

# ЕМОЦІЙНІСТЬ І РАЦІОНАЛЬНІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ



**М. САВЧИН**

*доктор юридичних наук, професор,  
директор Науково-дослідного інституту  
порівняльного публічного права  
та міжнародного права  
(Ужгородський національний університет)*

## **Вступ**

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

Навіть за умови демократичного дискурсу складно говорити суто про раціональність юридичних рішень. Наприклад, законодавство відображає правову політику, і вона часто пов'язана із мотивами обрання певної моделі правового регулювання, розпочинаючи від лібертаріальних до крайніх лівацьких моделей втручання у приватну автономію. Законодавець отримує достатній обсяг інформації для забезпечення балансу інтересів та забезпечення прогностичної функції права, однак політичний процес не завжди є лінійним, тобто не завжди має причинно-наслідкові зв'язки, а також не завжди є раціональним за своїм змістом<sup>1</sup>.

Звісно, співвідношення емоційного і раціонального у праві є центральною проблематикою доктрини Л. Петражицького, яку в літературі характеризують як психологічну теорію права. Водночас привертає увагу доволі філігранне розмежування Дж. Ролзом розумного, раціонального та розсудливого у праві, яке визначає нові грані у досліджуваному нами предметі.

Цілком очевидно, що ця проблема стосується здійснення вибору суверенною приватною особою чи вибору владного рішення у рамках певних моделей

<sup>1</sup> Згадаймо хоча б Х. Ортегу-і-Гассета із його владою натовпу чи «залізний закон олігархії» Р. Міхелса, які далеко не зводять політичний процес, власне кажучи законодавство, до якоїсь замкнутої логічно побудованої системи юридичних категорій, понять і конструкцій, як це собі уявляють юридичні позитивісти. Навіть цинічний К. Шмітт, який цілком прозорливо давав влучні діагнози кризи парламентській демократії, будучи у полоні ілюзії раціональності права, цілком наглядно продемонстрував, що правові явища і процеси складно адекватно трактувати через певні юридичні екстремуми.

правового регулювання чи стратегій. Зважаючи на таке, метою цього дослідження є аналіз проблеми впливу раціонального та емоційного на вибір у ході реалізації конституційних цінностей і принципів. Спочатку будуть проаналізовані (1) основні теорії вибору прояву приватної автономії та владних рішень у доктрині конституціоналізму, на основі чого буде розглянуто (2) роль емоційності і раціональності в соціальній взаємодії. На прикладах так званих «складних справ» буде (3) продемонстровано складнощі вибору при здійсненні конституційного контролю, а також (4) розкрито природу установчої влади через аналіз раціональних та емоційних чинників вибору. Насамкінець (5) буде обґрунтовано принцип вірності конституції як наслідок певних процедур реалізації її положень за результатами суспільно-політичних дебатів та додержання вимог легітимності меж втручання у приватну автономію індивіда.

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

Площина вибору юридичних рішень<sup>1</sup> зумовлена певним типом конституціоаналізму або відсутністю такого. У рамках сучасного конституціоналізму існує цілий спектр багатоманітних рішень, які навіть не виключають сповзання у площину етатистських за змістом у силу слабкості інститутів громадянського суспільства та недосконалості існуючих юридичних процедур і правил.

**1.1. Теорія соціальної взаємодії.** Зазначена теорія акцентує увагу на доступі та перерозподілі ресурсів, що є основою трактувань проблем справедливості та належної правової процедури. Теорія соціальної взаємодії Е. Остром, зокрема на прикладі «дилеми ув'язненого», наочно демонструє [3, с. 28], що раціональна з точки зору індивіда поведінка може бути ірраціональною з точки зору колективу, і навпаки. Раціональність при соціальній взаємодії має кумулятивний ефект, оскільки наслідок дій не є сумою дій конкретних індивідів, які становлять певну колективну дію. Наприклад, воля більшості на виборах, яка акумулюється у певні політичні рішення парламенту у вигляді законодавства, а тим більше референдумних рішеннях, не можуть завжди відповідати фундаментальним конституційним цінностям, вони можуть обмежувати права людини, підриваючи підвалини конституційного порядку.

Юридична поведінка є інституціональною за своєю природою, адже вона має сув'язь із соціальними інститутами та процедурами. На думку М. Олсона, саме інституційний характер соціальної взаємодії зумовлює певні життєві стратегії ухвалення рішень на благо самої організації [4, с. 4], оскільки недодержання цих умов, як правило, призводить до загибелі організацій<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ми тут володіємо діапазоном, починаючи від знаменитого розподілу Дж. Сарторі конституцій на фальшиві, номінальні та гарантовані [1, с. 859], закінчуючи ідеями соціетального конституціоналізму, основні постулати якого розкриті у працях Г. Тойбнера, та закінчуючи тронною промовою нідерландського монарха Віллема-Александера [2], в якій він наголосив на взаємній відповідальності держави та індивіда, з якої випливає побудова збалансованої системи соціального страхування та соціальних послуг.

<sup>2</sup> Наводячи приклад надання переваги підкорення китайців мілітарним загонам, які фактично були бандитами, на протигагу кочовим бандитам, М. Олсон говорить, що такі пріоритети в умовах хаосу 1930-х рр. у Китаї були зумовлені постійним контролем військовиків над територією та помірними розмірами данини, яку мало їм сплачувати населення [5]. Також не завадить тут згадати порівняння Аннерса про основні мотивації виникнення права у південних народів, які, маючи доволі відкритий доступ до ресурсів, були заінтересовані у контрактній формі їх розподілу,

Українське суспільство є посттоталітарним, якому притаманний доволі високий ступінь атомізації, що насамперед пов'язано зі згубними наслідками Голодомору 1932/33 років та колоніальними практиками правління у складі Московської держави і різних формах імперії [7]. Це становить значну інституційну проблему для формування належних процедур і правил, а також практик належного урядування в Україні. Щодо цього доволі справедливою є думка М. Олсона про федеративні моделі соціальної взаємодії, зважаючи на стан атомізації українського суспільства, який частково був подоланий під час Революції Гідності, адже соціальна структура Євромайдану була побудована за цією моделлю мережної соціальної взаємодії з її горизонтальними зв'язками<sup>1</sup>.

