

Розділ 3 Сучасні тенденції світового конституціоналізму і вітчизняна конституційна практика

3.1. Основні сучасні тенденції конституціоналізму: виклики та рішення

Основні дискусії сучасного конституціоналізму точаться навколо питань наднаціональності, природи соціальних прав і пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави (доктрина *affirmative action*)¹, співвідношення доктрини верховенства парламенту та судового конституційного контролю, що набуло гостроти особливо в країнах Центральної і Східної Європи², ролі конституційної юстиції в автономному та динамічному тлумаченні конституції. На цьому тлі визнаються класичні речі, які пов'язані з розумінням фасадної,

¹ Гарлицкий Л. Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права / Л. Л. Гарлицкий // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 2000. — № 1. — С. 157–161; Doreen Spoerer. Regierungssysteme und Reformen: Politökonomische Analyse der executive-legislativen Beziehungen im postkommunistischen Raum / Spoerer Doreen. — Springer-Verlag, 2006. — 213 p.; *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action* / by Terry H. Anderson. — New York: Oxford University Press, 2005; Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study* / Thomas Sowell. — Yale University Press, 2005. — 239 p.

² Adams M. Constitutional Review by Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy? / M. Adams, G. van der Schyff // Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. — 2006. — № 66. — P. 400 — 416; Cole D. H. Poland's 1997 Constitutional and its historical aspects / D.H. Cole [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://indyaw.indiana.edu/instructors/cole/web%20page/polconst.pdf>; Jakab A. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz / A. Jakab, P. Sonnevend // Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. — 2012. — № 72. — P. 81–85; Letowska Ewa. A Constitution of Possibilities / Ewa Letowska // East Europeane Constitutional Review. — 1997. — № 6 (2 – 3). — P. 76 – 88.

3.1. Основні сучасні тенденції конституціоналізму: виклики та рішення

номінальної та реальної конституції¹ з урахуванням дуальної природи права². Як справедливо визначається, структура конституціоналізму зумовлена специфікою національних інститутів, процедур і правил, але в їх основі лежить ідея обмеження владної сваволі та забезпечення дієвого та ефективного захисту прав людини.

А. Конституціоналізм, конституція і наднаціональність. При вступі держав у певні міждержавні³ чи наднаціональні інституції⁴ виникає низка питань, пов'язаних із реалізацією національного суверенітету та здійснення зовнішньополітичного курсу національних держав у контексті багаторівневого конституціоналізму⁵ чи конституційного плюралізму⁶. Ключовою проблемою у цих відносинах є ідентичність країни та її континуїтет. Розмежування поняття міждержавності та наднаціональності є важливим у розумінні ступеня самодостатності країни та її ідентичності. З погляду конституційного права ми говоримо тоді про процес конституціоналізації міжнародного права та перспективи формування глобального права на засадах універсаль-

¹ *Constitutionalism: Philosophical Foundation* / ed. by A. Larry. — New York: Cambridge University Press, 1998. — 319 p.; McIlwain C. *Constitutionalism: ancient and modern* / C. McIlwain. — Ithaca: Cornell Univ. Press, 1940; Sartori Giovanni. *Constitutionalism: A Preliminary Discussion* / Giovanni Sartori // *The American Political Science Review*. — 1962. — Vol. 56. — No. 4. — P. 853–864.

² Алексі Р. Дуальна природа права / Р. Алексі // *Право України*. — 2011. — № 11. — С. 45 – 58; Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі / Р. Алексі // *Філософія прав людини* / за ред. П. Госепата та Г. Ломаша. — К.: Ніка-Центр, 2008. — С. 172–189.

³ Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України / Луць Л. А. — К.: ІДП НАНУ, 2003. — 304 с.

⁴ Яков'юк І. В. Правові основи європейської інтеграції та її вплив на державно-правовий розвиток України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук; 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень та 12.00.11 «Міжнародне право»; І. В. Яков'юк; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. — Харків, 2014. — 42 с.; Birkinshaw Patrick. *Supranationalism, the rule of law and constitutionalism in the Draft Union Constitution* / Patrick Birkinshaw // *Yearbook of European Law*. — 2004. — No 23. — P. 199–233; von Bogdandy A. and oth. *State-Building, Nation-Building, and Constitutional Politics in Post-Conflict Situations: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approaches* / A. von Bogdandy, S. Haussler, F. Hanschmann, R. Utz // *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. — Vol. 9. — 2005. — P. 579–613; Borella Francois and oth. *The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21st century*. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy. — No. 22. — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998.

⁵ Pernice Ingolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action* / Ingolf E. A. Pernice // *Columbia Journal of European Law*. — 2009. — Vol. 15. — No 3. — P. 349–407.

⁶ Teubner Günter. «Global Bukowina»: Legal Pluralism in World Society / Günter Teubner // *Global Law Without A State* (Ed. G. Teubner). — Aldershot: Dartmouth Gower, 1997. — P. 3–28.

них людських цінностей. З погляду міжнародного права ми говоримо про процес інтернаціоналізації національного права, зокрема і конституційного права. Тобто існує зворотний ефект, який нівелює певною мірою відому дискусію про дуалізм чи монізм співвідношення міжнародного та національного права. Це ускладнюється різноманітністю національних механізмів захисту прав людини, оскільки міжнародне право закладає мінімальний стандарт їх захисту, що засвідчується конкуренцією мережі юрисдикцій, як це до прикладу існує в Німеччині — загальні суди, конституційна юрисдикція, та юрисдикцій Європейського суду справлюдинита Суду Європейського Союзу (Р. Арнольд)¹. З інституціональної точки зору різна вага інститутів парламентського контролю в зовнішньополітичній сфері також відображає особливості співвідношення цих правових механізмів. Також є різною вага інститутів судового конституційного контролю, яким доволі часто доводиться конкурувати з традиційними проявами доктрини суверенітету парламенту. Насамкінець, існують різні форми транскордонного співробітництва, до яких в Україні, насправді, правова політика ставиться доволі насторожено, якщо не вороже. Такий складний клубок питань виникає при вирішенні означеної нами дилеми. І ця дилема розв'язується через розуміння конституції в контексті правового плюралізму.

Методологічні засади проблеми наднаціональності. Порівняльно-правові дослідження взаємодії національних правових систем із системами міжнародного права, правом наднаціональних інститутів набувають міждисциплінарного характеру. Справа в тому, що будь-який дослідник у такому разі має оперувати певними моделями міждержавної взаємодії чи взаємодії на рівні міжнародного і національного права, наднаціонального і національного права. Зокрема, відомим є аналіз проф. Р. Арнольда стосовно співвідношення юрисдикцій Федерального конституційного суду ФРН, Суду ЄС та Європейського суду з прав людини, що передбачає урахування певних економічних, політичних, соціальних та культурних чинників в ухваленні юридичних рішень. Синтетизм у порівняльно-правовому дослідженні питання наднаціональності є ключовим, оскільки дає

¹ *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного Суду України) / за ред. А.С. Головіна ; вст. слово і заг. ред. проф. П. Ф. Мартиненка, В. М. Кампа — К. : Юрінком Інтер, 2013. — С. 68–80.*

змогу розкрити ці суперечності й надати певні інструменти для їх вирішення. Звісно, якісним методологічним критерієм слугують права людини й основоположні свободи, повага до яких є фундаментальною вимогою діяльності сучасної державності будь-якого типу, оскільки вона виражає сенс її функціонування. За таких умов питання національного суверенітету набуває нових сенсів, оскільки держава не завжди здатна належно забезпечити гідність індивіда, зважаючи на обмежений доступ до ресурсів та підвищення вимог сталого розвитку суспільства, яке вступає в стадію розвитку високих інформаційних технологій, з якими пов'язані якість послуг, зокрема і публічних, за якість яких несе відповідальність публічна влада. Звідси, впливають вимоги якості до законодавства, управління і правосуддя. Якщо аналізувати ці критерії якості через мережу економічних, політичних, соціокультурних зв'язків, то проблеми інвестиційного клімату, впливу транснаціональних корпорацій, розвитку відносин між прикордонними територіями, збереження інтеграції суспільства доволі складно розкрити лише через призму національного права. Національне право зазнає впливів зарубіжного права, а також законодавства і технік ухвалення адміністративних і судових рішень інтер-, транс- і наднаціональних правових систем. З іншого боку, національний режим застосування цих положень впливає на динаміку розвитку інтер-, транс- і наднаціональних правових систем. Тому тут послуговують автономний, динамічний і конституційно-конформний методи тлумачення правових положень.

Стосовно організації публічної влади тут змінюються акценти розуміння природи національного суверенітету. Розуміння національного суверенітету стає дедалі більш інструментальним, оскільки він виражається саме як певна властивість упровадження якісних владних рішень у широкому розумінні (законодавства, управління, правосуддя), заснованих на демократичній легітимності, насамперед установчої та рефлексивної легітимності згідно із П. Розанваломом.

Це дає підстави висунути гіпотезу про зародження мереживного суверенітету, який ґрунтується на багаторівневому конституціоналізмі (І. Перніце, Г. Тойбнер). Такий суверенітет заснований на системі горизонтальних, вертикальних і реординаційних зв'язків між основними інститутами прийняття владних рішень на засадах конституційної державності, верховенстві права та вимог належної пра-

вової процедури. Його складно описати виключно через системний (лінійний) чи синергетичний підходи; їх необхідно певним чином синтезувати, адже такі зв'язки засновані на низці соціальних патернів. Зокрема, прийняття владних рішень зумовлюють динаміку суспільно-політичних процесів. Приклад інституційної слабкості ЄС свідчить, що як кількість інститутів публічної влади має бути оптимізованою, так і процедури прийняття владних рішень мають бути транспарентними і доступними. Тому говориться про «міжнаціональну мережу» як перспективу його подальшого розвитку, оскільки Федеральний конституційний суд Німеччини визнав ЄС як «асоціацію суверенних держав», а в доктрині ЄС називають «наднаціональною державою» (І. Яков'юк).

Національний суверенітет і мережа публічних властей. Принцип суверенітету держави вступає у суперечність із демократичними засадами, принципом поділу влади та ідеєю невідчужуваності й невід'ємності прав людини та основоположних свобод. Складно трактувати суверенітет як можливість і реальну здатність правителя звертатися до надзвичайних заходів з метою досягнення певних державних цілей, як це є у трактуванні К. Шмітта чи то Л. Штрауса. На їхню думку, це була адекватна відповідь на вкрай розбалансовану систему стримань і противаг у Веймарській республіці, яка мала надзвичайно високий конфліктогенний потенціал. Це вже потім німецька конституційна система впровадить конструктивний вотум і вотум довіри задля подолання фрагментації парламенту та надзвичайно потужну модель конституційного суду, зорієнтовану насамперед на захист прав людини. Адже відома формула *Solange* (дослівно, з нім. — «до тих пір») щодо допустимих меж делегування (передачі) частини суверенних повноважень держави інститутам Європейських Співтовариств, сформульована ФКС, спирається саме на ефективність національної системи захисту прав людини¹. Ця формула стала методологічною основою для вирішення справ *Maastricht* та *Lisbon* щодо відповідності Маастрихтського і Лісабонського договорів Основному Закону 1949 р.

¹ *BVerfGE* 37, 271 («Solange I» case, 1974); *BVerfGE* 72, 339 (Wuensche Handelsgesellschaft «Solange II» case, 1986).

