існує консенсус; б) забезпечує ієрархію правових норм, тобто режим конституційності й обґрунтованості своїх рішень; в) забезпечення принципу законності управління (ч. 2 ст. 19 Конституції), визначаючи легітимні межі втручання публічної влади у приватну сферу життя індивіда; г) визначення повноважень органів влади та меж державного втручання, тобто поділ владних функцій та їх баланс; ґ) забезпечення балансу між законодавством та управлінням (урядом і адміністрацією).

При здійсненні контролю над актами та діями органів публічної влади судові органи діють у певному соціальному і політичному середовищі, тому існує істотна проблема забезпечення незалежності суду. Разом з тим, згідно з принципом незалежності судді здійснюють свої повноваження на основі закону та керуються своєю правосвідомістю. При цьому на прийнятті судових рішень можуть впливати такі фактори: а) існуючі правопорядок, панівна доктрина та правова традиція; б) рівень праворозуміння; в) конкуренція підсудності та принцип *res judicata*; г) співвідношення між конституційною та загальносудовою юрисдикцією. При цьому рівень праворозуміння судді залежить від панівних поглядів вчених та доктринального тлумачення правових

норм, стану дієвості та ефективності існуючих гарантів правопорядку. Тому суди зобов'язанні при початку розгляду справи визначати свою підсудність шляхом проведення окремого відкритого і публічного, за участю сторін, засідання про підсудність справи, тобто вирішення питання *res judicata*. При вирішенні справи судді чітко повинні диференціювати питання факту і права, оскільки така диференціація має істотне значення для розмежування апеляційного та касаційного (суперревізійного) оскарження судових рішень.

На завершення слід підкреслити, що функції правосуддя з контролю над актами і діями органів публічної влади є одним із інструментів підкорення політики праву, що забезпечує режим панування права і конституціоналізму. Це дає змогу забезпечити баланс поділу влади між парламентом і урядом, режим законності управління, передбачуваний характер правових рішень, їх правової визначеності. В зв'язку із цим необхідна відкрита дискусія з приводу того, що гарантією правової визначеності у системі судового контролю є існування судового прецедентного права, яке повинно бути забезпечено правовими засобами.

Як правило, в останній час головним напрямком діяльності конституційної юстиції є забезпечення верховенства основних прав і свобод шляхом розгляду конституційних скарг або за допомогою процедур *amparo*, *habeas corpus*, а також справ про конституційність адміністративних актів. Таким чином посилюється роль конституційної юстиції у забезпеченні прав людини й основоположних свобод.

4.4. Конституція та глобальне право

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 завдань⁵⁷. Правові та політичні інстру-

⁵⁷ Зокрема, потреба у взаємній співпраці зумовлена різними факторами: міркуваннями попередження можливих міждержавних політичних конфліктів та пошук спільних позицій за відносно нейтральних економічних інстру-

менти 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. Мереживні правопорядки передбачують новий тип легітимації влади, який не можливо розкрити у рамках дискурсу М. 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 механізму вироблення політичних рішень у поєднанні із інструментами представницької і безпосередньої демократії. Іншими словами, це є ніщо інше, як мереживний правопорядок та *the Net of public powers*, яка на наших очах засновується на соціальному капіталі та довірі в суспільстві⁵⁸.

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 (далі – ТНК). 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.

ментів (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.

⁵⁸ На нашу думку, сьогодні спостерігається своєрідний новий виток в організації публічної влади, яка набуває все більш дифузного характеру, що нагадує своєрідну матрицю влади раннього Середньовіччя, але вже на постмодерному рівні (тобто сьогодні складно передбачити динаміку цього процесу, ні більше, ні менше).

За таких умов посилюється роль держави у забезпеченні національних інтересів, які можуть бути різноманітними в залежності від конкретної історичної ситуації. Разом з цим, національні інтереси⁵⁹ базуються на самоідентичності нації, державному суверенітеті, правах і свободах людини, національних традиціях та культурній спадщині.

Державний суверенітет та мережевий правопорядок. Формування мережі публічних властей впливає на модерний дискурс природи державності як основної форми публічної влади. Перехідний стан розвитку владних інститутів в Україні накладається на тло формування власної державності, сучасні інтеграційні процеси та тенденції до демократизації владних інститутів. Особлива напруга відчувається між процесами становлення національних владних інститутів та об'єктивними процесами інтеграції України у наднаціональні об'єднання з метою забезпечення взаємовигідного міжнародного співробітництва та підвищення ефективності владного механізму. Демократизація владних інститутів зумовлює необхідність деконцентрації влади, тобто переміщення центру прийняття рішень з центрального на нижчий рівень влади.

Сьогодні недостатньо трактувати державний суверенітет у традиційному дусі⁶⁰, оскільки спостерігається тенденція підвищення ефективності супранациональних інституцій, яким держави делегують частину своїх суверенних повноважень, що раніше взагалі сприймалося неоднозначно. Іншими словами, межі державного суверенітету розмиваються⁶¹. Існування національних держав у рамках сучасної світової спільноти, яка передбачає глобалізацію та регіоналізацію, включає принаймні конкуренцію на міжнародних фінансових ринках за капітал з метою регіональних інвестицій⁶². Процеси глобалізації

⁵⁹ Див.: Національні інтереси України у системі міжнародних відносин: Україна в сучасному світі // Україна в 2006 році: внутрішнє і зовнішнє становище та перспективи розвитку: Експертна доповідь. – К.: НІСД, 2007; Ліпкан В.А. Національна безпека України: Навчальний посібник. 2-ге вид. – К.: КНТ, 2009.

⁶⁰ Наприклад, див.: Зиновьев А.В. Суверенитет, демократия, государство // Правоведение. – 2006. – № 6.

⁶¹ Волес В., Волес Г. Творення політики в Європейському Союзі. – К.: Основи, 2004. – С. 103 – 133.

⁶² Луман Н. Общество общества. IV. Дифференциация. – М.: Логос, 2006. – С. 241.

зумовлюють формування нового світового порядку⁶³, в умовах якого існує стратифікація держав-націй⁶⁴.

Це зумовлено тим, що держави не завжди спроможні в силу обмеженості політичних та економічних ресурсів визначати ефективну державну політику. І для України, яка за своєю потугою є середньою державою, необхідно шукати правові механізми визначення делегування частини своїх суверенних повноважень таким чином, щоб не було порушено істотні елементи державного суверенітету. Одним із правових засобів вирішення таких питань є субсидіарність.

При організації публічної влади субсидіарність втілюється у перерозподілі владних повноважень між рівнями влади. Перерозподіл об'єму владних повноважень здійснюється за критеріями повноти, ефективності і масштабів завдань, що здійснюється певним рівнем влади. При цьому враховується пропорційність масштабів владних повноважень, щоб вони відповідали основним цілям та напрямкам діяльності рівня влади, яка була б здатною ефективно їх здійснювати. У відповідності до таких критеріїв визначається інституційна та правова природа діяльності влади певного рівня.

У контексті процесів глобалізації виникає питання про обсяг делегування суверенних повноважень держави на вищій щабель – наднаціональні інститути. Порівняно недавно виникло питання щодо делегування суверенних повноважень України інститутам Єдиного Економічного Простору, однак таке делегування викладено занадто абстрактно – у Законі про ратифікацію Договору про заснування ЄЄП визначено, що Україна інтегрується у цей супранаціональний інститут у визначених Конституцією рамках, яка трактує поняття державного суверенітету традиційно і не допускає такого делегування.

Тому для з'ясування цього питання необхідно звернутися до досвіду Європейського Союзу. Сьогодні ЄС є державою новітнього типу, оскільки за формою державного устрою він займає проміжне положення між федерацією та конфедерацією, яку можна умовно назвати «мереживною державою». Якщо говорити про механізм утворення ЄС, то забезпечувався шляхом укладання багатосторонніх міжнародних

⁶³ Лебедева Маріна. Формування нової політичної структури світу ті місце в ній Росії // І. – 2005. – число 39.

⁶⁴ Цыганков П.А. Теория международных отношений. – М.: Гардарики, 2004. – С. 233 – 237.

договорів між європейськими державами в окремих сферах співробітництва⁶⁵. Однак забезпечення рішень органів ЄС здійснюється за допомогою конституційних та адміністративних засобів. Разом з тим у діяльності конституційних судів спостерігається неоднозначне ставлення до принципу верховенства права ЄС, оскільки вони забезпечують верховенство конституції країни⁶⁶.

Парламентаризм та глобалізація. Згідно зі статтею 9 Конституції чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. 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 суперечать Основному Закону.

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.

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 здійснення⁶⁷. За допомогою цих засобів конституційна юстиція

⁶⁵ Мусис Н. Усе про політики Європейського Союзу / Пер. з англ. – К.: К.І.С., 2005.

⁶⁶ Див.: Уйтц Р. Право Европейского Союза и Конституционный суд Венгрии: опыт первой встречи // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 3.

⁶⁷ Горбачев М.С. и др. Грани глобализации: Трудные вопросы современного развития. – М.: Альпина Паблшер, 2003. – С. 81.

тлумачить фундаментальні конституційні принципи та цінності, розвиваючи ідеї, закладені у конституцію, наповнюючи всю правову систему більш глибоким змістом⁶⁸. Тому при прийнятті певних рішень та вчинення актів органи публічної влади повинні враховувати стан конституційної юриспруденції в країні.

При прийнятті рішень у справах про Римський статут⁶⁹, про ратифікацію Європейської хартії міноритарних мов та мов національних меншин⁷⁰ Конституційному Суду України прийшлося 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 супранациональним інститутам повинно обов'язково супроводжуватися внесенням змін до Конституції України.

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

⁶⁸ Зорькин В. Роль конституционного суда в обеспечении стабильности и развития конституции // Сравнительное конституционное обозрение. – 2004. – № 3. – С. 83.

⁶⁹ Висновок КСУ 11.07.2001 р. 3-в від у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут).

⁷⁰ Рішення КСУ № 9-рп від 12.07.2000 р.

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 деконцентрації влади та субсидіарності. Власне на цих механізмах побудовано система участі федеральних земель і федеральних органів влади Німеччини у виробленні політики Європейського Союзу⁷¹. Зокрема, внаслідок розгляду Федеральним конституційним судом ФРН *Lisbon Case* Європейський Союз сьогодні в німецькій доктрині розглядається як асоціацію суверенних держав⁷². У німецькій конституційній доктрині визнається непорушними принципи демократії, народного суверенітету та засади установчої влади. Положення статей 23(1) та 79(3) Основного закону ФРН визначають консоціативну 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 в модерному розумінні такі механізми не можна розглядати як послаблення народного суверенітету та незалежності держави. Навпаки, за допомогою таких засобів національна держава отримує можливість виражати свою владну волю на більш високому, ніж національному, щаблі публічної влади.

За таких умов виникає питання щодо якості організаційних засад супранаціонального об'єднання та природи його легітимності. Звісно, що 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 Пре-

⁷¹ 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; 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.

⁷² 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.

зидента 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 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 консенсус 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 супранаціональним структурам за умови додержання демократичних стандартів народного волевиявлення. У цьому контексті можна буде говорити про глобальний народний суверенітет. З другого боку, міжнародна легітимність формування глобального права уявляється через певний алгоритм, послідовність кроків із 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 супранаціональними інститутами влади служитимуть 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 доступ приватних осіб до міжнародної судової юрисдикції на предмет перевірки щодо додержання їх основних прав і свобод у діяльності органів супранациональних об'єднань.

4.5. Природа конституційного права та національна правова система

Не дивлячись на стійку тенденцію до поглиблення ідей і практики конституціоналізму як у країнах Заходу, так і пострадянських країн, поняття «конституційне право» у вітчизняній доктрині та у інших пострадянських країнах сприймається неоднозначно. Зокрема, у доктрині країн СНД досить поширеною є концепція «державного права»⁷³. Такі погляди обґрунтовуються тим, що не завжди національні конституції забезпечують функцію обмеження публічної влади та гарантії основних прав і свобод. Тому робиться припущення, що конституційне право занадто мало уваги приділяє проблемі функціонування недемократичних державних режимів. Оскільки конституція ніби то встановлює засади державного ладу (є «основним законом держави»), тому вона забезпечує легітимність здійснення функцій держави. Ця думка є проблематичною, оскільки вона лежить скоріше у площині співвідношення між публічним і конституційним правом.

Поняття та зміст конституційного права: співвідношення конституційного і публічного права. Конституційне право, будучи формально частиною публічного права, визначає засади організації не тільки інститутів публічної влади та політичних інститутів, а також стосується інститутів громадянського суспільства. Конституційне право, визначаючи критерії вираження публічного інтересу, у національній правовій системі встановлює механізм узгодження публічних і приватних інтересів. Тому його предметом стають відносини з приводу державного управління, судового контролю над актами органів публічної влади на предмет їх конституційності, гарантії основних прав індивіда та критеріїв їх легітимного обмеження тощо.

⁷³ Див. зокрема: Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран. – М.: ИНФРА-М; ИД ФОРУМ, 2000. – С. 6 – 8.

Конституція має юридичну силу основного закону, який закладає засади, фундаментальні принципи національної правової системи. 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 специфіку форми держави і політичних режимів.

Порівняльне конституційне право дає багатий матеріал для пошуку рішень та форм існування інститутів громадянського суспільства і публічної влади. Зокрема, відчувається істотна відмінність західної традиції права від інших правових традицій. Організація публічної влади може втілюватися у різноманітних формах. Зокрема, федеральний державний устрій Німеччини ґрунтується на системі парламентаризму. Навпаки, у федеральних США спостерігається концентрація влади у президента поряд із партикуляризованою місцевою владою.

Вітчизняна та зарубіжна доктрина про природу конституційного права. Прийнято вважати, що наука конституційного права досліджує конституційні норми та інститути, а також суспільні відносини, що можуть або повинні регулюватися ними⁷⁴. Також наука вивчає практику реалізації конституційних норм та інститутів, намагаючись досягнути закономірності їх розвитку і дати рекомендації законодавцю і правозастосовувачу щодо удосконалення і застосування відповідних правових приписів⁷⁵. Згідно з іншим підходом, предметом науки конституційного права є «юридичне регулювання організації та діяльності держави, її відносин з особами, громадськими та релігійними рухами, територіальними утвореннями та іншими суб'єктами у зв'язку із здійсненням політичної влади». На основі цього робиться висновок, що предметом науки конституційного права охоплюються «державно-

⁷⁴ Так навіть новітнє дослідження російського юриста С. Дорохіна не змінює загалом акценти щодо природи конституційного права, що мабуть пов'язано із традиційним розумінням конституції переважно як нормативного акта, без урахування динамічного аспекту її чинності. Див.: Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. – М.: Волтерс Клувер, 2006.

⁷⁵ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Учебник. В 4-х т. Т.1 / Отв. ред. Б.А. Страшун. – М., 1993.

правові відносини»⁷⁶. Виділяється в якості предмета конституційного права «дослідження властивостей конституційно-правових норм, інститутів та відносин, тенденцій та закономірностей їх організації, функціонування та розвитку, а також шляхів, форм і механізмів їх реалізації і життєдіяльності особистості, суспільства і держави»⁷⁷.

У вітчизняній доктрині предметом науки конституційного права прийнято вважати «дослідження конституційного права як галузі права», її систему складають сукупність «ідей, теорій, концепцій» про цю галузь національного права⁷⁸. В одному вітчизняному підручнику з конституційного права зарубіжних країн визначають науку конституційного права зарубіжних країн як «цілісну систему теоретичних узагальнень, що досліджує національне конституційне право кожної держави», визначаючи їх інститути з точки зору «особливого» і «загального»⁷⁹.

У сучасній німецькій доктрині дана проблема розглядається через співвідношення між державним і конституційним правом: «державне право у найвужчому сенсі слова співпадає з конституційним, у найширшому – воно включає все, що відноситься до держави». Однак підкреслюється, що «державне право не ідентичне конституційному, так як останнє відноситься не лише до держави, але і до суспільного життя у цілому (власність, сім'я, гідність людини), хоча, з іншого боку, у конституційному праві містяться засади державного»⁸⁰.

Термін «конституційне право» взяв свій початок з американської доктрини і юриспруденції у XVIII ст. Американська правова доктрина започаткувала ідеї конституціоналізму, тобто ідеї встановлення інститутів публічної влади шляхом прийняття формального акту – конституції, яка володіє вищою юридичною силою у системі правових актів. Ця система також включає конституційну юриспруденцію – систему судового контролю за конституційністю актів органів публічної влади. Відповідно у систему конституціоналізму імплементовано гарантії належної правової процедури, які у трактуванні американської доктрини є втіленням ідеї природних прав людини, які є невідчужуваними і невід'ємними.

⁷⁶ Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран. – М.: ИНФРА-М; ИД ФОРУМ, 2000. – С. 7.

⁷⁷ Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. – М., 2001.

⁷⁸ Фрицький О. Конституційне право України: Підручник. – 2-ге вид., доповн. і доопр. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

⁷⁹ Конституційне право зарубіжних країн / За заг. ред. В.О. Ріяки. – К., 2002.

⁸⁰ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М.: Прогресс, 1982.

Британські вчені Вейд та Бредлі застерігають, що у їх країні немає твердо усталеної думки про предмет конституційного права, суть останнього вони бачать у регулюванні управління державою, відносин громадян і основних органів держави, їх головних функцій. У США прийнято вважати, що конституційне право лише у загальних рисах регулює управління державою, відносини між громадянами та урядом (*government*). Ця галузь права покликана визначати права і обов'язки управлінців, тобто наділених повноваженнями органів влади.

В основі французької доктрини лежать дослідження про співвідношення між політичними інститутами та публічною владою. М. Прело вважає, що «конституційне право – це норми, що стосуються встановлення, передачі та здійснення політичної влади»⁸¹. На думку Ф. Ардана конституційне право визначає механізми і процедури, які обслуговують учасників «політичної гри» і є «інструментами у боротьбі за владу»⁸².

У латиноамериканській доктрині у природу конституційного права закладають його політико-соціальну сутність та особливість правової традиції. Іспанець Санчес вважає, що конституційне право – це нормативний елемент конституційної системи, який «фіксує, встановлює, регулює основні інститути, що відносяться до суспільного життя людини». Тому конституційне право визначає лінії організації таких основних політичних інститутів, як парламент, уряд тощо. Мексиканський вчений Феліпе Тена Рамірес розглядає конституційне право як «специфічну доктрину конкретного державного режиму» і воно являє собою «вираження загального юридичного духу народу, найвище і найповніше вираження його громадянської гідності та його історії». Аргентинець Линарес Кінтана вважає, що мета конституційного права – «гарантії свободи та гідності індивіда, які забезпечуються за допомогою підпорядкування праву держави, яка розглядається як єдине ціле».

У доктрині ісламського права проблематика конституційного права розглядається своєрідно. Оскільки організація публічної влади не є предметом ісламського права у його суворому розумінні, то

⁸¹ Прело М. Конституционное право Франции. – М.: Издательство иностранной литературы, 1957.

⁸² Ардан Ф. Франция: государственная система /перев. с франц. Л. С. Филиппова; отв. ред. Л. М. Энтин. – М.: Юридическая литература, 1994.

проблеми організації публічної влади та її обмеження втілюються у політико-релігійних вченнях імамату та халіфату⁸³.

Соціалістична доктрина розглядає проблеми саме державного права (а не конституційного) через призму закріплення волі панівного класу (соціалістичного народу, союзу робітників і селян), відповідно до чого конституція розглядається у якості провідника, політичного інструменту його волі⁸⁴.

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». Така концепція 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 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.

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 ряд питань публічного права (управління, фінансову систему, оподаткування, процесуальне право тощо). Зокрема, конституційне право виражає легітимність державного втручання у приватну автономію, визначаючи межі такого втручання⁸⁵. На відміну від класичної концепції посткласична передбачає, що конституційне право виконує функцію узгодження, збалансування приватних і публічних інтересів. Співвідношення політичних інститутів та публічної влади

⁸³ Бехруз Х. Исламские традиции права. – Одесса, 2006. – С. 100 – 120.

⁸⁴ Див.: Советское государственное право / Под ред. С.С. Кравчука. – М.: Юрид. Лит., 1980. – С. 50

⁸⁵ Межі державного втручання / За заг. ред. Самохвалова В.П. – К., 2001.

розглядається, як правило, на засадах автономії. Організація публічної влади зумовлена принципами обмеженого правління, поділу влади та збалансованого конституювання повноважень органів публічної влади. Конституційне право є позапартійним, державна політика підпорядкована праву, відповідно держава є відділеною від партійного апарату. У свою чергу публічна влада трактується як вираження правової традиції із здійснення влади народом, здійснення народом ефективного контролю за діяльністю уряду. Тому конституційне право є сукупністю загально визнаних суспільних цінностей і принципів національної правової системи та правил діяльності конституційних органів влади, заснованих на повазі гідності людини та верховенстві права.

Конституційне право можна розглядати як право політичне⁸⁶. Конституція закладає основи національного правопорядку, програмує діяльність глави держави, парламенту, уряду, органів правосуддя у сторону планомірного розвитку конституційних принципів, норм і положень. Таким чином влада, що засновує конституцію, наділяє вищі конституційні органи визначати загальні моделі втручання у соціальні відносини, що склалися у конкретному суспільстві, країні. Міра державного втручання, закладена у положеннях конституції може визначатися в залежності від політичного курсу конкретного органу публічної влади, який в силу конституційних положень наділений повноваженнями і несе всю повноту відповідальності за наслідки такого втручання. У вільному демократичному суспільстві, побудованому на функціонуванні інститутів представницької демократії, формується загальна політична воля на основі поваги до різноманітних інтересів, що виникають у суспільстві.

Політичний характер галузі конституційного права зумовлює рівномірність впливу конституційних засад на поточне законодавство України. Це означає, що законодавець при прийнятті закону не може виступати за конституційні принципи і приписи, оскільки відповідні положення закону можуть бути визнані неконституційними.

Таким чином, у національній правовій системі конституційне право становить систему принципів права. Оскільки такі принципи права

⁸⁶ Перше таке припущення зробили Ж.-Ж. Руссо, див.: Ж.-Ж. Руссо. Об Общественном договоре, или Принципы политического Права. Перевод с франц. А.Д. Хаятина и В.С. Алексеева-Попова // Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. – М.: КАНОН-пресс, Кучково поле, 1998.

стосуються як публічного, так і приватного права, то можна вести про його горизонтальну структуру в національній правовій системі.

Систему конституційного права складають його норми та інститути, в основі яких лежить національна традиція права. Традиція права визначає правонаступність та систему цінностей, які лежать в основі конституційних норм. Система конституційних цінностей зумовлює структуру джерел конституційного права та природу самих конституційних норм. У залежності від системи цінностей визначаються моделі конституційного регулювання.

Предмет та система галузі конституційного права. У відповідності до принципу верховенства права предметом конституційного права можуть стати ті суспільні відносини, які не можуть бути ефективно врегульовані іншими соціальними нормами. Необхідність втручання полягає в тому, що ні релігійні, ні морально-етичні чи інші соціальні норми не здатні ефективно забезпечити певний соціальний інтерес (права і свободи індивіда, публічний інтерес, інтереси колективів). Лише конституційні норми здатні забезпечити рівність між учасниками соціальних відносин, визначити цілі законодавчого втручання і забезпечити легітимну мету діяльності держави. Конституційні норми відображають моральні цінності суспільства, досягнуті стандарти свободи і справедливості, забезпечують вільний розвиток індивіда.

Систему конституційного права також визначає особлива природа конституційних норм. У цьому відношенні є правий відомий український вчений П. Недбайло, що норма конституційного права може міститися у різних правових актах. Юридична сила будь-якої норми зумовлена їх загальнообов'язковим характером *muss-norm*, тобто того, що належить бути, а також забезпечується у крайніх випадках примусом шляхом застосування санкцій. Специфіка конституційних норм полягає насамперед у тому, що власне конституція обмежується делегацією щодо визначення міри конституційної відповідальності у поточному законодавстві, яке формально може і не носити характер конституційного.

Положення конституції та актів конституційного законодавства містять також базові положення, тобто принципи права. Такі конституційні приписи потребують своєї «добудови» у поточному законодавстві. У багатьох країнах прямо чи опосередковано визнається право на «добудову» конституційних принципів і за судовими установами. Таке право безпосередньо визнається у країнах, де судовий прецедент

є основним джерелом конституційного права (США, Індія, Канада). У країнах з романо-германської правової сім'ї на доктринальному рівні опосередковано визнається таке право за конституційними судами у Іспанії, Німеччині тощо. На думку німецького вченого О. Германа: «Є всі підстави вважати, що законодавець, використавши формули без уточнення їх точного змісту, тим самим надав повноваження на вільний додатковий пошук у межах закону. Цей вільний пошук потребує від суддів самостійних ціннісних суджень, які не можуть бути виведені з позитивного права»⁸⁷. Екстраполюючи це положення на специфіку конституційної юстиції, його можна розуміти як можливість давати інтерпретацію правових норм відповідно до загального смислу, системи цінностей та об'єкта правового регулювання, що лежить в основі права та відповідно закону. З іншого боку, при прийнятті закону повинно бути враховано наявну правову доктрину та судову практику.

Судові установи не вправі відмовити у правовому захистові посилаючись на недоліки або наявність прогалин у поточному законодавстві. Це також суперечить принципів правової визначеності, відповідно до якого правові норми повинні застосовуватися однаково і однозначно. Оскільки органи конституційної юстиції за родом своєї діяльності здійснюють тлумачення конституційних норм, тобто вони забезпечують конкретизацію та деталізацію конституційних положень.

Саме з цих міркувань є проблемною позиція КСУ, відповідно до якої існують конституційні прогалини⁸⁸. Це не сумісно із принципами верховенства права (зокрема, правової визначеності), найвищої юридичної сили Конституції та принципом законності. У такому випадку доцільніше говорити про недостатність законодавчого регулювання порядку діяльності коаліції депутатських фракцій, зокрема порядку утворення та припинення її діяльності, оскільки Конституція не повинна бути надмірно деталізованою і це не є предметом регулювання саме на рівні Конституції. Напевно ця позиція КСУ пов'язана із його підходом у відмові перевіряти законодавства на предмет відповідності конституційним цілям і цінностям (у цьому випадку, демократії, змагальності між пар-

⁸⁷ Germann O. Problems und Methoden der Rechtsfindung. – 1967. – S. 388 // Цит. за: Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1999. – С. 86.

⁸⁸ Див.: Рішення КСУ № 16-рп/2008 від 17.09.2008 р.

тіями, гарантії демократичності структури партій, балансу прав більшості й опозиції в парламенті), оскільки згідно із його юриспруденцією у цьому вбачається порушення принципу поділу влади.

Національні конституційні системи засновані на національній традиції права, системі джерел конституційного права та панівній юридичній техніці. У цій сфері національна держава володіє суверенітетом. Разом з тим, така картина не є вічною. Ще якихось 250 років тому право у Європі носило скоріше універсальний характер, конститутивні його основи мали приблизно однаковий зміст незалежно від особливостей інститутів влади в окремих країнах. Формування національних правопорядків, чому сприяла інтенсивна кодифікація та втілення принципів національної держави, насамперед суверенітету народу, зумовило істотні відмінності у національних конституційних системах.

Ці фактори породжують сьогодні необхідність визначати механізми взаємодії національних конституційних систем та їх узгоджене функціонування. Універсалізація економічних, інформаційних зв'язків, масова міграція, екологічні проблеми тощо сприяють гармонізації національних законодавств, процесам уніфікації в рамках міжнародного права. Тому актуальним є вироблення єдиних стандартів прийняття рішень і процедур, вироблення єдиних правових норм.

У рамках світового співтовариства виникає проблема визначення єдиних завдань та забезпечення взаємовигідного співробітництва. Тому загальні гуманітарні та моральні засади набувають все більшого поширення. Згідно з позицією міжнародних організацій, що діють під егідою ООН, обґрунтовується ідея легітимності «права втручання» міжнародних організацій з метою забезпечення загальних цілей людського співтовариства та його цінностей. Такі ідеї обґрунтовуються міркуваннями забезпечення основних прав людини, здійснення контролю над зброєю масового ураження, забезпечення охорони довкілля, екологічної безпеки, сталого розвитку людства тощо.

Із цих причин виникають гострі проблеми, які необхідно вирішити, а саме: сумісності суверенітету держави та природи влади наддержавних об'єднань і міжнародних організацій; допустимість обмеження суверенітету держави і відмова від ідеї абсолютного суверенітету; механізми забезпечення інтересів різних держав у контексті загальнолюдських інтересів; ефективність норм та процедур міжнародного права тощо.