Організація передбачає певний розподіл ролей, відповідальності та витрат у ході своєї діяльності задля досягнення її цілей. У юриспруденції це виглядає як певна ієрархія цінностей, яка має як формальну, так і матеріальну складову. Для юриспруденції критично важливим є доступ до основного ресурсу — інформації, оскільки достатній, інклюзивний її обсяг є основою компетентного владного рішення.

**1.2. Теорія ігор.** Згідно з теорією ігор як міждисциплінарної (Джон Неш, Джон фон Нойман, Оскар Моргенштерн) існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть давати найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів<sup>2</sup>.

У конституціоналізмі теорія ігор вказує на джерела легітимності конституційних правил і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації, або правового захисту конституції. Також теорія ігор пояснює особливості впливу на перебіг політичного процесу фундаментальних цінностей і принципів права, адже у кінцевому результаті додержання юридичних процедур і взаємний компроміс, як правило, дають гру із плюсовою сумою.

На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Р. Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади<sup>3</sup>. Водночас теорія процедурної справедливості

---

а в північних народів це вилилося в ієрархічні структури, пов'язані із недопущенням взаємного винищення кланів та племінних союзів у жорстокій боротьбі за ресурси [6, с. 5–50].

<sup>1</sup> «...існує ситуація, в якій соціальні мотиви перш за все приведуть до узгодження дій членів латентної групи. Це так званий випадок “федеративної” групи — групи, поділеної на декілька малих груп, кожна з яких має причини об'єднатися з іншими для утворення федерації, яка представляла організацію в цілому. Якщо центральна (чи федеративна) організація надає будь-які послуги малій групі, що входить до федерації, то, швидше за все, малі групи використають соціальну мотивацію, щоб примусити індивідів, що належать до кожної малої групи, робити внесок у досягнення колективних цілей групи в цілому. Таким чином, організації, що використовують вибірково соціальні мотиви для мобілізації латентної групи, мають бути федераціями, які складаються з малих груп» [4, с. 57].

<sup>2</sup> Серед таких обмежувальних чинників можна назвати обмеженість ресурсів, конкуренцію на ринку, динаміку цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо. Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватного до конкретної історичної обстановки і необхідного для досягнення певної легітимно покладеної мети.

<sup>3</sup> Спираючись на багатий емпіричний матеріал, Р. Патнам разом із групою італійських дослідників робить висновок: «Правила та ustalені процедури, що їх утверджують інституції, позначаються на політичних результатах через формування політичної поведінки. <...> Інституції

вості Дж. Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації, тобто в умовах правової невизначеності [9]. Поряд з цим теорія ігор не враховує, на якій основі інституції можуть виробляти правила і процедури, чим вони пов'язані у своїй діяльності. Тобто теорія ігор лише розкриває і зважає ефективність правил і процедур у конкретному суспільстві з його інститутами та відносинами. Дослідження Р. Патнама лише підкреслюють, що в умовах атомізації суспільства існує низький рівень соціальної взаємодії, який на практиці втілюється у вчиненні дій, сумнівних із точки зору раціональності.

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

Згідно з концепцією Ю. Габермаса, легітимність владних інститутів ґрунтується на демократичному дискурсові щодо передбачуваних наслідків владних рішень, який передуює суто нормативному прочитанню процесу влади: норми є лише наслідком такого дискурсу [10, с. 337–354]. Ю. Габермас наголошує на процедурному забезпеченні демократії, якому може сприяти і позитивне право. Подібний висновок робить Р. Даль, проте він наголошує на гарантіях демократичного процесу як процесу ухвалення владних рішень, які забезпечують баланс інтересів у неоднорідному суспільстві [11].

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

Конституцію можна розглядати як інструмент забезпечення соціального порядку. Це передбачає різні підходи в досягненні консенсусу. По-перше, конституція може розглядатися як нейтральний інструмент для соціального контролю, тобто припускається, що право індіферентне до соціальних процесів і воно розглядається як інструмент владної політики.

По-друге, відповідно до моделі унітарного консенсусу через конституцію та акти законодавства встановлюється загальний інтерес, і відповідно правова система функціонує для їх захисту на противагу певним індивідуальним інтересам, які не узгоджуються із загальним інтересом.

---

впливають на результати тому, що вони формують особистості гравців, їхні повноваження та стратегію» [8, с. 20].

По-третє, модель балансування передбачає узгодження інтересів за допомогою права, що тягне за собою вирішення проблеми оціночних понять (громадський порядок, публічний порядок, національна безпека тощо).

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

## 2. Емоційність та раціональність у призмі теорій соціальної взаємодії

**2.1. Психологічна теорія Петражицького.** Л. Петражицький із посиланням на І. Канта підкреслює складність визначення права. Хоча і в сучасному дискурсі теж нелегко скласти цілісне уявлення права. Л. Петражицький розкриває право через психічні переживання на прикладі відносин договору оренди [13, с. 24–25] як «зовнішнє відношення суб'єкта, що переживає правові явища у світі» [13, с. 25]. Далі він наводить приклад юридичних фікцій, які лежать в основі конвенції у праві — звичаєве право як таке, що «колись так вчиняли предки», чи божественне походження права, чи «конструктивістські», за його словами, концепції права, в основі яких лежить ідея загальної волі. Натомість пропонується спостереження як спосіб дослідження правових явищ [13, с. 30]. Таким чином, добудовується ін-суб'єктна модель бачення правових явищ і процесів як їх психологічне переживання, тому пропонується інтроспективний спосіб споглядання права<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> З точки зору теорії ігор за такої моделі правової поведінки ми будемо мати конкуруюче середовище із нульовою сумою, з точки зору соціальної взаємодії — суб'єктивно вмотивована поведінка буде раціональною, що суперечить практиці людських відносин; з точки зору правила визнання чи легітимності — виходить модель співпереживання щодо очікуваних наслідків правил, що впроваджуються у силу традиції чи визнання як взаємно збалансованого правила.



Можна лише здогадуватися, чого Л. Петражицький все ж таки акцентував увагу на детермінізмі людської психології при вчиненні актів поведінки, адже тут не завжди існує лінійний зв'язок.