Підтвердженням цього стала доктрина багаторівневого конституціоналізму, яка сьогодні активно обговорюється у європейській правовій доктрині в силу її міждисциплінарного характеру, оскільки вона загалом стосується архітекtonіки всього публічного права та якості правових актів органів публічної влади (відома «*Global Bukovina*» Тойбнера). Мережа публічних властей обґрунтовується через розподіл (allocation) владних повноважень по вертикалі, їх відносній автономності та здатності самостійно ухвалювати рішення. Згідно з принципом правової державності органи місцевого самоврядування, автономії, суб'єктів федерації наділяються на основі конституції і законів належним їм обсягом повноважень, які вони здійснюють виходячи із масштабів цих завдань та реальної наявності ресурсів для їх належного здійснення. Розподіл повноважень і ресурсів на основі закону та судовий контроль за правомірністю дій органів публічної влади складають функціональні зв'язки у системі багаторівневого конституціоналізму. Якісним критерієм мереживного порядку здійснення публічної влади є повага до прав людини та ефективність їхнього захисту на всіх рівнях влади. Тому немає якихось підстав вважати, що інакше має функціонувати публічна влада на транс- чи наднаціональному рівні, адже тут питання лежить також у площині захисту прав людини та здатності національної держави обстоювати на цих рівнях національні інтереси, які слугують якісним критерієм національної ідентичності. Звідси висновок, що інтер- і транснаціональні правові системи мають міжнародно-правовий механізм функціонування, а наднаціональні правові системи мають подвійну генезу: запровадження інститутів наднаціональності мають переважно міжнародно-правовий, а режим їхнього функціонування — конституційно-адміністративні механізми запровадження їх предмета відання і повноважень.

Це дає підстави робити висновки, що наднаціональні інститути влади мають характер мережі суверенних властей, які взаємодіють по горизонталі, по вертикалі, а завдяки їх головному завданню щодо захисту прав людини і основоположних свобод між ними також існують відносини реордианації. Тобто їхня діяльність має бути побудована на засадах довіри, права заінтересованої особи бути заслуханою, ретельного дослідження всіх істотних обставин (принцип розслідування), принципу недискримінації, принципу оскарження.

Мережа публічних властей і транскордонне співробітництво. Українське законодавство надто мало уваги приділяє питанням транскордонного співробітництва. З української сторони інституціонально воно реалізується через мережу недержавних організацій, які мають статус юридичної особи, здійснюючи різного роду проекти співпраці переважно в економічній та соціально-культурній сферах. Конституція України не передбачає укладання договорів про співробітництво між місцевими органами влади України та зарубіжних країн, які межують із відповідними адміністративно-територіальними одиницями. Звісно, за такої системи координат не може йтися про створення спільних інститутів, заснованих на передачі частини повноважень певним українським місцевим органам влади та й цього не слід сподіватися від органу влади сусідньої країни, а також про формування спільного бюджету та концентрації певних ресурсів з метою реалізації певного спільного проекту з транскордонного співробітництва.

Така система транскордонного співробітництва робить Українську державу доволі закритою для міжнародного співробітництва на місцевому і проміжному рівні публічної влади. У такий спосіб відсікається частина ланцюжка взаємозв'язків у мережі публічних властей, яка поступово набуває цілісного вигляду в організації Європейського Союзу. Це, напевно, деякою мірою добре для української ідентичності. Однак з огляду на відсутність бодай якихось притомних зусиль по відновленню місцевого самоврядування, яке на т.зв. материковій Україні було остаточно згорнуто зі скасуванням магдебурзького права у м. Києві у 1843 р., доволі скептичною видається така ідентичність, яка радше скидається на доволі похмуру суміш пострадянщини та впровадження прямих вертикальних зв'язків ієрархії мало сумісних з постулатами конституціоналізму.

Основними інструментами транскордонного співробітництва вбачаються: а) упровадження засад субсидіарності як методології розподілу повноважень та відповідних ресурсів між рівнями публічної влади; б) визначення критеріїв самодостатності територіальних громад і пов'язаного із ним пакету публічних послуг жителям громад; в) конституційне визнання права органів місцевого самоврядування на підставі міжнародних договорів укладати договори про транскордонне співробітництво із органами місцевого самовряду-

вання відповідного рівня прикордонних територій зарубіжних країн для реалізації соціально значущих регіональних проектів; г) здійснення державою політики вирівнювання розвитку громад і забезпечення узгодження регіональних політики між органами місцевого самоврядування різного рівня; д) забезпечення участі органів місцевого самоврядування у консультаціях у разі необхідності запровадження певних екстраординарних економічних заходів державою, зокрема у формі секвестру видатків державного бюджету.

Наднаціональність у світлі верховенства конституції. Наша позиція щодо дуалізму чи монізму у співвідношенні національного і міжнародного права полягає в пошуку конституційного механізму їхньої взаємодії. Юристи-міжнародники звертають увагу на доктрину *margin appreciation*, яка, на їхню думку, виражає певну свободу розсуду національних органів щодо імплементації принципів міжнародного права і положень міжнародних договорів. З погляду конституціоналістів, ця проблематика переміщується в інститути парламентаризму та судового конституційного контролю, які покликані забезпечити національні інтереси і національну безпеку. Насправді, проблема полягає в інституціональній і процедурній компоненті як національного, так і міжнародного права, які виражають через конституційний механізм визнання міжнародних договорів і принципів міжнародного права як ефективно діючих приписів, що є компліментарними щодо національної правової системи і втілюються в актах законодавства, управління та правосуддя. Так само здійснення зовнішньополітичного курсу, який класично здійснюється у формі законодавства парламентом та в актах публічної адміністрації через акти глави держави, глави уряду, глави зовнішньополітичного відомства ОМС на рівні транскордонного співробітництва визначається через конституційно-адміністративний механізм. Тому інституціонально-процедурно спір «монізм — дуалізм» позбавлений певного конкретного сенсу. Йдеться про конституційно-адміністративну трансформацію положень інтер-, транс- наднаціонального права в національне право.

На прикладі функціонування ЄС можна продемонструвати явище наднаціональності в праві, оскільки такі критерії формулювати абстрактно є великою розкішшю з погляду наукової етики. Приклад ЄС є коректним, зважаючи на функціональний та еволюційний

характер формування наднаціональної природи його права. Отже, ЄС встановлює наднаціональну природу цього об'єднання, в силу чого: 1) за допомогою міжнародно-правового механізму він набуває певного обсягу повноважень із певною міжнародною правосуб'єктністю на засадах субсидіарності і пропорційності (ст. 5 Договору про ЄС); 2) конституційний механізм визначення основних цінностей і принципів ЄС та правил функціонування його інститутів та їх інтерпретації Судом ЄС; 3) конституційно-процесуальний і адміністративно-правовий механізм здійснення регуляторної політики та вирівнювання розвитку національних держав (тут є певні інституційні проблеми, які засвідчила економічна рецесія після 2008 р.) та регіонів; 4) консенсуальні механізми ухвалення рішень, які мають імперативний характер (ст. 7 ДпЄС); 5) постійно діючий характер діяльності інституцій на відміну від конфедерації та імперативність їх рішень на відміну від міждержавних об'єднань. Ці правила конкретизуються у багаторівневій системі розподілу повноважень між ЄС та державами-членами, а також узгодження і координації різнорівневих політик, визначених у ст. 2–6 ДпФЄС. Зобов'язальна наднаціональна природа положень права ЄС стосовно органів влади держав-членів, які неналежним чином виконують свої зобов'язання перед ЄС, підтверджується механізмом ухвалення відповідних рішень Суду ЄС (ст. 259, 260 Договору про функціонування ЄС). Також діє механізм забезпечення верховенства права ЄС у сфері прав людини та відповідність цим критеріям актів органів і установ ЄС (ст. 263 ДпФЄС), а також винесення попередніх рішень щодо тлумачення установчих договорів та чинності і тлумачення актів установ, органів, служб та агенцій ЄС (ст. 267 ДпФЄС). Власне Суд ЄС є гарантом принципу верховенства права ЄС, про що він констатував у справах *Van Gend & Loos* та *Costa*.

У такій площині виникає комплекс питань щодо конституційно-адміністративного механізму дії наднаціонального права в національній правовій системі. По-перше, виникає питання сумісності конституційних цінностей і принципів із правовим доробком певного наднаціонального об'єднання, яке вирішується або через ратифікацію відповідного міжнародного договору або в конституційно-конформний спосіб тлумачення його положень конституційним судом чи аналогічним інститутом; при цьому в країнах, де відсутній

інститут конституційної юрисдикції (Нідерланди, Сполучене Королівство), воно може викликати гостру політичну чи конституційну кризу. По-друге, оскільки наднаціональне право володіє пріоритетом щодо національного права, то положення національної конституції і тим більше — поточного законодавства — мають відповідати його положенням; шоправда, суперечність у разі колізій чи прогалин може бути подолана у спосіб конституційно-конформного тлумачення установчих актів національних органів (далі — НО), хоча при цьому, у свою чергу, виникне питання, якою мірою використовуватиме конституційна юрисдикція юриспруденцію наднаціонального суду на зразок Суду ЄС. По-третє, вимога імперативності права НО потребуватиме втілення його положень в актах законодавства, управління та правосуддя національної держави, що вноситиме нові стандарти щодо їх змісту та здійснення відповідних процедур; тобто такі рішення набуватимуть інструментального характеру і не потребуватимуть складних процедур узгодження у рамках деліберативної демократії, оскільки вони пройшли таке узгодження вже на наднаціональному рівні публічної влади. Тому критично важливо для національної держави розробити мережу узгодження владних рішень на момент розробки проектів актів НО, оскільки розробка та узгодження їх змісту є доволі тривалим процесом, а національні представники повинні мати певний обсяг повноважень щодо визначення їх змісту і бажано, щоб національні представники мали декілька варіантів проекту змісту цього правового акта НО. Все це зумовлює відмінні стиль і культуру ухвалення владних рішень, з чим абсолютно несумісний сучасний стиль ухвалення рішень в органах публічної влади в Україні. І на цьому варто акцентувати увагу при підготовці фахівців у вищих навчальних закладах і при проведенні конституційної та адміністративно-правової реформи в Україні.

Міжнародне право, наднаціональність і перспективи зародження глобального права? Глобальне право можна розглядати у перспективі з погляду двох аспектів. По-перше, з середини ХХ ст. розпочався пошук спільних, універсальних цінностей, які можуть стати основою нового світового правопорядку. Не завжди національні держави можуть вирішити екологічні питання, проблему обмеженості природних ресурсів, забезпечити стійкий розвиток суспільств, створення високих технологій, забезпечити діалог з іншими цивілізаціями

людства тощо. Тому не всі національні держави в сучасних умовах є компетентними щодо належного вирішення більшості зазначених питань. Їхнє вирішення лежить у площині модерного тлумачення народного суверенітету, який забезпечується через інструменти парламентаризму, судового конституційного контролю, механізмів деконцентрації влади та субсидіарності.

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

Таким чином, можна говорити про формування конкретних механізмів міжцивілізаційного діалогу і формування спільних цінностей, притаманних людській цивілізації загалом. Міжцивілізаційний діалог полягає у формулюванні єдиних підходів щодо зважування універсальних конституційних цінностей, які мають стати основою для формулювання правил і процедур та організації владних інститутів 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 (передачі) частини суверенних повноважень національних держав НО за умови додержання демократичних стандартів народного волевиявлення. З другого боку, міжнародна легітимність формування глобального права уявляється через певний алгоритм, послідовність кроків з розв'язання низки проблем, які національні держави неспроможні сьогодні компетентно вирішити на засадах установчої та наближеної легітимності. Звісно, за таких умов формуватимуться публічно-владні інституції глобального характеру, які прийматимуть рішення на основі установчих договорів. Гарантією легітимності здійснення повноважень такими НО слугуватимуть засоби парламентського та судового конституційного контролю, які б не допускали можливості зловживання повноваженнями та послаблення засад незалежності держав — учасниць таких НО. Важливим компонентом легітимності глобального права мають стати гарантії прямого доступу приватних осіб до міжнародної судової юрисдикції на предмет перевірки щодо додержання їх прав людини і основоположних свобод у діяльності органів НО.

Б. Особливості конституційного захисту соціальних прав та доктрина *affirmative action* (стверджувальних дій держави). 26 грудня 2011 р. Конституційний Суд України ухвалив доволі контроверсійне рішення № 20-рп/2011¹. Цим рішенням визнано конституційним п. 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону від 23 грудня 2010 р. № 2857-VI з наступними змінами², за яким норми і положення деяких законів України, що стосуються порядку та розміру соціальних виплат окремим категоріям громадян, застосовуються у порядку та розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України виходячи з наявного фінансового ресурсу бюджету Пенсійного фонду України на 2011 р.

