



Михайло
Савчин

ПОРІВНЯЛЬНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Ужгородський національний університет
Юридичний факультет
Науково-дослідний інститут порівняльного публічного права
та міжнародного права

Михайло САВЧИН

**ПОРІВНЯЛЬНЕ
КОНСТИТУЦІЙНЕ
ПРАВО**

підручник

Ужгород-Київ – 2020

УДК 342+34.05

ББК 67.300 (4 Укр)

С 13

Рекомендовано Вченою радою Ужгородського університету, протокол № 7 від 27 жовтня 2020 р.

Рецензенти:

ПЕТРИШИН Олександр Віталійович – доктор юридичних наук, професор, заступник директора Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, президент Національної академії правових наук України

СКРИПНЮК Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор, заступник директора Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, академік Національної академії правових наук України

ОНІЩУК Микола Васильович – доктор юридичних наук, ректор Національної школи суддів України, Заслужений юрист України.

Савчин Михайло.

С 13 Порівняльне конституційне право. – Київ: ВАІТЕ, 2020. – 462 с.

Підручник побудовано на основі емпіричного та доктринального порівняльно-правового матеріалу, в якому розкриваються основні інститути, правила та процедури, які визначають сутність сучасного конституціоналізму. Враховано сучасні тенденції конституціоналізму, зокрема природи, чинності та правового захисту конституції. Розкривається формування та розуміння конституційних цінностей і принципів, людської гідності, свободи і приватної автономії, рівності, верховенства права, демократії та сучасних концепцій держави. З урахуванням еволюції сучасних конституційних систем розкрито основні моделі організації публічної влади та сучасні тенденції розвитку конституціоналізму.

Для студентів, аспірантів, викладачів юридичних вузів і факультетів, суддів загальних судів та Конституційного Суду, практикуючих юристів, працівників державних органів і місцевого самоврядування, а також для фахівців у галузі конституційного права, захисту прав людини.



Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

Видано за підтримки Координатора проектів ОБСЕ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проектів ОБСЕ в Україні.

ISBN 978-617-7627-01-1

© Савчин М.В.

© Видавництво ВАІТЕ, 2020

Передмова до підручника

Світ динамічно розвивається, і суспільні інституції трансформуються на цьому тлі, людина як мікрокосм також бачить нові грані своєї індивідуальності та своєї самодостатності. Це є мотивацією для доповнення мого навчального посібника, матеріали якого адаптовані до викладання Порівняльного конституційного права протягом мого чотирирічного досвіду викладання за цією системою.

Завдяки підтримці Координатора проєктів ОБСЄ в Україні, це видання змогло вийти у світ. Ідея видання його як підручника базується на наявному досвіді викладання конституційного права як системи основоположних принципів, інститутів та процедур захисту прав людини та обмеження влади.

Підручник акцентовано на інтерпретацію права як системи основоположних принципів, які закладають ціннісний вимір, архітектоніку та пронизують ними зміст національного правопорядку. Звідси, орієнтир на конституціоналізм як певне практичне втілення через відповідну практику ідей захисту прав людини та ефективного урядування, яке підконтрольне і підзвітне народові через демократичні процедури. На цьому тлі ми спостерігаємо тренди у рамках конституційної ідентичності як на рівні індивіда, так по лінії спільноти – суспільства, організовані в державу, а також кризові процеси у площині глобалізація – глокалізація. У цьому контексті наразі як риторичне ставиться питання про існування міжнародного конституційного права.

Конституційні цінності та принципи є універсальними, тому важливою є компаративна компонента, в якій провідну роль відіграють функціоналізм та синтетизм (інтегративність). Однак такі універсалії приводяться у рух через певні інституції та процедури, які набувають наповнення через громадянські та державні структури окремо взятих країн, надаючи їм відносного змісту (релятивізм), конкретизуючи його. Наприклад, справа щодо конституційності складу злочину про незаконне збагачення, яке розглядав український Конституційний суд, якраз стосувалася специфікації конституційних принципів у контексті деонтологічних характеристик та вимог до посадовців та суддів більше у зіставленні зі стандартами належної правової процедури та конституційної гарантії від самообмови, ніж із презумпцією невинуватості.

У порівнянні із попереднім моїм виданням навчального посібника, у цьому підручнику буду намагатися проводити своєрідні червоні лінії розмежування конституційних демократій від авторитарних та тоталітарних практик.

Методологічною основою буде аналіз цих явищ через індивідуальну гідність та гідність спільнот/суспільств, ефективність захисту прав людини. Серцевиною цього є новела – аналіз проблематики інституційної спроможності держави та окремих інститутів держави (парламент, виконання, суди) у площині досягнення конституційних цілей захисту прав людини та обмеження влади. Також важливою компонентою буде аналіз конституційної демократії через призму субстантивної і процедурної демократії, підзвітності та підконтрольності владних інституцій.

Викладання конституційного права у компаративному аспекті, на відміну від поширеного у вітчизняних юридичних університетах з його поділом на загальну і особливу частини, має свій сенс з точки зору обміну ідеями та принципами, оскільки позитивний досвід зарубіжних країн та міжнародних організацій має важливе значення для збагачення та примноження національних конституційних традицій. Водночас спостерігається тенденція до вилучення дисципліни під назвою «Конституційне право зарубіжних країн» у навчальних програмах багатьох вітчизняних юридичних факультетів чи університетів. Як на мене, це пов'язано із необхідністю переосмислення викладання теорії права та конституційного права, в якому слід робити більший наголос на порівняльно-правову компоненту та засвоєння відповідних навичок юридичного аналізу та аргументування.

Михайло Савчин, професор, доктор,
Ужгородський національний університет, Україна,
Український вільний університет, Мюнхен, ФРН,
радник Голови Конституційного Суду України (2008-2010),
національний консультант Ради Європи з
конституційної та парламентської реформи,
експерт з верховенства права і конституціоналізму
Координатора проєктів ОБСЄ в Україні

*Присвячується світлій пам'яті Петра Мартиненка,
вітчизняного компаративіста-конституціоналіста*

Вступ

Це видання я присвячую пам'яті засновника сучасної української школи порівняльного конституційного права. По-перше, суддя Конституційного Суду України Петро Федорович Мартиненко ще у 1987 році опублікував вперше в Україні навчальний посібник «Порівняльне конституційне право», яке він читав студентам Київського державного університету імені Тараса Шевченка. По-друге, мені особисто Петро Мартиненко багато допоміг у науковому і методологічному плані під час розробки ще у 2007-2008 рр. архітекtonіки моєї докторської дисертації, присвяченої проблемам конституціоналізму та природи конституції. За що йому окреме спасибі. Професор Мартиненко мені неодноразово наголошував, що тема конституціоналізму доволі тривалий час навіть вже у пострадянський період була табуованою у вітчизняній науці. Натомість цей посібник спирається саме на досягнення сучасного конституціоналізму з точки зору юридичної компаративістики та поваги до національної конституційної традиції України.

Отже, Вашій увазі пропонується підручник з дисципліни «Порівняльне конституційне право». Ця праця є результатом досвіду проведення лекцій та тренінгів у рамках Літньої школи «Верховенство права і конституціоналізм» та багаторічного досвіду викладання у вищих навчальних закладах України. Також частково матеріали цього посібника були використані під час читання його автором курсу відеолекцій «Вступ до конституційного права» на платформі *Prometheus* та курсу «Міжнародне конституційне право» в Українському вільному університеті (Мюнхен, Німеччина).

При викладанні цієї дисципліни в Україні зазвичай застосовуються два підходи.

Перший, або традиційний підхід, передбачає вивчення дисципліни «Конституційне право зарубіжних країн», яка складається із загальної та особливої частини. Загальна частина спрямована на вивчення основних інститутів конституційного права. Особливу частину складають вивчення конституційних чи державних систем окремих країн світу. Які країни світу вивчати доволі часто залежить від думки автора чи колективу авторів такого роду посібника або підручника. Може це і добре, зважаючи на дидактичні цілі. З точки зору здобуття компетентностей, цей підхід занадто затратний і процедурно незбалансований.

Чому так?

Тому що конституційне право виражає, насамперед, певну сукупність основоположних принципів права, процедур і правил, спрямованих на обмеження влади та забезпечення прав людини. Субстантивно, тобто за своїм змістом, вони мають універсальний характер. Різниця полягає в моделях організації влади чи механізмів захисту прав людини. Наприклад, коли йдеться про права людини, слід мати на увазі моделі конституційного контролю, наявність спеціалізації у судах загальної юрисдикції чи навіть особливості регіональних міжнародних систем захисту прав людини.

Концепція цього підручника виходить з іншого підходу. В його основі закладено дві ідеї: порівняльно-правовий аналіз та критична оцінка конституційних інститутів з точки зору національних конституційних традицій та універсальних конституційних цінностей.

Саме з цих причин йде мова саме про порівняльне конституційне право. Чим це зумовлено?

Насамперед позиціонуванням України на правовій карті світу. Правова географія свідчить, що конституційна система України тяжіє до європейської традиції права. Гуманітарний вимір права ще був притаманний правовій системі Київської Русі, адже Руська правда містила доволі ліберальні санкції у порівнянні із варварськими правдами, її аналогами цього періоду. Цілоком у контексті європейської традиції відбулася Національно-визвольна війна 1648-1677 років, в результаті якої постала Гетьманщина. Адже Вестфальський мир 1648 р. ознаменував визнання незалежності Голландської республіки. У той же час триває Англійська буржуазна революція, яка заклала засади сучасного британського конституціоналізму. Незважаючи на конституційний розрив, який

мав місце із Гетьманською державою, яка втрачала свою державність протягом майже всього XVIII століття, були закладені інтелектуальні засади сучасного українського конституціоналізму, який проходить лише своє становлення.

Українська національна революція 1917-1922 років також була в тренді на фоні розпаду Російської, Німецької, Австро-Угорської та Османської імперій. Українська державність у формі УНР, ЗУНР та Карпатської України засвідчили її континуїтет та стали правовим фундаментом проголошення незалежності та становлення суверенної Української держави.

Перебування протягом майже 300 років в орбіті російського, а потім советсько-го права змушує нас повертатися у рідні простори європейської традиції права.

Право не можна зводити до волі суверена та своєрідних репресалій-санкціонувань.

Це суперечить ідеї верховенства права, згідно з якою, накладення певних обмежень та обтяжень на приватну автономію індивіда не може посягати на сутнісний зміст права.

Для цього нам потрібне порівняльне конституційне право, яке аналізує фундаментальні принципи права, які лежать в основі національної правової системи.

Тому методологічний інструментарій порівняльного правознавства стане тут у пригоді. Саме з таких міркувань концепція пропонованого вашій увазі видання акцентує увагу на трьох речах.

По-перше, розуміння конституції як системи юридичних засобів, спрямованих на формування раціоналізованого обмеженого правління, кінцевим результатом якого є захист прав і свобод людини. Тому тут важливе вивчення природи конституційних цінностей і принципів, які виражають суспільний консенсус.

По-друге, джерела формування такого суспільного консенсусу. А він базується на обміні конституційними ідеями, концепціями, як на рівні законодавства, так і на рівні судової практики. З юридичної точки зору, це виражається у наявності достатніх підстав для втручання держави у здійснення свобод задля забезпечення фундаментальних цінностей.

По-третє, з метою впровадження верховенства права та поваги до прав людини в Україні існує необхідність дослідження процесів конституційних запозичень та імплементації окремих інститутів, процедур і правил. Особливо важливе значення це має для реформування законодавчого процесу, судочинства, зокрема діяльності Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції.

У підручнику чітко проводиться відмежування від ще донедавна панівної в Україні доктрини державного права, коли конституційний устрій трактувався, насамперед, виходячи з інтересів держави.

У цьому виданні є дві основи – людська гідність як фундаментальна підстава для визнання прав і свобод людини та інтерпретації цінностей і принципів як засади конституційної державності.

Виходячи з цього, підручник орієнтовано на критичне мислення читача та можливість творчого аналізу емпіричного та теоретичного матеріалу. У цьому відношенні автор стоїть на позиції, що конституцію у матеріальному значенні формулюють доктрина та юриспруденція конституційної юстиції. Це дає змогу належним чином верифікувати певні наукові постулати та висновки про засади конституційної державності. Певну увагу у підручнику приділено еволюції розуміння змісту основоположних конституційних цінностей та їх інтерпретації як основи сучасного конституціоналізму. Значна увага у виданні приділена проблемам забезпечення прав і свобод людини, компаративному аналізу моделей організації публічної влади (унітаризм, регіоналізм, федералізм; парламентаризм, президенціалізм, семіпрезиденціалізм), а також сучасним тенденціям розвитку конституціоналізму (права людини та біоетика, право на самовизначення та сецесія, проблеми перехідної юстиції та взаємозв'язків національного суверенітету із суверенними боргами держави).

Висловляю подяку за цінні і слухні зауваження до рукопису посібника шановним рецензентам, докторам юридичних наук, професорам Олександру Петришину, Олександру Скрипнюку та Миколі Оніщуку. Написання цього видання також сталося завдяки нашому обміну думками, дискусіям та за сприяння докторів юридичних наук, професорів Олександра Барабаша, Олени Бориславської, Оксани Грищук, Василя Лемака, Наталі Мішиної, Станіслава Погребняка, Станіслава Шевчука, Оксани Щербанюк, кандидатів юридичних наук, доцентів Олександра Водянікова, Дмитра Гудими, Андрія Мелешевича, Сергія Різника, а також Віталія Гацелюка, Сергія Перемота. У нагоді були обмін ідеями та реалізація проєктів у рамках НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права разом із докторами юридичних наук, професорами Тетяною Карабін, Ярославом Лазуром, Олександром Рогачем, кандидатами наук, доцентами Андрієм Андрушком, Марією Менджул, а також Олександром Гріном. Також висловляю вдячність ректору Українського вільного університету, професорці Марії Пришляк та кандидату юридичних наук, доцентці Мирославі Антонович за можливість зробити апробацію окремих тем цього посібника під час викладання дисципліни «Міжнародне кон-

ституційне право» для докторантів університету, де мав колись честь читати лекції мій земляк, Президент Карпатської України Августин Волошин. Особливо подяка за підтримку при написанні праці моїм рідним.

Сподіваюсь, що це видання стане в пригоді у поглибленні досліджень інститутів конституційного права на засадах сучасного конституціоналізму.

Щастя (серенчі), наснаги і добра всім вам!

*З повагою,
Михайло Савчин,
доктор, професор*

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА ДО ПІДРУЧНИКА	3
ВСТУП	5
РОЗДІЛ 1 ПРЕДМЕТ ТА СИСТЕМА ПОРІВНЯЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА	21
1.1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура	22
1.1.1. Конституційний телос (цілі)	22
1.1.2. Конституційне право та публічне право	22
1.1.3. Конституційне право та приватне право: доктрина «горизонтального ефекту»	24
1.1.4. Конституційне право: етатистський та ліберальний підхід	26
1.2. Методологія порівняльного конституційного права	27
1.2.1. Основні засади	27
1.2.2. Функціональний метод	30
1.2.3. Формальний метод	32
1.2.4. Синтетизм	34
1.3. Конституційна ідентичність та конституційні системи	36
1.3.1. Особливості конституційної ідентичності	37
1.3.2. Основні форми взаємодії національних конституційних порядків та конституційні системи	37
1.3.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції	39
1.4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)	40
1.4.1. Основні поняття та структура конституційного запозичення	40
1.4.2. Значення зарубіжного права в інтерпретації конституції	42

РОЗДІЛ 2 ІСТОРІЯ ТА ОСНОВНІ ІДЕЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ	45
2.1. Поняття та структура конституціоналізму	46
2.1.1. Рівні конституціоналізму	46
2.1.2. Поняття конституціоналізму	47
2.1.3. Структура конституціоналізму	49
2.2. Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Carta до Славної революції	50
2.2.1. Виникнення ідей верховенства права	50
2.2.2. Зародження парламентаризму: від фінансових до законодавчих прерогатив	52
2.2.3. Джон Лок та питання довіри і легітимності влади	53
2.3. Від демістифікації тіла короля до ідеї суверенітету: тіло короля, Франція та Московія (епоха Смути)	54
2.3.1. Деперсоналізація влади та формування ідеї суверенітету	54
2.3.2. Концепт державного суверенітету Жана Бодена	56
2.3.3. Смута в Московії та інституціоналізація держави	57
2.4. Утвердження ідеї прав людини: Гуго Гроцій, Біль про права людини та універсалізм прав людини	58
2.4.1. Необхідність захисту прав людини	58
2.4.2. Гроцій про право на спротив тиранії та права людини	59
2.4.3. Поняття позитивної свободи у Канта як основи прав людини	60
2.4.4. Універсальність прав людини	61
2.5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єєса і Руссо	63
2.5.1. Дискусія між прибічниками концепцій національного і народного суверенітету	63
2.5.2. Основні засновники сучасної доктрини суверенітету	64
2.5.3. Рішення Верховного суду Сполученого Королівства (Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016) та національний суверенітет	66

2.6. Парламентаризм та юристократія: Федераліст та американська система.	67
2.6.1. Законодавство у світі верховенства права за Альбертом Дайсі та британський конституціоналізм	69
2.6.2. Основні американські доктрини конституціоналізму	71
2.7. Криза ліберальної демократії та Карл Шмітт	72
2.7.1. Криза суверенітету та ліберальної демократії у працях Карла Шмітта	72
2.7.2. Концепції <i>militant democracy</i> та конституційний порядок	75
2.8. Перехідні державні системи і конституціоналізм	78
2.8.1. Особливості конституціоналізму перехідного (пострадянського) періоду.	78
2.8.2. Постсоціалістичні країни Центральної та Східної Європи.	79
2.9. Супранационалізм та конституційний патріотизм	82
2.9.1. Наднаціональність у праві.	82
2.9.2. Деліберативна демократія та економічні свободи	84
2.9.3. Кіберправо і права четвертого покоління	86
2.9.4. Напрями конституційної трансформації та глобалізація права 87	
 РОЗДІЛ 3 ЮРИДИЧНА СИЛА КОНСТИТУЦІЇ	 88
3.1. Основні теорії конституції у співвідношенні із конституціоналізмом	89
3.1.1. Юридичний позитивізм та теорія конституції.	89
3.1.2. Природне право та теорія конституції.	91
3.1.3. Природні права та конституційне судочинство	93
3.1.4. Синтетизм (правовий плюралізм).	94
3.2. Конституція реальна, номінальна, символічна	95
3.2.1. Дуалістична природа конституції	95
3.2.2. Конституція символічна (фальшива)	96
3.2.3. Конституція номінальна	96
3.2.4. Конституція реальна	97
3.2.5. Конституція формальна і матеріальна	98
3.3. Установча влада	99
3.3.1. Поняття установчої влади.	99

3.3.2. Критерії легітимності процесу прийняття конституції	100
3.3.3. Форми прояву установчої влади та світова практика	101
3.4. Тлумачення конституції	105
3.4.1. Інтерпретація конституції: необхідність, межі та види.	105
3.4.2. Основні правила тлумачення конституції	107
3.4.3. Основні методи інтерпретації конституції	108
3.5. Основні моделі правового захисту конституції.	112
3.5.1. Правовий захист та правова охорона конституції.	112
3.5.2. Система правового захисту конституції	112
3.5.3. Конституційна юстиція у системі захисту прав людини	113
3.5.4. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю	114
3.5.5. Моделі конституційної юстиції	115
3.6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State).	116
3.6.1. Поняття екстраординарного захисту конституції.	116
3.6.2. Поняття і типологія тероризму	119
3.6.3. Моделі забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних інститутів	120
3.6.4. Система надзвичайних засобів захисту конституції.	123
 РОЗДІЛ 4 ОСНОВОПОЛОЖНІ ЦІННОСТІ І ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ	 126
4.1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві.	127
4.1.1. Природа конституційних цінностей	127
4.1.2. Сутнісні конституційні цінності.	130
4.1.3. Інституційні конституційні цінності	132
4.1.4. Інтерпретація конституційних принципів	133
4.2. Принцип верховенства права.	135
4.2.1. Принцип верховенства права та суміжні доктрини	135
4.2.2. Законність.	136
4.2.3. Принцип верховенства права і вимоги правової визначеності.	137
4.2.4. Принцип верховенства права: незалежність суду та обов'язок захисту	139

4.3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи . . .	141
4.3.1. Людська гідність: цінність-універсалія чи спекуляція у праві	141
4.3.2. Конституційна юриспруденція про людську гідність.	144
4.3.3. Конституційне визнання людської гідності.	145
4.4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля	146
4.4.1. Структура свободи	146
4.4.2. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля: сутність.	147
4.4.3. Поняття негативної свободи, згідно з Ісайєю Берліном . . .	148
4.4.4. Поняття свободи у рішенні КСУ № 2-рп/2016	149
4.5. Принцип пропорційності: балансування і зміст трискладового тесту.	150
4.5.1. Принцип пропорційності та допустимі межі обмеження прав людини.	150
4.5.2. Пропорційність і трискладовий тест	151
4.5.3. Принцип балансування (вузьке розуміння пропорційності)	152
4.6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини.	154
4.6.1. Основні підходи у конструюванні прав людини	154
4.6.2. Конструювання негативного права на прикладі права на свободу і особисту недоторканність.	154
4.6.3. Конструювання інтегративного права: право на мирні зібрання	156
4.6.4. Конструювання позитивного права: право на соціальний захист	158
4.7. Рівність і заборона дискримінації.	160
4.7.1. Зміст принципу недискримінації	160
4.7.2. Пряма і непряма дискримінація	162
4.7.3. Позитивна дискримінація та стверджувальні дії (<i>affirmative action</i>) держави.	164
4.8. Демократія	166
4.8.1. Суперечності сучасної демократії	166
4.8.2. Поліархія Роберта Алана Даля	167
4.8.3. Консоціативна демократія Арндта Лійпгарта	168
4.8.4. Комунікативна демократія Юргена Габермаса	169

4.8.5. Доктрина делегативної демократії Гілгермо О'Доннелла . . .	170
4.8.6. «Залізний закон олігархії» Роберто Міхелса.	170
4.9. Основні концепції та моделі держави	171
4.9.1. Основні сучасні тенденції розвитку державності	171
4.9.2. Правова держава	172
4.9.3. Держава як організація.	173
4.9.4. Форми державності	174
РОЗДІЛ 5 ПРАВА ЛЮДИНИ	176
5.1. Поняття та покоління прав людини	177
5.1.1. Виникнення концепції основних прав і свобод	177
5.1.2. Покоління прав людини	178
5.1.3. Сучасні концепції прав людини	179
5.1.4. Поняття прав людини	180
5.1.5. Вертикальна структура прав людини	181
5.1.6. Горизонтальна структура прав людини.	181
5.2. Сутнісний зміст прав людини: втручання та приватна автономія	182
5.2.1. Якість закону у світлі людської гідності	182
5.2.2. Повага до прав людини: зв'язаність публічної влади основними правами і свободами людини.	183
5.2.3. Конституційна семантика: сутнісний зміст прав людини та дозвільний принцип	185
5.2.4. Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади.	187
5.2.5. Поняття втручання	189
5.2.6. Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи.	190
5.3. Обмеження прав людини: основні критерії	192
5.3.1. Обмеження на основі закону	192
5.3.2. Відповідність легітимній меті.	192
5.3.3. Підстави для запровадження обмежень прав людини й основоположних свобод	193
5.4. Абсолютні права	196
5.4.1. Заборона катування, нелюдського та такого, що принижує людську гідність	197

5.4.2. Заборона рабства та підневільного стану	199
5.5. Негативні права	201
А. Свобода вираження та свобода совісті	201
5.5.1. Свобода совісті і віросповідання.	201
5.5.2. Свобода вираження.	204
Б. Належна правова процедура та процесуальні гарантії прав людини	207
5.5.3. Due process та процесуальні гарантії прав людини	207
5.5.4. Основні процесуальні гарантії прав людини	210
В. Приватність	211
5.5.5. Поняття приватності	211
5.5.6. Окремі сфери приватності.	213
5.6. Громадянство та принцип рівності	217
5.6.1. Громадянство як основа політичної інтеграції.	217
5.6.2. Принципи громадянства	218
5.6.3. Права мігрантів, право притулку та біженці	220
5.7. Право на участь та політичний процес.	222
5.7.1. Право на петиції.	222
5.7.2. Право на участь: свобода зібрань та асоціацій	223
5.8. Економічні права	227
5.8.1. Право власності	227
5.8.2. Економічні права: свобода вибору професії і роду заняття	229
5.9. Доктрина стверджувальних дій та соціальні права	233
5.9.1. Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій (<i>affirmative action</i>)	233
5.9.2. Соціальні права і обов'язок законодавця щодо їхнього належного правового регулювання	234
5.9.3. Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави	237
5.9.4. Право на медичне забезпечення	238
 РОЗДІЛ 6 ПОЛІТИЧНІ ІНСТИТУТИ ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ	 240
6.1. Структура конституційної демократії.	241
6.1.1. Дискурс демократії: від ідеї полісу до цифрової демократії.	241

6.1.2. Структура: матеріальна та процедурна демократія	246
6.1.3. Структура демократії та національна держава	251
6.2. Конституційні моделі політичних систем та доктрина militant democracy/streitbahre Demokratie	255
6.2.1. Структурні зв'язки всередині політичної системи та межі втручання держави у політичні свободи.	255
6.2.2. Класифікація політичних систем. Класифікація за Ларрі Деймондом	257
6.2.3. Конституційні засади політичної системи	260
6.2.4. Доктрина обороноздатної демократії (<i>militant democracy, streitbahre Demokratie</i>)	262
6.3. Політичні партії та популізм	264
6.3.1. Поняття політичної партії.	264
6.3.2. Інституціоналізація політичних партій	266
6.3.3. Вимоги демократичної структури та легітимність політичної партії	267
6.3.4. Функції і завдання політичних партій	268
6.4. Референдум та гарантії народного волевиявлення.	269
6.4.1. Поняття референдуму	269
6.4.2. Референдум як «двосічний меч» демократії	270
6.4.3. Формула референдуму	272
6.4.4. Народна правотворча ініціатива та інші форми безпосередньої демократії	273
6.5. Конституційна інженерія та виборчі системи.	274
6.5.1. Мажоритарна виборча система.	274
6.5.2. Пропорційна виборча система	276
6.5.3. Змішана виборча система	280
6.5.4. Проблеми вибору виборчих систем.	282
6.5.5. Народне представництво і природа представницького мандату	283

РОЗДІЛ 7 ІНСТИТУЦІЙНИЙ ДИЗАЙН ТА КОНСТИТУЦІЙНІ МОДЕЛІ ВЛАДИ	285
7.1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм	286
7.1.1. Основоположні засади	286
7.1.2. Унітаризм	290
7.1.3. Федералізм	292
7.2. Право на самовизначення та сецесія	297
7.2.1. Колоніалізм та національно-визвольний рух	297
7.2.2. Конституювання нових націй та їхнє самовизначення	298
7.2.3. Судова практика	301
7.2.4. Справа про місцевий референдум і анексія Криму: рішення КСУ № 2-рп/2014 та рішення Конституційного Суду Російської Федерації	308
7.3. Форми правління та конституційні цілі	311
7.3.1. Форма правління та поділ влади	311
7.3.2. Форма правління та інституційна спроможність держави.	312
7.3.3. Класифікація форм правління	313
7.4. Поділ влади та система стримувань і противаг	316
7.4.1. Засади доктрини поділу влади	316
7.4.2. Система стримувань і противаг	318
7.5. Судовий конституційний перегляд та незалежність суду	321
7.5.1. Основні засади	321
7.5.2. Незалежність суду та юристократія	325
7.5.3. Моделі судового конституційного контролю.	329
7.6. Парламентаризм і парламентські моделі	332
7.6.1. Вестмінстерська система	333
7.6.2. Німецька модель раціоналізованого парламентаризму.	335
7.6.3. Угорська міністеріальна модель парламенту.	337
7.7. Президентіалізм та змішані моделі	339
7.7.1. Президентські системи.	339
7.7.2. Змішані моделі	342

РОЗДІЛ 8 ІНСТИТУЦІЙНА СПРОМОЖНІСТЬ ДЕРЖАВИ ТА ДЕРЖАВНІ ІНСТИТУЦІЇ	346
8.1. Основні параметри інституційної спроможності держави	347
8.1.1. Обумовленість конституційної структури правами людини	347
8.1.2. Структура інституційної спроможності держави	350
8.1.3. Інституційна спроможність держави та економічні реформи	352
8.1.4. Національний суверенітет та глобалізація і локалізація у праві.	355
8.2. Парламентаризм: парламенти та парламентська автономія.	361
8.2.1. Парламентаризм та парламентська автономія	363
8.2.2. Внутрішня структура парламенту, фракції, народне представництво та автономія парламенту	366
8.2.3. Парламентські процедури та автономія парламенту	368
8.2.4. Парламентський контроль	371
8.3. Екзекутива	372
8.3.1. Монархи, президенти.	372
8.3.2. Уряд.	376
8.4. Виконавча влада: концепція Regulatory State	383
8.4.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному праві	383
8.4.2. Делегування законодавчих повноважень	387
8.4.3. Належна правова процедура та регуляторна держава: роль незалежних агенцій.	389
8.4.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава	390
8.4.5. Судовий контроль та регуляторна держава	392
8.5. Суди.	393
8.5.1. Судова влада як порядок вирішення спорів про право.	393
8.5.2. Моделі судової системи та їх основоположні принципи.	397
8.5.3. Органи сприяння правосуддю	404
РОЗДІЛ 9 СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ	408
9.1. Співвідношення національного та міжнародного права.	409
9.1.1. Основні концепції взаємодії	409
9.1.2. Механізм трансформації міжнародного права у національну правову систему	411

9.1.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права: основні тренди	414
9.2. Багаторівневий конституціоналізм ЄС та конституційний патріотизм	415
9.2.1. Композитна структура конституціоналізму ЄС	415
9.2.2. Мереживоцентрична структура ЄС.	416
9.2.3. Міжнародне право, право ЄС та державний суверенітет: специфіка України	418
9.2.4. Концепція Solange і допустимі межі передачі повноважень наднаціональним інститутам	425
9.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції	426
9.3.1. Природа конвергенції судової юрисдикції	426
9.3.2. Конкуренція судових юрисдикцій.	427
9.3.3. Вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини України.	428
9.4. Нові технології, біоетика та права людини.	430
9.4.1. Вплив біоетики на сутнісний зміст прав людини	430
9.4.2. Сучасна юриспруденція стосовно сутнісного змісту біоетики	435
9.5. Конституціоналізм та перехідна юстиція.	439
9.5.1. Традиційні стандарти забезпечення перехідної юстиції у світлі верховенства права.	439
9.5.2. Цілі перехідної юстиції	443
9.5.3. Інституційні та процедурні гарантії перехідної юстиції	445
9.6. Конституціоналізм, суверенні борги та запозичення держави.	450
9.6.1. Суверенні борги держави та національний суверенітет	450
9.6.2. Парламентський та судовий конституційний контроль за суверенними запозиченнями держави.	452
9.6.3. Засади деліберативної демократії та здійснення запозичень та надання позик державою	454
9.6.4. Основні напрями державної політики у сфері зовнішніх запозичень та сталий економічний розвиток	456
БІБЛІОГРАФІЯ	458

Розділ 1

Предмет та система порівняльного конституційного права

1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура
2. Методологія порівняльного конституційного права
3. Конституційна ідентичність та конституційні системи
4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)

Література

- Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, Susanne Baer (Eds.) (2010). *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*. Thompson West.
- Hirschl Ran (2016). From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies. 1(11) *Int'l Jnl of Constitutional Law* 1-12.
- Michel Rosenfeld, Andras Sajó (Eds.) (2003). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Ребет Лев (2017). *Порівняльна метода у науці про право*, Київ-Мюнхен: Логос.
- Речицкий Всеволод (2010). *Политический предмет конституции*, Харьков, Право.
- Савчин Михайло (2018). *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*, Ужгород
- Савчин Михайло (2006), *Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права*. Ю. Шемшученко, О. Кресін (ред) *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*.
- Старосольський Володимир. *Держава і політичне право*. В 2-х ч. Київ: Логос, 2017.
- Франкенберг Гюнтер. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение. 3-4 *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004
- Шевчук Станіслав (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Український центр правничих студій
- Tushnet Mark (1999). The Possibilities of Comparative Constitutional Law. 108 *The Yale Law Journal* 1225-1309
-

1.1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура

1.1.1. Конституційний телос (цілі)

Визначення цілей конституційного права було обґрунтовано у працях мислителів епохи Відродження та Просвітництва. Їх правове оформлення було здійснене в результаті низки буржуазних революцій (Англія і Франція) та національно-визвольних воєн (Гетьманщина, Нідерланди, США). Структуру сучасного конституційного права складають: а) конституційні цілі; б) співвідношення конституційного права та публічного права; в) співвідношення конституційного права та приватного права; г) в умовах перехідної конституційної демократії має також значення співвідношення етатистського та ліберального підходу. Сучасне конституційне право є результатом діалогу представників різних цивілізацій людства, у результаті чого сформувалася згода щодо соціальних цінностей, які, певним чином юридично формалізуючись, набувають характеру конституційних принципів. З цих міркувань є важливою роль порівняльного конституційного права, яке надає імпульс розвитку доктрини, законодавства та адміністративної і судової практики у національних правопорядках. Як пишуть Том Гінзбург і Роксана Діксон, піднесення письмової форми конституції, як загальноприйнятої в кінці 18 століття, розширило сферу конституційного права до більш систематичного розвитку та відмежування його від політичної теорії *per se*¹.