**2.2. Теорія справедливості Ролза.** Виводячи власну двоступінчасту структуру свободи, Дж. Ролз аналізує проблеми розумності у праві в контексті розмежування розсудливості й раціональності. На відміну від утилітарності Дж. Ролз розглядає справедливість як чесність, на основі чого ним формулюється вимога вирівнювання: «...основна структура мала б допускати ці нерівності так довго, поки вони поліпшуватимуть становище кожного, включно із ситуацією найменш привілейованих, за тієї умови, що вони узгоджуються з однаковою свободою й чесними можливостями» [9, с. 215]. Виходячи із правила розрізнення як основи розуміння засад рівності (з рівними слід поводитися по-рівному, а з нерівними — не рівно), Дж. Ролз підкреслює важливість розсудливого ставлення до конкретного індивіда, з урахуванням його реального становища. Далі робиться висновок, що сторони розглядають самих себе як таких, що мають інтерес вищого порядку навіть у порівнянні із власними інтересами, оскільки такі відносини зачіпають функціонування соціальних інституцій.

Згідно із таким розумінням свободи Дж. Ролз визначає, що застосований до основної структури принцип середньої корисності вимагає такого впорядкування інституцій, щоб максимізувати абсолютно зважену суму сподівань пов'язаних осіб, які когось представляють [9, с. 227]. Такі речі цілковитою мірою визначають вимоги якості установчої влади в дусі конвенціоналізму і її продуктом є конституція, яка навряд чи задовольняє сподівання всіх і є продуктом практичної й середньої корисності<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> «...на конституційних зборах метою сторін є знайдення поміж справедливих конституцій... однієї такої, котра б, найімовірніше, привела до справедливого й дієвого законодавства з огляду на загальні факти суспільства, про яке йдеться. Конституція розглядається як така по собі справедлива, але не довершена процедура, сформована для забезпечення, наскільки це дозволяють обставини, справедливого результату. Недовершена вона тому, що немає такого здійсненого політичного процесу, котрий би гарантував справедливість прийнятих відповідно до неї законів. У політичних справах годі досягти довершеної процедурної справедливості... Наш природний обов'язок підтримувати справедливі інституції змушує нас коритися несправедливим законам і політичним напрямом чи принаймні не чинити їм опору незаконними засобами, поки вони не переступили певних меж несправедливості» [9, с. 486–487].

### **2.3. Погляд на проблему з точки зору структури конституціоналізму.**

Вона ґрунтується на таких концептуальних засадах.

i) *Екстраполяція емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму та динаміку політико-правових інститутів.* Уже згадуваний Р. Патнам підкреслював [8], що інститути громадянського суспільства і політичної системи, побудовані на мережі соціальних зв'язків, свідчать, у свою чергу, про ефективність правових норм і процедур. Така екстраполяція емпіричного досвіду на конституційні явища і процеси досить часто призводить до використання міждисциплінарних підходів.

ii) *Взаємозв'язок соціальних цінностей та конституційних явищ і процесів.* Динаміка конституційних явищ і процесів свідчить, що вони зумовлені певною структурою суспільства, мереживом соціальних зв'язків та усталених стереотипів поведінки. Останні є результатом спонтанних соціальних процесів, відтворюються у поведінці та певним чином еволюціонують, тому існують певні чинники, що обумовлюють природу цих явищ [14]. Лібералізм акцентує увагу на мінімізації втручання публічної влади у приватну автономію, натомість постмодерн — на диференціації, правах і свободах людини, культурний релятивізм. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний процес.

iii) *Ієрархія конституційних цінностей та обґрунтування рішень.* З точки зору юридичного позитивізму писана конституція задовольняє вимогам правової визначеності, оскільки містить у собі каталог прав і свобод людини та межі здійснення публічної влади. Однак структура конституції зумовлена саме ієрархією соціальних цінностей, які забезпечуються конституційним захистом. Адже відбувається процес інституціалізації цінностей, які не можуть бути предметом ревізії конституції за жодних умов. Саме з точки зору фундаментальних цінностей, які мають сталий характер, вирішується власне проблема недостатності інформації та зважування емоційного й раціонального при ухваленні рішень, що на практиці виливається у рівні компетентності.

iv) *Структура конституції та вимоги до рішень.* Конституційні цінності істотно впливають на структуру конституції, що зумовлює логіку втілення її положень у життя. Певною мірою спостерігається взаємозв'язок між структурою конституції та ступенем її реалізації, що зумовлює інституціональну компоненту конституційного порядку [15]. З формально юридичної точки зору також спостерігається внутрішня структуризація конституції за ступенем юридичної сили її положень<sup>1</sup>.

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

Традиційний спір між судовим конституційним контролем та верховенством парламенту вирішується через балансування, що залежить від конституційної традиції. Загалом, конституційна юстиція забезпечує у такий спосіб верховенство конституції стосовно установлених влад. Нижче будуть наведені приклади «складних справ», які стосувалися сфери свободи конституційного

<sup>1</sup> Ця структуризація зумовлена такою схемою: положення конституції, що не підлягають перегляду, — положення, які потребують особливої процедури перегляду і вони виступають критерієм для конкретних приписів конституції — основні вимоги до законодавства, адміністративної та судової практики, які ґрунтуються на положеннях конституції.

розсуду парламенту щодо моделей правового регулювання у світлі конституційних принципів.

**3.1. Справи про утворення коаліції в парламенті.** Розгляд цих справ Конституційним Судом України (далі — КСУ) пов'язаний із двоякою проблемою: а) ригідністю положень частин 6–10 ст. 83 Конституції, яка є своєрідним «правилом довгої руки» і надмірно втручається у свободу політичної діяльності; б) мультіваріативністю перебігу політичного процесу за відсутності стійких політичних партій, що ускладнює або навіть унеможлиблює запуск зазначених механізмів ст. 83 Конституції.

*і) Справа 2008 року.* Рішення КСУ у справі про коаліцію депутатських фракцій [16] викладено суто у нормативістському трактуванні частин 6–10 ст. 83 Конституції. Змістовний аналіз і SWOT-аналіз на стадії розгляду справи вказували, що КСУ при нормативістському підході вирішення цієї справи доведеться знову повернутися до її розгляду, чим себе може загнати у безвихідь і викликати кризу в конституційній системі, що незабаром і сталося.