4.6. Конституція та приватне право: доктрина «горизонтального ефекту»

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Party Effect*) є новим для вітчизняної літератури, хоча воно є предметом багатьох компаративних досліджень⁸⁹. Вперше цю концепцію було застосовано Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, відповідно до якої права і свободи людини складають особливу цінність конституційного ладу, тому основні права і свободи пронизують та визначають зміст норм приватного права, і, насамперед, цивільного права. Тому не зважаючи 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 природи дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним нормам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права⁹⁰. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth* положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до якої 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 її гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного

⁸⁹ Авбель М. Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4; Гарлицкий Л. Взаимоотношения частных лиц Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4; Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. – 2006. – № 2.

⁹⁰ Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. – 2006. – № 2. – С. 28.

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»⁹¹.

Проблема горизонтального ефекту конституції майже не розглядається у вітчизняній літературі. Фрагментарно вона розкривається через визначення обсягу і змісту особистих прав людини й основоположних свобод⁹² та пов'язаних з особистим життям індивіда соціальними правами⁹³. 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 дії⁹⁴. Разом із тим «горизонтальний ефект» конституції встановлює певні вимоги до законодавства та накладає відповідні обов'язки до виконавчої та судової влади.

Особисті права і свободи визначають особистий статус індивіда та межі його приватної автономії. Особисті права виражають конституційних захист від свавільного втручання у приватне життя індивіда з боку держави, що забезпечується примусово судовим рішенням. Право на оскарження в суд дій органів влади, якими має місце втручання у приватну автономію індивіда є важливим аспектом конституційного статусу особи. На цій підставі у англо-американській правовій сім'ї склалася концепція *privacy*, іншими словами приватності, яка

⁹¹ Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany. 2nd ed. – Durham: Duke University Press, 1997. – P. 363.

⁹² Васецький В.Ю. Доктрина прав людини в романо-германській правовій системі: Автореф. дис... к.ю.н. – К.: ІДП НАН, 2006; Волинка К.Г. Механізм забезпечення прав і свобод особи: питання теорії і практики: Автореф. дис... к.ю.н. – К.: ІДП НАН, 2000; Устименко Н.В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: Автореф. дис... к.ю.н. – Х., 2001; Чернооченко С.І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичних осіб в Україні.— Рукопис; Шумак І.О. Громадянські права і свободи людини за Конституцією України: Автореф. дис... к.ю.н. – К., 2000.

⁹³ Пустовіт Ж.М. Основні соціальні права та свободи людини і громадянина в Україні: Автореф. дис... к.ю.н. – К.: ІДП НАН, 2001.

⁹⁴ Футей Б. Становлення правової держави в Україні: 1991 – 2005. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 92 – 93.

може втілюватися в таких сферах особистого життя: інтимні сторони, соціальні зв'язки, коло інтересів і потреб, ведення листування, записів, щоденників, висловлювання думок та суджень.

Поняття приватності інтенсивно використовується у практиці Європейського Суду з прав людини. У сучасній теорії прав людини виділяють чотири аспекти приватності: інформаційна приватність (включає в себе встановлення правил збору та обігу персональних даних, таких як інформація кредитних установ та медичні записи); тілесна приватність (стосується захисту від втручань стосовно фізичного стану людей, наприклад, тестування щодо вживання наркотиків та обстеження порожнин тіла); комунікаційна приватність (тобто безпека та приватність поштових відправлень, телефонних розмов, електронних повідомлень та інших видів комунікації); територіальна приватність (стосується встановлення обмежень на втручання в домашнє та інше навколишнє середовище, наприклад, робоче місце чи громадське оточення).

Сучасне розуміння приватності закріплене в ст. 12 Загальної декларації прав людини 1948 року, що в основному захищає територіальну та комунікаційну приватність, та визнається у європейській системі захисту прав людини: «Ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте та сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від подібних втручань чи посягань».

Європейський Суд із прав людини у справі *X & Y v. Netherlands* зазначив: «Не дивлячись на те, що основною метою статті 8 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод є захист громадянина від довільного втручання влади, він не просто ставить за обов'язок державі утриматися від такого втручання в особисте життя громадянина: це негативне зобов'язання може доповнюватися позитивними зобов'язаннями, невід'ємними від дійсної поваги особистого і сімейного життя... Такі зобов'язання можуть передбачати вживання визначених заходів, спрямованих на забезпечення поваги приватного життя навіть в сфері відносин громадян між собою»⁹⁵.

Приватність особи визначається у вітчизняній правовій доктрині через категорію «особисте життя особи». Так в одному дослідженні це поняття розкривається як «сукупність особистих немайнових благ,

⁹⁵ Case X&Y v. Netherlands, judgment of 26 March 1985, Series A No 91, p. 11, para. 22.

що знаходять своє правове закріплення в особистих немайнових правах, метою яких є забезпечення свободи й незалежності людини визначати за своїм розсудом поведінку в житті, виключаючи будь-яке втручання сторонніх осіб, за винятком випадків, прямо передбачених законодавством»⁹⁶. Також автор цього дослідження говорить про необхідність обґрунтування втручання в особисте життя особи як необхідної основи їх обмеження.

Оскільки основоположні цивільні (громадянські) права, в тому числі й особисті права, мають абсолютний, природний і невідчужуваний характер, то у процедурному відношенні вони наповнюються змістом через право особи домагатися від компетентних органів держави ефективного правового захисту у випадку неправомірного втручання їх здійснення чи незаконного посягання з боку третіх осіб.

Розширення сфери судового захисту цивільних прав інтерпретується Конституційним Судом 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 Конституційного Суду є зрозумілою також зважаючи на те, що Цивільний кодекс конкретизує зміст особистих прав і свобод у Книзі другій «Особисті немайнові права фізичної особи».

У справі К.Г. Устименка⁹⁷ Конституційним Судом визначено окремі аспекти змісту гарантій права особи на інформацію, недоторканості інформації приватного характеру особи, розкрито зміст конфіденційної інформації, яка може збиратися, зберігатися, використовуватися та поширюватися тільки в рамках належної правової процедури згідно з принципу співмірності (тобто у випадках, визначених законом, в інтересах національної безпеки, економічного добробуту, прав і свобод людини). Захисту прав і свобод особи також стосувалися також деякі інші рішення КСУ⁹⁸.

⁹⁶ Устименко Н.В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: Автореф. дис... к.ю.н.- Х., 2001. – С. 8.

⁹⁷ Рішення у справі Устименка К.Г. // Конституційний Суд України. Рішення, Висновки. – Кн. 1. – С. 47 (надалі посилання на це видання буде оформлюватися таким чином: КСУ РВ. – 1:47, де 1 – номер книги, а цифра після двокрапки номер сторінки, з якого починається публікація цитованого рішення КСУ).

⁹⁸ Рішення у справах громадянки Дзюби Г.П. (КСУ РВ. – 1:58), за зверненням жителів міста Жовті Води (КСУ РВ. – 1:114), про платні медичні послуги (КСУ РВ. – 1:303), про право вільного вибору захисника (КСУ РВ. – 2:210), справа щодо конституційності ст. 248³ ЦПК України (КСУ РВ. – 2:388).

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 взагалі⁹⁹. Згідно зі статтею 301 ЦК України поняття «особисте життя» охоплює поведінку фізичних осіб поза межами виконання різноманітних суспільних обов'язків, тобто життєдіяльність людини в сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків. З цього приводу ЄСПЛ у справі *Niemietz v. Germany* зазначив таке:

“29. Суд не вважає, що можливо чи необхідно дати вичерпне визначення поняття “особистого життя”. Було б занадто суворим обмеженням його 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»¹⁰⁰.

У справі *X v. Netherlands* (1986) ЄСПЛ визначив «особисте життя» як “поняття, що охоплює фізичну і моральну недоторканність особи, включаючи її статеве життя». Було встановлено, що дане визначення поширюється на питання сексу, сексуальності і сексуальної орієнтації, а також особистого життя в сфері професійної діяльності¹⁰¹. Крім того, дане визначення застосовується в роботі правоохоронних органів і служб безпеки (встановлення спостереження і прослуховування телефонів), а також в аспекті застосування тілесних покарань, насильницьких фізичних дій, медичного обслуговування й екологічних питань.

Стаття 301 ЦК України передбачає такі елементи права на особисте життя: а) право на особисте життя, яке включає в себе можливість фізичної особи бути носієм даного особистого блага; б) право визначати своє особисте життя; в) повноваження на ознайомлення з обставинами особис-

⁹⁹ Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина. – С. 174.

¹⁰⁰ Европейский Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – М., 2001. – С. 769 – 770.

¹⁰¹ Див. Рішення ЄСПЛ у справах X проти Ісландії, Німіц проти Німеччини, X проти Нідерландів.

того життя. Це означає, що особа самостійно визначає коло осіб, які можуть володіти інформацією про її особисте життя. Фізична особа може дати дозвіл на поширення цієї інформації іншим особам у визначених нею межах поширення. Однак у випадках, коли це прямо передбачено в законі, в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини, таке особисте немайнове право може бути обмежене; г) право зберігати у таємниці обставини свого особистого життя. Це означає, що фізична особа має можливість не розголошувати обставини свого особистого життя самостійно, а також вимагати такого нерозголошення від інших осіб, що володіють такою інформацією; г) вимагати захисту права на особисте життя.

Законодавство України дає також визначення поняття «сім'я», яким охоплюється особи, що спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки (ст. 3 СК). Відповідно до ч. 3 ст. 16 Загальної декларації прав людини сім'я є природними та основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства та держави. Ст. 291 ЦК гарантує фізичній особі право на сім'ю, що включає такі елементи: а) право на створення сім'ї, б) право на вибір осіб для утворення сім'ї, право батьків обирати народжувати їм дітей чи всиновлювати і яку кількість, а також інші повноваження; в) право на перебування в сім'ї; право на повагу до сімейного життя; право на підтримання зв'язків із членами своєї сім'ї.

Конституційний Суд зазначив, що розуміння поняття «член сім'ї» слід диференціювати від галузі законодавства. Зокрема, Суд під членом сім'ї військовослужбовця, працівника міліції розуміє осіб, які відповідають таким критеріям: а) кровні (родинні) зв'язки або шлюбні відносини; постійне проживання з цими особами; ведення з ними спільного господарства. Тому до категорії членів сім'ї належать: дружина (чоловік); батьки, діти незалежно від того, чи є ці діти будь-кого з подружжя, спільні чи усиновлені, народжені у шлюбі або позашлюбні; близькі родичі та інші родичі, які не перебувають у безпосередніх родинних зв'язках; утриманці¹⁰².

Конституційний Суд пов'язує право на інформацію із право знайомитися з відомостями про неї в органах публічної влади, установах і організаціях публічного права, якщо ці відомості не є державною або іншою захищеною законом таємницею. Зокрема, медична інформація з обмеженим доступом (свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів,

¹⁰² Рішення КСУ № 5-рп/99 від 03.06.1999 р.

прогноз можливого розвитку захворювання) може бути видана лікарем на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників повністю і в доступній формі. Разом з тим, лікар може обмежити надання пацієнтові такої інформації у повному об'ємі, коли повна інформація може зашкодити пацієнтові; таку інформацію лікар може надати у повному об'ємі для членів сім'ї або законних представників пацієнта¹⁰³.

Європейський Суд із прав людини визнає, що може мати місце легітимне втручання у приватне життя у формі стеження за особою, яке може бути виправданим з мотивів суспільної необхідності, зважаючи на «технічні досягнення засобів шпіонажу і відповідно засобів спостереження» і «розвиток тероризму в Європі за останні роки». Тому можливо, що «діяльність або небезпека, проти якої спрямована низка заходів спостереження, може тривати роками, навіть десятиліттями після зупинення цих заходів». Подальше повідомлення особи про заходи стеження «може у значному ступені поставити під загрозу дострокову мету, яка першопочатково вважалася причиною ведення спостереження»¹⁰⁴.

Конституційний Суд виходить з того, що встановлене Основним Законом право володіння, користування і розпорядження власністю, як і обмеження державою цього права має бути рівним для всіх громадян. Тому розглядаючи проблему повернення заощаджень громадян Конституційний Суд кваліфікував його законодавче рулювання в залежності від «інших обставин», як це було передбачено у Законі «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України» як таке, що може привести до довільного тлумачення його положень та до порушення рівності власників відновлених та проіндексованих вкладів у їх правообмеженні на повернення цих вкладів.

Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України право власності визнається не лише як сукупність правомочностей володіння, користування і розпорядження власника, а також як установлений порядок набуття об'єкта власності, «що виникає лише за наявності певних юридичних фактів та за умови формування правового статусу конкретного власника, надання йому юридично забезпеченої можливості діяти у передбачених законом межах». Суд визнає те, що власність виконує соціальну функцію, відповідно до якої вона «гарантує

¹⁰³ Рішення КСУ № 5-зп від 30.10.1997 р.

¹⁰⁴ Рішення ЄСПЛ у справі Клас проти Німеччини // Європейський Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – М., 2001. – С. 175, 178.

не лише права власників, а й зобов'язує», що у свою чергу зобов'язує законодавця приймати закони, «які встановлюють конкретні норми використання власником належного йому майна з урахуванням інтересів усіх суб'єктів правовідносин»¹⁰⁵.

У цьому контексті вбачається зв'язок рішень Конституційного Суду України із здійсненням цивільного судочинства. Такий механізм визначає врахування правових позицій Конституційного Суду, якими інтерпретується Конституція, у ході здійснення цивільного судочинства.

На думку О. Котова, вплив конституційної юрисдикції на цивільне судочинство проявляється по трьох параметрах¹⁰⁶: 1) розширення сфери судового захисту цивільних прав; 2) усунення процесуальних положень, які не можуть належним чином гарантувати належну реалізацію права на судовий захист; 3) усунення колізій процесуальних норм. Зрозуміло, що такий вплив буде ефективним у випадку сприйняття правових позицій Конституційного Суду у ході здійснення цивільного судочинства.

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 напрямків 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 освіти¹⁰⁷.

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.

Критерієм оцінки адміністративних дій на предмет їх заснованості на законі є міркування про те, що важливим є не лише наявність само-

¹⁰⁵ Рішення КСУ № 3-рп/2002 від 12.02.2002 р.

¹⁰⁶ Котов О.Ю. Влияние решений Конституционного суда России на гражданское судопроизводство. – М., 2002. – С. 173-174.

¹⁰⁷ Рішення КСУ № 18-рп/2002 від 21.11.2002 р.

го закону, а цей закон повинен сам регулювати всі істотні моменти, а не передавати їх вирішення виконавчій владі. Заснованість на законі стає заснованість на рішенні парламенту, у відповідності до чого законодавець не лише зобов'язаний уповноважувати виконавчу владу діяти в областях, значущих для основних прав, але і повинен сам вирішувати всі істотні питання¹⁰⁸. Також проблема заснованості адміністративних рішень може стосуватися випадків делегування законодавчих повноважень, яке повинно відповідати критеріям здійснення «на законіві» або «на основі закону».

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 принципові соціальної держави.

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у сторону думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканного і тим самим як один 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.

Тому вважають, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнається статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не можуть бути захищені у судовому порядку. Такий режим є характерним для Німеччини, Австрії, а в Іспанії з цих же підстав конституційний суд не приймає скарги з приводу соціально-економічних прав¹⁰⁹.

Однак, на думку Р. Рюсдала, по відношенню до цієї групи прав сьогодні намічаються певні зрушення у сторону розширення гарантій

¹⁰⁸ Рихтер И., Шупперт Г.Ф. Судебная практика по административному праву: Учебное пособие. – М., 2000. – С. 24 – 25.

¹⁰⁹ Ледях И.А. Защита прав человека как функция конституционного правосудия // Современная защита прав и свобод человека. – М., 1994. – С. 45-46.

їх реалізації та захисту. Такі тенденції спостерігаються у рамках Ради Європи та чинності Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод: «Ми не повинні послаблювати зусиль по створенню соціального демократичного суспільства»¹¹⁰.

У конституційній державі особливою гарантією основних прав і свобод набуває конституційне застереження про їх недоторканність при внесенні змін до Конституції України (стаття 157). Формально усі конституційні права набувають характеру фундаментальних, основоположних. Зважаючи на конституційне застереження про недопустимість перегляду Основного закону у сторону посягання на недоторканність конституційних прав і свобод (стаття 157) та збереження сутнісного змісту основного права при здійсненні функцій законодавства та управління (стаття 22 Конституції України) є правомірною позиція, що «горизонтальний ефект» конституції поширюється також і на соціальні та культурні права людини.

Приватне право визначає горизонтальні відносини 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.

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.

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 свого змісту. Горизонтальний ефект визначає свободу розсуду законодавця та режим конституційності при регулюванні особистих немайнових прав особи.

¹¹⁰ Рисдал Р. Проблемы защиты прав человека в объединенной Европе // Защита прав человека в современном мире. – М., 1993. – С. 129-130.

Висновки

1. Сучасний стан конституціоналізму в Україні зумовлює використання всього правового інструментарію для забезпечення поступальної модернізації суспільства. При цьому слід усвідомлювати про обмеженість правових засобів. Багато в чому ефективність конституційного порядку лежить в площині відповідних суспільних інституцій. Конституція піклується про певний тип ієрархії, засновуючи інститути влади. Разом з тим, формування сучасної мережі публічних властей повинно адекватно відображатися в конституційних приписах. Тому приписи щодо поділу влади сьогодні є недостатніми, вони повинні доповнюватися принципом субсидіарності.

Принцип демократії є не настільки сумуванням певної сукупності воель громадян як складна мережа узгодження інтересів у складному стратифікованому суспільстві. Йде мова про узгодження інтересів у площинах «індивід – соціальні групи – соціальні інститути – інститути публічної влади», «ієрархія – кооперація – дифузія». Слід також мати на увазі горизонтальний ефект конституції, який полягає у визначенні впливу Основного закону як на сферу публічного, так і приватного права, що у свою чергу зв'язує законодавця.

Правова вимога громадян щодо захисту його прав і законних інтересів повинна розглядатися у рамках соціальних паттернів: доступу до справедливого і безстороннього правосуддя, використання засобів медіації (наприклад, третейських судів), структури зв'язків всередині суспільства (сім'я, родина, соціальні групи, групи інтересів, трудові колективи тощо). Складність таких вимог у сфері соціальних прав як прав на розвиток індивіда зумовлюють існування відповідної структури суспільства: установ соціального страхування, надання соціальних послуг і допомоги. Соціальний захист можливий через мережу приватних, комунальних і державних установ, які доповнюються взаємно.

Нормативна вимога щодо верховенства конституції втілюється у послідовному застосуванні таких вимог як розумність права, справедливість, рівність, правова визначеність, законні очікування, пропорційність, обмеження дискреції (свободи розсуду) осіб, що здійснюють владні функції. При цьому конституційні приписи носять відкритий характер, оскільки вони повинні тлумачитися у контексті конкретної історичної обстановки виходячи із принципів верховенства права.

2. Конституція у нормативному розумінні є правовим оформленням політичної інтеграції суспільства і держави. За своєю формою конституція є актом установчої влади, основним законом, володіє верховенством, зумовлює якість змісту публічного і приватного права (явище горизонтального ефекту) у національній правовій системі. Правове оформлення державності та суспільно-політичних інституцій у вигляді конституції є сучасною вимогою визначення допустимих меж (легітимності) втручання публічної влади у сферу приватної автономії індивіда, правової визначеності, правомірності очікувань.

3. Конституція є правовим оформленням конкретного історичного типу суспільства, організованого в державу, служить відображенням відповідних традицій конституційного правління. Основними структурними елементами конституції є договір, демократія, народний суверенітет, парламентаризм і судовий конституційний контроль. У своєму поєднанні ці елементи структури конституції визначають певну модель легітимності втручання держави у сферу приватної автономії. Це дає змогу визначати конкретний зміст принципів і норм конституції, її структуру вже як нормативного акта.

4. Сьогодні все більшої ваги набуває явище конституціоналізації міжнародного права та права супранациональних об'єднань, які є передумовою формування глобального права. Глобалізація права і глобальне право як продукт першого не є результатом виключно запозичення концепцій та юридичних конструкцій, притаманних західній конституційній традиції. Глобальне право може стати радше продуктом міжцивілізаційного діалогу і буде виражати консенсус людства щодо загальнолюдських цінностей, забезпечених правовим захистом. За таких умов конституція забезпечуватиме легітимність формування глобального права і в такому руслі можна говорити про універсальний/глобальний конституціоналізм. Правовими засобами цього служать парламентський і судовий конституційний контроль. На прикладі **Lisbon Case, ухваленого Федеральним конституційним судом Німеччини** чітко алгоритм дій для національних держав при вирішенні питань щодо передачі частини своїх суверенних повноважень супранациональним об'єднанням, які об'єктивно реалізувати складно на рівні національної держави в силу їх недостатньої компетенції з питань безпеки, обмеженості природних ресурсів або з міркувань забезпечення довкілля. Передумовою формування глобального права служить конституційне регулювання участь національних органів

влади у прийнятті рішенні органами супранациональних об'єднань, на чому власне ґрунтується їх легітимність і підконтрольність.

5. У національній правовій системі конституція закладає фундаментальні засади національної правової системи і визначає магістральні напрямки її розвитку. Тому конституційне право можна уявити скоріше як систему основоположних принципів національного права. Разом з тим конституційне право – це також сукупність норм, які носять конкретний характер. Ця група конституційних норм визначає статус, повноваження та порядок діяльності органів публічної влади. Тому органи публічної влади зобов'язані діяти виключно відповідно до конституційних положень, оскільки природа їх конституційної правосуб'єктності базується на принципові повноти конституційного регулювання їх статусу. У цьому відношенні конституція визначає механізм наділення повноваженнями органів публічної влади, яким у системі представницької демократії народом делеговано ці прерогативи задля забезпечення правопорядку та досягнення суспільно значущих цілей (захист основних прав і свобод, безпеки індивіда, національної культури та культури національних меншин тощо). Стосовно приватноправових та соціальних відносин конституція володіє горизонтальним ефектом, оскільки вона визначає якість приватного і соціального законодавства, яке є об'єктом судового конституційного контролю щодо ступеня втілення конституційних принципів і норм у життя.

Розділ V.

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ТА ЧИННІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ

Вступ

Проблема чинності конституції тісно пов'язана із чинністю конституційних норм, із співвідношенням конституції із соціальним середовищем, міжнародним правопорядком. Традиційно так склалося у вітчизняній юриспруденції, що чинність конституції розглядають у зв'язку із чинністю норм конституції у часі, просторі та за колом осіб¹. Це вірний підхід, однак він стосується конституції у суто її нормативному значенні. Якщо ж трактувати конституцію як певний тип правопорядку, цього буде недостатньо, оскільки нормативний аспект конституції не відображає конституційну динаміку.

Саме з цих причин необхідно з'ясувати певні позанормативні, протоконституційні обставини, які складають каркас Основного Закону як певної системи норм. З іншого боку, конституція як певна нормативна модель відіграє роль *Grundnorm*, основоположної норми у національній правовій системі, яка потребує конкретизації і деталізації у поточному законодавстві. З цього приводу завжди у суспільстві існують публічні дебати між прибічниками ліберальної, ліберально-демократичної, соціальної та інших моделей правового регулювання. У такому випадку виникає тонка грань між питаннями політики і права, яка залежить від цих суспільних дебатів та забезпечення балансу інтересів між більшістю та меншістю (демократії) як невід'ємної складової процесу прийняття владних рішень (*policy*). Політичні дебати щодо передбачуваних наслідків законодавства, таким чином, пере-

¹ Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Академічний курс: Підручник. У 2 т. – Т.1 / За ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Юридична думка, 2006. – С. 289 – 308; Совгіря О.В., Шукліна Н.Г. Конституційне право України: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 23 – 26.

міщаються у площину реалізації законодавчих функцій парламентом та здійснення соціальної політики урядом. Такі речі досить складно аналізувати з точки зору нормативної концепції чинності конституції, оскільки така імпліцитно не містить відповіді на ці питання.

Правда, нормативна модель конституції передбачає інститут конституційного контролю як гаранта верховенства Основного Закону. Водночас, вона не надає нам очевидної і зрозумілої відповіді на проблему легітимності конституційних судів. Адже перевірка конституційності правових актів безпосередньо стосується проблем тлумачення конституції. Однак тлумачити конституцію можливо не лише у формі судового конституційного контролю, а також у формі законодавства. При цьому поле розсуду законодавця значно є ширшим, ніж у судових установ. Таким чином, питання інтерпретації конституції є важливим компонентом чинності Основного Закону і воно стосується співвідношення між формами інтерпретації конституції через законодавство та здійснення конституційного контролю.

5.1. Поняття чинності конституції

Механізм чинності конституції складають сукупність правових засобів по утвердженню конституційного порядку, конкретизації і деталізації конституційних положень у поточному законодавстві та їх інтерпретації при здійсненні правосуддя.

Утвердженню конституційного порядку, який заснований на обмеженні публічної влади формальним законом та гарантіях основних прав і свобод людини, передують певні соціальні, політичні та культурні процеси. Зокрема, це може проявлятися у революції, коли в країні приймається вперше конституція². Однак вимога про обмеження влади, ґрунтується на певній правовій традиції, згідно якої право має свою історію і необхідно поважати ці надбання. Відповідно на основі такої інтелектуальної традиції та відповідної соціально-політичної

² Поява перших конституцій, як правило, є результатом революції, за якими внаслідок суспільних дебатів приймалося рішення про визначення правових рамок правління у вигляді відповідного правового акту. При цьому підкреслювалося, що важливим є правове закріплення певного конституційного устрою, дотримання встановлених правил, які в процесі застосування можна вдосконалювати. Див.: Федераліст. Коментар до Конституції Сполучених Штатів. Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2002. – С. 442 – 448.

практики виникає необхідність прийняття конституції. У випадку чинності конституції її ревізія, перегляд повинна базуватися на положеннях «старого» права.

Реалізація конституції здійснюється шляхом прийняття парламентом законів. Парламент може делегувати свої законодавчі повноваження уряду або конституція може містити елементи системи раціоналізованого парламентаризму. В останньому випадку реалізація конституції забезпечується не лише парламентськими актами, а також актами глави держави та уряду на реалізацію своїх конституційних повноважень. Не дивлячись на пряму дію конституційних норм, реальні гарантії втілення їх в життя забезпечуються шляхом прийняття відповідних законодавчих актів на розвиток їх положень, що впливає з вимоги правової визначеності. Тому реалізація конституції можлива при умові прийняття законодавства, що конкретизує її, та відповідній правовій культурі адміністрації (виконавчої влади), яка дозволяє посадовим особам застосувати положення конституції як норми прямої дії³.

³ Проблема конституційної культури є актуальною для вітчизняного суспільства (див.: Герасименко Є.С. Конституційна реформа і права людини // Стратегічні пріоритети. – 2008. - № 7 (2). – С. 23 – 24. Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/book/StrPryor/7/6.pdf>; Головченко В., Потьомкін А. Конституційно-правова культура як чинник стабілізації державного ладу. Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/958/>), в якому поступово артикулюються питання неправомірності дискурсу на кшталт юридичної і фактичної конституції (див.: Недюха М. Світоглядно-теоретичні засади правової ідеології. Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1724/>), який відображав пострадянське праворозуміння. Адже конституція є правовим актом, чинність положень якої має забезпечуватися юридичними засобами (законодавство, управління та правосуддя). Тоді ми можемо говорити про чинність конституції у конкретному суспільно-політичному контексті, тобто не можна говорити про конституцію як набір певних гасел чи політичних декларацій. З таких міркувань є не виваженою і необґрунтованою думка М. Тесленко (див.: Тесленко М.В. Правовая охрана Конституции Украины: Автореф. дис... д.ю.н. / Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России. – М., 2009. – С. 14 – 18), що нібито конституція встановлює певний кшталт суспільного ідеалу – це не відповідає емпіричному досвіду, соціальному контексту чинності та юридичної природи конституції. Така редукція має прямі наслідки: можна говорити, що одні приписи конституції слід виконувати, інші – немає потреби. Це суперечить засадам правової визначеності і правомірності очікувань, посягає на цілісність національної правової системи.

Однак при реалізації конституції може виникнути дискусія щодо правомірних форм реалізації її положень у ході діяльності органів публічної влади. Тому важливої ролі набуває *інтерпретація конституції*. Тлумачення конституції – це пошук однозначного розуміння конституційних норм за допомогою логічних, функціональних, цільових способів, які поєднуються певним чином. Поєднання способів тлумачення у певну методику залежить від конкретного випадку необхідності інтерпретації конституційної норми. В умовах такої правової невизначеності вирішення питання про дійсний зміст конституційних норм може бути довірена незалежному органу влади – суду.

