

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Михайло Савчин

доктор юридичних наук, професор,
директор Науково-дослідного інституту порівняльного
публічного права і міжнародного права
Ужгородського національного університету
(Ужгород, Україна)
професор, доктор Українського вільного університету
(Мюнхен, Німеччина)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>
michaelsavchyn7@gmail.com

УДК 342.4

ЧЕСНОТИ І ЦІННОСТІ У ПРАВІ ТА ЇХ ВПЛИВ
НА КОНСТИТУЦІЮ

АНОТАЦІЯ. Дискусія між прибічниками популярного і політичного конституціоналізму, з одного боку, та юридичного конституціоналізму, з другого, є свідченням дискусії консервативного та ліберального підходів. Така інтерпретація права мислима через цінності у праві, але для належного тлумачення інтерпретатор має бути наділений певними чеснотами, аби зберігати цілісність правової матерії та віру у суспільний прогрес і вільний розвиток людини як самодостатнього індивіда.

Метою статті є визначення ступеня впливу на дієвість конституції чеснот і цінностей. Через розкриття суті основних доктрин конституціоналізму (популярного, політичного та юридичного) проаналізовано дилему свободи і безпеки у праві. Розуміння співвідношення хаосу і порядку розкриває значення інституційно спроможної держави як простору безпеки своїх громадян. Чесноти у праві відіграють критичну роль в організації суспільства, у контексті чого буде акцентовано увагу на ролі чеснот обороздатної демократії, дебатів між прихильниками ориджиналізму і концепту “живої” конституції.

Чесноти у праві визначають модус впровадження певних цінностей, в основі яких лежить суспільний консенсус і вони визначають організацію суспільства та влади. Дискусія між представниками популярного та політичного конституціоналізму та юридичного конституціоналізму засвідчує, що право забезпечує більш справедливі наслідки у результаті суспільно-політичної дискусії. Натомість популярний конституціоналізм апелює до своєрідного мобінгу, який надає перевагу засобам прямої демократії. Політичний конституціоналізм апелює на політичне вираження волі народу і надання пріоритету верховенству парламенту. Юридичний конституціоналізм парює обидва підходи, оскільки перший є небезпечною еманациєю використання процедур прямої демократії для згорання засад конституційного порядку, а ідея верховенства парламенту загрожує ігноруванням більшістю інтересів меншості, а обидва мають потенційним наслідком порушення прав людини. Юридичний конституціоналізм акцентує на захисту прав людини, який визначає стандарти функціонування інститутів влади.

Ключові слова: академічна свобода; безпека; верховенство права; держава; доброчесність; доктрина; конституція; наукова революція; обороздатна демократія; організація суспільства; політичний конституціоналізм; популярний конституціоналізм; порядок; принципи права; свобода; справедливість; суспільний прогрес; хаос; цінності; чесноти; юридичний конституціоналізм; юриспруденція.

Вимірювання справедливості у праві завжди було ключовою проблемою доктрини та юриспруденції. Оскільки право опікується свободою і воно, власне, базується на свободі думки й академічній свободі, то за своєю природою інтерпретація права має консенсусну основу. Існують дискусії щодо співвідношення між свободою та порядком, що часто виражається в асоціаціях між хаосом і визначеністю, хоча остання потребує консенсусних механізмів і належної юридичної аргументації. Продовженням цього процесу є тренд до упорядкування суспільних відносин, що часто пов'язано з інфляцією законодавства, що лише посилює юридичну невизначеність чи то хаос у праві, і таку приходиться долати через інтерпретацію у конституційній юриспруденції, оскільки політичні засоби, зокрема суспільно-політичні дебати вичерпують себе на певному етапі. Дискусія між прибічниками популярного і політичного конституціоналізму, з одного боку, та юридичного конституціоналізму, з другого, є свідченням дискусії консервативного та ліберального підходів. Така інтерпретація права мислима через цінності у праві, але для належного тлумачення інтерпретатор має бути наділений певними чеснотами, аби зберігати цілісність правової матерії та віру у суспільний прогрес і вільний розвиток людини як самодостатнього індивіда.

Метою дослідження є визначення ступеня впливу на дієвість конституції чеснот і цінностей. Через розкриття суті основних доктрин конституціоналізму (популярного, політичного та юридичного) буде проаналізовано дилему свободи і безпеки у праві. Розуміння співвідношення хаосу і порядку розкриває значення інституційно спроможної держави як простору безпеки своїх громадян. Чесноти у праві відіграють критичну роль в організації суспільства, у контексті чого буде акцентовано увагу на ролі чеснот обороноздатної демократії, дебатів між прихильниками ориджиналізму і концепту “живої” конституції.

Між хаосом і порядком: дилема свободи і безпеки у праві

Не буду тут формулювати якусь універсальну концепцію дії законів розвитку природи та людства, оскільки конституційна юриспруденція і доктрина засвідчують багатофакторність і переплетіння дії певних законмірностей. Як правило, вирішення проблемного питання має багатовимірний і багатоаспектний характер. Це також пов'язано з необхідністю обробки великого масиву інформації, що потребує значних інтелектуальних зусиль щодо абстрагування та узагальнення, яке лежить в основі ухвалюваних рішень. Оскільки юридичні рішення переважно спрямовані на майбутнє і мають нормативний ефект, тобто накладають обов'язок захисту на органи влади, то вони мають бути відкритими для їх подальшої кореляції у світлі суспільних змін і поваги до людської гідності. На думку групи науковців, незалежно, чи то закони фізичного світу, чи то живої природи еволюційні системи видаються концептуально еквівалентними, оскільки мають три помітні ознаки: 1) вони формуються з численних компонентів, які потенційно можуть комбінаторно набувати величезної кількості різних

конфігурацій; 2) існують процеси, які генерують численні різні конфігурації; 3) конфігурації переважно селекціонуються на основі функції¹.

Якщо екстраполювати все це на право, яке регулює суспільні відносини й охороняє основоположні цінності, які базуються на суспільному консенсусі, то тут слід говорити про динамічну складову права. У конституційному праві це уповноваження органів влади, яке базується на кардинальному конституційному рішенні – обов'язку держави поважати, охороняти і забезпечувати основоположні права – та здійснення судового контролю над обґрунтованістю актів органів влади.

У методології науки ці ситуації визначаються крізь парадигму, яка лежить в основі нормальної науки, виникнення критичної маси нових знань чи знань про певні факти, які стають основою наукової революції². Квінтесенцію методів права становить інтерпретація права, яка має декілька тисячолітню історію. В основі інтерпретації лежать з'ясування змісту принципів і цінностей у праві. Остання наукова революція у праві була пов'язана з еволюцією тлумачення свободи протягом XVI–XVII ст., в основі якого почало формуватися модерне розуміння прав людини як певних меж діяльності держави, яка мала отримати на таку діяльність легітимацію як формальну через конституцію як юридичний акт, так і матеріальну через вибори парламенту й отримання вотуму довіри урядом. Однак наскрізною ниткою, провідним елементом правової системи є діяльність судів і цей елемент є найбільш консервативним у праві, хоча на практиці, на відміну від політичного процесу легітимації владних інститутів і набуття ними повноважень, суди дають змогу більш оперативно адаптуватися правилам до нових реалій суспільного життя через тлумачення права.

У контексті цілей цього дослідження питання стоїть елементарно: чи є гнучкою конституція щодо суспільних змін і як основні конституційні органи влади можуть адекватно на них реагувати з точки зору конституційного телосу – раціональної організації влади та захисту прав людини. Оскільки реалізація цих цілей впирається у суспільно-політичні дебати та конституційний перегляд рішень політичних інституцій на предмет конституційних цінностей, стоїть питання, наскільки адекватно приймають рішення політичні інституції й органи конституційної юстиції.