Насправді, проблема полягає в тому, що ст. 83 слід інтерпретувати у взаємозв'язку з іншими принципами і положеннями Конституції, оскільки така має тлумачитися як цілісний документ у світлі її цілей та фундаментальних принципів<sup>1</sup>. Однак найсуттєвішою вадою аргументації рішення КСУ було те, що Суд не потурбувався про обґрунтування того, чому саме ті чи інші положення Конституції він застосовує та на яких підставах, з урахуванням якого саме фактичного складу.

Натомість правила частин 6–10 ст. 83 Конституції регулюють суто політичну діяльність і такі формули не притаманні конституціям зарубіжних держав, оскільки вони визначають питання розсуду суб'єктів політичного процесу, тобто ці питання виходять за межі вимог мінімальності правового регулювання<sup>2</sup>. Загалом ця юридична конструкція є вкрай невдалою, яка не сприяє вирішенню політичних конфліктів юридичним шляхом, а навпаки — консервує (обструкція парламентом уряду) або каналізує їх (нестійкість коаліції, оскільки неможливо за цих умов створити уряд меншості).

*ii) Справа 2010 р.* Рішення КСУ від 6 квітня 2010 р. [17] набуло резонансного значення, оскільки легітимувало прихід пропрезидентського уряду до влади фактично на порушення конституційної процедури. Це приклад, коли КСУ без якихось хоча би загальних зауважень різко змінив власну юриспруденцію з

<sup>1</sup> Натомість пікантною є методика обґрунтування цього рішення Конституційним Судом, яка спиралася переважно на цитування самих положень Конституції та положень Регламенту Верховної Ради. Оскільки Регламент парламенту не був на той час ухвалений у формі закону, то він був визнаний цілком правомірно неконституційним.

<sup>2</sup> Зокрема, частина шоста ст. 83 Конституції імперативно визначає, що «за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України». Якщо ці правила трактувати з точки зору свободи політичної діяльності (ст. 15) та гарантій вільного волевиявлення депутатів парламенту (ч. 2 ст. 80 Конституції), це може заходити у конфлікт із правами конкретних депутатів. Таке конституційне регулювання взагалі виключає механізми подолання політичного клінчу, коли у парламенті немає достатньо голосів для формування складу уряду меншості, як це було із другим кабінетом М. Тополанека у Чехії протягом 2006–2009 років (уряду М. Тополанека було оголошено вотум довіри, який був заснований на компромісові між лівою і правою коаліціями, які контролювали рівно по 50 депутатських голосів з-поміж 100 депутатів парламенту, тобто фактично це був уряд меншості, технократичний уряд).



одного і того ж питання. Відсутність перспективної візії своїх рішень чітко вплинула на характер схвалюваного рішення. Як справедливо підкреслили експерти з питань правосуддя, згадане рішення могло «конкурувати хіба що із рішенням... у справі щодо перебування на посту Президента (так зване “рішення про третій строк Л. Кучми”)» [18]. Бачення своєї візії, соціальної функції та відповідальності виражає також емоційне та раціональне начала у конституційного судді, яке має базувати на його рівні компетентності з питань конституційного права, життєвому досвіді та гідній поведінки.

У суто радянському дусі, через предикат, на порушення засад конституційного конформного тлумачення законів КСУ надав інтерпретацію Конституції через положення Закону про Регламент Верховної Ради, який вже був ухвалений на той час<sup>1</sup>. Натомість, відповідно до правил *overruling* Суд може переглянути власне *stare decisis* лише у разі виявлення його шкоди для правової системи та *mutatis mutandis* за належного обґрунтування підстав перегляду власної юриспруденції [19, с. 339–347].

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

**3.2. Справа про порушення конституційної процедури ухвалення Закону № 2222.** У цій справі [20] КСУ не володів належною юрисдикцією<sup>2</sup>, не навівши переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки.

i) *Конституційні цінності та захист конституційного порядку.* У цій справі КСУ, як впливає з аналізу рішення, не ставив собі за мету захист конституційних цінностей, така мета припускається імпліцитно — питання процесуальної справедливості є також цінністю у праві. Ухвалення парламентом Закону № 2222 одночасно із ординарними законами та без позитивного висновку КСУ є грубим порушенням конституційної процедури. КСУ може розглядати конституційні законопроекти, які не набрали чинності, оскільки інакше — в режимі *a posteriori* — юдикатура грубо втручається у конституційне регулювання, яке є в полі розсуду носія установчої влади — народу України.

ii) *Конституційна процедура та захист конституційного порядку.* Судовий активізм мислимий за умови «добудови права» [22], яка ґрунтується на конкретних обставинах справи і за жодних умов не повинна мати наслідком масш-

<sup>1</sup> Тобто КСУ тлумачив положення ст. 83 Конституції не у світлі конституційних положень та *stare decisis* рішення від 16 вересня 2008 р., яке певним чином зв'язувало його у силу ст. 152 Конституції, а саме через положення правового акта, який є об'єктом конституційного контролю — Регламенту парламенту.

<sup>2</sup> Насправді не є завданням конституційних судів переписувати конституції з урахуванням природи установчої влади та природи власної діяльності, оскільки: 1) предметом цього контролю є акт установчої влади, а не законодавчий акт; 2) КСУ у своїй практиці протягом чотирьох років застосовував оспорювані положення Конституції, чим він легітимував їх; 3) конституційні суди не пишуть конституцій, вони на засадах верховенства права і справедливості вирішують конституційні спори [21].

табну зміну моделі правового регулювання. Розумний суддя за зазначених обставин повинен урахувати, що скасування конституційного закону у цілому має масштабні юридичні наслідки, *inter alia* щодо:

- обсягу повноважень конституційних органів влади;
- порядку набуття та перебігу строків їх повноважень;
- зміни конституційної системи стримувань і противаг як центрального елементу поділу влади.

За своєю природою жоден Суд, постановляючи власне рішення, не може вирішувати питання, яке лежить в полі розсуду конституційних органів влади. Таким чином, конституційний закон може бути належним чином переглянутий у рамках загальної процедури внесення змін до Конституції після забезпечення демократичних засад його обговорення та ухвалення.