До основних конституційних цілей відносяться: (1) обмеження свавілля влади на засадах поваги приватної автономії та (2) гарантії прав людини і основоположних свобод. Такі конституційні цілі сформульовані у період Просвітництва як результат осмислення емпіричного досвіду функціонування абсолютистських монархій, свавілля яких необхідно було обмежити. Критерієм обмеження були визнані права людини, які виводилися, зокрема Гуго Гроцієм та Франціско Суарезом, із природного права на спротив тиранії, забезпечення вільного від зовнішнього тиску вибору індивіда.

1.1.2. Конституційне право та публічне право

Існують два основних підходи до розуміння співвідношення конституційного та публічного права. Питання полягає в тому, чи можна його інтерпретувати через призму концепту галузі права², що, як буде нижче показано, не є

¹ Tom Ginsburg, Rosalind Dixon (eds.) (2011) *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar 2.

² Козюбра М. (2019) Конституційне право: галузь права чи особлива базова підсистема – стрижень національної правової системи 3 Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки 70-76.

зовсім доречним. Насправді конституційне право є зводом основоположних принципів, які пронизують правову систему.

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

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

Виходячи із цього, можна сформулювати своєрідну пентаграму Порівняльного конституційного права:

- 1) гарантії прав людини і основоположних свобод;
- 2) моделі легітимації влади та її обмеження правами людини;
- 3) моделі національного суверенітету та контролю народу над владою;
- 4) владні відносини та забезпечення балансу повноважень;
- 5) співвідношення конституційного та міжнародного права, конституційного та наднаціонального права.

1.1.3. Конституційне право та приватне право: доктрина «горизонтального ефекту»

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

Доктрина «горизонтального ефекту» конституції сформульована у конституційній юриспруденції. Зокрема, Верховний суд Ізраїлю у справі *Kibbutz Hatzor* наголошує на чинності конституційних принципів охарактеризував їх як: «Нормативна парасолька, розкрита над всім законодавством». Федеральний конституційний суд Німеччини висловився, що конституційні цінності складають «об'єктивну цінність для правової системи» (*Lüth Case*). Справа стосувалася здійснення свободи договору у контексті реалізації договору прокату у кінотеатрах фільму, в якому компліментарно висвітлювалися окремі аспекти нацистської ідеології, що суперечило засадам вільного демократичного конституційного порядку. Верховний суд Нью-Йорка щодо застосування санкцій фінансового характеру наголосив, що: «судовий аналіз виходить не з форми, у якій була здійснена державна влада, а, незалежно від такої форми, з визначення того, чи була вона фактично здійснена» (*New York Times Co. v. Sullivan*).

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Party Effect*) є усталеним поняттям у

порівняльному конституційному праві³. Вперше цю концепцію було застосовано у 1953 році Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lüth*, відповідно до якої, права і свободи людини становлять особливу цінність конституційного ладу, тому основні права і свободи пронизують та визначають зміст норм приватного права і, насамперед, цивільного права. Тому, незважаючи на те, що між горизонтальним ефектом та прямою дією конституції є певні спільні риси, насамперед йдеться про те, що конституція закладає фундаментальні цінності для приватного права. Таким чином, змінюються акценти щодо дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цим конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права⁴. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lüth*, положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до яких конституція

«встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і слугує пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися відповідно до її духу»⁵.

Згідно з прецедентним правом ФКС Німеччини, «в основоположних нормативних областях, особливо в області здійснення основоположних прав, якщо вони підпадають під державне регулювання, законодавець зобов'язаний

³ Абвель М. (2005) Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? 4 *Сравнительное конституционное обозрение* 93-103; Гарлицкий Л. (2005) Взаимоотношения частных лиц Конвенции о защите прав человека и основных свобод 4 *Сравнительное конституционное обозрение* 114-122.

⁴ Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» 2 *Сравнительное конституционное обозрение* 28-36.

⁵ Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham: Duke University Press 363.

сам приймати всі істотні рішення». Таким чином, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, повинно бути заснованим на законі.

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї над-позитивного характеру основних прав і свобод у бік думки, що Основний Закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини як недоторканий і тим самим як один із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними.

Німецький конституціоналіст Гюнтер Тойбнер виділяє такі аспекти доктрини горизонтального ефекту на прикладі цифрових технологій⁶:

- 1) вона виражає конституційні права як своєрідні колективні інституції, оскільки передбачає їхнє зважування у контексті приватних і публічних відносин;
- 2) експансіоністські тенденції держави у сфері медіа, коли вертикальна структура прав людини як правомірної вимоги приватних осіб, що зумовлює обов'язок захисту держави, накладається на відносини рівності та еквівалентності між приватними особами – це зумовлює втручання держави для вирівнювання такого положення з міркувань захисту слабшого з використанням всієї соціоекономічної структури держави;
- 3) наповнення змістом конституційних прав у кіберпросторі, що зумовлює наповнення адекватним змістом організацію та процес при вирішенні питання щодо притягнення до відповідальності порушників, які свавільно втручаються у сферу приватної автономії інших приватних осіб.

1.1.4. Конституційне право: етатистський та ліберальний підхід

Вельми проблемним для молодих перехідних конституційних демократій є подолання спадщини тоталітаризму та/або авторитаризму. У контексті конституційної історії постсоціалістичних та пострадянських країн цим є радянська соціальна інженерія. Ця соціальна інженерія була спрямована на атаку приватності особи. Так, сталінська Конституція 1936 р. закріплювала право на житло, хоча насправді основна маса населення проживала в гуртожитках,

⁶ Teubner, Guenter (2017) Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case of Digital Constituion 03(01) *The Italian Law Journal* 193–205.

бараках та комунальних квартирах, де простір приватності скорочувався до мінімуму. Це сприяло посиленню контролю держави за поведінкою індивіда, роблячи його більш схильним до виконання різних державних програм.

Іншим чинником соціалістичної спадщини у конституційній динаміці пострадянських країн є надмірне формальне розуміння прав. Як справедливо наголошував український дисидент Євген Сверстюк, на практиці це виражалося у «застосуванні» закону, а не його чинності, складовою чого є повага до прав людини, оскільки закон виражає допустимі межі втручання держави у сферу приватності особи.

Натомість інтерпретація конституційного права як сукупності фундаментальних цінностей і принципів, заснованих на повазі людської гідності, відкидає такий підхід. Адже загальні принципи права визначають, насамперед, стандарти і вимоги до організації та діяльності держави у світлі конституційних цілей – обмеження державної сваволі та захисту прав людини. З інституційної точки зору, найбільш гострою дилемою молодих конституційних демократій є співвідношення верховенства парламенту та судового конституційного контролю. Доволі часто невирішення цієї дилеми призводить до занепаду національної державності (Білорусь, Узбекистан, Російська Федерація), при якій доволі складно говорити про реалізацію певної моделі конституціоналізму.

1.2. Методологія порівняльного конституційного права

1.2.1. Основні засади

Засади і правила методології компаративних досліджень залежать від цілей, суті проблеми, яку необхідно вирішити, та масштабів і рівня порівняльно-правового аналізу. Тому методи компаративних досліджень можуть по-різному поєднуватися і застосовуватися. Однак при цьому необхідно дотримуватися певних фундаментальних положень і засад. Одним із перших фундаментальних досліджень, яким було обґрунтовано методологію компаративних досліджень, є докторська дисертація вітчизняного правознавця Лева Ребета, яка була захищена в Українському вільному університеті (Мюнхен, Німеччина)⁷. Ребет розглядав ознаки конвергенції історичної та природно-правової теорій, визначав рівні порівняння у права, ознаки порівнювано-

⁷ Ребет Лев (2017) *Порівняльна метода у науці про право*. Київ: Логос.

сті у праві (поняття і роди, природну, штучну, випадкова порівнювальність, окремі випадки порівняння непорівнюваних систем), етнологічні, історичні та догматичне порівняння.

Компаративісту в своїх дослідженнях необхідно враховувати суспільний та державний устрій країни, її правову культуру і традиції, наявну правову інфраструктуру, рівень правової техніки юристів тощо. Ретельне вивчення комплексу соціальних та правових явищ, що впливають на процес прийняття правових рішень, повинно стати наріжним каменем формування об'єктивних критеріїв порівняльно-правових досліджень. Вітчизняний компаративіст Петро Мартиненко говорив про порівняльно-типологічний підхід та методологічний потенціал порівняльного правознавства⁸. У цьому контексті він розглядав важливу роль і порівняльного конституційного права, видавши перший посібник в тодішній УРСР у 1987 р⁹.

Академічні компаративні дослідження визначають основні структурні елементи правових систем на рівні традиції права та його принципів. Загально прийнято вважати, що в основі конституціоналізму лежить верховенство права, верховенство основних прав і свобод та легітимність публічної влади (обмежене правління), а також конституційна юстиція¹⁰.

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

Важливим у сучасному порівняльному конституційному праві є місце формулювати конституційні ідеї та смисли, яке умовно можна назвати конституційною ідеографією. Основоположником цього підходу є відомий конституціоналіст Ран Гіршл. На його думку, ідея порівняльного конститу-

⁸ Мартиненко Петро (2015). Порівняльне правознавство: онтологічний статус. Кресін О.В., Ситар І.М. (ред.) *Філософія порівняльного правознавства*. Київ, Львів: Ліга-Прес 15-32. (Вперше опубліковано в 1991 р. у журналі: *3 Вісник Київського університету. Сусп.-політ. Науки* 106 – 118).

⁹ Мартиненко Петр (1987). *Сравнительное конституционное право*. Киев: Киевский гос. ун-ст (пізн. видання, доopr. і доповн.: 1993, 1995, 1996, 1998).

¹⁰ Tushnet, Mark, (2016) *Constitutional Interpretation, Character and Experience* 4 (72) *Boston University Law Review*.

ційного права поступово проходить трансформацію до порівняльного конституційного вчення¹¹. Гадаю, це є вдалою постановкою вирішення питання, над яким б'ються тривалий час ориджиналісти та контекстуалісти при тлумаченні конституції чи прибічники природного та позитивного права. Науковець також пов'язує це із актуалізацією міждисциплінарного підходу, що наразі сприяє поглибленню розуміння сутності та сенсів конституційних явищ і процесів, зокрема конституційної ідентичності у контексті явищ глобалізації та інтеграції у праві. На думку Гіршла, кристалізація конституційного порівняльного права як вчення відбулася на рубежі XIX–XX ст.ст., завдяки працям Алберта Венна Дайсі, Георга Єліннека, Джеймса Брайса. Пізніше визначний внесок у вчення порівняльного конституційного права зробили Райнер Арнольд, Арнім фон Богданді, Стівен Голмс, Доналд Горовіц, Аренд Лійпгарт, Хуан Лінц, Алфред Степан, Джованні Сарторі, Адам Пшеворські, Мішель Розенберг, Ондраш Шайо, Петер Шульце.

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

¹¹ Hirschl, Ran (2014) *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 151–191.

межі законодавчого, адміністративного та судового розсуду, додержання засад юридичної визначеності та обґрунтованості рішень. Це також має чи не вирішальне значення для інтерпретації таких універсальних цінностей, як гідність людини, свобода, рівність.

Звідси, можна сформулювати наступні рівні компаративного дослідження:

- мікро-, мезо- та макрорівень порівняння, про форми прояву якого буде нижче сказано при характеристиці стосовно взаємодії національних правопорядків;
- діахронне та синхронне порівняння; таке порівняння, відповідно, передбачає порівняння певних інституцій, процедур чи правил у різні проміжки часу чи на однаковому історичному етапі розвитку;
- юридична техніка у компаративних дослідженнях (термінологія, законодавча техніка, інтерпретація конституції), що має значення для пошуку кращих взірців імплементації, транспозиції позитивного досвіду у розвиток національної конституційної традиції на засадах комплементарності (сумісності).

1.2.2. Функціональний метод

Сутність цього методу полягає у визначенні оптимального способу вирішення конкретної проблеми, яку ставить перед собою компаративіст. Він ґрунтується на постановці проблемного питання, що супроводжується робочою гіпотезою, підбіркою зарубіжного правового матеріалу, вибором критеріїв їх дослідження та формулювання методики “автономного” таумачення обраної правової проблематики. На думку прибічників цього методу Конрада Цвайгерта і Гайнца Кьотца, це дає змогу зробити коректний порівняльно-правовий аналіз правових явищ і процесів. На переконання авторів функціональний метод вирішує як теоретичні, так і практичні завдання юриспруденції, він створює «умови для більш глибокого вивчення правового матеріалу, щоб досягти його адекватного осмислення і, в кінцевому результаті, підняти право на більш високий якісний рівень»¹².

В основі функціонального методу лежать спільні правові принципи, які розглядаються як нейтральний правовий інструментарій, хоча така позиція піддається сумніву. Зокрема, на думку Луїса Л. Джаффе, щоб суддя нейтрально його застосував, необхідно щоб він «широ вірив у принцип, на [підставі якого] він претендує на [ухвалення]рішення». «Суддя, – каже Джаффе, – по-

¹² Цвайгерт К., Кетц Х. (2000) *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. В 2-х тт. Том I. Основы: пер. с нем. Москва: Междунар. Отношения 51.

винен вірити в обґрунтованість підстав рішення, принаймні в тому сенсі, що він готовий застосувати їх до подальшої справи, яку він не може чесно розрізнити»¹³. На його думку, «суддя не повинен, тобто, приймати рішення беззаконно. Але чи є вимога щодо нейтралітету суддів просто черговим вибором цінності, тої, яка не є більш принциповою, ніж будь-яка інша? Думаю, ні, але для того, щоб це довести, ми повинні знову повернутися до фундаментальних правових засад. Це є знайома сфера, але важлива і все ще предмет дебатів»¹⁴. Все упирається тут у балансування як різновид принципу пропорційності, який є засадничим для сучасного права як системи, яка є саморегулювною та самовідтворюваною (автопоєзис права).

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

- 1) постановка робочої гіпотези у компаративних дослідженнях;
- 2) під час збору матеріалів для порівняльно-правового аналізу, компаративісту необхідно володіти «винахідливістю» щодо систематизації норм іноземного права, функціонально ідентичних норм національного права;
- 3) «презумпція ідентичності» виступає як засіб прийняття практичних рішень:
 - насамперед може вказати досліднику правильний шлях – яку сферу іноземного права необхідно обрати для виявлення відповідності та подібності норм іноземного та вітчизняного права, щоб прийняти аналогічне рішення на практиці;
 - слугує засобом контролю правильності досягнутих результатів, дозволяє корелювати обсяг дослідження;
- 4) виведення загальних принципів права. Критерії порівняльного аналізу необхідно будувати на загальних рисах правових інститутів, які регулюються у національному праві, що є типовими у конкретній правовій сім'ї;
- 5) визначення варіантів вирішення академічної проблеми та здійснення автономного тлумачення під час вирішення прикладних проблем.

На основі цього формується, власне, єдина система порівняльно-правового дослідження, в яку необхідно включити однотипний понятійний апарат, гетерогенний по відношенню до порівнюваних правових інститутів. У цьому

¹³ L. Jaffe (1969) *English and American Judges as Lawmakers*. Oxford : Clarendon Press 38.

¹⁴ Bork, Robert H. (1971) *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* 47(1) *Indiana Law Journal* 2

випадку можна освоїти специфіку стилю законодавчих актів (статутного права), засобів судового тлумачення.

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

1.2.3. Формальний метод

На думку проф. Юрія Тихомирова, який він ще іменує методом державно-правової ідентифікації, цей метод інтегрує в собі логічні методи та метод порівняльного аналізу у компаративістичних дослідженнях. Метод заснований не лише на об'єктах, формах і методах правового регулювання, а також на виявленні місця правового акту в конкретній правовій системі та його внутрішньогалузевих і міжгалузевих зв'язках. «Вона означає усвідомлене ототожнення громадянина як зі своєю системою права, законодавства, так і з близькими політичними, релігійними і моральними поглядами»¹⁵. З певних причин надається пріоритет порівняльному аналізу законодавства, хоча не відкидається можливість порівняльного дослідження інших аспектів правових систем.

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

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

З формально-юридичної точки зору визначається ефективність нормативного регулювання досліджуваних правових інститутів, галузей, масивів зако-

¹⁵ Тихомиров Ю. (1996) *Курс сравнительного правоведения*. Москва: Юридическая литература 57.

нодавства з традиційних позицій російської теорії права. Необхідно визначити кількісний і якісний стан нормативного регулювання, зокрема, ступінь розвитку законодавчої техніки, правового режиму тощо.

ii) *Змістовний аспект.* Під час дослідження змістових аспектів правових інститутів, норм беруться до уваги варіанти вирішення економічних, соціальних та інших завдань, їх відповідність конституції та міжнародним актам. У разі порівняльно-правового аналізу відповідності правових рішень загально визнаним принципам і нормам міжнародного права необхідно врахувати: механізм забезпечення правових рішень, способи вирішення колізій; ступінь забезпеченості правових рішень фінансовими, матеріально-технічними, організаційними і кадровими ресурсами; ступінь відповідності порівнюваних норм правам і законним інтересам учасників правовідносин; ступінь нормативного регулювання, наявність прогалін у праві.

Метод державно-правової ідентифікації, очевидно, побудований на домінанті публічного інтересу у проведенні порівняльно-правового аналізу. Під час формування змістовних критеріїв порівняльного дослідження впадає у вічі формалізація процедур, коли надається перевага стану правового регулювання. «Догмат закону» закриває критичний погляд на можливі варіанти та пріоритети, ухвалюючи правові рішення, за можливого розвитку правових процедур. Також залишаються нез'ясованими об'єктивні умови та фактори самоорганізації правової системи у цілому, побіжно вирішуються проблеми юридичного функціонування.

Формальний підхід не враховує такі важливі компоненти порівняльного конституційного права, які, за Раном Гіршлем, є сьогодні чи не визначальними для розуміння закономірностей розвитку конституційних систем та розуміння їх природи, зокрема, проблеми відмінності Півдня і Півночі тощо. Як вказує науковець, методологія конституціональних досліджень важлива у рамках дискусії між «універсалістами», які наголошують на спільності політичних спільнот, що сприяють порівнянню конституцій, та «партикуляристами», які наголошують на унікальності політичних спільнот, що, власне, і перешкоджає порівнянню. Ще існує проблема надання переваг конституційним системам Глобальної Півночі за рахунок систем Глобального Півдня як перешкоди для півдних та нових конституційних відкриттів. Загалом Гіршл виступає за посилене використання емпіричних методів, які вже часто застосовуються в конституційних дослідженнях, включаючи принципи вибору

ситуацій, досліджень, орієнтованих на умовиводи, дослідження малого та великого N, а також баєсівський (Bayesian) статистичний аналіз наборів даних¹⁶.

До цього методу також деякою мірою примикає і метод вираження, згідно з яким «конституції виникають із самобутньої історії кожної нації і виражають її самобутній характер»¹⁷. При цьому як приклад наводиться індійська конституція, яку Верховний суд Індії тлумачить з урахуванням світського і демократичного характеру держави та високого ступеня стратифікації суспільства, в якому є багато релігійних конфесій, серед яких існує потреба забезпечення балансу інтересів. Загалом цей підхід також є сприятливим для забезпечення конституційної ідентичності та конституційного патріотизму, оскільки дає змогу пристосувати універсальні принципи права до специфіки національної конституційної системи.

1.2.4. Синтетизм

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

У свій час автором цих рядків було обґрунтовано синтетичну методіку порівняльного аналізу, засновану на закономірних зв'язках та впливі на них випадкових факторів усередині правової системи¹⁸. Алгоритм синтетичного компаративного дослідження такий:

¹⁶ Ran Hirschl (2014) *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁷ Tushnet Mark (1999), *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *The Yale Law Journal* 1270; Mary Ann Glendon (1987) *Abortion and Divorce in Western Law* 8.

¹⁸ Савчин М.В. (2006) *Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права*. Ю.С. Шемшученко, О.В. Кресін (ред.) *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*. Київ: ІДП ім. В.М. Корецького НАНУ, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАНУ. 136-144.

- 1) визначення проблеми, яка потребує вирішення, виходячи із функціонального критерію;
- 2) накопичення матеріалу дослідження, з огляду на особливості правової традиції, системи джерел права та їх інтерпретації, а також правової культури правил, процедур, інститутів або правових систем, які порівнюються;
- 3) визначення нормативної основи порівняльно-правового дослідження:
 - горизонтальної структури конституційного та міжнародного права, ступінь конкретизації цих норм у національних правопорядках, насамперед у поточному законодавстві;
 - вивчення прецедентного права органів конституційної юстиції та заснованих на конституційній преюдиції актів загальних судів вищих інстанцій;
 - визначення сфери закону та техніки делегування законодавчих повноважень парламентами урядові та можливість видання главами держав актів, що прирівнюються за юридичною силою до закону;
 - визначення ступеня свободи розсуду уряду та адміністрації у регламентарній правотворчості;
- 4) визначення зворотних зв'язків між законодавством і судовою практикою:
 - можливість судового коригування стану законодавчого упущення у випадку «мовчання» закону;
 - можливості судів формулювати прецеденти в силу застереження в законі;
 - характер судової практики та її впливу на стан визнання правовідносин у національних правопорядках.
- 5) визначення юридичної природи інтерпретації правових норм можна вести за такими параметрами:
 - дослідження ролі повноважень судів юстиції в інтерпретації (тлумаченні) правових норм, тобто у загальній сукупності їх повноважень стосовно розгляду спорів про право;
 - визначення «правового стилю» ухвалення рішень судами, порядку добору судами матеріалів справи та формування відповідної доказової бази;
 - засоби юридичної техніки, зокрема техніки формулювання юридичних конструкцій, понять та термінів; з'ясування домінуючих методів формальної юридичної логіки, які лежать в основі обґрунтування рішень судів (зокрема ролі юридичної догматики);

- юридичний зв'язок судової практики із практикою правотворення, зокрема форм впливу цих органів на законотворення, статутне право парламентів;
 - сумісність актів інтерпретації судів із системою джерел права, їх вплив на правову систему, зокрема через керівні принципи, правові позиції судочинства;
- б) сумісність структурних елементів порівнюваних правопорядків на основі загальних принципів права;
- 7) визначення можливості запозичення/рецепції правил, процедур, інститутів іноземного права та їх адаптації; можливості зближення/уніфікації законодавства.

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

1.3. Конституційна ідентичність та конституційні системи

Порівняльне конституційне право розкриває деякі відповіді, пов'язані із конституційною ідентичністю. Водночас конституційна ідентичність має пряму кореляцію із національною конституційною традицією, що на сьогодні визначається переважною більшістю національних правопорядків, в яких реалізовані основні постулати сучасного конституціоналізму. Водночас проблема ідентичності має індивідуальний та колективний вимір¹⁹, що важливо для інтерпретації гідності в аспекті самоідентичності особи та здатності спільнот формулювати і відтворювати суспільні інституції, які допомагають суспільству досягти такого ступеня політичної інтеграції та ідентичності, що

¹⁹ Про індивідуальний і колективний вимір ідентичності пише також і Френсіс Фукуяма: вона в нього розглядається через призму потреби в гідності та політики скривденості. Але, говорячи про самоідентифікацію та самовираження в гідності, Фукуяма випускає третій аспект гідності – можливість особи, як самодостатнього, суверенного індивіда, вільно розвиватися. Див. Фукуяма Ф. (2020) Ідентичність. Потреба в гідності й політика скривденості. Київ: Наш Формат.

дозволяють створити національну державу як політичний союз вільних громадян. Як слушно пише Олександр Водянніков²⁰:

«У певному сенсі концепцію традиції можна розглядати крізь призму фукюдівської методології, і в такому сенсі традиція повинна стати належним інструментом дослідження динаміки в праві. Адже ідея традиції дає можливість дослідити зв'язок та вплив минулого на сучасне».

Сама по собі ідентичність базується на правовій традиції як системі формування, відтворення та примноження певних інститутів

1.3.1. Особливості конституційної ідентичності

Конституційна ідентичність після становлення Вестфальської системи у 1648 р. по закінченні Тридцятилітньої війни насамперед уособлюється у національній державі (*State-Nation*). Основою сучасного розуміння є концепт соціолога Лоренца Кольберга, який виділяє такі рівні ідентичності: індивідуальну, соціальних груп (спільнот), національних держав. Також сьогодні тривають дебати про наднаціональну ідентичність, серед форм якої розглядають принаймні громадянство Європейського Союзу. На конституційному рівні проблема ідентичності полягає у питанні громадянства, оскільки, згідно із консервативним підходом, громадянство покликане забезпечити національно етнічну ідентичність, ліберальні підходи тяжіють, у свою чергу, до лояльності цінностей конституційної демократії.

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

1.3.2. Основні форми взаємодії національних конституційних порядків та конституційні системи

Різноманітність національних конституційних культур і традицій зумовлює обмін ідеями, техніки розробки та прийняття конституції, таумачення конституції та здійснення законодавчої діяльності. Така взаємодія відбувається на трьох рівнях:

²⁰ Олександр Водянніков. Традиція конституційних цінностей в епоху криз. Гришук О. (2019) *Філософія конституційних цінностей*. Київ: ВАІТЕ 11

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

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

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

Взаємодія національних конституційних традицій зумовляє такі функції порівняльного публічного права: а) зближення національних стандартів забезпечення основних прав і свобод, запровадження демократичних інститутів та процедур; б) вироблення і запровадження єдиних стандартів функціонування публічної влади, заснованої на повазі до особистості індивіда, його гідності та основних прав; в) уніфікацію правил та процедур прийняття владних рішень відповідно до принципу верховенства права, поваги до гідності індивіда; г) вироблення єдиних стандартів та критеріїв тлумачення конституційних норм.

Однак такі форми взаємодії водночас можуть розглядатися як потенційні загрози національним конституційним традиціям. Прихід до влади націоналістичних консервативних сил у США на чолі з Дональдом Трампом, в Угорщині – ФІДЕС на чолі з Віктором Орбаном, партії «Право і справедливість» Ярослава Качинського у Польщі є рефлексією на посилення міграційних процесів, що вплинуло насамперед на економічну міграцію, зростання конкуренції на національних ринках зайнятості. Хоча якщо розібратися зі структурою зайнятості, то мігранти насамперед посідають ті ніші професій, які вже не розглядаються працівниками країн-реципієнтів мігрантів як престижні. Такі проблеми, які радше є відображенням дискримінаційних практик, аніж атака на національну ідентичність, що викривляє сутність проблематики, яка насправді штучно демонізується і набуває певних екзистенційних значень. У цьому контексті цілком лежить риторика російського президента Владіміра Путіна, який методично впроваджує корпоративістський проект російської державності («руській мір», «духовні скрепи», авторитаризм, державний монополізм в економіці), що нагадує корпоративізм італійської моделі фашизму. Такі підходи заперечують ідею конституційних запозичень та взаємодію між національними конституційними традиціями. Національні порядки, за таких

умов, стають автаркіями та запереченням конституційних цінностей і принципів, заперечення ідеї конституції *per se* (як такої).

1.3.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції

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

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

У свою чергу, це породжує конкуренцію судових юрисдикцій, яка може виступати у таких варіаціях: а) верховні суди та наднаціональні інституції (наприклад, Суд ЄС); б) конституційні суди та наднаціональні суди у контексті верховенства конституції; в) конституційні суди, верховні суди та міждержавні суди (наприклад, ЄСПЛ). Конкуренція юрисдикцій передусім має своїм джерелом відмінності у структурі національних судових систем та процедур оскарження судових рішень.

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

Хоча такий підхід є не бездоганним з точки зору певних національних правопорядків (наприклад, Ізраїлю), оскільки на це впливає національний досвід забезпечення захисту основоположних цінностей.

Якщо все це екстраполювати на специфіку України, то існує вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні. Особливу роль це має для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом України, елементів обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини при розгляді конституційних скарг. У зв'язку із актом агресії Росії проти України, анексії нею Криму та скоєння низки злочинів проти людяності і миру мають значення рішення Міжнародного суду ООН (справи Намібії, Нікарагуа), Міжнародного трибуналу у справах колишньої Югославії (справи Караджича, Мілошевича) та Європейського суду з прав людини («Мозер проти Молдови та Російської Федерації»).

1.4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)

1.4.1. Основні поняття та структура конституційного запозичення

Існують різні точки зору щодо обміну досвідом у конституційному праві – перенесення (*Алан Вотсон*), запозичення, акультурація, взаємодія, сприйняття, міграція, циркуляція. Роско Паунд у свій час зазначав, що «історія системи права переважно є історією запозичення юридичного матеріалу з інших правових систем або пристосування матеріалів поза правом»²¹. Переважно, конституційні запозичення здійснюються у сфері конституційної юриспруденції та сфері законотворення. З точки зору розвитку доктрини, конституційні запозичення є найбільш динамічними, але вони можуть мати нетривкий характер або це залежить від ступеня впливу конкретної взятої доктрини на розвиток глобального конституційного права. Якщо розглядати цю проблематику з боку конституційної ідентичності, то на перший план виступають ідентифікуючі маркери конституційного порядку конкретної країни. Наприклад, для України такими маркерами слугують: індивідуальна свобода, унітаризм, збалансований розвиток регіонів, інституційна спроможність держави.

Термін *constitutional transplant* був введений в обіг у 1974 р. Аланом Вотсоном, і він передбачає механічне перенесення певних правових інститутів,

²¹ Roscoe Pound, (1938) *The Formative Era of American Law* 94.

правил і процедур у національне право із зарубіжного. Швидше за все, це була певна рефлексія на ухвалення британським парламентом Акту про Європейські Співтовариства 1972 р., яким було імplementовано у правову систему Англії окремі елементи права ЄС.

Конституційні запозичення передбачають включення у національну конституційну систему певних елементів зарубіжних чи міжнародного правопорядку, яке передбачає їх модифікацію із урахуванням особливостей конституційної системи держави-реципієнта. Зокрема, на сьогодні доктрина незалежних державних регуляторів та регуляторних актів не сприймається Конституційним Судом (висновок № 7-в/2019, рішення № 5-р/2019), консервативно та догматично інтерпретуючи принцип поділу влади. Так само, незважаючи на запозичення французького прототипу семіпрезидентіалізму, практика Конституційного Суду відкидає підхід виділення двох сфер повноважень президента, притаманних йому (*inherent powers*): 1) передбачених (*enumerated*) у конституції та 2) повноважень, які випливають із сутності конституційних функцій президента (*implied powers*).

Прикладом поєднання цих процесів може слугувати рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 у справі про госпіталізацію особи до психіатричного закладу. Суд, сформулювавши принцип дружнього ставлення до міжнародних договорів, практично застосував метод трансплантації. Таумачачи ч. 1 ст. 29 Конституції, Суд вказав, що вона містить загальну заборону довольного обмеження свободи особи без судового контролю, який є обов'язковим. Оскільки Конституція не містить переліку щодо підстав затримання особи і віддає на розсуд законодавця, то це жодним чином не означає, що Верховна Рада регулює ці питання на свій розсуд. Насправді Верховна Рада є зв'язаною ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка містить виключний перелік підстав для обмеження свободи особи. У цьому рішенні Конституційний Суд здійснив і конституційне запозичення, оскільки він адаптував зміст принципу пропорційності до особливостей правової системи України.