Ступінь дослідження поняття чинності конституції у літературі ще перебуває у стадії свого становлення і цей механізм розкривають неоднозначно. Нормативісти вбачають у чинності конституційного права «реалізацію його підгалузей, інститутів і конкретних норм конституції як головного джерела цієї галузі права і норм конституційно-правового змісту інших джерел цієї галузі»⁴. Зрозуміло, що питання чинності конституції необхідно пов'язувати із чинністю конституційних норм. Під чинністю правових норм традиційно розуміють їх дію у часі, просторі та за колом осіб. Стосовно конституційних норм визначають такі їх істотні ознаки: установчий характер, вища юридична сила, пряма дія, стабільність. Зрозумілим є і те, що механізм чинності конституційних норм визначає власне і чинність самої конституції.

Чинність самої конституції проявляється у часі, просторі та у певній суспільній практиці. Під терміном «конституція» мається на увазі певний усталений правопорядок, який базується на тяглоті правової традиції, заснованої на повазі до основного закону, положення якого володіють вищою юридичною силою. Однак положення конституції не завжди вичерпують зміст самої конституційної норми. Адже складові частини конституційної норми (насамперед, санкція) можуть міститися у поточному законодавстві. Це можна спостерігати у романо-германській правовій сім'ї. У випадку прецедентної системи джерел конституційного права, властивої для англо-американської сім'ї, зміст конституційної норми може істотно визначатися у акті судового прецеденту. Принаймні санкція, форми її застосування визна-

⁴ Конституционное (государственное) право зарубежных стран / Отв. ред. Б.А. Страшун. В 4-х т. – Т. 1. – М.: БЕК, 1993. – С. 47 – 49.

чаються найчастіше у вигляді *stare decisis* рішення Верховного суду. Відсутність санкції у конституційній нормі позбавляє її сенсу, оскільки вона втрачає свою зобов'язальну силу та пряму дію і відповідно вона перетворюється у політичне гасло, орієнтир, який не зв'язує учасників конституційних правовідносин конкретними обов'язками і не гарантує їм правову безпеку.

Тому чинність конституції та конституційних норм зумовлено часовими, просторовими рамками, а також практичною діяльністю людей у державно організованому суспільстві. У часовому вимірі спостерігається тяглість конституційних явищ і процесів, внаслідок чого накопичується певна «конституційна спадщина» як сукупність конституційних норм та процедур прийняття владних рішень. У просторовому плані спостерігається різноманітність конституційних правопорядків, які зумовлені насамперед певними правовими сім'ями, і потребами налагодження взаємодії між ними, зокрема шляхом створення наднаціональних структур. Насамкінець, конституційне право діє у певному соціальному середовищі, яке на певному етапі свого розвитку наповнюється конкретним історичним змістом і потребує своєї реалізації та інтерпретації у законодавстві, управлінні та правосудді. Тому чинність конституції не можна відривати від суспільно-політичної дійсності.

Наступність (тяглість) конституційних явищ і процесів та їх примноження є об'єктивною характеристикою чинності конституції, інакше конституція не виконує свої установчі, засадничі функції, її норми не володіють зобов'язуючою силою як норми прямої дії. Конституційна норма, як і будь-яка правова норма, є «спробою стабілізації соціальних відносин», наслідком чого є становлення певного юридичного порядку. За таких умов конституційна норма змушена «безперервно пристосовуватися до ситуації, щоб зберегти свою ефективність перед обличчям соціальних перетворень». Пристосування конституційних норм може мати наслідком встановлення нового порядку. Чинність конституції є ніщо інше як результат суспільних дебатів між прихильниками еволюційної та консервативної моделі її розвитку і «сама така перманентна трансформація називається наступністю права»⁵.

⁵ Virally M. La pensee juridique. Ed. L.G.D.J. – Paris, 1960. – p. 188 // Цит. за: Бер-жель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – С. 195 – 196.

Відповідно право має свою історію, тобто минуле, сучасне і майбутнє. Як складова національної правової системи конституція є продуктом історичного розвитку національної традиції права, яке базується на історичному матеріалі, регулює суспільні відносини і програмує кардинальні напрямки їх розвитку на майбутнє. Саме тому зворотна сила закону є сумнівною з точки гарантій правової визначеності, окрім випадків, коли закон скасовує або пом'якшує юридичну відповідальність.

Тому правонаступність (континуїтет у конституційному праві) можна розуміти як стабільність та цілісний характер законодавства, здійснення адміністративної і судової практики на основі закону відповідно до принципу верховенства права, а також прозорість і демократизм при прийнятті владних рішень. Опосередковано про це констатував Конституційний Суд України:

«Однією із найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою... є стабільність Конституції, яка, крім інших чинників, значною мірою визначається правовим змістом Основного Закону»⁶.

При функціонуванні інститутів публічної влади дуже важливу роль відіграють демократична процедура формування конституційних органів влади, процедури узгодження їх рішень у конституційній системі стримувань і противаг, механізм субсидіарності при перерозподілі повноважень між рівнями публічної влади.

Конституція діє на певній території, у певній країні. Сьогодні домінує концепція національної держави, відповідно до якої система органів публічної влади формується народом, їх повноваження засновані на основі делегуванні частини своїх прав з боку народу. Відповідно існують різноманітні національні правові традиції, що втілюється у плюралізмі форм існування інститутів публічної влади та національних конституційних систем.

Соціальне середовище та чинність конституції. *Соціальне середовище* визначає прийнятні моделі поведінки індивіда, які розцінюються суспільством як суспільно корисні, з якого випливає обов'язок індивіда орієнтуватися на них у вигляді *tuss-norm*. Zobov'язальна сила норм конституційного права, як і будь-яких правових норм зумовлена їх абстрактним характером та можливістю їх застосування

⁶ Висновок КСУ № 2-в/1999 від 02.06.1999 р.

юрисдикційними установами у випадку необхідності конкретизації їх змісту або необхідності застосувати санкцію, яка впливає із змісту цієї норми. Однак такі правила, які визнаються у суспільстві юридичними правилами, не визнаються однозначно у якості *muss-norm* у різних типах людської цивілізації. Так, у Китаї не сприйнято у повному вигляді ідею закону із-за його абстрактного і формального характеру, а також не визнаного можливості різноманітного прояву юридичних ситуацій, які регулюються певною юридичною нормою. У Японії та Кореї також скептично ставляться до такої ідеї.

Право спрямовано на соціальну активність людей і є формою зовнішнього контролю поведінки людей чи колективної поведінки. Це стає предметом юридичної антропології. Відповідно до теорії юридичного плюралізму «юридична практика будь-якого суспільства включає багатоманітність юридичних укладів, що утворюють свою ієрархію і часто конкуруючих при застосуванні до тотожних юридичних понять»⁷.

З точки зору кібернетичного (управлінського) підходу виділяють дві основні групи впливу конституційного права: за гомеостатичною метою встановлюється конституційний лад певної країни та гарантії його стабільності; згідно інструментальної мети розвиток суспільних відносин здійснюється «у руслі встановлених конституційних основ суспільного і державного ладу, на реальне забезпечення конституційних цінностей (прав і свобод людини і громадянина, інститутів демократії тощо)»⁸.

Із соціологічної точки зору ефективність конституційних норм зумовлена їх відповідністю: а) «природі речей» та б) спрямованістю на конкретні соціальні відносини. За твердженням Савиньї «юридичні правила можуть бути виведені шляхом абстрактних роздумів із відносин, що спостерігаються у житті; вони створені для того, що виразити ці відносини і зафіксувати саме їх природу»⁹. Зрозуміло це впливає на правотворчість, яка має відповідати певним усталеним відносинам, що склалося у суспільстві. Таким чином, суверенітет парламенту є об-

⁷ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – С. 275

⁸ Витрук Н.В. Конституционное правосудие в Российской Федерации. – М., 1998. – С. 24 – 25.

⁹ Савиньї Ф.К. Обязательственное право. Перевод с немецкого / Пер.: Мандро Н., Фукс В.; Предисл.: Попондопуло В.Ф. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004. - 576 с.

межений певними рамками, які зумовлені станом соціальних відносин. З іншого боку, законодавець повинен попиклуватися про чинність правоположення, ухваленого ним, оскільки таке правоположення має мати своє майбутнє, програмуючи діяльність учасників правовідносин та вводячи їх у певні правові рамки. З іншого боку, парламент покликаний забезпечити гнучкість юридичних формул та термінів, які закладаються в ухвалене правоположення. Саме з цих міркувань законодавче упушення є порушенням конституції, оскільки воно посягає на правову безпеку індивіда, веде до правової невизначеності і таким чином порушує основні права.

Спрямованість конституційних норм на конкретні соціальні відносини потребує їх перевірки у ході практичної діяльності людей. Така верифікація зумовлена багатоманітністю форм прояву правових норм у соціальній діяльності, що може викликати конфлікт інтересів і навіть суперечності щодо їх інтерпретації (тлумачення). Тому важливим здається діяльність органів конституційної юстиції на предмет тлумачення конституційних норм та здійснення ними контролю правових актів органів публічної влади на предмет їх конституційності. Така корелююча діяльність конституційної юстиції дає змогу накопичувати правовий матеріал та сприяти розвитку конституційно-правової матерії виходячи з поваги до правової традиції, континуїтету та адаптуючи конституційні норми до конкретної соціальної активності людей.

Таким чином, *зв'язок між конституцією та соціальною реальністю* полягає в тому, що у конституції визнаються та забезпечуються правовим захистом певні соціальні цінності. При застосуванні конституційних положень важливу роль, якщо не провідну, відіграють судові установи, насамперед, органи конституційної юстиції. Саме через діяльність судових органів визначається єдиний і одноманітний зміст конституційних норм, забезпечується їх конкретизація і деталізація до конкретного соціального відношення, соціального середовища.

Вищенаведене дає змогу зробити висновок, що ***механізм чинності конституції виражається у конституанті, реалізації, тлумаченні та правовому захисті конституції***. Установча влада (конституанта) визначає юридичний режим встановлення конституції; реалізація конституція втілюється у конкретизації та деталізації її положень у поточному законодавстві, а також у здійсненні права на захист; тлумачення конституції втілюється в інтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції.

Чинність конституції та міжнародний правопорядок. Національні конституційні системи засновані на національній традиції права, системі джерел конституційного права та панівній юридичній техніці. У цій сфері національна держава володіє суверенітетом. Формування національних правопорядків, чому сприяла інтенсивна кодифікація та втілення принципів національної держави, насамперед суверенітету народу, зумовило істотні відмінності у національних конституційних системах.

Ці фактори породжують сьогодні необхідність визначати механізми взаємодії національних конституційних систем та їх узгоджене функціонування. Універсалізація економічних, інформаційних зв'язків, масова міграція, екологічні проблеми тощо сприяють гармонізації національних законодавств, процесам уніфікації в рамках міжнародного права. Тому актуальним є вироблення єдиних стандартів прийняття рішень і процедур, вироблення єдиних правових норм.

У рамках світового співтовариства виникає проблема визначення єдиних завдань та забезпечення взаємовигідного співробітництва. Тому загальні гуманітарні та моральні засади набувають все більшого поширення. Згідно з позицією міжнародних організацій, що діють під егідою ООН, обґрунтовується ідея легітимності «права втручання» міжнародного співтовариства з метою забезпечення загальних цілей людського співтовариства та його цінностей. Такі ідеї обґрунтовуються міркуваннями забезпечення основних прав людини, здійснення контролю над зброєю масового ураження, забезпечення охорони довкілля, екологічної безпеки, сталого розвитку людства тощо.

Із цих причин виникають гострі проблеми, які необхідно вирішити, а саме: сумісності суверенітету держави та природи влади наддержавних об'єднань і міжнародних організацій; допустимі межі обмеження суверенітету держави і відмова від ідеї абсолютного суверенітету; механізми забезпечення інтересів різних держав у контексті загальнолюдських інтересів; ефективність норм та процедур міжнародного права тощо.

Вплив міжнародного права на національні правові системи визначається насамперед через конституційний механізм визнання чинності його норм. Відповідно до цього норми міжнародного права стають невід'ємною частиною національного законодавства. Разом з тим існує специфіка визнання юридичної сили міжнародного договірної (статутного) права та загальноновизнаних принципів міжнародного права.

Фактично, чинність будь-якої сукупності норм, що складають за-сади правопорядку певного типу (наприклад, певного різновиду національного чи міжнародного), забезпечується у правотворчих процедурах, в адміністративній та судовій практиці, через готовність учасників правовідносин приймати певні правила за орієнтир, стереотип у своїй поведінці. Відповідно до цього держава не може відмовити у застосуванні норми міжнародного права, посилаючись на особливості свого правопорядку, оскільки норми міжнародного права є продуктом міжнародного співробітництва, політики взаємності держав. Відповідно до статті 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів держава-учасник «не може посылатися на положення свого внутрішнього права для виправдання своєї неспроможності виконати договір». Аналогічне правило сформульовано у судовому прецедентному праві. Зокрема, у справі про вільні зони (1995) Постійна палата міжнародного правосуддя заявила: «Не може бути ніяких сумнівів у тому, що Франція не може спиратися на власне внутрішнє законодавство, щоб обмежити обсяг своїх міжнародних зобов'язань».

Також національні конституції та поточне законодавство рідко відображають чи дуалістичну, чи моністичну доктрини. Наприклад, у статті 6 Конституції Грузії міститься положення про те, що «міжнародні договори та угоди, що не суперечать Конституції Грузії, мають переважну юридичну силу по відношенню внутрішньодержавних нормативних актів»¹⁰. Іспанська Конституція передбачає, що «законно укладені та офіційно опубліковані в Іспанії міжнародні договори складають частину її внутрішнього законодавства. Їх положення можуть бути скасовані, змінені або призупинені тільки у порядку, вказаному у самих договорах, або відповідно до загальних норм міжнародного права»¹¹. Тому фактично необхідно говорити про набрання юридичної сили норм і загальновизнаних принципів міжнародного права у національному праві, а також про ступінь їх втілення в адміністративній та судовій практиці, тобто про трансформацію норм міжнародного права у національних правопорядках.

Міжнародний правопорядок визначає особливості правового регулювання у національному праві. У рамках світового співтовариства

¹⁰ Режим доступу: http://www.parliament.ge/files/68_1944_951190_CONSTIT_27_12.06.pdf

¹¹ Режим доступу: http://www.senado.es/constitu_i/index.html

виникає проблема забезпечення єдиних завдань, взаємовигідного співробітництва. Тому загальні гуманітарні та моральні засади набувають все більшого поширення. Згідно з позицією міжнародних організацій, що діють під егідою ООН, обґрунтовується ідея легітимності «права втручання» з метою забезпечення загальних цілей людського співтовариства та його цінностей. Такі ідеї обґрунтовуються міркуваннями забезпечення основних прав людини, здійснення контролю над зброєю масового ураження, забезпечення охорони довкілля, екологічної безпеки, сталого розвитку людства тощо.

Із цих причин виникають гострі проблеми, які необхідно вирішити, а саме: сумісності суверенітету держави та природи влади наддержавних об'єднань і міжнародних організацій; допустимість обмеження суверенітету держави і відмова від ідеї абсолютного суверенітету; механізми забезпечення інтересів різних держав у контексті загальнолюдських інтересів; ефективність норм та процедур міжнародного права тощо.

Вплив міжнародного права на національні правові системи визначається насамперед через конституційний механізм визнання чинності його норм. Відповідно до цього норми міжнародного права стають невід'ємною частиною національного законодавства. Разом з тим існує специфіка визнання юридичної сили міжнародного договір-ного (статутного) права та загальноновизнаних принципів міжнародного права.

Відповідно до Заключного акту НБСЄ 1975 р. принцип добросовісного виконання зобов'язань по міжнародному праву при здійсненні своїх суверенних прав, в т.ч. право встановлювати закони та адміністративні правила, держава узгоджує свої дії та рішення зі своїми міжнародно-правовими зобов'язаннями. Згідно з цими положеннями держава може не дотримуватися міжнародних зобов'язань, якщо її згода на обов'язковість договору була виражена на порушення внутрішнього права, що стосується укладання міжнародного договору, при умові, що порушення було явним і стосувалося норми його внутрішнього права особливо важливого значення.

Таким чином, міжнародне право накладає на держави лише обов'язки, а порядок їх реалізації визначається національним правом, якщо інше не застережене у міжнародній правовій нормі. Засади взаємодії міжнародного права та національних правових систем визначається на конституційному рівні. Як правило, встановлюється об-

меження, що трансформація норм міжнародного права у національне право можлива лише у тому випадку, якщо це не суперечить конституції; інакше спочатку необхідно вносити зміни до відповідних положень конституції.

Таким чином, щоб бути здатним регулювати відносини з участю фізичних та юридичних осіб, правила, що містяться у міжнародному праві, повинні ввійти у національну правову систему у визначеному порядку. Такий процес перетворення норм міжнародного права у норми національного права називають трансформацією. Відповідно до цього норми міжнародного права надають статус національного права.

Існують механізми прямої та відсильної трансформації норм міжнародного права. При прямій трансформації, яку ще іменують інкорпорацією, міжнародний договір підлягає ратифікації і він набуває чинності з моменту офіційного опублікування. У випадку відсильної трансформації у законі говориться, що ті чи інші його положення будуть застосовуватися відповідно із певним договором і що у визначених випадках необхідно застосувати певний закон. Наприклад, у ст. 16 Конституції Португалії передбачено: «Правила, що містяться у Конституції і законах і стосуються основних прав громадян, повинні тлумачитися відповідно до Загальної декларації прав людини».

Нормативне закріплення в Конституції України дії норм (ст. 9) та загальновизнаних принципів міжнародного права (ст. 18). Верховенство права означає повагу з боку держави міжнародного права та здійснення державою взаємовигідного міжнародного співробітництва з іншими державами та міжнародними організаціями. Конституція України прямо не вирішує питання про верховенство загальновизнаних принципів і норм міжнародного права у національній правовій системі.

Процедура ратифікації міжнародних договорів. Згідно зі ст. 9. Конституції, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. 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 суперечать Основному Закону. Тому необхідно коротко розглянути процедуру ратифікації міжнародних договорів.

Конституція встановлює правило, у відповідності до якого при ратифікації міжнародних договорів необхідно дотримуватися вимоги, щоб міжнародний договір не суперечив Основному Закону. Регламент Верховної Ради з цього приводу накладає обов'язок на Президента і Кабінет Міністрів як суб'єктів права законодавчої ініціативи при внесенні законопроекту про ратифікацію міжнародного договору України одночасно вносити пропозиції про застереження до міжнародного договору, заперечення до застережень, законопроекти або пропозиції про прийняття законів або внесення змін до закону, спрямовані на виконання міжнародного договору України (ст.ст. 191, 192 Регламенту Верховної Ради). Такі вимоги спрямовані на те, щоб парламент при встановленні того, що міжнародний договір суперечить Конституції України зміг би обрати прийнятні варіанти: ратифікувати його із застереженнями; ратифікувати міжнародний договір після внесення всіх необхідних змін до Конституції; відмовитися від ратифікації міжнародного договору як неприйнятної з точки зору забезпечення конституційних цінностей і загальних тенденцій розвитку національної правової системи тощо. Якщо на виконання зобов'язання по міжнародному договору, який подано на ратифікацію, необхідне прийняття відповідних законів або внесення змін до існуючих, також подається Міністерством юстиції і Міністерством зовнішніх справ відповідний висновок. Законопроект про ратифікацію міжнародного договору розглядається Верховною Радою невідкладно.

Конституція визначає, що ратифікація міжнародних договорів, які суперечать Конституції, можлива лише після внесення відповідних змін до Конституції. При підписанні міжнародних угод про приєднання України до Єдиного економічного простору виникали дискусії щодо додержання конституційної процедури. Тому у процесі ратифікації міжнародного договору можуть виникнути питання про колізії міжнародних договорів з конституційними положеннями. У такому випадку Президент, Кабінет Міністрів можуть звернутися до Конституційного Суду для того, щоб цей орган влади надав висновок щодо положень Конституції, до яких необхідно внести зміни на виконання міжнародного договору.

Разом з тим, у діяльності конституційних судів спостерігається низька активність щодо вирішення питань про конституційність міжнародних договорів. Досить значна практика з цього приводу накопичилась у діяльності німецького конституційного суду. Згід-

но з законом про ФКС (§ 83), Суд вирішує, чи являються певні норми міжнародного права складовими частинами федерального права і чи створюють вони безпосередні права і обов'язки для індивіда. Свої завдання ФКС Німеччини вбачає в такому: попередження небезпеки порушення загальних принципів міжнародного права судами ФРН, забезпечення взаємодії міжнародного і національного права шляхом конформного тлумачення, тобто забезпечення правила сприятливого відношення до міжнародного права органами держави та тлумачення законів таким чином, щоб уникнути колізій із міжнародним правом.

Верховна Рада володіє дискреційним повноваженням щодо вирішення питання про надання висновку Конституційним Судом щодо відповідності міжнародного договору Конституції України (стаття 194 Регламенту)¹². Однак при вирішенні питання про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору України (далі – ратифікацію міжнародного договору) вона зв'язана правовою позицією, викладеною у висновку Конституційного Суду. Законопроект про ратифікацію міжнародного договору розглядається за звичайною процедурою розгляду законопроектів.

При ратифікації міжнародного договору Верховна Рада одночасно має офіційно підтвердити застереження, зроблені Україною під час підписання міжнародного договору, зняти їх чи висловити згоду із застереженнями інших держав-учасниць договору або заперечення проти них, а також може самостійно формулювати і висловлювати застереження відповідно до положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р.

У законопроекті про ратифікацію міжнародного договору зазначаються порядок та умови набрання чинності міжнародним договором на території України відповідно до положень цього міжнародного договору та Віденської конвенції про право міжнародних договорів. На підставі закону про ратифікації міжнародного договору Голова Верховної Ради підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ, якщо договором передбачений обмін такими грамотами.

¹² Конституційний Суд вказав Верховній Раді про необхідність приведення у відповідність до Конституції України правової регламентації організації і діяльності парламенту шляхом прийняття Закону про Регламент Верховної Ради. Див.: Рішення КСУ № 16-рп/2008 від 17.09.2008 р.

Застосування положень міжнародних договорів України та загальноновизнаних принципів міжнародного права у адміністративній та судовій практиці. Стосовно загальноновизнаних принципів міжнародного права Конституція України небагатослівна – визначається лише, що зовнішньоекономічна діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальноновизнаними принципами і нормами міжнародного права (стаття 18).

Відповідно до принципу верховенства права держава повинна поважати загальноновизнані принципи міжнародного права, які частково кодифіковані в Статуті ООН, Декларації про принципи міжнародного права, Декларації про право на розвиток, Паризькій хартії для Нової Європи та інших міжнародно-правових актах. У діяльності Конституційного Суду вже відзначалося про те, що Україна є зв'язаною загальноновизнаними принципами і нормами міжнародного права, зокрема положеннями Конвенції про захист прав людини і основних свобод, прецедентним правом Європейського Суду з прав людини, міжнародно-правовими актами, що визначають принципи незалежності суду тощо.

Додержання загальноновизнаних принципів міжнародного права означає також повагу й визнання державою загальнолюдських цінностей. Насамперед, йде мова про повагу гідності людини та її основних прав, можливості особи звернутися за захистом не лише у національні суди, а також у міжнародні суди, узгодження державної політики із положеннями Загальної декларації права людини, Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та іншими міжнародно-правовими актами.

Поточне законодавство фактично вирішує питання про перевагу загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права над національним законодавством. Так, Закон про міжнародні договори встановлює правило, за яким при такій колізії надається перевага положенням саме міжнародного договору. У випадку наявності такої колізії положення міжнародних договорів підлягає прямому застосуванню як безпосередньо чинне законодавство України. Однак залишається так і не вирішеним обов'язок додержання органами публічної влади та посадовими осіб загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права як зобов'язань України перед міжнародним спів-

товариством. Оскільки це питання чітко не визначено у Конституції, то такий стан речей негативно впливає на правозастосовну практику, особливо це стосується «посадових осіб, які недостатньо обізнані з традицією їх безпосереднього застосування»¹³.

Виникає питання про застосування норм міжнародного права, якщо існує загроза зниження ступеня гарантій конституційних прав і свобод людини. В Україні поки що цьому питанню приділяють мало уваги, судова практика недостатня. Тому необхідно враховувати міжнародну практику і практику зарубіжних країн. Зокрема, стаття 60 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод встановлює, що ні одне з її положень не може тлумачитися обмежувально або на шкоду якого-небудь права, що гарантується національним законодавством або яким-небудь міжнародним договором, в якому держава є стороною.

5.2. Влада, що встановлює конституцію (установча влада, конституанта)

Питання про природу та характер установчої влади є новим для вітчизняної конституційної доктрини. У теорії конституційного права ця проблематика розглядається у площині порядку внесення змін та перегляду конституцій. Водночас проблема конституанти стосується не лише процедури внесення змін/перегляду конституцій, а проблеми легітимності конституційного порядку та пов'язаної із цим стабільності конституції як нормативного акта.

Також із методологічних засад складно розглядати процес прийняття конституції через призму реалізації законодавчої влади парламентом, оскільки ця представницька інституція засновується конституцією, парламент є вторинною владою щодо конституції, тобто він має підконституційний характер. Також домінування парламенту у прийнятті конституції суперечить ідеї поділу влади, спрямованої на обмеження її концентрації в одних руках. Ці міркування також пов'язані з тим, що прийняття конституції має певною мірою трансцендентальний характер, оскільки для цього у суспільстві формуєть-

¹³ Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – К., 2000. – С. 37.

ся відповідна структура і тип соціальних зв'язків, які дозволяють забезпечити легітимність цьому процесів.

Протономативність конституції та необхідність прийняття конституції. Конституція у правовому значенні є відкритою нормативною системою, яка базується на певних соціальних цінностях та загальних принципах права. Соціальні цінності, які лягають в основу конституційних положень відображають суспільний консенсус із приводу певних системоутворюючих засад організації суспільного порядку, серед яких найважливішими є безпека індивіда та передбачуваний та стійкий порядок публічного управління. Безпека індивіда досягається не настільки піклуванням держави за його добробутом, наскільки через існування усталених правил, які спонтанно формуються у суспільному середовищі і їхнє дотримання є необхідною умовою для забезпечення стабільних зв'язків між індивідами. Така система відносин деякою мірою відображає концепцію процедурної демократії, оскільки їх наслідком є досягнення суспільного консенсусу з приводу бажаного результату, яке втілюється у поведінці індивідів і постійно відтворюється у практичній діяльності людей, соціальних інститутів та публічної влади.

Порядок публічного управління засновується на системі зворотних зв'язків із населенням, основою чого є ефективність та справедливість правління. Людське суспільство йшло до цього різними, звивистими шляхами: саме в силу цих причин ми говоримо про авторитарну, ліберальну та соціальну конституційну традицію. Якщо перша по суті є запереченням власне конституційної традиції, що яскраво демонструє псевдо-конституціоналізм Радянського Союзу та так званих країн «народної демократії», то інші визнають за основу ідеї про нормативне закріплення системи обмеження сваволі публічної влади та забезпечення безпеки індивіда і суспільного порядку від прийнятих владних рішень з міркувань поточного політичного моменту.

З'ясовуючи питання щодо необхідності конституції, А. Шайо аналізує проблеми потреби у безпеці, однорідності суспільства, громадянства, гарантій співіснування¹⁴. Із його аналізу видно, що ці фактори переплітаються у такий складний клубок, що вони не є цілком очевидними і хоча вони нібито «лежать на поверхні», вони не завжди

¹⁴ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер. с англ. – М., 2001. – С. 33.

є глибинними чинниками при прийнятті конституції. Необхідність конституції зумовлюється насамперед ускладненням суспільного життя, соціальних зв'язків та переплетінням різного роду та рівня соціальних інтересів.

Не завжди конституція виражає реальну волю більшості народу. Загалом конституція є нейтральною щодо потреб, прагнень та інтересів окремих осіб, оскільки така ґрунтується на позитивному закріпленні прав і свобод людини. За таких умов конституція визначає правила та процедури досягнення згоди шляхом вільного демократичного дискурсу між різними носіями різних думок, які мають суспільне значення.

Тому структура конституційного порядку передбачає багаторівневу комунікацію з метою досягнення консенсусу щодо прийняття конституції певного змісту. Якщо ми уважно розглянемо приклади розроблення конституцій, які сьогодні слугують зразками світового конституціоналізму з точки зору їх легітимності та сталості конституційного порядку (Німеччина, США, Франція, Японія), то можна побачити різні оригінальні підходи у їх встановленні. Основою бази для забезпечення легітимності процесу прийняття конституції ставало поєднання існуючих правових традицій у суспільстві із передовими досягненнями конституційної доктрини. Зокрема, японська конституція служить взірцем поєднання власних японських правових традицій із ідеями лібералізму, що дає змогу забезпечити функціонування традиційних інститутів японського суспільства у рамках нової конституційної системи.