У конституціоналізмі виділяють три його напрями, які по-різному інтерпретують питання обробки інформації та вироблення рішень (*decision-making*): правовий, політичний і популярний. Якщо правовий конституціоналізм становлять система основоположних цінностей і принципів права, які закладають раціональні засади обмеженої влади, насамперед через інструменти судового конституційного перегляду, зв'язаної правами людини, то інші його іпостасі мають відмінну природу. Політичний конституціоналізм акцентує увагу на політичних інститутах влади – парламенті й уряді,

¹ Wong M L, Cleland C E, Arend D Jr, Bartlett S, Cleaves H J 2nd, Demarest H, Prabhu A, Lunine J I, Hazen R M, 'On the roles of function and selection in evolving systems' [2023] 120 (43) PNAS <<https://doi.org/10.1073/pnas.2310223120>>

² Кун Томас, *Структура наукових революцій* (пер з англ, Port-Royal 2001).

який є підзвітний і підконтрольний парламентові. Так само конституційна юстиція розглядається через політичний інструментарій як репрезентацію певних політичних сил, однак суд критикується, що він забезпечує занадто вузький спектр рішень і ніби прийняття цих рішень є дорожчим за здійснення демократичних процедур, унаслідок яких здійснюється зміна політичних інституцій та відповідна циркуляція політичних еліт. Таким чином, політичний конституціоналізм спирається на традицію республіканізму, в основі якого лежить підзвітність і підконтрольність влади. У такий спосіб засоби демократії вважаються кращими й оптимальнішими для захисту конституції, аніж засоби судового конституційного перегляду, яка може здаватися більшості занадто консервативною і неприйнятною³.

Зважаючи на доктрину політичного питання, і самі суди підкидають хмизу у багаття політичного конституціоналізму. Тому акцентується увага на довірі між політиками та народом у рамках республіканізму. Критики правового конституціоналізму стверджували, що він був запроваджений гегемоністськими групами, які бояться політичних викликів своїй позиції. Вони стверджують, що в той час як політичний конституціоналізм відповідає поглядам більшості щодо розширених і більш рівних суспільних благ, юридичний конституціоналізм перешкоджає таким реформам на підставі їх втручання в особисту власність та інші права. Загалом джерелом політичного конституціоналізму є республіканська традиція з ідеєю підзвітності та підконтрольності влади, заснованій на демократичних виборах і рішеннях більшості. Ця традиція відображає схильність до змішаних форм урядування, що має витоки ще в часи Античності, і зводить конституціоналізм до поділу влади.

Прибічники популярного (народного) конституціоналізму відстоюють ідею ‘активного і постійного контролю за тлумаченням і виконанням конституційного права’⁴. Як відзначають дослідники, згідно з таким підходом, суди не повинні мати “нормативний пріоритет у визначенні” щодо значення конституції. Виклики верховенства судової інтерпретації існували завжди, але вони тривалий час не були впливовими до появи праць Л. Крамера про “популярний конституціоналізм”. Відповідно до постулатів популярного конституціоналізму суди не мають пріоритету по тлумаченню конституції⁵. Про конституцію має судити народ, який володіє установчою владою. Зокрема, за твердженням того ж Л. Крамера, народна мобілізація, яка є виконанням конституційного права, не обов’язково відбувається без посередництва стандартних політичних організацій⁶. У деякі епохи люди організуються “за дверима”, на вуличних демонстраціях тощо, хоча навіть ці

³ Griffith JAG, ‘The Political Constitution’ (1979) 42 MLR 1–21; Bellamy R, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge University Press 2007); Gee G, ‘The Political Constitution and the Political Right’ (2019) 30 (1) *King’s Law Journal* 148–72; Tomkins A, ‘The Republican Monarchy Revisited’ (2002) 19 *Constitutional Commentary* 737–60.

⁴ Kramer L D, ‘Popular Constitutionalism, circa 2004’ (2004) 92 (4) *California Law Review* 959–1011.

⁵ Tushnet M, ‘Popular Constitutionalism as Political Law’ (2006) 81 *Chicago-Kent Law Review* 999.

⁶ Kramer L D, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* (Oxford University Press 2004).

мобілізації завжди мають певну організаційну основу. Цілком можливо, що такий дискурс потім і ліг в основу безпрецедентних масових заворушень 6 січня 2000 р. біля будівлі Капітолія, звинувачення у підбурюванні до яких також пред'являли колишньому Президенту США Д. Трампу.

Наскільки такі механізми можуть замінити суспільно-політичні дискусії, за результатами яких народжується загальне бачення вироблення рішень на засадах розумності й обґрунтованості, доволі скептично можна оцінити. Однак такі твердження заперечуються ідеєю здійснення влади народом, яка має перевагу над владою суддів, яким народ таку владу ніби безпосередньо не делегував⁷. У цьому контексті цілком слушно стверджується, що 'концепція верховенства судової влади не означає, що суди мають повноваження визначати переконання громадян щодо Конституції'⁸. Адже судові рішення теж можуть бути об'єктом критики.

Насправді тут має місце криза політичної системи багатьох конституційних демократій, які перестали генерувати нове покоління яскравих політиків, натомість на політичну арену входять популісти як правого, так і лівого спектру, про що свідчать вибори у США, Україні, Польщі, Словаччині. М. Ташнет цілком справедливо підкреслює про поступове забуття про те, що конституційне право одночасно є правом політичним⁹, про що колись говорив і Ж.-Ж. Руссо, а пізніше К. Гессе. Відкриті текстові вимоги щодо свободи слова, належної правової процедури та рівного захисту в поєднанні з імпліцитними принципами федералізму та поділу влади вимагають не лише тлумачення на основі текстових інструментів, історії законодавства та минулого суспільного розуміння значення, а й юридичних конструкцій відповідно до еволюції цінностей суспільства¹⁰.

Зазначена проблематика у рамках політичного та популярного конституціоналізму пов'язана з проблемою довіри до суддів, які інтерпретують конституцію. Я нагадаю, що судді є представниками юридичної спільноти, яка діє у відповідному суспільному середовищі і згідно із максимізіючим ефектом, вони репрезентують сталу юридичну думку через її відображення у судових рішеннях. З цього приводу британський науковець Г. Конвей зазначає:

Телеологічне тлумачення, яке практикує Суд ЄС, призводить до дивної епістемологічної асиметрії щодо тлумачення права, відкриваючи різку прірву між тлумаченням учасників правової системи та судової влади <...> Пересічні громадяни не вдаються до мета-телеологічного тлумачення при дотриманні закону на повсякденній основі; вони звертаються до найбільш конкретних, релевантних правових позицій, тобто дотримуються *lex specialis*. Це неминуче, оскільки за відсутності *lex specialis* як кон-

⁷ Post R, Siegel R, 'Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on section five power' (2003) 78 Indiana Law Journal 33.

⁸ Post R, Siegel R, 'Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy' (2004) 92 California Law Review 1030.

⁹ Tushnet (n 5) 1006.

¹⁰ Bertrall L, Ross II, 'Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism' (2019) 167 University of Pennsylvania Law Review 1792.

тролюючого фактору, щоразу, коли громадянин стоїть перед вибором: підкорятися закону чи ні, він мав би вдаватися до загальної оцінки правової системи¹¹.

Щоб суддів не звинувачували в надмірному активізмі та підриві суспільної довіри до суду, пошук такого балансу має базуватися на дієвості й ефективності захисту людських прав. Як зазначив Верховний Суд Канади:

Хоча характер тесту на пропорційність буде відрізнятися залежно від обставин, у кожному випадку суди повинні будуть збалансувати інтереси суспільства з інтересами окремих осіб та груп. Існує <...> три важливі компоненти тесту на пропорційність. По-перше, вжиті заходи повинні бути ретельно розроблені для досягнення поставленої мети. Вони не повинні бути довільними, несправедливими або заснованими на ірраціональних міркуваннях<...> По-друге, засоби, навіть якщо вони раціонально пов'язані з метою в цьому першому значенні, повинні завдавати “якомога меншого збитку” праву або свободі. По-третє, має існувати пропорційність між наслідками заходів, відповідальних за обмеження права або свободи, передбачених Хартією, і метою, яка була визнана “достатньо важливою”¹².