У порівняльному конституційному праві визначають таку структуру запозичення: а) об'єкт; б) період; в) мотивація; г) зв'язки²². Визначаючи структуру конституційного запозичення, слід мати на увазі різні модули конкретизації конституції на рівні законодавства та судової практики; на цей процес може впливати також організація публічної влади, зокрема судоустрій. Три останні

²² Rosenfeld/Sajo (Eds.) (2012), *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press 1313-1322.

компоненти запозичення пов'язані із природою стійкості та жорсткості внесення змін до конституції – тут головним чинником виступають запобіжники щодо зловживання з боку влади під час внесення змін до конституції. Загалом, здійснюючи конституційні запозичення, варто орієнтуватися на конституційні цілі – гарантії прав людини та збалансований поділ влади.

Існують особливості перенесення у публічному та приватному праві. Специфічною рисою перенесень у конституційному праві є те, що цей процес трансформації чи імплементації норм чи принципів, що має найвищу юридичну силу і має пряму дію у національній правовій системі. Конституційні норми і принципи є концентрованим виразом правової матерії і вони часто визначають зміст положень публічного і приватного права. У разі існування конституційних положень, спрямованих на захист певних цінностей (права людини, національний суверенітет, світський характер держави тощо), то процес конституційних запозичень ускладнюється і може бути блокований. Запозичення на рівні законодавства та судової практики є більш гнучкими, і вони також можуть розглядатися як легітимні, у разі належної конкретизації конституційних принципів і норм. Якщо говорити про запозичення у приватному праві, то вони є набагато гнучкішими, оскільки мають багатоманітність прояву: у договірній практиці, у типових умовах договорів, запозиченні на рівні судової практики та актів законодавства.

1.4.2. Значення зарубіжного права в інтерпретації конституції

Глобалізація накладає свій відбиток на діяльність конституційної юстиції, оскільки передбачає обмін ідеями та формулювання на цій основі нових ідей та сенсів. Якщо доктрина відіграє основну роль у поширенні ідей конституціоналізму, то взаємодія органів конституційної юстиції сприяє імплементації цих ідей як нормативної основи вирішення конкретних юридичних спорів та критеріїв конституційності правових актів органів публічної влади, про що, зокрема, також говорить і Ран Гіршл²³. Зростає роль обміну досвідом діяльності органів конституційної юстиції у рамках Світового конгресу конституційних судів та подібного роду регіональних об'єднань органів конституційної юрисдикції (наприклад, Європейської конференції конституційних судів) тощо.

Обмін досвідом між конституційними судами сприяє зближенню (конвергенції) конституційної юриспруденції, що полягає у взаємному впливі під час застосування техніки обґрунтування рішень конституційної юстиції,

²³ Ran Hirschl (2014) *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 11.

запозичення окремих ідей чи викладу сутності основоположних принципів чи цінностей як юридичної основи аргументації власних рішень. Природа конвергенції судової юрисдикції полягає, насамперед, у застосуванні ними загальних принципів права як нормативної основи аргументації судових рішень. У такому випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції визначення судових стратегій та застосування принципів права, яке було підняте у свій час Рональдом Дворкінім²⁴. Це має важливе значення для розуміння доктрини політичного питання, зокрема, питань зовнішньої політики та захисту конституційних цінностей, перебігу політичного процесу та проблеми забезпечення балансу правлячої більшості та опозиції тощо.

Існує вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні. Особливу роль це відіграє для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом елементів обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини під час розгляду конституційних скарг. У зв'язку із актом агресії Росії проти України, анексії нею Криму та скоєння низки злочинів проти людяності і миру, мають значення рішення Міжнародного суду ООН (справи Намібії, Нікарагуа), Міжнародного трибуналу у справах колишньої Югославії (справи Караджича, Мілошевича) та Європейського суду з прав людини («Мозер проти Молдови та Російської Федерації»).

Спостерігається співвідношення між принципом верховенства конституції та мінімальними стандартами захисту прав людини у міжнародному праві. Найскладнішим є тлумачення Конституції у співвідношенні з міжнародними договорами. Є зворотний бік медалі цього процесу – верховенство Конституції над міжнародними договорами. Міжнародні договори закладають мінімальні стандарти захисту прав людини. Рано чи пізно Конституційному Суду України доведеться вирішувати цю дилему. І, звісно, на користь Конституції, у разі, якщо її тлумачення свідчатиме про більш високі стандарти захисту, аніж це гарантує міжнародний договір.

Правовий плюралізм сьогодні полягає у залученні до процесу творення права недержавних суб'єктів та горизонтальному ефекті прав людини. Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають

²⁴ Рональд Дворкин (2004) *О правах всерьез*, Москва: РОССПЭН. 43-53

зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права²⁵. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth*²⁶, положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, відповідно до яких конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і слугує пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу»²⁷.

У свою чергу, недержавні актори правотворення мають значний вплив на подальшу еволюцію конституційного права. Відповідно, формулювання правил і процедур на кшталт *Lex Mercatoria*, *lex digitalis* свідчать про посилення приватно-правових механізмів їх демократичної легітимації, оскільки вони ґрунтуються на соціальній взаємодії та виражають згоду щодо змісту певних цінностей. Такі механізми дають більш широку основу для демократичної легітимації правил, оскільки така базується на апробації певних практик правозастосування, які власне і створюють механізм їх верифікації та досягнення згоди як певних фундаментальних цінностей.

²⁵ Марк Ташнет, (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту», 2 *Сравнительное конституционное обозрение* 28.

²⁶ Luth Case, *BVerfGE* 7, 198

²⁷ Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham: Duke University Press 363.

Розділ 2

Історія та основні ідеї конституціоналізму

1. Поняття та структура конституціоналізму
2. Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Charta до Славної революції
3. Від демістифікації тіла короля до ідеї суверенітету: тіло короля, Франція та Московія (епоха Смути)
4. Утвердження ідеї прав людини: Гуго Гроцій, Біль про права людини та універсалізм прав людини
5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єеса і Руссо
6. Парламентаризм та юдикатура: Федераліст та американська система
7. Криза ліберальної демократії та Карл Шмітт
8. Перехідні державні системи і конституціоналізм
9. Сучасні тенденції конституціоналізму: супранационалізм та конституційний патріотизм

Література

- Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham: Duke University Press
- Rosenfeld Michel, Sajo Andras (Eds.) (20), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press
- Бориславська Олена (2018) *Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз*. Харків: Право.
- Гамильтон Александер, Медисон Джеймс, Джей Джон (2006), *Федераліст*, Москва: Ладомир.
- Лок Джон (2001), *Два трактати про врядування*, Київ: Основи.
- Савчин Михайло (2009), *Конституціоналізм і природа конституції*, Ужгород: Поліграфцентр Ліра.
- Таманага Браян (2007), *Верховенство права: історія, політика, теорія*, Київ, Вид-во НаУКМА.
- Токвіль Алексіс де (2000), *Давній порядок і революція*, Київ: Основи.
-

Шайо Андраш (2001), *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК.

Шевчук Станіслав (2001), *Основи конституційної юриспруденції*, Київ: Український центр правничих студій.

Шмитт Карл (2000), *Политическая теология*, Москва, Канон-Пресс-Ц.

2.1. Поняття та структура конституціоналізму

Конституціоналізм визначає природу конституції через призму соціальних цінностей, щодо яких склався у суспільстві консенсус. Виражаючи правові засади політичної єдності, взаємозв'язку інститутів громадянського суспільства та публічної влади, конституційний лад визначає основні параметри особистої свободи індивіда та раціональні засади організації публічної влади. Така система правління визначає гарантії прав людини і основоположних свобод та організації публічної влади на засадах її поділу та обмеження свавільного застосування закону.

2.1.1. Рівні конституціоналізму

Конституціоналізм як соціальне явище відображає еволюцію поглядів, ідей, доктрин про природу конституції та політико-правову практику втілення таких ідей в життя. Сутністю конституціоналізму є обмеження проявів сваволі публічної влади та здійснення судового контролю за актами органів публічної влади на предмет їх відповідності засадам верховенства права. У теорії і практиці конституціоналізму такими критеріями є неприпустимість свавільного втручання у приватну сферу індивіда, діяльність органів публічної влади у суворо визначених конституцією і законом межах тощо. Доктрина і практика конституціоналізму є реакцією на практики авторитаризму, ухвалення авторитарних рішень. Конституціоналізм як феномен виникає і отримує своє інтелектуальне обґрунтуванням в епоху становлення системи публічної адміністрації у континентальній Європі протягом XVII-XVIII століть.

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

конституціоналізму і визначають специфіку саме теорії конституції. Інакше вважає Анжеліка Крусян, яка виділяє інституціональний (нормативна і публічно-владна основа) і функціональний рівень конституціоналізму²⁸. Коли ми говоримо про те, чи існують реально певні інституції чи процедури і правила обмеження влади, ми це питання не можемо ставити *ad abstracto* – тут мається на увазі конкретний соціальний контекст та задовільний порядок речей, при якому досягаються цілі обмеження влади через конкретні інституційні і процесуальні запобіжники владному свавіллю, критерієм обмеження чого слугують права людини.

Угорський вчений Ондраш Шайо вважає, що «конституціоналізм – це сукупність принципів, порядку діяльності та інституційних механізмів, які традиційно використовуються з метою обмеження державної влади», водночас він застерігає про небезпечність дефініцій – «все консервативне опирається тиранії дефініцій», визначає поняття конституціоналізму так: «Конституціоналізм – це обмеження державної влади в інтересах суспільного спокою. Він намагається охолодити поточні пристрасті, не загрожуючи ефективності управління»²⁹. Конституціоналізм спирається на конституційну традицію діяти відповідно до визначених правових приписів, звичаїв та процедур, що є усталеними у суспільстві, побудованими на повазі прав і свобод людини та виключають владне свавілля або принаймні істотно його обмежують.

2.1.2. Поняття конституціоналізму

Шайо ще інакше трактує це поняття у негативний спосіб: «Конституціоналізм – це обмеження державної влади в інтересах суспільного спокою. Він намагається охолодити поточні пристрасті, не загрожуючи ефективності управління»³⁰. Загалом, якесь вичерпне визначення конституціоналізму складно дати. **Конституціоналізм орієнтує нас на функціонування інституцій, процедур і правил, які забезпечують обмеження влади та захист прав людини.**

Як зазначається у Стенфордській філософській енциклопедії,

«...коли вчені говорять про конституціоналізм, вони зазвичай мають на увазі те, що виключає справу Рекса. Вони означають не тільки те, що існують норми, що створюють законодавчу, виконавчу та судову владу, але те, що ці норми накладають значні

²⁸ Крусян Анжеліка (2010) *Сучасний український конституціоналізм*. Київ: Юрінком Інтер 89.

²⁹ Шайо Андраш (2001) *Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК 14, 20.

³⁰ Там само 24.

обмеження на ці повноваження. Часто ці обмеження полягають у формі цивільних прав проти уряду, прав на такі блага, як вільне вираження поглядів, об'єднання, рівність та належну правову процедуру (due process of law). Але конституційні межі існують у різних формах. Вони можуть стосуватися таких питань, як сфера повноважень (наприклад, у федеральній системі уряди провінцій або штатів можуть мати повноваження щодо охорони здоров'я та освіти, тоді як юрисдикція федерального уряду поширюється на національну оборону та транспорт); механізмів, що використовуються при здійсненні відповідних повноважень (наприклад, процедурні вимоги, що регулюють форму та спосіб законодавства); і, звичайно, громадянські права (наприклад, в Хартії або Білі про права). Концентрованим вираженням конституціоналізму є ідея про те, що уряд може/повинен бути обмеженим у своїх повноваженнях і що здійснення його повноважень залежить від дотримання ним цих обмежень»³¹.

Александр Гамільтон про обмежене правління як основу конституціоналізму висловився так: «Під зв'язаною обмеженнями Конституцією я маю на увазі таку, що містить певні конкретизовані винятки у повноваженнях законодавчої влади... Такі обмеження на практиці не можуть виконуватися жодним іншим чином, аніж через посередництво судів, обов'язком для яких має бути проголошення недійсними усіх актів і рішень, які суперечать Конституції»³².

На думку Чарлза МакІлвейна, конституціоналізм слід розглядати через призму верховенства права, розуміючи під конституціоналізмом юридичне обмеження держави та повну протилежність свавільному правлінню³³. Про тісний зв'язок конституціоналізму з верховенством права говорить також британський конституціоналіст Тревор Аллан:

«...якою б великою не була влада законодавців щодо ухвалення загальних рішень, конкретне їх використання все одно залежатиме від судової влади; а оскільки йдеться про застосування закону в тому чи іншому випадку, то лише тоді ми можемо з'ясувати

³¹ Constitutionalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

³² Александр Гамільтон (2006) Федералист №78. *Теорія и практика демократии. Избранные тексты* (пер. с англ. В.А. Иноземцева, Б.Г. Капустина), Москва: Ладомир 172.

³³ McIlwain Charles Howard. (1940) *Constitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press. 21

справжню правову "інтенцію" постанови – як вона буде вплетена у складний гобелен попередніх законів та інших постанов, котрі виступають єдиним цілим»³⁴.

На переконання Шарля Луї Монтеск'є: «Якщо законодавча і виконавча влада будуть поєднані в одній особі чи установі, свободи не буде, бо можна побоюватись, що такий монарх чи сенат створюватимуть тиранічні закони для того, щоб так само тиранічно їх застосовувати. Не буде свободи і в разі, якщо судову владу не відділено від законодавчої і виконавчої..., тоді вона буде свавільною...»³⁵.

2.1.3. Структура конституціоналізму

Структуру конституціоналізму не слід плутати із конституційною структурою. Останній термін позначає у компаративній літературі конституційний механізм побудови держави, обмеженої конституційними принципами. Наприклад, у цьому контексті американський вчений Л. Генкін визначає такі елементи конституціоналізму: правління відповідно до конституції; поділ влади; суверенітет народу і демократичне правління; конституційний контроль; незалежність правосуддя; обмеження суб'єктів владних повноважень Білем про права людини; контроль за поліцією; цивільний контроль над військовими; державна влада, заснована на обмеженні владних функцій³⁶. Італійський компаративіст Дж. Сарторі до структурних елементів ліберального конституціоналізму відносить: верховенство права; судовий контроль над діями органів влади; незалежність судових установ та суддів від законодавчої політики; справедливий і чесний процес (*due process*), можливість судової влади творити право відповідно до встановленої процедури³⁷.

Таким чином, структуру конституціоналізму складають: а) розуміння конституції як втілення ідей конституціоналізму, що відбивають національну конституційну традицію, як основи національної правової системи, яка однаковою мірою визначає зміст публічного і приватного права (горизонтальний ефект конституції), а отже – структуру правового захисту; б) конституція як інструмент забезпечення участі держави у прийнятті владних рішень і реа-

³⁴ Аллан Т.Р.С. (2008) *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права* (пер. з англ. Р. Семків). Київ: Видавничий дім "Києво-Могилянська академія". 24.

³⁵ Монтеск'є Ш.Л. (1999) *О духе законов*. Москва: Мысль. 138-139.

³⁶ Henkin L. (1992) A new Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. 14(3-4) *Cardozo Law Review*, 535-536.

³⁷ Сарторі Дж. (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк 309.

лізації народного суверенітету на наднаціональному рівні публічної влади, транскордонного співробітництва через мережу горизонтальних і вертикальних зв'язків на міжнародній арені; в) система соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом і, з огляду на це, набувають характеру конституційних цінностей та становлять сутнісне ядро розуміння конституції відповідно до їх ієрархії у конкретно історичному типі суспільства; г) механізм дії конституції, що містить її установчий характер, верховенство і пряму дію, інтерпретацію та правовий захист³⁸.

Вказані складники мають принаймні функціонувати задовільно і, насамперед, гарантувати приватну автономію індивіду, тобто можливість для особи приймати життєво важливі рішення без зовнішнього тиску. На цій основі має будуватися державна система забезпечення конституційного порядку – врешті-решт, забезпечення прав людини є результатом політичної інтеграції суспільства у національну державу. Згідно із МакЛвейном, це досягається таким шляхом: юридичним фактором обмеження влади є розширення юрисдикції судів, над актами уряду включно. Політичним фактором є інституціоналізація політичної відповідальності у процедурах урядування³⁹.

2.2. Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Carta до Славної революції

2.2.1. Виникнення ідей верховенства права

Ідея обмеження влади в континентальній Європі та пізніше у Північній Америці має різну природу. У континентальній Європі обмеження влади є результатом спонтанних процесів формування правил правління та протистояння владних інституцій. У Північній Америці обмеження влади склалося завдяки освоєнню нових, переважно малозаселених територій, що зумовлювало наявність широкої свободи колонізаторів нових просторів та розв'язування територіальних суперечок з індіанцями за допомогою переважаючих технологій (вогнепальна зброя, наявність гужового транспорту з експлуатацією колеса), а також відсутності в останніх імунітету проти європейських хвороб. Уявлення про належну правову процедуру та ідею судового захисту між

³⁸ М. Савчин. (2013) Право на справедливий суд і конституційна юрисдикція: окремі аспекти згідно з синтетичною теорією конституції. 2 *Вісник Конституційного Суду України* 97-98.

³⁹ Douglas Sturm (1969) Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C.H. 54 *McIlwain Minnesota Law Review* 1159, 227

рівними вже були надбанням англосаксонської традиції права, яку переймала також Америка.

У звичайному праві країн континентальної Європи склалася традиція дорадчості під час ухвалення рішень королем чи князем – без згоди зборів дружинників чи віча ключові питання правитель одноосібно не міг ухвалити. Тому, не випадковою була формалізація відносин підданих із правителем, оскільки воля монарха мала ґрунтуватися на волевиявленні та згоді його підданих. Сама система сюзеренітету-васалітету, яка мала своє зародження вже у період розпаду Римської імперії, ґрунтувалася на договорі. В основі цього договору лежала ідея, що сюзерен брав під свою опіку та захист васала, а останній ніс взамін цього певні повинності. Залежність васала та сюзерена були таким чином взаємними і через неналежне виконання своїх зобов'язань цей договір можна було розірвати.

Прикладом цього процесу є укладання *Magna Carta libertarum* 1215, яка завершила конфлікт між англійським королем Іоанном Безземельним та баронами. Як реакція баронів на свавільні дії короля щодо виручення майна та знищення замків баронів у *Magna Carta* було визнано право баронів на повстання проти тиранії короля та врегульовано процедуру їх повстання. Водночас у *Magna Carta* було зазначено важливе положення, яке і донині є невід'ємною частиною британської конституції:

«39. Жодна вільна людина не буде оштрафована, або ув'язнена, або позбавлена володіння, або якимось іншим чином бездолена, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї, тільки як за законним рішенням рівних їй (її перів) і за загальним правом країни (common law)».

Це положення, яке було спрямоване проти свавільних арештів та позбавлення майна особи, набуло важливого значення надалі для визначення меж втручання монарха у приватне життя особи. Таке втручання допускалося лише за умови судового контролю.

У континентальній Європі важливим інструментом обмеження влади монарха стало розмежування світської та духовної юрисдикції, яким увінчалася боротьба за інвеституру. Ця боротьба особливо загострилася під час правління імператора Священної Римської імперії Генріхом IV та Папою Римським Григорієм VII. Вона завершилася 1122 р. підписанням Вормського конкордату, який закріпив компроміс між світською і духовною владою: вибори єпископів повинні були проходити вільно і без симонії, проте світська інвеститу-

ра на земельні володіння, а тим самим і можливість імператорського впливу на призначення єпископів і абатів, зберігалася. Це заклало засади розмежування церковної та світської юрисдикцій.

У самій Священній Римській імперії дії імператора також поступово стають об'єктом судового контролю. Його дії обмежувалися Імперським камеральним судом (*Reichskammergericht*) та, незважаючи на спроби імператора створити йому противагу, на пізніших етапах – Імперською надвірною радою (*Reichshofrat*). У німецькій доктрині конституційного права ці інституції розглядаються як протоформи судового конституційного перегляду (контролю).

2.2.2. Зародження парламентаризму: від фінансових до законодавчих прерогатив

У континентальній Європі спочатку на перший план виходить формування представницьких інституцій, що поступово набувають контрольних функцій. Однак це були не представницькі інститути сучасного рівня. Треба зважати на ієрархічну структуру феодалного суспільства – тому це були структури станово-представницькі. Вони не забезпечували представництво за усталеними нині розуміннями рівного та вільного виборчого права. Станово-представницька монархія ґрунтувалася, фактично, на куріальних засадах представництва конкретних станів, що суперечить сучасним горизонтальним уявленням щодо рівності людей у правах. Іншими словами, станово-представницька монархія є суто продуктом ієрархії, а не горизонтальних зв'язків. Ієрархія говорить про рівність суто представників певного стану, а не між представниками різних станів.

Прикладами формування представницьких органів виступають ісландський Альтинг (930 р.). У період Руської Держави перший князівський з'їзд (снем) був скликаний у Вишгороді у 1072 р., але більш відомим став Любечський снем 1092 р., на якому було ухвалено рішення князів про припинення усобиць та консолідацію зусиль щодо боротьби із половцями. В Іспанії Кортеси (ісп. *cortes*, від *corte* — королівський двір) почали функціонувати із відповідних практик з X ст., офіційно Кортеси були скликані королем Леону Альфонсом у 1137 р. Англійський Парламент був скликаний 1265 р. за ініціативи Симона де Бонфора, 6-го графа Лестерського. У наших сусідів Парламент Угорщини був вперше скликаний 1290 р. Також одна із провідних легіслатур – Генеральні штати Франції були скликані вперше 1302 р. королем Філіпом IV Красним з метою забезпечення легітимності рішень, спрямованих проти Золотої булли Папи Римського Боніфация VIII *Ausculta fili* (Слухай сине, мій!), в якій він стверджував про верховенство своєї влади над монар-

шою. А як орган, що періодично скликався, Штати почали діяти з 1337 р. Востаннє Генеральні Штати були скликані 1789 р., однак неспроможність забезпечення пропорційності голосів трьох станів – аристократії, духовництва та містян – призвело до проголошення представниками третього стану Установчих зборів, вимогою яких стало ухвалення конституції.

Як бачимо перші представницькі інституції виконували різні функції, однак законодавча серед них не була домінуючою. Найголовніші питання які стояли перед першими представницькими інститутами були – податки, оборона, забезпечення взаємодії владних інститутів та відносин монарха із церквою як суспільно-політичним інститутом. Парламенти перетворюються у легіслатури, тобто законодавчий орган поступово. Спочатку виконуючи прерогативи по питаннях фінансів та оподаткування, парламенти поступово починають залучатися до процесу правотворчості монархів з метою підвищення рівня легітимності королівського права. Таке делегування правотворчих повноважень поступово надає легітимності діям парламенту як законодавчого органу, тим більше в силу традиції необхідності узгодження монархом своїх рішень із підданими. Тому у Сполученому Королівстві монарх є невід'ємною частиною парламенту і донині.

2.2.3. Джон Лок та питання довіри і легітимності влади

Як вже зазначалося, таке ускладнення відносин між станами та між монархом та легіслатурою підіймає низку проблем, пов'язаних зі ступенем легітимності влади, тобто її визнання та підтримки у суспільстві. Станово-представницька монархія з її наданням переваги ієрархічному принципу містила в собі суперечності. За ускладнення структури національної економіки та упродовження раціоналізованої бюрократії під час становлення модерної державності такі парламенти ставали на перепоні впровадженню реформ. Суспільство вже потребувало раціональної організації публічної влади, заснованої на нейтральних правових принципах і нормах, на відміну від Старого порядку, який був заснований на персоналізації влади та станових привілеях. На іншому боці Європейського континенту, виборна монархія, станово-представницька демократія та *liberum veto*⁴⁰ стають інституціональним могильником Речі Посполитої, яка впаде внаслідок трьох поділів (1772, 1793, 1795 рр.) між Пруссією, Австрійською та Російською імперіями. Власне, Річ Посполита стала гігантським полігоном застосування практик інкорпорації однієї держави у склад іншої через підкуп депутатів Сейму та підрив ефективності публічної адміністрації, яка так і не зіп'ялася на ноги в Речі Посполитій.

⁴⁰ Право кожного шляхтича голосувати проти рішення Сейму та блокувати його ухвалення.

Тому виникає проблема легітимності влади монарха та неприпустимості посягання з його боку на діяльність парламенту, який визнається вже легіслатурою. Про це Джон Лок писав так⁴¹:

«...якщо хто-небудь силою закону знищує законодавчий орган, усталений у суспільстві, й закони, створені цим органом у відповідності з довірою, виявленою до нього членами цього суспільства, то він, таким чином, руйнує третейський суд, схвалений кожним задля мирного вирішення всіх суперечок, який мав правити за перепону станові війни між людьми. [З]нищуючи таким чином владу, встановлену загальним правом, яку ніхто, крім нього, не в праві встановити, і запроваджуючи владу без народної довіри, вони фактично вводять стан війни, в якому діє сила без повноважень...».

Джон Лок тут прямо підкреслює ідею народного представництва, яке виявляється транслятором народної думки. У свою чергу, парламент уявляється своєрідною платформою, де народні представники на засадах компромісу вирішують суперечки і доходять консенсусу. Тут вже закладається ідея горизонтальних зв'язків, а не лише вертикальних, до яких так тяжіє Старий порядок із його відносинами ієрархії. Посягання з боку монарха на цей «третейський суд», на думку Лока, фактично є узурпацією влади монархом. Отже, таким чином виникають два питання: 1) про якість та властивості такої влади і 2) носія такої влади.

2.3. Від демістифікації тіла короля до ідеї суверенітету: тіло короля, Франція та Московія (епоха Смути)

2.3.1. Деперсоналізація влади та формування ідеї суверенітету

Magna Carta мала 59 редакцій. З чим це пов'язано? Відповідь тут доволі елементарна: кожен монарх, який спадкував трон, повторно схвалював цю Хартію. Таким чином, бачимо, що влада протягом тривалого періоду була персоніфікована із фігурою правителя, а у випадку із монархією – із королем, князем, шейхом, султаном – вона ще й набувала священного характеру, що, зокрема, проявлялося у ритуалі миропомазання на трон правителя. Насправді цей стан речей доволі часто був джерелом криз і навіть зникнення держав. Зокрема, династична криза Романовичів у Руському (Галицькому) королівстві

⁴¹ Лок Джон (2004) *Два трактати про врядування*. Київ: Основи. 250.

(1349 р.) призвела до інкорпорації Галичі до складу Польського королівства, а Волині – до Великого князівства Литовського. Приблизно так само згасла династія, що призвело до зникнення Бургундського королівства (1034 р.) чи після загибелі у битві при Нансі Карла Сміливого, Бургундського герцога (1477 р.). І таких прикладів можна наводити багато. Яким чином долався цей порядок речей і яке це має значення для сучасного конституціоналізму?

Як інституційні запобіжники такого стану речей розглядалися спочатку різні моделі престолонаслідування, починаючи від салічної до австрійської, коли, за останньої, спадкоємцем могла бути донька померлого монарха. Однак і це не вирішувало питання прив'язаності держави до персони правителя. Як зазначав у свій доповіді Едмунд Пловден стосовно проблеми ототожнення держави із монархом, необхідно розрізнити політичне і природне тіло монарха⁴²:

«...згідно із загальним правом, жодне діяння, що здійснюється королем в якості короля, не може бути оскаржене через його неповноліття. Бо король має в собі два тіла, а саме тіло природне і тіло політичне. Його природне тіло саме по собі є смертним тілом, яке піддається всім примхам природи чи випадку, аж до дитячого або старечого недоумства, як і іншим подібним лихам, що трапляються з природними тілами інших людей. Але його політичне тіло є тілом, яке не може бути тим, що відчувається в дотуку, оскільки воно складається з політики і правління та створено для керівництва народом і підтримки загального блага; і це-то тіло абсолютно вільне від дитинства або старості та інших природних недоліків і немічей, якому піддається природне тіло, і з цієї причини те, що король робить в своєму політичному тілі, не може бути позбавлене сили або оскаржене на підставі якої б то не було недосконалості його природного тіла».

Треба підкреслити, що у період Середньовіччя акт миропомазання правителів на престол сакралізував саму владу, оскільки монарх був втіленням Божої волі на землі. Але низка династичних криз та пов'язаних із ними кровопролитних воєн⁴³ змусили замислитися над внутрішніми механізмами, які сприяють інституційній стійкості держави.

⁴² Edmund Plowden, (1816) *Commentaries or Reports*. London 22.

⁴³ Наприклад, війна між Червоною і Білою Трояндами надихнула Джорджа Р.Р. Мартіна написати знаменитий цикл романів «Пісня льоду і полум'я», який інсценізовано у серіалі «Гра престолів»

Слід також наголосити, що у компаративній літературі виділяють три стадії розвитку державності: *polis (civitas) – kingdom – state*. Хоча генералізувати її, як якусь універсальну схему, не слід. Наприклад, державності знаменитого півмісяця Середнього Сходу – Єгипет, Вавилон та Гетти – були класичними імперіями, які, вочевидь, не вписуються у концепт *civitas*, а є класичними *kingdom* – монархіями, в яких верховним носієм влади є монарх. Та навіть і в період Середньовіччя ці форми державності співіснували: *civitas* – італійські та ганзейські міста-республіки, зокрема і Новгородська та Псковська республіки (які потім зазнають геноциду від Московського князівства) та різного роду монархії від імперій та королівство до князівств та курфюрств. Тим не менше, станом на XVI-XVII століття гостро стояло питання про якісну основу інституціоналізації приватної справи монаршого домена та олігархічних груп міст-держав до справи, яка мала набрати публічної, суспільно значущої ваги.

2.3.2. Концепт державного суверенітету Жана Бодена

Вперше відповідний концепт запропонував французький мислитель Боден, який у своїй праці «Шість книг про державу» вперше сформулював доктрину суверенітету держави. На його світогляд вплинули перебіг гугенотських воєн, а також різанина гугенотів у Варфоломійську ніч 1572 р. Концепт суверенітету, таким чином, висувається Боденом як певне вирішення виклику необхідності забезпечення сталості та наступності (тяглості) влади, яка мала набути вже публічної ваги, а не приватної влади монарха чи королівського домену.

Боден трактував суверенітет як абсолютну та постійну владу, яка означає вищу владу керувати у таких сферах: 1) видання законів; 2) вирішення питань війни і миру; 3) призначення посадовців; 4) дія як вищого суду; 5) помилювання; 6) чеканити монету; 7) встановлювати еталони мір і ваги.

Згідно із Боденом, носієм верховної влади є монарх і саме він наділений суверенітетом. Тим самим ми бачимо, що ключове питання – розмежування особи монарха та носія влади не вирішене.

А це на той час мало ключове значення, адже у доповіді Пловдена щодо політичного та фізичного тіла короля має місце посилання на християнську етику з її трактуванням церкви як Божого тіла. Відповідні логічні конструкції проникають у світську сферу, в якій влада монарха, з одного боку, сакралізується, а з іншого – стає тлом своєрідного тіла суспільного. На це питання своєрідно дадуть відповідь практики виживання Московської державності у період Смути та діячі епохи Просвітництва, зокрема Жан-Жак Руссо.

2.3.3. Смути в Московії та інституціоналізація держави

Необхідно одразу зауважити, що своєрідна відповідь щодо розмежування політичного та особистого у носії верховної влади у Московії лише сприяло посиленню засад самодержавства, а не обмеженню влади московського царя. Така була державна традиція московського суспільства, яка через простори та запозичення китайських практик централізованого адміністрування транзитом через період татаро-монгольського васалітету, лише посилювала тенденцію до самодержавства та посилення свавілля. Як зазначає український історик Сергій Плохій, саме у Московії рельєфно відбувся процес розмежування держави та особи правителя⁴⁴ – шведський канцлер Оксеншерна буде будувати бюрократію на раціональних засадах вже пізніше:

«Іноземна інтервенція не так наблизилася, як ізолювала Московію від інших східних слов'ян і світу загалом, зміцнивши почуття політичної та культурної солідарності всередині Московського царства... Тим часом московити засвоїли відмінність між посадою суверена ("государь") та підвладною йому державою ("государство"). Завдяки такому розрізненню вони зуміли зберегти першу й відбудувати другу, а головним актором у цьому процесі стала "земля"».

Причиною Смути у Московському князівстві стала династична криза, коли помер останній представник династії Рюриковичів цар Федор. Тривалий період боротьби між різними кланами та участь Речі Посполитої у боротьбі за московську спадщину призвели до консолідації московського населення навколо власних бояр, серед яких найближчими спадкоємцями царського престолу вважалися представники роду Романових, що закінчилося рішенням Земського собору про обрання царем 1613 р. представника цього роду Михайла Олексійовича.