Цю ж проблему також видно на прикладі конституювання правової системи та інституцій Європейського Союзу, метою якої є забезпечення поглиблення *acquis communautaires*, шляхом побудови спільного економічного ринку, заснованого на свободі руху капіталу, товарів, послуг, а також безпекової політики та політики у сфері юстиції та захисту прав людини. Відповідно правова система ЄС еволюціонувала від емпіричного підходу підвищення ефективності у діяльності Європейських Спільнот через суспільні дебати щодо її конституювання у формі проекту Конституції для ЄС, розробленого Європейським Конвентом, закінчуючи сьогоднішніми процесами ратифікації національними парламентами та перевіркою конституційними судами положень Лісабонського договору щодо його відповідності національним конституціям (Німеччина, Польща, Чехія тощо).

Таким чином, установча влада передбачає певну модель пошуку консенсусу в суспільстві щодо унормування правового порядку у вигляді цілісного документа, який би визначав засади обмеження публічної влади та гарантій прав людини. Процедури щодо визначення змісту юридичних конструкцій цього документа переміщуються у площину представницької демократії, до якої пред'являються вимоги легітимності, наявності демократичних традицій діяльності політичних інститутів, процедурного забезпечення прийняття конституції.

Зміст установчої влади. Владу, що встановлює конституцію, можна визначити як організаційний та процедурний порядок утвердження конституції згідно з демократичними та відкритими засадами здійснення процедури по прийняттю або перегляду Основного закону, що володіє вищою юридичною силою.

Установча влада тісно пов'язана із суверенітетом народу, якому належить верховна влада. Водночас концепція суверенітету є абстрактним поняттям, оскільки в емпіричній площині при прийнятті рішень вона виливається у принципові мажоритарності. З точки зору верховенства права більшість не завжди може приймати правомірні рішення, які б відповідали засадам рівності, свободи, справедливості, які лежать в основі будь-якого правопорядку. Тобто необхідні гарантії прав меншості і її права критикувати рішення більшості.

Тому з точки зору процесу установаження конституції суверенітет народу проявляється у множині діяльності різних його складових – окремих індивідів, соціальних груп, об'єднань, рухів, громадських організацій, політичних партій, владних інститутів, результати дії яких мають певний кумулятивний ефект. Власне кажучи концепт установчої влади дає методологічний ґрунт відмежовувати процес прийняття конституції від засад організації та діяльності публічної влади, яка, таким чином, щодо установчої влади є вторинною, похідною від влади народу¹⁵.

Оскільки публічна влада є похідною від влади народу, то необхідно розмежовувати установчу владу та організаційно-правову, що втілюється через систему організаційних та правових форм діяльності учасників конституційних правовідносин. Згідно із французькою концепцією установчої влади сама ідея надконституційності іманентна характеристика конституції, оскільки її формальному ухваленню

¹⁵ Див.: Шаповал В. Конституанта // Юридична енциклопедія. В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.. – К.: Укр. енцикл., 2001. – Т. 3. – С. 272 – 273.

передують утворення засад конституційного ладу (утворення «прото-конституційних» норм). Це зв'язує учасників політичного процесу та накладає обмеження у політичній діяльності¹⁶. На думку інших¹⁷, які виражають переважно позитивістські погляди, перегляд певних надконституційних принципів та ідей (до прикладу, республіканізм) можливий шляхом перегляду положень, які закріплюють ці принципи. Зокрема, французька Конституційна рада у справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз (1992) визначила, що установча влада є суверенною і «їй дозволено скасовувати, змінювати та доповнювати положення конституційного значення при додержанні, зрозуміло, правил стосовно способу, встановленого Конституцією»¹⁸.

Сьогодні конституція визнається в якості основного закону, який приймається за спеціальною процедурою (відмінної від законодавчої). Тому конституція і забезпечується спеціальним порядком захисту. Влада, що засновує конституцію (конституанта), в залежності від конкретних історичних особливостей розвитку суспільства може проявлятися у різноманітних формах. Сутність установчої влади відображає правонаступність інститутів публічної влади і належна правова процедура її здійснення.

Законодавча, виконавча та судова влади є установленими, заснованими, тобто мають похідний, вторинний характер від установчої влади. Тому виникають проблеми належної правової процедури здійснення повноважень органами публічної влади. Установча влада передбачає також тяглість, наступність певних конституційних процесів і явищ, що виражається у правонаступності (континуїтеті) та цілісності конституційного ладу. Згідно цього критерію зміни до конституції, її перегляд повинні носити системний характер і не звужувати, ущемляти гарантії засадничих цінностей конституційного ладу.

Виходячи із правонаступності та цих начал, зміст установчої влади певною мірою наповнюється якісними орієнтирами, демократичними традиціями та інститутами безпосередньої і представ-

¹⁶ Ардан Ф. Франция: государственная система. – М., 1994. – 212 с.; Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Пер. с франц. – М., 2002.

¹⁷ Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. – М., 1993. – С. 333. Ведель Ж. Административное право Франции/ Ж. Ведель; Пер. с фр. Л.М. Энтина; Под ред. М.А. Крутоголова. – М.: Прогресс, 1973. – 512 с.

¹⁸ Режим доступу: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a92312dc.pdf

ницької демократії, відповідною організацією політичного процесу. З формально-юридичної точки зору установча влада виражається у розмежуванні юридичної сили положень конституції та законів, у відповідності до чого конституція є основним законом. Норми конституції у якості основної норми (*Grundnorm*) визначають основні напрями законодавчої політики, оскільки вони потребують конкретизації і деталізації парламентом у поточному законодавстві. Тому правова політика парламенту повинна здійснюватися у руслі цінностей, основних прав і свобод, які закладені і впливають із «букви» і «духу» основного закону.

Якщо давати характеристику порядку функціонування інститутів громадянського суспільства та публічної влади, то зміст установчої влади втілюється у свободі політичної діяльності політичних інститутів (політичних партій, об'єднань, рухів та органів публічної влади). Необхідною умовою цього є функціонування демократичних інститутів, діяльність яких спрямована на пошук оптимальних рішень з урахуванням балансу інтересів більшості і меншості, відкритості та прозорості процедур ухвалення рішень публічного значення. Демократична традиція стає невід'ємним атрибутом установчого процесу лише в тому випадку, коли політичне рішення (в тому числі і прийняття конституції) є результатом пошуку розумного балансу між різними політичними думками у суспільстві. Держава як частина цього суспільства покликана визнавати і забезпечувати свободу політичної діяльності у суспільстві, а також виступати основним гарантом демократії.

Установча влада – це правовий порядок реалізації суверенної влади народу України визначати та змінювати конституційний лад шляхом поєднання засобів безпосередньої та представницької демократії. Установчу владу можна поділити за формально-процедурним критерієм на первинну та інституційну (вторинну); за сутнісним – суверенну та організаційно-правову; за змістом – установчу владу народу та інституційно-процедурну. Перші види установчої влади мають місце у випадку формального втілення принципів конституційного ладу у випадку відсутності конституції, а другі передбачають нормативно-правове регулювання внесення змін до конституції з формально-процедурної точки зору; наявність демократичних традицій та демократичних форм діяльності органів влади і відповідну структуру політичних організацій – за організаційно-правовим критерієм; наявність легітимних органів влади, що наділені компе-

тенцією забезпечити перегляд конституції та приймати відповідні рішення з точки зору легітимності процедурної демократії.

У своєму рішенні від 27 березня 2000 р.¹⁹ Конституційний Суд неодноразово підкреслював те, що він здійснює перевірку законопроекту про внесення змін до Конституції, а не перевірку проекту нового Основного Закону. З приводу можливості ухвалення нового Основного Закону Суд висловився, 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 противагу цьому, в іншому місці Конституційний Суд став на позицію, що внесення змін до Конституції повинно проводитися виключно у порядку, визначеному розділом XIII Основного Закону і це питання обов'язково повинно пройти стадію попереднього схвалення у Верховній Раді.

Слід також звернути увагу на важливому положенні цього рішення Конституційного Суду. В ньому була сформульована вимога співпорядкування 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 Конституційним Судом 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 Конституційного Суду орієнтує установчу владу на вільний демократичний дискурс щодо передбачуваних наслідків дії (критерій легальності) та досягнення консенсусу та визнання фундаментальних положень (критерій легітимності) майбутнього Основного Закону.

В окремі думці до рішення КСУ від 27 березня 2000 року суддя В. Шаповал зазначив, що необхідно розрізнити процес прийняття

¹⁹ Рішення КСУ № 3-рп/2000 від 27.03.2000 р.

нової Конституції та внесення змін до чинної, а також визнав первинність установчої влади щодо встановлених влад, тобто органів публічної влади. І не зважаючи на те, що чинна Конституція України не регулює процедуру прийняття нового Основного Закону, це не виключає такої можливості. Суддя М. Селівон в окремій думці висловився, що прийняття нової Конституції «зумовлюється економічним, соціальним та політичним розвитком кожної держави та ініціюється певними політичними силами». Прийняття нового Основного Закону, на його думку, можливо двома шляхами – шляхом референдуму та спеціально утвореним органом (установчими зборами чи парламентом).

Згідно з усталеною практикою Конституційного Суду, 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 визначати 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 неї²⁰. Таким чином, у рішенні Конституційного Суду № 6-рп/2005 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 «опосередкована» відповідним рішенням парламенту.

У 2008 р. Конституційний Суд визнав, що Конституція може бути ухвалена на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою²¹. 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 законодав-

²⁰ Рішення КСУ № 6-рп/2005 від 05.10.2005 р.

²¹ Рішення КСУ № 6-рп/2008 від 16.04.2008 р.

чого врегулювання, оскільки його 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.

Суддя І. Домбровський в окремій думці розкритикував це рішення, оскільки, на його думку, Конституційний Суд визначив додаткові, необґрунтовані умови легітимності прийняття народом нової Конституції шляхом референдуму, які викривлюють сутність конституційних приписів.

Усталена практика Конституційного Суду свідчить про необхідність з'ясування структурних елементів установчої влади. Проблема лежить у площині співвідношенні інститутів безпосередньої і представницької демократії, додержання вимог належної правової процедури прийняття рішень²². У цьому контексті також слід звернути увагу на проблему співвідношення установчої та законодавчої влади.

Конституційний Суд України першої каденції займав формальну позицію щодо конституційності проектів законів про внесення змін до Конституції України, які пізніше набрали чинності як конституційний закон № 2222-IV. Найчастіше, Конституційний Суд обмежувався загальним застереженням, що ці законопроекти не передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина²³.

²² Див.: Стрижак А. Конституційність – основа стабільності держави та суспільства // Вісник Конституційного Суду України. – 2009. - № 4. – С. 98 – 102.

²³ Див.: п. 6 мотив. частини висновку КСУ № 1-в/2002 від 16.10.2002 р. // КСУ РВ. – 4:7; п. 3 мотив. частини висновку № 2-в/2003 від 05.11.2003 р. // КСУ РВ. - 4:403; п. 4 мотив. частини висновку КСУ № 3-в/2003 від 10.12.2003 р. // КСУ РВ. – 4: 474; п. 5 мотив. частини висновку КСУ № 2-в/2004 від 12.10.2004 р. // КСУ РВ. – 5:240.

Хоча перенесення строків парламентських виборів на один рік пізніше вже є прямими порушенням права народу на вільні і демократичні вибори, Конституційний Суд не вбачав у цьому обмеження прав і свобод людини і громадянина²⁴.

2. Структурні елементи установчої влади. Конституційні норми володіють верховенством у національній системі права, що і визначає особливий порядок їх прийняття, зміни та відміни. Вони мають характер *Grundnorm*, а норми поточного законодавства є похідними від них. Це є ніщо інше як певні нормативні вимоги до якості законодавства та практики правового регулювання на рівні закону і підзаконних актів. Тому такі вимоги конституційності є якісним критерієм розмежування понять установчого та законодавчого процесу. У відповідності до загальних принципів права установчі процедури мають відповідати таким вимогам.

1. Існування легітимних органів влади, які уповноважені від імені народу призначати та забезпечити прийняття або внесення змін до конституції. У Конституції та законах визначається організація та порядок діяльності вищих органів держави, які компетентні приймати рішення з питань встановлення чи внесення змін до основного закону. Якщо в державі немає конституції, то діяльність таких органів влади повинна здійснюватися згідно з демократичними засадами суспільства. Процедури по встановленню чи внесенню змін до конституції повинні здійснюватися у легітимних формах, тобто на основі повноважень органів публічної влади, визначених законом.

Сьогодні ця проблема стоїть у площині легітимності діяльності уповноважених органів влади. Проблема легітимності органів публічної влади полягає насамперед у їх відкритості при розгляді народної ініціативи щодо розгляду проектів конституції. Така легітимність забезпечується також через досягнення консенсусу між політичними партіями щодо змісту конституційного проекту, який повинен розроблятися на рівні фахівців у сфері публічного права, філософів, політологів, соціологів, економістів. Ступінь легітимності ініціювання процедури розгляду питання про внесення змін/ревізії конституції також зумовлений системою зворотних зв'язків між політичним середовищем та інститутами громадянського суспільства. Принаймні зміст конституційних змін/ревізії має мати наглядний характер та

²⁴ Див. п. 4.1. мотив. частини висновку КСУ № 3-в/2003 від 10.12.2003 р.

має бути *inter alia* забезпечена відкрита демократична дискусія щодо можливих передбачуваних їх наслідків. Відсутність належної комунікації та відкритості дискусії серед громадськості стало проблемою реалізації президентських ініціатив щодо можливого перегляду/ревізії Конституції України у 2000 та 2007 роках у зв'язку з низьким ступенем їх легітимності.

2. У разі відсутності конституції важливу роль відіграють інститути політичної системи суспільства, національні демократичні традиції, що служать основою так званих «передконституційних норм». На перший план у даному випадку виходить політична активність народу, різного роду політичних організацій. У відповідності до цих вимог проект конституції повинен бути підготовлений із залученням спеціалістів у галузі конституційного права; цей проект повинен стати предметом широкої громадської дискусії, у якій важливу роль по формуванню політичної волі громадян повинні відігравати політичні партії.

Саме таким шляхом пішли низка країн Центральної та Східної Європи, в яких тоталітарний режим змінився у результаті досягнення консенсусу на «круглих столах» між правлячими комуністичними партіями та опозиційними рухами щодо лібералізації політичних систем та проведення відповідних конституційних реформ. Цікавим також здається іспанський досвід переходу від авторитаризму до демократичного правління, результатом чого стало прийняття Конституції 1978 року внаслідок демократичного діалогу між політичними силами, урядом, армією, церквою, монархом, а також національними екстремістами²⁵.

Проблемним питанням є розгляд установчих процедур у випадку революції чи кардинальних змін суспільного та державного ладу. Революція як суспільне явище означає якісні зміни у правовому регулюванні суспільних процесів, що веде до дисконтинуїтету. У власному розумінні революційні процеси є несумісними із ідеями конституціоналізму, парламентської демократії. Тому у таких випадках на перший план виходить забезпечення процедур безпосередньої та представницької демократії згідно з принципами верховенства права. З цього приводу А. Шайо пише так²⁶:

²⁵ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – М.: ГУ ВШЭ, 2005. – С. 166 – 185.

²⁶ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001. – С. 27.

«Народження революційних конституцій «незаконне». Ті, хто пише конституцію у революційний час, часто не мають для цього формальних повноважень. Великою рідкістю, навіть поза революційних ситуацій, є створення зовсім нової конституції за приписами старої, іншими словами, на основі визнання законності колишньої конституції. Американська Конституція 1787 р. була незаконно розроблена органом, створеним для виконання зовсім іншого завдання. Філадельфійські делегати були обрані Конгресом Конфедерації для підготовки конституційної реформи. Таке доручення було отримано ними від штатів, що їх делегували. Таємно, порушуючи приписи Конституції Конфедерації, делегати прийняли рішення про створення нової конституції, яку Конгрес, що обрав їх, ніколи формально не приймав, хоча і не чинив перешкод легітимації, що містилася у документі, тобто підтвердженню законності документа».

Водночас легітимність процесу прийняття американської конституції, ухваленого Філадельфійським конвентом, забезпечила ратифікація її тексту конвентами штатів, які утворили у такий спосіб федерацію.

Таким чином, демократичні традиції є своєрідним локомотивом у розвитку суспільної дискусії щодо подальших шляхів вирішення питання про внесення змін/ревізії конституції. Саме дотримання вимог відкритого розгляду конституційних проектів є важливою складовою належних гарантій легітимності установчої влади.

3. Процедурне забезпечення установчого процесу. На законодавчому рівні має бути врегульовано порядок прийняття або внесення змін до конституції. У випадку відсутності законодавчого забезпечення існує проблема гарантій представництва основних політичних сил суспільства. Незабезпеченість юридичними процедурами прийняття конституції веде до порушення її юридичної форми, порушення прав основних суб'єктів конституційних правовідносин.

З іншого боку, є дискусійним нормативне регулювання установчих процедур застарілим законодавством, які здійснюється народом за допомогою референдних процедур, яке відстає від реалій суспільного життя або яке чинне ще до прийняття конституції. Венеціанська комісія стоїть на тій позиції, що такий розрив у нормативному регулюванні веде до згортання демократичних засад установчих процедур і є формою посягання на існуючий конституційний лад²⁷. Панівна вітчизняна

²⁷ Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF\(2001\)011-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF(2001)011-e.asp)

конституційна доктрина донедавна тяжіла до визнання провідної ролі референдних процедур, і не дивлячись на такий розрив у нормативному регулюванні, визнавала існування можливості реалізації процедури по внесенню змін до конституції за процедурою всенародного референдуму за народною ініціативою²⁸. Правова позиція Конституційного Суду зводиться до визнання права народу України визначати та змінювати конституційний лад навіть у випадках неоднозначного правового регулювання на рівні закону референдних процедур, але в межах, визначених Конституцією України²⁹. Така позиція є уразливою, оскільки підриваються основи легітимності установчого процесу з міркувань правової безпеки, що передбачає чітку інформованість громадськості про стан правового регулювання, чітку правову визначеність.

3. Способи реалізації установчої влади. Як свідчить світовий та вітчизняний досвід конституціоналізму, не існує загальноприйнятої схеми прийняття або ревізії конституції. Модель реалізації установчої влади можна розкрити на основі емпіричного досвіду і досягнень сучасної конституційної доктрини. Проаналізуємо спочатку основні моделі, які склалися емпірично.

Плебісцитарна модель з елементами авторитаризму (Франція). Французька модель прийняття конституції полягає у частому прояві дисконтинуїтету. Зокрема, конституція 1958 р. приймалася у неоднозначній політико-правовій ситуації і здійснювалася у декілька стадій. Перша стадія була пов'язана із забезпеченням самої можливості такої зміни, оскільки конституція 1946 р. наділяла парламент монополією по прийняттю нової конституції. Ш. де Голль добився перегляду ст. 90 Конституції IV Республіки шляхом голосування за вотум довіри урядові готувати відповідний проект конституції. Також було переглянуто конституційний закон № 58-7233, яким ініціатива на перегляд конституції належала урядові, обговорювалася у Раді міністрів після слухання висновку Державної ради. Поправки до конституційного закону містили принципи, які визначали параметри майбутнього проекту конституції. Остаточне питання про порядок перегляду конституції було вирішено передати французькому народові на референдум.

²⁸ Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Референдум в Україні: історія та сучасність: Монографія. – К.: ІДП НАН, 2000.

²⁹ Див.: абз. 3 пп. 4.1. мотивувальної частини Рішення № 3-рп/ 2000 від 27 березня 2000 року.

Континуїтет був збережений щодо інституту прав людини та концепції співдружності. У цих рамках йшла боротьба між авторитарною та парламентарною тенденціями, що вилилося у дуалістичну модель напівпрезидентського правління. Проект конституції був схвалений Радою міністрів, промудльована Президентом Коті та схвалена на референдумі 17 668 790 голосів (72%), проти 4 624 511 голосів (20,8%) виборців. Легітимність прийняття конституції посилюється й тим, що Ш. де Голль на президентських виборах отримав 77,5% голосів електоральної колегії.

Таким шляхом також була прийнята за результатами референдуму від 12 грудня 1993 року Конституція Російської Федерації, розроблена Конституційною комісією під головуванням Президента Б. Єльцина. Цей механізм продемонстрував тяглість авторитарної традиції в Росії, яка була посилена згоранням під час каденції Президента В. Путіна основних засад федералізму (ліквідація виборності вищих посадових осіб суб'єктів федерації, створення федеральних округів), делібералізацією політичної системи (законодавство про екстремізм, підвищення виборчого бар'єра до семи відсотків, посилення адміністрування окремих секторів громадянського суспільства) тощо.

Парламентська модель із елементами плебісцитарної легітимності (Королівство Нідерланди). Згідно з нідерландською моделлю нова конституція приймається парламентом у два етапи. На першому етапі Генеральні штати обома палатами приймають рішення про необхідність прийняття поправок до Конституції у запропонованій їм редакції. Після схвалення цього рішення обидві палати парламенту підлягають розпускові. Конституція схвалюється остаточно двома палатами новосформованих Генеральних штатів (ст. 137 Конституції Королівства Нідерландів)³⁰. Така система передбачає недопущення випадків зловживання повноваженнями з боку парламенту для того, щоб попередити можливість прийняття конституції, в якій було б написано повноваження органів публічної влади на користь парламенту або на угоду політичних сил, представлених у парламенті.

Модель конституційної асамблеї. Досить поширеною є практика прийняття конституції через установчі збори, конституційну асамблею. Ідея конституанти полягає в тому, що конституцію приймає

³⁰ Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 2 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М.: НОРМА, 2001.

конституційна асамблея (установчі збори), яка скликається у випадку необхідності прийняття конституції чи її ревізії. Така ідея була реалізована на основі ідей Е.Ж. С'єеса шляхом ухвалення Конституції Франції 1791 року Установчими зборами, у які було проголошені Генеральні штати, скликані монархом для вирішення питання щодо встановлення нових податків.

За своєю сутністю формування конституанти шляхом виборів є потрібним для звільнення положень конституції від політичної кон'юнктури та встановлення правил функціонування публічної влади, побудованої на повазі гідності людини, належних гарантіях прав людини й основоположних свобод, поділі влади як механізму недопущення концентрації та зловживання нею.

Модель консоціативної демократичної легітимації. Прийняття Конституції Іспанії 1978 р. було результатом компромісу між різними соціальними, політичними, владними інститутами; зокрема, їх учасниками були екстремістські політичні рухи. Компроміс іспанської моделі також полягав у поступовій еволюції конституційної моделі державного устрою від унітаризму та регіоналізму, що передбачав надання широких самоврядних прав автономіям, які були створені на договірній основі провінціями.

Парламентська модель із елементами субсидіарної консоціативної легітимації. За німецькою моделлю внесення змін до Основного закону є прерогативою парламенту – Бундестагу та органу участі земель у законодавстві та управлінні федерацією – Бундесрату, які ухвалюють відповідне рішення не менше двома третинами голосів їх членів. При цьому не можуть бути предметом перегляду положення Основного Закону, що стосуються поділу федерації на землі, засад участі земель у законодавстві, а також принципи поваги гідності людини, визнання прав людини як непорушних і невідчужуваних, їх прямої дії, засад демократичної соціальної федеративної держави, зв'язаності законодавства конституційним ладом, управління й правосуддя – законом і правом, визнання суверенної влади народу та права народу на опір правлінню, що посягає на конституційний лад.

Федеральний конституційний суд Німеччини не здійснює попереднього конституційного контролю за проектами законів про внесення змін до Основного закону. Хоча існує можливість остаточного конституційного контролю за такими законами, однак таке питання не було актуальним у практиці німецького конституціоналізму. Вод-

ночас, Федеральний конституційний суд відіграє важливу роль при здійсненні конституційного контролю над міжнародними договорами, до яких приєднується Німеччина і вони стосуються засад конституційного ладу, що також визначає засади участі земель у виробленні політики на рівні федерації та ЄС у контексті забезпечення конституційного ладу Німеччини³¹. Зокрема, необхідно виділити роль ФКС у забезпеченні легітимності приєднання Німеччини до установчих договорів Європейського Союзу та процесу ратифікації Бундестагом Лісабонського договору³².

Парламентська модель з елементами попереднього конституційного контролю. В Угорщині Національні збори вносять зміни до Конституції двома третинами голосів депутатів. Водночас Президент на свій розсуд до його промугляції може або накласти вето або звернутися до Конституційного суду для вирішення питання про конституційність цього закону. За таких умов Конституційний суд Угорщини фактично здійснює остаточний конституційний контроль за конституційними законами.

Подібною є процедура перегляду румунської Конституції. Однак для її перегляду обов'язковою є попередня перевірка Конституційним судом конституційності ініціативи про перегляд Конституції. При позитивному рішенні Конституційного Суду Палата депутатів і Сенат схвалюють законопроект двома третинами від їх загального складу, а якщо рішення приймається на спільному засіданні палат – трьома чвертями від числа депутатів і сенаторів. Остаточні зміни схвалю-

³¹. Suszycka-Jasch M., Jasch H.-C. The Participation of the German Laender in Formulating German EU-policy // German Law Journal. – 2009. – Vol. 10. – № 9. – P. 1215 – 1256. Режим доступу: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No09/PDF_Vol_10_No_09_1215-1256_Articles_JaschJasch.pdf; 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. Режим доступу: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1287-1296_Lisbon%20Special_Kiiver.pdf; Halberstam D., Möllers C. The German Constitutional Court says "*Ja zu Deutschland!*" // German Law Journal. – 2009. – Vol. 10. – № 8. – P. 1241 – 1257. Режим доступу: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1241-1258_Lisbon%20Special_Halberstam%20and%20Mollers.pdf

³². BvE 2/08 (Lisbon Case). Режим доступу: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

ються за рішенням національного референдуму. Не підлягають переглядові положення Конституції, які встановлюють національний, незалежний, єдиний і неподільний характер Румунської держави, республіканську форму правління, територіальну цілісність, незалежність правосуддя, політичний плюралізм та офіційну мову.

Парламентська модель перегляду конституції. Згідно з Конституцією Чеської Республіки конституційний закон приймається трьома п'ятими голосів від загального числа депутатів і трьома п'ятими голосів присутніх senatorів; палати чеського парламенту правомочні приймати рішення, якщо на їх засіданні присутні принаймні третина їх членів. На конституційний закон не накладається вето Президента. Конституційний суд Чеської республіки не здійснює конституційного контролю над конституційними законами.

Згідно з Конституцією Італії встановлюється парламентська модель її перегляду. Проекти законів про внесення до неї змін приймаються обома палатами парламенту після двох послідовних обговорень з проміжком не менше трьох місяців і схвалюються абсолютно більшістю членів кожної палати при повторному голосуванні. Конституційний законопроект може бути остаточно схвалений на референдумі, якщо протягом трьох місяців після його опублікування цього вимагатимуть п'ята частина кожної з палат, або п'ятдесят тисяч виборців, або п'ять обласних рад. Такий закон потребує схвалення більшістю голосів на референдумі. Конституція Італії встановлює, що республіканська форма правління переглядові не підлягає. Проект закону про внесення до Конституції Італії не є предметом перевірки Конституційного суду.

Таким чином, можна визнати, що установча влада характеризується такими ознаками: а) легітимність конституюнти на основі вільних і демократичних виборів; б) легітимність конституюнти, наділеної повноваженнями приймати/ревізувати/вносити зміни до конституції; в) законодавче регулювання установчої процедури; г) зв'язаність конституюнти соціальними цінностями, які не можуть бути предметом її ревізії (власне кажучи, зв'язаність конституюнти конституційним ладом); ґ) установча легітимність конституюнти, заснованої на зворотних зв'язках між населенням та процедурами ухвалення рішень (наприклад, елементи нідерландської моделі, яка передбачає розпуск парламенту, який ініціював зміни; залучення мережі *think tanks*; круглі столи між політичними силами тощо).

4. Конституційні вимоги до установчих процедур. Здійснення установчих процедур повинно відповідати основоположним конституційним принципам. Загальні принципи права виражають надпозитивні ідеї, «протоконституційну» матерію, яка лягає в основу конституції. Це загальновизнані стандарти-вимоги щодо змісту та правової форми здійснення установчих процедур, які виражають певні надпозитивні ідеї та уявлення, що складають засади конституційного ладу. На основі цього можна виділити такі принципи установчого процесу, що закріплені у Конституції України або впливають із її змісту.