Принцип пропорційності як базовий інструмент подолання колізій і стану юридичної невизначеності є належним інструментарієм, оскільки він цілком укладається у природу конституційного телосу – обмеження влади та забезпечення людських прав.

Це не дивно, адже звичайна людина буде орієнтуватися на ціннісні установки, себто цінності і принципи, які часто є некодифіковані і вони не є формально визначені у тексті, а тому, коли виникає спір, вони потребують своєї інтерпретації. З огляду на природу цінностей, які мають максимізуєчий ефект як соціальний регулятор, наявність правового спору щодо змісту є пошуком нових граней розуміння такої цінності і суспільна дискусія переміщається у стіни судової установи. Таким чином, певна цінність чи принцип права набуває нового звучання, оскільки сторони очікують від суду саме збалансованого рішення за допомогою приступних і зрозумілих юридичних аргументів.

Таким чином, конкуренція результатів суспільно-політичних дебатів, які фіналізуються у вигляді певної моделі правового регулювання, та судового конституційного перегляду нормативних актів визначаються через розумність і достатність правового регулювання з огляду на гарантії прав людини. Доволі часто такий інструмент у праві визначає принцип пропорційності, який верифікує засади здійснення владних заходів на основі закону, відповідно до легітимної мети і такі заходи мають бути домірними, забезпечуючи баланс приватних і публічних інтересів.

У цьому контексті заслуговує на увагу вічна проблема інтерпретації конституційних цінностей, серед яких важливу роль посідають людська

¹¹ Conway G, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge University Press 2012) 275.

¹² R v Oakes (1986) 1 S.C.R. 103.

гідність, рівність, свобода та верховенство права¹³. Дискусія про цінності у праві є трендом сучасної конституційної доктрини і все більш інтенсивно проявляється у конституційній юриспруденції. Згідно з позицією деяких авторів такий аспект верховенства права як принцип пропорційності є чи не методологічною засадою у праві, який включає у себе розумність і добросовісність¹⁴. Оскільки принцип пропорційності критикують за його доволі релятивний характер вирішення дилеми зважування та співвідношення приватних і публічних інтересів, також звертається увага на питання “*Quis custodiet ipsos custodiet?*”. Таке питання розглядається у площині *moral integrity* (добросовісності) посадовця або судді, який покликаний здійснювати контроль над діями посадовців на предмет додержання основоположних принципів права.

У такій системі координат правова система, без сумніву, є динамічною і на неї впливають низка позаправових чинників, які зумовлюють обробку значного масиву інформації. Однак знання переважно лише обтяжують, а тому тут важливо виділяти критично значущу інформацію, яка має значення для правильного вирішення справи.

У праві це намагаються вирішити через визначення питання про існування чи відсутності ієрархії серед правових цінностей. Згідно з прибічниками першого підходу на вершині правових цінностей лежить людська цінність, при цьому часто посилаючись на рішення Федерального конституційного суду Німеччини (далі – ФКС Німеччини) у справі про мікроцензи, в якій було вказано буквально таке:

Відповідно до системи цінностей Основного Закону, людська гідність має першорядне значення (Рішення Федерального конституційного суду. Як і у випадку з усіма положеннями Основного закону, це ствердження людської гідності також регулює стаття 21(1) Основного Закону. Держава не може жодним чином, навіть законом, принижувати людську гідність або іншим чином втручатися у свободу людини в її сутності, поза межами, визначеними в статті 2(1) Основного Закону. Таким чином, Основний Закон закріплює за кожним окремим громадянином недоторкану сферу приватного життя вибору, яка знаходиться поза межами впливу публічної влади¹⁵.

Чеський науковець Ф. Горак відзначає значний вплив ідей марксизму та континентального республіканізму на інтерпретацію природи людської гідності як об'єктивної цінності, яка має змішаний характер у системі конституційної аргументації¹⁶. Питання ієрархії цінностей вирішується у рамках поліваріантності юридичної аргументації і, залежно від ситуації, суд застосовує або ієрархію цінностей, або балансування, або певним чином поєднує ці підходи.

Дослідження прав соціально-економічного характеру та їх ствердження (*justification*) конституційною юстицією пов'язано з дилемою економічного

¹³ Horak F, *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlivosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci* (Leges 2022).

¹⁴ Meron T, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press 1989) 79.

¹⁵ Microcensus Case, BVerfGE 27, 1.

¹⁶ Horak (n 13) 27, 32.

аналізу права та зважуванням/балансуванням цінностями у праві. Яскравим прикладом цього є доволі контраверсійне рішення ФКС Німеччини від 5 травня 2020 р., який, спираючись на доктрину *ultra vires*, визнав порушення засад пропорційності з боку Європейського центрального банку при запровадженні програми *the Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, призначеної для боротьби з коронавірусом і попередження негативних економічних наслідків.

Методологічною основою для вирішення цієї дилеми є висвітлення проблематики через фундаментальні принципи права, які становлять надпозитивну основу конституційного порядку і зв'язують установчу владу. Оскільки вони розглядаються як універсальні принципи права, то відповідно при їх транспозиції чи перенесенні на національний конституційний порядок має місце інституціоналізований процес соціального впорядкування згідно з вимогами права та пристосування до писаних текстів, процесів і методів у рамках засоби юридичного захисту й ухвалення судових рішень¹⁷. У таких рамках колізія між економічним аналізом права та пропорційність є ієрархічною – економічний аналіз затрат і благ вирішується через засади пропорційності, оскільки певні затрати зусиль та ресурсів мають переслідувати певну легітимну мету. Такою метою у суспільстві, організованого у конституційну державу, яка базується на соціальній інтеграції та спільних зусиллях щодо досягнення суспільно значущих цілей, – є людське щастя та людська гідність.

Зокрема, у цьому контексті М. Гьопнер пише про можливість зародження поліполярного правопорядку в Європейському Союзі (далі – ЄС), зважаючи на правовий плюралізм¹⁸. Цілком слушно М. Гьопнер зауважує, що 'ФКС не може нав'язувати власні стандарти пропорційності щодо Суду ЄС'¹⁹. Ідеться про принцип субсидіарності, згідно з яким визначається певний механізм перерозподілу повноважень між різними поверхами, щаблями влади. Коли ж ми говоримо про правовий плюралізм, то тут мовиться про недержавні агенти, які беруть участь у творенні права. А порушена проблематика стосується наділення офіційними повноваженнями органів публічної влади. Нині наділення приватноправових агентів функціями центрального банку національних держав чи наднаціональних об'єднань не отримує свого схвалення. Зокрема, Верховний суд Естонії вказав, що Центральний банк Естонії не уповноважений випускати естонську валюту крону, хоч це формально передбачено ст. 111 Конституції Естонії, оскільки вона має інтерпретуватися узгоджено зі ст. 106 Договору про заснування Європейських співтовариств, яка передбачає функції Європейського центрального банку (далі – ЄЦБ) щодо визначення лімітів для випуску євро національними центральними

¹⁷ Leckey R, 'Remedial Practice Beyond Constitutional Text' [2016] 64 (1) *The American Journal of Comparative Law* 1–35; Hirschl R, 'On the Blurred Matrix of Comparative Constitutional Law' in Sujit Choudry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 39.

¹⁸ Höpner M, 'Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism?' [2021] 21 (1) *MPIfG Discussion Paper* <https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content> (accessed: 16.01.2024).

¹⁹ *Ibid* 13.