Рішення набуло широкого суспільного розголосу та стало предметом суспільно-політичних дебатів. Однак поза увагою учасників дискусії залишилися правові аспекти зазначеного рішення КСУ.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 року 20-рп/2011.

² Про Державний бюджет України на 2011 рік : Закон України від 23 грудня 2010 року № 2857-VI з наступними змінами.

Водночас правові позиції, сформульовані КСУ у даній справі, можуть стати ключовими для вирішення давно назрілої проблеми розуміння принципів правової, соціальної держави, а також для вироблення доктрини збалансування (пропорційності) дій держави щодо забезпечення нею добровільно взятих на себе соціальних зобов'язань перед людиною та необхідністю зменшити видатки з Державного бюджету в умовах фінансової кризи. Однак КСУ так і не зняв ключову проблему щодо співвідношення принципу пропорційності та сутності змісту основного права, що власне і стало джерелом критики згаданого рішення.

Соціально-економічні права розглядають у літературі як набуті права, права-привілеї, які є обґрунтуванням позитивної, стверджувальної діяльності (*affirmative action*) держави у соціальній сфері, найбільш значущим проявом принципу соціальної держави. Однак у більшості пострадянських країн соціальні права тлумачаться специфічно як засіб використання державою «перерозподільчих» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам.

На думку І. Михайловської, це має негативні наслідки: 1) збереження, а інколи й посилення патерналістських установок масової свідомості; 2) виникнення серйозних труднощів, що перешкоджають заміні зрівняльного розподілу соціальних благ адресною допомогою малозабезпеченим; 3) зниження значення громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження минулих, радянських стереотипів поведінки, в силу яких положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захистові¹. Тому соціальні права зумовлені соціальною інфраструктурою та економічною спроможністю держави.

Конституційний трибунал Польщі динамічно тлумачить конституційні положення, зокрема принцип рівності, в якості забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно з конституційними принципами, цілями та цінностями². Починаючи з 1990 р.,

¹ Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем / И. Михайловская // Конституционное право: Восточно-европейское обозрение. — 2000. — № 1. — С. 150.

² Гарлицкий Л. Л. Названа праця. — С. 157–161.

ситуація із забезпеченням соціально-економічних прав стала змінюватися, оскільки тривав процес економічної трансформації системи соціального захисту, соціального страхування, що на практиці привело до зменшення соціальних гарантій.

Інфляція зумовила необхідність постійної індексації зарплат і пенсій, що стало причиною затримки їх виплат. Тому Конституційний трибунал був у складному становищі: при винесенні рішення він стояв перед вибором між винесенням економічно невиконаного рішення та відступу від принципів і цінностей, що закріплювалися польською конституцією. Обґрунтовуючи відступ від цих принципів, Конституційний трибунал обґрунтовував свою позицію тим, що принцип соціальної справедливості є підставою для обмеження деяких пенсійних прав, які мають характер необґрунтованих привілеїв.

З цього видно, що необхідно визначити основні параметри, що визначають сутність змісту соціальних прав, до яких, на нашу думку, належать: а) людська гідність і належний рівень життя; б) позитивний характер соціальних прав; в) обґрунтовані очікування і обов'язок захисту; г) економічна зумовленість; д) соціальна структура і інфраструктура та ступінь забезпеченості соціальних прав.

Відповідно до цього структуру соціальних прав становлять: а) розвинуте соціальне законодавство; б) наявність розвинутої мережі установ і закладів, що надають соціальні послуги; в) система соціального страхування; г) система надання соціальних допомог та соціальні виплати; д) високий рівень добробуту та доходів більшої частини населення, основою якої є середній клас; е) наявність справедливої системи перерозподілу валового внутрішнього продукту через виважену фіскальну політику та систему адресної соціальної допомоги.

Суспільна необхідність соціального захисту зумовлена такими основними міркуваннями: економічні ризики та вимоги сталого розвитку; хронічна бідність і вимоги справедливості; рівний масштаб прав за рівних умов; загроза соціальних заворушень і забезпечення прав меншин. Визначення обсягу і змісту соціальних прав визначається балансуванням цих елементів, що залежить від моделі економіки та циклічності економічних процесів. Важливою складовою дієвості і реальності соціального захисту є адекватні, необхідні й достатні форми соціального забезпечення, до яких можна віднести, зокрема, такі: соціальне страхування; діяльність соціальних служб;

соціальні виплати; соціальні трансформації; соціальні мережі з надання послуг.

Таким чином, соціальні права мають відмінну природу, аніж громадянські й політичні права. Природа їх зумовлена певною активністю держави, яка ґрунтується на розвиненій економічній інфраструктурі та сталому розвитку суспільства. Тому є перспективним розглядати соціальні права через призму доктрини соціетального (societal) конституціоналізму. Захист соціальних прав і соціетального конституціоналізму нами вбачається через такі параметри, які складають алгоритм стверджувальних дій держави: а) право на людську гідність; б) правомірність очікувань і обов'язок захисту; в) обов'язок законодавчого регулювання; г) бюджетне забезпечення; ґ) соціальний захист; д) соціальна інфраструктура (допомоги і служби); е) можливість секвестру на засадах пропорційності. Стиль викладу положень у Європейській соціальній хартії (переглянутій) переважно відображає цю структуру, оскільки, спочатку визначаючи обсяг соціального права, дається визначення кола кореспондуючих йому обов'язків держави. При цьому Європейська соціальна хартія (переглянута) зорієнтована не на декларативний характер соціальних прав, а на їх реальність і дієве забезпечення. Саме з цих міркувань не виключається можливість деякого збуження обсягу й змісту соціальних прав, зумовлених об'єктивними економічними обставинами.

Наприклад, у практиці Конституційного суду Литви водночас із визнанням неправомірними прогалин у законодавстві (що є важливим для визначення обсягу і змісту соціальних прав) рішенням від 25 листопада 2002 р. Конституційний суд Литви визначив¹, що відповідно до конституційного принципу правової держави, якщо особі була призначена і виплачується пенсія по старості, то її виплата не може бути припинена або її розмір не може бути зменшено. Однак може виникнути така екстремальна ситуація в державі (економічна криза, стихійне лихо тощо), коли неможливо накопичити достатньо коштів для виплати пенсій. У таких виняткових випадках правове регулювання пенсійних відносин може бути змінено і за рахунок скорочення пенсій по старості, оскільки це необхідно для забезпечення життєво важливих інтересів суспільства та захисту інших кон-

¹ Рішення Конституційного суду Литовської Республіки від 25 листопада 2002 р.

ституційних цінностей. Зменшені пенсії по старості можуть бути виплачені тільки на тимчасовій основі, тобто тільки до подолання надзвичайної ситуації. При цьому даний Суд вказав, що навіть у таких надзвичайних випадках не допускається, щоб пенсії по старості були зменшені з порушенням балансу між інтересами людини і суспільства, який закріплено в Конституції Литви; скорочення пенсій по старості повинно відповідати конституційному принципу пропорційності.

Таким чином, з наведених рішень убачається, що соціальні зобов'язання, взяті на себе державою, повинні пропорційно співвідноситися з її фінансовими можливостями, а також можуть бути тимчасово змінені в умовах нестабільної економічної ситуації, але виключно з урахуванням принципу співмірності.

Звідси ми формулюємо такий алгоритм допустимих меж обмежень соціальних прав на засадах пропорційності: а) крайня необхідність в умовах економічної кризи чи рецесії; б) ініціювання урядом суспільно-політичних дебатів щодо скорочення соціальних виплат і послуг; в) здійснення обмеження соціальних зобов'язань лише на основі закону; г) тимчасовий характер скорочень соціальних зобов'язань; ґ) парламентський контроль за політикою уряду у соціальній сфері; е) додержання засад обґрунтованих очікувань. Виходячи із цих параметрів, бачимо, що позиція КСУ має бути скоригована і він не може визнавати скорочення змісту соціальних прав виключно на рівні закону, не делегуючи функцій урядові щодо можливості визначення їх розміру скорочення, і такі заходи повинні мати виключно тимчасовий характер і здійснюватися під парламентським контролем.

В. Верховенство парламенту та судовий конституційний контроль. Належне законодавче регулювання створює сукупність правил, необхідних для здійснення основних прав. Оскільки конституція доручає законодавцю за підсумками суспільно-політичних дебатів визначати модель правового регулювання процедур реалізації основних прав, то закон має забезпечувати необхідну гнучкість регулювання, яке б дало змогу урядові проводити ефективну соціальну політику.

Наприклад, Федеральний конституційний суд Німеччини у справі Калкар сформулював доктрину щільності (інтенсивності) законо-

давчого регулювання: «Згідно з судовими рішеннями використання невизначених правових понять у принципі не викликає сумніву з погляду конституційного права. При відповіді на запитання, які вимоги повинні висуватися в окремих випадках, необхідно враховувати особливості відповідного предмета регулювання, а також інтенсивність регулювання. Менш жорсткі вимоги слід висувати передусім при різноманітності обставин справи або при можливості швидкої зміни обстановки»¹.

За таких умов важливою видається взаємодія між доктриною² і конституційною юриспруденцією³. Конституційна доктрина є гнучкішою від конституційної юриспруденції, оскільки відображає певні тенденції у конституційній культурі й свідомості, на що має належним чином реагувати конституційний суд⁴, спираючись у своїх актах також і на доктринальні висновки.

У своїй діяльності конституційна юстиція має три основні стратегічні моделі в межах суддівського розсуду: стримування, нейтраль-

¹ BVerfGE 49, 89.

² Йдеться про панівні теорії і концепції у праві, положення яких складають суспільно-політичний дискурс та/або закладаються в основу змісту певних правових актів органів публічної влади. Тому як негативну розглядаємо практику КСУ другої каденції на відміну від першої, коли Суд в описовій частині рішення лише перераховує юридичні вищі або наукові заклади, які надіслали наукові висновки, не надаючи їм своєї правової оцінки, зокрема, аргументи щодо погодження із ними правовими аргументами чи їх неприйнятності у справі. А вже наукові висновки у справах за захитами конституційних суддів виступають своєрідними *amicus curiae*, які нагадують *responsa prudentium* у римському праві. А належна оцінка і врахування досягнень сучасної доктрини конституційного права є критично важливою для обґрунтованості рішень і висновків КСУ. Водночас критично важливими для такої демократичної комунікації є гарантії академічної свободи.

³ Термін «конституційна юриспруденція» у вітчизняний правовий дискурс введено С. Шевчуком (Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції / Шевчук С. — К.: Укр. центр правничих студій, 2001. — 294 с.). На нашу думку, цей термін найбільш адекватно відображає правотворчу природу актів КСУ, які за своєю природою є правозастосовними актами. В одному зі своїх рішень КСУ (ухвала № 15-у/2010) помилково зазначив, що Суд не здійснює правозастосовної діяльності, а здійснює лише офіційне тлумачення. Хоча правозастосування включає в себе інтерпретацію та ухвалення правових актів органами публічної влади, до яких також належать й акти судової влади.

⁴ Французький політолог П. Розанвалон визнає інститут конституційної юстиції як форму рефлексивної демократії (Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / Розанвалон П. [пер. з фр. Е. Марічева]. — К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009. — 286 с.). На його думку, конституційні суди, застосовуючи норми права до конкретних обставин, забезпечують оперативне реагування на обставини, що змінюються в суспільстві.

ності та активізму. Залежно від обраної моделі роль конституційної юриспруденції є різною, але принаймні при судовому активізмі конституційні суди чи аналогічні установи схильні до зміни своєї юриспруденції шляхом динамічного тлумачення конституції чи перегляду своєї юриспруденції.