У свою чергу, ріксканцлер Аксель Оксеншерна (1612-1654) став ініціатором модернізації Шведського королівства. Пакет його законів, спрямованих на побудову державного апарату на засадах раціоналізації та розподілу повноважень, був підтриманий та впроваджений у 1634 р. ріксдагом (загальнодержавним парламентом). Це заклало інтелектуальну основу для заснування науки камералістики. Німецькі мислителі та державні діячі Файт Людвиг фон Зекендорф і Генріх Готліб фон Юсті обґрунтували засади функціонування державного управління

⁴⁴ Плохій Сергій (2015), *Походження слов'янських націй. Домодерні ідентичності в Україні, Росії та Білорусі*, Київ: Критика 247

задля забезпечення економічного блага на раціональних засадах з розподілом повноважень щодо збору, акумуляції та розподілу державних коштів, фінансової звітності та контролю фінансів. Заради справедливості слід зауважити, що безстороння і професійна адміністрація була запроваджена у Китаї приблизно за дві тисячі років до реформ канцлера Оксешерни і виражала китайську традицію концентрації влади.

2.4. Утвердження ідеї прав людини: Гуго Гроцій, Біль про права людини та універсалізм прав людини

2.4.1. Необхідність захисту прав людини

Ідея прав людини виникає спонтанно і поступово, а не в результаті певної планомірної діяльності. Насамперед слід наголосити, що тут існує парадокс: модерна держава, яка поступово спиналася на ноги, різними методами вчиняла утиски у здійсненні прав людини, однак її становлення як організації, заснованої на нейтральних та раціоналізованих правилах, сприяла становленню механізму захисту прав людини.

Європейське розуміння прав людини є результатом християнської етики та особливостей становлення соціальної структури. Людина сама по собі у християнстві розглядається як вінець Божого творіння, що зумовлює адекватне ставлення до неї, чим є зв'язаний правитель. З іншого боку, внаслідок Чорної чуми 1346-1353 років та істотної зміни клімату, яка сталася приблизно у той же період, призвела до істотного підвищення вартості робочої сили. Через це кріпацтво та аналогічні інститути підневільного стану людини стали безсенсовими, з огляду на потреби ринку, який починав свій розвиток, завдяки досягненням технічного прогресу.

Яким чином тоді почали виводитися права людини? Гуго Гроцій виводить права людини із необхідності захисту від нападу з боку інших осіб та забезпечення безпеки особи. Спочатку Гроцій взагалі ставить питання про можливість повстання проти правителя і наголошує, що на нього усталено існує негативна відповідь, хоча християнська етика не заперечує цієї можливості (I.I.2, I.IV.5):

«У справах державних, без сумніву, особливо необхідний, як сказано, порядок владарювання і підпорядкування; цей порядок, проте ж, не сумісний зі свободою приватної особи чинити опір владі».

Далі Гроцій, наголошуючи на неприпустимості довільного втручання у сферу свободи особи, формулює принцип самозахисту особи (II.I.III)⁴⁵:

«У разі нападу на людей відкритою силою, за неможливості уникнути інакше небезпеки для життя, дозволена війна, що тягне навіть вбивство нападника... Слід зауважити, що це право самозахисту виникає само по собі й спочатку за навіюванням кожного, яке виходить від його власної природи, а не внаслідок правопорушення або злочину іншого як джерела небезпеки... Тому, якщо навіть нападник не є винним, як, наприклад, солдат, який діє сумлінно, або той, хто помилково приймає мене за будь-кого іншого, або ж несамовита особа, охоплена божевіллям або безсонням, – то, тим не менше, право на самозахист не скасовується; і я не зобов'язаний терпіти посягання такого нападника, так само як і напад тварини, що належить іншій особі».

Ці висновки є важливими, з огляду на формулювання вимог неприпустимості довільного втручання будь-кого у сферу свободи приватної особи. На цій підставі виводиться право на самозахист як фундаментальне право, яке зазнає надалі глибшої інтерпретації та наповнюватиметься новим смислом, зокрема у доктрині приватної автономії Іммануїла Канта. Якщо накладати на сучасні реалії, то критично важливим, з точки зору прав людини, є судова практика щодо кваліфікації діянь у межах необхідної оборони і крайньої необхідності.

2.4.2. Гроцій про право на спротив тиранії та права людини

Виходячи із природного права на самозахист, Гроцій формулює право на спротив тиранії. Це право ґрунтується на тому, що правитель є зв'язаним певними обов'язками перед підданими і має піклуватися про загальне благо. На підставі цього формуються такі основні постулати, які фактично звучать як певні межі здійснення влади (I.IV.VIII-X):

«...по-перше, якщо володарі перебувають у підпорядкуванні у народу – або з самого початку отримали владу від нього, або стали до нього в підпорядкування згодом..., – то, в разі порушення ними закону або вчинення ними злочину проти закону або держави, їм не тільки можливо опиратися силою, але за необхідності і карати смертю...»

⁴⁵ Гуго Гроцій, *О праве войны и мира*, Москва: Ладомир, 1994.

По-друге, якщо король або хто-небудь інший зречеться влади або ж явно покине правління, то потім, вважалось, стосовно нього дозволено все, що допустимо щодо приватних осіб.

По-третьє, якщо король відчужує королівство або підпорядковує його іншому, то... він тим самим відрікається від королівства».

Таким чином, із права на самозахист формулюється універсальний характер прав людини. Права належать кожній людині, як такій, оскільки вона наділена особистою свободою, втручання до якої не може бути довільним з боку держави та третіх осіб. Постановка Гроцієм питання про самозахист орієнтує правителів на необхідність виконання певних обов'язків, невиконання яких може мати наслідком можливість приватних осіб вчиняти спротив та захищати себе всіма прийнятними способами.

У практичній площині концепт прав людини стає відповіддю на виклики, пов'язані зі становленням науки, технічним прогресом та релігійними війнами. Зокрема, цілком у модерному сенсі ставиться питання про свободу вираження поглядів, яка актуалізується, насамперед, із винайденням книгодрукування та пов'язаними із ним процесом поширення памфлетів проти правителів і вимогою заборони цензури. Так само тривалі релігійні війни протягом XVI-XVII століть зумовляють встановлення гарантій свободи совісті та віросповідання.

2.4.3. Поняття позитивної свободи у Канта як основи прав людини

Авторитетний німецький філософ Іммануїл Кант заклав сучасне розуміння принципів як певних засадничих цінностей, які лежать в основі глобального світу. Сформульований ним категоричний імператив якраз спирається на певну універсалію, яка виводиться із практичного розуму, заснованого на раціональності та розсудливості. Хоча слід зазначити, що значний відбиток на таку інтелектуальну традицію наклала і християнська етика.

Право Кантом розглядається через моральність, і це має істотний вплив на розвиток сучасної юриспруденції, оскільки

«всі моральні поняття мають своє місце і виникають абсолютно а рїогі в розумі, і до того ж в самому повсякденному людському розумі так само, як і в виключно спекулятивному; що вони не можуть бути відвернуті ні від якого емпіричного і тому лише випадкового пізнання; що саме ця чистота їх походження робить їх гідними слугувати нам вищими практичними принципами».

При цьому підкреслюється, що кожна річ в природі діє за законами, оскільки «лише розумна істота має волю або здатність чинити згідно з уявленнями про закони, тобто згідно з принципами». Аналіз понять «сумління», «благо» та «обов'язок» приводить Канта до висновків про те, що людина має розглядатися як мета, а не засіб, тобто, поміщаючи людину в центр цінностей-універсалій, дає визначення своєму категоричному імперативу: «роби тільки відповідно до такої максими, керуючись якою ти в той же час можеш побажати, щоб вона стала загальним законом». На підставі цього Кант формує таке розуміння позитивної свободи⁴⁶:

«Позитивне поняття свободи є тим самим, що і здібності чистого практичного розуму. Але це не можливо, крім підпорядкування максими, за умови кваліфікації кожної дії як універсального закону».

Тому переважно у кантіанському смислі сьогодні у континентальній Європі формують права людини як певні вимоги і стандарти до діяльності органів влади, а в англо-саксонській традиції права людини виводять із розуміння свободи. Формулювання прав людини із загальних принципів права служать методологічною засадою для визначення легітимних меж втручання держави у сферу приватної автономії індивіда. Власне, як пишуть німецькі правознавці Міхаель і Морлок, права людини є одночасно правилами і принципами⁴⁷.

2.4.4. Універсальність прав людини

Раніше, до Канта, спираючись на традиції обмеження влади короля та гарантії від довільних арештів та вилучення майна від приватних осіб в Англії у результаті Славетної революції, було ухвалено Біль про права 1689 р. Згідно з усталеною традицією Біль про права обмежив прерогативи короля, зокрема монарх міг видавати закони та припиняти дію чинних, за згоди парламенту, а також вирішувати податкові питання. Біль також встановив гарантії вільних парламентських виборів, свободи дебатів та право на петицію, гарантії прав протестантів мати зброю для самозахисту та заборону жорстоких та надмірних покарань.

Така інтелектуальна спадщина та втілення її положень в життя у результаті суспільно-політичних дебатів та усталеної судової практики (*jurisprudence constant*) дозволило досягти розуміння прав людини як певних універсаль-

⁴⁶ Кант И. (1965) *Метафізика правов.* Сочинения: в 6 т. Т.4, Ч.1 Москва. 140.

⁴⁷ Michael Lothar und Morlok Martin (2017) *Grundrechte*, 6. Auflage. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft 44.

них засад. Універсальний характер прав людини стверджується нормативно у Французькій декларації прав людини і громадянина 1789 р., яка наголошувала навіть у власній назві на скасування станового поділу та визнанні всіх французів громадянами, що посвідчувало рівний масштаб захисту їх свобод.

Говорячи про моральну та нормативну (імперативну) природу прав людини, Джек Донеллі визначає такі їх особливості⁴⁸:

«Права людини – мова жертв і позбавлених прав. Вимоги щодо забезпечення прав людини зазвичай супроводжуються вимогами зміни юридичної та політичної практики держави. Обстоювати свої права – означає намагатися змінити політичні структури і методи так, щоб більше не виникало необхідності вимагати ці права (як права людини).

...права людини встановлюють моральні стандарти легітимності державної політики».

Універсального характеру права людини набувають після подій Другої світової війни, які супроводжувалися масовими депортаціями, розстрілами людей за расовою чи національною ознаками та знищенням людей у концтаборах чи використанні праці людей як рабської робочої сили. Подібними методами мілітаристська Японія домогалася своїх цілей на окупованих територіях в Східній та Південно-Східній Азії. За результатами Нюрнберзького та Токійського військових трибуналів, було засуджено низку військових злочинців нацистської Німеччини та мілітаристської Японії за вчинення злочинів проти людяності і миру.

Із запровадження універсального міжнародного механізму захисту прав людини в рамках ООН та через регіональні міжнародні установи (Європейський суд з прав людини та Міжамериканський суд з прав людини) забезпечили інституційні механізми їх забезпечення. На сьогодні до основних характеристик прав людини відносять: соціальну цінність; рівну міру; природний, невідчужуваний і невід’ємний характер; вираження приватної автономії особи; нормативність; гарантованість у рамках належної правової процедури.

⁴⁸ Донеллі Джек (2004) *Права людини у міжнародній політиці*. Львів: Кальварія 35.

2.5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єса і Руссо

2.5.1. Дискусія між прибічниками концепцій національного і народного суверенітету

Після утвердження ідей державного суверенітету, що є заслугою насамперед Жана Бодена, у практиці абсолютистських монархій на порядок денний вийшла проблема обмеження прерогатив монарха. Це стало актуальним під час подій Громадянської війни і пов'язаного із нею протекторату Олівера Кромвелля 1642-1648 рр. та Славетної революції 1688-1689 рр. в Англії, оскільки не було вироблено механізмів запобігання зловживанню владою з боку правителя.

Таким чином, було піддано сумніву тезу про належність верховної влади монархові, оскільки його повноваження мали бути підконтрольні та обмежені прерогативами загальнонаціонального представницького інституту – парламентом. Міркування щодо володіння верховною владою як властивістю ухвалювати незалежні ні від кого рішення для вирішення питань суспільного блага поставило по-новому питання щодо носія такої влади.

На сьогодні існують дві точки зору щодо носія верховної влади – народу та нації, що втілюється, відповідно, у доктринах народного і національного суверенітету. Ці точки зору не дають остаточної відповіді на питання щодо носія верховної влади та щодо змісту відповідних владних прерогатив.

Під час розгляду цієї проблематики через призму народного суверенітету впадає у вічі невизначеність поняття «народ» – як його трактувати: а) народ як корпус виборців; б) народ як сукупність громадян. Останній контекст потребує вирішення проблеми заборони дискримінації та забезпечення прав людини.

Якщо розглядати це питання з точки зору національного суверенітету як самовизначення політичної нації, то існує необхідність вирішення двох питань: а) політичної інтеграції етнічних, релігійних та інших спільнот та б) розуміння демократії як процесу узгодження та забезпечення балансу інтересів більшості і меншості.

Сучасна конституційна практика пропонує декілька шляхів подолання цієї дилеми, на що впливає і національна конституційна традиція (наприклад, французька традиція тяжіє до концепту національного суверенітету, а німецька – до народного суверенітету).

2.5.2. Основні засновники сучасної доктрини суверенітету

Жан Боден, обґрунтовуючи доктрину державного суверенітету, апелює до монарха, що потім втілиться у практики освіченого абсолютизму. Однак насправді Старий порядок, за влучним виразом Алексіса де Токвіля, готував ґрунт для революції, оскільки спорадичні дії монархів Франції у державному управлінні задля навіть благої мети призводили до підриву економічного добробуту нації та політичної інтеграції суспільства, що є основою будь-якого конституційного порядку⁴⁹:

«...вони готували Революцію не лишень руйнуванням того, що стояло на її шляху, а й ще більшою мірою вказуючи народові на прийоми для її здійснення. Зло було посилене саме чистим і безкорисливим наміром, який керував королем [тут Людовіком XVI – М.С.] та його міністрами; тому що немає небезпечнішого прикладу, ніж приклад насильства, що чиниться людьми із здоровим глуздом і задля доброї мети».

Завдяки Англійським революціям, національно-визвольній війні Нідерландів 1568-1648 рр. та діяльності просвітителів, поступово обґрунтовується ідея народного суверенітету, згідно з яким, саме народ є носієм верховної влади. Такі ідеї формуються на тлі дебатів про цінності свободи та толерантності, зокрема свободи вираження поглядів, свободи віросповідання, які були джерелами названих революційних подій. Наслідуючи аристотелівську та християнську етику, ідеї щодо обмеження свавільного правління задля забезпечення загального блага знаходять сприятливий ґрунт у природно-правовій доктрині. Згідно із доктриною природного права, народ складає соціальний контракт, згідно з яким, створюється держава і вона набуває певних повноважень, завдяки чому вона має гарантувати здійснення прав і свобод людини.

Дебати щодо практичного втілення ідеї соціального контракту певною мірою узагальнює Жан-Жак Руссо та розглядає як оптимальну форму правління республіку, в якій верховним носієм влади є народ. Здійснення суверенітету народом він розглядає переважно через інститути безпосередньої демократії, в якій рішення ухвалюються більшістю. Задля забезпечення суспільного порядку меншість, навіть якщо її інтереси не враховано, має коритися рішенню більшості, інакше це загрожуватиме анархією. Руссо не піддає сумнівам розумність та обґрунтованість рішення – вимога до меншості підкорятися рішенню більшості є безумовною і необхідною. Він також виступав за

⁴⁹ Алексіс де Токвіль. (2000) *Древній порядок і революція*, Київ: Юніверс 163.

успішності власності. Тут закладається фундамент для тоталітарних практик (за що філософ Карл Поппер назвав Руссо одним із предтеч тоталітаризму), коли більшість ухвалювала рішення, які грубо порушували права меншості – так званий парадокс більшості. Ця небезпека цілком потім втілилася під час якобінського терору Французької революції та під час більшовицького перевороту в Росії. Очевидно, виходячи із таких міркувань, відомий мислитель Карл Поппер вважає Жан Жака Руссо, поряд із Платоном та Фрідріхом Вільгельмом Гегелем, інтелектуальним джерелом сучасних тоталітарних ідеологій.

Сучасний французький інтелектуал Жерар Мере називає доктрину народного суверенітету авторитарною⁵⁰, оскільки вона ґрунтується на підкоренні волі більшості, що є проблематичним з точки зору обмеження влади та гарантій прав людини. Такі висновки зумовлені, насамперед, приходом до влади нацистів цілком законними методами за допомогою демократичних процедур. Так само з використанням референдуму було вирішено закріпити принцип фюрерства та однопартійності, а також надати новій посаді рейхсканцлера надзвичайні повноваження, зупинивши чинність низки положень Конституції Веймарської республіки. Така загроза також існувала і у Франції у 1936 р. і лише об'єднання демократичних сил дало змогу запобігти приходу до влади прибічників нацистів. Отже, проблема впирається у якість народного представництва та кризу розуміння та інтерпретації базових принципів демократії. З цієї точки зору, важливими є висновки Роберта Дала⁵¹:

«Якщо благо та інтереси кожного будуть оцінюватися однаково і якщо будь-яка доросла людина є найкращим суддею власного блага чи інтересу, тоді кожна доросла людина чи член будь-якої асоціації достатньо добре, загалом і в цілому, підготовлений для участі в розробці зобов'язальних колективних рішень, які стосуються його благ та інтересів, тобто для того, щоб бути повнокровним громадянином демосу. Коли ухвалюються зобов'язальні рішення, то вимоги громадян до закону, правил чи політики, що ухвалюються, мають вважатися обґрунтованими, і обґрунтованими рівною мірою».

Даль орієнтується на аристотелівське трактування громадянина як політично зрілого індивіда, відповідального за свій вибір. Раніше ці проблеми вирішували майновий ценз і частково ценз осілості. На сьогодні, завдяки зростанню ролі медіа у ході демократичних процедур, а також кризи партій

⁵⁰ Мере Ж. (2003) *Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади*. Львів: Кальварія.

⁵¹ Даль Роберт (2001) *Демократія и ее критики*. Москва.

як організації масового руху, на зміну приходять нові механізми втілення рішень народу, які забезпечували відповідальний вибір на майбутнє. Тому наразі існує доволі істотна загроза конституційній демократії з боку популізму, про що буде розглянуто нижче у розділі про конституційну демократію.

2.5.3. Рішення Верховного суду Сполученого Королівства (Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016) та національний суверенітет

Високий суд Лондона висловився у справі щодо конституційності референдуму про вихід з Європейського Союзу Сполученого Королівства, що принцип суверенітету парламенту є визначальним під час використання прерогатив у сфері зовнішньої політики, зокрема, з питань схвалення чи розірвання міжнародних договорів. Уряд для цього не володіє належними прерогативами, бо від імені Корони, згідно із принципом суверенності парламенту, такі рішення має ухвалювати парламент. При цьому суд послався на те, що Сполучене Королівство є конституційною демократією, обмеженою юридичними правилами та цілями верховенства права. Суди наділені конституційним фундаментальним обов'язком керуватися правом у демократичній державі, впроваджуючи правила конституційних законів у відмінний спосіб, ніж суди впроваджують інші закони⁵². Слід також нагадати, що під час голосування на референдумі громадська думка виборців Сполученого Королівства оброблялася через програму Cambridge Analytica. За допомогою цієї програми оброблялися метадані про осіб через різні опитувальники та емотики (переважно лайки на пости) у соціальних мережах визначалися цільові аудиторії виборців, яким під певним ракурсом подавалася інформація для створення віртуальної картини, що вплинуло на мобілізацію консервативних виборців та мотивацію для голосування за вихід із ЄС Сполученого Королівства.

Під час апеляційного перегляду цього рішення Верховний Суд Англії висловився так у справі *Brexit*⁵³ щодо розмежування народного (політичного) суверенітету і парламентського (юридичного) суверенітету:

«...референдум 2016 року має велике політичне значення. Проте його юридичне значення визначається тим, що Парламент включає його до статуту, яким санкціонує референдум. Статут, яким було санкціоновано проведення референдуму 23 червня 2016 року, передбачав лише проведення референдуму, без точного

⁵² *R (Miller) v Secretary of State of Exiting the European Union*, Judgment 3 November 2016, Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016, [2016] EWHC 2768 (Admin).

⁵³ *Brexit Case* ([2017] UKSC 5 On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85.

визначення шляхів реалізації його наслідків. Зміна до закону, яка необхідна для впровадження результатів проведеного референдуму, може бути внесена єдиним способом, який дозволений конституцією Великої Британії – прийняттям Акту Парламенту».

По суті Верховний Суд Сполученого Королівства поглибив формулу національного суверенітету, яка виглядає сьогодні таким чином.

Національний суверенітет = політичний суверенітет (голосування народу) + юридичний суверенітет (ухвалення рішення уповноваженою легіслатурою), де парламент є зв'язаним рішеннями народного голосування та має забезпечити втілення цих рішень в життя у певний спосіб.

У цьому світлі результати голосування на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою від 27 березня 2000 р. відповідно до вимог розділу XIII Конституції України, який регулює порядок внесення змін до неї, мали бути певним чином втілені Верховною Радою, однак відповідні ініціативи серед парламентарів не отримали підтримки принаймні двох третин голосів від їх складу. Предметом цього референдуму було скорочення складу Верховної Ради, скасування депутатського імунітету, окремі аспекти розпуску парламенту Президентом, запровадження двопалатного парламенту.

2.6. Парламентаризм та юристократія: Федераліст та американська система

6.1. Основна дилема сучасного конституціоналізму. Забезпечення захисту основоположних конституційних цінностей пов'язане із захистом конституційної ідентичності. Такий захист забезпечується через співвідношення суверенітету парламенту та судового конституційного перегляду (контролю). З цією дилемою зіткнулася Англія ще на початку XVII століття. Під час розгляду справи доктора Бонема суддя Едвард Коук зазначив⁵⁴:

«...загальне право (common law) контролює Акт Парламенту і в окремих випадках ухвалює, що такий є абсолютно нечинним: тоді, коли Акт Парламенту суперечить загальному праву або логіці, або нестерпний, або непридатний для виконання, загальне право контролює його та визначає такий акт нечинним».

⁵⁴ *Dr Bonham's Case* (1610) 8 Co Rep 114.

Саме ця думка заклала ідею судового контролю над актами парламенту, оскільки такі мають відповідати певним фундаментальним принципам, зокрема обґрунтованості та придатності до виконання. Тобто, акти парламенту не можуть бути декларативними та теоретичними за змістом, а мають бути придатними до застосування і забезпечувати конституційні цілі. Ці проблеми цілком усвідомлював Александер Гамільтон, який у листі № 51 Федераліста писав так⁵⁵:

«Щоб закласти міцний фундамент під інститут розділених і автономних гілок влади, що певною мірою повсюдно вважають найважливішою умовою для збереження свободи, очевидно, потрібно, щоб кожна влада була наділена власною волею і, відповідно, будувалася на такій основі, коли посадові особи, що представляють її, мають якнайменше стосунку до призначення посадових осіб на службі іншої. За умови суворого дотримання цього принципу необхідно, щоб всі призначення на вищі посади у виконавчих, законодавчих і судових органах виходили з першоджерела влади – від народу і не йшли сполученими між собою каналами».

Джуліан Кокотт і Мартін Каспар виділяють боротьбу між суверенітетом парламенту (*sovereignty of parliament*) та судовим конституційним переглядом як ключову проблему у правовому захисті конституції⁵⁶. Ця дискусія має свої витоки від поглядів Алберта Венна Дайсі, який визначав дві ключові опори британського конституціоналізму другої половини XIX століття як суверенітет парламенту та загальне право судів⁵⁷.

Виділяючи роль парламенту у забезпеченні верховенства конституції, Кокотт і Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, що належать парламенту, який володіє найвищим ступенем представництва народу⁵⁸. Значеніті застереження стосовно співвідношення верховенства парламенту та судового конституційного контролю є насправді пропозиціями щодо вирішення дилеми із забезпечення балансу між більшістю і меншістю. Так, американський конституціоналіст Томас Бейкер зазначає з цього приводу так⁵⁹:

⁵⁵ Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей (1998) *Федераліст*. Київ: Сфера. 261.

⁵⁶ Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). (2003) *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 796-798.

⁵⁷ Dicey Albert Venn. (1924) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London.

⁵⁸ Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. 798-799.

⁵⁹ Baker, E. Thomas. (2004) *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 80-81.

«У цій структурі конституційний контроль є цінністю, а не недоліком. Конституція не має проблем із судовим конституційним контролем; вона має проблеми із більшістю. Насправді, головною загрозою індивідуальним свободам є влада уряду. Чим більша влада уряду, тим менше індивідуальної свободи; чим більше індивідуальної свободи, тим менше влади в уряді. Влада уряду та індивідуальні свободи – це дві сторони гри з нульовою сумою».

Водночас ця дилема має декілька глибинних проблем. Як слушно пише Ран Гіршл, конституціоналізація прав та відповідне встановлення судового перегляду широко сприймаються як заходи, що розповсюджують владу, звичай пов'язані з ліберальними або егалітарними цінностями. Як результат цього поширення ідей і практик, конституціоналізм у глобальному контексті пов'язують зі становленням сучасних демократій після Другої світової війни, зміст яких трансформується до розуміння того, що демократія має більше, ніж просто дотримання принципу правління більшістю, в результаті поступових соціальних змін або лібералізації політичної трансформації, або просто як відображення доброзичливої відданості їх політичних лідерів у дусі поваги до прав людини. Водночас більшість припущень щодо переважно доброякісних та прогресивних витоків конституціоналізму залишаються здебільшого неперевіреними та абстрактними⁶⁰.

2.6.1. Законодавство у світі верховенства права за Альбертом Дайсі та британський конституціоналізм

Верховенству права, на думку Альберта Венна Дайсі, притаманні принаймні три елементи: відсутність сваволі уряду; підпорядкування кожного загальному праву (*common law*), яке застосовується судами загального права; результатом дії загального права є норми конституційного права⁶¹. На цій підставі Дайсі визначає такі вимоги до якості законодавства:

- 1) *Відсутність в уряді довільних повноважень карати громадян чи чиняти дії, спрямовані проти життя і власності;*
- 2) *Підпорядкування будь-якої людини, незалежно від її стану і положення, загальному праву країни та судам загальної юрисдикції;*

⁶⁰ Hirschl, Ran (2004) *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 1(11) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 72; Hirschl, Ran (2007) *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.

⁶¹ Dicey Albert Venn (1924) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 205-233.

3) *Панування духу законності в англійських інститутах, завдяки тому, що загальні принципи англійської конституції є результатом судових рішень... у той час як у багатьох зарубіжних конституціях гарантії особистих прав випливають із загальних (абстрактних) принципів конституції.*

Британська модель конституціоналізму відображає ідею суверенітету законодавчого органу за визнання автономної правотворчої ролі судової влади. Конкуренція ідей *конституціоналізм versus парламентаризм* є специфічним феноменом в англо-американській правовій традиції, який відрізняє ці її два напрями.

Британська конституційна традиція побудована на Великій хартії вольностей 1215 р., Петиції прав та Білі про права 1689 р. та Актові про устрій 1700 р. Ці правові акти надали високого ступеня легітимності британському парламентаризму; на них власне й базується принцип суверенітету парламенту. Сьогодні принцип суверенітету парламенту не тлумачиться абсолютно. Насамперед це пов'язано із вступом Об'єднаного Королівства до Європейських економічних співтовариств 1972 року. Також сьогодні змінилася інтерпретація співвідношення конституційного та іншого законодавства. Так, Палата громад може передати біль конституційного значення для ретельного розгляду насамперед комітету всієї палати, ніж звичайному комітетові палати; але не всякий біль конституційного значення розглядається саме таким чином. Згідно із доктриною відхилення, що припускається, наступний акт превалює над положеннями попереднього, однак у деяких випадках статутів особливої важливості суди інколи опираються визнанням самого факту про те, що ці статuti були переглянуті наступними актами⁶².

Принцип суверенітету парламенту не поширюється на сферу загального права. Доктрина судового прецеденту зводиться до того, що *«кожний суд зобов'язаний слідувати рішенню більш високого за положенням суду, а апеляційні суди зв'язані своїми попередніми рішеннями»*. Сутність цієї доктрини проявляється також в тому, що судді *«нерідко зобов'язані слідувати раніше прийнятому рішенню навіть у тих випадках, коли є достатньо переконливі доводи, які в інших обставинах дозволили би не робити цього»*⁶³.

⁶² Медушевский А. (2003) *Теория конституционных циклов*. Москва. 51.

⁶³ Кросс Руперт. (1985) *Прецедент в английском праве*. Москва: Юрид. лит-ра.

2.6.2. Основні американські доктрини конституціоналізму

В основі американського конституціоналізму лежать кілька теорій: процесуальна, прав людини, «дуалістичного конституціоналізму». Процесуальна теорія (Дж.Г. Елай, Л.Г. Трайб) спирається на ідею інтерпретації конституції судовими установами, які у межах належної правової процедури дають тлумачення основоположних конституційних цінностей. Власне, діяльність Верховного суду США під головуванням Воррена втілила положення цієї теорії у практичну площину⁶⁴. Процесуальна теорія черпає свої корені у розмежуванні питань політичного та правового характеру як необхідної умови прийняття виважених і обґрунтованих судових рішень. Теорія прав людини (Р. Дворкін, Г.Р. Монаган) ґрунтується на припущенні, що конституція захищає основні права і свободи від необдуманих рішень більшості, які можуть бути мінливими та упередженими. Ця теорія оперує принципами права, які є основою для застосування правил у разі правової невизначеності, виходячи із свободи суддівського розсуду (дискреційного права)⁶⁵. Теорія «дуалістичного конституціоналізму» (Б. Акерман) виходить з ідей про те, що конституція встановила демократичне правління, яке обмежене власне конституцією. При цьому правління засноване на тягlostі правової традиції, оскільки законодавче творення права (*higher lawmaking*) засноване на конституції, а з іншого боку, існує традиційне для англо-американської системи судового творення права (*judgment*)⁶⁶.

Американська модель конституціоналізму базується на кодифікованій, так званій «писаній», конституції. За своїм характером, це жорстка конституція, оскільки внесення змін до неї здійснюється кваліфікованою більшістю Конгресу США та потребує ратифікації трьох чвертей легіслатур. У самій американській конституції, відповідно до правової традиції, закладено модель сильної і незалежної судової влади. Така система зумовлює соціальну активність суду щодо інтерпретації конституції, що забезпечує її еволюційний розвиток на відміну від європейської практики конституційних реформ або розриву континуїтету. Відповідно, Верховний суд США є головним інститутом, який володіє монополією щодо визначення критеріїв конституційності законів, які приймаються Конгресом. Еволюція практики Верховного суду США зазнала боротьби між прихильниками юридичного нейтралітету та політичного тлумачення права. Прихильники юридичного нейтралітету стоять на позиції, відповідно до якої,

⁶⁴ John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (Eds.) (1994) *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 3-4.

⁶⁵ Дворкін Р. (2001) *Серйозний погляд на права*. Київ: Основи, 47-70, 114-124.

⁶⁶ John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (eds.) (1994) *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 41-53.

Конституцію США необхідно тлумачити, виходячи з її тексту, за допомогою засобів юридичної герменевтики та формально-логічних методів інтерпретації. На думку ж представників політичного тлумачення права, відповідно до концепції «живого права», Конституція США має тлумачитися, виходячи із реального стану суспільних відносин, які існують у суспільстві, і саме суду належить монополія щодо визначення конституційності.

Така активна роль суду у «перетворенні» конституції шляхом її динамічного тлумачення, на думку американських вчених, сьогодні вичерпує поступово свій потенціал. Зокрема, це проявляється в тому, що все більший розрив спостерігається між виконавчою і законодавчою діяльністю та їх конституційним обмеженням. Діяльність Президента США все більше набуває граничного характеру: часто його рішення балансують між конституційними нормами та адміністративною практикою: його рішення все менш зв'язані правом і, відповідно, все менше піддаються впливу з боку законодавчих приписів. В умовах відсутності системи парламентського контролю за діями виконавчої влади це сприяє концентрації влади в руках виконавчої влади. Тому, незважаючи на закріплені у Конституції США принцип поділу влади, вельми складно провести розмежувальну лінію між законодавчою та виконавчою владою і визначити межі їхньої юрисдикції⁶⁷.