банками. Суд виходив зі міркувань, що ‘право ЄС стало однією з основ тлумачення та здійснення Конституції’ та ‘Конституція повинна тлумачитися в поєднанні із Законом про зміну Конституції [пов’язаною із входженням Естонії в ЄС]’²⁰. Низка авторів²¹, як і сам ФКС у своєму рішенні²², з цього приводу чогось звертають увагу переважно на принцип пропорційності, що ніби то ця програма порушує його. Хоча у правопорядку ЄС цей принцип поєднується із субсидіарністю. Однак якщо йдеться про повноваження інститутів ЄС, зокрема ЄЦБ, то тут скоріше слід було говорити про субсидіарність.

Підсумовуючи наведене, стандарт співвідношення політичних і юридичних інститутів, які відповідно репрезентовані, з одного боку, парламентом та урядом, та конституційною юстицією, з другого боку, проблематика переміщується у площину установчої влади та встановлених влад. Критерієм дієвості й ефективності влади як інституційно спроможної є сталий розвиток людства та належний захист прав людини. У цих рамках діапазон дій різний: національна держава має найширший спектр для правового регулювання у рамках свободи розсуду / простору обдумування (*margin appreciation*), натомість найвужчим спектром є міжнародний універсальний рівень захисту прав людини, який закладає мінімальні стандарти у цій сфері; європейська система захисту у рамках Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод займає проміжне положення. На цьому, власне, базується боротьба юрисдикцій між верховними / конституційними судами та Судом ЄС і Європейським судом з прав людини. Співвідношення суспільно-політичних дебатів та юридичної аргументації судових рішень у рамках досягнення консенсусу щодо змісту основоположних цінностей і принципів права мають поліваріантний характер. Однак справжньою квантовою механікою щодо визначення такого консенсусу є конституційна юриспруденція, оскільки вона у рамках верховенства конституції володіє більш широким спектром можливих рішень, аніж це здійснюється у рамках суспільно-політичних дебатів політичних акторів, зважаючи на різноманітність підходів у юридичній аргументації.

Чесноти у праві й організація суспільства

Дилема свободи і безпеки у праві є ключовою і сама конкуренція цих цінностей вирішується на лише у площині їхньої ієрархії. На законодавця, уряд та інтерпретатора впливає також систематика чеснот, яка сприяє творенню справедливого рішення:

Проблема балансування між безпекою і свободою не є специфічною для розсуду військового командира на території, що перебуває під військовою окупацією <...> Її вирі-

²⁰ Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus. 6 jaanuar 2004 <<https://www.riigiteataja.ee/akt/PSTS>> (accessed: 16.01.2024).

²¹ Goldmann M, ‘The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?’ [2020] 21 (5) German Law Journal 1058–77; Hellwig H-J, ‘Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-viresKontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?’ [2020] 73(35) Neue Juristische Wochenschrift 2497–503.

²² Public Sector Purchase Programme of the ECB Case, BVerfG, 2 BvR 859/15.

шення є універсальним. Воно знаходиться глибоко в загальних принципах права, включаючи розумність і добросовісність <...> Пропорційність сьогодні визнана загальним принципом міжнародного права. Пропорційність відіграє центральну роль у праві, що стосується збройних конфліктів. Під час таких конфліктів часто виникає необхідність балансувати між військовими потребами та гуманітарними міркуваннями. Пропорційність є стандартом для балансування²³.

У цьому рішенні Верховного Суду Ізраїлю вказується на чесноти, які мають бути в нагоді при вирішенні складної дилеми балансування між безпекою та свободою – розумністю і добросовісністю. Тут чітко простежується межа, що чеснота є своєрідним скелетом *decision-making process*, а принципи та цінності як от свобода, безпека, пропорційність мають наповнюватися певним змістом відповідно до засад юридичної аргументації. Додержання засад юридичної аргументації лежить у площині чеснот, а не лише формальної юридичної логіки.

Доволі часто ця проблематика лежить у площині дискусій між прибічниками підходів ориджиналізму та конституції як живої матерії або “живої” конституції. Перший підхід є консервативним і зводиться до з’ясування волі органу, що прийняв юридичний акт, через догматику права (філологічне/граматичне, логічне, системне, історичне). Якщо взяти, до прикладу такі елементи догматичного підходу, як з’ясування волі законодавця та історичне тлумачення, то виявляється, що виникають низка питань щодо особливостей підготовки проекту юридичного акту та дискусій щодо можливих модусів його застосування (*travaux préparatoires*), які мають насправді трактуватись у світлі змін, що відбуваються у суспільстві. Цілком слушно В. Гончаров наголошує, що ‘суб’єктивна теорія тлумачення (з вимогою про встановлення волі історичного законодавця) не може бути суміщена з динамічним тлумаченням у несуперечливий спосіб²⁴. У зв’язку з цим він пропонує синтетичний підхід у тлумаченні, який має враховувати досягнення герменевтики, зважування правотлумачних аргументів, додержання сталої практики тлумачення, балансування цінностями²⁵. Проблематика тлумачення конституції також полягає в тому, що осмислення об’єкта як конституційної норми передбачає апіорну категорію конституції, що розуміється як субстантивна категорія сама по собі, і це припущення робить можливим конституційне значення та виправдовує розгляд конституційної інтерпретації як щось своєрідне, серйозно применшуючи значення випадковостей форми, мови, структури та історії в конституційній аргументації²⁶.

В американській доктрині виділяють текстуалізм, оригінальне розуміння, судовий прецедент, прагматизм, моральне судження, національна іден-

²³ *Beit Sourik Village Council v Government of Israel* [June 30, 2004] HCJ 2056/04, § 36, 37.

²⁴ Гончаров В, ‘Від старої теорії тлумачення до нової: основні виклики та рішення’ (2014) 1–2 Філософія права і загальна теорія права 56.

²⁵ Там само 66.

²⁶ Ribeiro G A, ‘What is constitutional interpretation?’ (2022) 20(3) *International Journal of Constitutional Law* 1130–61.

Михайло Савчин

тичність / “національний етос”, структуралізм, історичні практики²⁷. Поряд із цією дискусією, пов’язаною з модусами конституційної інтерпретації, відіграють важливу роль ціннісні орієнтації та добродієність та інші чесноти суддів (розважливість, розсудливість, ціннісний вимір). Тому кожен суддя як індивід, наділений низкою чеснот, певним чином, з огляду на життєвий досвід (індивідуальний та/або колективний) та наявного суспільного дискурсу може вирішувати складні питання, що лежить в основі визначення змісту правових принципів і цінностей. Оскільки стоїть питання, хто має тлумачити конституцію, то виникає дилема верховенства судівництва та супермажоритаризму:

Це підкреслює парадоксальну, якщо не відверто антидемократичну, природу судового контролю коли проста більшість комітету з дев’яти необраних юристів з довічним терміном перебування на посаді здійснює повноваження визнавати недійсним те, що належним чином обрані представники народу в національному законодавчому органі у національному законодавчому органі, що були прийняті згідно з формальними процедурами мажоритарної політики²⁸.

Тому органи конституційної юстиції не вирішують політичні питання на кшталт зовнішньої політики, розподілу політичних сил у парламенті, призначення посадовцями конкретних посадових осіб, оскільки, за висловом Александра Гамільтона у Листі 78 до Федераліста, суд “не має впливу ні на меч, ні на гаманець”. Звідси, доволі високий ступінь рефлексивності суду на конкретну ситуацію, яку можна вирішити збалансовано саме через інтерпретацію конституції. Оскільки під час таких дискусій виникають питання, які навряд чи передбачалися під час ухвалення конституції, суду залишається відповідати на запитання, яким саме чином тлумачити конституційні положення у нових суспільно-політичних реаліях, керуючись саме юридичною аргументацією, в основі яких мають лежати чесноти і цінності у праві. Прибічники ориджиналізму вважають, що найкращий метод утримати суддів від своєрідного фрилансу та нав’язування власних суб’єктивних політичних уподобань під приводом тлумачення конституції²⁹, оскільки ніби при тлумаченні слід з’ясувати волю народу при прийнятті конституції. Це дало змогу зробити висновок деяким науковцям, що ориджиналістам “бракує інтелектуальної респектабельності”, оскільки ‘серед дослідників конституційного права в елітних школах ідея бути ориджиналістом рівнозначна тому, щоб бути якимось інтелектуальним луддитом’³⁰.