Проблема суддівського розсуду відома буквально одиницям вітчизняних науковців; у суддівському середовищі про цю проблему знають інтуїтивно чи емпірично радше через максимум про відомі граблі. Ця проблема посилюється просто, не біймося сказати, відчайдушним рівнем юридичного позитивізму серед суддів, що на практиці призводить лише до легітимації рішень влади, якими порушуються права людини. Доволі часто рекомендації суддям застосовувати принципи права та аналізувати законодавство через трискладовий тест з погляду верховенства прав людини викликає фрустрацію. З урахуванням реалій слід змінити підходи щодо розуміння ролі конституційної юстиції.

Згідно з доктриною суддівського розсуду конституційні суди чи аналогічні установи залежно від категорії і/та обставин конкретної справи можуть обрати принаймні три стратегії — суддівського мінімалізму, суддівської стриманості (самообмеження) та суддівського активізму. Цим непростим питанням у західній юридичній літературі присвячено чимало праць на основі ґрунтовного аналізу судової практики. Квінтесенцією цієї проблематики є специфіка демократичної легітимності судів. Згідно із законом великих чисел та теорією ігор конституційні суди чи верховні суди загалом відображають репрезентацію суспільних інтересів і поглядів, що виражається потім у голосуванні при ухваленні рішень та винесення суддями окремих думок. На відміну від парламентської процедури суди суворо зв'язані вимогами належної правової процедури, що зумовлює ухвалення збалансованих рішень згідно з максимом: *non ratiōne auctoritatis, sed auctoritate ratiōnis* (сила аргументу, а не аргумент сили). Однак базовою умовою цього має бути реальна незалежність суддів. Конституційного Суду, серед вимог якої має бути ухвалення рішення про припинення повноважень конституційного судді або самим Судом або незалежним аполітичним органом, який має складатися переважно із конституційних суддів у відставці та авторитетних професорів права.

Юридичний позитивізм відповідно до доктрини ієрархії норм Г. Кельзена¹ чи правила розрізнення Г. Гарта² придатний для аналітичної юриспруденції в умовах стабільних правових систем. Однак ці техніки, як правило, доволі часто мають наслідком порушення прав людини в умовах динамічних правових систем, які супроводжуються прогалинами чи колізіями у законодавстві, про що було зазначено в Генеральній доповіді на XIV конференції Конгресу європейських конституційних судів 2008 р.³ Водночас філософія Конституції України, окрім імперативної норми частини другої ст. 3 («утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»), слабко просякнута духом захисту прав людини, зокрема, їхніми процесуальними гарантіями, а функції Конституційного Суду надмірно заполітизовані у бік вирішення конфліктів у трикутнику: парламент — глава держави — уряд.

Ці інституційні вади Конституційного Суду можуть вирішуватися за допомогою принаймні трьох інструментів. По-перше, механізмом притягнення конституційних суддів до відповідальності за порушення присяги та вимог несумісності незалежною аполітичною інституцією. По-друге, повноваження щодо конституційного контролю мають суворо відповідати доктрині аналітичної юриспруденції, за якою відповідно до частини другої ст. 8 і ст. 9 Конституції України має забезпечуватися ієрархія правових актів: Конституція — міжнародні договори — закони — підзаконні правові акти; це унеможливить ситуації штучного розмежування питань конституційності і законності та необґрунтованого вторгнення адміністративних судів у вирішення конституційних спорів, що буквально стало «структурою повсякденності» (за Ф. Броделем) вітчизняної юриспруденції. По-третє, справжніми барвами конституційна юрисдикція буде наповнена при введенні інституту конституційної скарги. Чи при конституційному контролі за правовими актами, чи при розгляді

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство / Кельзен Г.; [пер. з нім. О. Мокровольського]. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.

² Гарт Х. Л. А. Концепція права / Гарт Х. Л. А.; пер. з англ. — К.: Сфера, 1998. — 236 с.

³ Бирмонтене Т. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов / Т. Бирмонтене, Э. Ярашюнас, Э. Спруогис // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. — Ереван: Центр конституционного права Республики Армения, 2008. — Вып. 2 (40) — 3 (41). — С. 70–245.

конституційних скарг Конституційний Суд володіє прерогативою перевіряти конституційність правового акта, що втратив чинність, або негайно зупиняти дію чинного правового акта, якщо на основі матеріалів справи буде достатньо підстав зробити висновок, що дія таких правових актів посягає на сутність змісту прав людини і основоположних свобод або накладає на їх здійснення такі обмеження, що заперечує сутність їх змісту. Немає якихось складнощів, щоб відповідні конструкції закласти в тексті Конституції України, хоча вони цілком можуть бути сформульовані у юриспруденції самого Конституційного Суду України.

3.2. Основні тенденції розвитку конституціоналізму в Україні на тлі світового досвіду

А. Помаранчева революція та інституційні пастки Закону № 2222-IV.

Після Помаранчевої революції конституційна модернізація владних інститутів згідно із Законом № 2222-IV радше не сприяла оптимізації конституційної системи, а внесла ще більший дисбаланс у конституційну матерію. Цей конституційний закон став предметом обґрунтованої критики з боку Венеціанської комісії¹. Ми змушені повернутися до короткого аналізу цього закону, оскільки його інституційні вади впливають на конституційний порядок та ефективність корінного реформування державності загалом.

Верховною Радою України Закон № 2222-IV поновлений відповідно до положень Закону № 742-18 про відновлення дії окремих положень Конституції України². Вади цієї інституційної моделі влади полягають у тому, що конкретизація конституційного механізму поділу влади має відверто дирижистський характер, що полягає в надмірній деталізації процедури формування уряду, обмеженості впливу уряду на місцеві державні адміністрації, оскільки на них має істотний вплив глава держави. Президент володіє правом внесення на затвердження парламенту кандидатур глави уряду та міністрів внутрішніх справ і оборони, що, у свою чергу, призводить до можли-

¹ 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 р.

² Про відновлення дії окремих положень Конституції України: Закон України № 742-VII від 21 лютого 2014 року // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 11. — Ст. 143.

вості діяльності «розколотого уряду»: у разі опозиційності уряду до глави держави міністри оборони та внутрішніх справ будуть піддані обструкції.

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 консультацій між парламентом та главою держави, тобто він є вторинним органом влади з погляду класичної теорії конституційного права.

Форма правління в Україні має певні риси, в яких спостерігаються елементи V Французької Республіки, що передбачає можливість існування або сильного уряду, або сильного глави держави, що, у свою чергу, залежить від результатів парламентських виборів. У разі 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 уряду¹.

Після Помаранчевої революції в українському суспільстві очікувалися масштабні конституційні та законодавчі реформи. Проблема здійснення фундаментальних реформ ускладнилася істотними вадами нелегітимності прийняття конституційного Закону № 2222-IV², який загалом має несистемний характер. Внесені зміни до Конституції

¹ Про особливості режиму «співіснування» див.: Жакке Ж.-П. Конституційне право і політичні інститути / Жакке Ж.-П.; пер. с франц. — М., 2002; Ардан Ф. Франция. Государственная система / Ардан Ф. — М., 1992.

² 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 № 2222-IV та щодо відповідності його положень загальним засадам Конституції України 1996 року і європейським стандартам.

України стали предметом критики науковців¹, інститутів громадянського суспільства², окремих політичних сил. Цей процес засвідчив про небезпечну тенденцію маніпулювання конституційними положеннями, що загалом вилилося у нинішню ентропію конституційного порядку.

Як свідчать учасники процесу прийняття конституційного Закону № 2222-IV, він став результатом політичного компромісу і підлягав ревізії з метою забезпечення системності конституційних змін³. Однак у стінах парламенту не приводилися до присяги призначені Президентом В. Юшенком та З'їздом суддів України судді Конституційного Суду, а сама Верховна Рада взагалі не розглядала питання про призначення суддів Конституційного Суду за її квотою замість тих, строк повноважень яких закінчувався. Водночас Верховна Рада ухвалила Закон № 73-V від 3 серпня 2005 р., що містив поправки до Закону про Конституційний Суд, якими заборонялося здійснювати перевірки конституційності законів про внесення змін до Конституції України (п. 4 розділу IV «Прикінцеві та перехідні положення Закону»). Щоправда, у 2008 р. Конституційним Судом було визнано у цій частині неконституційними положення Закону

¹ 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 Фланаган (Ірландія), Герді Торгейсдоттір (Ісландія), паном Каарло 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: наук.-практ. посібк. / Євграфов П. Б. — К.: Всеукр. асоціація видавців «Правова свідість», 2007; Рудик П. А. Конституційна реформа в Україні: проблеми та перспективи / Рудик П. А. — К., 2006; Савчин М. В. Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму / М. В. Савчин // Часопис Київського університету права. — 2007. — № 4. — С. 123–129.

² 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; Збірна книга української конституційної реформи: матеріали для громадського обговорення / ШПА при НАУКМА, ЦППР, УНЦПД, КВУ; за заг. ред. І. Коліушка, Ю. Кириченко. — К.: Лікей, 2007; Якою могла бути українська конституція (проекти Основного Закону України): аналітико-прикладне дослідження / ШПА при НАУКМА, УНЦПД, КВУ. — К., 2008.

³ Харченко О. Литвин: Референдум щодо Конституції може обернутися на референдум довіри Президенту / О. Харченко, В. Ільченко [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://unian.net/ukr/news/news-239421.html>

№ 73-V, оскільки вони втручалися у сферу конституційного, а не законодавчого регулювання¹.

Зміни до Конституції України визначили низку тенденцій: посилення ролі фракцій парламенту в формуванні уряду; часткове посилення ефективності парламентського контролю; зроблено черговий, однак невдалий крок до збалансованості повноважень конституційних органів держави. Формування уряду парламентськими фракціями та Президентом в умовах співіснування (коли парламентська коаліція є опозиційною до Президента) містить у собі потенційні конфліктні ситуації з непередбачуваними наслідками².

Таким чином, конституційна система України періоду 2006–2010 рр. не стала оптимальною. На нашу думку, можна виділити три основні причини такого стану речей. По-перше, після прийняття Конституції України 1996 р. до внесення до неї змін 8 грудня 2004 р. не було прийнято більшість законів, чинність яких заснована на бланкетних нормах Основного Закону. Це мало наслідком незавершений характер судово-правової реформи, відсутність або непалежну конкретизацію та деталізацію легітимності обмежень основних прав (гарантії особистої свободи, гарантії недоторканності житла та іншого володіння особи, свобода зібрань, процесуальні гарантії основних прав) і статусу конституційних органів влади тощо.

По-друге, Закон про внесення змін до Конституції України від 8 грудня 2004 р. вніс очевидний дисбаланс у систему стримань і про-

¹ Рішення КСУ № 13-рп/2008 від 26.06.2008 р. Дещо пізніше, 5 жовтня 2005 р., Конституційний Суд прийняв рішення у справі про здійснення влади народом. Рішення отримало неоднозначний резонанс у юридичному співтоваристві, оскільки його сприйняли як дисонанс із Рішенням від 27 березня 2000 р. у справі про всеукраїнський референдум за народною ініціативою. Насправді, Конституційний Суд у своєму Рішенні від 5 жовтня 2005 р. зазначив, що конституційні закони, які стосуються конституційного ладу, повинні обов'язково схвалюватися на всеукраїнському референдумі. Попереднє рішення стосувалося того, що конституційні закони не можуть бути прийняті в обхід процедури, визначеної у розділі XIII Конституції України, яка передбачає обов'язкову участь парламенту. У 2008 р. Конституційним Судом було визначено, що внесення змін до Конституції на референдумі повинні бути належним чином врегульовані як у Конституції, так і в законах. Таким чином, Конституційний Суд лише розвивав свою юриспруденцію з питань установчої влади народу.

² В умовах слабкості демократичних конституційних традицій спроба упередити такі конфлікти за допомогою укладання Універсалу національної єдності 3 серпня 2006 р. не дала змоги забезпечити поступальний розвиток суспільних і владних інститутів в Україні.

тиваг; його навіть не можна було назвати зміною форми правління, оскільки залишив «дуалізм» уряду, притаманний саме напівпрезидентській (змішаній) республіці — відповідальності уряду перед парламентом та главою держави.