2.7. Криза ліберальної демократії та Карл Шмітт

2.7.1. Криза суверенітету та ліберальної демократії у працях Карла Шмітта

Криза ліберальної демократії в умовах становлення та посилення низки авторитарних і тоталітарних режимів у континентальній Європі у період між двома світовими війнами стала предметом прискіпливої уваги багатьох науковців. Це період неефективності держав в умовах Великої депресії 1929-1933 рр., що істотно вплинуло на розуміння суверенітету. Карл Шмітт, знаменитий сентенцією: «*Сувереном є той, хто ухвалює рішення про надзвичайний стан*», хоч робить при цьому різного роду застереження⁶⁸:

«Ця дефініція може бути справедливою для поняття суверенітету тільки як граничного поняття... Відповідно, його дефініція

⁶⁷ Fisher L. (ed.) (1990) *American Constitutional Law*. 3rd ed. Durham: Carolina Academic Press.

⁶⁸ Шмітт Карл. (2000) Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц» 15.

повинна бути прив'язана не до нормального, але лише граничного випадку... Те, що надзвичайний стан у вищому ступені придатний для юридичної дефініції суверенітету, має систематичну, логічну правову підставу. Рішення про винятки є саме рішенням у вищому сенсі. Бо загальна норма, як її висловлює нормально діюча формула права, ніколи не може повною мірою вловити абсолютного винятку і, отже, не здатна також цілком обґрунтувати рішення про те, що цей випадок – справді винятковий».

Насправді це є своєрідна інтелектуальна рефлексія на веймарський синдром, що набула поширення в Німеччині після першої світової війни та результатів трансформації світового порядку. Веймарський синдром німецької нації у період між двома світовими війнами ґрунтувався на припущенні «зради в тилу», оскільки Другий Райх змушений був капітулювати перед Антантою, окупувавши території сусідніх держав, що було абсурдом з точки зору військової стратегії. Перше Комп'єнське перемир'я від 11 листопада 1918 року було укладене на фоні революційних подій в Німеччині та зречення трону імператора Вільгельма. Це поклало початок перемовинам, у результаті яких був укладений Версальський мирний договір від 28 червня 1919 року, за яким Німеччина припинила платити країнам Антанти контрибуцію у 2010 р. Веймарський синдром позначає не лише приниження нації ззовні, також позначає внутрішню зраду з боку певних кіл, що стало джерелом антисемітизму у нацистській Німеччині та ревізійністських інвектив нацистського режиму.

Шмітт розігрує відому експоненту права, яка полягає у розумінні примусу як кардинального засобу забезпечення його загальнообов'язковості. Хоча в реальному житті нормативність права ґрунтується більшою мірою на правилі визнання. Насправді є важливим формулювання та відтворення паттернів, які забезпечують задовільні умови реалізації соціальних цінностей та за рівних умов справедливий доступ до матеріальних і духовних благ. Так, екстремум у праві домінує в Карла Шмітта, адже він схиляється розглядати суверенітет у площині крайньої необхідності та усунення екстремальних умов. Роль конституції зводиться до легалізації застосування таких заходів шляхом наділення повноваженнями органів влади⁶⁹. Саме цілком у душі такого екстремуму сформульована сумнозвісна формула частини другої статті 48 Веймарської конституції, за якою легалізувалася відверта сваволя виконавчої влади у застосуванні «заходів, необхідних для відновлення громадської безпеки і порядку, в разі потреби, за допомогою збройної сили». Хоча далі Шмітт робить засте-

⁶⁹ Там само 17-18.

реження, що зміст суверенітету полягає не настільки у застосуванні надзвичайних заходів, скільки в ухваленні рішення відповідно до процедури, це не змінює суті справи: суверенітет все одно розглядається як «*незалежна від закону вища влада, яка не виводиться і не пов'язана із цінностями*»⁷⁰. Загалом, держава у Шмітта є ефективною, якщо вона спроможна боротися із ворогом.

Парламентська демократія теж стала предметом доволі дотепних спостережень з боку Карла Шмітта. Адаже парламент вразливий, про що ще напередодні приходу нацистів до влади за допомогою цілком юридичних засобів вказував Карл Шмітт, через інфляцію законодавства, зниження професіоналізму тексту законів, які пишуться переважно поза стінами парламенту, диктат партій, «правління дилетантів», руйнівні методи парламентської обструкції, зловживання парламентськими імунітетами і привілеями. За цієї системи координат, як правило, ототожнюється закон із народною волею. Базою цього процесу є змагання політичних воель на засадах публічності та свободи вираження поглядів⁷¹.

Дизенгаус наголошує, що застосування надзвичайних заходів у разі настання складних політичних обставин не слід виправдовувати занадто, оскільки вони «тимчасово вбивають [будь-які] законотворчі ініціативи». Хоча дії, вчинені в умовах надзвичайних правових режимів ілюзорно можна вважати законними і в довгострокових інтересах правового порядку, оскільки за таких обставин не є повною відсутність закону, а ніби це особливий вид права – певної системи правового регулювання. Однак, така відсутність права, визначеного законом відповідно до концепції доцільності призводить же ситуації «юридичної чорної діри»⁷². Тобто, така система правового регулювання може породжувати неправу, голе свавілля. Звісно, такі погляди, які були підхоплені потім Карлом Шміттом на озброєння щодо забезпечення конституційного порядку у власному розумінні, були атакою на систему конституціоналізму як таку, що визначає певні параметри інститутів та процедур, спрямованих на обмеження свавілля влади та забезпечення прав людини. За будь-яких обставин застосування надзвичайних засобів захисту конституційного порядку утворює своєрідний, як би так можна висловитися, «сутінковий правовий простір».

Згадані прерогативи статті 48 Конституції Веймарської Республіки були використані Президентом фон Гінденбургом 20 липня 1932 року для «поновлення

⁷⁰ Шмітт Карл. (2000) *Политическая теология* 30-47.

⁷¹ Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). (2013) *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 161, 172, 194-196.

⁷² Ibid, 447

публічної безпеки і порядку» у федеральній землі Пруссія. Цей указ став вирішальним моментом в руйнуванні першого експерименту Німеччини з демократією. Відповідно до цього указу, Канцлер Райху Франц фон Папен з використанням відповідних політичних механізмів перебрав на себе повноваження Канцлера Пруссії – найбільшої і найпотужнішої із земель Райху. Він був виданий за наказом Кабінету Папена і став невід'ємною частиною стратегії тодішнього міністра оборони, генерала фон Шляйхера. Мотивацією указу стала нібито нездатність і небажання уряду Пруссії, де основу правлячої коаліції складала Соціал-демократична партія – основний опонент Націонал-соціалістської робітничої партії Німеччини, – боротися із політичними заворушеннями і насильством у Пруссії, які, власне, й були інспіровані НСДАП. По суті, СДПН була видалена розчерком пера з політичної арени в найбільшій федеральній землі на користь нацистів. Це стало одним із щаблів драбини походу нацистів до влади, які отримують відносну більшість на листопадових виборах 1932 року до Рейхстагу і фон Гінденбург після консультацій із фінансовими верхівками Райху доручить Адольфу Гітлеру сформувати Кабінет.

Цей досвід призвів до того, що в Основному Законі ФРН радикально змінився підхід щодо застосування надзвичайних заходів із забезпечення конституційного порядку. Сучасна німецька модель передбачає поєднання міністеріального режиму з елементами судового конституційного контролю, за якої Федеральний канцлер разом із Бундестагом та Бундесратом або, у разі їх неможливості зібратися, – за участі спеціально утвореного органу, Об'єданого комітету – забезпечує застосування необхідних заходів щодо захисту конституційного порядку, які мають бути схвалені Бундестагом і Бундесратом.

2.7.2. Концепції *militant democracy* та конституційний порядок

У 1937 р. у своєму есе німецький політолог, конституціоналіст Карл Льовенштайн ввів поняття демократії, спроможної до самозахисту⁷³ (*militant democracy, wehrhafte/streitbare Demokratie*), яке пізніше склало ідеологічну основу Основного Закону ФРН. При цьому концепція обороноздатної (войовничої) демократії цілком узгоджується з іншою інституційною засадою – принципом партійної держави, яка визнається як фундаментальна конституційна цінність авторитетним виданням Дональда Комерса з проблем німецького конституціоналізму⁷⁴.

⁷³ Loewenstein K. (1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights*, 31 *American Political Science Review* 417, 618.

⁷⁴ Kommers, Donald P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London: Duke University Press 31.

У сучасному розумінні концепція обороноздатної демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із демократією⁷⁵ та як превентивний засіб проти тероризму. На думку Льовенштайна, не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше. Зокрема, відвертий популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму. Серед засобів авторитаризму виділяють прояви націоналізму, створення на постмодерний кшталт образу зовнішнього ворога, залякування чи навіть застосування насильства. Відповідно, влада розглядається як інститут, який необхідно утримувати будь-якими засобами та використовувати її у власних інтересах, маніпулюючи громадською свідомістю. З цього аналізу Ондраш Шайо виводить такі структурні елементи войовничої демократії: розпуск політичних партій; конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед, належна правова процедура; конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій (об'єднань), зібрань, вираження поглядів; лояльність державних службовців⁷⁶.

На думку німецького компаративіста-конституціоналіста Гюнтера Франкенберга⁷⁷, який бере за основу концептуальні положення дослідження П. Нізена та інших авторів⁷⁸, цю проблему треба розглядати з іншого ракурсу. Напругу між народним суверенітетом та правами людини у системі демократичного врядування необхідно долати через призму концепцій антиекстремізму, негативний республіканізм, моральність громадянського суспільства.

Концепція антиекстремізму найбільш пов'язана із ідеями толерантності, яка як принцип у вітчизняній теорії конституціоналізму є засадничим принципом конституційної держави. Ця концепція передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних

⁷⁵ Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 4; Sajo A(ed.) (2004) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International, 2004.

⁷⁶ Шайо А. Самозащита конституционного государства 5-9.

⁷⁷ Франкенберг Г. (2004) Обучающийся суверен, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 20-25.

⁷⁸ Niesen P. (2003) Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality: Three Paradigms for Reflecting Past Injustice in Germany and Italy. S. Avineri & Z. Sternhell (eds), *Europe's Century of Discontent: The Legacies of Fascism, Nazism and Communism*, Jerusalem: Magnes Press 249-268; Meier H. (1993) *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretationen und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden; Guenther K. (1999) *The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture*. Ed. by P. Alston *The EU and Human Rights*. Oxford.

засобів, насамперед судового конституційного контролю. Прикладом, цього є практика Федерального конституційного суду Німеччини щодо визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках ФКС було проаналізовано цілі марксистско-ленінської ідеології та на близько 180 – цілі саме КПН, які несумісні із цінностями Боннського Основного Закону) по суті, визнав її такою, що суперечить демократичним цінностям і прирівняв її до теорії і практики нацизму за цілями і методами політичної боротьби за владу: «позиція Основного Закону щодо політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби з цією тоталітарною [нацистською – М.С.] системою»⁷⁹. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначає рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Негативний республіканізм передбачає формування таких меж врядування та політичної практики, яка б звузила можливості зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я. У контексті дискурсу вітчизняного конституціоналізму демократичне врядування інколи розглядається як система із розмитими соціальними цінностями, широкою кулуарною практикою формування партійних структур, авторитаризмом партійної організації, непотизму, відвертим заграванням із виборцями як з бездумним натовпом. Однак це не має ніякого відношення до демократії, оскільки така політична практика межує на грані олігархії та охлократії. По суті, концепція негативного республіканізму передбачає конституційну заборону функціонування партійних структур тоталітарного характеру або вождистського типу.

Сьогодні до основних елементів доктрини *militant democracy* прийнято включати: 1) розпуск політичних партій у судовому порядку; 2) конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед, належна правова процедура; 3) конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій, зібрань, вираження поглядів; 4) лояльність державних службовців; 5) люстрація щодо державних і політичних діячів щодо колишніх представників тоталітарних і авторитарних режимів у молодих конституційних демократіях.

⁷⁹ BVerfGE 5, 85/138.

2.8. Перехідні державні системи і конституціоналізм

2.8.1. Особливості конституціоналізму перехідного (пострадянського) періоду

До основних характеристик конституціоналізму молодих демократій по-стсоціалістичних країн можна віднести:

1) відмова від системи цінностей комунізму (проблема суспільних цінностей та самоідентифікації нації; подолання дилеми європейського і євразійського геополітичного впливу);

2) визнання політичного плюралізму та поділу влади (тут також слід враховувати клієнтелізм політичних партій та формування політичної волі народу; корпоративізм політичних партій та засоби їх впливу на публічну владу; існування розбалансування у системі поділу влади);

3) проблеми і забезпечення рівності видів власності та забезпечення приватизації державної власності (проблема реституції власності націоналізованої комуністичним режимом; забезпечення свободи економічної діяльності, вільної конкуренції та обмеження монополізму; олігопольна структура національної економіки та проблема забезпечення соціальних і економічних прав людини);

4) становлення ринкової економіки та системи соціального захисту (проблеми формування ринкової інфраструктури та вплив транснаціональних корпорацій; дилема державного протекціонізму та залучення іноземних інвестицій; соціальна інфраструктура та межі втручання держави у приватну автономію особи);

5) формування системи індивідуальної відповідальності та становлення ефективної соціальної держави (становлення соціального страхування; медична та освітня реформи; пенсійне забезпечення та багаторівневість пенсійного страхування);

6) забезпечення демократичних цінностей та належна організація держави (зв'язаність держави правом та верховенство основоположних прав і свобод людини; забезпечення права на участь в управлінні публічними справами; форми контролю та відповідальності публічної влади);

7) поділ влади та субсидіарність (децентралізація влади, належний механізм стримувань і противаг, визначення конституційного механізму делегування повноважень держави наднаціональним інститутам, які поважають конституційну демократію).

2.8.2. Постсоціалістичні країни Центральної та Східної Європи

Ці країни колишнього так званого «соціалістичного табору», їх ще називають постсоціалістичними країнами, хоча більшість з них ввійшли до Європейського Союзу. Країнам регіону притаманні подібні тенденції у розвитку конституційних систем, як це спостерігаються і в Україні. Також слід зазначити, що Україна, як й інші країни регіону ЦСЄ, пододала тоталітаризм і колоніальну залежність, і перед нею виникли схожі для цих країн проблеми розвитку конституційних явищ і процесів.

Слід також зазначити, що на розвиток конституційних систем країн регіону ЦСЄ мала значний вплив тоталітарна «радянська» правова спадщина. Вплив цієї спадщини на постсоціалістичні країни власне «соціалістичного табору» сьогодні є маловідчутним у зв'язку із входженням більшості цих країн у склад Європейського Союзу. Проте ще й досі він викликає певний культурний шок як на інтелектуальному, так і на інституційному рівні, що виражається у неприйнятності авторитарних і тоталітарних практик правління⁸⁰. На трансформацію країн ЦСЄ значною мірою вплинули процеси європейської та євроатлантичної інтеграції. Окрім деяких колишніх республік соціалістичної Югославії, країни ЦСЄ стали державами-членами Європейського Союзу; більшість із них також стали членами НАТО.

У країнах ЦСЄ ідеї конституціоналізму почали втілюватися після «оксамитових революцій» (1988 – 1989 рр.)⁸¹. Аналіз цих процесів свідчить, що сучасний розвиток конституціоналізму в Україні подібний до країн ЦСЄ. Зокрема, як і в Україні, прийняттю національних конституцій у Польщі, Угорщині передувало прийняття так званих «малих» конституцій, тобто, до конституцій «соціалістичного зразка» вносилися зміни принципового характеру щодо організації та діяльності органів публічної влади. Перетікання процесу реформування влади в Україні в бік її деконцентрації було ускладнено своєю рідною «радянською спадщиною».

У країнах ЦСЄ спочатку йшли процеси реформування власних державних систем, що стало підґрунтям для формування конституціоналізму у цих країнах. Із ліквідацією монополії комуністичних партій йшов неоднозначний

⁸⁰ Гузіна Д (ред.) (2003) *У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи*. Київ: Ай Бі.

⁸¹ Бруннер Георг. (1994) *Конституційнодавчий процес у Німеччині та Східній Європі*. Кельн; Balcerovicz, Leszek (1994) Understanding Postcommunist Transitions. *Journal of Democracy* 5 (Октябрь 1994); Lijphart, Arend. Democratization and Constitutional Choices in Czechoslovakia, Hungary and Poland, 1989-91. *Journal of Theoretical Politics* 4 (1992).

процес трансформації політичних систем, однак політичні партії протягом тривалого часу були нерозвинутими⁸². Тому сьогодні система конституціоналізму є незавершеною, оскільки політичні системи цих країн ще перебувають у стадії становлення. Результати парламентських виборів протягом тривалого часу у Польщі, Словаччині, Угорщині та Чехії також свідчать про практику клієнтелізму та партикулярності політичних інтересів. Це зумовлює створення урядів «національної єдності», «коаліційних урядів» на найширшій політичній основі, елементи якої частіше за все перебувають у перманентній конкуренції. Однак у 2010-х роках у Польщі та Угорщині істотно посилюється вплив популістських консервативних партій Право і справедливість та ФІДЕС, що стало, зокрема, реакцією на економічну рецесію 2008-2011 років та міграційну кризу 2015 р., пов'язану із трагічними подіями у Сирії.

Разом з тим, після усунення принципу однопартійності політичної системи та із розпадом Радянського Союзу, у постсоціалістичних і пострадянських країнах трансформаційні процеси відбулися по-різному. На зміну моністичної форми держави необхідно було формувати нові інституції, які характерні для полікратичної форми держави. Тому можна виділити особливості розвитку чотирьох груп країн регіону.

До першої групи країн можна віднести Польщу, Словаччину, Словенію, Угорщину, Чехію. Вони були сателітами Радянського Союзу і, відновивши власні демократичні традиції, у порівняно короткі строки зуміли істотно реформувати свої конституційні системи на позиціях класичного конституціоналізму. Це було пов'язано з тим, що незважаючи на формування інститутів держави тоталітарного зразка, у цих країнах було збережено тяглість ліберально-демократичних цінностей, основні інститути громадянського суспільства та окремі елементи ринкової економіки. У цих країнах у різні роки були спроби відходу від тоталітарної моделі державності, які зазнали невдачі лише «завдяки» втручанням військових контингентів Радянського Союзу та його країн-сателітів по організації Варшавського договору.

Другу групу країн становить переважна більшість балканських країн, в яких відбулася низка неоднозначних процесів, пов'язаних із міжетнічними конфліктами, які ще були закладені міжнародною системою на рубежі ХІХ–ХХ століть і практикою державного управління комуністичними урядами. Для цих країн до періоду формування прорадянських маріонеткових

⁸² Див.: *Демократическое правовое государство и гражданское общество в странах Центрально-Восточной Европы* Москва: Наука, 2005; Страшун Б.А. (1990) *Конституционные перемены в Восточной Европе. 1989–1990*. Москва.: Юрид. лит.

урядів історично більш характерним було авторитарне, аніж демократичне правління. Тому формування конституційних систем, згідно з постулатами класичного конституціоналізму, було ускладнено, і сьогодні воно має незавершений характер, зокрема, ускладнюється правовим нігілізмом, непотизмом і корупцією в інститутах влади. Прикладом цього є Болгарія та Румунія, які ввійшли до Європейського Союзу і яким було припинено тимчасово (протягом 2007–2008 років) надання субсидій із бюджету ЄС на розвиток владної та ринкової інфраструктури у зв'язку із проявами корупції, непотизму та непрозорої практики прийняття управлінських рішень.

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

Четверта група країн зазначеного трансформаційного простору (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Молдова, Росія) сьогодні більше тяжіє до авторитарної традиції. На цьому фоні виділяються Грузія та Україна, в яких, незважаючи на демократичні реформи, і нині зберігаються істотні елементи авторитарної традиції, що є, власне, перешкодою для переходу конституційних систем цих країн до класичного конституціоналізму. Форми держави Грузії, у порівнянні з Україною, притаманно більше елементів монархичності, що пов'язано із концентрацією влади в руках президента. В Україні влада є менш концентрованою, однак невирішеними є проблеми правового нігілізму, непотизму і корупції в інститутах влади, зокрема у функціонуванні незалежного та неупередженого суду. Політичні системи цих двох країн ще не цілком стратифіковані й структуровані, що проявляється у клієнтельській політичній практиці, коли партії розглядаються як інструмент реалізації інтересів певних ділових кіл⁸³.

⁸³ Савчин М.В. (2007) Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму, 4 *Часопис Київського університету права* 123–125.

2.9. Супранаціоналізм та конституційний патріотизм

2.9.1. Наднаціональність у праві

Наднаціональність у праві є результатом передачі частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам, прикладом чого слугує Європейський Союз. Це має наслідком становлення глобального права і забезпечується через певні конституційні засоби. Проф. Юрій Волошин цілком слушно розглядає поняття «конституційне забезпечення» через права людини в таких аспектах: вони є гносеологічним джерелом щодо визначення характеру держави в контексті її правового режиму; в онтологічному сенсі визначають основний предмет та стратегічну мету діяльності держави; у прагматично-демаркаційному сенсі спрямовані на визначення концепції реалізації такої мети; в управлінсько-нормативному контексті спрямовані на створення багатогранного, різнорівневого, комплексного, регулюючого механізму, заснованого на конституційно-правових відносинах – конституційно-правового забезпечення⁸⁴. Такий підхід спирається на концепт національної державності, який, за становлення світового громадянського суспільства та глобального конституціоналізму, вочевидь, буде розмиватися, завдяки, насамперед, мережі співпраці, яка може мати вертикальний, горизонтальний та змішаний характер. При цьому відносини субординації також можуть розмиватися, а окремі взірці рішень переноситимуться із типових договорів у приватному праві та рішень третейського арбітражу.

З цього приводу Арнім фон Богданді, розглядаючи моделі міжнародного права (як координацію, поєднання координації із неформальним співробітництвом урядів та унілатеризм), наголошує на такій природі суверенітету⁸⁵:

«Поняття суверенітету, який розуміється як державна незалежність, становить, відповідно, провідну матеріально-правову парадигму і, ймовірно, навіть фундаментальний принцип в сенсі імперативної вимоги оптимізації при розвитку і оформленні міжнародного права. Центральною формулою для міжнародної системи є при цьому суверенна рівність, а аж ніяк не демократизація».

⁸⁴ Волошин Юрій. (2010) *Конституційне забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти*. Київ: Логос 131-132.

⁸⁵ Богданді, Арнім фон. (2014) *Демократія, глобалізація, майбутнє міжнародного права: общий обзор*. 14 *Дайджест публичного права и международного права* 187.

Таким чином, зроблене припущення, що глобальний конституціоналізм має розвиватися у площині гарантій рівності між державами, що, правда, залежить від реальної потуги самої держави та мистецтва дипломатії, а також її інституційної спроможності. Водночас, якщо пригадати процес становлення наднаціональної природи ЄС, то слід насамперед спиратися на рішення Палацу правосуддя ЄС у справі *Costa v. ENEL*, в якій було визнано горизонтальний ефект та пряму дію основоположних прав і свобод. Здійснення та захист прав людини, іншими словами, вносять істотну трансформацію у світовий порядок. Так само приватно-правові інструменти, на зразок типових контрактів та третейського арбітражу, формують цілком незалежну від національних держав та наднаціональних інститутів мережу формування та відтворення правил і процедур, які потім певним чином кодифікуються та визнаються вже носіями публічної влади.

У вітчизняній та зарубіжній доктрині це питання розглядають крізь призму владоспроможності держави⁸⁶. У цьому контексті, фактично, розкривають можливість держави відстоювати національні інтереси, що зводиться саме до інституційної спроможності держави. Американський політолог Ніклас Спайкман визначає як маркери геополітичної держави такі критерії: територію, природу кордонів, населення, наявність природних ресурсів, економічний і технологічний розвиток, фінансову допомогу, етнічну однорідність, рівень соціальної інтеграції, політичну стабільність, національний дух⁸⁷. На цих же речах наголошує і Збігнев Бжезінські, який виділяє стратегічне надбання людства та те, що пов'язане із довкіллям. До стратегічного надбання Бжезінські відносить море, повітря, космос і віртуальний простір, а також ядерний простір, що пов'язано з проблемою розповсюдження ядерної зброї. Надбання, пов'язане з довкіллям, охоплює геополітичні наслідки керування водними ресурсами, Арктикою та зміною клімату⁸⁸.

Таким чином, як основні ознаки наднаціональності можна виділити такі: а) принцип пріоритету права наднаціональних організацій (НО); б) наявність певних делегованих повноважень у НО, на підставі яких ухвалюються рішення за принципом більшості; в) міжнародно-правовий механізм утво-

⁸⁶ Щербанюк О.В. (2013) *Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави*. Київ: Логос; Буткевич В. (2012) *Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу 3-4* *Право України* 12-20; Мартен Домінік, Мецжер Жан-Люк, П'єр Філіп. (2005) *Соціологія глобалізації*. Київ: «КМ Академія».

⁸⁷ Spuykman, Nicholas John. (1970) *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books.

⁸⁸ Бжезінський Збігнев. (2012) *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис 91.

рення наднаціонального права та конституційно-адміністративний механізм утілення рішень НО; г) багаторівневий конституціоналізм, який ґрунтується на субсидіарності, децентралізації влади та вирівнюванні розвитку регіонів.

Наднаціональність, а тому і глобалізацію, доповнює доктрина конституційного патріотизму, яка робить акцент на конституційній ідентичності та обмеженні впливу авторитарних і популістських тенденцій на національне право. На думку Карла Ясперса та Яна-Вернера Мюллера, доктрина конституційного патріотизму народилася як рефлексія⁸⁹ на наслідки нацизму в Німеччині та необхідність перенесення колективної відповідальності німців за злочини нацизму і забезпечення єдності (*Gemeinsamkeit*) у суспільстві. Тому ігнорування формування правил у рамках обмеженого правління та недопущення тоталітарних практик є неприпустимим на майбутнє. Доктрина конституційного патріотизму, поряд із доктриною обороноздатної демократії, слугує інтелектуальною пересторогою щодо небезпеки приходу до влади популістів, як правого, так і лівого спрямування. Цим самим конституційний патріотизм пояснює, яким саме чином універсальні конституційні цінності діють у національному правопорядку з точки зору ліберальної демократії⁹⁰.

2.9.2. Деліберативна демократія та економічні свободи

Дуже поширеною тезою у вітчизняній юриспруденції є міркування про корупцію як загрозу національній безпеці, звідси і правовій визначеності. Хоча насправді це не відповідає дійсності, адже корупція, з точки зору економічного аналізу права за Ернандо де Сото чи Річардом Познером, є лише транзакційними видатками, які компенсують надмірний формалізм у праві, відсутність верховенства права та гарантій прав і свобод людини, надаючи процесуальну економію у ухваленні рішень та доступ до ресурсів. До речі, де Сото, знаменитий сентенцією про те, що якщо університети випускають значне число юристів, то це є чіткою ознакою зростання транзакційних видатків, як економічних свобод і слугує джерелом корупції через надмірний дирижизм уряду⁹¹.

Обґрунтованість втручання публічної влади у вільний і відповідальний вибір особи (те, що прийнято називати приватною автономією) є серйозною проблемою сучасної юриспруденції через інфляцію законодавства та поси-

⁸⁹ Mueller Jan-Werner (2006) On the Origins of Constitutional Patriotism, 5 *Contemporary Political Theory* 278–296; Jaspers, K. (1946) *Die Schuldfrage: Ein Beitrag zur deutschen Frage*, Zurich: Artemis.

⁹⁰ Mueller Jan-Werner (2007) *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press.

⁹¹ Ернандо де Сото (2012) *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає на Заході і ніде більше*. Ніка-Центр.

лення ролі регуляторних органів (концепту *Administrative State*). Проблема, згідно із Юргеном Габермасом, полягає у гідності демократичної легітимачії інститутів влади. Задач цієї відкриті і прозорі процедури формування органів влади є основою такої легітимачії, особливо зважаючи на зростання ролі *Administrative State* та розширення регуляторної практики урядів та незалежних агентств держави. Так само, з точки зору демократичної легітимачії, долається дилема юристократії та парламентаризму, адже конституційні суди репрезентують відповідно до соціальних структур, представників юриспруденції на посадах суддів, як і депутати парламенту – представників народу.

Справа полягає у утвердженні цінностей *res publica* – мистецтва здійснення спільної справи та забезпечення політичної інтеграції нації. Звідси, республіканізм є ніщо інше як якість громадян, підзвітність і підконтрольність влади. Громадянство є інструментом ідентичності особи у її гідності та засіб політичної інтеграції нації. З цієї точки зору мультикультуралізм настільки допустимий, наскільки це дає змогу забезпечити політичну інтеграцію в суспільстві та безсторонність правил і процедур у рамках національної конституційної традиції. Якість громадян надає свій ефект якості політичного процесу як відстоювання ідентичності індивіда та його суспільної інтеграції. Принцип права заінтересованих осіб бути заслуханими та взяти участь у обговоренні владних рішень є чи не вирішальним для визначення правомірності процедури ухвалення правового акту органом влади. Це дає змогу запустити механізми підзвітності і підконтрольності влади, оскільки якість схвалюваних рішень не завжди релевантна більшості, головним тут виступає належна аргументація – тому критерієм механізму відповідальності влади є система комунікаційних зв'язків між громадянами та посадовцями, що дозволяє як брати участь в ухваленні рішень, так і відстоювати інтереси меншості та ставити питання про відповідальність посадовців.

Економічна інфраструктура доволі тісно пов'язана із незалежним правосуддям. Адже в умовах економічного суспільства головним покликанням суду є гарантії права власності, додержання контрактів та стабільності економічних відносин. На це також спрямовані юридичні формули про неправомірність відмови у правосудді, у разі наявності прогалин, колізій чи інших недоліків у законодавстві. Оскільки в Україні доволі складний процес становлення незалежного і безстороннього правосуддя, то іноземний інвестор намагається вводити інвестиції переважно як власник чи мажоритарний володілець пакету акцій у певній компанії. Так само великий бізнес із іноземними інвестиціями, ставлячись із недовірою до вітчизняного правосуддя, схильний застосовувати

засоби іноземної юрисдикції або третейського арбітражу, які мають вагомий авторитет та демонструють повагу до верховенства права та гідності людини.

2.9.3. Кіберправо і права четвертого покоління

Часткове вирішення порушень вище проблем забезпечує електронне урядування, яке може посприяти запровадженню стандартів прозорості у діяльності публічної влади. Запровадження електронного урядування дозволяє спростити надання адміністративних послуг і зробити їх доступнішими. При цьому виникає питання про захист персональних даних приватних осіб, оскільки за електронної фіксації фактів та обставин про певну особу, вони потенційно можуть стати миттєво доступними для третіх осіб і тут виникає небезпека зловживання з боку посадовців під час оперування такими даними без відома цієї особи. Водночас кіберзлочини і зловживання через електронні мережі та засоби зв'язку засвідчують вразливість електронного урядування, яке може бути піддане хакерським атакам. Прикладами цього можуть слугувати кібератаки на Естонію у квітні 2007 року та на сервери Демократичної партії та державної установи в США влітку-восени під час президентських виборів 2016 року, які йшли переважно від серверів, підконтрольних Росії. Тому захист персональних даних приватних осіб, кібербезпека та відкритість процедур ухвалення рішень мають стати основою для сучасного електронного урядування, яке надає значну увагу процесуальній економії під час їх прийняття.

Гідність демократичної легітимачії передбачає повагу прав меншин у контексті принципу недискримінації. Така вимога взаємного балансу базується на повазі до гідності людини, її свободи та вимог справедливості, як матеріальної, так і процесуальної. Зокрема, з питань біоетики виникає низка питань щодо забезпечення цілісності особи (*individual integrity*), фундаментальним принципом якого є заборона *'medical experimentation without consent'* (здійснення медичних експериментів без згоди), основою чого є повага до гідності людини та її приватної автономії (можливості вільного, без стороннього тиску, вибору). Такими вимогам мають відповідати вирішення питань щодо трансплантології, природи організмів із наперед заданими властивостями. Однак тут значну роль відіграє процесуальна справедливість, яка включає право заінтересованих осіб бути заслуханими та вираження вільної волі особою щодо якої вживаються певні медичні заходи. Це передбачає наявність певних юридичних механізмів узгодження відповідної волі носія права та заінтересованих осіб, щоб за допомогою кваліфікованого юриста, який відповідає належним діловим і моральним якостям, ухвалювати рішення щодо здійснення певних медичних процедур чи методик лікування. З цієї точки зору виникне також питання щодо з'ясування змісту правил та процедур використання цифрових технологій у сприянні реалізації можливостей людини.