Наприклад, у цьому контексті дилема свободи і національної безпеки у традиційному дискурсі конституціоналізму означає вирішення проблеми відмови від частини можливості вільного вибору бажаного варіанта поведінки на особисту чи колективну безпеку. Однак вона не має лінійного

www.pravola.com.ua

²⁷ Murrill B J, ‘Modes of Constitutional Interpretation’ (*EveryCRSReport*, 15.03.2018) <<https://www.everycrsreport.com/reports/R45129.html>> (accessed: 16.01.2024).

²⁸ Baker T E, ‘Constitutional Theory in a Nutshell’ [2004] 13 *William & Mary Bill Rights Journal* 61.

²⁹ O’Neill J G, ‘Raoul Berger and the Restoration of Originalism’ [2001] 96 *N.U.L. Rev.* 253.

³⁰ Macey J R, ‘Originalism as an “Ism”’ [1996] 19 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 301.

характеру і не означає безумовного скасування свободи на користь безпеки, чи відсутність безпеки при реалізації свобод (тоді насправді говорять про свавілля, а не свободу).

Ця дилема ще закладена у працях Т. Гобса і Дж. Лока. На прикладі свободи політичної та економічної діяльності це можна яскраво продемонструвати. Суперечить демократичним принципам вирішувати певні політичні чи суспільні проблеми мілітарним методом, тому конституційна демократія гарантує політичну свободу, згідно з якою існує цивільний контроль над армією, поліцією та спецслужбами, яким участь у процесі прийняття рішень щодо фінансування їх потреб та розвитку інфраструктури національної безпеки і оборони. Прикладом цього є Рада національної безпеки і оборони України як канал зворотних зв'язків між безпековою і політичними сферами, а також парламентський контроль. Із точки зору економічних свобод держава гарантує економічний добробут через гарантування права приватної власності, державним контролю за ефективним його здійсненням через податки. Сильна національна економіка також є запорукою національної безпеки, на яку спирається військово-промисловий комплекс (далі – ВПК) країни.

Примиренням цих підходів знайшов пізніше А. Гамільтон, говорячи про економічний добробут, розміри країни й інституційно спроможний уряд як чинники забезпечення справедливого балансу між свободою і національною безпекою:

Ми повинні врахувати, що розміри військових сил у всіх випадках будуть регулюватися ресурсами країни. Ще довго можна буде утримувати велику армію, і в міру накопичення коштів для цього населення і природна міць суспільства будуть пропорційно зростати³¹.

Окрім застереження щодо недопустимості узурпації влади, що є загрозою конституційній демократії, вона також підриває засади національної безпеки, вносячи хаос у публічне урядування. Яскравим прикладом є фрагментація державного суверенітету Московії через функціонування ПВК “Вагнер”, діяльність якого згідно із чинним законодавством цієї країни формально заборонено. Насправді це є паралельною структурою поряд із Збройними Силами Російської Федерації (далі – РФ), що нагадує загалом ніщо інше як опричнину часів царя Івана Грозного, після правління якого у цій країні сталася Смути на рубежі XVI–XVII ст.

Якщо говорити про економічну свободу як передумову економічного добробуту та мілітарної потуги держави, то слід наголосити на позиції архітектора економічних реформ Німеччини Л. Ергарда, який розглядав захист прав споживачів та свободу економічної діяльності як основоположні економічні права. За таких умов картелі ним розглядались як вороги споживачів, а інструменти планування слід імплементувати у структуру ринкової

³¹ The Federalist Papers: No. 28 <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed28.asp> (accessed: 16.01.2024).

економіки³². Це має усувати дилетантизм в популізм у прийнятті управлінських рішень. Популізм є прямою загрозою у забезпеченні системи стримувань і противаг у конституційній системі, знищуючи плюралізм і змагальність політичних думок та політичних партій, що знижує якість владних рішень³³. Сам собою конституціоналізм робить політичний процес упорядкованим згідно з передбачуваними рамковими правилами, аніж політичний популізм³⁴, який може інспірувати рух до неліберальних демократій³⁵ і призводить до фрагментації у системі стримувань і противаг, будучи одним із джерел узурпації влади. Зважаючи на таку природу конституціоналізму, також неприйнятними є погляди у стилі К. Шмітта щодо домінування політичної волі, яка доволі часто є мінливою, над основоположними принципами і цінностями права, які лежать в основу конституціоналізму як основи конституційного порядку³⁶.

Наслідком популізму є непрофесійні і незбалансовані владні рішення, що підриває потужність національної економіки в умовах воєнного стану. Воєнний стан зумовлює деякі обмеження та відступ від забезпечення окремих прав і свобод, що зумовлено необхідністю відвернення агресії та забезпечення обороноздатності країни. Для України критично важливо поновити обсяги виробництва у ВПК у тому обсязі, щоб забезпечити нормальні потреби ЗСУ у здійсненні ефективної відсічі ворогу та поновленню положення країни на світовому ринку озброєнь принаймні у тих сферах, в яких Україна традиційно посідала конкурентні позиції. Для цього у сфері ВПК слід посилити переваги конкуренції економічних відносин та свободу контрактів, зокрема із використанням дигітальної системи *Prozorro*. Як свідчить досвід зростання американської економіки під час Другої світової війни, саме військові замовлення серед приватних компаній сприяли розвитку суміжних галузей економіки, що призвело до економічного буму в США. Так само сьогодні застосування цього кластерного принципу сприятиме розвитку національної економіки в Україні, оновлення України та посилення її конкурентоспроможності на світовому ринку. Всі міркування такого характеру слід мати на увазі при здійсненні судового контролю над діями органів публічної влади.

Також слід наголосити на посиленні засад доброго урядування (*good governance*) і гарантіях справедливого правосуддя як необхідних умов забезпечення свободи економічної діяльності та передумов посилення мілітарної потужності України. Це ключові чинники у зниженні рівня корупції, оскільки корупція сама собою є соціальним інститутом подолання недоліків неефективного урядування за допомогою неправових інструментів впливу,

³² Ерхард Л, *Добробут для всіх* (пер з нім Сеника В, Лапчак А, Букс В 2023) 15, 157, 125.

³³ Müller J-W, 'Populism and Constitutionalism' in Cristóbal Rovira Kaltwasser (ed) et al, *The Oxford Handbook of Populism* (Oxford University Press 2017) 590–606.

³⁴ Cannilla A, 'Political constitutionalism in the age of populism' (2022) 26 *Revus* <<https://doi.org/10.4000/revus.8039>>.

³⁵ Belov M (ed), *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality* (Intersentia 2022).

³⁶ Blokker P, 'Populist Constitutionalism' (*Verfassungblog*, 04.05.2017) <<https://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism>> (accessed: 16.01.2024).

що призводить до підриву легітимності владних інститутів. Останні заяви щодо вирішення цих трьох ключових проблем як з боку ЄС, так і НАТО засвідчують гостроту проблеми. Вона посилюється також і тим, що майже половину публічних фінансів України становлять гранти з боку країн цивілізованого світу, але ліберальні конституційні демократії не готові тривалий час підтримувати неліберальну демократію. Тому такі реформи слід поглиблювати і продовжувати вже на марші, саме в умовах війни, пам'ятаючи про захист фундаментальних конституційних цінностей – непорушності гідності і прав людини, суверенітету і територіальної цілісності України. При оновленні України після перемоги у війні слід робити акцент на інноваціях і нових технологіях, що підвищить інтенсивність і продуктивність праці. Тому за таких параметрів навряд чи нам грозить демографічна криза, а гарантії економічних свобод дадуть змогу лібералізувати інвестиційний режим і сприяти поверненню українських переселенців на батьківщину із за кордону.