У зв'язку із порушенням конституційної процедури прийняття Закону № 2222-IV КСУ ухвалив рішення про його неконституційність. Як справедливо зазначають сучасні конституціоналісти, інституційна (вторинна) установча влада обмежена органічною конституцією; «вона є вищим регулятором стосовно суспільства в цілому»¹. Загалом не заперечуючи ідею наступного конституційного контролю над законами про внесення змін до Конституції України, він не має застосовуватися у даній ситуації, оскільки Основний Закон діяв у новій редакції більше чотирьох років. Наступний конституційний контроль над законами про внесення змін до Конституції України обґрунтований також з погляду захисту основоположних конституційних цінностей (які визнаються у статтях 3, 22, 156 Основного Закону). Однак такий може застосовуватися до набрання чинності закону про внесення змін до Конституції, адже конституційні суди за своєю природою не можуть підмінювати установчу владу шляхом скасування положень, які стали невід'ємною частиною Конституції і діють протягом тривалого часу після набрання ними чинності. З аналізу ст. 152 Конституції видно, що її положення не поширюються на конституційні закони, процедура прийняття яких визначена розділом XIII, оскільки термін «закон», який вживається у ст. 152 Конституції, охоплює ті закони, процедура прийняття яких визначена виключно у статтях 93 і 94 Конституції. Якби це положення Конституції поширювалося на конституційні законопроекти, мало б бути безпосереднє застереження про це саме у ст. 159 Конституції. Лише за таких умов можна було б застосовувати правило *lex specialis* (спеціальний закон має перевагу над загальним законом), оскільки правило ст. 152 Конституції має характер *clausula generali* (генеральне, основне застереження). Таким чином, поняття «закон», що вжи-

¹ Речицький В. Втілюючи принципи верховенства права: політико-правовий коментар положень Рішення Конституційного Суду України у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України / В. Речицький // Вісник Конституційного Суду України. — 2010. — № 6. — С. 147.

вається у п. 1 частини першої ст. 150 Конституції, не поширюється на закони про внесення змін до Конституції.

По-третє, за цієї форми правління зростає частка конституційної ентропії, яка полягає в таких рисах: а) відсутність системності та зростання кількості конституційних законопроектів на тлі відсутності прийняття парламентом законів на основі бланкетних норм Конституції України; б) слабка легітимна основа для впровадження цих конституційних законопроектів, оскільки учасники установчої процедури поки що не використовують засоби консолідованої та/або консолідованої демократії для досягнення покладеної мети; в) доволі частими є прояви неповаги до Конституції України, невиконання її положень; г) невиконання рішень і висновків КСУ як органу влади, який забезпечує конституційність та офіційне тлумачення Конституції і законів України; г) слабкість традицій парламентаризму, зокрема, додержання процедурних і регламентних норм, відсутність дієвих гарантій для діяльності парламентської опозиції; д) низький ступінь гарантій незалежності судової влади та доступу до справедливого і безстороннього суду; е) слабка інституційна і ресурсна забезпеченість місцевого самоврядування; є) слабкість інститутів громадянського суспільства і патрон-клієнтська практика діяльності політичних партій, що знижує легітимність виборів та ефективність громадського контролю над владними інститутами. Ці потенційні виклики конституційному порядку так і не подолано і після поновлення чинності конституційним законом № 2222-IV.

Б. Узурпація влади та загроза конституційного розриву (дисконтинуїтету). Із прийняттям Конституційним Судом України резонансного Рішення від 30 вересня 2010 р. про визнання Закону № 2222-IV, яким було внесено зміни до Конституції 8 грудня 2004 р., нечинним у зв'язку із порушенням конституційної процедури внесення змін до Основного Закону, виникла необхідність оновлення Конституції України в редакції від 28 червня 1996 р. Відповідно до п. 10 Резолюції 1755(2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи таке рішення має супроводжуватися масштабним проведенням конституційної реформи¹ з метою

¹ *Функціонування демократичних інститутів в Україні* : Резолюція 1755(2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1755.htm>

забезпечення демократичної легітимності функціонування конституційних інститутів.

На той час склалася ситуація, подібна до французької системи напівпрезидентства, що заклала у Конституцію України інституціональні пастки, які дали змогу трансформуватися владі у суперпрезидентську республіку, в якій глава держави концентрує всю повноту влади у своїх руках. Здається, що з подібною ситуацією свого часу стикалася Словаччина за часів уряду Прем'єр-міністра В. Мечьяра, який також намагався сконцентрувати у своїх руках владні повноваження, використовуючи ту обставину, що реально контролював кваліфіковану більшість парламенту — Народної ради. На думку словацької конституціоналістки Д. Малової, за таких умов реальний баланс у системі влади можуть забезпечити конституціоналізм, який втілюється у ефективному судовому конституційному контролі, та система стримань і противаг. На відміну від України, в якій в умовах суперпрезидентської республіки центр влади був сконцентрований у зв'язці Президент — Адміністрація Президента — Кабінет Міністрів, у Словаччині з парламентським правлінням такою зв'язкою виступав Прем'єр-міністр — парламент¹. У системі стримань і противаг важливими прерогативами Прем'єр-міністра є конструктивний вотум, вотум довіри і ординарна процедура подолання президентського вето. Хоча Президент може головувати на засіданнях уряду, однак такі прерогативи не збалансовані з повноваженнями кабінету. За такої системи координат важливими є функції й реальна незалежність Конституційного Суду.

Перехід до авторитаризму з подальшою узурпацією влади в Україні можна охарактеризувати такими складовими:

— ухвалення Конституційним Судом Рішення № 4-рп/2010 про те, що уряд може утворюватися коаліцією із числа фракцій і позафракційних депутатів, усупереч раніше сформованій у Рішенні № 18-рп/2008 позиції, що уряд може формувати виключно коаліція, без урахування позафракційних депутатів, що впливало із буквального тлумачення ст. 83 Конституції;

¹ *Малова Д.* Конституционный суд Словакии: политический взгляд / Д. Малова // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 2000. — № 1 (30). — С. 26.

– ухвалення Конституційним Судом Рішення № 20-рп/2010 про визнання прийняття конституційного Закону № 2222-IV неконституційним у зв'язку із порушенням конституційної процедури його ухвалення, унаслідок чого було поновлено дію Конституції у редакції 1996 р.;

– ухвалення адміністративними судами низки рішень про позбавлення депутатських мандатів на парламентських виборах 2012 р. після складання присяги народного депутата і вступу ними на посаду;

– ухвалення всупереч конституційним засадам розподілу повноважень Прем'єр-міністром Азаровим рішення про згортання процесу підготовки до саміту у Вільнюсі й підписання Договору про асоціацію між Україною і ЄС, а також бездіяльність Президента, незважаючи на пряме втручання прем'єра у прерогативи глави держави;

– нерозслідування фактів масових і брутальних порушень прав учасників масових протестів (кіднепінгу, катування і вбивства в окремих випадках) проти політики влади, спрямованої на згортання фундаментальних прав і свобод людини, і розгортання масових переслідувань проти їх учасників з боку органів держави;

– ухвалення 16 січня 2014 р. т. зв. законів про заручників («диктаторських законів») усупереч елементарним вимогам належної законодавчої процедури та фундаментальним засадам правової визначеності;

– відсутність будь-яких позитивних дій влади йти на діалог із представниками Євромайдану, зокрема, грубе ігнорування неформальних правил організації та проведення круглих столів.

Порівняно зі словацькою ситуацією посилення авторитаризму українська політична криза постала більш глибокою, оскільки для неї став притаманним маргіналізм парламентаризму і судового конституційного контролю. По суті, влада заперечувала ідею конституціоналізму як таку (тобто ідею обмеження влади, її підзвітності і підконтрольності народові). По-друге, на основі структур Євромайдану українське суспільство пройшло стан атомізованості до певних структур і процедур, які визначають на сьогодні певний рівень суспільної довіри та солідаризму, що може стати основою майбутнього відкритого і прозорого політичного процесу, заснованого на конституційних цінностях та принципах.

Масові акції протесту, що отримали назву Революції гідності, відображають характерну рису конституційної традиції України, яка ґрунтується на засадах народоправства (насамперед віче) та республіканізму (підзвітності й підконтрольності влади). Право народу на спротив тиранії на відміну від права на постання і революцію доволі докладно проаналізовані С. Погребняком і О. Уваровою¹. Вони виділяють залежно від ситуації й засад пропорційності несилкові та силкові форми спротиву тиранії, які мають на меті поновити конституційний порядок, який згортається внаслідок узурпації влади. Це дослідження цілком підтверджується перебігом подій на Євромайдані, який розпочався як акція мирного протесту проти тиранічних дій влади, перерісши незабаром у силкові акції, чому сприяла ескалація насильства з боку органів захисту правопорядку держави і непропорційне застосування ними сили проти учасників акцій масового протесту проти політичного курсу Януковича. По суті, тиранія є розірванням соціального контракту, який є основою конституційного порядку. Власне, пік непропорційного застосування сили, що переросло у масову бійню протягом подій 18–20 лютого 2014 р., з боку влади як відповіді на вимоги учасників масових протестів до повернення до Конституції України у редакції від 8 грудня 2004 р. Спробою поновлення цього соціального контракту стали переговори між Януковичем, лідерами трьох опозиційних фракцій парламенту, міністрами закордонних справ Польщі, Німеччини, Франції та спеціального представника від Російської Федерації, результатом чого стала Угода про врегулювання політичної кризи від 21 лютого 2014 р.

На цьому етапі важливими є суспільно-політичні дебати щодо напрямів реалізації Конституції на засадах установчої і рефлексивної легітимності, тобто здійснення установчої влади та судового конституційного контролю.

В. Вплив конституційної юстиції на суспільно-політичні дебати і суддівський розсуд. З огляду на принцип верховенства конституції саме конституційні установи є основними захисниками конституційних цінностей і принципів. Для цього критично важливим є забезпечення незалежності суддів КСУ, адже є запереченням прин-

¹ Погребняк С. П. Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека) / С. П. Погребняк, Е. А. Уварова : рукопись. — 58 с.

ципу незалежності ситуація, за якої політична інституція — Верховна Рада України чи інший орган, що призначив суддю, — ухвалює рішення про зміщення конституційного судді з посади¹.

Розглядаючи справу про Римський статут, КСУ² зробив висновок, що Міжнародний кримінальний суд доповнює національну систему кримінальної юстиції, що є ні чим іншим як субсидіарністю у сенсі частини четвертої ст. 55 Конституції України. На підставі таких висновків КСУ визнав, що ратифікація РС можлива лише після внесення відповідних змін до Конституції, оскільки «на відміну від міжнародних судових органів, передбачених частиною четвертою статті 55 Конституції України, які за своєю природою є допоміжними засобами захисту прав і свобод людини і громадянина, Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції». Логіка КСУ є загадковою, адже якщо міжнародна юрисдикційна установа доповнює національну систему судів, то вона має субсидіарний характер.

Сам КСУ може переглянути свої правові положення стосовно необхідності внесення змін до Конституції (як необхідної умови ратифікації парламентом Римського статуту). За такої ситуації КСУ може застосувати такий прийом обходу прецедентного права, як перегляд своїх положень у зв'язку із їх помилковістю, оскільки на момент ухвалення висновку у 2001 р. доктрина міжнародного права визнавала юрисдикцію МКС як субсидіарну, тобто таку, що доповнює національну систему кримінальної юстиції, і аж ніяк не наднаціональну. Також КСУ може застосувати прийом *prospective overruling*, згідно з яким Суд позбавлятиметься з вочевидь невідповідними для правової системи положеннями, які накладають на неї надмірний тягар³. Саме з посиланням на ці підходи можна змінити зміст юриспруденції КСУ стосовно РС і у такий спосіб закон про ратифікацію РС набуває чинності автоматично, про що має вказати Суд у своєму висновку.