1) Принцип верховенства права передбачає правовий зміст конституції та здійснення установчих процедур виключно у правових формах, які визначені розділами III та XIII Конституції України. Ідея надпозитивності є іманентною характеристикою конституції. Відповідно до цього критерію зміни до конституції, її перегляд повинні носити системний характер і не звужувати, ущемляти гарантії засадничих цінностей конституційного ладу. Правова позиція Конституційного Суду України з цього приводу така:

«Відсутність комплексних, системних змін до Конституції України у зв'язку із запровадженням двопалатного парламенту в запропонованому народними депутатами України варіанті вже сама по собі унеможливує всебічний аналіз пропонувананих змін до Конституції України на предмет їх відповідності статті 157 Конституції України»³³.

Зрозуміло, що Конституційний Суд залишив відкритою проблему вимоги системності конституційних законів. Як свідчить аналіз практики ухвалення відповідних висновків не завжди Конституційний Суд докладно обґрунтовує свою позицію щодо відповідності конституційних законопроектів сутнісному змісту прав людини й основоположних свобод, додержання державного суверенітету і територіальної цілісності.

Разом із тим, легітимність установчого процесу забезпечується шляхом досягненням консенсусу з принципових, фундаментальних засад змісту конституції, яка закладає основи національної правової системи. У концентрованому виразі такий консенсус є втіленням суверенітету народу. Тому є підстави вважати, що у сенсі статті 5 Конституції існує необхідність визначати конституційні законопроекти як такі, що не відповідають критеріям статті 157 Конституції України, оскільки вони не забезпечують баланс між кваліфікаційними його ознаками

³³ Див.: Абз. 8 пп. 3.1 Висновку КСУ № 2-в/2000 від 11 липня 2000 р.

(збереження сутнісного змісту прав людини й основоположних свобод, державного суверенітету і територіальної цілісності) у їх сукупності.

2) Недопустимість обмеження чи скасування основних прав і свобод означає те, що в цій частині Конституція України не підлягає переглядові взагалі. У цій частині зміни можуть стосуватися якісного покращення ступеня гарантованості основних прав і свобод, забезпечення гідного існування особи. З іншого боку зміни до Конституції повинні відображати тенденції розвитку міжнародно-правових стандартів щодо забезпечення прав людини й основоположних свобод та відповідати принципам поваги до міжнародного права, тлумачитися у контексті норм та принципів міжнародного права.

3) Принцип поваги суверенного права народу визначати та змінювати конституційний лад. Згідно зі статтями 5 та 69 Конституції народ України володіє правом визначати та змінювати конституційний лад. Також Основний Закон встановлює цілісну систему перегляду конституційних положень шляхом поєднання інститутів безпосередньої та представницької демократії. Інститут референдуму визначає зворотній вплив на здійснення суверенного права народом з боку політичних організацій. У рамках парламентської демократії формується загальний консенсус з приводу передбачуваної дії правових норм, тобто закладається їх програмний характер. При цьому має бути забезпечений баланс суспільних інтересів, зокрема між правлячою більшістю (урядом) та опозицією. Юриспруденція Конституційного Суду з цього приводу така:

«Невизначеність гарантій функціонування такої меншості може призвести до порушення однієї із основних засад, на яких ґрунтується суспільне життя в Україні – політичної та ідеологічної багатоманітності (ст. 15 Конституції України), і обмеження конституційних прав громадян, передбачених, зокрема, статтями 34 і 38 Конституції України»³⁴.

4) Принцип обов'язковості попереднього конституційного контролю за проектами законів про внесення змін до Конституції України. У відповідності до ст. 159 Основного Закону Конституційний Суд здійснює превентивний конституційний контроль законопроектів такого роду на предмет недопущення скасування або звуження сутнісного змісту основних прав і свобод, забезпечення державного суверенітету та територіальної цілісності України, а також щодо дотримання

³⁴ Абз. 5 пп. 3.3.1 п. 3 мотивувальної частини Висновку Конституційного Суду України № 1-в/2000 від 27 червня 2000 р.

процедурних обмежень щодо ініціювання установчої процедури (гарантій процедурних обмежень). Такий конституційний контроль розглядається як обов'язкова стадія установчої процедури, інакше це слід розглядати як грубе порушення Конституції України.

Існує дискусія з приводу правомірності конституційного контролю конституційних законопроектів перед стадією остаточного схвалення Закону про внесення змін до Конституції України. Конституційний Суд стоїть на позиції, що на цій стадії конституційний законопроект підлягає повторній процедурі превентивного конституційного контролю, якщо до нього «було внесено поправки під час розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України»³⁵.

Також дискусійним є питання про участь Конституційного Суду в установчій процедурі, оскільки він є заснованим (вторинним) інститутом влади. Водночас, Конституція України передбачає домінування парламенту в установчій процедурі і деякою мірою Конституційний Суд за такої системи виступає гарантом забезпечення додержання вимог справедливої правової процедури за матеріальними та процесуальними критеріями.

Загалом, така функція Конституційного Суду України є рідкісною, якщо порівнювати його з повноваженнями конституційних судів зарубіжних країн. Водночас, Конституційний Суд шляхом здійснення цього повноваження є складовою частиною вторинної установчої влади і забезпечує легітимність установчого конституційного процесу.

5) Принцип недопустимості зміни Конституції України в умовах воєнного чи надзвичайного стану. У цих умовах обмежується дія окремих конституційних прав і свобод (частина друга статті 64 Конституції), особливо які стосуються гарантій правового захисту особи. Тому при таких обставинах існують істотні проблеми у забезпеченні демократичних стандартів процедури внесення змін до Конституції України.

6) Принцип недопустимості повторного перегляду одних і тих же конституційних положень парламентом одного скликання (частина друга статті 158 Конституції). Гарантіями справедливої правової процедури у даному випадку служать цілі забезпечення наступності інститутів публічної влади та недопустимість таких умов, щоб певний орган публічної влади узурпував владу по визначенню змісту конституційних положень чи коригування їх змісту.

³⁵ Абз. 7 п. 3 мотивувальної частини рішення КСУ № 8-рп/98 від 09.06.1998 р.

7) Принцип неприпустимості внесення змін до Основного Закону, якщо той же самий законопроект розглядався парламентом протягом останнього року. Такого роду гарантія установчої процедури спрямована на забезпечення правової безпеки особи та легітимності функціонування публічної влади, зокрема парламенту, а також виваженості рішень органів публічної влади.

Установчий процес. У цілому такі механізми прийняття чи внесення змін до конституції у світовій практиці поєднуються певним чином, що відображає національні традиції та певні конкретно-історичні обставини. Зокрема, найпоширенішою практикою є розробка проекту конституції спеціальною комісією або її попереднє схвалення парламентом із остаточним затвердженням на референдумі.

Прийняття конституції є відмінним від законодавчого процесу. По-перше, прийняття конституції здійснюється не лише парламентом, до цього процесу залучені й інші учасники конституційного процесу. По-друге, склад правосуб'єктності його учасників є більш широким, ніж в рамках законодавчої процедури; по-третє, ніхто не володіє монополією визначати зміст конституції, такі правомочності розподіляються збалансовано.

На відміну від законодавчого процесу внесення змін до конституції обмежуються певними технічними елементами, які носять процесуальний характер (створення спеціальної конституційної комісії із широким залученням фахівців-конституціоналістів, повторне схвалення змін до конституції на наступній сесії парламенту, заборона перегляду певних конституційних положень тощо).

Суддя КСУ у відставці В. Шаповал у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України звертає увагу на таке: «Порядок прийняття (і затвердження) законів про внесення змін до Конституції України визначено її розділом XIII, що має відповідну назву. Цей порядок є принципово відмінним від встановленого для законів. Це ще раз свідчить про різну природу законів про внесення змін до Конституції України і законів»³⁶. На думку О. Ющика, також іс-

³⁶ Див. окрема думка судді КСУ В. Шаповала до рішення КСУ № 3-рп/2000 від 27.03.2000 р. у справі за конституційним поданням 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою» (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою).

нує специфіка законодавчого і конституційного (тобто установчого) процесу³⁷.

Установчий процес здійснюється шляхом вчинення певних послідовних дій уповноваженими суб'єктами конституційно-процесуальних відносин, які відображають їх діяльність з приводу прийняття конституції або внесення змін до чинної конституції. Юридичний режим установчого процесу відрізняється від законодавчого через певні ознаки: а) за суб'єктом складом; б) за обсягом процесуальних прав та обов'язків учасників процедури; в) порядком набуття, реалізації та правового захисту процесуальних прав учасників установчого процесу; г) порядком прийняття рішення та засоби юридичної техніки.

Установчий процес реалізується за специфічним механізмом, на який суттєвим чином впливають політичні фактори. На цій основі дамо характеристику основним стадіям установчого процесу.

1. Внесення до Верховної Ради України проекту закону про внесення змін до Конституції України. Дана стадія тісно пов'язана із процесуальним правом на внесення такого законопроекту до парламенту конкретним учасникам установчого процесу. При реалізації такого процесуального права можна виділити два процесуальних режимів його реалізації: а) референдну процедуру внесення законопроекту до парламенту (частина друга статті 72 у логічному зв'язку з розділом XIII Конституції), б) парламентську процедуру, пов'язану з правом ініціативи Президента України та визначеної Конституцією частини парламентаріїв.

а) *Референдна процедура, врегульована статтею 72 Конституції.* Безпосередньо стаття 154 Конституції не передбачає можливості народу України ініціювати внесення змін до Конституції. Однак така можливість існує опосередковано в рамках процедури всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, визначеної статтею 72 Основного Закону. У результаті висунення такого законопроекту шляхом підтримки ініціативи визначеної Конституцією частини виборців (не менше 3 млн., не менше ніж у 2/3 областей України, не менше 100 тис. виборців у кожній області) законопроект вноситься у Конституційний Суд для надання висновку про його відповідність вимогам ст. 157 та 158 Конституції України (ст. 159 Основного Закону).

³⁷ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: Монографія. – К., 2004. – С. 257-278.

Право народу визначати та змінювати конституційний лад (стаття 5) у співвідношенні з правом на здійснення референдуму за народною ініціативою необхідно розглядати у логічному зв'язку з положеннями розділу XIII Конституції України. Безпосередньо перегляд конституції або внесення до неї змін здійснюється шляхом скликання установчих зборів (конвенту, асамблеї) або через парламентські процедури. Тому порядок реалізації права народу на правотворчу ініціативу, основи здійснення якої закріплено частиною другою статті 72, поглинається розділом XIII Конституції.

б) *Парламентська процедура.* Згідно зі статтею 154 Конституції встановлюється загальний порядок внесення проекту закону про внесення змін до Основного Закону, у відповідності до якої розгляд такого ініціюється Президентом України та не менше 1/3 від конституційного складу Верховної Ради України. Частина перша статті 156 Конституції встановлює спеціальну норму, згідно якої проект закону про внесення змін до розділів I, II, XIII Конституції України вноситься у парламент за ініціативою не менше двох третин від конституційного складу Верховної Ради України. Згідно з рішенням КСУ про порядок внесення змін до Конституції Верховна Рада на пленарному засіданні ухвалює постанову про внесення конституційного подання до КСУ про вирішення питання про конституційність проекту закону вимогам статей 157 та 158 Конституції України.

2. Попередній конституційний контроль законопроекту про внесення змін до Конституції України на предмет відповідності статтям 157 та 158 Основного Закону. Оскільки Конституційний Суд імplementований у механізм установчої влади шляхом превентивного контролю конституційного контролю, то він повинен максимально задіяти набір можливих інструментів юридичної техніки, зокрема засобів інтерпретації Основного Закону. За сутнісним змістом Конституційний Суд стоїть на сторожі трьох конституційних цінностей: а) забезпечення сутнісного змісту основних прав і свобод – Суд вирішує питання про забезпечення гарантій щодо неприпустимості скасування та обмеження основних прав і свобод та щодо збереження існуючих інститутів правового захисту прав і свобод фізичних та юридичних осіб³⁸; б) забезпечення гарантій незалежності та непорушності тери-

³⁸ Див.: рішення КСУ у справі щодо внесення змін до статей 84, 85, 92, 93 та 94 Конституції України.

торіальної цілісності України; в) забезпечення процесуальних гарантій стабільності Конституції (частина друга статті 157 та стаття 158).

Зокрема, формальний підхід Конституційного Суду до перевірки конституційних законопроектів №№ 4105, 4180, які розглядалися на одній і тій же сесії парламенту, які стосувалися одних і тих же питань, став предметом критики Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права³⁹. Зокрема, Комісія наголосила на тому, що існувала необхідність надання повторного висновку Конституційним Судом на конституційний законопроект № 4180, який після схвалення 8 грудня 2004 року Верховною Радою був прийнятий як конституційний закон № 2222-IV і став невід'ємною частиною Конституції України.

Згідно з вимогами належної правової процедури Конституційному Суду необхідно з'ясовувати також дотримання процедурних вимог, які стосуються неприпустимості внесення на парламенту одного скликання конституційного законопроекту, що стосується положень розділів I, III, XIII Конституції з одного і того ж питання (частина друга статті 156).

3. Попереднє схвалення законопроекту Верховною Радою України у відповідності до Закону про Регламент. Реалізація даної стадії установчого процесу здійснюється за різним процесуальним режимом: а) проект закону про внесення змін до розділів I, III, XIII Конституції ухвалюється 2/3 від конституційного складу парламенту; б) проект закону щодо внесення змін до інших положень Конституції попередньо схвалюється більшістю від конституційного складу парламенту (ст. 155).

Попереднє схвалення проекту закону про внесення змін до Конституції створює чіткі правові гарантії принципу правової визначеності, зокрема сприяє широкому залученню народу до його обговорення, стимулює політичний процес. Тому парламент у даному випадку має забезпечити максимальні гарантії зворотних зв'язків з

³⁹ Висновок від 27 грудня 2005 року щодо дотримання конституційної процедури під час внесення змін до Конституції України 1996 року шляхом ухвалення Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV та щодо відповідності його положень загальним засадам Конституції України 1996 року і європейським стандартам: Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права.

населенням і як представницький орган влади створити належні умови для прийняття на розгляд та здійснення юридичної оцінки пропозицій щодо проекту закону про внесення змін до Конституції України. Процесуальна діяльність парламенту у даному випадку повинна сконцентруватися на рівні спеціальної конституційної комісії із широким залученням до неї провідних вчених-конституціоналістів. Детально ця процедура має бути врегульована у Законі про Регламент ВРУ.

4. Остаточне схвалення законопроекту. В залежності від предмету попередньо схваленого закону про внесення змін до Конституції такий ухвалюється за різним процесуальним режимом: а) щодо положень розділів I, III, XIII Конституції – затверджується всеукраїнським референдумом, який призначається Президентом України; б) щодо інших положень Конституції – шляхом голосування за нього не менше як 2/3 від конституційного складу парламенту на наступній черговій його сесії. Якщо остаточне схвалення конституційного законопроекту здійснюється за парламентською процедурою, необхідний попередній висновок Конституційного Суду щодо його відповідності ст.ст. 157 та 158 Конституції⁴⁰. Ця стадія є відображенням результатів політичного процесу, однак парламент зв'язаний принципом верховенства права. Зміст схваленого конституційного закону має відображати розширення гарантій основних прав і свобод, удосконалення публічно-владних інститутів, стану соціального регулювання. Схвалений закон Президент зобов'язаний санкціонувати та промудувати, глава держави не володіє у даному випадку правом вето, оскільки він є установленим Конституцією інститутом влади.

5. Повторний розгляд проекту закону про внесення змін до Конституції можливий лише через певний проміжок часу: а) положення розділів I, III, XIII Конституції можуть бути повторно переглянуті тільки парламентом наступного скликання; б) інші положення Конституції можуть бути повторно переглянуті парламентом якщо спливе річний строк з моменту прийняття остаточного рішення парламенту. Повторний розгляд законопроекту передбачає повторення у повному об'ємі всіх процедур, які передбачає розділ XIII Конституції. У випадку, якщо до проекту закону внесені зміни, то він підлягає попередньому конституційному контролю.

⁴⁰ Див.: Рішення КСУ у справі про внесення змін до Конституції України від 06.06.1998 р. № 8-рп/98

5.3. Реалізація конституції

Конституція та її норми знаходять свою належну реалізацію, насамперед, у позитивній діяльності публічної влади, яка покликана забезпечити гідність індивіда та його правовий захист. В залежності від політичного курсу парламенту конституційні норми наповнюються реальним змістом, конкретизуються в актах поточного законодавства.

Механізм реалізації конституції у літературі розглядається як складний і суперечливий. Зокрема виділяють групу конституційних норм, які мають загальний характер (норми-принципи, норми-цілі, норми-визначення тощо) та норми, які визначають правосуб'єктність учасників конституційних правовідносин. Тому правовий режим реалізації цих конституційних норм є відмінним. Причому ці відмінності настільки багатопланові, що провести їх типологію практично неможливо, тому наведено лише основні відмінності, які проявляються: 1) в характері поведінки учасників суспільних відносин (суб'єктів) у процесі реалізації конституційних положень і її (поведінки) формах; 2) у ступені свободи суб'єктів реалізації; 3) у змісті, характері та кількості стадій реалізації; 4) у процедурі реалізації; 5) в кількості і характері норм поточного законодавства, які включаються в процес реалізації; 6) в особливостях і кількості правовідносин, у яких ці положення реалізуються; 7) у наборі юридичних засобів та порядку захисту конституційних положень від порушень.

Реалізація положень конституції зумовлена її основоположним характером. Ступінь унормування засад конституційного ладу визначає характер діяльності органів публічної влади та ефективність системи юстиції, зокрема органів конституційної юстиції. На думку Ю. Тодики, механізм реалізації конституції має два компоненти: а) нормативний – власне як реалізації конституційних норм та б) інституційний – як діяльність уповноважених суб'єктів конституційних відносин. Соціальні, економічні, політичні, культурні фактори є соціальним середовищем реалізації конституції⁴¹.

Однак найчастіше реалізацію конституції розуміють як реалізацію конституційних норм, що є не одне і те ж саме. Тому цю проблему одні розкривають як послідовність стадій – роз'яснення змісту, ідей і

⁴¹ Тодыка Ю.Н. Конституция Украины – основной закон государства и общества: Учебн. пособие. – Х.: Факт, 2001. – С. 336 – 368.

положень конституції, з'ясування її положень, висвітлення їх у ЗМІ і насамкінець вплив конституції на свідомість і поведінку людей⁴²; другі – як втілення конституції у поведінці суб'єктів права шляхом вчинення певних дій або ухилення від їх вчинення⁴³; треті – у контексті реалізації конституційних норм визнають норми-принципи, норми-визначення як самодостатні, а норми-правила реалізуються шляхом використання, виконання, додержання та застосування⁴⁴; четверті – розглядають цю проблему у контексті подолання розриву між фактичною та юридичною конституцією⁴⁵; насамкінець, розглядають також конституційне правотворення і правозастосування – у контексті конституціоналізму⁴⁶.

Чеський конституціоналіст К. 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 вченого, є конституційно-правові дебати щодо визначення напрямку політики конституційних органів влади, регіональних органів влади та органів місцевого самоврядування, а також конституційні механізми вирішення конфліктів та захисту прав людини⁴⁷.

Реалізація конституції залежить від прямої дії конституційних норм, стану поточного законодавства та механізму соціального захисту. Серед основних форм реалізації конституції можна виділити здійснення основних прав і свобод, ефективну законодавчу політику парламенту та соціальну політику уряду.

⁴²Основин В.С. О теории реализации Советской Конституции // Государственно-правовые проблемы реализации Советской Конституции. – Свердловск, 1987. – С. 7-8.

⁴³Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. – М., 2001. – С. 118.

⁴⁴Витрук Н.В. Конституционное право и общественная практика // Конституционное право / Отв. ред. В.В. Лазарев. – М., 1999. – С. 96-97.

⁴⁵Тацій В., Тодика Ю. Проблеми реалізації Конституції України // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 2 (21). – С. 22-23.

⁴⁶Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. – № 5. – С. 26-29.

⁴⁷Klíma K. Constitutional Law of the Czech Republic. – Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. – S. 76.

Реалізація конституції та пряма дія її норм. 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 випадку відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язанні застосовувати відповідні положення Конституції України як безпосередньо чинне право. У випадку ігнорування таких стандартів-вимог приватні особи вправі у судовому порядку домагатися відшкодування завданих збитків внаслідок такого недбальства. Судові установи не вправі відмовити у захистові 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 Суд⁴⁸, так і Верховний Суд України⁴⁹.

Доктрина розглядає права та свободи людини, закріплені в Конституції України, як безпосередньо діюче, найвище право⁵⁰, тому права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрямки діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. Федеральний Конституційний Суд 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 лад в усіх галузях права⁵¹, в чому і проявляється горизонтальний ефект конституційних прав на поточне законодавство⁵².

⁴⁸ Наприклад, див.: Рішення Конституційного Суду справі громадянки Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи // Вісник КСУ. – 1998. – № 1.

⁴⁹ Див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України „Про особливості застосування положень Конституції України при здійсненні судочинства” від 1 листопада 1996 року № 9.

⁵⁰ Курс конституционного права Украины. Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. Учебник (под ред. М.А.Баймуратова и А.В. Батанова). – Х.: Одиссей, 2008. – С.423-425.

⁵¹ Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід та перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С.203; Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. – Duke Univ. Press, 1996.

⁵² Див.: Абвель М. Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4; Гарлицкий Л. Взаимоотношения частных лиц Конвенция о за-

Такий горизонтальний ефект Конституції пов'язаний із тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках – у ході здійснення конституційної юрисдикції⁵³. Всього за період свого функціонування КСУ станом на кінець 2008 року було прийнято близько 160 рішень із питань прав людини, причому найбільша кількість рішень прийнято щодо соціально-економічних прав.

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 явищем⁵⁴.

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 у випадку порушення правових норм. Тому законодавче упущення є неконституційним явищем і воно має наслідком звуження сутнісного змісту основного права (частини друга, третя статті 22 та частина друга статті 157 Конституції). Процесуальною гарантією у даному випадку виступає здійснення законодавчої політики держави на основі науково обґрунтованої концепції розвитку національного законодавства.

Реалізація конституції через законодавство. Як визначив в одному зі своїх рішень Верховний Суд США: «Конституція насамперед – проголошення принципів основоположного закону. Як правило, її положення є лише вказівками легіслатурі прийняти закон для досяг-

щите прав человека и основных свобод // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4; Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. – 2006. – № 2.

⁵³ Конституційна держава та права й основоположні свободи: Україна та європейський досвід: Монографія / Автор. кол.: Ващук О.М., Мазурок І.О., Навроцький В.В., Савчин М.В. (керівник автор. кол.), Трачук П.А. – Ужгород: Мистецька Лінія, 2008. – С.12.

⁵⁴ Бирмонтене, Т., Ярашюнас, Э., Спруогис, Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. – С. 70 – 245.

нення цілей, встановлених укладачами конституції, або деякими заборонами легіслатури приймати визначені закони; в той же час лише ті, хто приймає конституцію мають можливість зробити що-небудь із її положень безпосередньо реалізованими»⁵⁵.

Належне втілення Конституції у поточному законодавстві можливе при умові його стабільності. Стабільність законодавства є складовим елементом принципу верховенства права (правомірність очікувань), з якого випливає обов'язок держави забезпечувати чинність закону шляхом встановлення чітких, очевидних правил, які запрограмовані на майбутнє і не будуть змінюватися свавільно (правова визначеність). Дієвість таких приписів базується на легітимності законів, оскільки правові приписи переважно забезпечуються у силу визнання й авторитету⁵⁶, а не монополії держави на примус.

Звідси висновок, що закон повинен застосовуватися конформно у контексті конституційних положень⁵⁷, тобто при наявності суперечностей між нормами Конституції і законів, правові приписи застосовуються у контексті конституційних положень. Недосконалість, зокрема, сумніви у конституційності приписів поточного законодавства можна компенсувати шляхом безпосереднього застосування приписів конституції. Таким чином, не завжди очевидним є необхідність внесення змін до законодавства, оскільки це може суперечити правовій безпеці індивіда та порушувати єдність правової системи.

Належне законодавче регулювання створює сукупність правил, необхідних для здійснення основних прав. Оскільки Конституція доручає законодавцю визначати модель правового регулювання процедур реалізації основних прав, тому закон має забезпечувати необхідну гнучкість регулювання, яке б дозволило проводити урядові ефективну соціальну політику.

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 переслідує за мету попередити і унеможливити зловживання у ході виборчого про-

⁵⁵ O'Neil v. White. 22 A 2d 25 (Para. 1941).

⁵⁶ Циппеліус Р. Філософія права / Пер. з нім. – К., 2000. – С. 24-25.

⁵⁷ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / Пер. с нем. – М., 1982. – С. 54-57; Klima, K. a kol. Encyklopedia ustavnih prava. – Praha: ASPI, a.s., 2007. – S. 683 – 689.

цесу. 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.

У цьому випадку скоріше слід говорити про те, що напередодні виборів політичні партії несуть відповідальність за підготовку кадрів, які братимуть участь у виборчому процесі, зокрема у складі виборчих комісій та здійснюватимуть контроль за їх діяльністю. З цієї метою існує необхідність проведення тренінгів, методичних семінарів з виборчого законодавства. Однак такі заходи будуть позбавлені сенсу, якщо органи держави, покликані здійснювати контроль за додержанням вимог виборчого законодавства, не будуть послідовно вживати заходів юридичної відповідальності до порушників виборчого процесу.

Законодавча діяльність здійснюється не тільки парламентами, що пов'язано з конституційним установам та визначенням правотворчої сфери легіслатур, поєднання такої із формами безпосередньої демократії, а також зростанням правотворчої ролі уряду та адміністрації в силу технократичних та соціальних факторів. Можна виділити такі основні форми законодавчої діяльності.

1. У механізмі публічної влади *парламентська правотворчість* є провідною, інші форми правотворчості є зв'язані правовою політикою парламенту. Згідно з такою системою парламентам належить монополія на правотворчість, хоча фактично спостерігається делегування деяких законодавчих повноважень урядові та регіональним властям (Велика Британія, Італія, Словаччина, Угорщина, Японія).

2. Однак можливість *прийняття законів безпосередньо народом на референдумі або внесення народної правотворчої ініціативи на розгляд парламенту* обмежує законодавчу владу легіслатур. Разом із тим такий спосіб здійснення законодавчої діяльності конкурує із законодавством парламенту та суперечить установчому характеру конституції, оскільки акти референдуму не є предметом розгляду органу конституційної юстиції. Тому часто у зарубіжній практиці предмет референдуму є суттєво обмеженим (ФРН) або лише окремі питання є предметом вирішення за допомогою плебісцитних процедур, серед яких насамперед виділяється внесення змін до конституції (США, Росія, Україна).

3. Противагою цьому з юридично-технічної точки зору є *конституційне закріплення виключної сфери законодавчих повноважень парла-*

менту, в яку не вправі втручатися ніякий орган публічної влади. Згідно зі статтею 92 Конституції України закріплено питання, які виключно регулюються законами, тобто визначаються Верховною Радою.

4. У системі раціоналізованого парламентаризму законодавча сфера парламенту є обмеженою можливістю визначати засади правового регулювання у певних сферах за допомогою «законів-рамок» та регламентарними повноваженнями уряду (Франція). Згідно зі статтею 92 Конституції України Верховна Рада з окремих питань приймає «засади» й «основи», а тому закони з цих питань можна розглядати як рамкові. Про це також констатував Конституційний Суд у справі про регулювання тарифів і цін на житлово-комунальні та інші послуги.

5. Практика делегування законодавчих повноважень парламентами уряду та адміністрації отримує все більшого поширення. В Україні було такі два прецеденти – наприкінці 1993 р. такі повноваження Верховна Рада делегувала Кабінету Міністрів Л. Кучми на півроку, а також така делегація Президентові була передбачена у перехідних положеннях Конституції 1996 р. на три роки з економічних питань.

Реалізація конституції через соціальну політику уряду (управління). Стан соціальної політики уряду гарантується через парламентський контроль, який є важливим засобом легітимності втілення соціальних, економічних, культурних прав у поточній діяльності компетентних органів влади та установ, які надають публічні послуги соціального характеру. Як конституційний орган влади Кабінет Міністрів має слідкувати за практикою втілення норм соціального законодавства та пропонувати Верховній Раді здійснення заходів щодо його удосконалення. Разом з тим соціальна політика держави має відповідати реальності та міркуванням раціональності, щоб не виникало небезпеки надмірних соціальних зобов'язань з боку держави, оскільки це може надмірно обмежувати свободу економічної діяльності (підприємницької діяльності, вільного вибору трудової діяльності, професії тощо).