2.9.4. Напрями конституційної трансформації та глобалізація права

Тут коротко буде окреслено двосторонній рух, який характеризує зворотний вплив один на одного конституційного та міжнародного права. Така взаємна проникливість обох систем ґрунтується на дії принципів права, які мають універсальний характер; водночас у міжнародному праві вони закладають лише мінімальні стандарти захисту прав людини, а тому їхній зміст, з точки зору верховенства конституції, може верифікуватися. У разі, якщо національний досвід надає більш широкі матеріальні та процесуальні засоби захисту, вони певною мірою імплементуються у міжнародне право. Тому у цьому процесі ми спостерігаємо різнопорядковий взаємний вплив конституційного та міжнародного права.

Згідно із уявленнями про вертикальну структуру права як правомірних вимог індивіда до публічної влади діяти належним чином і здійснювати певні обов'язки, виходить така картина. Існує тенденція розвитку права у бік захисту прав людини, якій протистоїть дилема тероризму. Сам тероризм є антитезою прав людини, оскільки є цілеспрямованою діяльністю, спрямованою проти гідності та безпеки особи, адже нагнітання атмосфери страху та безпорадності у суспільстві має за мету дискредитацію як державних, так і міжнародних інститутів. Тобто, подолання умов для тероризму є необхідною підставою для утвердження прав людини, хоча тероризм виправдовується як інструмент проти вестернізації незахідних типів суспільств. Насправді, природа людини є універсальною, індивід однаковою мірою наділений гідністю і він є носієм прав і свобод, що не залежить від типу суспільства. Тип суспільства лише визначає певні форми інституціоналізації та процесуалізації прав людини.

У світі цього наразі можна окреслити такі основні тенденції, які характеризують глобалізацію права, та перехресний процес обміну та збагачення правовими цінностями як основи сучасного конституціоналізму:

- 1) реформування судової системи як необхідна умова захисту прав людини та органів національної безпеки;
- 2) забезпечення становлення реально діючого місцевого самоврядування та децентралізація влади;
- 3) розробка системи вирівнювання розвитку регіонів та узгодження регіональних політик;
- 4) визначення механізму делегування частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам (за зразком ФРН/Франції/Іспанії).

Розділ 3

Юридична сила конституції

1. Основні теорії у співвідношенні із конституціоналізмом
2. Поняття конституції: конституція символічна, номінальна та реальна
3. Установча влада та конституція
4. Інтерпретація конституції та принципи її тлумачення: загальні засади, автономне, динамічне, оригіналістське (текстуальне)
5. Основні моделі правового захисту конституції
6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State)

Література:

- Алекси Роберт (2011). Дуальная природа права, 11 *Право України*, 45–58.
- Гамільтон Александер, Медісон Джеймс, Джей Джон (2002), *Федераліст*, Київ: Сфера.
- Гончаров Володимир (2009), До питання про функціональне тлумачення змісту юридичних норм, 50 *Актуальні проблеми держави і права* 270-276.
- Ковлер Анатолій, Чиркин Виктор, Юдин Юрий (1996), *Сравнительное конституционное право*, Москва: Манускрипт.
- Лемак Василь (2010), Принцип верховенства права в Україні: основні загрози, 3 *Право України* 44-51
- Роч Кевин (2004) Воинствующая демократия и антитерроризм, 2-3 *Сравнительное конституционное обозрение*
- Савчин Михайло (2009), *Конституціоналізм і природа конституції*, Ужгород: Поліграфцентр Ліра.
- Шаповал В.М. (2005) *Сучасний конституціоналізм*, Київ: Юридична фірма «Салком».
- Шевчук Станіслав (2010), Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза та співвідношення, 3 *Право України* 52-61
- Шевчук Станіслав (2001). *Основи конституційної юриспруденції*, Київ, Центр правничих студій.
- Thomas E. Baker, (2004), Constitutional Theory in a Nutshell, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 57
- Rosenfeld Michel, Sajo Andras (Eds.) (2013), *The Oxford Handbook Comparative*
-

Constitutional Law, Oxford University Press.

St-Hilaire, Maxime, *Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology* (April 24, 2015). URL: <https://ssrn.com/abstract=2598489> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2598489>

3.1. Основні теорії конституції у співвідношенні із конституціоналізмом

Природу конституції можна розкрити у контексті конституціоналізму, що передбачає дієві механізми обмеження влади та належні гарантії прав людини. Йдеться про розрив між юридичною і фактичною конституцією, програмним характером її принципів і норм. Наприклад, це зумовлює інтерпретацію принципу правової державності як певних вимог до організації та діяльності держави, що свідчить про певний ступінь втілення їх положень у життя – ні більше, ні менше. Згідно з Томасом Бейкером, зміст канону для конституційного тлумачення полягає в тому, яким джерелам надають конституційне значення, що залежить від таких підходів: текстуалістів, оригінального розуміння, історії та традиції, структури, прецеденту або доктрини, філософії або моральних міркувань⁹².

На сьогодні у конституційній доктрині поширеними є такі школи, які пояснюють природу конституції – юридичний позитивізм та природне право. Однак зазначена проблематика конкретизується через співвідношення природних прав та конституційного судочинства, а також синтетизм (правовий плюралізм).

3.1.1. Юридичний позитивізм та теорія конституції

Позитивістська теорія трактує конституцію як систему правових норм, що мають вищу юридичну силу і регулюють основи відносин між людиною і суспільством, з одного боку, і державою – з іншого, а також засади організації самої держави та її відносин зі світовим співтовариством. Зокрема, конституцію розкривають як⁹³

⁹² Thomas E. Baker, (2004), *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 68

⁹³ Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. (2005) *Теория современной конституции*. Москва: НОРМА 39.

«...установчий правовий акт, основний закон держави, що приймається в установленому порядку, має у сучасних умовах особливий об'єкт регулювання, вищу юридичну силу і є юридичною базою для правотворчості, правозастосування і правосвідомості».

Як нормативно-правовий акт конституцію розкривають через її властивості: а) установчий характер; б) основний закон; в) найвища юридична сила; г) верховенство конституції щодо міжнародних договорів, які вносяться у парламент для проходження процедури ратифікації; д) пряма дія конституційних норм; е) особлива процедура прийняття – внесення змін до конституції здійснюється у порядку, що відрізняється від законодавчої процедури. Текстуалісти якраз звертають увагу, аналізуючи ці компоненти конституції, хоча такі ознаки як пряма дія конституційних норм чи співвідношення міжнародного права та конституції, завжди залишають відкритий простір для імплементації ідей природного права. Інакше конструкція конституції втрачає свій сенс і вихолощується.

Загалом основними ознаками позитивістського трактування конституції є такі:

- *традиція Corpus iuris civilis – розуміння права як замкнутої системи понять, в рамках якої шукають відповідь на розв'язок проблеми;*
- *сакралізація тексту – традиція інтерпретації священних текстів, що зумовлює перенесення відповідних технік інтерпретації конституції як тексту;*
- *відокремлення права від моралі, оскільки позитивістами воно трактується як невизначене і занадто спекулятивне (Джон Остін, Ганс Кельзен);*
- *право є командою суверена, адресованою політичним підлеглим, а тому значна увага приділяється відповідальності (Томас Гобс, Джеремі Бентам);*
- *заперечення ідеї об'єктивних і моральних цінностей у праві;*
- *механіцизм – має джерелом походження механіцизм Декарта, концепт якого переноситься на трактування права, яке ніби створюється державою як механізм примусу, а держава розглядається як апарат;*
- *волюнтаризм – право виражає волю народу/класу/стану; на цьому контексті права також роблять акцент текстуалісти та ориджиналісти.*

Загалом юридичний позитивізм апелює до носія суверенітету, який визна-

чає характер і зміст конституції, про що Лон Фуллер писав так:

«Правовий позитивізм починається з пошуку певної єдиної сили, яка дає логічну завершеність правничій системі та пропонує чітке визначення права. Він знаходить цю єдину силу в універсальній владі суверена. Але сьогодні ми більше не можемо вірити у персонального суверена».

При цьому цілком справедливо зазначається у компаративній літературі, що, завдяки широкому контексту, позитивне конституційне право розширюється. Цілком слушно Максим Сент-Ілер наголошує, що різниця між законом, який є, і законом, який повинен бути, не повинна збігатися з такою між законом і мораллю, особливо тому, що право є не лише продуктом різних позитивних систем формальних джерел, а й нормативною наукою. Таким чином, встановлення глобальних стандартів конституційного права належить не до вузької, а до широкої концепції правового позитивізму⁹⁴. Наприклад, такий інструменти *soft law* як висновки Венеційської комісії чи *hard law* рішення Європейського суду з прав людини є все ж таки формальними джерелами, через які імплементуються у національні конституційні порядки європейських країн міжнародні конституційні стандарти, формується єдність конституційного розуміння.

3.1.2. Природне право та теорія конституції

Ця теорія трактує конституцію як результат еволюції публічно-владних форм життя, накопичення народом досвіду управління та його оформлення у певні інститути. Зокрема, Шарль Луї Монтеск'є звертав увагу на демографічні, економічні, географічні фактори, які впливають на «дух народу», на основі якого й побудована конституція⁹⁵. Разом з тим, накопичення народом практики управління зумовлює необхідність обмеження правління, встановлення балансу між центрами влади, тобто поділу влади, забезпечення основних (природних) прав людини.

До природно-правової теорії також дотична теорія суспільного договору. Конституція є актом установчої влади, яка виражає компроміс між політичними силами у суспільстві та за природою є суспільним договором, що виражає визнання публічної влади зв'язаною основними правами і свободами. Згідно із Жан-Жаком Руссо, в основі суспільного договору лежить ідея наділення владними повноваженнями органів влади з метою забезпечення

⁹⁴ St-Hilaire, Maxime, *Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology* 7

⁹⁵ Монтеск'є Ш.-Л. (1999) *О духе законов*. Москва: Мысль.

безпеки за рахунок обмеження прав людини на засадах народного суверенітету⁹⁶. Основні права і свободи визначають організаційні та процедурні основи функціонування публічної влади.

Природно-правові теорії наголошують насамперед на розумних засадах як результатах людської діяльності, які дозволяють формувати задовільні для широкого загалу правила та процедури. На думку Цицерона,

«Справжнє право – це розумність, праведність та природа, це право, яке накладає на людей обов'язки, забороняє й утримує їх від поганих вчинків. Його чинність є універсальною, незмінною та вічною. Будь-яка спроба заперечити це право є гріхом; скасувати його неможливо. Ні сенат, ні асамблея не можуть звільнити нас від його приписів. Тут не може бути одного права в Римі, а іншого в Атенах; або одне зараз, а інше – потім; всі народи мають керуватися цим незмінним та універсальним правом».

Якщо узагальнити, то основні постулати природної школи конституції зводяться до такого: 1) право як продукт природного розвитку суспільства; 2) розумність права, в основі якого лежать фундаментальні цінності; 3) діяльність конституційної юстиції щодо захисту фундаментальних цінностей від свавільних дій більшості; 4) природне право як критерій розумності і практичної придатності позитивного права.

Вони розглядаються як універсальні, незалежно від типу організації суспільства. Попри можливість критики природно-правового підходу, як зазначає Марта Нусбаум, «багато критиків універсальності в етиці є дійсними критиками метафізичного реалізму, хто припускає, що реалізм є основою універсалізму ..., це припущення є фальшивим», оскільки «універсальна ідея людини виникає з історії та людського досвіду і може стверджуватися через досвід»⁹⁷.

Окрім розумності, природно-правове розуміння конституції також ґрунтується на засадах справедливості. Згідно із тестом Радбруха, позитивне право має відповідати таким засадам моральності: 1) відповідність закону основоположним принципам системи позитивного права; 2) відповідність закону моральним засадам доброчесності, справедливості. Такі висновки стали ре-

⁹⁶ Руссо Ж.-Ж. (1998) Об общественном договоре, или Принципы политического права. *Об общественном договоре. Трактаты* (пер. с фр.) Москва: КАНОН-пресс 208-209.

⁹⁷ Martha Nussbaum (1995), Human Capabilities, Female Human Being, in Martha Nussbaum and Jonathan Glover (eds), *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, New York: Oxford University Press 67-69.

акцією на формальну нацистську законність та на сумнозвісні Нюрнберзькі закони, які передбачали можливість переслідувати за ознакою приналежності до певної меншини за расовою, національною, політичною ознакою та статевою/гендерною ознаками.

3.1.3. Природні права та конституційне судочинство

У період Просвітництва, виходячи із визнання права на самозахист особи від свавільного втручання держави у приватну автономію особи, утвердилася ідея, що межами діяльності держави є права людини. Визначення меж діяльності держави можливе за умови належного судового контролю над діями законодавця і виконавчої влади. Судовий конституційний перегляд (*judicial review*) над законодавством та правозастосуванням є важливим. Судовий перегляд ідентифікує англо-американську правову систему. Така ідея у континентальній традиції права була обґрунтована у працях австрійського правознавця Ганса Кельзена як необхідність застосування спеціалізованого суду, який покликаний забезпечувати верховенство конституції у національній правовій системі. Взаємні зв'язки між природними правами та конституційним судочинством зводяться до таких моментів⁹⁸:

- *Права людини виражають межі діяльності держави та її моральні орієнтири.*
- *Конституційне судочинство виступає охоронцем людської свободи від свавільного втручання та утисків.*
- *Конституційне судочинство поєднує позитивістський та природно-правовий підходи у регулюванні прав людини.*
- *Конституційне судочинство виступає як інституція, що запобігає довільним діям парламенту, визнаючи неконституційними закони чи їх положення у разі порушення ними прав людини.*
- *В умовах конституційної демократії конституційне судочинство є інститутом захисту прав меншості від довільних та свавільних рішень більшості.*
- *Це вимагає належного обґрунтування рішень, щоб забезпечити авторитетність та демократичну легітимність конституційної юстиції.*
- *Захист прав людини у діяльності конституційної юстиції забезпечується шляхом розгляду конституційних скарг, аттаро, habeas corpus чи за допомогою аналогічних інститутів.*

Таким чином, конституційне судочинство забезпечує захист прав людини

⁹⁸ Шевчук Станіслав (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Український центр правничих студій 35-48.

шляхом перевірки щодо конституційності правових актів та розгляду конституційних скарг чи за допомогою аналогічних процедур. Прийнято вважати, що захист прав людини – це діяльність, як раз притаманна судовій владі⁹⁹.

3.1.4. Синтетизм (правовий плюралізм)

Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі. Це є класична формула ліберального конституціоналізму¹⁰⁰, яка випливає з природи універсальних конституційних цінностей. Згідно з ліберально-демократичним трактуванням, конституція також покликана забезпечити право людини на вільний розвиток та ефективне демократичне правління. Правовий плюралізм наголошує не лише на державних формах творення права, а також на можливості приватноправових механізмів творення права. Також значну роль у процесі творення права відіграє *opinion juris doctorum* та конституційна юриспруденція.

Згідно з теорією ігор джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації, або правового захисту конституції, не завжди можна досягти максимально корисного результату, оскільки конструювання положень конституції є результатом консенсусу, компромісу, а такі конструкції не завжди є ідеальними. Тому, до речі, складно говорити, що конституція закладає якийсь суспільний ідеал. Водночас ці речі не слід плутати із програмно-перспективною функцією конституції.

Основні положення синтетичного підходу у розумінні конституції зводяться до таких моментів:

- Розуміння конституції як втілення ідей конституціоналізму, які виражають національну конституційну традицію;
- Конституція є інструментом забезпечення участі держави у прийнятті владних рішень і реалізації народного суверенітету, як на національному, так і на наднаціональному рівні публічної влади;
- Система цінностей і принципів (людська гідність, свобода, рівність, верховенство права), які забезпечуються правовим захистом, складають сутнісне ядро розуміння конституції;
- Механізм чинності конституції, який включає:
 - мікрорівень через реалізацію конституційних норм у формі використання, виконання, додержання і застосування;

⁹⁹ Dowling, Henry M. (1935) *The Inherent Power of the Judiciary*, 2(11) *Indiana Law Journal*.

¹⁰⁰ Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК.

- мезорівень – суспільно-політичні дебати щодо її реалізації, інтерпретація конституції та
- макрорівень через її установчий характер, верховенство і пряму дію та правовий захист.

За своїм змістом, конституція виражає: а) суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом; б) способи здійснення демократичних процедур та контролю народу над публічною владою; в) легітиміацію публічної влади; г) межі втручання публічної влади у приватну автономію особи; д) правовий механізм міжнародного співробітництва держави. Таким чином, конституція є певним типом соціального порядку, заснованого на визначенні легітимних меж правління з метою забезпечення суспільного блага (балансу публічних і приватних інтересів), що пронизано засадами верховенства права та належної правової процедури. У цій площині вирішуються багато питань, пов'язаних із юридичною і фактичною конституцією, конституціоналізмом як доктриною і практикою обмеженого урядування.

3.2. Конституція реальна, номінальна, символічна

3.2.1. Дуалістична природа конституції

Конституція поєднує в собі формальний та матеріальний аспекти; інколи формальний аспект конституції розглядають як ідеальний, хоча саму конституцію як явище навряд чи можна зводити до писаного тексту – ідеї обмеження влади та гарантій прав людини все одно були обґрунтовані до їх формалізації у вигляді тексту. Водночас дуалізм конституції виражається у практиці втілення її положень в життя.

i) нормативне розуміння конституції пов'язується із юридичними характеристиками правового акту чи їх сукупності, який у національній правовій системі відіграє роль основоположного закону. У такому сенсі конституція закладає структуру джерел національного права, основоположні правила і вимоги юридичної техніки у правотворенні і правозастосуванні, аргументації юридичних рішень. Також для прибічників структурної інтерпретації конституції її структура також є визначальною.

ii) конституція як правопорядок певного типу. У цьому сенсі конституція є певною сукупністю інститутів, правил і процедур, спрямованих на захист прав людини та обмеження свавілля влади. Таким чином, зміст зазна-

чених інститутів і процедур має певне спрямування, хоча сама конституція не може розглядатися як певний конструкт соціальних інститутів. Тракткування конституції як правопорядку доречно у контексті певного зводу правил гри, які динамічно розвиваються разом зі зміною соціальної структури, тобто як реально діючий ефективний порядок, заснований на повазі гідності особи та її захисті.

Тепер, згідно з усталеною конституційною доктриною¹⁰¹, розглянемо коротко символічні, номінальні та реальні конституції.

3.2.2. Конституція символічна (фальшива)

Конституція символічна (фальшива) є набором символів, знаків, що, фактично, не відображає реального процесу здійснення влади, а остання насправді є необмеженою (*fake constitution*). Прикладом таких «конституцій» є статусні документи Радянського Союзу, КНДР, КНР, Куби.

i) *фетишизація тексту та конституційний дискурс*. Як правило, символічна конституція полягає у фетишизації тексту як сукупності знаків і символів, за допомогою чого влада прикриває практику зневаги до людської гідності та порушення прав людини й основоположних свобод. Відомий міф про доволі досконалий характер сталінської конституції Радянського Союзу 1936 р. яка нібито містила широкий каталог прав людини, абсолютно нівелюється практикою застосування нелегітимного так званого закону про п'ять колосків, функціонування мережі концтаборів у системі ГУЛАГ та різноманітних форм надзвичайного правосуддя.

ii) *конституція як інструмент політики*. Традиційно у радянській юридичній доктрині конституція розглядалася як інструмент впровадження в життя політики Комуністичної партії згідно з тоталітарними засадами демократичного централізму та керівної і спрямовуючої ролі Компартії, що було офіційно закріплено у Конституції Радянського Союзу 1977 р.

iii) *конституція як інструмент диктатури*. Сталінська, як і всі інші радянські «конституції», була побудована на засадах концентрації влади та зрощення державного і партійного апарату, тотального втручання держави у сферу приватної автономії індивіда.

3.2.3. Конституція номінальна

Конституція номінальна – це така конституція, яка реально не обмежує владу і містить лише декларований «каталог» прав людини, що не є її справж-

¹⁰¹ Giovanni Sartori. (1962) Constitutionalism: A Preliminary Discussion 4(56) *The American Political Science Review* 853-864.

німи цілями. Насправді її положення лише частково реалізовані, оскільки вона виконує насамперед функцію легалізації влади, а не стільки захисту основоположних правових цінностей і принципів. Такий стан конституцій притаманний переважній більшості пострадянських держав, які виникли в результаті розпаду СРСР, а також у багатьох країнах Азії, Африки і Латинської Америки.

i) розрив між юридичною і фактичною конституцією. Такий розрив зумовлений тим, що конституція не настільки забезпечує функцію обмеження влади; насправді номінальна конституція описує, як функціонує політична влада загалом, відносячись нейтрально до її телосу. При цьому акцентується увага на прерогативах держави, ефективному здійсненні нею своїх повноважень безвідносно до правових цінностей і принципів.

ii) фрагментарність конституції. Безвідносність політичних акторів, зокрема органів публічної влади до конституційних цінностей і принципів, зумовлюють переважання методів адміністрування. За таких умов права людини, насправді, реалізуються фрагментарно, оскільки їх здійснення цілком залежить від реалізації владних прерогатив та розгляду владців своїх посад як засобу доступу до обмежених ресурсів.

3.2.4. Конституція реальна

Конституція розглядається як реально діючий правопорядок, яка видозмінюється у ході суспільно-політичних процесів, виконує реальну функцію обмеження влади і гарантує права людини.

i) динамізм конституції. Конституційний текст за таких умов розглядається суто у руслі правової визначеності, як певний відкритий каталог прав людини та критеріїв для ухвалення законодавства та інших актів влади. Тому, конституція як документ трактується динамічно, оскільки суспільно-політичні обставини застосування її положень є мінливим, вони змінюються, що зумовлює поступову еволюцію положень конституції як правового акта. Конституція, власне, розглядається не настільки як текст, як сукупність певних цінностей і принципів, які застосовуються у певному соціальному контексті і їхній зміст динамічно змінюється.

ii) конституція як правопорядок у гетерархічному суспільстві. Конституція не зводиться до встановлення правил гри у політичному суспільстві, за схемою «підданий – урядник». Основою людської гідності є самоідентичність індивіда, що передбачає вільний, суверенний його вибір, тобто конституція передбачає і координацію зусиль, спрямованих на реалізацію кон-

ституційних цінностей і принципів, які зумовлюють зміст конституційних інститутів, процедур і правил, які динамічно розвиваються. Гетерархія суспільного порядку зумовлює розуміння конституції як спільнодію громадян.

iii) завдання конституції щодо обмеження влади. Конституція як дійсне вираження політичної волі народу виражає функцію обмеження влади, критерієм якої є права людини й основоположні свободи. Ступінь реалізації таких конституційних цілей свідчить про реальність конституції.

3.2.5. Конституція формальна і матеріальна

З *формальної точки зору* конституцію розглядають як закон, що «виникає в особливій формі, який може бути змінений тільки певним прописаним шляхом і... наперед встановленій формі» (Теодор Маунц). Найчастіше у формальному розумінні конституцію характеризують як джерело права. На думку Філіпа Ардана, «конституція є синонімом організації влади, тому, навіть за відсутності письмового документа, держава має конституцію, а якщо такий документ є, то його положення не охоплюють всієї конституції».

i) соціальна обумовленість конституції. Конституцію не можна зводити до ласалівської формули про «співвідношення політичних сил». Таке твердження є не завжди правильним навіть на момент прийняття конституції, оскільки навіть на цьому етапі складно забезпечити реальне політичне представництво (принцип мажоритарності може мати наслідком втрату представництва навіть до третини виборців). Радше конституцію можна розглядати як звід правил політичної гри, які вводять політичний процес відповідно до правових цінностей і принципів, які динамічно розвиваються.

ii) рівень правової культури та втілення положень конституції. Певне розходження між юридичною і фактичною конституціями зустрічається і в країнах з демократичними режимами, хоч ступінь такого розходження, як і чинники, що його обумовлюють (причини), у різних країнах мають істотні відмінності. Суттєво впливають на розходження між юридичною і фактичною конституціями, зокрема, такі чинники як «вік» юридичної конституції (чим вона «старша», тим вірогідність розходження з фактичною конституцією у неї більша внаслідок змін у суспільних відносинах, які відбулися після прийняття юридичної конституції); співвідношення політичних сил; стан юридичних механізмів реалізації конституції; тип суспільної політичної і правової культури тощо.

iii) юридична техніка та конституція. Юридична техніка має подвійне значення для конституції. По-перше, формулювання тексту конституції має

бути чітким, лаконічним, викладеним доступною мовою. Бажано також уникати дефініцій, оскільки певні терміни підлягають конкретизації у законодавстві чи конституційною юстицією. Також юридична техніка визначає структуру конституції. По-друге, процес конкретизації конституції у законодавстві та її інтерпретації конституційним судом впливає на характер та динаміку розвитку змісту конституції.

Табл. Співвідношення формальної і реальної конституції

конституція як нормативний акт	конституція як правопорядок
і) конституція як основоположний закон; ii) верховенство конституції; iii) стабільність конституції	і) конституція як певний тип правопорядку; ii) конституювання владних відносин та легітимація публічної влади; iii) завдання з обмеження владної сваволі та захисту основних прав і свобод.

3.3. Установча влада

3.3.1. Поняття установчої влади

Владу, що встановлює конституцію, можна визначити як організаційний та процедурний порядок вираження у формі основного закону правових засад державного та суспільного ладу, правових форм взаємодії публічної влади, суспільства та індивіда. Ідея установчої влади (фр. *pouvoir constituant*) походить із часів Просвітництва і чітко сформульована абатом Емануелем Жозефом Сіесом. Сьогодні ця доктрина втілюється через інститути безпосередньої (референдум) або представницької демократії (суверенітет парламенту) або за їх поєднання. Водночас сучасна установча влада обмежена переглядом органами конституційної юстиції конституційності внесення змін до конституції.

Оскільки публічна влада є похідною від влади народу, то необхідно розмежовувати установчу владу та організаційно-правову, що втілюється через систему організаційних та правових форм діяльності учасників конституційних правовідносин. Згідно із французькою концепцією установчої влади, сама ідея надконституційності – іманентна характеристика конституції, оскільки її формальному ухваленню передують утворення засад конституційного ладу (утворення «протоконституційних» норм). Це зв'язує учасників

політичного процесу та накладає обмеження у політичній діяльності (Жан П'єр Жакке, Філіп Ардан, Рікардо Ріал). На думку інших (Філіп Люшер, Жан Ведель), які виражають переважно позитивістські погляди, перегляд певних надконституційних принципів та ідей (до прикладу, республіканізм) можливий шляхом перегляду положень, які закріплюють ці принципи. Зокрема, французька Конституційна рада у справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз (1992) визначила, що установча влада є суверенною і «їй дозволено скасовувати, змінювати та доповнювати положення конституційного значення за додержання, зрозуміло, правил стосовно способу, встановленого Конституцією».

3.3.2. Критерії легітимності процесу прийняття конституції

Конституційні норми мають верховенство у національній системі права, що і визначає особливий порядок їх прийняття, зміни та відміни. Тому це є якісним критерієм розмежування понять установчого та законодавчого процесу. Згідно із загальними принципами права установчі процедури повинні відповідати таким вимогам:

i) *Існування легітимних органів влади, які уповноважені від імені народу призначати та забезпечити прийняття або внесення змін до конституції.* У конституції та законах визначається організація та порядок діяльності вищих органів держави, які компетентні приймати рішення з питань встановлення чи внесення змін до основного закону. Якщо в державі немає конституції, то діяльність таких органів влади повинна здійснюватися згідно з демократичними засадами суспільства. Процедури з встановлення чи внесення змін до конституції повинні здійснюватися у легітимних формах, тобто на основі повноважень державних органів, визначених законом.

ii) *У разі відсутності конституції, важливу роль відіграють інститути політичної системи суспільства, національні традиції демократії,* що слугують основою так званих «передконституційних норм». На перший план у такому випадку виходить політична активність народу, різного роду політичних організацій. Відповідно до цих вимог проект конституції повинен бути підготовлений із залученням спеціалістів у галузі конституційного права; цей проект повинен стати предметом широкої громадської дискусії, у якій важливу роль щодо формування політичної волі громадян повинні відігравати політичні партії.

Проблемним питанням є розгляд установчих процедур у випадку революції чи кардинальних змін суспільного та державного ладу. Революція як суспільне явище означає якісні зміни у правовому регулюванні суспільних

процесів, що веде до порушення засад старого порядку і засновує якісно новий. Тому, у таких випадках на перший план виходить забезпечення процедур безпосередньої демократії.

iii) Процедурне забезпечення установчого процесу. На законодавчому рівні повинен бути врегульованим порядок прийняття або внесення змін до конституції. У випадку відсутності законодавчого забезпечення, існує проблема гарантій представництва основних політичних сил суспільства. Незабезпеченість юридичними процедурами прийняття конституції веде до порушення її юридичної форми, порушення прав основних суб'єктів конституційних правовідносин.

3.3.3. Форми прояву установчої влади та світова практика

До основних способів ухвалення конституції відносять: і) конституанта (установчі збори/конституційний конвент/асамблея); ii) референдум; iii) парламентська процедура; iv) октроювання; v) змішані способи.

У цілому такі механізми прийняття чи внесення змін до конституції у світовій практиці поєднуються певним чином, що відображає національні традиції та певні конкретно-історичні обставини. Зокрема, найпоширенішою практикою є розробка проекту конституції спеціальною комісією або її попереднє схвалення парламентом із остаточним затвердженням основного закону на всенародному референдумі.

Плебісцитарна модель з елементами авторитаризму (Франція). Французька модель прийняття конституції полягає у частому прояві дисконтинуїтету. Зокрема, конституція 1958 р. приймалася у неоднозначній політико-правовій ситуації і здійснювалася у декілька стадій. Перша стадія була пов'язана із забезпеченням самої можливості такої зміни, оскільки конституція 1946 р. наділяла парламент монополією щодо прийняття нової конституції. Шарль де Голль домігся перегляду ст. 90 Конституції IV Республіки шляхом голосування за вотум довіри урядові готувати відповідний проект Конституції. Також було переглянуто конституційний закон № 58-7233, яким ініціатива на перегляд Конституції належала урядові, обговорювалася у Раді міністрів після слухання висновку Державної ради. Поправки до конституційного закону містили принципи, які визначали параметри майбутнього проекту Конституції. Остаточного питання про порядок перегляду Конституції було вирішено передати французькому народові на референдум.

Континуїтет був збережений щодо інституту прав людини та концепції співдружності. Проект конституції був схвалений Радою міністрів, промульт

гований Президентом Коті та схвалений на референдумі 17 668 790 голосів (72%) проти 4 624 511 голосів (20,8%) виборців. Легітимність прийняття конституції посилилася й тим, що Шарль де Голль на президентських виборах здобув 77,5% голосів електоральної колегії. Таким шляхом за результатами референдуму від 12 грудня 1993 р. була прийнята Конституція Російської Федерації, розроблена Конституційною комісією під головуванням Президента Бориса Єльцина. Цей механізм продемонстрував тяглість авторитарної традиції в Росії, яка була посилена згортанням під час каденції Президента Владіміра Путіна основних засад федералізму (ліквідація виборності вищих посадових осіб суб'єктів федерації, створення федеральних округів), делібералізацією політичної системи (законодавство про екстремізм, підвищення виборчого бар'єру до семи відсотків, посилення адміністрування окремих секторів громадянського суспільства) тощо.

Парламентська модель із елементами електоральної легітимації (Королівство Нідерланди). Згідно з нідерландською моделлю, нова конституція приймається парламентом у два етапи. На першому етапі Генеральні штати обома палатами приймають рішення про необхідність прийняття поправок до Конституції у запропонованій їм редакції. Після схвалення цього рішення обидві палати парламенту підлягають розпускові. Конституція схвалюється остаточно двома палатами новосформованих Генеральних штатів (ст. 137 Конституції Королівства Нідерландів). Така система передбачає недопущення випадків зловживання повноваженнями з боку парламенту для того, щоб попередити можливість прийняття конституції, в якій було б виголошено повноваження органів публічної влади на користь парламенту або на угоду політичним силам, представленим у парламенті.