¹ Це має робити або спеціальна колегія з-поміж суддів самого КСУ за умови усунення на час розслідування судді, щодо якого проводиться розслідування обставин порушення присяги або правил несумісності, або незалежна від політичних органів влади інституція (наприклад, як Державний трибунал Польщі).

² Висновок КСУ № 3-в/2001 від 11.07.2001 р. (справа про Римський статут).

³ Барак А. Судейское усмотрение / Барак А. ; пер. с англ. — М. : ИОРМА, 1999. — Ч. 1. — С. 339–347.

Прикладами суддівського активізму КСУ можуть слугувати справи про порушення конституційної процедури ухвалення змін до Конституції України 2010 р. та т. зв. кримські справи.

На нашу думку, у справі щодо порушення конституційної процедури ухвалення змін до Конституції України КСУ не володів належною юрисдикцією, що ґрунтується на трьох міркуваннях: 1) закони, передбачені п. 1 частини першої ст. 85 Конституції, ухвалюються відповідно до вимог розділу XIII і аж ніяким чином не статтями 93 і 94 Конституції, які регулюють порядок ухвалення та промульгації звичайних законів; Конституційний Суд імплементований у механізм установчої влади, до якої, окрім нього, входять Український народ, Верховна Рада, Президент, Центральна виборча комісія (оскільки покликана забезпечити національний референдум щодо внесення змін до Конституції) — звідси, Суд не може ставати надустановчою владою; 2) конституція є вираженням консенсусної демократії, що в діяльності КСУ виразилося в застосуванні положень Конституції у редакції від 8 грудня 2004 р. протягом чотирьох років — якби були сумніви у КСУ щодо додержання конституційної процедури ухвалення Закону № 2222, він мав би це питання вирішити невідкладно при розгляді будь-якої справи, керуючись правилом «зв'язаності ініціативи» на підставі частини третьої ст. 61 власного статусного Закону № 422/96-ВР, — тому у такий спосіб КСУ порушив державний і правовий континуїтет, загрозу розриву якого лише зняла Революція гідності; така практика КСУ також не відповідає сталому розумінню у праві поняття строків давності; 3) конституційні суди не пишуть конституцій; вони можуть лише вирішувати конкретні конституційні спори, пов'язані зі змістом окремих конституційних положень, їх застосуванням іншими органами публічної влади чи інтерпретацією, стоячи на сторожі конституційних цінностей і принципів. Насамкінець, КСУ не навів переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки.

Кримські справи КСУ прикметні оцінкою Судом суверенітету і територіальної цілісності, які поряд з фундаментальною конституційною цінністю — поваги до гідності людини (ст. 3), — належать до т. зв. тріади цінностей поряд із непорушністю прав і свобод людини (ст. 157).

КСУ оперативно зреагував на порушення територіальної цілісності України¹, визнавши неконституційною Постанову Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму», тому що питання призначення референдумів вирішує Верховна Рада України, і такий референдум має бути національним, а не регіональним. Тим самим КСУ констатував², що ВР АРК вийшла за межі своїх повноважень, порушивши принцип територіальної цілісності України. Щоправда, КСУ не зазначив у своєму рішенні, що АРК не володіє міжнародною правосуб'єктністю³, лише

¹ Варто зазначити, що КСУ діяв у той час у непростій обстановці, дже з його складу було звільнено з посади низку суддів за порушення присяги і замість них було призначено інших суддів на підставі Постанови Верховної Ради «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги суддів» від 24 лютого 2014 р.

² Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 р. Існує думка, що КСУ не мав юрисдикції розглядати цю справу, тому що конституційне подання було внесено неналежним суб'єктом — в. о. Президента України. Як вважають судді, Голова Верховної Ради О. Турчинов не міг тимчасово виконувати повноваження Президента, адже відсторонення від посади В. Януковича було здійснено у спосіб, не передбачений Конституцією, — самоусунення від виконання своїх конституційних повноважень. Дійсно, парламент ухвалив свою Постанову від 22 лютого 2014 р. про усунення В. Януковича від виконання повноважень глави держави, оскільки у цей день скінчився строк виконання Президентом умов Угоди про подолання політичної кризи, згідно з якими В. Янукович як глава держави мав промудувати закон про відновлення чинності Конституції України у редакції від 8 грудня 2004 р. з урахуванням положень Рішення КСУ № 11-рп/2010 від 6 квітня 2010 р. В умовах гострого протистояння в суспільстві, що супроводжувалося розстрілом протестуючих на вулиці Інститутській у Києві (що отримало назву розстріл «Небесної сотні»), повного колапсу влади, яка взагалі не реагувала на численні випадки кіднепінгу та катувань учасників масових протестів, нотуруючи діяльності парамілітарних структур (які фактично виступали у такій іпостасі як державні агенти), необхідно було виконувати елементарні заходи, спрямовані на поновлення легітимності влади та консенсусу в суспільстві — конституційного порядку. Тому такі міркування мають цілком позитивістський зміст, ігноруючи реальний стан із забезпеченням фундаментальних прав і свобод — свобода зібрань, свободи вираження поглядів як основи сучасного демократичного порядку. Тому КСУ як захисник Конституції мав оперативно реагувати на факти зазіхання територіальної цілісності України.

Інші автори вказують на відсутність юрисдикції КСУ, оскільки Суд мав дослідити фактичні обставини ухвалення зазначеної Постанови ВР АРК, хоча така була офіційно оприлюднена. Слід зазначити, що в даному випадку КСУ здійснив абстрактний конституційний контроль, а не інцидентний чи каузальний контроль норм, тому такі доводи є просто неприйнятними.

³ Про це КСУ вказує у Рішенні № 3-рп/2014 від 20 березня 2014 р., зазначивши відсутність в АРК міжнародної правосуб'єктності та повноважень ухвалення декларацій про сецесію, які можуть належати лише суб'єктам федерації у разі визначення механізму сецесії у федеральній конституції. В унітарних державах адміністративно-територіальні одиниці не володіють правом сецесії. Пізніше КСУ ухвалив рішення про припинення дії Меморандуму про розвиток співпраці з

вказавши, що ВР АРК, ухваливши Постанову, якою передбачено входження до складу Російської Федерації як її суб'єкта, звернення до Президента Російської Федерації та до Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації про початок процедури входження до складу Російської Федерації як суб'єкта РФ, винесення на референдум зазначених питань, порушила конституційний принцип територіальної цілісності України та вийшла за межі своїх повноважень.

Реалізація конституції не може в суто позитивістському стилі зводитися лише до реалізації правових норм. Конституція виконує функцію обмеження влади та гарантування прав людини, а тому тут важлива реальна дія інститутів та процедур, які приводять цей механізм у дію, надаючи йому дієвості та ефективності. Власне, реалізація конституції зводиться до дієвих гарантій прав людини та забезпечення конституційного порядку. Необхідними елементами цього є конституційна свідомість, культура та конституційна відповідальність. Центральним елементом цієї системи відносин є конституційна юрисдикція, яка у механізмі поділу влади здійснює правотворчу функцію, конкретизуючи положення конституції шляхом інтерпретації її положень. Критично важливим для легітимності конституційної юстиції є вільна комунікація із академічним співтовариством, яке в якості *amicus curiae* має залучатися у конституційне судочинство, надаючи наукові висновки у стилі *responso prudentium* з окремих аспектів справи, що мають отримати належну оцінку у рішенні. На прикладі справ про Римський статут та «кримських справ» яскраво проявляються стратегії Конституційного Суду — від стратегії стримування до стратегії судового активізму. Це саме ті випадки, коли політичні засоби, суспільно-політичні дебати, законодавство чи соціальна політика уряду, президентський арбітраж вичерпують свою дію і належне застосування конституції забезпечується за допомогою засобів конституційної юстиції. За таких ситуацій є критично важливими обґрунтованість рішень та адекватна рефлексивність

Конституційним судом Російської Федерації, який на порушення норм міжнародного права визнав таким, що відповідає федеральній конституції, міжнародний договір між Російською Федерацією та «Республікою Крим» та прийняття до Російської Федерації цього утворення і створення у складі Російської Федерації нових суб'єктів (Рішення КСУ 10-р/2014 від 17 квітня 2014 р.).

КСУ оперативно зреагував на порушення територіальної цілісності України¹, визнавши неконституційною Постанову Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму», тому що питання призначення референдумів вирішує Верховна Рада України, і такий референдум має бути національним, а не регіональним. Тим самим КСУ констатував², що ВР АРК вийшла за межі своїх повноважень, порушивши принцип територіальної цілісності України. Щоправда, КСУ не зазначив у своєму рішенні, що АРК не володіє міжнародною правосуб'єктністю³, лише

¹ Варто зазначити, що КСУ діяв у той час у непростій обстановці, вже з його складу було звільнено з посади низку суддів за порушення присяги і замість них було призначено інших суддів на підставі Постанови Верховної Ради «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді» від 24 лютого 2014 р.

² Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 р. Існує думка, що КСУ не мав юрисдикції розглядати цю справу, тому що конституційне подання було внесено неналежним суб'єктом — в. о. Президента України. Як вважають судді, Голова Верховної Ради О. Турчинов не міг тимчасово виконувати повноваження Президента, адже відсторонення від посади В. Януковича було здійснено у спосіб, не передбачений Конституцією, — самоусунення від виконання своїх конституційних повноважень. Дійсно, парламент ухвалив свою Постанову від 22 лютого 2014 р. про усунення В. Януковича від виконання повноважень глави держави, оскільки у цей день сплинув строк виконання Президентом умов Угоди про подолання політичної кризи, згідно з якими В. Янукович як глава держави мав промудувати закон про відновлення чинності Конституції України у редакції від 8 грудня 2004 р. з урахуванням положень Рішення КСУ № 11-рп/2010 від 6 квітня 2010 р. В умовах гострого протистояння в суспільстві, що супроводжувалося розстрілом протестуючих на вулиці Інститутській у Києві (що отримало назву розстріл «Небесної сотні»), повного колапсу влади, яка взагалі не реагувала на численні випадки кіднепінгу та катувань учасників масових протестів, нотуруючи діяльності парамілітарних структур (які фактично виступали у такій іпостасі як державні агенти), необхідно було виконувати елементарні заходи, спрямовані на поновлення легітимності влади та консенсусу в суспільстві — конституційного порядку. Тому такі міркування мають цілком позитивістський зміст, ігноруючи реальний стан із забезпеченням фундаментальних прав і свобод — свобода зібрань, свободи вираження поглядів як основи сучасного демократичного порядку. Тому КСУ як захисник Конституції мав оперативно реагувати на факти зазіхання територіальної цілісності України.

Інші автори вказують на відсутність юрисдикції КСУ, оскільки Суд мав дослідити фактичні обставини ухвалення зазначеної Постанови ВР АРК, хоча така була офіційно оприлюднена. Слід зазначити, що в даному випадку КСУ здійснив абстрактний конституційний контроль, а не інцидентний чи каузальний контроль норм, тому такі доводи є просто неприйнятними.

³ Про це КСУ вказує у Рішенні № 3-рп/2014 від 20 березня 2014 р., зазначивши відсутність в АРК міжнародної правосуб'єктності та повноважень ухвалення декларацій про сецесію, які можуть належати лише суб'єктам федерації у разі визначення механізму сецесії у федеральній конституції. В унітарних державах адміністративно-територіальні одиниці не володіють правом сецесії. Пізніше КСУ ухвалив рішення про припинення дії Меморандуму про розвиток співпраці з

вказавши, що ВР АРК, ухваливши Постанову, якою передбачено входження до складу Російської Федерації як її суб'єкта, звернення до Президента Російської Федерації та до Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації про початок процедури входження до складу Російської Федерації як суб'єкта РФ, винесення на референдум зазначених питань, порушила конституційний принцип територіальної цілісності України та вийшла за межі своїх повноважень.