Сьогодні спостерігається чіткий тренд до організації публічної влади як мережецентричної. Незважаючи на те, що в умовах війни влада потребує концентрації, динаміка соціальних процесів та ведення воєнних дій така, що істотна частка прерогатив по прийняттю рішень має здійснюватися на рівні, максимально наближеному до громади, регіону чи відповідно до обстановки воєнних дій чи театру воєнних операцій. Це жодним чином не позбавляє держави обов'язку щодо стратегічного планування та узгодження владних дій. Однак така постановка організації публічної влади акцентує увагу не лише на відносини субординації, а також на важливості горизонтальних зв'язків. В умовах війни, коли вибори неможливо провести у зв'язку з істотними проблемами із свободою політичних дискусій та волевиявлення, на перший план виходить парламентський і судовий контроль за діями виконавчої влади, яка концентрує владу задля надання ефективної відсічі агресору. У зв'язку з обмеженістю ресурсів і необхідністю їх спрямовувати на мілітарні потреби, зростає роль незалежних регуляторів щодо забезпечення підзвітності та підконтрольності органів влади, які покликані максимально ефективно забезпечувати обороноздатність країни. На жаль, через переростання війни із млявої переважно неконвенційної до повномасштабної конвенційної зупинився процес децентралізації влади, який фактично би мав оформити процес трансформації публічної влади України на кшталт мережецентричної. Проте це компенсується інтенсифікацією процесу європейської та євроатлантичної інтеграції України, що є проявом наднаціонального рівня мережецентричної організації публічної влади. Який тренд інтеграції України у практичній площині швидше проявиться – європейської чи євроатлантичної – залежить від перебігу руссо-української війни та її наслідків. Попри все наразі Україна виконує фактично функцію воєнного ордену конституційної демократії.

З точки зору інституційної спроможності держави на перший план виходить захист прав людини, які в умовах війни означають виконання державою функції простору безпеки своїх громадян. На сьогодні спостерігається

друга хвиля прав людини, яка пов'язана із технічним прогресом та отриманням другого дихання ідеї трансгуманізму (вперше цей термін зустрічається у Д. Аліґ'єрі). Високий рівень достатку, який досягло людство завдяки промисловій революції, яка розпочалася у другій половині XVIII ст., посилювалося із сучасними досягненнями у медицині, кібернетиці, інформаційних технологіях тощо, що дає змогу істотно покращити здатності людини. Навряд чи слід говорити тут про якість права четвертого покоління, оскільки ці новітні досягнення стосуються переважно нових форм прояву приватності. До прикладу, якщо говорити про медичні досягнення, то вони стосуються такого аспекту приватності, як принцип поінформованої згоди індивіда при застосуванні певних медичних препаратів, методик лікування чи медичного обладнання з метою збереження цілісності індивіда (*individual integrity*), що напряму пов'язано із новими гранями біоетики і тому ці питання лише в рамках юридичного позитивізму не отримують адекватної відповіді. Так само, права ЛБГТКІ стосуються окремих аспектів самоідентичності індивіда як компоненти людської гідності, яка визнається у доктрині та юриспруденції одним із джерел прав людини. Війна лише служить чинником, пришвидшеного застосування інновацій та нових досягнень у медицині, які спрямовані на врятування поранених та повернення їх до нормального життя. У зв'язку з обмеженими ресурсами безпековий чинник є провідним у механізмі захисту прав людини задля відвернення потенційних загроз, оскільки, як свідчить історія України, втрата власної державності має наслідком численні жертви серед українців.

Інструментально суверенітет забезпечується через національну безпеку і оборону у разі акту агресії проти України. На думку К. Шмітта, сувереном є той, хто спроможний запровадити надзвичайний стан³⁷. Такий екстремальний погляд на природу суверенітет є випадковим, зважаючи на поствеймарський синдром і постійну економічну кризу у Німеччині після Першої світової війни, а також зважаючи на формулу ст. 48 Веймарської конституції, яка уповноважувала райхспрезидента вживати будь-які заходи, спрямовані на захист “державної безпеки”, зокрема армію та поліцію. Насправді конституційне уповноваження при настанні екстраординарних обставин обмежує суверена у застосуванні певних засобів, із міркувань захисту основоположних конституційних цінностей. Інакше кажучи, інструменти конституційної державності не можуть бути спрямовані на скасування конституційного порядку. Такі засоби використовуються у рамках парламентської моделі екстраординарного захисту Конституції України, яка, зокрема, передбачає “підтримання високого рівня обороноздатності <...> найвищим державним інтересом і однією з найбільш захищених конституційних цінностей України”³⁸. На цій підставі, на думку Конституційного Суду України (далі – КСУ), з огляду на зміст статей 17 (1), (2), (5), 46(1) та 65(1) Конституції,

³⁷ Schmitt Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (University of Chicago Press 2005) 3.

³⁸ Рішення Конституційного Суду України 1-р(II)/2022, 5.2 (1).

впливає конституційний обов'язок держави надати спеціальний юридичний статус громадянам України, які перебувають на службі у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, членам їхніх сімей, а також особам, що збройно захищають суверенітет, територіальну цілісність та недоторканність України під час агресії Російської Федерації проти України, розпочатої у лютому 2014 року, із забезпеченням відповідно до цього статусу соціальних гарантій високого рівня³⁹.

В умовах воєнної агресії з боку РФ виникла потреба у невідкладній відсічі ворогу України, яка ґрунтуються зусилля держави мілітарних засобів забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України. Вжиття заходів, спрямованих на захист суверенітету і територіальної цілісності України, пов'язані також із обмеженням прав людини: “інтереси національної безпеки”, “економічну безпеку”, “громадський порядок” та інші явища, потреба захисту яких є правомірною (легітимною) метою застосування обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина⁴⁰. На думку КСУ, це кардинально важливо для забезпечення конституційного порядку: ‘Відповідні конституційні принципи є осердям конституційного ладу України, тож від їх захисту залежить його втілення загалом, зокрема й гарантованих Конституцією України прав і свобод людини і громадянина’⁴¹.

Набуває поширення концепт мережецентричної влади, яка має витоків з маркетингу⁴² і військової сфери⁴³. Сьогодні в організації публічної влади все більше набувають ваги не лише відносини ієрархії, а також горизонтальні зв'язки, що передбачає узгодження та координацію зусиль, тобто публічна влада абсорбує в себе також відносини гетерархії. Власне поєднання відносин ієрархії та гетерархії трансформує владу у мережецентричну організацію. Процес європейської інтеграції України відображає тренд формування мережецентричної публічної влади. Вимога виваженості і збалансованості рішень із точки зору демократичної конституційної держави зумовлюють додержання стандарту належної правової процедури, згідно з якою такі мають бути засновані на законах, відповідати принципу пропорційності, заборони свавілля, правової визначеності, обов'язку заслуховування, обов'язку реагування, реституції та компенсації у сфері основоположних прав, а також засоби попереднього правового захисту⁴⁴. Ці відносини зазнають трансформації в умовах війни. Попри те, що концентрація ресурсів потребує централізації влади, водночас динаміка процесів під час війни зумовлює наділення самостійними компетенціями окремі ланки та поверхи влади задля забезпечення ефективного використання ресурсів та невідкладного реагування на потенційні і реальні загрози конституційному порядку.

³⁹ Рішення Конституційного Суду України 7-р(II)/2022, 2.3 (6).

⁴⁰ Рішення Конституційного Суду України 4-р(II)2022, 4 (1).

⁴¹ Рішення Конституційного Суду України 1-р(II)/2022, 5.

⁴² Volpato G, Stocchetti A, ‘Old and new approaches to marketing. The quest of their epistemological roots’ The proceedings of 10th International Conference Marketing Trends (January 2009) <<https://mpr.ub.uni-muenchen.de/30841>> (accessed: 16.01.2024).