Модель конституційної асамблеї. Досить поширеною є практика прийняття конституції через установчі збори, конституційну асамблею. Ідея конституанти полягає в тому, що конституцію приймає конституційна асамблея (установчі збори), яка скликається у разі необхідності прийняття конституції чи її ревізії. Така практика була реалізована на основі ідей Еммануеля Жозефа С'єеса шляхом ухвалення Конституції Франції 1791 р. Установчими зборами, якими були проголошені Генеральні штати, скликані королем Людовиком XVI для вирішення питання щодо встановлення нових податків.

За своєю сутністю, формування конституанти шляхом виборів є потрібним для звільнення положень конституції від політичної кон'юнктури та встановлення правил функціонування публічної влади, побудованої на повазі до гідності людини, належних гарантіях прав людини й основоположних свобод, поділі влади як механізму недопущення концентрації та зловживання нею.

Модель консоціативної демократичної легітимації. Прийняття Конституції Іспанії 1978 р. було результатом компромісу між різними соціальними, політичними, владними інститутами; зокрема, їх учасниками були екстремістські політичні рухи. Компроміс іспанської моделі також полягав у поступовій еволюції конституційної моделі державного устрою від унітаризму та регіоналізму, що передбачало надання широких самоврядних прав автономіям, які були створені на договірній основі провінціями.

Парламентська модель із елементами субсидіарної консоціативної легітимації. За німецькою моделлю, внесення змін до Основного Закону є прерогативою парламенту – Бундестагу та органу участі земель у законодавстві та управлінні федерацією – Бундесрату, які ухвалюють відповідне рішення не менш як двома третинами голосів їх членів. При цьому не можуть бути предметом перегляду положення Основного Закону, що стосуються поділу федерації на землі, засад участі земель у законодавстві, а також принципи поваги до гідності людини, визнання прав людини як непорушних і невідчужуваних, їх прямої дії, засад демократичної соціальної федеративної держави, зв'язаності законодавства конституційним ладом, управління й правосуддя – законом і правом, визнання суверенної влади народу та права народу на опір правлінню, що посягає на конституційний лад.

ФКС Німеччини не здійснює попереднього конституційного контролю за проектами законів про внесення змін до Основного Закону. Хоча існує можливість остаточного конституційного контролю за такими законами, однак таке питання не було актуальним у практиці німецького конституціоналізму. Водночас ФКС відіграє важливу роль під час здійснення конституційного контролю над міжнародними договорами, до яких приєднується Німеччина, і вони стосуються засад конституційного ладу, що також визначає засади участі земель у виробленні політики на рівні федерації та ЄС у контексті забезпечення конституційного ладу Німеччини. Зокрема, необхідно виділити роль ФКС у забезпеченні легітимності приєднання Німеччини до установчих договорів Європейського Союзу та процесу ратифікації Бундестагом Лісабонського договору¹⁰².

Парламентська модель з елементами попереднього конституційного контролю. В Угорщині Національні збори вносять зміни до Конституції двома третинами голосів депутатів. Водночас Президент на свій розсуд до його промудьгації може або накласти вето, або звернутися до Конституційного суду для вирішення питання про конституційність цього закону. За таких умов, Конституційний суд Угорщини, фактично, здійснює остаточний кон-

¹⁰² BvE 2/08 (Lisbon Case).

ституційний контроль за конституційними законами.

Подібною є процедура перегляду румунської Конституції. Однак для її перегляду обов'язковою є попередня перевірка Конституційним судом конституційності ініціативи про перегляд Конституції. У разі позитивного рішення Конституційного суду Палата депутатів і Сенат схвалюють законопроект двома третинами від їх загального складу, а якщо рішення приймається на спільному засіданні палат – трьома чвертями від числа депутатів і сенаторів. Остаточні зміни схвалюються за рішенням національного референдуму. Не підлягають перегляду положення Конституції, які встановлюють національний, незалежний, єдиний і неподільний характер румунської держави, республіканську форму правління, територіальну цілісність, незалежність правосуддя, політичний плюралізм та офіційну мову.

Парламентська модель перегляду конституції. Згідно з Конституцією Чеської Республіки, конституційний закон приймається трьома п'ятими голосів від загального числа депутатів і трьома п'ятими голосів присутніх сенаторів; палати чеського Парламенту правомочні приймати рішення, якщо на їх засіданні присутня принаймні третина їх членів. На конституційний закон не накладається вето Президента. Конституційний суд Чеської Республіки не здійснює конституційного контролю над конституційними законами.

Таким чином, можна визнати, що установча влада характеризується такими ознаками: а) легітимність конституанти на основі вільних і демократичних виборів; б) легітимність конституанти, наділеної повноваженнями приймати/ревізувати/вносити зміни до конституції; в) законодавче регулювання установчої процедури; г) зв'язаність конституанти соціальними цінностями, які не можуть бути предметом її ревізії (власне кажучи, зв'язаність конституанти конституційним ладом); г) установча легітимність конституанти, заснованої на зворотних зв'язках між населенням та процедурами ухвалення рішень (наприклад, елементи нідерландської моделі, яка передбачає розпуск парламенту, який ініціював зміни; залучення мережі *think tanks*; круглі столи між політичними силами тощо). Також правомірним є конституційний контроль за змістом законів про внесення змін до конституції основоположним цінностям і принципам права.

3.4. Тлумачення конституції

3.4.1. Інтерпретація конституції: необхідність, межі та види

У процесі застосування конституційних норм виникає необхідність їх інтерпретації у контексті конкретної історичної ситуації. У цьому процесі провідна роль належить парламентові та органам конституційної юстиції, що у цілому впливає на ефективність механізму правового захисту конституції. Якщо процедура внесення змін до конституції складна, то роль органів конституційної юстиції в інтерпретації конституційних норм може набувати характеру монополії з вирішення відповідних конституційно-правових спорів.

Згідно з концепцією належної правової процедури, застосування права органами правосуддя відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності (С. Шевчук). Конституційні положення, як правило, встановлюють гарантії прав і свобод, які мають процесуальний характер. Зміст належної правової процедури втілюється у процесуальному режимі. Процесуальний режим виражає процесуальні права та обов'язки учасників, способи та засоби їх реалізації, порядок їх набуття та вступу у процесуальні відносини, юридичні наслідки вирішення конкретної юридичної справи шляхом винесення обґрунтованого рішення відповідно до вимог процесуальної форми.

Необхідність тлумачення конституції зумовлена такими чинниками:

- загальний і абстрактний характер конституційних норм;
- «відкритість» конституційних принципів, які потребують своєї конкретизації через інтерпретацію;
- «переживання» конституційних приписів, щодо яких виникає потреба в інтерпретації через обставини, що змінюються, або через зміни стану правового регулювання;
- принцип самообмеження конституційного суду та доктрина «політичного питання».

Конституція є актом установчої влади народу, що розрахований на тривале використання та реалізацію. Однак суспільний розвиток та зміни в організації діяльності інститутів публічної влади зумовлюють необхідність модернізації конституційної матерії, тобто пристосування конституції до нових умов життя. Причому таке пристосування інколи складно проводити шляхом внесення змін до конституції з різних обставин. У німецькій конституційній доктрині виділяють традиційний (догматичний) та динамічний (далектич-

ний) підходи у тлумаченні конституції. Слід зазначити особливості розуміння окремих традиційних способів тлумачення. Зокрема, німецька конституційна доктрина розглядає історичний спосіб тлумачення не лише через призму з'ясування волі конституцієдавця, а також у світлі визначення особливостей конкретної історичної ситуації в момент прийняття Основного Закону та через динаміку практики держави¹⁰³. Як традиційне також розглядається конформне тлумачення до європейської юриспруденції (Європейського суду з прав людини та Палацу правосуддя ЄС).

Динамічне тлумачення ґрунтується на розумінні природи конституції як відкритої та рухливої правової матерії, яка змінюється відповідно до конкретної історичної ситуації. За таких умов конституція вже розглядається «не лише як правосвідомість, але й як правотворчість», як «керівні ідеї розподілу свободи», «оптимізації» та «практичного узгодження» конституційних положень і цілей. Тому зростає роль конституційного суду у забезпеченні розвитку конституції шляхом її конкретизації під час вирішення конституційно-правових спорів¹⁰⁴, що виключає неправомірність прогагин у законодавстві, оскільки це не відповідає конституційним цілям та «керівній ідеї розподілу свободи» як засад німецького конституціоналізму¹⁰⁵.

Як свідчить досвід конституційних судів більшості країн Центральної та Східної Європи, які запозичили германську модель конституційної юстиції, вони також схильні до здійснення динамічного тлумачення конституції¹⁰⁶. Згідно з американською правовою доктриною, застосовують різноманітні методики під час тлумачення конституції, які є мінливими, що часто залежить від складу Верховного суду США, поглядів суддів на форми та обсяг судової активності, структури конституціоналізму у конкретно-історичній обстановці. Ф. Боббіт визначає, що тлумачення конституції зумовлене модальностями у діяльності Верховного суду (історичної, текстуальної, розсудливості (*prudential*), доктринальної, етичної)¹⁰⁷. Тлумачення конституції розглядається через призму концепції інтерпретивізму¹⁰⁸, нейтральних за-

¹⁰³ Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger. (2005) *Deutsches Staatsrecht*. 31. Auflage des von Theodor Maunz begruendete Werkes. Muenchen: Verlag C.H. Beck Muenchen 53–63, 55–56.

¹⁰⁴ Хессе, К. (1982) *Основи конституційного права* ФРГ. Москва 59.

¹⁰⁵ *Deutsches Staatsrecht* 58–63.

¹⁰⁶ Гарлицкий, А.А. (2000) Польский Конституционный Трибунал и социальные права, 1 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 157–161; Шепель, К.Л. (2000) Новый венгерский Конституционный суд, 1 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 21–25.

¹⁰⁷ Bobbitt, Phillip. (1991) *Constitutional Interpretation*. 12–22.

¹⁰⁸ Grey, Thomas C. (1975) Do we have an unwritten Constitution? 27 *Stanford Law Revue*. 703–717.

сад тлумачення¹⁰⁹, з'ясування волі конституцієдавця (*original understanding, originalism*)¹¹⁰, винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*¹¹¹, розвитку конституційного права¹¹², концепції зважування (*balancing*)¹¹³. Аналіз американських доктрин тлумачення конституції свідчить про різні підходи, які полягають у поєднанні методів формальної юридичної логіки (текстуалізм, оригіналізм), техніки винесення судових рішень (зокрема, *stare decisis*) чи зважування конституційних цінностей або принципів (*balancing*), визнання судової активності чи її обмеження в ході тлумачення. Емпіричний досвід діяльності Верховного суду США свідчить, що такі підходи до інтерпретації Конституції змінюються залежно від конкретно-історичної обстановки, складу суду, суспільних дебатів щодо подальшого розвитку конституційної доктрини і судової практики. При цьому існує багатоманітність інструментів інтерпретації конституції. Наприклад, Кетлін Салліван визначила принаймні дев'ять різних консервативних напрямів конституційного тлумачення: 1) оригіналізм; 2) текстуалізм; 3) судове самообмеження та повага до законодавчих органів; 4) лібертаріанство та дерегуляція; 5) права штатів та децентралізація; 6) традиціоналізм; 7) прецедент; 8) капіталізм вільного ринку та 9) правопорядок¹¹⁴.

3.4.2. Основні правила тлумачення конституції

Тлумачення конституції ґрунтується на юридичному силогізмі, згідно з правилами якого суд має надати інтерпретацію фактичному та юридичному складу конкретної справи. Це істотно впливає на аргументацію та демократичну легітимність рішень конституційних судів. У цьому контексті існують такі основні правила тлумачення конституції.

Догматичний підхід тлумачення конституції передбачає такі компоненти 1) тлумачення конституційного тексту як цілісного; 2) урахування взаємних зв'язків між конституційними положеннями та зворотних відсилань; 3) прак-

¹⁰⁹ Bork, Robert H. (1971). Neutral principles and some first amendment problems, 47(1) *Indiana Law Journal* 1–11; Wechsler, Herbert. (1959). Toward neutral principles of Constitutional law, 73 *Harvard Law Review* 9–35.

¹¹⁰ Brest, Paul. (1980). The misconceived quest for the original understanding, 60 *B.U.L. Revue*. 204–234.

¹¹¹ Monaghan, Henry P. (1988). Stare decisis and constitutional adjudication, 88 *Columbia Law Review*. 723–753.

¹¹² Tushnet, Mark V. (1983). Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles, 96 *Harvard Law Review*. 781–824.

¹¹³ Aleinikoff, Alexander T. (1987). Constitutional law in the age of balancing, 96 *Yale Law Review*. 943–992.

¹¹⁴ Kathleen M. Sullivan (1998), The Jurisprudence of the Rehnquist Court, 22 *NOVA L. REV.* 743.

тична значущість у контексті ефективності захисту прав людини; 4) автономне тлумачення конституції, коли положення законів беруть до уваги настільки, оскільки вони належно конкретизують конституційні принципи; 5) конституційні приписи тлумачаться як «відкритий» текст.

Субстантивний, матеріальний підхід тлумачення конституції має на меті забезпечення ефективності виконання рішень та обмеження влади, зокрема: 1) забезпечення обмеженого правління та гарантій прав людини; 2) застосування доктрини сутнісного змісту права, в основу якої покладено засади пропорційності (як трискладового тесту, так і балансування); 3) тлумачення конституції як «живого інструмента» з метою забезпечення реального і дієвого забезпечення основоположного права.

У цьому відношенні має значення механізм формування офіційної конституційної доктрини. У країнах *англо-американської системи права* тут головну роль відіграє доктрина *stare decisis* (букв. слідувати попередньо встановленому), яка лежить в основі судового прецеденту. У *континентальній Європі* формування офіційної доктрини конституційних судів має таку логіку: 1) формування у конкретній справі юридичної позиції; 2) відтворення такої позиції у наступних рішеннях, якщо у справах подібний предмет та обставини (конституційна юриспруденція); 3) відображення основних положень цих рішень у правилах правових актів, які ухвалюються органами публічної влади.

Також має місце можливість зміни юридичних позицій, яке ще йменують *overruling*, тобто зміни підходів конституційної юстиції для: 1) забезпечення ефективного та дієвого захисту прав людини; 2) наявності більш якісних механізму захисту прав людини, які впливають із рішень міжнародних юридичних установ; 3) істотної зміни обставин застосування конституційних положень у світі структурних змін у суспільстві (досягнення науково-технічного прогресу, особливості економічного розвитку, зміни соціальної та демографічної динаміки тощо); 4) істотної зміни у правовому регулюванні; 5) наявності певної інституційної проблеми, яка заподіює істотну шкоду правам людини та конституційному порядку.

У цьому контексті значення інтерпретації конституції полягає у забезпеченні: а) конкретизації конституційних норм; б) деталізації конституційних норм; в) єдності розуміння і застосування конституційних норм.

3.4.3. Основні методи інтерпретації конституції

Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної мате-

рії через динамічне тлумачення конституції. Це жодним чином не відкидає традиційні способи тлумачення правових норм, оскільки їх інтенсивно застосовують відповідно до конкретної історичної обстановки. Такі питання також досліджуються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак уже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження, виходячи зі стратегії компенсації.

Догматична методика тлумачення має формально-юридичний характер. Застосовуються при ній переважно граматичний, системний способи тлумачення, деякою мірою історичний метод, а також зрідка – телеологічний та функціональний. Сутністю догматичної методики тлумачення є використання «золотого правила» тлумачення, широке застосування правил формальної юридичної логіки, взаємозв'язків між правовими нормами, структурними частинами певного правового акта/актів. Застосування історичного способу тлумачення традиційно пов'язується зі з'ясуванням волі органу, що прийняв правовий акт, хоча це не відповідає природі речей (зокрема, явищу «переживання» закону, зміни конкретно-історичної обстановки його застосування). Ця методика тлумачення має значення для роз'яснення змісту юридичної термінології, пошуку логічних зв'язків між правовими нормами. Інакше кажучи, догматична методика тлумачення стосується статички права.

Динамічне тлумачення конституції застосовується у ситуації правової невизначеності, коли правове регулювання відстає від соціальної реальності. Це може бути пов'язане із застарілістю законодавства, конфліктом/колізією правових норм, динамічним розвитком суспільних відносин і нездатністю політичних інститутів адекватно вирішувати ці своєрідні правові виклики. Це також може бути пов'язано із обструкцією у парламенті необхідності деяких соціальних реформ, внаслідок чого поточне законодавство не надає адекватної відповіді на питання щодо захисту прав людини й основоположних свобод. Динамічне тлумачення може застосовуватися судовими установами та у доктрині. Таким чином, його сутністю є подолання розриву між положеннями правових актів та практикою його застосування шляхом тлумачення неоднозначних положень законодавства, звертаючись до соціальних цінностей, принципів права, закладених у конституції. Досить часто динамічне тлумачення застосовується Європейським судом з прав людини з метою забезпечення гнучкого застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

Під час застосування методики динамічного тлумачення граматичний та системний спосіб тлумачення мають значення для виявлення наявних про-

блем, зокрема прогалин у позитивному законодавстві. Тому, за його застосування, увага насамперед акцентується переважно на телеологічному та функціональному способах тлумачення. У такому разі інтенсивно застосовується науковий апарат і доробок конституційної доктрини, принципи конституційного права, які не завжди є позитивно закріпленими (наприклад, принцип пропорційності, довірливості, правової визначеності, недопущення владної сваволі, субсидіарності тощо). Досить часто, у разі динамічного тлумачення, використовується історичний спосіб тлумачення для того, щоб з'ясувати особливості еволюції певного конституційного інституту, принципу, норми у контексті розвитку соціальних, політичних чи владних інститутів.

Конституційно узгоджене (конформне) тлумачення (verfassungskonforme Interpretation/Auslegung, consistent interpretation, la sentence interpretative, reserves d'interpretation) полягає в обранні компромісного варіанта інтерпретації конституційних норм, за яким, навіть у разі виявлення неконституційності положень правового акта, що є предметом конституційного контролю, він визнається чинним у частині, в якій він відповідає конституційним принципам і нормам¹¹⁵. Така практика є широко розповсюдженою у країнах Європи та Північної Америки. Це трапляється у випадках, коли інтерпретоване положення правового акта викликає неоднозначне тлумачення і, виходячи з конкретної юридичної ситуації, йому надається тлумачення виключно у контексті конституційних принципів і норм. Надалі орган конституційної юстиції не бере до уваги положення правового акта, які є сумнівними з точки зору його конституційності.

Конституційний суд Чеської республіки у своєму рішенні від 26.03.1996 р. визнав правомірним «принцип пріоритету конституційного конформного тлумачення перед визнанням нечинним закону». На основі цього Суд зазначив, що

«у ситуації, коли конкретне положення правового акта (pravního předpisu) уможливує два різних тлумачення, причому одне з них відповідає конституційному закону та міжнародним договорам відповідно до статті 10 Конституції Чеської республіки, а інше – суперечить, не надається висновок про нечинність цього положення. При його вирішенні завданням суду є тлумачення цього положення у конституційно конформний спосіб»¹¹⁶.

Конституційно конформне тлумачення є дискусійним з точки зору легі-

¹¹⁵ Klima K. (2008) *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen: Ales Cenek.,

¹¹⁶ *Nales Pl. US 48/95 26.03.1996 roku o interpretace zákona v souladu s ústavními zákony a mezinárodními smlouvami dle čl. 10 Ústavy* <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=27983&pos=4&cnt=12&typ=result>

тимності судового активізму¹¹⁷, оскільки виражає правотворчу функцію конституційної юстиції у випадках правової невизначеності. Згідно із засадами конституційності, у діяльності органів конституційної юстиції конформне тлумачення має базуватися на засадах поділу влади і не може містити потенціального втручання у сферу законодавця.

Відповідно до засад конституційно-конформного тлумачення, закон не можна визнавати нечинним (неконституційним), якщо його можна тлумачити як такий, що відповідає конституції. Конформне тлумачення є доволі поширеним у німецькій конституційній юриспруденції¹¹⁸. Конституційний суд, вирішуючи конституційний конфлікт, має будувати свою інтерпретаційну діяльність у тому числі на основі конформного тлумачення оспорюваних норм, базуючись на таких засадах тлумачення конституційних норм, як: єдність (цілісність) конституції; принцип практичного узгодження (конкордації) та правової визначеності.

З урахуванням іноземного та вітчизняного досвіду конституційної юрисдикції можна виділити такі форми конституційно конформного тлумачення: а) тлумачення конституції у взаємозв'язку із міжнародними договорами; б) тлумачення конституції у контексті установчих актів ЄС та правових актів органів ЄС; в) тлумачення конституції у контексті Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод та прецедентного права Європейського суду з прав людини; г) тлумачення конституції у взаємозв'язку із положеннями нормативно-правових актів, які є предметом конституційного контролю і викликають неоднозначне застосування чи практичну необхідність в офіційній інтерпретації.

Сьогодні існує необхідність розвитку конституційних положень у поточному законодавстві, оскільки це веде до стану законодавчого упущення (недогляду) та можливості виконавчої влади зловживати своїми повноваженнями в умовах правової невизначеності. У такому разі зусилля конституційної юрисдикції з інтерпретації Конституції далеко не завжди дають можливість забезпечити реальний захист основних прав і свобод. У цьому сенсі конститу-

¹¹⁷ Вей С. (2002) Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді, 2 *Вісник Конституційного Суду України*. 57-59; Кляйн Ханс Х. (1999) Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству, 8 *Государство и право*. 111-112; Шевчук С. (2006) *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат.

¹¹⁸ Геберле П. (2001) Загальні проблеми конституційного права та юрисдикції конституційного суду на матеріалі «німецької моделі» і з погляду на Україну, 6 *Вісник Конституційного Суду України*. 59-72; Рижков Г. (2008) *Принципи правової держави в Основному Законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального Конституційного суду ФРН*. Київ: Книги для бізнесу.

ційні положення накладають позитивні обов'язки на законодавця з приводу належного правового регулювання. Постає питання самоконтролю законодавця, що, на думку Г. Госепата, може бути досягнуто через конституційний суд, який здійснював би контроль щодо поточного законодавства на предмет ефективного забезпечення основних прав¹¹⁹.

3.5. Основні моделі правового захисту конституції

3.5.1. Правовий захист та правова охорона конституції

Якщо розглядати проблему забезпечення чинності конституції з точки зору її різних аспектів (установлення, реалізація та інтерпретація), то доцільніше говорити не про термін «правова охорона конституції». Постановка питання про охорону конституції має етатистський характер і припускає соціальну активність щодо його забезпечення залежно від волі держави. Проте це суперечить природі конституціоналізму як системи обмеження публічної влади і дієвих гарантій прав і свобод. За таких умов держава розглядається як потенційний порушник конституційного ладу, що емпірично доведено практикою діяльності влади в нацистській Німеччині, фашистській Італії, тоталітарному Радянському Союзі та за інших авторитарних і тоталітарних режимів. Тому правомірніше говорити про термін «правовий захист конституції», який передбачає соціальну активність учасників конституційних правовідносин з приводу забезпечення чинності конституції.

Правовий захист конституції – це система правових засобів і способів забезпечення непорушності правових цінностей і принципів, які складають сутність змісту забезпечення легітимності втручання публічної влади в приватну автономію індивіда з метою забезпечення суспільного блага.

3.5.2. Система правового захисту конституції

Специфіка системи правового захисту конституції полягає в тому, що її ядром є організація та діяльність конституційної юстиції, оскільки будь-яка дія чи правовий акт учасника конституційних правовідносин може стати предметом розгляду у цих органах влади. У науці конституційного права як правові засоби захисту основного закону виділяють: а) особливий порядок внесення змін до конституції; б) відповідальність вищих посадових осіб за порушення конституції та в) здійснення конституційного правосуддя (юс-

¹¹⁹ Ш. Госепат та Г. Ломанн (ред.). (2008) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр 188-189.

тицію). Німецький вчений К. Гессе виділяє також превентивні і репресивні гарантії (позбавлення основних політичних прав, можливість заборони політичних партій, інститут надзвичайного стану)¹²⁰.

До основних засобів правового захисту конституції належать: а) право на опір тиранії; б) арбітраж глав держави; в) визнання неконституційними та розпуск політичних партій; г) парламентський контроль; д) встановлення факту зловживання конституційними правами та їх позбавлення; е) діяльність конституційної юстиції; ж) імпичмент вищих посадовців; з) надзвичайні засоби (інститути надзвичайного, воєнного стану, пряме президентське правління, федеральне втручання тощо).

3.5.3. Конституційна юстиція у системі захисту прав людини

Конституційна держава ґрунтується на правовій традиції, засадами якої є гарантії прав людини й основоположних свобод та правові механізми обмеження влади. З інституційної точки зору, конституційна державність забезпечується через режим парламентаризму, судовий конституційний контроль (*judicial review*). Звідси виникає дилема легітимності конституційних судів, оскільки правові засади їх діяльності регулюються законами, які приймаються парламентом. З іншого боку, акти парламенту є об'єктом конституційного контролю, що визначає власне конституційні межі свободи політичного розсуду парламенту під час прийняття законів. Конституційна юстиція виникає як альтернатива права народу на повстання проти несправедливих законів. Тобто, основним покликанням конституційної юстиції є контроль за відповідністю законів та інших актів публічної влади конституційним цінностям і принципам.

Роль конституційної юстиції у правовому захисті конституції характеризується низкою переваг, серед яких можна виділити: 1) інцидентний характер, тобто, на відміну від глави держави, органи конституційної юстиції здійснюють ці функції лише за зверненням уповноваженої особи; 2) заснованість дій конституційної юстиції на конституційних положеннях (конституційна юриспруденція, тобто інтерпретація конституції конституційними судами дає змогу забезпечити повноту конституційного регулювання, оскільки в «конституції немає прогалин та суперечностей»; 3) юридична визначеність, яка виражається у закріпленій компетенції розглядати конституційні спори за встановленою процедурою; 4) наявність формальних вимог до владних дій, які мають чітко визначений процесуальний характер і повинні відповідати стандартам належної правової процедури; 5) передбачуваний характер

¹²⁰ Гессе К. (1981) *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс 54.

владних дій конституційної юстиції у вигляді формально визначених судових рішень; 6) виключно правовий характер діяльності, тобто конституційна юстиція обґрунтовує свої рішення виключно на основі конституційних норм і право розсуду в застосуванні цих норм є істотно обмеженим, порівняно із здійсненням арбітражних функцій глави держави; 7) за своїм змістом діяльність конституційної юстиції полягає в тлумаченні конституції, доповненні та конкретизації змісту конституційних норм.

Головним у діяльності органів конституційної юстиції виступає вирішення конституційно-правових спорів. Оскільки органи конституційної юстиції здійснюють функцію правосуддя, то така їх функція є органічною. Відповідно до європейської правової традиції, судова установа, вирішуючи спір про право, вирішує такі основні завдання: а) тлумачення правових норм; б) долає прогалини у законодавстві; в) судовий контроль правових норм та г) захищає права та інтереси, які забезпечуються правовим захистом. Отже, таке повноваження є ніби стрижнем діяльності органів конституційної юстиції. Однак конституційне правосуддя, тобто вирішення конституційно-правових спорів, у цілому зводиться не лише до перевірки конституційності нормативних актів, а також покликане забезпечити верховенство конституції, як основи національної правової системи, захищати основні права і свободи, дотримання принципу поділу влади у всіх його елементах.

З точки зору прав людини, конституційна юстиція відіграє важливу роль у забезпеченні захисту приватної автономії від довільного та необґрунтованого втручання держави. Однак, зважаючи на специфіку правової системи, доволі часто засоби конституційної юстиції є субсидіарним механізмом захисту прав людини. Це передбачає вичерпання інших засобів правового захисту, на що, у свою чергу, впливає система оскаржень судових рішень (не всі судові рішення можна оскаржити у касаційній інстанції). Зазвичай формами захисту прав людини у конституційному суді чи аналогічному інституті виступають конституційна скарга, *amparo*, *habeas corpus*, *mandamus*.

3.5.4. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю

Певний спосіб подолання цієї дилеми є критично важливим для передніх демократій. Це підтверджується досвідом конституційного переходу країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, Ондраш Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту¹²¹, який має витоки в ідеях загальної волі Жан-Жака Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'я-

¹²¹ Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК.

зуванням волі більшості меншості. Це прямо суперечить засадам демократичної конституційної державності. Так, наявність кваліфікованої більшості голосів в угорському парламенті у партій ФІДЕС та Йоббік, за результатами парламентських виборів 2009 року, мало наслідком прийняття Конституції Угорщини, яка передбачає низку інструментів концентрації влади уряду, послаблюючи Конституційний суд Угорщини¹²².

Доктрина суверенітету парламенту має за поважний аргумент високий ступінь легітимності і репрезентативності волі народу, який уособлює саме парламент. Натомість інститут конституційного контролю виступає таким собі своєрідним клубом консерваторів від права. Парламент є представницьким інститутом і репрезентує певний спектр політичних сил, який склався у суспільстві. На перший погляд, конституційний суд ніяким чином не пов'язаний з ідеєю репрезентації – однак це так лише на перший погляд; насправді ситуація вельми подібна до парламенту. Мало ймовірно вважати, що голосування у парламенті йде ідентично до того, як до питання суспільного значення ставиться громадськість, що, до прикладу, може засвідчуватися даними соціологічних опитувань. Тут має вплив конституційний дискурс і перебіг політичних процесів, результатом чого є певні закони як відображення компромісу.

3.5.5. Моделі конституційної юстиції

Серед основних моделей конституційного правосуддя розглядають: американську (децентралізовану), європейську (централізовану), дифузні моделі.

В основі *американської моделі* конституційної юстиції лежить вирішення конституційно-правових спорів тільки у формі розгляду судом загальної юрисдикції вищої інстанції конкретного спору про право. Завдання загального суду полягає насамперед у розв'язанні конкретного спору між сторонами і, якщо при цьому виникає питання про конституційність правового акта, суд повинен також вирішити його. З іншого боку, як засоби забезпечення основних прав розглядаються процедури *writ of habeas corpus, mandamus* тощо.

У *континентальній Європі* створення спеціалізованих органів конституційної юстиції насамперед спрямоване на усунення політизації судів загальної юрисдикції. Політика й конституція не можуть бути чітко відділені, оскільки «сучасні конституції трактують суспільство як відкриту для всіх унікальну політичну інституцію, яка створює максимально широкі можливості для реалізації не колективних, а індивідуальних стратегій»¹²³. Конституція створює

¹²² Jakab A., Sonnevend P. (2012) Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz, 72 *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 81-85.

¹²³ Речичкий В. (1998) *Свобода и государство*. Харьков. 73.

правове поле для вільної політичної діяльності, законодавчої політики та відповідальної діяльності уряду. Орган конституційної юстиції як інструмент стримувань і противаг самостійно «не бере участі у політичній боротьбі за владу, а приймає рішення відносно її конституційно-правових аспектів»¹²⁴.

Така самостійність та незалежність органу конституційної юстиції визначається кількома параметрами його конституційно-правового статусу. Як указує Л. Гарліцкі, по-перше, їх організація та функціонування достатньо широко закріплюються у конституції, що створює стійку основу для їх діяльності та ускладнює внесення змін, що диктуються поточними політичними мотивами. По-друге, незалежна, самостійна позиція виражається у особливому способі формування суддівського складу цих органів та в особливому правовому статусі їх суддів. По-третє, спеціалізовані органи конституційного контролю мають виключне право компетентно розглядати та вирішувати питання про конституційну перевірку законності дій усіх інших державних органів. По-четверте, рішення, що приймаються ними (за винятком консультативних рішень), мають остаточний і обов'язковий характер. По-п'яте, спеціалізовані судові органи мають більший ступінь самостійності (зокрема, самостійно приймати регламент своєї роботи або вирішувати питання про звільнення з посади суддів зі свого складу).

Змішані моделі конституційної юстиції засновані на ідеї поєднання кращих характеристик американської та континентальної моделей. Наприклад, в Естонії функції конституційної юстиції виконує спеціалізована палата у складі Верховного суду, а головним контролером у сфері прав людини є Канцлер юстиції, який може ініціювати перевірку конституційності правових актів щодо забезпечення сутнісного змісту конституційних прав і свобод.