З цих міркувань незрозумілою є позиція Конституційного Суду у рішенні, який визнав неконституційними положення законів, які скасували соціальний захист загальнообов'язкове державне соціальне страхування у випадку звільнення працівника за взаємною згодою сторін за трудовим договором⁵⁸. По суті Конституційний Суд, не врахував засади

⁵⁸ Див.: Рішення КСУ 9-рп/2009 28.04.2009 р. у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України

соціального партнерства і в такий спосіб поклав на державу основний тягар соціального захисту, хоча до тих пір на рівні поточного законодавства у випадку звільнення працівника такий тягар покладався на роботодавця. В основу своєї правової позиції поклав положення частини третьої статті 22 Конституції, яка забороняє при прийнятті нових законів чи внесенні змін до чинних законів звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Як справедливо зазначив в окремій думці суддя КСУ В. Шишкін, згадана правова позиція містить методологічні вади, оскільки рішення необхідно було приймати з урахуванням положень статті 46 Конституції, яка передбачає гарантії соціального захисту громадян у разі безробіття з незалежних від них обставин, під яку не підпадає соціальний захист у випадку звільнення працівника за взаємною згодою із працедавцем.

З цього приводу по суті склалася юриспруденція Конституційного Суду, яка не відповідає природі правового захисту соціальних прав, принципам пропорційності, соціального партнерства, реальній здатності держави забезпечувати соціальний захист. Така конституційна юриспруденція може стати об'єктивною перешкодою у випадку проведенню соціальних реформ, реформ з пенсійного забезпечення, комунального господарства, освіти, охорони здоров'я та інших сфер соціального життя.

Свобода політичної діяльності полягає у автономності ланок політичної системи, забороні функціонування політичних структур в органах публічної влади, у самостійності визначення політичного курсу вищими органами держави на основі закону⁵⁹. В економічній сфері кон-

(конституційності) підпункту 13 пункту 4 розділу I Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення впливу світової фінансової кризи на сферу зайнятості населення» (справа про допомогу по безробіттю звільненим за угодою сторін).

⁵⁹ З цієї проблемою зіштовхнувся Конституційний Суд України у ході розгляду справи про коаліцію депутатських фракцій при вирішенні питання щодо її складу, питань виникнення та припинення її діяльності. Оскільки такого роду питання стосуються здійснення свободи політичної діяльності у конституційних рамках (визначених статтями 36, 37 щодо меж легітимної діяльності політичних об'єднань), то вони переміщуються у площину політичного процесу, які регулюються корпоративними партійними нормами і повинні відповідати Конституції. Не з'ясувавши природу таких процедурних правил Конституційний Суд дійшов до помилки методологічного характеру, припустивши можливість наявності «конституційних прогалин» і таким чином ухилившись від здійснення офіційного тлумачення Конституції. Див.: абз. 4 п. 3.3 Рішення КСУ № 16-рп/2008 від 17.09.2008 р.

ституція закладає гарантії свободи вибору моделі економічних відносин, у культурно-духовній сфері визначає гарантії забезпечення свободи ідеологічного розвитку на основі застереження про закон. Забезпечення свободи саморозвитку ланок громадянського суспільства ґрунтується на гарантіях недоторканності основних цінностей українського суспільства.

Належне функціонування публічної влади розглядається як необхідна умова реалізації конституційних норм. Даний механізм полягає у конструктивній діяльності органів публічної влади на реалізацію цілей та завдань, визначених конституцією. Природно, згідно з поділом влади забезпечується незалежність, функціональна відособленість спеціалізованих органів публічної влади. Разом із тим органи влади покликані узгоджувати свій політичний курс у відповідності до конституційних цілей. Таким чином, ідея співпідпорядкування гілок влад є важливою складовою забезпечення конституційного ладу. Наприклад, якщо не буде сформовано Конституційного Суду України згідно зі встановленою процедурою (частина друга статті 148 Основного Закону), це підірве підвалини правової державності в Україні, стане реальною загрозою конституційному ладові⁶⁰.

Держава, яка діє відповідно до конституційних цінностей, принципів і норм, є конституційною. У зміст конституційної держави вкладають: а) наявність конституції як правового акту найвищої юридичної сили; б) визнання непорушності та невідчужуваності основних прав і свобод; в) зумовленість конституційного порядку основними правами і свободами; г) конституювання законодавчої і виконавчої влади на основі їх взаємодії та співпраці; ґ) гарантії незалежності судової влади та суддів; д) гарантії періодичних демократичних виборів та правонаступність інститутів публічної влади й визнання їх попередніх рішень; е) діяльність конституційного суду по гарантуванню верховенства конституції⁶¹.

Реалізація конституції у світлі концепції компенсації повноважень. Згідно з теорією конституції, конституційна юрисдикція покли-

⁶⁰ Така ситуація фактично склалася у період 2005 – 2006 років, протягом якого не приводилися Верховною Радою до присяги судді Конституційного Суду на звільнені вакантні посади.

⁶¹ Див.: Кляйн Ханс Х. Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству// ГиП. – 1999. – №8. – С. 111-112.

кана забезпечити правовий характер основного закону, вищу юридичну силу конституції, пряму дію конституційних норм і принципів, однакове застосування Конституції на всій території держави⁶². Органи конституційної юрисдикції у ході тлумачення конституційних положень здійснюють контроль норм над правовими актами органів публічної влади. У комплексі з цього впливає, що орган конституційної юрисдикції нарівні із забезпеченням верховенства конституції також покликаний забезпечити конституційність правотворення та правозастосування.

Правовий порядок у будь-якій країні є організацією ефективної реалізації конституційних норм органами публічної влади. Зв'язаність органів публічної влади конституцією і законом при реалізації ними своїх повноважень, виражають саме юридичний режим публічної влади. Тому важливим здається висновок про те, що вплив (особливо примус) з боку держави на особу та суспільство в цілому мусить бути мінімальним, що можливо лише за умови діяльності органів публічної влади виключно в межах конституції і закону.

Комплексність конституційного права визначає складність форм і способів закріплення, реалізації та охорони основоположних цінностей. Імперативність у юридичних процедурах полягає в тому, що конституцією визначаються способи та форми забезпечення основоположних цінностей, що становлять засади конституційного ладу. Диспозитивне начало у юридичних процедурах проявляється у виявленні, офіційному визнанні та забезпеченні певних цінностей, що становлять конституційний лад конкретної країни. Такі цінності відображають наступність загальних цінностей у контексті традицій національного права та конституціоналізму у контексті загальнолюдських цінностей.

Правовий континуїтет державності забезпечується через планомірний розвиток конституційних положень у поточному законодавстві, управлінських функціях виконавчої влади, здійсненні правосуддя судовими установами. Континуїтет державності імпліцитно зумовлений соціальною активністю фізичних та юридичних осіб до домагання, здійснення та захисту суб'єктивних прав, які є основними за своєю природою і гарантуються конституційними засобами. У ході політичного процесу соціальна активність громадян втілюється

⁶² Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учебное пособие для вузов. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1996. – 349 с.

у виборах, референдумах та інших формах безпосередньої демократії. Відповідно через парламент політичні партії шляхом вільного обговорення визначають шляхи та моделі втілення конституційних приписів, що залежить від взаємодії парламенту з урядом та ефективності парламентського контролю за виконавчою владою.

Згідно з теорією компенсації конституційних повноважень реалізація певних конституційних цілей та завдань здійснюється з боку різних органів влади. Тому в конституційній державі ніякому органу влади не належить монополія щодо визначення змісту конституційних цінностей, принципів та правоположень. Зокрема, неодноразово у літературі пропонувалося закріплення за конституційними судами права законодавчої ініціативи (правоперетворюючої ініціативи) у тому випадку, якщо цей орган влади при розгляді справи констатуватиме стан законодавчого упущення (неякісного закону, прийнятого парламентом, або його відсутності взагалі). Однак у випадку констатації факту законодавчого упущення, конституційний суд у своєму рішенні зобов'язаний вказувати парламентові на правові форми та засоби його усунення або корегування.

5.4. Тлумачення (інтерпретація) конституції

У процесі застосування конституційних норм виникає необхідність їх інтерпретації у контексті конкретної історичної ситуації. У цьому процесі провідна роль належить парламентові та органам конституційної юстиції, що у цілому впливає на ефективність механізму правового захисту конституції. Якщо процедура внесення змін до конституції складна, то роль органів конституційної юстиції в інтерпретації конституційних норм може набувати характер монополії по вирішенню відповідних конституційно-правових спорів.

На думку чеського конституціоналіста К. Кліми, існують такі способи тлумачення конституції: семантичний (граматичний), системний (контекстуальний), телеологічний, історичний та еволюційний⁶³. Він розглядає інтерпретацію як процес конкретизації конституційних положень. Посилаючись на американський досвід «розвитку» конституційних приписів К. Кліма визначив, що можуть бути різні підходи у їх інтерпретації: через співвідношення текстуального підходу та «судової

⁶³ Klíma K. Constitutional Law in the Czech Republic. – Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. – S. 72.

дискреції» (розсуду); адаптації конституційних положень до сучасних обставин; справжні цілі (*original intent*); структуралізм, тобто побудова юридичних конструкцій у світлі інших конституційних понять⁶⁴.

Форми інтерпретації конституції та принцип поділу влади.

Роль законодавства у тлумаченні конституційних норм є важливою. Як вже зазначалося, особливістю структури конституційної норми є її «подовження» у актах поточного законодавства; санкції конституційних норм часто є предметом регулювання інших галузей права, які таким чином «компенсують», «доповнюють» модель конституційного регулювання.

Правова система України переважно тяжіє до романо-германської правової сім'ї, в якій головним джерелом права є закон. Відповідно до цього існує ієрархія законів, на вершині якої стоїть конституція, яка підлягає також конкретизації і деталізації в звичайних (ординарних) законах парламентом. При цьому згідно зі сформульованою Конституційним Судом України доктриною політичної доцільності⁶⁵ парламент самостійно визначає моделі правового регулювання певної законодавчої сфери, визначеної ст. 92 Конституції України. Визначення певної моделі законодавчого регулювання є не що інше як інтерпретація конституції парламентом. Таким чином, інтерпретація Конституції забезпечується не лише шляхом тлумачення її положень судовими установами.

Конкретизація конституційних норм парламентом не може обмежуватися лише формальними критеріями, які визначають юридичну силу положень ординарних законів. Закони, що приймаються парламентом, мають відповідати принципам верховенства права, спра-

⁶⁴ Idem. – S. 72 – 73.

⁶⁵ Конституційний Суд при вирішенні питання про конституційність встановлення 4-відсоткового виборчого бар'єру для політичних партій (їх блоків) є питанням політичної доцільності. При цьому Суд визнав, що Верховна Рада діє виключно в межах конституційних повноважень з питань визначення механізму окремих процедур у ході виборчого процесу. Див.: Рішення КСУ № 1-рп/98 від 26.02.1998 р. у справі про вибори народних депутатів України // КСУ РВ. – 1:123. Зокрема, ця доктрина деталізована у процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. Конституційний Суд 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 суддів КСУ. Див.: Огляд ухвал КСУ// ВКСУ. – 1999. - №4. – С. 36.

ведливості, рівності, відповідати конституційним гарантіям недопущення обмеження існуючого обсягу та об'єму основних прав і свобод.

Прийняття закону парламентом не означає, що закон ідеально врегулює певні правовідносини. Недоліки закону можуть бути пов'язані із політичними аспектами його прийняття, що зумовлено необхідністю проведення відповідних консультацій між представниками парламентських фракцій, що вносить у законодавче регулювання елементи правової невизначеності. З іншого боку, сама конструкція правової норми передбачає, що чинність положень закону спрямована на певні моделі поведінки, а не на конкретні життєві випадки, що в свою чергу викликає проблему неоднакового розуміння його положень.

У правовій державі законодавство повинно бути систематизованим, що є гарантією його правового характеру і стабільності. При систематизації законодавства правові акти повинні прийматися системно і не вносити додаткових суперечностей у правове регулювання, інакше це може загрожувати правовій визначеності.

Таким чином, законодавець володіє широкою свободою розсуду у визначенні загальних моделей правового регулювання. Від цього залежить також ефективність конституційних норм та їх застосування. Законодавець зв'язаний конституцією, однак конституція дає широку свободу політичного розсуду формулювання правові припису у формі закону. Така зв'язаність законодавця конституцією полягає в тому, що парламент у поточному законодавстві повинен «розвивати» і «доповнювати» зміст конституційних цінностей і принципів, однак він може обирати модель правового регулювання: ліберальну, соціальну чи змішану. Така діяльність парламенту підлягає конституційному контролю.

Інтерпретація конституції органами конституційної юстиції. Згідно з концепцією справедливої правової процедури застосування права органами правосуддя відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності⁶⁶. Конституційні положення, як правило, встановлюють гарантії прав і свобод, які носять процесуальний характер. Зміст належної правової процедури втілюється у процесуальному режимі. Процесуальний режим виражає процесуальні права та обов'язки учасників, способи та засоби їх реалізації, порядок їх набуття та вступу у проце-

⁶⁶ Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2000.

суальні відносини, юридичні наслідки вирішення конкретної юридичної справи шляхом винесення обґрунтованого рішення у відповідності до вимог процесуальної форми.

Форма та зміст інтерпретаційної діяльності конституційних судів як одного із етапів застосування конституційних норм та провідної форми діяльності конституційного судочинства впливає на юридичну природу рішень цього органу, на загальні напрямки діяльності органу конституційної юстиції. На думку Ю. Тодики, на інтерпретаційну діяльність конституційної юстиції впливає статична та динамічна методика тлумачення конституції⁶⁷.

Насамперед необхідно зазначити, що інтерпретаційна діяльність Конституційного Суду є іманентною характеристикою його діяльності. Конституційний Суд надає тлумачення Конституції при розгляді будь-якої справи, оскільки це необхідно для належного обґрунтування його рішень і висновків⁶⁸ у силу вимогу Закону № 422/96-ВР⁶⁹. Конституційне закріплення повноваження КСУ щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України як і в багатьох інших пострадянських країн⁷⁰ служило лише засобом подолання концепції суверенітету парламенту, яка надто була гіпертрофована у радянській доктрині державного права⁷¹.

Тому зважаючи на природу діяльності конституційної юстиції важливим здається зробити аналіз засад інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду, які можуть проявлятися у ході прийняття цим органом своїх рішень і висновків. Насамперед слід зауважити, що їх природа диференційована: в одному випадку мова йде про офіційно сформульовані підстави у статтях 93, 94 Закону № 422/96-ВР («практична необхідність», «неоднозначність застосування»); з другого боку – формулювання певних критеріїв у конституційній юриспруденції (доктрини відмови

⁶⁷ Тодика Ю.Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика: Монография. – Х.: Факт, 2001. – С. 11 – 12.

⁶⁸ Див.: Зокрема, стаття 4 Закону встановлює принцип обґрунтованості рішень Конституційного Суду України; частина третя статті 63 Закону встановлює вимогу вмотивованості рішень і висновків Конституційного Суду України.

⁶⁹ Закон України «Про Конституційний Суд України» № 422/96-ВР від 16.10.1996 р.

⁷⁰ Сравнительное конституционное право / Под общ. ред. А.И. Ковлера, В.Е. Чиркина, Ю.А. Юдина. – М.: Манускрипт, 1996. – С. 194 – 196.

⁷¹ Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації. Збірка наукових праць / За заг. ред. Кампа В.М., Савчина М.В. / Товариство конституційного права. – К., 2008. – С. 122 – 125.

у заповненні прогалин у законодавстві, відмова від вирішення колізій у праві тощо) на основі аналізу положень Конституції і законів України.

У німецькій доктрині питання інтерпретації конституції розглядається у контексті її нормативної природи, яка зв'язує законодавця. Нормативність конституції залежить від режиму поділу влад, вона повинна чітко розмежовувати повноваження органів влади та залишати свободу їх формування, тобто забезпечувати свободу дій для політично відповідальних органів.

Для виявлення змісту правової норми застосовуються наступні способи тлумачення: значення слів, граматична конструкція, змістовні зв'язки закону, мета регулювання в історичному контексті та об'єктивно цільові елементи. Разом з тим важливими при інтерпретації є критерії забезпечення єдності конституції, відповідність практиці та функціонально-правової адекватності, яке охоплюється системним тлумаченням. Однак конституційна юрисдикція повинна обережно застосовувати реалістичну інтерпретацію конституції, що лежить в основі забезпечення соціальної та інтегративної функції основного закону. Саме тому ставиться під сумнів така інтерпретація, яка приноситься у жертву ситуативним політичним інтересам.

У романо-германській правовій системі суди, зокрема суди конституційної юрисдикції, безпосередньо не творять норми права, однак є правотворчими органами. Адже діяльність конституційної юрисдикції є додатковим джерелом права, які становлять конституційну юриспруденцію. Такі методи тлумачення та засоби юридичної техніки свідчать про те, що при тлумаченні не стоїть як головне завдання з'ясування волі законодавця. Такий стан пояснюється часовим розривом між моментом прийняття правового акту та тривалістю його застосування з урахуванням еволюції суспільства.

Інтерпретація конституції та принцип верховенства права. Згідно з теорією права інтерпретація конституційних норм є елементом юридичної техніки, що виражена у процесуальній формі, супроводжує їх реалізацію та конкретизацію. Конкретизацію правових норм юрисдикційними органами розглядають як напрацювання конкретних правоположень з тією метою, «щоб загальне правило, сформульоване в законі, було опосередковано більш конкретними правилами»⁷².

⁷² Правоприменение в советском государстве /Авт. кол. : А.С. Пиголкин, М. Н. Николаева, М. С. Студеникина и др. ; Рук. авт. кол. и отв. ред. : И. Н. Кузнецов,

Таким чином конкретизація проявляється у діяльності Конституційного Суду. Тому на думку В. Шаповала, у будь-якому випадку орган конституційної юстиції не уповноважений займатися реальною нормотворчістю у процесі ухвалення рішень або надання висновків⁷³.

Форма та зміст інтерпретаційної діяльності КСУ як одного із етапів застосування норм конституції та провідної форми діяльності конституційного судочинства впливає на юридичну природу рішень цього органу, на загальні напрямки діяльності органу конституційної юстиції⁷⁴.

Конституційний Суд визнає, що відповідно до принципу верховенства права закони повинні відповідати засадам свободи, рівності, справедливості⁷⁵. У зарубіжній конституційній юриспруденції принцип верховенства означає правомочність конституційних судів здійснювати конституційний контроль за правовими актами на предмет їх відповідності загальним критеріям правової визначеності, легітимності та співмірності (пропорційності) державного втручання у приватне життя особи з урахуванням суспільних інтересів. Із цієї точки зору КСУ було визнано конституційними обмеження діяльності політичних партій⁷⁶. Водночас слід відзначити, що такий підхід КСУ застосовує обережно, оскільки згідно з його правовою позицією це може посягати на конституційний принцип поділу

И. С. Самощенко; Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства. – М. :Юрид. лит.,1985. – С. 54.

⁷³ Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. – № 5. – С. 29.

⁷⁴ На думку німецького вченого О. Германа: “Є всі підстави вважати, що законодавець, використавши формули без уточнення їх точного змісту, тим самим надав повноваження на вільний додатковий пошук у межах закону. Цей вільний пошук потребує від суддів самостійних ціннісних суджень, які не можуть бути виведені з позитивного права”(Germann O. Problems und Methoden der Rechtsfindung. – 1967. – S. 388 // Цит. за: Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1999. – С. 86). У діяльності конституційної юстиції це означає й те, що Конституційний Суд повинен враховувати наявну доктрину та звичаєве право, а Верховна Рада – судову практику та доктрину.

⁷⁵ Див.: Рішення КСУ № 15-рп від 02.11.2004 р.; Висновок КСУ № 2-в/99 від 02.06.1999 р. та інші.

⁷⁶ Рішення КСУ № 9-рп/2007 від 16.10.2007 р.

влади (стаття 6) і розцінює таке як втручання у сферу свободи розсуду законодавця⁷⁷.

Таким чином, принцип верховенства права має важливе значення в діяльності конституційній юрисдикції по офіційному тлумаченню Конституції України, оскільки КСУ покликаний захищати права громадян, гарантувати зв'язаність держави правом⁷⁸. У системі конституціоналізму конституційна юстиція відіграє одну із вирішальних ролей в обмеженні свавільних актів органів публічної влади⁷⁹.

Сфера втручання конституційної юрисдикції зумовлена принципом поділу влад і, в свою чергу, Конституційний Суд України повинен поважати функції законодавця у сфері законодавчої діяльності. У діяльності Конституційного Суду України має істотне значення визначення сфери допустимого втручання при вирішенні конституційно-правових спорів. Таке вирішення справ відповідно до принципу верховенства права повинно носити: а) передбачуваний, чіткий і зрозумілий характер, тобто відповідати вимогам *правової визначеності* актів КСУ, що передбачає однаковий підхід Конституційного Суду при вирішенні аналогічних справ; б) бути *пропорційним*, тобто засоби вирішення конституційно-правового спору повинні служити цілям діяльності цього органу і *не встановлювати надмірних обмежень та заборон у сфері основних прав і свобод*; тобто звідси випливає, що Конституційний Суд навіть у випадку визначення суперечності між Конституцією України і законом повинен тлумачити останній у світлі положень Конституції і визначати правові

⁷⁷ У своїй практиці КСУ також визнає як порушення принципу поділу влади заповнення прогалин чи подолання колізій у законодавстві, хоча це не впливає із Конституції України. Ця позиція КСУ вразлива з точки зору захисту прав людини й основоположних свобод, відмова у конституційному їх захистові прямо суперечить принципів верховенства права. Зокрема, у процесуальній ухвалі № 41-у від 10.07.1998 р. КСУ з цього приводу зазначив таке: «...впорядкування конкретних державно-службових відносин, усунення суперечностей та заповнення прогалин у чинному законодавстві до компетенції Конституційного Суду не віднесено».

⁷⁸ Селіванов А.О. Конституційна юрисдикція: поняття, зміст, принцип верховенства права, правові позиції по справах прав людини і конституційних конфліктів у сфері публічної влади. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – С.19.

⁷⁹ Див.: Vile M.J.C. Constitutionalism and Separation of Powers. Second Edition. Liberty Fund, Indianapolis // URL: http://oll.libertyfund.org/EBooks/Vile_0024.pdf

форми втілення положень закону, що є предметом конституційної перевірки, у практичній діяльності учасників правовідносин; в) *забезпечити справедливе вирішення спору* відповідно до засад справедливості та конституційних цінностей, насамперед верховенства основних прав і свобод, пріоритету гуманітарного виміру діяльності органів публічної влади.

Принцип зв'язаності правом тісно пов'язаний із доктриною самообмеження конституційної юстиції. Самообмеження у юрисдикції органів конституційної юстиції полягає у відмові від втручання у політику. КСУ у процесі своєї діяльності виробив судову доктрину «політичної доцільності»⁸⁰. Його конституювання як провідної організаційно-правової форми по правовому захисту Конституції визначає функціональну спрямованість КСУ по вирішенню питань виключно права конституційного характеру. Принцип верховенства права зв'язує КСУ по вирішенню спорів конституційного характеру виключно у межах конституційних норм.

На жаль, Закон про Конституційний Суд України (далі – Закон № 422/96-ВР) не визначає правило, згідно з яким орган конституційної юстиції є зв'язаний правом. Також привертає увагу відсутність у Законі № 422/96-ВР визначення критеріїв допустимості конституційних подань, конституційних звернень. Тому КСУ, виходячи із положень Закону, визначає такі критерії допустимості самостійно. Зокрема, КСУ відмовляє у розгляді питань політичної доцільності⁸¹, законності правових актів⁸², колізій⁸³ та прогалин у поточному законодавстві⁸⁴, дослідженні фактичних обставин⁸⁵ та обставин політичного харак-

⁸⁰ Зокрема, ця доктрина деталізована у процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. Конституційний Суд 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 суддів КСУ.

⁸¹ Рішення КСУ № 1-рп/98 від 26.02.1998 р.

⁸² Ухвала КСУ від 20 квітня 1999 року № 5-у; Ухвала від 27 березня 2002 року № 7-рп.

⁸³ Ухвала КСУ від 27 січня 2000 року № 20-у; Ухвала від 27 вересня 2005 року № 28-у.

⁸⁴ Ухвала КСУ від 21 березня 2002 року № 9-у.

⁸⁵ Ухвала КСУ від 21 жовтня 1997 року № 53-у; Ухвала від 8 липня 1999 року № 31-у.

теру⁸⁶, перевірці конституційності правових актів, що втратили чинність⁸⁷.

Водночас таке законодавче регулювання діяльності КСУ не відповідає засадам правової визначеності і потребує свого корегування. Наприклад, критеріями перевірки конституційності правових актів Конституційним Судом Російської Федерації є: зміст норм; форма правового акту або договору; порядок підписання, укладення, прийняття, опублікування і набрання чинності; з точки зору поділу влади; з точки зору розподілу компетенції між федеральними органами влади; з точки зору розмежування предмета відання і повноважень між органами публічної влади (стаття 86 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації»)⁸⁸. 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)⁸⁹.

Принцип забезпечення єдності конституції. 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. Тому на перше місце виходить проблема співвідношення конституційного нормування та реального конституційного порядку. Завдання конституційного правосуддя у даному контексті полягає в тому, щоб забезпечити адекватне розуміння конституційних норм через пізнання конкретно-історичної реальності.

Єдність конституційної матерії тісно пов'язана із проблемою системності змін до Конституції України. З цього приводу КСУ посту-

⁸⁶ Ухвала КСУ від 27 червня 2000 року № 2-уп.

⁸⁷ Ухвала КСУ від 4 грудня 1997 року № 62-у

⁸⁸ Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. Сборник нормативных актов. – М.: Зерцало, 1998. – С. 527.

⁸⁹ Текст цього Закону доступний на офіційному сайті Конституційного суду Словацької Республіки. Електронний режим доступу: URL: http://www.concourt.sk/sk/Informacie/RESOURCE/38_1993.pdf

пово формулює вимогу системності конституційних законопроектів: «Відсутність комплексних, системних змін до Конституції... унеможлиблює всебічний аналіз пропонованих змін до Конституції України на предмет їх відповідності статті 157 Конституції України»⁹⁰.

Правова єдність Конституції також означає відсутність у Основному Законі прогалин, оскільки вона інтегрує позитивістську і природно-правову правові доктрини. Писаний характер конституції зумовлений вимогою правової визначеності. При цьому згідно з вимогами правової визначеності 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.

Динамічне тлумачення Конституції: поняття та проблеми його застосування у діяльності Конституційного Суду України. Конституція України тлумачиться як єдиний кодифікований акт, тобто окремі конституційні положення не можуть бути витлумачені відокремлено поза її змістом і цілями. Таким чином, якщо слово має кілька значень, то його значення в Конституції з'ясовується відповідно до значень тих слів, які знаходяться в контексті. Так, суддя КСУ О. Мироненко в своїй окремій думці вказує на такий методологічний підхід, відповідно до якого офіційне тлумачення будь-якої норми Конституції України має виходити виключно з контексту Основного Закону в цілому, його букви й духу та загальноновизнаних норм права⁹¹.

Конституція є актом установчої влади, розрахований на тривале використання та реалізацію. Однак суспільний розвиток та зміни в організації діяльності інститутів публічної влади зумовлюють необхідність модернізації конституційної матерії, тобто пристосування Основного Закону до нових умов життя. При чому таке пристосування інколи складно проводити шляхом внесення змін до Конституції України в силу різних обставин. При офіційному тлумаченні КСУ має враховувати також соціальну та інтегративну функції Конституції. Саме соціальна функція Основного Закону служить вирішальним фактором

⁹⁰ Висновок КСУ № 2-в/2000 від 11 липня 2000 року.

⁹¹ Окрема думка судді КСУ Мироненка О.М. стосовно рішення КСУ № 1-зп/97 від 13.05.1997 р.

при винесенні конституційними судами висновків, які мають характер так званої «динамічної» зміни Конституції. В даному випадку основною метою інтерпретації є збереження єдності Конституції, що виражається через її пристосування до реальної дійсності, надання їй еластичності.

Інтегративна функція Конституції при офіційному тлумаченні відображається як засіб досягнення політичного компромісу. Служачи інструментом стримувань і противаг орган КСУ забезпечує введення політичного процесу у виключно правові рамки, виходячи із завдань по забезпеченню верховенства Конституції. Таким чином, рішення, висновки КСУ виступають юридичним засобом (інструментом) такої модернізації Конституції України. КСУ лише шукає відповідь на питання щодо можливості застосування методики динамічного тлумачення, оскільки в його діяльності домінує юридично-догматичний метод тлумачення. Слід зазначити, що до динамічного тлумачення з урахуванням веління часу органи конституційної юрисдикції у зарубіжних країнах спонукає принцип справедливості та соціальні очікування в суспільстві, оскільки верховенство права передбачає, що закон має бути справедливим та передбачати гарантії прав і свобод людини.