⁴³ Cebrowski A, Garstka J, ‘Network-Centric Warfare: Its Origin and Future’ (*Proceedings*, 1998, Jan.) <<http://www.usni.org/magazines/proceedings/1998-01/network-centric-warfare-its-origin-and-future>> (accessed: 16.01.2024).

⁴⁴ Шмідт-Ассманн Е, *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права* (пер з нім, К.І.С. 2009) 84.

Обороздатна демократія визначає певні стандарти суспільної організації, які спираються на ініціативного, відважного, справедливого та доброго громадянина. Обороздатну демократію не можна ототожнювати у дусі К. Шмітта, що той є сувереном, хто може оголосити надзвичайну ситуацію⁴⁵. К. Шмітт вважав, що не відповідає реаліям уявлення лібералізму про загальний характер законів, які є визначеними і передбачуваними. На його думку, загальні правові норми часто не можуть забезпечити чіткі вказівки без значного тлумачення та проміжного законодавства, для чого потрібен орган влади, який вирішуватиме, як застосовувати загальні правові норми до конкретних випадків і як вирішувати проблеми спірного тлумачення чи недоотримання. Оскільки закон не визначає, хто має його інтерпретувати, для цього потрібен суверен. Так думки доволі дивно читати, оскільки вони є відвертою редукцією після руссоїстської концепції суверенної влади народу, яка здійснюється безпосередньо, та концептом представницької демократії, обґрунтованої абатом С'єесом.

Як це працює, можна продемонструвати на юридичних засобах реагування на кризові ситуації. На думку О. Гросса, хоча держави відрізняються за своїми конституційними і правовими підходами до демократичних цінностей і реагування на насильницькі надзвичайні ситуації, дискурс про надзвичайні режими в демократичних суспільствах майже завжди керується "моделями пристосування". Ці моделі визнають, що коли країна стикається з надзвичайною ситуацією, її правові і навіть конституційні структури можуть бути дещо послаблені (і навіть частково призупинені). Вважається, що такий компроміс дає змогу продовжувати дотримуватися верховенства права і вірності основоположним демократичним цінностям, водночас забезпечуючи державу адекватними заходами для протистояння бурі, спричиненої кризою⁴⁶.

Економічний аналіз права як порівняння затрат і благ, які набуваються при здійсненні певних правочинів, конкурує із засадою пропорційності. У рамках цього напрямку організаційні затрати включають адміністративні процедури, що пов'язано зі станом регулювання економічних і соціальних прав. Оскільки існує небезпека сповзання урядів до надмірного дирижизму, то в сучасних конституційних демократіях, а також у перехідних демократіях існує проблема забезпечення балансу інтересів приватного і публічного інтересів та забезпечення більш гармонійного регулювання, де слід надавати все ж таки перевагу приватноправовим інструментам. Принцип пропорційності є важливим при визначенні засад запобігання дискримінації та гарантування рівного доступу до соціальної допомоги. Насправді принцип пропорційності потребує філігранного володіння технікою обґрунтування судових рішень і *moral integrity* з боку конституційних суддів.

У практиці забезпечення прав і свобод економічного та соціального характеру набуває важливої ролі доктрина горизонтального ефекту конституції та основоположних прав і пов'язане із ними конституційно конформне

⁴⁵ Schmitt (n 37).

⁴⁶ Gross O, 'Constitutions and Emergency Regimes' in T Ginsburg, R Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 334.

тлумачення законів. Доктрина горизонтального ефекту основоположних прав має вирішальне значення для забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах і запобіганню дискримінаційних практик, оскільки законодавство, типові умови договорів і договірна практика мають відповідати основоположним принципам права. Це вирішальні чинники при захисті економічних і соціальних прав КСУ, який це має вирішувати згідно з конституційно конформним тлумаченням законів відповідно до доктрин прямої дії та горизонтального ефекту прав людини.

При захисті соціальних та економічних прав у діяльності адміністративної юстиції зв'язана засадами, згідно з якими адміністративне право є конкретизованим конституційним правом. За таких умов замість з'ясування волі законодавця, судам доречніше використовувати тлумачення права через *Travaux Préparatoires* задля встановлення, які аспекти застосування припускали автори законопроекту та законодавці при його обговоренні та прийнятті. Це слугуватиме також додатковим джерелом аргументації судових рішень у дусі “живого” права, що передбачає судовий активізм, який виправданий для захисту прав людини. Оскільки соціальні права, зокрема право на соціальний захист, залежить від соціальної інфраструктури та реалізації принципу соціальної державності, то суду слід конструювати його зміст, з огляду на конкретні обставини справи. Ключовим чинником для належного здійснення соціальних прав є їхній ефективний захист, який включає як обґрунтовані адміністративні акти/дії, так і виконання судових рішень.

Доктрина обов'язку захисту орієнтує державу насамперед на забезпечення інфраструктури здійснення прав людини. До універсальних позитивних обов'язків держави, незалежно від негативного чи позитивного характеру прав людини, належать забезпечення доступу до справедливого суду та належне розслідування обставин порушення прав людини. На прикладі права на медичне забезпечення видно, що таке право сформульовано на основі розуміння гідності людини та конкретизації певних обов'язків захищати людське життя, оскільки медичне забезпечення є компонентом обов'язків держави щодо впровадження загальнообов'язкового медичного страхування, заходів щодо охорони здоров'я та доступу до медичних послуг і допомоги. Так само, на прикладі свободи вибору професії та роду занять, які виводяться із приватної автономії та свободи вільного розвитку індивіда, знаходять свою інтерпретацію гарантії рівного доступу до професії, зокрема її здобуття, права на працю та відпочинок, а також свобода підприємницької діяльності та захисту прав працівників зокрема шляхом об'єднання у профспілки, ведення колективних переговорів чи врегулювання конфліктів за допомогою страйку, якщо інші засоби захисту прав вичерпано.

Висновки. Чесноти у праві визначають модус впровадження певних цінностей, в основі яких лежить суспільний консенсус і вони визначають організацію суспільства та влади. Дискусія між представниками популярного та політичного конституціоналізму та юридичного конституціоналізму засвідчує, що право забезпечує більш справедливі наслідки у результаті суспільно-політичної дискусії. Натомість популярний конституціоналізм

апелює до своєрідного мобінгу, апофеозом якого були заворушення біля будівлі Конгресу США 6 січня 2020 р. Політичний конституціоналізм апелює на політичне вираження волі народу і надання пріоритету верховенству парламенту. Юридичний конституціоналізм парирує обидва підходи, оскільки перший є небезпечний еманацією використання процедур прямої демократії для згортання засад конституційного порядку, а ідея верховенства парламенту загрожує ігноруванням більшістю інтересів меншості, а обидва мають потенційним наслідком порушення прав людини. Юридичний конституціоналізм акцентує на захистові прав людини, який визначає стандарти функціонування інститутів влади.

Однак цінностей, щодо яких склався консенсус у суспільстві, недостатньо для захисту конституційного порядку. Конституційний порядок є результатом взаємодії людей, які наділені певними чеснотами. Зокрема, такий правовий принцип-цінність, як пропорційність, є завжди об'єктом критики у зв'язку з його амбівалентністю – він може бути використаний як для обмеження прав людини, так і для визначення допустимих меж діяльності держави. Стоїть питання про те, хто визначатиме ці межі і до яких параметрів. Особи, які приймають відповідне рішення, мають бути наділені певними чеснотами, зокрема справедливістю, відвагою чи доброчесністю тощо. У практичній площині це досягається через суспільно-політичні дебати, коли ми говоримо про законодавство чи регуляторні акти, та юридичну аргументацію, коли ми говоримо про добре урядування чи незалежний і безсторонній суд. Вміння зважувати аргументи та зважати на соціальний контекст, зокрема на систематику фактів про певні явища, зумовлюють відповідальний і доброчесний процес вироблення рішень (*decision-making process*), в які закладаються основоположні цінності та принципи права.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bellamy R, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge University Press 2007).
2. Conway G, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge University Press 2012).
3. Horak F, *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlivosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci* (Leges 2022).
4. Kramer L D, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* (Oxford University Press 2004).
5. Meron T, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press 1989).
6. Schmitt C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (University of Chicago Press 2005).