Реалізація конституції не може в суто позитивістському стилі зводитися лише до реалізації правових норм. Конституція виконує функцію обмеження влади та гарантування прав людини, а тому тут важлива реальна дія інститутів та процедур, які приводять цей механізм у дію, надаючи йому дієвості та ефективності. Власне, реалізація конституції зводиться до дієвих гарантій прав людини та забезпечення конституційного порядку. Необхідними елементами цього є конституційна свідомість, культура та конституційна відповідальність. Центральним елементом цієї системи відносин є конституційна юрисдикція, яка у механізмі поділу влади здійснює правотворчу функцію, конкретизуючи положення конституції шляхом інтерпретації її положень. Критично важливим для легітимності конституційної юстиції є вільна комунікація із академічним співтовариством, яке в якості *amicus curiae* має залучатися у конституційне судочинство, надаючи наукові висновки у стилі *responsa prudentium* з окремих аспектів справи, що мають отримати належну оцінку у рішенні. На прикладі справ про Римський статут та «кримських справ» яскраво проявляються стратегії Конституційного Суду — від стратегії стримування до стратегії судового активізму. Це саме ті випадки, коли політичні засоби, суспільно-політичні дебати, законодавство чи соціальна політика уряду, президентський арбітраж вичерпують свою дію і належне застосування конституції забезпечується за допомогою засобів конституційної юстиції. За таких ситуацій є критично важливими обґрунтованість рішень та адекватна рефлексивність

Конституційним судом Російської Федерації, який на порушення норм міжнародного права визнав таким, що відповідає федеральній конституції, міжнародний договір між Російською Федерацією та «Республікою Крим» та прийняття до Російської Федерації цього утворення і створення у складі Російської Федерації нових суб'єктів (Рішення КСУ 10-р/2014 від 17 квітня 2014 р).

конституційної юстиції на суспільно-політичну обстановку і стан конституційної доктрини в академічному середовищі.

Г. Поновлення і подальше впровадження структурних елементів конституціоналізму в Україні.

Конституційна традиція України як європейська. Європейська традиція права спирається на три фундаментальні цінності — права людини, демократію та верховенство права. Права людини розуміються як певні правомірні вимоги до публічної влади щодо виконання обов'язку захисту, на підставі чого в державі виникає обов'язок втручання у приватну сферу у допустимих і легітимних межах. Демократія означає не лише належність влади народові, а також баланс інтересів більшості і меншості. Верховенство права визначає загалом гуманістичний вимір права, заснований на законності, повазі прав людини, правовій визначеності, забороні свавілля, гарантіях незалежного і безстороннього суду, рівності й недопущення дискримінації.

Зміст конституційної традиції України. Вітчизняній конституційній традиції завжди були притаманними демократичність, децентрація влади і повага до прав людини. Принаймні традиція місцевого самоврядування має тяглість із часів Київської Русі з урахуванням рецепції магдебурзького права. Засади демократизму і республіканізму є елементом практик правління з часів Великого князівства Литовського та Речі Посполитої. Зокрема, це збалансована побудова влади, вирішення питань загального значення, парламентаризм і представництво народу. Тож до конституційної традиції України належать такі елементи: 1) народоправство, яке полягає у дорадчості ухвалення владних рішень і підзвітності й підконтрольності влади народові; 2) повага гідності людини та належна правова процедура; 4) децентрація і децентралізація влади, яка полягає в парламентаризмі та дієвих гарантіях місцевого самоврядування; 5) визнання ролі юридичного співтовариства у виробленні правил і незалежність судів.

Конституційний континуїтет і дисконтинуїтет в Україні. Україна стоїть на порозі власної Четвертої республіки. Адже в нас було три конституційні розриви після першої спроби формування модерної державності у вигляді Гетьманщини після національно-визвольної війни 1648–1667 рр., закінчуючи періодом 1775–1783 рр. Наступний

дисконтинуїтет пов'язаний із невдачею національно-визвольних змагань 1917–1921 рр. Поновлення конституційного порядку після проголошення незалежності України було паліативом, адже така державність базувалася переважно на радянських практиках правління, що проявлялося насамперед у слабкості місцевого самоврядування та судової влади, яка так і не набула справді незалежного статусу. Саме ці фактори ніби свідчать на користь аргументів, що Україна так і не має власної конституційної традиції і така лише формується.

Останній розрив з конституційною традицією пов'язаний із низкою зловживань під час правління Януковича, що розпочалося із ухваленням рішення Конституційним Судом про скасування конституційної реформи 2004 р., закінчуючи подіями, які отримали назву Революції гідності. Поряд із масовими порушеннями прав людини режим Януковича проігнорував існуючий у суспільстві консенсус щодо чинної на початок 2010 р. Конституції, що мало наслідком колапс влади. Лише в результаті переговорів трьох міністрів закордонних справ країн ЄС, спеціального посланника Росії, представників опозиційних фракцій парламенту із Януковичем було укладено 21 лютого Угоду про подолання політичної кризи та відбулося повернення до консенсусних механізмів функціонування влади. Після цього 22 лютого 2014 р. Верховна Рада 386 голосами депутатів ухвалила Закон про повернення до Конституції у редакції Закону № 2222, який на сьогодні виконує функцію перехідного конституційного акта, спрямованого на ухвалення нової Конституції (чи її нової редакції). Легітимацію цього процесу забезпечило призначення дострокових президентських виборів. Однак він є ще несталим, адже залежить від ухвалення змін до Конституції.

Механізми досягнення конституційного консенсусу відповідно до вимог установчої легітимності. Дуже важливим у цьому процесі є налагодження горизонтальної і діагональної структури розробки нового конституційного проекту. Можна побудувати такі платформи для обговорення питань: міжконфесійні, централізм — децентралізація, нейтралісти — глобалісти/інтегратори, соціалісти — ліберали, за експертним підходом (юристи, політологи, соціологи, економісти тощо). Загалом для України оптимальним було б обрати іспанську або південноафриканську модель конституційної реформи, які були

засновані на ідеях консоліативної демократії. У цій ситуації цілком реально можна використати напрацювання Конституційної Асамблеї, в Концепції оновлення Конституції якої є багато конструктивних і сучасних ідей, які заслуговують на увагу. Однак базовою вимогою має стати ухвалення Конституції Установчими Зборами після обговорення на різних суспільно-політичних платформах.

Головні параметри конституційного устрою: парламентаризм і судовий конституційний контроль. Вирішення зазначеної дилеми є ключовим для постсоціалістичних країн. Угорський конституціоналіст А. Шайо свого часу застерігав¹ про потенційні небезпеки доктрини парламентського суверенітету на фоні слабкості конституційної юстиції, що цілком було доведено при ухваленні нової Конституції Угорщини, яка набрала чинності 1 січня 2012 р. Отже, ця система має бути збалансованою.

Інституційні аспекти конституційної реформи. Ключове питання сучасного конституціоналізму — дилема концепції суверенітету парламенту та судового активізму, оскільки залежно від певного типу конституційної системи одна із них стає домінуючою або в силу динаміки конституційних відносин вони періодично змінюють одна одну. Конституцієдавець зв'язаний цими об'єктивними обставинами і відповідно до цих закономірностей має програмувати механізми подолання політичних криз через засоби парламентського контролю або судового конституційного контролю. У цьому відношенні доволі відомою є дискусія між О. Гьоффе² та Р. Циппеліусом³. Зокрема, О. Гьофе, порівнюючи європейську й американську модель конституційної юстиції, вважає, що функціонування конституційних судів виражає дилему сучасного конституціоналізму — «народний суверенітет або демократію та їх залежність від конституційних норм, тобто від прав людини та поділу влади». З іншого боку, науковець доводить, що британська система, яка не має писаної конституції, не передбачає судовий конституційний контроль актів парламенту тому, що «при використанні таких загальних формулювань,

¹ Шайо А. Самозащита конституционного государства / А. Шайо // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 2004. — № 3. — С. 243–251.

² Гьофе О. Разум и право. Складові інтеркультурного правового дискурсу / Оттфрід Гьофе. — К.: Альтерпрес, 2003. — 264 с.

³ Циппеліус Р. Юридична методологія / Райнгольд Циппеліус; пер., адаптація, приклади з права України та список термінів Р. Корбута. — К.: Реферат, 2004. — 176 с.

які потребують тлумачення, виникає небезпека нав'язування судом, замість законодавчих рішень, своїх власних світоглядних та політичних переконань». Про важливість вирішення питання співвідношення доктрин *Sovereignty of Parliament* та *Rule of Law* наголошував свого часу також А. Дайсі¹.

Парламентаризм як елемент конституційної традиції України.

Попри критику парламентської демократії в інтерпретації К. Шмітта² чи провідних вітчизняних конституціоналістів і політологів, потенціал парламентаризму вповні не використовувався в Україні. Адже Президент як глава держави репрезентує більшість громадян України, що і є джерелом його легітимності; натомість джерелом легітимності парламенту є репрезентація спектру всіх політичних сил, які набули статусу парламентських партій, подолавши виборчий бар'єр. Слабкість вітчизняного парламентаризму полягає у неспроможності політичних партій у силу їх патрон-клієнтської практики та закритої недемократичної їх структури. З погляду конституційної інженерії ці проблеми інституційного характеру посилюються нестабільністю та незбалансованістю виборчого законодавства.

Звісно, стоїть питання, щоб за таких умов визначалися конституційні параметри виборчої системи при формуванні парламенту. Також, на нашу думку, раціоналізації парламентаризму сприятиме запровадження його двопалатності (бікамеризм), адже це дасть змогу забезпечити представництво регіонів (земель) та оптимізувати законодавчий процес. Зокрема, бікамеризм значно ускладнив або навіть блокував би появу актів на кшталт «законів про диктатуру» від 16 січня. Бікамеризм також влітається у тло тенденцій трансформації національного суверенітету, про що вже йшлося.

Оскільки парламент забезпечує репрезентацію політичних сил, то уряд має отримувати свою інвеституру саме через парламентські процедури і підлягати парламентському контролю. По-перше, уряд має формуватися так: Президент номінує на посаду кандидатуру Прем'єр-міністра, яку має схвалювати парламент, при цьому інвес-

¹ Дайсі А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции / Альберт В. Дайси [под ред. П. Г. Виноградова. Изд. 2-е]. — М., 1907. — 671 с.

² Шмітт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма / К. Шмітт // Политическая теология: сб. / пер. с нем.; закл. ст. и сост. А. Филиппова. — М.: КАНОН — Пресс — Ц, 2000. — 386 с. — С. 155–258.

титуря уряду має закінчуватися схваленням його Програми діяльності. По-друге, задля визначення дієвих механізмів подолання політичних криз у Конституції мають бути встановлені процедури конструктивного вотуму і вотуму довіри. У першому випадку необхідною умовою оголошення парламентом недовіри урядові є можливість призначення нового складу кабінету, інакше Президент ухвалить рішення про розпуск парламенту і призначення дострокових парламентських виборів. У другому випадку уряд ініціюватиме розгляд парламентом законопроекту, схвалення якого означатиме також підтримку політичного курсу уряду і імунітет уряду від оголошення резолюції недовіри протягом певного розумного періоду часу.

Ефективність запровадження таких засад парламентаризму залежатиме принаймні від двох умов. По-перше, визначення демократичних засад діяльності політичних партій, для чого поточне законодавство про партії має бути приведено у відповідність до статей 36, 37 Конституції і питання розпуску політичних партій належатиме до відання Конституційного Суду, оскільки адміністративна юстиція у цьому плані не володіє належними юрисдикційними засобами. По-друге, представницька природа парламенту аж ніяким чином не означає абсолютності його суверенітету, що є шаблоном мислення як вітчизняних юристів, так і політичних та державних діячів. Це суперечить засадам верховенства права, згідно з якими парламент зв'язаний законами, ухваленими ним, а також субстантивними та процедурними вимогами до законотворення згідно з вимогами верховенства права.