Як буде нижче наведено, емпіричний підхід Конституційного Суду України спростовує багато засновків традиційної позиції⁹². Зрозуміло, що традиційні способи тлумачення правових норм складають своєрідну азбуку інтерпретаційної діяльності, однак вони є лише її первинними методами й інтерпретаційна діяльність не може зводитися лише до механістичного їх поєднання.

⁹² Під емпіричним підходом Конституційного Суду при здійсненні тлумачення Конституції України мається на увазі слідування раніше сформульованим правовим позиціям, які поступово набувають нового змісту при вирішенні справ, щодо яких відкрито конституційне провадження. Оскільки нові справи базуються на нових фактичних обставинах, Конституційний Суд здійснює їх розгляд на нових засадах, водночас будучи зв'язаний своїми правовими позиціями та виходячи із засад правової визначеності, Конституційний Суд звертається до своїх попередніх рішень як обґрунтування своїх рішень. Така методика діяльності Конституційного Суду пов'язана з тим, що більшість суддів із числа призначених у 2006 і 2007 роках є колишніми суддями судів загальної юрисдикції (за даними офіційного сайту Конституційного Суду України досвід роботи у судах загальної юрисдикції мають 11 суддів із 18), які мають високий авторитет серед суддів України. Це має досить важливий вплив на правовий стиль обґрунтування, яке власне базується на тлумаченні Конституції, та викладу рішень Конституційного Суду.

У німецькій конституційній доктрині виділяють традиційні та динамічний способи тлумачення конституції⁹³. Слід відзначити про особливості розуміння окремих традиційних способів тлумачення. Зокрема, німецька конституційна доктрина розглядає історичний спосіб тлумачення не лише через призму з'ясування волі конституцієдавця, а також у світлі визначення особливостей конкретної історичної ситуації в момент прийняття Основного Закону та через динаміку практики держави⁹⁴. У якості традиційного тлумачення також розглядається конформний до європейської юриспруденції (Європейського суду з прав людини та Європейського суду справедливості), але його скоріше можна трактувати у контексті системного способу тлумачення.

Динамічне тлумачення ґрунтується на розумінні природи конституції як відкритої та рухливої правової матерії, яка змінюється відповідно до конкретної історичної обстановки. 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 спорів⁹⁵, що виключає неправомірність прогалин у законодавстві, оскільки це не відповідає конституційним цілям та «керівній ідеї розподілу свободу» як засад німецького конституціоналізму⁹⁶.

Як свідчить досвід конституційних судів більшості країн Центральної та Східної Європи, які запозичили германську модель конституційної юстиції, вони також схильні до здійснення динамічного тлумачення конституції⁹⁷. На думку чеського конституціоналіста К. Кліми існують такі способи тлумачення конституції: семантичний (граматичний), системний (контекстуальний), телеологічний, історичний

⁹³ Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch von Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger. 31. Auflage des von Theodor Maunz begruendete Werkes. – Muenchen: Verlag C.H. Beck Muenchen, 2005. – S. 53 – 63.

⁹⁴ Idem. – S. 55 – 56.

⁹⁵ Хессе, К. Основы конституционного права ФРГ / Пер. с нем. – М., 1982. – С. 59.

⁹⁶ Deutsches Staatsrecht. – S. 58 – 63.

⁹⁷ Гарлицкий, Л.Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2000. – № 1. – С. 157–161; Шеппель, К.Л. Новый венгерский Конституционный суд // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2000. – № 1. – С. 21–25.

та еволюційний⁹⁸. Він розглядає інтерпретацію як процес конкретизації конституційних положень. Посилаючись на американський досвід «розвитку» конституційних приписів К. Кліма визначив, що можуть бути різні підходи у їх інтерпретації: через співвідношення текстуального підходу та «судової дискреції» (розсуду); адаптації конституційних положень до сучасних обставин; справжні цілі (*original intent*); структуралізм, тобто побудова юридичних конструкцій у світлі інших конституційних понять⁹⁹.

Згідно з американською правовою доктриною застосовують різноманітні методики при тлумаченні конституції, які є мінливими, що часто залежить від складу Верховного суду США, поглядів суддів на форми та обсяг судової активності, структури конституціоналізму у конкретно історичній обстановці. Ф. Боббіт визначає, що тлумачення конституції зумовлено модальностями у діяльності Верховного суду (історичної, текстуальної, розсудливості (*prudential*), доктринальної, етичної)¹⁰⁰. Тлумачення конституції розглядається через призму концепції інтерпретивізму¹⁰¹, нейтральних засад тлумачення¹⁰², з'ясування волі конституцієдавця (*original understanding, originalism*)¹⁰³, винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*¹⁰⁴, розвитку конституційного права¹⁰⁵, концепції зважування (*balancing*)¹⁰⁶. Аналіз американських доктрин тлумачення конституції свідчить про різні підходи, які полягають у поєднанні методів формальної юридичної логіки (текстуалізм, оригіналізм), техніки винесення судових рішень (зокрема, *stare decisis*) чи зважування конституційних цінностей або принципів (*balancing*), визнання судової активності чи її обмеження в ході тлумачення.

⁹⁸ Klíma, K. Constitutional Law in the Czech Republic. – Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 72.

⁹⁹ Idem. – S. 72 – 73.

¹⁰⁰ Bobbitt, Phillip. Constitutional Interpretation. 1991. – P. 12 – 22.

¹⁰¹ Grey, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? // 27 Stanford Law Revue (1975). – P. 703 – 717.

¹⁰² Bork, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems // Indiana Law Journal (1971). – P.1 – 11; Wechsler, Herbert. Toward neutral principles of Constitutional law // 73 Harvard law Revue (1959). – P. 9 – 35.

¹⁰³ Brest, Paul. The misconceived quest for the original understanding // 60 B.U.L. Revue (1980). – P. 204 – 234.

¹⁰⁴ Monaghan, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication // 88 Columbia Law Revue (1988). – P. 723 – 753.

¹⁰⁵ Tushnet, Mark V. Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles // 96 Harvard Law Revue (1983). – P. 781 – 824.

¹⁰⁶ Aleinikoff, Alexander T. Constitutional law in the age of balancing // 96 Yale Law Revue (1987). – P. 943 -992.

Емпіричний досвід діяльності Верховного суду США свідчить, що такі підходи інтерпретації Конституції змінюються в залежності від конкретно-історичної обстановки, складу суду, суспільних дебатів щодо подальшого розвитку конституційної доктрини і судової практики.

Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної матерії шляхом динамічного тлумачення конституції. Це ніяким чином не відкидає традиційні способи тлумачення правових норм, оскільки їх інтенсивно застосовують відповідно до конкретно історичної обстановки. Такі питання також досліджуються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак вже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження виходячи із стратегії компенсації¹⁰⁷.

Формування методики динамічного тлумачення Конституції України у діяльності Конституційного Суду. Згідно з концепцією належної правової процедури (*due process of law*) застосування права органами правосуддя відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності¹⁰⁸. 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 Конституційного Суду України із природою його юриспруденції, тлумачення Конституції та неконституційності прогалин у поточному законодавстві, виходячи з чого Суд використовує все частіше окремі елементи динамічного тлумачення.

¹⁰⁷ Теорія компенсації повноважень виходить із ідеї неконституційності прогалин у поточному законодавстві та тлумачення конституції органами конституційної юстиції як відкритого тексту (Див.: Кляйн, Ханс Х. Юрисдикція конституційного суду і структура конституції. От правового государства к конституционному государству // Государство и право. – 1999. - № 8). У нашому випадку мається на увазі конституційний дискурс щодо перспектив впровадження конституційної юрисдикції у Нідерландах, в яких внесення змін до Конституції є жорстким і сьогодні не визнається ідея конституційного контролю над актами парламенту (Див.: Adams Maurice, Schyff, Gerchard van der. 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).

¹⁰⁸ Шевчук, С. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2000. – С. 69 – 80.

1. Конституційна юриспруденція України та техніка винесення рішень і висновків Конституційного Суду України. Вимога додержуватися своєї усталеної практики Конституційним Судом України 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 Конституційного Суду України свідчить, що така тенденція все більше посилюється. Відповідно це впливає на юридичну техніку ухвалення рішень і висновків Конституційним Судом. Можна виділити дві основні риси особливостей рішень і висновків Конституційного Суду України другої каденції.

По-перше, Конституційний Суд виносить рішення, надає висновки виключно на основі Конституції України, яка служить головним джерелом їх легітимності. Легітимність конституційної юриспруденції впливає із установчої природи Конституції України, яка заснувала інститути державної влади і місцевого самоврядування, наділивши її відповідними владними функціями. Із розуміння природи установчої влади впливає, що тлумачення Конституції України є виключною прерогативою Конституційного Суду, оскільки йде мова про встановлення єдиного праворозуміння, процес якого є іманентною характеристикою діяльності судових установ. Завданням парламенту є творення правових норм шляхом прийняття законів, а виконавчої влади – на основі результатів суспільних дебатів та на основі закону здійснювати управління суспільними справами з метою забезпечення суспільного блага, що розглядається також і як конституційне благо.

По-друге, аналіз конституційної юриспруденції засвідчує, що розгляд Конституційним Судом України одних й тих по суті питань здійснюється за однакових юридичних критеріїв. Тому склалася стала практика Суду посилатися на власну юриспруденцію. Так, у справі про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги в абзаці другому пункту 2 мотивувальної частини свого рішення Суд застосував пряме посилення на попереднє рішення № 2-рп/2000.

Таким чином, мова йде про зв'язаність Конституційного Суду своїми попередніми правовими позиціями, що впливає із вимог правової визначеності (*legal certainty*). Така особлива природа актів Конституційного Суду (конституційної юриспруденції) зумовлює існування практики посилення Конституційним Судом України на попередні свої рішення, що підсилює аргументацію в мотивувальних частинах рішень.

Так, у справі про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій та гарантій Конституційний Суд прямо послався на свою юриспруденцію, відповідно до якої визнавалося неконституційною практика звуження соціальних прав громадян шляхом прийняття змін до бюджетного законодавства (рішення № 20-рп/2004). Крім того, при обґрунтуванні цього рішення Суд послався на власні правові позиції в інших справах (рішення № 8-рп/99 та № 7-рп/2004).

Так само у рішенні № 7-рп/2003 Конституційний Суд визнав, що повноваження Президента визначаються виключно Основним Законом України. На цю обставину Конституційний Суд України неодноразово вказував у своїх наступних справах (рішення КСУ № 9-рп/2004; № 1-рп/2007).

В іншому випадку, Конституційний Суд України також проявив яскравий приклад послідовності виробленої ним юриспруденції, яка поступово конкретизується і деталізується. Так, у рішенні № 20-рп/2009 у справі, яка стосувалася процедури промульгації законів, було покладено правові позиції Конституційного Суду України, вироблені ним у рішеннях № 11-рп/98, № 17-рп/2009, № 18-рп/2009. При цьому можна визначити динаміку формулювання конституційної юриспруденції щодо неприпустимості промульгації закону Головою Верховної Ради, якщо закон набуває чинності не за датою остаточного голосування, за яким долається відкладальне вето Президента¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Конституційний Суд у цих рішеннях сформулював такі вимоги до промульгації законів. Ще згідно з рішенням № 11-рп/1998 Конституційний Суд визначив, що закон як цілісний акт потребує підписання Головою Верховної Ради після подолання президентського вето, що є необхідною умовою його промульгації главою держави. Пізніше це положення було розвинуто у рішенні № 17-рп/2009 *mutatis mutandis* Законом № 2222-IV на випадок відмови промульгації закону Президентом, який передбачив компенсуючі повноваження Голови Верховної Ради промульгувати закон, щодо якого подолано вето Президента і останній не промульгує його у встановлений Конституцією строк. За таких обставин відповідно до вимог конституційної процедури промульгації законів необхідно визначити як дату його прийняття остаточну дату його схвалення парламентом, хоча і закон був прийнятий в ідентичній редакції, на який було накладено президентське вето, яке було подолано парламентом. Деяко пізніше Конституційний Суд конкретизував вимоги до процедури промульгації, за якими «в такому законі повинна вказуватися дата його повторного прийняття» (рішення № 18-рп/2009), оскільки: «Зазначення в повторно прийнятому і опублікованому законі іншої дати є порушенням конституційної процедури набрання ним чинності» (рішення КСУ № 20-рп/2009). На цьому прикладі видно еволюцію конституційної юриспруденції щодо інтерпретації окремих аспектів промульгації законів.

Конституційний Суд відповідно до своєї юриспруденції, вироблений ним у рішеннях № 8-рп/2005, № 6-рп/2007 та № 4-рп/2007, визнав неконституційною практику шляхом прийняття закону про Державний бюджет України внесення змін та зупинення дії чинних законів України, встановлення додаткового правового регулювання відносин, що є предметом інших законів (рішення № 10-рп/2008).

Отже, застосування Конституційним Судом України такого елементу обґрунтування рішення як посилання на власну юриспруденцію, визнає 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»¹¹⁰. Наприклад, у справі про вибори народних депутатів України була сформована Судом позиція стосовно так званого «політичного питання» (рішення №1-рп/98). Цієї ж позиції Суд дотримався і при прийнятті свого наступного рішення №17-рп/98 у справі про створення фракцій у Верховній Раді.

Із цього аналізу випливає те, що Конституційний Суд України при вирішенні справ, пов'язаних із предметом його відання, еволюційним шляхом формує власну конституційну юриспруденцію.

Динамічне тлумачення Конституції та неконституційність прогалін у поточному законодавстві. Конституційний Суд України у процесі вивчення конституційних звернень і подань, що надходять на розгляд, сформулював юриспруденцію, згідно з якою відмовляє у розгляді питань колізій¹¹¹ та прогалін у поточному законодавстві¹¹². Конституційний Суд мотивує таке тим, що заповнення прогалін та вирішення питань колізій у поточному законодавстві порушує принцип поділу влади і є втручанням у здійснення законодавчої влади. Зазначена позиція зумов-

¹¹⁰ Зокрема, ця доктрина деталізована у процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. Конституційний Суд 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 суддів КСУ.

¹¹¹ Ухвали КСУ від 27.01.2000 р. № 20-у. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=10235>; від 27.09.2005 р. № 28-у. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9971>

¹¹² Ухвала КСУ від 21.03.2002 р. № 9-у. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9971>

лена світоглядними чинниками, за якими вирішення питань колізій та заповнення прогалин у законодавстві є творенням правових норм.

Конституція як «відкритий текст». Конституція як основний закон суспільства і держави є правовим актом, який застосовується у певному соціальному середовищі і за конкретно-історичних обставин. Тому конституцію не можна зводити виключно до її текстуального аналізу. Конституція є продуктом розвитку суспільства, яка 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.

Виходячи із реалістичної теорії тлумачення конституції¹¹³ зміст конституційного припису наповнюється змістом у ході реалізації повноважень щодо з'ясування конституційного тексту (семіотичний аспект) у контексті фактичних обставин справи (соціологічний аспект, який включає дилему ефективності та чинності конституційних норм), що базується на свободі конституційної юрисдикції на основі Конституції та правосвідомості (вимоги верховенства права (*rule of law*) та належної правової процедури (*due process of law*)) ухвалювати відповідні правові акти.

Переваги і недоліки догматичного (традиційного) і динамічного тлумачення Конституції. 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'ясування 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.

Динамічне тлумачення застосовується у ситуації правової невизначеності, коли правове регулювання відстає від соціальної ре-

¹¹³ Тропєр М. Реалистическая теория толкования // СКО. – 2006. – № 1. – С. 136-143.

альності. 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 Європейським Судом із прав людини з метою забезпечення гнучкого застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Також динамічне фактично застосовується Конституційним Судом, як це буде наведено нижче, з метою подальшого розвитку змісту положень Конституції України.

Зокрема, на засадах динамічного тлумачення засновано ідеологію рішення КСУ № 23-рп/2009, яким визнано право кожної особи користуватися послугами фахового юриста при вчиненні юридично значущих дій з органами публічної влади чи їх посадовими особами. Цим рішенням було розвинуто положення рішення КСУ № 13-рп/2000, яким було визнано право на вільний вибір захисника не лише із числа адвокатів, а також фахівців у галузі права.

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 телеологічний та функціональний способи тлумачення. У такому випадку інтенсивно застосовується науковий апарат та доробок конституційної доктрини, принципи конституційного права, які не завжди є 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.

Класичним прикладом цього є еволюція правової позиції Конституційного Суду щодо змісту права особи на судовий захист. Так, визнавши у справі за зверненням жителів міста Жовті Води універсальний характер конституційного права особи на судовий захист (рішення № 9-зп/97), Конституційний Суд поширив судову юрисдикцію на правові акти, дії/бездіяльність прокуратури з питань кримінальної юстиції (рішення № 6-рп/2001). Така конституційна юриспруденція надалі вплинула на засади адміністративного судочинства та процедури оскарження правових актів, дій/бездіяльності працівників органів дізнання, досудового слідства і прокуратури у сфері кримінальної юстиції. Наведені приклади свідчать, що конституційна юриспруденція емпіричним шляхом доходить до висновку щодо неконституційності прогалин у поточному законодавстві.

Неконституційність прогалин і колізій у поточному законодавстві. Виходячи із розуміння конституції як цілісного правового акта, якому притаманна правова єдність, слід говорити про відсутність в ній прогалин, оскільки конституція інтегрує позитивістську і природно-правову правові доктрини. Писаний характер конституції зумовлений вимогою правової визначеності. При цьому 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 колізії¹¹⁴.

Саме з цих міркувань є проблемною правова позиція КСУ, відповідно до якої існують конституційні прогалини (рішення № 16-рп/2008). Це не сумісно із принципами верховенства права (зокрема, справедливості, правової визначеності та правомірності очікувань), найвищої юридичної сили Конституції та принципу законності. Аналіз конституційної юри-

¹¹⁴ Це також визнається переважною 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. Див.: Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогис Э. Генеральний доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля старейшей молодежи демократии. Выпуск 2 (40) – 3 (41), 2008. – Ереван: Центр конституционного права Республики Армения, 2008. – С. 70 – 245.

спруденції свідчить про застосування Конституційним Судом України прямого чи непрямого посилання на свої попередні рішення. Тому, піклуючись про ефективність та виконання своїх рішень, Конституційний Суд України застосовує елементи динамічного тлумачення, демонструючи таким чином м'які форми слідування своїм правовим позиціям¹¹⁵.

Тому вирішення конституційних спорів Конституційним Судом слід розглядати засобом забезпечення динамічного розвитку розуміння норм права відповідно до існуючих соціально-політичних умов та надбань конституційної традиції України. Слід погодитися з думкою, що для цього Конституційний Суд може використовувати різні методи: а) виправити прогалини у поточному законодавстві шляхом тлумачення стану правого регулювання з наступним подоланням прогалин у поточному законодавстві; б) визнати наявність прогалин у поточному законодавстві неконституційним і зобов'язати суб'єкт правотворчості усунути таке упущення; в) хоча і не визнавати законодавчі прогалини неконституційними, однак критично його оцінивши, рекомендувати суб'єкту правотворчості виправити його і надати для судів зобов'язуюче тлумачення, вказавши про преюдицію свого рішення¹¹⁶.

Конституційний Суд України у процесі своєї інтерпретаційної діяльності неодноразово застосовував спосіб динамічного тлумачення з урахуванням соціально-політичних умов, що передбачає певний вплив об'єктивних умов зовнішнього правового середовища на прийняття акта тлумачення. Слід зазначити, що до динамічного тлумачення з урахуванням веління часу Суд спонукає принцип справедливості та правомірність очікувань, оскільки верховенство права передбачає, що закон має бути справедливим та передбачати дієві гарантії прав людини й основоположних свобод.

У процесі ж тлумачення норм права, які стосуються прав і основоположних свобод, Конституційний Суд України має керуватися своєю юриспруденцією та правомірністю очікувань, не порушуючи при цьому принципу пропорційності. Це досягається шляхом поєднання тлумачення Конституційним Судом статей 22 та 64 Конституції України, кумулятивний ефект якого має подібні риси із застосуванням прин-

¹¹⁵ Савчин М. Природа актів Конституційного Суду України: теоретико-методологічні аспекти // Вісник Конституційного Суду України. – 2007. – №5. – С.77-78.

¹¹⁶ Бирмонтене Т., Ярашюнас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. – С. 233.

ципів пропорційності та збереження сутності змісту основного права, які визнані в якості універсальї тлумачення конституційних текстів у практиці конституційних судів більшості європейських країн.

5.5. Правовий захист конституції

Невід'ємною складовою механізму чинності конституції є її правовий захист як необхідна умови належного функціонування конституційної державності. Правовий захист конституції залежить від типу конституціоналізму, який панує у конкретно історично складеному типі суспільства, а значить – і від соціальної цінності конституції.

Система правового захисту конституції є модерним інститутом конституційного права України. Як правило, у літературі проблему забезпечення стабільності і верховенства Основного закону розглядають у контексті правової охорони конституції¹¹⁷. Привертає увагу детальний аналіз проблеми правової охорони конституції у працях П. Стецюка¹¹⁸ та М. Тесленко¹¹⁹. П. Стецюк визначає правову охорону конституції через призму комплексного та системного підходів як систему «політико-правових заходів та юридичних засобів, за допомогою яких забезпечується незмінність становища Конституції як Основного Закону держави., що має вищу юридичну силу та підвищений ступінь стабільності, а також належне виконання конституційних норм та дотримання конституційної законності»¹²⁰. Російський вчений А. Белкін визначає правову охорону за трьома на-

¹¹⁷ Хабриева Т.Я. Правовая охрана конституции. Казань, 1995; Конституционное право: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – М., 1999. – С. 531-535; Стецюк П. Правова охорона Конституції України (до питання становлення конституційно-правової моделі) // *Administracja publiczna u progu XXI wieku.* – Przemysł, 2000. – S. 527; Енгибарян РВ., Тадевосян Э.В. Конституционное право: Учебник. – М., 2002. – С. 65-72.

¹¹⁸ Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Частина перша: Посібник для студентів. – Львів: Астролябія, 2003. – С. 201-203.

¹¹⁹ Тесленко М. Правовая охрана Конституции Украины: Монография. – Саратов, 2007; Тесленко М. В. Правовая охрана Конституции Украины: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: специальность 12.00.02 – конституционное право; муниципальное право / Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России. – М., 2009. – 50 с.

¹²⁰ Там само. – С. 204.

прямами: припиняючо-модифікаційному, тобто перегляд конституції; нормативно-застосувальному – як здійснення конституційного контролю; концептуально-легітимному – як захист конституційного ладу, в межах якого конституційна охорона перетворюється в охорону певних уявлень про конституційність, причому цей напрямок існує у перехідний період розвитку держави¹²¹. Аналіз приведених думок свідчить, що більшість вчених зводить проблему правової охорони конституції до здійснення конституційного контролю.

Якщо розглядати проблему забезпечення чинності конституції із точки зору її різних аспектів (установлення, реалізація та інтерпретація), то скоріше слід говорити не про термін «правова охорона конституції». Постановка питання про охорону конституції носить етатистський характер і припускає соціальну активність по його забезпеченню залежно від держави. Проте це суперечить природі конституційного ладу як системи обмеження публічної влади і дієвих гарантій має рацію і свобод. За таких умов держава розглядається як потенційний порушник конституційного ладу, що емпірично доведено практикою діяльності властей в нацистській Німеччині, фашистській Італії, Радянського Союзу й інших авторитарних і тоталітарних режимів. Тому правомірніше говорити про термін «правовий захист конституції», який передбачає соціальну активність учасників конституційних правовідносин з приводу забезпечення чинності конституції, збереження та примноження спільної правової спадщини, зокрема спадщини конституціоналізму.

Система правового захисту конституції відображає конкретну історичну реальність, структуру суспільства і ефективність процедур правового захисту, які забезпечують непорушність конституційних цінностей і норм. Загалом правовий захист конституції імпліцитно закладений у конституційних цінностях і нормах через їх самодостатній характер. Їх самодостатність впливає з надпозитивної природи конституційних цінностей, які визначають його архітектоніку, виходячи із структури конкретного суспільства і соціальних патернів (стереотипів соціальної поведінки). Однак головним у системі правового захисту конституції є активність громадян, а не свобода розсуду здійснення владних повноважень органами публічної влади, які переважно домагаються розширення їх кола, що містить потенційні загрози засадам конституціоналізму.

¹²¹ Белкин А.А. Три направления правовой охраны конституции. – СПб., 1995. – С. 9.

На основі цього можна дати таке визначення поняття «правовий захист конституції». **Правовий захист конституції** – це організація і діяльність учасників конституційних правовідносин, яка утілюється в системі правових засобів і способів забезпечення непорушності правових цінностей і принципів, які складають сутнісний зміст засобів забезпечення легітимності втручання в приватну автономію з метою забезпечення суспільного блага (конституціоналізму).

Специфіка системи правового захисту конституції полягає в тому, що її ядром є організація та діяльність конституційної юстиції, оскільки будь-яка дія чи правовий акт учасника конституційних правовідносин може стати предметом розгляду у цих органах влади. У науці конституційного права в якості правових засобів захисту основного закону виділяють: а) особливий порядок внесення змін до конституції; б) відповідальність вищих посадових осіб за порушення конституції та в) здійснення конституційного правосуддя (юстицію). Німецький вчений К. Гессе виділяє також превентивні і репресивні гарантії (позбавлення основних політичних прав, можливість заборони політичних партій, інститут надзвичайного стану).

До системи правового захисту конституції можна віднести: а) право народу на опір недемократичному правлінню (право на самозахист); б) процедуру внесення змін до конституції; в) арбітражні прерогативи глави держави; г) визнання діяльності політичних партій неконституційним та їх розпуск; ґ) перевірка конституційності виборів та референдуму; д) встановлення факту зловживання конституційними правами та їх позбавлення; е) діяльність конституційної юстиції; є) конституційну відповідальність; ж) надзвичайні засоби (інститути надзвичайного, воєнного стану, пряме президентське правління, федеральне втручання тощо).

Виділяють правові та неправові засоби захисту конституції. Серед неправових засобів захисту конституції можна виділити право народу на повстання. У Конституції України таке право безпосередньо не закріплене. Також сучасна конституційна доктрина не визнає ідею революції чи повстання, оскільки це загрожує континуїтету та засадам конституційного ладу¹²². Право на самозахист (частина п'ята статті 55 Конституції) не можна розглядати в контексті права на по-

¹²² Государственное право Германии: Сокр. перев. с нем.: В 2-х т. – М., 1994. – Т. 2. – С. 191.

встання, а скоріше трактувати як право на опір недемократичному правлінню. Таке право народу України впливає із конституційного положення, відповідно до якого «захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її інформаційної та економічної безпеки є... справою всього Українського народу» (частина перша статті 17). По суті захист конституції являється завданням та обов'язком усіх органів влади та посадових осіб, які здійснюють його за допомогою різних правових засобів у рамках наділеної компетенції.

Право народу на самозахист. Відповідно до статті 5 Конституції народ України є «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади», яку він здійснює «безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування». Лише народу України належить виключне право «визначати та змінювати конституційний лад в Україні» і таке право «не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами».

Право народу на самозахист здійснюється у індивідуальній та колективних формах. Особа, права якої порушено у випадку вичерпання всіх засобів правового захисту відповідно до частини п'ятої статті 55 Конституції має право захищати їх у будь-який спосіб, який не заборонено законом. Таким чином, індивідуально особа може захищати свої права шляхом самозахисту у рамках необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні правопорушника тощо. Такий самозахист особи повинен відповідати критеріям пропорційності, тобто не наносити більшу шкоду, ніж захищеним правовідносинам та бути адекватним обставині вчиненого самозахисту.

Колективними формами самозахисту є використання особи права на свободу зібрань у формі мітингів, маніфестацій, походів, демонстрацій, вчинення пікетів тощо. Фізичні та юридичні особи вправі використовувати такий інструмент самозахисту, як право на колективні звернення (право петицій), які можна розглядати як своєрідну форму тиску народу на публічну владу. Конституція України визнає, що форми і способи самозахисту можуть обмежуватися законом. Такі обмеження повинні відповідати критеріям пропорційності та заборони надмірного втручання у приватну автономію.