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

**3.3. Конституційна юстиція і проблема вибору.** Справа про розпуск Комуністичної партії [23] є прикметною значущістю дискурсу і ролі особистості судді в процесі конституційного судочинства. Особливістю цієї справи було те, що деякі судді КСУ свого часу були залучені до підготовки Указу Президії Верховної Ради УРСР про розпуск Компартії України і вони заявили самовідвід у цій справі. Слід наголосити, що ці судді були авторитетними конституціоналістами і теоретиками права, що значно вплинуло на дискурс між судьями під час розгляду цієї справи по суті. Склад *amicus curiae* у цій справі, виходячи із складу експертних установ та науковців (які представляли переважно осіб із комуністичною ідеологією), які неповно представляли наукові школи України, також обмежив демократичність дискурсу.

Заданий тон дискурсу призвів до того, що КСУ із незрозумілих і явно надуманих міркувань<sup>1</sup> застосував фактично зворотну силу Конституції 1996 р. до правових актів вже неіснуючого органу Верховної Ради, які були ухвалені у 1991 р. у результаті парламентського розслідування участі КПУ в Державному комітеті з надзвичайного стану, що мав спробу згорнути реформи в тогочасному СРСР, узурпувавши владу.

У руслі постструктуралістської деконструкції майже за Ж. Дерріда [24] КСУ, спираючись навіть на сумнозвісну шосту статтю радянської фейкової конституції (за Дж. Сарторі [1]), наводить думку, що ні КПРС, ні КПУ не були

<sup>1</sup> При цьому КСУ навів певні міркування, що ці правові акти Президії Верховної Ради УРСР мають характер нормативно-правових актів, хоча насправді вони є класичним актом індивідуальної дії, яким була зупинена і розпущена фактично злочинна організація. А заходи, спрямовані на звільнення членів КПУ та вирішення долі партійного майна, можна було розцінювати хіба що як організаційні елементи процедури ліквідації цієї організації як юридичної особи.

організаціями, оскільки КПРС визнавалася як «керівна і спрямовуюча сила радянського суспільства, ядро політичної системи, державних і громадських організацій», і ці функції «фактично нею здійснювалися і після виключення 24 жовтня 1990 року статті 6 з Конституції... УРСР», а тому вони взагалі «не були партіями чи організаціями» у сенсі «статей 15, 36, 37 чинної (?) Конституції України»<sup>1</sup>.

Криза пострадянського праворозуміння, його відверте нехтування правами людини, етатистський стиль правової системи наклали свій відбиток на розгляд цієї справи КСУ. В умовах перехідних суспільств, як правило, емоційне начало бере верх над раціональним, що впливає на зміст юридично значущих актів.

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

Установча влада стосується кардинального, вирішального вибору народом способу конституційного правління та визначення стратегії розвитку суспільства. Водночас слід наголосити, що конституцію складно уявити як якийсь глобальний соціальний проект.

**4.1. Основні моделі установчої влади в контексті вибору.** Проблема вибору в конституціоналізмі стосується реалізації моделей установчої влади.

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

*ii) Конвентистські моделі* є практичним втіленням ідей конституанти. Воно інколи є навіть сумнівним з точки зору легальності — яскравим прикладом є Філадельфійський конвент, який не володів повноваженнями на ухвалення федералістської конституції. Однак Конституція США була ратифікована легіслатурами всіх штатів, сьогодні застосовується належним чином Верховним судом США, що забезпечило загалом легітимність процесу. Так само Національні установчі збори у результаті своєї діяльності схвалили Конституцію Франції,

---

<sup>1</sup> Такий дискурс у рішенні КСУ чітко демонструє залежність змісту правових явищ і процесів в Україні від радянської спадщини. Останній штрих, що характеризував стиль КСУ тодішнього періоду, — це посилання на правову позицію Генеральної прокуратури транзитом через постанову Президії Верховної Ради вже України від 14 травня 1993 р., згідно з якою «не встановлено кримінальних звинувачень керівництва Компартії України у підтримці своїми діями державного перевороту 19–21 серпня 1991 року і сприянні тим самим його здійсненню на території України».

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

яка набула чинності 30 вересня 1791 р. Загалом конвентистські моделі засвідчують фазу переходу країн від колоніальної залежності, диктатур чи тоталітарних практик правління і не завжди одразу засвідчують утвердження конституційного порядку (як то було у Франції).

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

#### **4.2. Проблема легітимності Конституції України в контексті вибору.**

Після колапсу Радянського Союзу так і не відбулося реальної декомунізації та десовєтизації влади, оскільки посткомуністична еліта і далі контролювала процес здійснення влади<sup>1</sup>, що реально перешкодило реалізації конвентистської моделі встановлення конституційного порядку.

Процесу реалізації установчої влади також істотно перешкоджали протистояння Верховної Ради і Президента, слабка політична система, незавершена приватизація та відсутність належних гарантій права власності. Політичним компромісом стало прийняття 8 червня 1995 р. Конституційного Договору між Верховною Радою і Президентом на період до прийняття нової Конституції України. Насправді, легітимним способом мало стати схвалення спеціального закону, який би визначав порядок розробки і ухвалення нової Конституції України, оскільки численні поправки до Конституції УРСР 1978 р. так і не сприяли становленню конституційного порядку, а консервували авторитаризм.

Парламент ухвалив нову Конституцію України під тиском глави держави, який виніс власну редакцію проекту Конституції на затвердження всеукраїнського референдуму, а також на фоні проведення виборів російського президента<sup>2</sup>. Це вплинуло на певні елементи демократичної легітимності Конституції України, яку ухвалили понад дві третини депутатів парламенту, більшість яких були пов'язані комуністичною спадщиною.