Edited and translated books

7. Belov M (ed), *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality* (Intersentia 2022).
8. Gross O, 'Constitutions and Emergency Regimes' in T Ginsburg, R Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).

9. Hirschl R, 'On the Blurred Matrix of Comparative Constitutional Law' in Sujit Choudry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006).
10. Müller J-W, 'Populism and Constitutionalism' in Cristóbal Rovira Kaltwasser (ed) et al., *The Oxford Handbook of Populism* (Oxford University Press 2017) 590–606.
11. Erkhart L, *Dobrobut dlia vsikh* (per z nim V Senyka, A Lapchak, Vell Buks 2023).
12. Kun T, *Struktura naukovykh revoliutsii* (per z anhl, Port-Royal 2001).
13. Shmidt-Assmann E, *Zahalne administratyvne pravo yak ideia vrehuliuvannia. Osnovni zasady ta zavdannia systematyky administratyvnoho prava* (per z nim, K.I.S. 2009).

Journal articles

14. Baker T E, 'Constitutional Theory in a Nutshell' (2004) 13 William & Mary Bill Rights Journal 61.
15. Bertrall L, Ross II, 'Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism' (2019) 167 University of Pennsylvania Law Review 1792.
16. Cannilla A, 'Political constitutionalism in the age of populism' (2022) 26 *Revus* <<https://doi.org/10.4000/revus.8039>>.
17. Cebrowski A, Garstka J, 'Network-Centric Warfare: Its Origin and Future' (*Proceedings*, 1998, Jan.) <<http://www.usni.org/magazines/proceedings/1998-01/network-centric-warfare-its-origin-and-future>> (accessed: 16.01.2024).
18. Gee G, 'The Political Constitution and the Political Right' [2019] 30 (1) King's Law Journal 148–72.
19. Goldmann M, 'The European Economic Constitution after the PSpP Judgment: Towards Integrative Liberalism?' (2020) 21 (5) German Law Journal 1058–77.
20. Griffith JAG, 'The Political Constitution' (1979) 42 MLR 1–21.
21. Hellwig H-J, 'Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?' (2020) 73 (35) Neue Juristische Wochenschrift 2497–503.
22. Höpner M, 'Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism?' [2021] 21 (1) MPIfG Discussion Paper <https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content> (accessed: 16.01.2024).
23. Kramer L D, 'Popular Constitutionalism, circa 2004' [2004] 92 (4) California Law Review 959–1011.
24. Leckey R, 'Remedial Practice Beyond Constitutional Text' [2016] 64 (1) The American Journal of Comparative Law 1–35.
25. Macey J R, 'Originalism as an "Ism"' (1996) 19 Harvard Journal of Law & Public Policy 301.
26. O'Neill J G, 'Raoul Berger and the Restoration of Originalism' (2001) 96 N.U.L. Rev. 253.
27. Post R, Siegel R, 'Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy' (2004) 92 California Law Review 1030.
28. Post R, Siegel R, 'Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on section five power' (2003) 78 Indiana Law Journal 33.
29. Ribeiro G A, 'What is constitutional interpretation?' [2022] 20 (3) International Journal of Constitutional 1130–61.
30. Tomkins A, 'The Republican Monarchy Revisited' (2002) 19 Constitutional Commentary 737–60.
31. Tushnet M, 'Popular Constitutionalism as Political Law' (2006) 81 Chicago-Kent Law Review 999.
32. Wong M L, Cleland C E, Arend D Jr, Bartlett S, Cleaves H J 2nd, Demarest H, Prabhu A, Lunine J I, Hazen R M, 'On the roles of function and selection in evolving systems' (2023) 120 (43) PNAS <<https://doi.org/10.1073/pnas.2310223120>>.
33. Honcharov V, 'Vid staroi teorii tlumachennia do novoi: osnovni vyklyky ta rishennia' (2014) 1–2 *Filosofii prava i zahalna teoriia prava* 56.

Conference papers

34. Volpato G, Stocchetti A, 'Old and new approaches to marketing. The quest of their epistemological roots' v *The proceedings of 10th International Conference Marketing Trends* (January 2009) <<https://mpira.ub.uni-muenchen.de/30841>> (accessed: 16.01.2024).

Websites

35. Blokker P, 'Populist Constitutionalism' (*Verfassungblog*, 04.05.2017) <<https://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism>> (accessed: 16.01.2024).
36. Murrill B J, 'Modes of Constitutional Interpretation' (*EveryCRSReport*, 15.03.2018) <<https://www.everycrsreport.com/reports/R45129.html>> (accessed: 16.01.2024).
37. The Federalist Papers: No. 28 <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed28.asp> (accessed: 16.01.2024).

Mykhailo Savchyn

VIRTUES AND VALUES IN LAW AND THEIR IMPACT
ON THE CONSTITUTION

ABSTRACT. The debate between the proponents of popular and political constitutionalism, on the one hand, and legal constitutionalism, on the other, is a testament to the debate between conservative and liberal approaches. Such an interpretation of law is conceivable through values in law, but for a proper interpretation, the interpreter must be endowed with certain virtues in order to preserve the integrity of legal matter and faith in social progress and free development of a person as a self-sufficient individual.

The purpose of the study is to determine the extent to which virtues and values influence the effectiveness of the constitution. By revealing the essence of the main doctrines of constitutionalism (popular, political and legal), the author analyses the dilemma of freedom and security in law. Understanding the correlation between chaos and order reveals the importance of an institutionally capable state as a space of security for its citizens. Virtues in law play a crucial role in the organisation of society, in the context of which the role of the virtues of militant democracy, the debate between the proponents of originalism and the concept of a "living" constitution will be emphasised.

Virtues in law define the *modus operandi* for the implementation of certain values, which are based on social consensus and determine the organisation of society and government. The debate between representatives of popular and political constitutionalism and legal constitutionalism shows that law provides more just outcomes as a result of social and political debate. Popular constitutionalism, on the other hand, appeals to a kind of mobilisation that favours the means of direct democracy. Political constitutionalism appeals to the political expression of the will of the people and gives priority to the supremacy of parliament. Legal constitutionalism counteracts both approaches, as the former is a dangerous emanation of the use of direct democracy to curtail the foundations of the constitutional order, and the idea of parliamentary supremacy is fraught with the majority ignoring the interests of the minority, both of which have the potential to lead to human rights violations. Legal constitutionalism emphasises the protection of human rights, which determines the standards of functioning of government institutions.

However, the values that are consensual in society are not enough to protect the constitutional order. The constitutional order is the result of the interaction of people who are endowed with certain virtues. In particular, such a legal principle-value as proportionality is always subject to criticism due to its ambivalence – it can be used to restrict human rights and to determine the permissible limits of state activity. The question is who will determine these limits and to what parameters. Decision-makers should be endowed with certain virtues, such as fairness, courage, integrity, etc. In practical terms, this is achieved through socio-political debate when we talk about legislation or regulations, and legal argumentation when we talk about good governance or an independent and impartial court. The ability to weigh arguments and take into account the social context, including the systematic nature of the facts about certain phenomena, leads to a responsible and virtuous decision-making process that is grounded in the fundamental values and principles of law.

KEYWORDS: academic freedom; chaos, constitution; doctrine; freedom; jurisprudence; justice; legal constitutionalism; militant democracy; moral integrity; order; organisation of society; political constitutionalism; popular constitutionalism; principles of law; rule of law; scientific revolution; security; social progress; state; values; virtues.