У ході виборів Президента України 2004 року з боку виконавчої влади часто спостерігалися прояви діяльності, спрямованої на істотне обмеження права на свободу вираження поглядів та рівності у виборчому процесі, встановлення відносин залежності юстиції від уряду та адміністрації. Така діяльність вносила дисбаланс у систему консти-

туційного ладу, руйнувало систему конституційних правовідносин. Тому, природно, реакція народу була спрямована на поновлення грубо порушених основних прав і свобод¹²³.

Акції масового опору, які спостерігала Україна та світ упродовж сімнадцяти днів із 21 листопада 2004 року носили легітимний характер, оскільки опір недемократичному правлінню гарантовано Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та частиною п'ятою статті 55 Конституції України. Факти масового порушення прав людини, допущені в ході виборчого процесу, зокрема при встановленні результатів виборів, поставили народ України у стан крайньої необхідності захищати порушені права і відстоювати їх будь-якими незабороненими засобами у сенсі частини п'ятої статті 55 Конституції. Ці факти були встановлені згідно з рішенням Верховного Суду України від 3 грудня 2004 року, причому Верховний Суд констатував, що порушення були здійснені в таких масштабах, що не було можливості встановити достовірні результати виборів Президента України під час голосування у другому турі.

Арбітражні функції глави держави посідають важливе місце у забезпеченні правового захисту конституції. Однак вони носять політико-правовий характер, що істотно знижує ступінь їх легітимності. Зокрема, французький президент своїм арбітражем «забезпечує належне функціонування публічної влади», російський президент «забезпечує узгодження функціонування органів державної влади, суб'єктів федерації та місцевого самоврядування», в Україні, як вже зазначалось, арбітражні функції глави держави оформлені через конституційну конструкцію «гарант».

Відповідно до принципів поділу влади (стаття 6 Конституції) та принципу законності (частина друга статті 19 Конституції) арбітражні функції глави держави забезпечуються через діяльність Ради національної безпеки і оборони України (далі – РНБО), яка є «координаційним органом із питань національної безпеки і оборони при Президентові України» (частина перша статті 107 Конституції) і покликана забезпечити функції по координації і контролю за діяльністю

¹²³ Детальний аналіз права народу на опір недемократичному правлінню та можливим формам впливу по забезпеченню громадського порядку правоохоронними органами при реалізації громадянами права на свободу зібрань див.: Мельник Н., Хавронюк Н. Правоохоронителі перед вибором: момент истины // Зеркало недели. – 2004. – № 44. – С. 7.

органів виконавчої влади у цій сфері національної безпеки і оборони (частина друга статті 107 Конституції). Згідно із принципом верховенства права здійснення арбітражних функцій глави держави повинно здійснюватися шляхом ухвалення рішень на засіданнях РНБО, які вводяться у дію указами Президента України.

Рідко поширеними у конституційній практиці є такі способи правового захисту конституції, як визнання діяльності політичних партій неконституційним та їх розпуск, встановлення факту зловживання конституційними правами та їх позбавлення, перевірка конституційності виборів та референдуму. Зокрема, перші два із згаданих передбачені конституціями ФРН та Австрії. Перевірка результатів виборів та референдумів здійснюється Конституційною радою Франції, також цей орган здійснює реєстрацію кандидатів на пост президента Франції.

Інститути надзвичайного і військового стану є екстраординарними засобами захисту конституції. Згідно з Конституцією, рішення про проголошення надзвичайного або військового положення приймає Верховна Рада за поданням Президента. З цією метою Президент скликає СНБО, яке ухвалює відповідне рішення, а при рішенні питання про необхідність введення надзвичайного положення – необхідне представлення Кабінету Міністра. Відповідне рішення Верховна Рада ухвалює впродовж двох днів (пункт 31 частини першої статті Конституції).

Рідко поширеними в конституційній практиці є такі способи правового захисту конституції, як визнання діяльності політичних партій неконституційним і їх розпуск, встановлення факту зловживання конституційними правами і їх позбавлення, перевірка конституційності виборів і референдуму. Зокрема, перші два із згаданих засобів захисту конституції передбачені конституціями ФРН і Австрії. Перевірка результатів виборів і референдумів здійснюється Конституційною радою Франції, також цей орган здійснює реєстрацію кандидатів на пост президента Франції.

У цій системі 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. Роль конституційної юстиції може посилюватися у зв'язку з інтенсивним розвитком законодавства, обмеженим доступом до юстиції тощо.

Конституційна держава ґрунтується на правовій традиції, засадами якої є гарантії прав людини й основоположних свобод та правові механіз-

ми обмеження 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.

Роль конституційної юстиції у правовому захисті Конституції України характеризується рядом переваг, серед яких можна виділити: 1) інцидентний характер, тобто на відміну від глави держави органи конституційної юстиції здійснюють ці функції лише за зверненням уповноваженої особи; 2) заснованість дій конституційної юстиції на конституційних положеннях¹²⁴; 3) правова визначеність, яка виражається у закріпленій компетенції розглядати конституційні спори за встановленою процедурою¹²⁵; 4) наявність формальних вимог до владних дій, які носять чітко визначений процесуальний характер і повинні відповідати стандартам належної правової процедури; 5) передбачуваний характер владних дій конституційної юстиції у вигляді формально визначених судових рішень; 6) виключно правовий характер діяльності, тобто конституційна юстиція обґрунтовує свої

¹²⁴ Конституційна юриспруденція, тобто інтерпретація конституції конституційними судами дає змогу забезпечити повноту конституційного регулювання, оскільки в „конституції немає прогалин та суперечностей”. Див.: Курис Э. О стабильности конституции, источниках конституционного права и мнимом всемогуществе конституционных судов // Сравнительное конституционное обозрение. – 2004. - № 3. – С. 101. Про це ж саме говорить К. Гессе, який говорить про конформну інтерпретацію конституції Див.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М.: Прогресс, 1982. – С. 56.

¹²⁵ Згідно із правовою позицією Конституційного Суду України один із аспектів принцип правової визначеності проявляється у такому: “Однією з найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою, гарантією закріпленого у статті 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини є стабільність Конституції, яка, крім інших чинників, значною мірою визначається правовим змістом Основного Закону. Наявність у Конституції України надто деталізованих положень, місце яким у поточному законодавстві, породжуватиме необхідність частого внесення змін до неї, що негативно позначатиметься на стабільності Основного Закону”. Див.: Висновок КСУ № 2-в/99 від 02.06.1999 р. // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки / Відп. ред. П.Б. Євграфов. – Кн. 1. – С. 342.

рішення виключно на основі конституційних норм і право розсуду в застосуванні цих норм є істотно обмеженим порівняно із здійсненням арбітражних функцій глави держави; 7) за своїм змістом діяльність конституційної юстиції полягає в тлумаченні конституції, доповненні та конкретизації змісту конституційних норм.

Головним у діяльності органів конституційної юстиції виступає вирішення конституційно-правових спорів. Оскільки органи конституційної юстиції здійснюють функцію правосуддя, то така їх функція є органічною. Відповідно до європейської правової традиції¹²⁶ судова установа при вирішенні спору про право вирішує такі основні завдання: а) тлумачення правових норм, б) заповнює прогалини у праві, в) судовий контроль правових норм та г) захищає права та інтереси, які забезпечуються правовим захистом. Таким чином, таке повноваження є ніби стрижнем діяльності органів конституційної юстиції. Однак конституційне правосуддя, тобто вирішення конституційно-правових спорів, у цілому зводиться не лише до перевірки конституційності нормативних актів, а також покликано забезпечити верховенство конституції як основи національної правової системи, захищати основні права і свободи, дотримання принципу поділу влад у всіх його елементах.

Говорячи про місце конституційної юстиції у механізмі правового захисту конституції, а у вужчому розумінні – у системі поділу влади, слід сказати про головну тенденцію. Сьогодні прийнято вважати, що конституційне правосуддя знаходиться поза межами системи поділу влади. Іншими словами конституційну юстицію можна розуміти як особливу інституційну форму прояву вищої юридичної сили основного закону, тобто її гарантом. Конституційне правосуддя здійснює загальні завдання по захисті конституції: забезпечує її верховенство і стабільність, дотримання принципу поділу влад, захист основних прав і свобод. Природа діяльності конституційної юстиції впливає з її правових характеристик. Існують різні підходи до нормативного регулювання її діяльності. Одні конституції вказують, що дані органи «вирішують виключно питання права» (Росія, ФРН, Австрія, Іспанія, Франція), інші вказують на досягнення цілей конституційного правосуддя виключно правовими засобами (Україна).

¹²⁶ Наприклад, див.: Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – М.: Nota Bene, 2000. – С. 420-440; Циппеліус Р. Юридична методологія. Переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів – Романа Корнута. – К.: Реферат, 2004. – С. 20-28, 95-100, 116-124.

Займаючи особливу інституційну роль, спеціалізовані судові установи тим не менше, вирішуючи «питання права», у певній мірі здійснюють політичну діяльність. Це випливає з того, що дані органи повинні поважати баланс у механізмі поділу влади. Рішення органу конституційної юстиції для законодавчої влади являється свого роду правовими орієнтирами у його діяльності. Активність спеціалізованих судових органів зумовлена їх компетенцією по розгляду виключно конституційно-правових питань, широким застосуванням абстрактного контролю, наданням права суб'єктам конституційного права оспорювати конституційність нормативних актів, дій або бездіяльності державних органів не тільки приватним особам, але й іншим державним органам і посадовим особам.

Головне завдання конституційних судів у конституційній державі є тлумачення конституції. Така діяльність конституційних судів зумовлена їх інтелектуальною діяльністю по з'ясуванню змісту конституційних норм та винесенню остаточного рішення у справі згідно із визначеною законом процедурою. Тлумачення Конституції України є іманентною характеристикою діяльності Конституційного Суду, оскільки воно є методологічною основою для прийняття обґрунтованих і правомірних рішень, висновків.

Виходячи із реалістичної теорії тлумачення конституції¹²⁷, зміст конституційного припису наповнюється змістом у ході реалізації повноважень щодо з'ясування конституційного тексту (семіотичний аспект) у контексті фактичних обставин справи (соціологічний аспект, який включає дилему ефективності та чинності конституційних норм), що базується на свободі конституційної юрисдикції на основі Конституції, керуючись правосвідомістю (вимоги верховенства права (*rule of law*) та належної правової процедури (*due process of law*)) ухвалювати відповідні правові акти.

Як справедливо визнає К. Санстейн¹²⁸, важливою складовою верховенства конституції є забезпечення легітимності діяльності конституційних судів. Легітимність конституційної юрисдикції по забезпеченню верховенства Конституції лежить у площині співвідношення між межами

¹²⁷ Тропер М. Реалистическая теория толкования // СКО. – 2006. – № 1 (64). – С. 136 – 143.

¹²⁸ Санстейн К.Р. Легитимность конституционных судов: заметки о теории и практике // КПВО. – 1997. - № 2 (17). – С. 31 – 33.

самообмеження судової активності та концепції верховенства парламенту. Проблема полягає в тому чи містить конституція суперечності, колізії чи неоднозначні положення. Виходячи із розгляду конституції з точки зору співвідношення позитивістських і природно-правових підходів конституція є формально нормативним актом найвищої юридичної сили, який визначає межі втручання публічної влади у приватну автономію на засадах визнання гідності людини, гарантій прав людини й основоположних свобод та поділу влади. Цю ідею позитивно по суті було закладено у відомій формулі французької Декларації прав людини й громадянина 1789 року. За таких умов конституція за допомогою засобів юридичної герменевтики трактується як відкритий текст, який через каталог природних і невідчужуваних прав і свобод людини, є цілісним і відкритим для творчого «пошуку» права органами конституційної юрисдикції.

З точки зору своєї легітимності органи конституційної юрисдикції зв'язані верховенством права, зокрема вимогами належної правової процедури як гарантії додержання прав учасників конституційного судочинства у доведенні власної правової позиції у ході публічного розгляду справи. Згідно з принципом поділу влади органи конституційної юрисдикції не можуть втручатися у предмет відання парламенту; акти парламенту можуть визнаватися неконституційними, якщо вони непропорційно звужують або скасовують сутнісний зміст прав людини й основоположних свобод. При цьому органи конституційної юстиції мають бути обережними та усвідомлювати, що парламент володіє широкою свободою розсуду, оскільки йому належить повноваження визначати правила, а не конституційному суду. Однак при цьому парламент є зв'язаний конституційною вимогою неприпустимості посягання на сутнісне ядро (*core*) права людини.

Як правило, в останній час головним напрямком діяльності конституційної юстиції є забезпечення верховенства основних прав і свобод шляхом розгляду конституційних скарг або за допомогою процедур *amparo*, *habeas corpus*, а також справ про конституційність адміністративних актів.

Через таку особливість розгляду конституційно-правових спорів діяльність КСУ можна визначити як здійснення конституційної юстиції. Світовий і вітчизняний досвід свідчить, що така діяльність забезпечується не лише органами конституційної юрисдикції, а також іншими судовими установами, в залежності від особливостей розвитку національної правової системи та організації державної влади.

Конституційна юстиція як інститут конституційного права становить сукупність принципів і норм, що визначають:

1) систему правових засобів, механізмів, за допомогою яких органи публічної влади, фізичні та юридичні особи можуть звертатися з приводу розв'язання конституційно-правових спорів;

2) у залежності від типу організації функціонує у вигляді: а) єдиного органу конституційної юрисдикції, якому належить монополію по вирішенню спорів конституційного характеру; б) при наявності органу конституційної юрисдикції частина спорів конституційного характеру вирішується на основі закону органами адміністративної юстиції; в) спеціалізованої палати конституційного правосуддя у структурі верховних судів, а менш важливі конституційні спори вирішують загальні суди; г) системи загальних судів, які вправі вирішувати конституційні спори, однак провідна роль у цій системі належить верховним судам завдяки юридичній силі судового прецеденту;

3) особливу процесуальну форму здійснення конституційного судочинства, яка при наявності спеціалізованого органу конституційної юстиції має суттєві відмінності від моделі загального судового процесу;

4) вирішення конституційно-правових спорів шляхом інтерпретації конституції та визнання правових актів у цілому або їх частини неконституційними;

5) особливу юридичну природу та специфічний механізм виконання рішень органів конституційної юстиції, які засновані безпосередньо на нормах і принципах конституції, що має на меті забезпечити верховенство Основного Закону, основних прав і свобод, забезпечення суспільного миру та автономності ланок політичної системи, зокрема принципу поділу влади.

Висновки

1. Чинність конституції є інтегративним показником прояву динаміки конституційних правовідносин. Чинність конституції та конституційних норм зумовлені часовими, просторовими рамками, а також практичною діяльністю людей у державно організованому суспільстві. У часовому вимірі спостерігається тяглість конституційних явищ і процесів, внаслідок чого накопичується певна «конституційна спадщина» як сукупність конституційних норм та процедур. У просторовому плані спостерігається різноманітність конституційних пра-

вопорядків, які зумовлені насамперед певними правовими сім'ями, і потребами налагодження взаємодії між ними, зокрема шляхом створення наддержавних інститутів. Конституційне право також діє у певному соціальному середовищі, яке на певному етапі свого розвитку наповнюється конкретним історичним змістом і потребує своєї реалізації та інтерпретації у законодавстві, управлінні та правосудді.

Механізм чинності конституції виражається у конституанті, реалізації, тлумаченні та правовому захисті конституції. Конституанта є правовим режимом встановлення конституції; реалізація конституція втілюється у таких організаційних формах як функції публічної влади по законодавству, управлінню і правосуддю, а також у праві на захист та належній правовій процедурі; тлумачення конституції втілюється у законодавстві та судових рішеннях, а рідше у правових приписах виконавчої влади.

2. Концепція установчої влади ґрунтується на основоположному характері конституції, яка засновує інститути публічної влади, закладає засади національної правової системи. Необхідною передумовою реалізації установчої влади є досягнення суспільного консенсусу щодо соціальних цінностей, які покладають в основу конституційного порядку. Принаймні у чинній Конституції України можна виділити певні цінності, які визначають ієрархію конституційних норм: права людини й основоположні свободи, державний суверенітет і територіальна цілісність; засади конституційного ладу, демократії, реалізації установчої влади; власне конституційні положення, які володіють найвищою юридичною силою у національній правовій системі.

Реалізації установчої влади передують певні демократичні процедури обговорення проекту конституції, вільне демократичне обговорення передбачуваних наслідків чинності певної конституційної моделі розвитку суспільного життя. Додержання встановлених процедурних правил є важливим компонентом легітимності установчого процесу.

Установча влада – це правовий порядок реалізації суверенної влади народу України визначати та змінювати конституційний лад шляхом поєднання засобів безпосередньої та представницької демократії. Установчу владу можна поділити за формально-процедурним критерієм на первинну та інституційну (вторинну); за сутнісним – суверенну та організаційно-правову; за змістом – установчу владу народу та інституційно-процедурну. Перші види установчої влади мають місце у випадку формального втілення принципів конституційного ладу у випадку відсутності конституції, а другі передбачають

нормативно-правове регулювання внесення змін до конституції або перегляду (ревізії) конституції з формально-процедурної точки зору; наявність демократичних традицій та демократичних форм діяльності органів влади і відповідну структуру політичних організацій – за організаційно-правовим критерієм; наявність легітимних органів влади, що наділені компетенцією забезпечити перегляд конституції та приймати відповідні рішення.

3. Реалізація конституції забезпечується через демократичний процес суспільних дебатів щодо втілення її положень в життя, належну поведінку органів публічної влади, фізичних та юридичних осіб, поточне законодавство, соціальну політику уряду. Конституція виражає механізм політичної інтеграції в суспільстві, вводить політичний процес у правові рамки. Тому здійснення законодавчої влади та політика уряду повинні відповідати принципу верховенства права. Конституція залишає свободу розсуду для реалізації повноважень органами публічної влади, однак така дискреція не може бути надмірною і здійснення цих повноважень повинно відповідати принципу верховенства права.

Важливу роль для реалізації конституції має пряма дія конституційних норм. За таких умов конституційні норми можуть бути застосовані навіть у випадку відсутності їх конкретизації і деталізації на рівні поточного законодавства. Пряма дія конституційних норм є важливою передумовою для захисту прав людини й основоположних свобод, які мають невідчужуваний і невичерпний характер. Права і свободи людини зв'язують законодавця, визначаючи певні критерії якості законодавства згідно з принципом верховенства права.

4. Тлумачення Конституції є іманентною ознакою діяльності конституційної юстиції, оскільки це впливає із вимог обґрунтованості та вмотивованості судових рішень, верховенства права і правової визначеності. Тлумачення Конституції передбачає єдині підходи у визначенні змісту конституційних норм у конкретних історичних обставинах як єдиного цілісного, взаємопов'язаного тексту. Такий текст є відкритий завдяки позитивному закріпленню прав людини і основоположних свобод, каталог яких є невичерпним. Це спонукає органи конституційної юстиції робити аналіз як цілей і цінностей, так і оціночних понять Конституції (національна безпека, громадська безпека, рівність, свобода) у контексті прав людини й основоположних свобод.

Застосування загальних правил інтерпретації конституційних приписів зумовлено особливостями конкретної справи, що є предме-

том конституційного судочинства. Відповідно методика з'ясування змісту конституційних положень може поєднувати у різному ступені вищезазначені засади їх інтерпретації. Загалом інтерпретаційна діяльність органів конституційної юстиції спрямована на забезпечення утвердження верховенства конституції як основного закону, забезпечення одноманітного її застосування, правової визначеності, законних очікувань, попередження і припинення зловживання владними повноваженнями чи правами і свободами. Невід'ємною складовою інтерпретаційної діяльності є необхідність звернення Конституційного Суду до оціночних понять, які «накладаються» на норми Конституції, що є предметом офіційного тлумачення Конституції і законів України або юридичною основою для правової позиції в інших категоріях справ.

Динамічне тлумачення конституції виходить із ідеї, що конституція є «відкритим текстом», що підтверджується природою прав і свобод людини та способом їх конституційного закріплення. За таких умов конституційні суди тлумачать власне конституцію, а не закони. Закони є предметом їх тлумачення настільки, наскільки необхідно з'ясувати якість поточного законодавства на предмет його відповідності, конституційним цінностям, принципам і нормам. За таких обставин результатом тлумачення є «виведення» нових принципів права на основі чинної Конституції.

Тому Конституційний Суд шляхом динамічного тлумачення Конституції України здійснює правотворчу функцію. Вона не підмінює законодавця і не є посяганням на конституційний принцип поділу влади, оскільки результатом тлумачення не є творення правової норми, а лише конкретизація і деталізація Конституції у конкретно-історичній обстановці. За таких умов Конституційний Суд може або констатувати, що прогалини чи колізії у поточному законодавстві є порушенням Конституції України і шляхом розширювального тлумачення заповнювати їх, або рекомендувати прийняти відповідний закон парламенту не виконання конституційних приписів, або визначати свої рішення як преюдиціальні з метою їх належного застосування судами загальної юрисдикції, так і в адміністративній практиці. Неконституційність прогалин і колізій у поточному законодавстві обґрунтовується тим, що такий стан суперечить верховенству права (вимогам справедливості, правової визначеності, правомірності очікувань) та зв'язаності держави правом, оскільки зумовлює порушення прав людини й основоположних свобод.

5. Правовий захист конституції передбачає соціальну активність щодо забезпечення чинності конституції у всіх її аспектах – конституційних цінностей, принципів і норм. На відміну від правової охорони правовий захист конституції орієнтує на виявлення прав і законних інтересів, які потребують конституційного захисту в конкретно історичних умовах та обставинах. Іншими словами, правовий захист конституції є своєрідною верифікацією поведінки учасників конституційних правовідносин. Правовий захист конституції – це організація і діяльність учасників конституційних правовідносин, яка утілюється в системі правових засобів і способів забезпечення непорушності правових цінностей і принципів, які складають сутнісний зміст засобів забезпечення легітимності втручання в приватну автономію з метою забезпечення суспільного блага (конституціоналізму).

До системи правового захисту конституції належать: а) право народу на опір недемократичному правлінню (право на самозахист); б) процедура внесення змін до конституції; в) арбітражні прерогативи глави держави; г) визнання діяльності політичних партій неконституційним та їх розпуск; ґ) перевірка конституційності виборів та референдуму; д) встановлення факту зловживання конституційними правами та їх позбавлення; е) діяльність конституційної юстиції; є) конституційна відповідальність; ж) надзвичайні засоби (інститути надзвичайного, воєнного стану, пряме президентське правління, федеральне втручання тощо).

У механізмі правового захисту конституції відіграє провідну роль конституційна юстиція, яка відповідно до принципу верховенства права і справедливості розглядає конституційно-правові спори. Конституційна юстиція за допомогою правових засобів вводить політичний процес у конституційні рамки. Конституційна юстиція як інститут конституційного права становить сукупність принципів і норм, що визначають: а) правовий механізм вирішення конституційних спорів; б) організаційно-правову модель здійснення функції спеціалізованого конституційного правосуддя; в) особливу процесуальну форму здійснення конституційного судочинства, яка при наявності спеціалізованого органу конституційної юстиції має суттєві відмінності від моделі загального судового процесу; г) забезпечення інтерпретації конституції та провідної форми конституційного контролю; ґ) особливу юридичну природу та специфічний механізм виконання рішень, які складають конституційну юриспруденцію.

ПРЕДМЕТНИЙ ПОКАЖЧИК

- Аксіологія, конституційна – 128, 163
- Верховенство права – 160
 - законність – 163
 - конституційність – 163
 - правова визначеність – 162
 - правомірність очікувань – 162
 - пропорційність – 148
 - справедливість – 161
 - тлумачення конституції – 340
- Демократія
 - войовнича – 189
 - суверенна – 52, 127
- Джерела конституційного права
 - поняття – 165, 167
 - система – 167
- Дисконтинуїтет – 82
- Доктрина, конституційна – 5
 - огляд – 218
- Дослідження
 - критерії – 8
 - методи – 11
- Закон
 - абстрактність, загальність – 182
 - делеговане законодавство – 184
 - організаційна і процедурна забезпеченість – 182
 - повнота (цілісність) регулювання – 180
 - поняття – 179
 - правова визначеність, чіткість – 183
 - рамковий – 184
 - фінансова та ресурсна забезпеченість – 182
- Конституційна держава – 37, 201
 - поділ влади – 202
 - поняття – 208
 - субсидіарність – 206
- Конституційна система – 25
- Конституційна традиція – 25, 69
 - авторитарна – 45
 - елементи – 27
 - західна – 25, 30
 - ісламська – 56
 - України – 27, 70, 87
- Конституційний лад – 16
- Конституція
 - аксіологія – 163, 168, 233
 - глобальне право – 254, 259
 - гносеологія – 223
 - горизонтальний ефект – 231, 270
 - зміст – 230, 234
 - легітимність – 169
 - механізм чинності – 291
 - національна правова система – 262
 - нормативна природа – 218, 238
 - нормативне визначення – 230, 231
 - правовий захист – 355
 - праксеологія – 235
 - реалізація – 324
 - онтологія – 221
 - структура – 10
 - тлумачення – 334
 - установча влада (конституанта) – 299
 - чинність – 10, 284
- Конституціоналізм – 13
 - американський – 30
 - британський – 32
 - ліберальний – 29, 30
 - ліберально-демократичний – 29, 37
 - національний – 63
 - німецький – 40
 - поняття – 23
 - постсоціалістичних країн – 43
 - рівні – 19
 - структура – 20, 22
 - субнаціональний – 63
 - супранаціональний – 64
 - французький – 37
- Континуїтет – 82
 - державний – 83
 - правовий – 84
 - також правонаступність
 - територіальний – 84

- Легітимність
 - деліберативної демократії – 199
 - демократична – 200
- Народний суверенітет і
 - глобалізація – 214, 255, 258
 - державний – 210
 - міжнародне співробітництво – 212
 - права людини – 211
 - супранаціональна влада – 213
- Порядок, конституційний
 - договір – 247
 - народний суверенітет – 248
 - парламентаризм – 249
 - судовий конституційний контроль – 251
- Правовий захист конституції
 - арбітраж глави держави (т.зв. «резервна» влада) – 359
 - военний стан – 360
 - конституційна юстиція – 360
 - легітимність конституційної юстиції – 364
 - надзвичайний стан – 360
 - поняття – 357
 - право народу на самозахист – 358
 - система – 357
- Реалізація конституції
 - законодавство – 327
 - компенсація повноважень – 332
 - пряма дія норм конституції – 326
 - соціальна політика уряду – 330
 - способи – 325
- Тлумачення конституції
 - динамічне – 343, 352
 - догматичне (традиційне) – 351
 - засади тлумачення – 339
 - неконституційність колізій у законодавстві – 353
 - неконституційність прогалін у законодавстві – 350
 - тлумачення і поділ влади – 335
- Установча влада (конституванта)
 - елементи – 308
 - зміст – 302
 - поняття – 304
- протонормативність конституції *per se* – 300
- способи реалізації – 311
- установча процедура – 316
- Цінності конституційні – 86, 125, 185
 - баланс інтересів – 131, 136
 - верховенство права – 160
 - гідність – 142
 - демократія – 186
 - комунітаризм – 132
 - легітимність публічної влади – 196
 - лібералізм – 129, 132, 138
 - права людини – 142
 - рівність – 133, 151
 - свобода – 148
 - солідаризм – 133, 140, 152
 - справедливість – 133, 151, 161
 - субсидіарність – 140, 156, 206
 - толерантність – 135, 158
- Юриспруденція конституційна
 - аксіологія – 171
 - поняття – 177
 - праксеологія – 174
 - преюдиціальність – 178
 - субстантивність – 174
 - юридична природа – 175
- Acquis communautaires – 301
- Amparo – 255
- Dictum – 334
- Drittwirkung – 270
- Habeas corpus – 255
- Jurisprudence constante – 172
- The legal supremacy of parliament – 32
- Militant democracy – 189
- The Net of public powers – 255
- Obiter dictum – 34
- Public administration – 28
- Ratio decidendi – 35
- Rechtstaat – 201
- Rule (of supremacy) of law – 32
- Stare decisis – 34
- Supranational power – 195
- Third party effect – 255
- Welfare State – 133, 141
- Verfassungbeschwerde – 255

Наукове видання

Савчин Михайло Васильович

**КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ
І ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЇ**

В авторській редакції

Верстка та дизайн: Р. Реш

Коректура: М.Токар

Дизайн обкладинки: В.Шек

Здано до набору 26.11.2009 р. Формат 64х90/16. Папір офіс.
Гарнітура Cambria. Ум. друк. арк. 24,9. Тираж 300 прим. Замов. № 127.

Віддруковано у „Поліграфцентрі „ЛІРА“:
88000, м. Ужгород, вул. Митрака, 25
Серія ЗТ №24 від 7 листопада 2005 р.