#### **4.3. Окремі проблеми установчої легітимності Конституційної комісії.**

Такі обставини ухвалення Конституції України 28 червня 1996 р. завжди давали привід для її критики, на основі чого пропонувалися різного роду проекти її

<sup>1</sup> Після проголошення незалежності України та схвалення відповідного Акта на всеукраїнському референдумі інститути влади потребували своєї легітимності. Однак після набуття Україною своєї незалежності не були проведені вибори до Верховної Ради та місцевих рад. Як свідчить досвід «оксамитових революцій» у постсоціалістичних країнах, проведення нових виборів після падіння комуністичного режиму відкрило соціальні ліфти та ротацію політичних еліт. Натомість в Україні зі старими інститутами влади процес політико-правових реформ набув конфліктного характеру. Україна одна із останніх постсоціалістичних країн лише у 1996 р. ухвалила нову Конституцію, хоча у зазначених країнах були істотно ревізовані конституції соціалістичного взірця протягом 1989–1993 рр.

<sup>2</sup> Також депутати мали на увазі потенційно можливий прихід до влади комуніста Геннадія Зюганова (із його ревізійністською риторикою) за результатами другого туру президентських виборів 3 липня 1996 р. у Російській Федерації зі всіма їх наслідками.

ревізії<sup>1</sup>. Однак найбільшою загрозою легітимності є практика виконавчої влади щодо неповаги до Конституції, оскільки переважно така ініціює її перегляд, навіть не намагаючись використати всі конституційні правила, тобто весь прогностичний і регулятивний потенціал Конституції.

Створення в березні 2015 р. Конституційної комісії має на меті забезпечити децентралізацію влади та забезпечення права на справедливий суд; предметом її роботи також стали проблеми реалізації конституційних прав і свобод. Реально процес децентралізації влади залежить від законодавства та адміністративної практики — фрагментарно вже цей процес розпочався через перерозподіл на користь громад окремих податків та фінансових трансферів. Без якихось змін до Конституції запущено процес добровільного об'єднання громад з метою становлення їх як самодостатніх об'єднань. По суті, самодостатнє самоврядування і справедливий суд є метою конституційної реформи.

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

Головним при реалізації конституції є ступінь втілення її положень у життя, зважаючи на домінування позицій юридичного позитивізму в Україні. Саме тут є важливим принцип вірності конституції, сформульований Федеральним конституційним судом Німеччини<sup>2</sup>.

**5.1. Вірність конституції та логіка вибору.** Принцип вірності конституції поєднує органи влади і втілюється у вигляді такого алгоритму.

*і) Суспільно-політичні дебати і раціональність вибору.* Перебіг політичного процесу залежить від ступеня демократичності дискурсу стосовно передбачуваних наслідків владних рішень та заснованих на них запроваджуваних соціально-економічних заходів у політиці уряду та адміністрації. В умовах зростання ролі кіберправа та мас-медіа в суспільстві обмін політично значущими думками набуває вирішальної ваги у забезпеченні реалізації конституції. З точки зору

<sup>1</sup> Такі спроби були після всеукраїнського референдуму за народною ініціативою 2000 р. шляхом внесення змін до Конституції 4 грудня 2004 р., діяльності Національної конституційної ради (2007–2010 рр.) та Конституційної Асамблеї (2012–2014 рр.). Унаслідок переговорів трьох міністрів закордонних справ країн ЄС, спеціального посланника Росії, представників опозиційних фракцій парламенту із Януковичем 21 лютого 2014 р. було укладено Угоду про подолання політичної кризи та відбулося повернення до консенсусних механізмів функціонування влади. Після цього 22 лютого Верховна Рада 386 голосами депутатів ухвалила Закон про повернення до Конституції у редакції Закону № 2222, який на сьогодні виконує функцію перехідного конституційного акта, спрямованого на ухвалення нової Конституції (чи її нової редакції). Легітимізацію цього процесу забезпечило призначення дострокових президентських виборів, а пізніше, восени 2014 р., — парламентських.

<sup>2</sup> У справі про загороджувальний бар'єр на виборах депутатів Європарламенту ФКС Німеччини наголосив, що у 2011 р. він визнавав вже неконституційним 5-відсотковий бар'єр, оскільки такий істотно викривлює волевиявлення виборців та їх представництво. Натомість 7 жовтня 2013 р. Бундстаг вніс зміни до Закону про вибори депутатів Європейського парламенту, знизивши виборчий бар'єр для партій до трьох відсотків. Рішенням від 26 лютого 2014 р. ФКС визнав такий загороджувальний бар'єр також неконституційним [25, с. 297, 299]: «...запровадження виборчого бар'єра в 3 % після визнання недійсним виборчого бар'єра в 5 % викликає заперечення не тільки в результаті того, що тим самим порушується заборона повторного прийняття скасованої норми або принцип вірності державних органів конституції (пункт 1)...

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



комунікативної демократії ці питання стосуються гарантій вільного доступу до суспільно значущої інформації та гарантій свободи вираження поглядів. Переконаливість аргументів під час дискурсу є вагомим фактором ухвалення рішень, і він не завжди відповідає вимогам раціональності вибору, оскільки передбачає зважування коротко-, середньо- і довгострокових його перспектив з точки зору законних очікувань, що знову ж таки пов'язане з обмеженням доступу до інформації. Тому на перший план виступають гарантії свободи вираження поглядів. Водночас тут виникають і потенційні загрози через ведення різного роду інформаційних воєн [26], які можуть служити елементом проксі-воєн. На це також слід належним чином реагувати у рамках заходів, передбачених доктриною *militant democracy*<sup>1</sup>, покликаною захищати фундаментальні цінності від маргінальних політичних течій і рухів.

ii) *Вільна конкуренція і змагання між політичними ідеями та програмами.* Діяльність у сфері політичного процесу в перехідних демократіях передбачає конкуренцію за доступ до ресурсів, які є завжди обмеженими. У практичній площині це втілюється у конкуренції політичних ідей та доступу до ресурсів між організаціями лобістів. Політичний інфантилізм вітчизняних партій має наслідком злиття функцій лобіювання та народного представництва, що не сприяє раціоналізації політичного процесу. Засобами подолання такого стану може стати легалізація лобіювання шляхом реєстрації лобістських організацій при парламенті, заборона лобіювання у діяльності депутатів парламенту, державне фінансування парламентських партій, встановлення заборон певних видів політичної агітації. Тому лобіювання має відігравати роль суто як функціонал, а не вирішальний фактор політичних рішень, що сприятиме хоча б частковій раціоналізації політичного процесу, зокрема законодавчого. Інакше, ми будемо й надалі рухатися у системі координат, описаної ще у 1920-х рр. доволі точно К. Шміттом [28], який критикував вади ліберального парламентаризму, хоча напевно їх можна віднести до класичного лібералізму, оскільки плутократія, непотизм, політична фрагментація, корупція притаманні перехідним демократіям. Лібералізм натомість тяжіє, швидше, до традицій республіканізму, яким означені вище речі є абсолютно чужими.