Незалежність судів. Забезпечення доступу до справедливого суду є центральним питанням функціонування правової системи України. Тут основна роль у забезпеченні суддівського самоврядування в особі реально незалежного статусу належить Вишій раді юстиції, яка на сьогодні, на жаль, виконує функції своєрідного «суддівського гестапо» в сенсі розпорошення відповідальності, за Ж. Деларю¹. Тут

¹ Ж. Деларю написав відому книгу «Історія гестапо», в якій описав макабричну систему репресивної машини нацистської Німеччини. Система репресивних органів була побудована таким чином, щоб вони конкурували між собою, основою чого було законодавство, в яке було влучно закладено конфлікт компетенцій Гестапо, СС, Абверу, що, на думку Гітлера, мало знизити ризики виникнення заколоту і зміщення його з посади райхсфюрера. За тим же принципом група юристів, які склали своєрідне «інтелектуальне ядро» в канцелярії Януковича, виписала правила і

багато залежатиме від поточного регулювання статусу суддівського самоврядування, яке має бути максимально спрощене. Вно має бути побудовано виключно через систему колегіальних органів, які періодично збираються для вирішення питань самоорганізації та формулювання етичних правил суддівського співтовариства, до складу яких не можуть входити судді, які обіймають адміністративні посади. І, найголовніше, мають бути поновлені функції Верховного Суду по забезпеченню єдності судової практики як суду касаційної інстанції. Вирішення останнього питання може мати наслідком навіть скасування спеціалізованих судів, практика діяльності яких на сьогодні має скоріше негативний, аніж позитивний вплив на розвиток юриспруденції (судової практики) в Україні, хоча ми поділяємо позиції диференціації розподілу касаційних повноважень між Верховним Судом і вищими спеціалізованими судами за ступенем важливості справи¹.

Децентралізація влади та нові грані національного суверенітету. За роки незалежності держава так і не вжила дієвих заходів щодо становлення місцевого самоврядування в Україні, а після декларування цього принципу в Конституції України — інституційно та ресурсно. Загалом, без передачі земельних і матеріальних ресурсів, реально діючих та ефективних фіскальних, фінансових та інституційних інструментів конституційні положення про місцеве самоврядування стають міфом, під якими криються жорстка централізація і визискування регіонів центральною владою. Натомість інституційну складову місцевого самоврядування становить принцип когерентності — узгодження регіональних політик та вирівнювання розвитку регіонів через субвенції і дотації з Державного бюджету. Оскільки в Україні дієвого самоврядування немає, то побудова федерального державного устрою спричиняє посилення зловживань на місцях, оскільки місцеве самоврядування на практиці так і не існуватиме.

Властивими для України проблемами функціонування публічної влади є істотний дисбаланс у розподілі повноважень між органами

процедури у Законі про судоустрій і статус суддів, щоб знівелювати роль суддівського самоврядування і контролювати суддів.

¹ Шевчук С. Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції / С. Шевчук // Правова доктрина України : в 5 т. — Харків : Право, 2013. — Т. 1 : Загальнотеоретична та історична юриспруденція / [Таций В. Я., Святоцький О. Д., Максимов С. І. та ін.] ; за заг. ред. О. В. Петришина. — 976 с. — С. 585–587.

публічної влади, переважання елементів авторитаризму та ієрархічних зв'язків у публічній владі, непрозорість та проблеми її відкритості, надмірний формалізм процедур на фоні неналежних гарантій належної правової процедури, трактування демократії переважно через принцип мажоритарності, непотизм та корупція.

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

З використанням здобутків доктрини «мереживо-центричної війни» (адмірала А. Себровскі та ст.н.с. Стенфордського університету Дж. Гарстки¹, які вивели його із аналізу функціонування ритейлових мереж через систему гіпермаркетів) можна спостерігати тенденцію до зародження мереживного суверенітету. Така тенденція ґрунтується на доступі до інформації та застосуванні ІТ-управління,

¹ Cebrowski A. Network-Centric Warfare: Its Origin and Future / A. Cebrowski, J. Garstka // Proceedings. — 1998, Jan. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.usni.org/magazines/proceedings/1998-01/network-centric-warfare-its-origin-and-future>

самоорганізації та ініціативності елементів системи. Управлінські технології за таких умов ґрунтуються на трьох основних компонентах: а) доступ до інформаційних ресурсів автономними підсистемами гарантує вибір оптимальних матриць ухвалення управлінських рішень; б) кожен елемент управлінської системи автономний в ухваленні рішень, виходячи із умов наявної обстановки; в) на основі чого виникає самоорганізована й саморегульована система управлінських рішень, які поєднують у собі ієрархічні й горизонтальні зв'язки, а також нелінійні зв'язки (реординацію) між компонентами системи. Це передбачає запровадження електронного урядування на всі поверхні публічної влади та відкритість, як інформації, так і технології управлінських рішень. Тобто мереживна публічна влада організована за різними рівнями, які наділені власною сферою повноважень на засадах установчої легітимності (конституції чи інші установчі акти народу та спільнот) та субсидіарності (розподіл повноважень між цими рівнями влади). У практичній площині перспектива європейської інтеграції дасть змогу Україні отримати інструменти впливу на наднаціональному рівні, оскільки у таких можливостях сьогодні Україна істотно обмежена.

Незалежні органи та установи, конституційні гарантії. Принцип поділу влади сьогодні набуває дифузивного характеру. Тому формулу ст. 6 Конституції України слід тлумачити як розподіл основних функцій у державі по горизонталі — законодавчої, виконавчої і судової. Адже і Центральна виборча комісія, і прокуратура є відносно автономними інститутами влади. Так звана інформаційна влада теж інституційована і поділена своєрідно: своєрідним «законодавчим органом» є Національна рада з питань телебачення і радіомовлення, а «виконавчим органом» — державний комітет з питань телебачення і радіомовлення. Отже, слід більш уважно вивчити угорську конституційну інновацію щодо конституціоналізації незалежних органів та установ.

Вимога політичної нейтральності й незалежні органи та установи. У тенденцію зародження мережі незалежних органів цілком укладається діяльність незалежних органів та установ на кшталт Центральної виборчої комісії, Антимонопольного комітету, Фонду державного майна, низки регуляторних органів тощо. Юридичний режим їх роботи подібний до діяльності органів виконавчої влади, тобто це

адміністративна діяльність. Однак згідно з вимогами верховенства права такі органи мають бути незалежними від уряду, оскільки така їх залежність має наслідком урядові зловживання коштами і матеріальними ресурсами. Інновацією у цьому плані стали зміни в угорській Конституції, в якій приділено окрему главу щодо визначення статусу та організації такого роду інститутів влади¹. Оскільки забезпечити поділ влади на усталену тріаду — законодавчу, виконавчу і судову — у чистому вигляді складно та з метою побудови належної системи стримань і противаг, слід визначити в окремій главі Конституції статус незалежних органів. Ця глава Конституції має визначити статус таких незалежних органів: а) Національного комітету свободи інформації, телебачення і радіомовлення; б) Антимонопольного комітету; в) Антикорупційного комітету; г) Фонду державного майна; д) Національного бюро розслідувань; е) національних комітетів, що здійснюють державне регулювання природних монополій, у сферах зв'язку та інформатизації, ринків цінних паперів і фінансових послуг.

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

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

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

¹ *Jakab A. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz / F. Jakab, P. Sonnevend // Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. — 2012. — № 72. — P. 81 — 85.*

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

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

г) питання оголошення воєнного і надзвичайного стану, особливостей мобілізації ресурсів при настанні відповідних обставин та здійснення парламентського контролю за здійсненням заходів щодо забезпечення національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності республіки.

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

Насамкінець, чинна Конституція є надто консервативною щодо можливості передачі частини суверенних повноважень наднаціональним інститутам, по суті заперечуючи таку можливість. Сучасна доктрина конституціоналізму не вбачає тут небезпеки для національної держави, адже у такий спосіб держава отримує можливість бути у курсі подій на регіональному і глобальному рівні та впливати на процес прийняття владних рішень вище національного, що сприятиме кращому обстоюванню національних інтересів і реалізації національного суверенітету на наднаціональному рівні. У зв'язку з цим потребуватиме зміни конституційна формула суверенітету,

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

Таким чином, на основі аналізу сучасних тенденцій розвитку світового конституціоналізму і практики його реалізації в Україні можна зробити такі висновки.

В основі концепції взаємодії багаторівневого конституціоналізму як на національному, так і на міжнародному й на наднаціональному рівні лежить плюралістичний правовий порядок, спрямований на обмеження влади та забезпечення гарантій прав людини й основоположних свобод.

Основними є такі світові тенденції розвитку конституціоналізму: 1) виникнення явища наднаціональності (*supranationality*) як невід'ємної складової багаторівневого конституціоналізму (*multilevel constitutionalism*); 2) поглиблення ефективності прав людини, зокрема соціальних прав згідно з доктриною стверджувальних дій держави (*affirmative action*) та становлення механізмів захисту прав четвертого покоління (проблеми клонування, трансплантології, організмів з наперед заданими властивостями тощо); 3) питання конституційної ідентичності впираються у систему соціальних цінностей та ефективності інститутів, правил і процедур щодо обмеження влади та гарантування прав людини, що виливається у різноманітності моде-

лей співвідношення верховенства парламенту й судового конституційного контролю.

Сучасне бачення перебігу конституційних явищ і процесів перебуває у річищі своєрідної плюральної картини світу, своєрідної «правової Буковини», що передбачає діалог і взаємодію національних конституційних систем, а також їхню взаємодію на суб-, транс-, інтер- та наднаціональному рівнях. На прикладі Європейського Союзу спостерігається зародження мереживної структури публічної влади, яка не обмежується відносинами вертикалі та горизонталі, а також через узгодження регіональних політик і вирівнювання їх розвитку за допомогою національних та наднаціональних інститутів, правил і процедур.

В організації публічної влади критично важливим є забезпечення конституційної ідентичності, яка має спиратися на ефективну систему забезпечення національних інтересів у світлі ефективного захисту прав людини. За критерієм забезпечення прав людини для України є важливим поглиблення механізмів забезпечення соціальних цінностей, які за своїм змістом цілком укладаються у європейську правову традицію, для чого є необхідним врегулювання порядку передачі частини суверенних повноважень інститутам ЄС із додержанням установчих і парламентських процедур, а також судового конституційного контролю.

Формування збалансованої системи розподілу повноважень по вертикалі і по горизонталі, незалежного і безстороннього правосуддя є критично важливими для забезпечення конституційної ідентичності України та істотного зниження ризику конституційного розриву (дисконтинуїтету). У напрямі соціогуманітарного виміру діяльності публічної влади мають бути сконцентровані зусилля щодо якісного реформування конституційного порядку, який згідно з вітчизняною конституційною традицією полягає в утвердженні реального і дієвого місцевого самоврядування, доступного, незалежного і безстороннього правосуддя, деконцентрації влади.

Тому в наукових дослідженнях потрібно поглибити увагу до нормативних складових конституціоналізму, які насправді є похідними від правових цінностей і принципів. У процесі конституційних правовідносин визнання юридичних правил і вирішення правових спорів зумовлені не стільки певними юридично позитивованими при-

писами, скільки ціннісними установками та змістом основоположних принципів права. У цьому контексті права людини і основоположні свободи, підзвітність і підконтрольність публічної влади народові, відповідність владних рішень формальним і матеріальним вимогам верховенства права є визначальними для становлення реального, а не номінального чи фасадного конституціоналізму.

Зміст

ПЕРЕДМОВА	
РОЗДІЛ 1. КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ	
1.1. Конституційні перетворення в Україні: сприйняття і втілення принципів європейського конституціоналізму	
1.2. Теоретико-методологічні проблеми оновлення Конституції України та національного законодавства в контексті асоціації України з Європейським Союзом	
1.3. Конституційний процес і конституційний лад у країнах пострадянського простору: історія та сучасність	
РОЗДІЛ 2. РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ	
2.1. Генезис Конституції та конституційного законодавства незалежної України	
2.2. Реформування конституційно-правового статусу Президента України в контексті поділу влади та зміни форми республіканського правління	
2.3. Тенденції розвитку законодавства про місцеве самоврядування в Україні у контексті міжнародних стандартів муніципальної демократії: доктринальні та прикладні аспекти	