iii) *Свобода розсуду законодавця та моделі правового регулювання.* Демократія не є всеосяжною системою необмеженого правління «тиранії більшості». На думку М. Сейварда, демократична система повинна адекватно реагувати на суспільні запити й потреби<sup>2</sup>. Законодавець пов'язаний конституційними принци-

<sup>1</sup> Зокрема, канадський досвід у сфері боротьби проти ворожих висловлювань як невід'ємного елементу інформаційних воєн, передбачає такі заходи:

- у законі про боротьбу з тероризмом 2001 були включені більш жорсткі положення, спрямовані проти пропаганди ненависті і дозволяють за вказівкою суду видаляти з Інтернету висловлювання, які сприяють розпалюванню ворожнечі;
- передбачено склад злочину на ґрунті ненависті, пов'язаний із заподіянням шкоди місцям відправлення релігійних культів і посяганням на власність релігійних організацій;
- Верховний суд вважає кримінальну заборону на «мову ненависті» розумною і пропорційною щодо свободи вираження (R. v. Keegstra (1990) 3 S.C.R. 397 і R.A.V. v. City of St. Paul 112 S.Ct. 2538(1992));
- використання кримінальної санкції може бути обґрунтовано турботою про жертви розпалювання ненависті і забезпечення їх права на рівність [27].

<sup>2</sup> Тому М. Сейвард відстоює концепцію самообмежувальної демократії, яка складається з низки елементів: «якщо а) правління, яке реагує (*responsive rule*), має діяти в політичних спільнотах настільки, наскільки це можливо і б) правління, яке реагує, може перетворитися просто на систе-

пами і цінностями, які й визначають рамки законодавчого регулювання та можливий вибір певної моделі регулювання (від лібертарної до соціетальної).

**5.2. Вірність конституції та втручання у приватне життя.** Основоположна конституційна норма<sup>1</sup> визначає принцип, який є надпозитивним, тобто визначає критерії якості писаного права — встановлює вимоги до форми викладу та змісту закону, який за жодних умов не може посягати на реальну здатність особи забезпечити доступ до матеріальних чи духовних благ або захистити законний її інтерес. У структурі конституційного порядку категорія «гідність людини» є «відкритим положенням», яке у ході конкретизації та інтерпретації законодавства наповнюється змістом і надає обґрунтування стосовно забезпеченню особі рівних можливостей для вільного розвитку своєї індивідуальності. Таким чином, сутність змісту права людини полягає у можливості особи робити суверенний і відповідальний вибір стосовно розвитку своєї індивідуальності у відкритому суспільстві<sup>2</sup>.

У свою чергу, повага до прав людини насамперед означає, що законодавство має належним чином визначати їх обсяг і зміст. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання згідно з конституційними цінностями і принципами, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування, означає відсутність законодавчого регулювання. Звідси випливає вимога до якості публічного управління як процесу вирішення питань суспільного значення.

З точки зору систематики юридичних засобів втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону<sup>3</sup>. Ідея втручання у сферу приватної автономії ґрунтується на тому, що держава є найбільш ефективним гарантом прав людини і одночасно — найбільш потенційним їх порушником.

Конституція закладає стандарти законодавчого регулювання, яке має насамперед відповідати ідеям захисту прав людини та доступності управлінських послуг індивідам. Це вимагає корінної перебудови діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування. Адже як справедливо зазначає Б. Леоні, законодавче регулювання має наслідком обмеження прав людини [33, с. 115 і наст.] — тому мають додержуватися стандарти стосовно збереження сутності змісту основного права<sup>4</sup>. Вибір полягає саме у поліпшенні стандартів захисту прав людини.

---

му правління більшості, тоді в) чинники, логічно потрібні для стійкості правління, яке реагує, мають бути поза процедурами прийняття рішень більшістю» [29, с. 28].

<sup>1</sup> Як така розглядається формула речення третього частини другої ст. 3 Конституції: «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

<sup>2</sup> Так, П. Коллер характеризує три моделі, які визначають обсяг значущості прав людини: а) модель розділених; б) модель всеохоплюючого світового суспільства; в) модель взаємозалежних національних суспільств [30, с. 100–102]. Ця модель є цілком задовільною, оскільки вона враховує диференціацію різних типів правової традиції та їхньої взаємодії стосовно розуміння прав людини.

<sup>3</sup> З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирима ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання» [32, с. 81].

<sup>4</sup> Нещодавно про ці стандарти висловився Конституційний Суд [34] таким чином: «...обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрун-

## Висновки

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

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

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Sartori Giovanni*. Constitutionalism: A Preliminary Discussion / Giovanni Sartori // *The American Political Science Review*. — 1962. — Vol. 56, № 4. — P. 853–864.
2. *Dutch King Willem-Alexander declares the end of the welfare state* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/dutch-king-willemalexander-declares-the-end-of-the-welfare-state-8822421.html>.
3. *Остром Э.* Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности : пер. с англ. / Элино́р Остро́м. — М. : ИРИСЭН, Мысль, 2010. — 447 с. — (Серия «Экономика»).
4. *Олсон Мансур.* Логика коллективных действий. Общественные блага и теория групп / Мансур Олсон ; пер. с англ. Е. Окороченко. — М. : Фонд Экон. Инициативы, 1995. — 174 с.
5. *Olson Mancur*. Dictatorship, Democracy, and Development / Mancur Olson // *American Political Science Review*. — 1993. — № 3. — P. 567–576.
6. *Аннерс Э.* История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. — М. : Наука, 1994. — 397 с.

тованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права».

7. *Томпсон Е.* Трубадури імперії: Російська література і колоніалізм / Ева М. Томпсон. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2006. — 368 с.
8. *Патнам Роберт Д.* Творення демократії: Традиції громадської активності в сучасній Італії : пер. з англ. / Роберт Д. Патнам ; за участю Роберт Леонарді, Рафаелла Й. Нанетті. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. — 302 с.
9. *Ролз Дж.* Теорія справедливості / Джон Ролз [пер. з англ. О. Мокровольський]. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. — 822 с.
10. *Габермас Ю.* Залучення іншого: Студії з політичної теорії / Юрген Габермас ; пер. з нім. А. Дахній ; наук. ред. Б. Поляруш. — Львів : Астролябія, 2006. — 415 с.
11. *Даль Р.* Демократія і її критики : пер. с англ. / Р. Даль ; под ред. М. В. Ильина. — М. : РОССПЭН, 2003. — 576 с.
12. *Бьокенфьорде Е.-В.* Чи є демократія необхідною вимогою прав людини? / Е.-В. Бьокенфьорде // Філософія прав людини [за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна]. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 163–171.
13. *Петражицкий Л. И.* Введение въ изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии / Л. И. Петражицкий. — Изд. 3-е. — СПб. : Тип. Ю.Н. Эрлихъ, 1908. — iv+266 с.
14. *Richers D.* Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? / D. Richers // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht. — 2007. — № 67. — S. 509–540.
15. *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність* / за заг. ред. М. І. Панова, Л. М. Герасіної. — К. : Ін Юре, 2005. — 382 с.
16. *Рішення Конституційного Суду України № 16-рп/2008 від 17.09.2008 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>
17. *Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/2010 від 06.04.2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10>
18. *Щодо рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.khpg.org/en/index.php?id=1271109353>.
19. *Барак А.* Судейское усмотрение : пер. с англ. / Аарон Барак. — М. : НОРМА, 1999. — 376 с.
20. *Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>.
21. *Савчин М.* Конституційний Суд України та реалізація Конституції України / Михайло Савчин // Публічне право. — 2015. — № 1. — С. 9–17.
22. *Циппеліус Р.* Юридична методологія / Р. Циппеліус ; пер., адаптація, приклади з права України та список термінів Р. Корбута. — К. : Реферат, 2004. — 176 с.
23. *Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2001 від 27 грудня 2001 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-01>.
24. *Дерида Ж.* Письмо та відмінність / Ж. Дерида ; [пер з фр. В. Шовкун]. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2004. — 602 с.
25. *Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент* // Дайджест публичного права і міжнародного права Інститута Макса-Планка. — 2014. — № 2. — С. 285–324 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://dpp.mpil.de/03\\_2014/03\\_2014\\_285\\_324.pdf](http://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf).
26. *Почепцов Г. Г.* Информационные войны / Г. Г. Почепцов. — Киев : Ваклер; М. : Рефл-бук, 2000. — 280 с.
27. *Кент Роч.* Антитерроризм и воинственная демократия / Роч Кент // Сравнит. конституц. обозрение. — 2002. — № 2 (47)–3(48).

28. Шмитт Карл. Политическая теология : сборник / Карл Шмитт ; пер. с нем. ; закл. ст. и сост. А. Филиппова. — М. : КАНОН-пресс-Ц, 2000. — С. 15–98.
29. *Визначення і вимірювання демократії* / за ред. Д. Бітема ; пер. з англ. Г. Хомочко. — Львів : Літопис, 2005.
30. *Коллер П. Сфера значущості прав людини* / П. Коллер // *Філософія прав людини* / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна ; пер. з нім О. Юдіна та Л. Доронічевої. — К. : Ніка-Центр, 2008. — 320 с. — (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13).
31. *Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11.07.2013* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13>.
32. *Шмідт-Ассманн Г. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права* / Г. Шмідт-Ассманн ; пер. з нім. Г. Рижков, І. Соїко, А. Баканов ; відп. ред. О. Сироїд. — Вид. 2-ге, переробл. та допов. — К. : К.І.С., 2009. — 552 с.
33. *Леони Бруно. Свобода и закон* / Бруно Леони ; пер. с англ. В. Кошкина ; под ред. А. Куряева. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 308 с.
34. *Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2015 від 8 квітня 2015 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15>.

**Савчин М. В. Емоційність і раціональність у контексті сучасного конституціоналізму**

**Анотація.** У статті розкривається прояв емоційних та раціональних аспектів у конституціоналізмі, виходячи із аналізу теорій соціальної взаємодії, теорій ігор, психологічної та комунікативної теорій права. Динаміка конституціоналізму розкривається як багатоаспектний процес зважування та забезпечення балансу інтересів відповідно до вимог належної правової процедури. Основним критерієм такого рішення виступають гарантії суверенного вибору приватної особи, яка ґрунтується на повазі гідності та прав людини.

**Ключові слова:** балансування, емоційність, конституційна юстиція, конституціоналізм, раціональність, розсудливість, установча влада.

**Савчин М. В. Эмоциональность и рациональность в контексте современного конституционализма**

**Аннотация.** В статье раскрывается проявление эмоциональных и рациональных аспектов в конституционализме, исходя из анализа теорий социального взаимодействия, теории игр, психологической и коммуникативной теорий права. Динамика конституционализма раскрывается как многоаспектный процесс взвешивания и обеспечения баланса интересов в соответствии с требованиями надлежащей правовой процедуры. Основным критерием такого решения выступают гарантии суверенного выбора частного лица, который основан на уважении достоинства и прав человека.

**Ключевые слова:** балансирование, эмоциональность, конституционная юстиция, конституционализм, рациональность, рассудительность, учредительная власть.

**Savchyn M. Emotionality and Rationality in the Context of Modern Constitutionalism**

**Summary.** The expression of emotional and rational aspects of constitutionalism, relying on the analysis of social interaction theories, theories of games, psychological and communicative theories of law, is revealed in the article. The dynamics of constitutionalism is explained as a multidimensional process of weighing and providing balance of interests in accordance with the requirements of due legal process. The main criterion for such decision is the guarantee of individual sovereign choice, based on the respect for the dignity and human rights.

**Key words:** balancing, emotionality, constitutional justice, constitutionalism, rationality, prudence, constituent power.