3.6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State)

3.6.1. Поняття екстраординарного захисту конституції

Система надзвичайних засобів захисту конституції – сукупність заходів, які застосовують у разі реальної і невідвратної загрози правам і свободам людини, суверенітету, територіальної цілісності та економічного добробуту держави відповідно до засад верховенства права та вимог належної процедури

¹²⁴ Кирххоф/Изензее (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 1. Москва: ИГП РАН 311.

ри, які потребують невідкладного та негайного втручання.

Англо-американська система надзвичайного захисту конституції. Країни класичної ліберальної демократії знають порівняно мало надзвичайних елементів захисту конституції, цьому сприяє їхнє географічне положення. Система заснована на ідеї парламентського контролю за використанням збройних сил та спецслужб під час здійснення необхідних і невідкладних заходів, спрямованих на захист конституції.

Такий порядок донедавна базувався на фундаментальній максимі, сформульованій англійським конституціоналістом Дайсі, згідно з яким, правовому стилю цієї країни не притаманний «воєнний стан» у тому значенні, згідно з яким припиняється чинність загального права та починає діяти воєнне право (*martial law*), а країна чи її частина підпорядковується військовим судам. І, на відміну від Франції, де на момент написання праці Дайсі була можливість переходу влади від поліції та адміністрації до військових, правова система Англії не знала таких підходів, з чого робиться висновок про «безсумнівне верховенство права у нашій [англійській] конституції»¹²⁵.

Ця система зазнала своєї трансформації після терористичної атаки 9 вересня 2001 р., внаслідок чого був ухвалений Патріотичний акт, спрямований на попередження і боротьбу із тероризмом. Патріотичний акт регулює низку оперативних заходів, спрямованих на попередження і виявлення актів тероризму, зокрема, електронне спостереження, оперативне спостереження в Інтернеті, визначення телефонних номерів, надання інформації про клієнта, виїмка повідомлення на автовідповідачеві, негласні огляди і обшуки, надання інформації Великого журі розвідці тощо.

Однак при цьому базові гарантії прав людини *habeas corpus* діють і вони стримують спецслужби від зловживань. Наприклад, у разі проведенні економічного стеження (найбільш поширений оперативний захід), оперативному працівникові регіонального управління ФБР, який проводить операцію, необхідно спочатку узгодити питання з ієрархією власних начальників, аж до центрального апарату. Потім необхідно заручитися підтримкою федерального окружного прокурора, який, у свою чергу, повинен отримати схвалення генерального прокурора, або його заступників, або уповноважених ним вищих посадових осіб міністерства юстиції. Тільки після цього працівник може постати перед федеральним суддею свого округу з клопотанням на видачу ордеру (аффідевітом). Вивчивши клопотання та опитавши працівника,

¹²⁵ Albert Venn Dicey (1924) *Introduction in the Law of Constitution*. London 314.

суддя повинен переконатися, що дійсно є у наявності достатні підстави для проведення прослуховування, що слідству дійсно недостатньо всіх інших, вже використаних, оперативних-слідчих методів для отримання доказів злочинної діяльності об'єкта розслідування, що вже наявні необхідні внутрішньовідомчі узгодження. Однак розширення практики стеження за допомогою електронних засобів, які порушують систему конституційних гарантій в межах *habeas corpus*, піддаються неодноразовій критиці.

Європейська система надзвичайного захисту конституції є результатом тривалої еволюції діяльності суспільно-політичних інституцій, в основі якої лежать дорадчі процедури та судовий контроль за діями монарха. Зокрема, ця система склалася у Священній Римській імперії німецької нації ще всередині XVI століття, коли повнокровно почали функціонувати Імперський камеральний суд (*Reichskammergericht*) та Імперський палац радників (*Reichshofrat*), між якими доволі швидко склалися конкурентні відносини, що було пов'язано із уявленнями імператора про власні прерогативи та судовий контроль його дій, оскільки, зважаючи на німецьке звичаєве право, легітимність влади короля (імператора) була зумовлена результатами наради з його підданими.

Сьогодні в Німеччині діє спеціальне відомство у цій сфері – Федеральна служба захисту конституції (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), яка заснована у 1950 р. Ця спецслужба контролюється Парламентським Контрольним Комітетом (*Parlamentarisches Kontrollgremium*) і здійснює в ФРН контророзвідувальну діяльність.

Основне завдання ФСЗК – спостереження за організаціями, які, з точки зору влади, загрожують «вільному і демократичному конституційному порядку» Німеччини. Спецслужба публікує щорічні звіти. У зоні уваги служби перебувають ультраправі, в тому числі неонацистські партії, ультраліві, ісламістські й інші екстремістські організації іноземних громадян, розвідки іноземних держав і саентологи. До компетенції служби відносяться також захист від саботажу і запобігання доступу до конфіденційної інформації.

Щорічно на основі зібраної інформації подається звіт уряду про стан справ в області дотримання Конституції, в якому робляться висновки і рекомендації. Уряд, у свою чергу, приймає рішення про необхідність здійснення конкретних заходів. Більше половини інформації спецслужба збирає з відкритих джерел: публікації в засобах масової інформації, Інтернеті, відвідування зборів і мітингів. Частина інформації надходить від приватних осіб і з інших відомств. За діяльністю відомства здійснюється досить жорсткий парламентський контроль. Це пов'язано, перш за все, з тим, що в умовах такої демократії,

як німецька, сам факт існування служби внутрішньої безпеки розцінюється як загроза громадянським свободам і свободі особистості. Тому спеціальна комісія парламенту здійснює контроль за діяльністю всіх трьох секретних служб. Члени цієї комісії мають доступ до найбільш секретних матеріалів відомства з охорони Конституції, мають право вето, коли мова йде про прослуховування телефонних розмов та інші конспіративні операції. Бюджет відомства розглядається і затверджується спеціальною комісією в парламенті. На практиці завжди є можливість обійти контроль, але в загальному і цілому ця система досить жорстка. На сьогодні основну мету в спецслужбі бачать в посиленні боротьби проти радикалізму і неонацизму, вважаючи їх реальною загрозою Конституції Німеччини. Зокрема, підкреслюється місія відомства у боротьбі проти політичних партій та рухів, програмні цілі та діяльність яких несуть загрозу «вільному демократичному конституційному порядку». Критичні вислови та радикальні погляди не є предметом переслідування ФСЗК у сенсі конституційних цілей її діяльності.

3.6.2. Поняття і типологія тероризму

Як правило, під час вчинення терористичних атак та у разі військової агресії постає питання про застосування невідкладних заходів щодо реагування на потенційні загрози конституційному порядку. За таких обставин виникає питання щодо допустимих меж обмеження прав людини та життя відповідних заходів щодо забезпечення суверенітету і територіальної цілісності країни.

Політичний тероризм – політично вмотивований та обґрунтований метод використання радикального насилля, головна мета якого – досягнення певного психічного ефекту, що своєю досяжністю виразно переходить межі прямих жертв чи свідків насильницького акту, ефекту, безпосередній нищівний фізичний вчинок насильницького акту якого є другорядним, з погляду початкового політичного значення¹²⁶.

Слід підкреслити, що сьогодні тероризм використовується як засіб вчинення тиску на державу та суспільство для досягнення певних політичних цілей чи нагнітання атмосфери страху та безвиході у суспільстві. Таким чином, тероризм підриває політичну єдність у суспільстві, що потенційно підриває засади конституційного ладу.

Обстоюючи доктрину обороноздатної (войовничої) демократії, угор-

¹²⁶ Стрміска Максиміліан. (2002) Субверзивний політичний тероризм у сучасних демократичних державах: вступні студії, *Журнал І*, 25.

ський конституціоналіст Ондраш Шайо говорить про небезпеку діяльності партій популістського типу, надмірне захоплення позачерговими виборами, на яких найбільш потенційно можливе маніпулювання думкою виборця, а також проведенням референдумів національного масштабу. Він апелює до цілком легального способу приходу до влади нацистів та формулювання через інститут референдуму. При цьому обороноздатна демократія повинна мати ефективні механізми попередження зловживання владою та недопущення надмірного обмеження конституційних прав і свобод¹²⁷.

Кевін Роч, хоч не визнає повною мірою доктрину обороноздатної демократії, наголошує на тому, що боротьба із тероризмом може здійснюватися за допомогою кримінальної юстиції, однак такої недостатньо в умовах використання тероризму як засобу саме політичної боротьби. Зокрема, у багатьох країнах Заходу після подій 11 вересня 2001 р. було ухвалено законодавство, яке передбачило значні строки превентивного ув'язнення осіб, підозрюваних у терористичній діяльності, та забороняло діяльність терористичних організацій¹²⁸.

3.6.3. Моделі забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних інститутів

У доктрині виділяють виконавчу, парламентську та дерогаційну моделі. Виконавча модель передбачає тягар відповідальності виконавчої влади за запровадження надзвичайних заходів, а в разі домінування у цьому процесі парламенту, має місце парламентська модель, якщо ж процес ухвалення рішень здійснюється під судовим контролем – це судова модель. Водночас запровадження екстраординарних правових режимів повинно мати місце у доволі стислі строки, оскільки підстави для його запровадження можуть становити незворотну і пряму загрозу життєздатності нації. Тому в більшості країн схиляються переважно до виконавчої, а дещо рідше – до парламентської моделі забезпечення конституційного порядку в рамках екстраординарних режимів його захисту¹²⁹. Слід зазначити, що в Україні діє парламентська модель запровадження надзвичайних заходів захисту Конституції.

Виконавча модель заснована на наданні носіям виконавчої влади широкоюї

¹²⁷ Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 2(47) *Сравнительное конст. Обозрение* 2-3.

¹²⁸ Роч К. (2004) Антитерроризм и воинствующая демократия 2 (47). *Сравнительное конст. Обозрение* 27.

¹²⁹ Dawood J.M. *The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan*. Karachi: Royal Book Company, 1994442-443.

свободи розсуду забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних заходів із наступним парламентським і судовим контролем за запроваджуваними заходами. Зокрема, специфічною є система запровадження надзвичайних заходів захисту конституції у Франції. Згідно зі ст. 16 Конституції Французької Республіки, у разі, «коли інститути Республіки, незалежність нації, цілісність її території чи виконання її міжнародних зобов'язань виявляються під серйозною і безпосередньою загрозою, а нормальне функціонування конституційних органів публічної влади перервано, Президент республіки вживає всіх заходів, які диктуються цими обставинами, після офіційної консультації з Прем'єр-міністром, з головами палат, а також з Конституційною радою». Після спливу принаймні 30 днів з моменту ухвалення такого рішення Президентом Голова Національних зборів, Голова Сенату, 60 депутатів, 60 сенаторів здійснюють остаточну перевірку щодо додержання правових вимог Президентом під час здійснення надзвичайних повноважень. За такої системи Президент має лише провести консультації із високопосадовцями та взяти до уваги висновок Конституційної ради. Наприклад, через вчинення терактів у Парижі 15 листопада 2015 р. оголошений Президентом Франції надзвичайний стан діє принаймні до другої половини 2018 р.

Прикладом *парламентської моделі* застосування надзвичайних заходів захисту є Німеччина. Так, згідно зі ст. 37 Основного Закону ФРН, якщо земля не виконує федеральні зобов'язання, покладені на неї Основним Законом або іншим федеральним законом, Федеральний уряд може з дозволу Бундесрату вжити необхідних заходів шляхом примусу, з боку Федерації спонукати землю до виконання цих зобов'язань. З метою запровадження цих заходів Федеральний уряд або його уповноважений має право давати розпорядження всім землям та їх органам влади. Також, у разі настання загрози засадам вільного демократичного порядку внаслідок акту агресії і неможливості зібрання Бундестагу, скликається Об'єднаний комітет, який складається на дві третини з числа депутатів Бундестагу та третини членів з числа представників федеральних земель у Бундесраті. Основні функції із захисту конституційного порядку покладаються на Федеральний уряд, який підзвітний і підконтрольний Об'єднаному комітету та Бундестагу, а його правові акти є об'єктом контролю з боку Федерального конституційного суду.

Дерогативна модель забезпечення конституційного порядку ґрунтується на ідеї встановлення тимчасових обмежень дії прав людини в умовах, коли існує реальна загроза життєздатності нації. У зв'язку з цим мають значення положення статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних

свобод, які встановлюють такі правила дерогації у разі настання надзвичайних обставин у країнах-членах Ради Європи, які визнають юридичну силу Конвенції та юрисдикції Європейського суду з прав людини¹³⁰. Слід підкреслити, що зазначені положення Конвенції встановлюють мінімальні стандарти забезпечення прав людини і передбачають доволі широку свободу розсуду національних держав у застосуванні необхідних заходів, що і було використано Україною під час запровадження певних обмежувальних заходів у зоні проведення антитерористичної операції.

Ідея судового контролю у ході застосування заходів із забезпечення конституційного порядку за надзвичайної ситуації отримала свою підтримку на практиці, зокрема у ході переслідування у США організаторів теракту 11 вересня 2001 р. Зокрема, таку позицію зайняли більшість суддів Верховного суду у справі *Hamdi v. Rumsfeld*. Верховний суд постановив, що резолюція Конгресу США у відповідь на теракт 11 вересня з дозволом на використання військової сили санкціонує затримання ворожих комбатантів. Суд також постановив, що затримані мають право оскаржити розпорядження про затримання перед незалежним судом. Відповідний військовий трибунал має бути змагальним форумом із додержанням вимог процедур, у ході яких мають зважуватися обтяження і вигоди з точки зору безпеки і прав загалом; доречним було для затриманого доводити спростування презумпції, сформульованої в процесі первісного військового рішення про взяття під варту, що він є ворожим комбатантом (категорія, розроблена адміністрацією Буша, щоб вести війну з терором). У своїй окремій думці суддя Скалія, до якої приєднався суддя Стівенс, зазначив, що Хамді як громадянин США має право на гарантії *habeas corpus*.

Як конституційні заходи щодо попередження конфліктів у доктрині розглядають: а) забезпечення прав меншин; б) подолання посттоталітарно-

¹³⁰ Згідно з положеннями статті 15 ЄКПЛ:

1. Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може взивати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом.
2. Наведене вище положення не може бути підставою для відступу від статті 2, крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій і від статей 3, 4 (пункт 1) і 7.
3. Будь-яка Висока Договірна Сторона, використовуючи це право на відступ від своїх зобов'язань, у повному обсязі інформує Генерального секретаря Ради Європи про взяті нею заходи і причини їх взяття. Вона також повинна повідомити Генерального секретаря Ради Європи про час, коли такі заходи припинили застосовувати, а положення Конвенції знову застосовуються повною мірою».

го синдрому в умовах перехідних демократій та захист прав людини (мовне питання, доступ до культурних цінностей, права на розвиток); в) гарантії належної судової практики, зокрема додержання стандартів із заборони дискримінації та стандартів *habeas corpus*; г) диференціація правового регулювання різних адміністративних режимів (воєнного стану, надзвичайного стану та інших гібридних режимів).

3.6.4. Система надзвичайних засобів захисту конституції

Воєнний стан запроваджують у разі воєнної загрози чи акту агресії. В американській конституційній доктрині визнається, що конституційні питання про військову владу (*war power*) найчастіше виникають, коли Президент ухвалює військові заходи без схвалення Конгресу. Це має на увазі поділ повноважень між політичними гілками і, за відсутності додаткових обставин, не викликає жодних суперечок у сфері індивідуальних прав. Тому прямі скарги членів Конгресу або громадськості в цілому на те, що виконавча влада направила свої війська за кордон без законодавчого схвалення, не є підсудними. Щодо застосування судового контролю у військовій сфері, то американська судова практика виходить з того, що політичні рішення у царині залучення військовослужбовців США до військових дій належать до галузі політичної влади, а не правосуддя. Верховний суд постановив, що, через їх «комплексний, делікатний та професійний» характер, рішення щодо «складу, підготовки, оснащення і контролю над військовою силою» є предметом контролю політичної влади. Не будучи підзвітною виборцям, порівняно із двома іншими гілками, судова гілка влади найбільш непридатна для ухвалення рішень щодо застосування військової сили. Навіть один суд зазначив відносно цього так: «стратегії і тактики, застосовувані на полі бою явно не підлягають розгляду в судовому порядку»¹³¹.

Специфіка надзвичайного характеру заходів у межах *стану економічної необхідності* полягає в тому, що вони (1) застосовуються тимчасово, (2) здійснюються на основі закону, (3) переслідують легітимну мету – забезпечення економічного добробуту держави, (4) мають відповідати вимогам належної конституційної процедури, (5) не можуть посягати на сутнісний зміст економічних свобод, (6) бути доречними і достатніми для досягнення легітимної мети та (7) бути невідкладними і відповідати критерію процесуальної економії. Стан економічної необхідності є системою застосування невідкладних заходів щодо забезпечення

¹³¹ Carter C.C. (2009) Halliburton Hears a Who? Political Question Doctrine Developments in Global War on Terror and Their Impact on Government Contingency Contracting. 201 *Military Law Review* 99-100.

економічного добробуту держави відповідно до вимог належної правової процедури та засад правової визначеності, правомірних очікувань, поваги до прав людини та пропорційності. З цієї метою може запроваджуватися бюджетний секвестр – спеціальний механізм, який запроваджується у випадках, коли під час виконання бюджету виникає перевищення встановленого рівня бюджетного дефіциту або скорочується надходження від джерел доходів, а також у випадках, коли в процесі виконання бюджету дефіцит не зменшується, у результаті чого стає неможливим фінансування передбачених бюджетом заходів.

Захист конституційного порядку та епідеміологічна безпека. Під час подолання пандемій слід зважати на їх витоки, перебіг та заходи, необхідні для їх подолання. Про це ще сторіччя тому писали науковці щодо підстав запровадження певних заходів боротьби з епідеміями чи пандеміями на основі досвіду боротьби з пандемією іспанського грипу 1918-1920 рр. Типові труднощі, з якими пов'язана боротьба із респіраторними епідеміями, як-от іспанка чи коронавірус, є такі: по-перше, схильність людей знижувати ризики, які несуть вони, оскільки вони приховані; по-друге, заходи, які слід вжити, мають індивідуальний характер і вони відрізняються від застосовуваних у випадках із кишковими захворюваннями чи захворюваннями серця; по-третє, інкубаційний період хвороб певний час є прихованим і тому виникає ризик зараження здорових людей¹³². Тут слід зважати на баланс, який полягає у зважуванні, з одного боку, основоположних свобод та, з іншого боку, здоров'я населення. Забезпечення здоров'я населення є загалом вітальною метою, а забезпечення свобод – екзистенційною. Виходячи із такого дуалізму переслідуваної легітимної мети, слід надавати певну свободу розсуду фахівцям-епідеміологам, які можуть розробити превентивні заходи щодо забезпечення здоров'я населення таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст фундаментальних свобод – свободу пересування, свободу роду професійної діяльності, свободу зібрань та вираження поглядів, гарантії права власності¹³³. Міністерство охорони здоров'я несе відповідальність за забезпечення стану у цій сфері шляхом вжиття низки заходів щодо прогнозування, попередження, контролю за ходом та боротьбою із епідеміями та запобігання їх подальшому поширенню. Вжиті заходи МОЗ не можуть заперечувати сутнісний зміст основоположних свобод, тобто унеможлилювати їх здійснення. Наприклад, не може бути су-

¹³² George A. Soper. The Lessons of the Pandemic. *Science*. 30 May 1919; Vol. 49, Issue 1274, pp. 501-506. DOI: 10.1126/science.49.1274.501

¹³³ Coronavirus disease (COVID-19) technical guidance: Infection prevention and control / WASH. World Health Organization. URL: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/infection-prevention-and-control>

місною із сутнісним змістом права заборона на прогулянки в парках, скверах чи в ліс, тобто на відкрите повітря з міркувань вжиття заходів щодо запобігання поширення інфекції, оскільки інфекція не буде поширюватися на відкритому повітрі, окрім випадків близького контакту здорової людини із хворим чи носієм вірусу хвороби. Тому доречним і співмірним є захід щодо обмеження граничної кількості осіб, які можуть збиратися, визначення соціального дистанціювання між людьми та тривалості спілкування. Які конкретно заходи і в якому ступені можливо застосувати обмеження, має визначати саме виконавча влада. Однак для цього має бути якісне законодавче регулювання і належний судовий контроль за діями публічної адміністрації щодо додержання фундаментальних свобод. Належна правова процедура запровадження обмежувальних заходів задля запобігання і подолання наслідків епідемії є дворівневою:

перший, *адміністративний рівень* полягає у запровадженні карантинних заходів, які можуть ефективно впроваджуватися локально у місцях спалаху інфекції органами місцевого самоврядування чи обласними державними адміністраціями за ініціативи головного санітарного лікаря відповідного рівня;

другий, *конституційний рівень* має забезпечуватися через ухвалення рішення про запровадження надзвичайного стану в окремих місцевостях чи загалом в Україні, якщо масштаб захворювань є критично загрозливим і потребує вжиття всіх невідкладних заходів щодо запобігання та подолання захворювання у масштабах епідемії чи пандемії. За таких обставин слід також здійснювати дерогацію, тобто Верховна Рада, згідно зі статтею 15 Конвенції про захист права людини і основоположних свобод, має зробити заяву перед Генеральним секретарем Ради Європи про відмову виконання окремих зобов'язань у сфері прав людини у зв'язку з наявністю життєвої загрози нації.

Змішані правові режими (режим антитерористичної операції, стан оборони тощо). У разі їх застосування, доволі складно визначитися із ступенем того, в яких межах влада буде обмежувати права людини за особливих правових режимів. Адже, у разі їх запровадження, у відповідних правових актах необхідно визначати, які права людини підлягають обмеженню та в яких межах. Змішані правові режими із забезпечення конституційного порядку полягають у поєднанні конституційних та адміністративно-правових засобів здійснення обмежувальних заходів щодо реалізації деяких прав і свобод людини з міркувань забезпечення життєздатності нації на засадах верховенства права, вимог належної правової процедури та пропорційності.

Розділ 4

Основоположні цінності і принципи конституційного порядку

1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві
2. Верховенство права
3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи
4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля
5. Принцип пропорційності: зміст трискладового тесту
6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини
7. Рівність і заборона дискримінації
8. Демократія
9. Основні концепції держави

Література

- Venice Commission (2016), *The Rule of Law Checklist*, 12 March 2016.
- Берлин Исайя (2001) *Філософія свободи. Європа*, Москва: Новое литературное обозрение
- Гаудер Пол (2018) *Верховенство права в реальному світі*. Харків: Право.
- Гришук Оксана (2019) *Філософія конституційних цінностей*. Київ: ВАІТЕ.
- Даль Роберт (2003) *Демократія и ее критики*, Москва: РОССПЭН.
- Леони Бруно (2008) *Свобода и закон*, Москва: ИРИСЭН
- Лок Джон (2001) *Два трактати про врядування*, Київ: Основи.
- Погребняк Станіслав (2008) *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*, Харків: Право.
- Савчин Михайло (2009) *Конституціоналізм і природа конституцій*. Ужгород: Поліграфцентр Ліра.
- Свендсен Л.Фр.Г. (2016) *Філософія свободи*, Львів-Київ: Ніка-Центр.
- Старосольський Володимир (2018) *Принцип більшості*. Львів: Літопис.
- Таманага Браян (2007) *Верховенство права. Історія, політика, теорія*. Київ: ВД НАУКМА
- Хайек Фридрих Август фон (2004) *Право, законодательство, свобода. Современное по-*
-

нимание либеральных принципов справедливости и политики, Москва: ИРИСЭН.

Шайо Андраш (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК.

Шевчук Станіслав (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Українській центр правничих студій.

4.1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві

4.1.1. Природа конституційних цінностей

Конституційні принципи розглядають як певні універсалії, які забезпечуються засобами правового захисту згідно із конституцією та визначають стандарти та вимоги до законодавства, публічної адміністрації та правосуддя. Про універсалії як морально-політичні засоби легітимації права писав Іммануїл Кант у своїх працях і розглядав їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах¹³⁴.

Залежно від типу суспільства, ієрархія соціальних цінностей має варіативний характер, оскільки структура самого суспільства зумовлює їх різну вагу. Для прикладу, у конституційній юриспруденції цінності відіграють важливу роль під час визначення співвідношення між різними групами інтересів як основоположних умов для доступу особи до певних соціальних благ¹³⁵.

Оксана Гришук цілком логічно підкреслює, що балансування між різними групами соціальних інтересів є справою вкрай делікатною. Ціннісні орієнтації є ланкою, що поєднує людину з предметами її потреб та інтересів. Як суб'єктивні переваги, вони спрямовують мотиваційну структуру індивідуальної свідомості. Оскільки середовище існування людини являє собою різноманітність цінностей, то це вимагає від неї вибору між певними цінностями¹³⁶. На думку Аарона Барака, проблема балансування є багатоаспектною, оскільки

¹³⁴ Кант І. (2006) *Обґрунтування метафізики моралі*, Київ : Основи.

¹³⁵ Савчин М. (2010) Конституційні цінності та конституційна юриспруденція 1 *Вісник Конституційного Суду України* 114.

¹³⁶ Гришук О. (2019) *Філософія конституційних цінностей*. Київ: ВАІТЕ 19, 20.

«демократія – це делікатний баланс між правлінням більшості та фундаментальними цінностями суспільства, яким ця більшість підпорядковується. ...Коли судді тлумачать конституційні положення та визнають нечинними шкідливі закони, вони надають силу фундаментальним цінностям суспільства. У такий спосіб вони захищатимуть конституційну демократію та утримуватимуть делікатний баланс, на якому вона заснована».

Чи не хрестоматійним прикладом складнощів у балансуванні цінностями є справа Роландаса Паксаса – колишнього Президента Литви, звільненого Сеймом у порядку імпічменту. Спір виник з приводу поправок до виборчого закону про заборону балотуватися до Сейму особам, **які були зміщені з посади в порядку імпічменту**, протягом 10 років після звільнення з посади. Дилема полягала в тому, що Європейський суд з прав людини зайняв позицію, що така заборона є абсолютною, що є неприпустимим з точки зору захисту прав людини як правової цінності. Однак Конституційний Суд Литовської Республіки став на захист демократії як конституційної цінності, пославшись на те, що діяльність Паксаса на посаді президента заподіяла значну шкоду конституційному порядку Литви.

До основних рис принципів права належать: 1) надпозитивний характер; 2) конституція як «відкрита» нормативна система, визначається їх абстрактність; 3) принципи відображають суспільний консенсус щодо соціальних і духовних благ, які гарантуються конституційним захистом; 4) кореляція між цінностями, що залежить від структури суспільства і його архетипу; 5) принципи виступають методологічною основою для забезпечення балансу інтересів у багатоукладному суспільстві; 6) принципи є формалізованим вираженням конституційних цінностей як правових універсалій.

Відповідно до такого розуміння, існує кореляція конституційних цінностей (корелятивний дуалізм цінностей), а саме: 1) свобода (лібералізм) – солідарність; 2) рівність – справедливість; 3) гідність людини – права і основоположні свободи – баланс інтересів. Зокрема, ця дуальність також підтверджується тим, що у німецькій конституційній доктрині права людини розглядаються у двох іпостасях – як правила (*Regeln*) та принципи (*Prinzipen*). Під кутом зору правил, права людини передбачають певні фундаментальні положення, які мають верховенство стосовно актів законодавства та визначають зміст судової практики. Як принципи права людини визначають сутнісний зміст (*Wesensgehalt*) здійснення державою обов'язку захисту, який часто має стосунок до вирішення колізій між правами людини та іншими принципами

права, що особливо впливає на діяльність конституційного суду¹³⁷].

Також існує ієрархія конституційних цінностей. Наприклад, з догматичного аспекту, Конституція України визначає таку ієрархію конституційних цінностей або їх каскад:

- людську гідність (стаття 3);
- непорушність і недопустимість надмірного обмеження прав і свобод людини, непорушність суверенітету і територіальної цілісності України (стаття 157);
- принципи, які випливають із положень розділів I, III та XIII Конституції;
- інші конституційні положення.

Однак тут йдеться про сутність речей. З цього приводу у національній доповіді Конституційного Суду Хорватії для XVII Конгресу Конференції європейських конституційних судів зазначається, що, попри відсутність, на зразок України, закріплення ієрархії імпліцитних цінностей, Суд керується іманентними засадами пропорційності та як засадами *sui generis* свободи, рівності, соціальної справедливості, поваги до прав людини, верховенства права (*vladavina prava*) та плюралістичної політичної системи, зокрема¹³⁸:

«Конституційний Суд активно підходить до визначення та формулювання конституційних принципів. Одночасно Суд розвинув власний методологічний підхід до тлумачення та поступово розробив конкретні принципи тлумачення Конституції (наприклад, принцип телеологічного тлумачення, принцип еволюційного та динамічного тлумачення та принцип автономного тлумачення конституційних концепцій). Суд знайшов підставу для таких дій у юриспруденції Європейського суду з прав людини. Академічна спільнота висловлювала свої позитивні думки щодо необхідності такого підходу».

Німецький Федеративний конституційний суд у справі про *Lüth*¹³⁹ визнав, що існує об'єктивний конституційний порядок, який ґрунтується на

¹³⁷ Lothar Michael, Martin Morlok (Hrsg.). (2017) *Grundrechte*. 6. Auflage. Nomos Verlagsgesellschaft 45–48

¹³⁸ Report of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. *Role of Constitutional Courts in upholding and applying constitutional principles* (Batumi, 29 June to 1 July 2017) THE XVIIth CONGRESS OF THE CONFERENCE OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL COURTS 2, URL: https://www.confconstco.org/reports/rep-xvii/croatia_S_EN.pdf

¹³⁹ BVerGE, 7, 198 1. BvR 400/51 (Lüth-decision).

систематиці та ієрархії конституційних цінностей, які покликана захищати конституційна юстиція:

«Ця система цінностей, яка ставить у центр уваги особу, котра вільно розвивається, і її гідність в умовах соціальної спільності, повинна розповсюджуватися як основне конституційно-правове рішення на всі галузі права; законодавство, адміністрація та судочинство отримують від неї імпульси та настанови».

4.1.2. Сутнісні конституційні цінності

Тому йдеться про певну ієрархію цінностей, оскільки цінності-універсалії забезпечуються через певні інструменти – наприклад, поділ влади чи суверенітет. Конституційні цінності першого порядку (цінності-універсалії) визначають тип правосвідомості та властиві будь-якій країні із традиціями конституціоналізму і мають характер правових універсалій, що мають надпозитивну природу. Такі принципи діють незалежно від їх закріплення у позитивному праві, а в разі їх конституційного закріплення, їхній зміст наповнюється через інтерпретацію в доктрині та конституційній юриспруденції. До основоположних конституційних принципів, які набули універсального характеру, належать: 1) гідність людини; 2) свобода; 3) рівність; 4) справедливість; 5) верховенство права.

Сутність конституційних цінностей може розкриватися за допомогою різних підходів, які можуть бути міждисциплінарними. На думку Річарда Познера¹⁴⁰ та Рональда Коуза¹⁴¹, дослідження трансакційних видатків доволі яскраво виявляє ступінь втручання держави (дирижизм) в економічні свободи, таким чином ставлячи дилему свободи і порядку, що у Фрідріха фон Гаєка підіймається через дихотомію *potmos* – *cosmos*. Цю позицію лише підсилює своїми емпіричними дослідженнями Ернандо де Сото¹⁴², який разом із командою дослідників з'ясував, що причиною відсутності у публічному реєстрі понад 70 відсотків нерухомості було пов'язано із надмірним правовим регулюванням операцій нерухомості, які надмірно завищували за Коузом трансакційні видатки. Цим самим, неврахована і недооцінена нерухомість істотно знижувала ділову активність на ринку, а дирижизм сам по собі породжував роль організованої злочинності у дистрибуції благ, витісняючи державу.

¹⁴⁰ Posner A. Richard (1998) Values and Consequence: An Introduction to Economic Analysis of Law 53 *John M. Olin Law & Economics Work Paper (2nd Series)*.

¹⁴¹ Coase Ronald (1961) The Problem of Social Cost 3 *Journal of Law and Economics* 1.

¹⁴² Ернандо де Сото (2009) *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше*. Київ: Ніка-Центр.

Звідси складність в оперуванні конституційними цінностями, оскільки вони є антитезою формалістського прочитання конституції. Звернення до конституційних цінностей є важливим, коли писане право заводить вирішення певної проблематики у глухий кут, а така потребує свого вирішення. Як правило, конституційні цінності стають мірилом демократичної легітимності рішень конституційної юстиції, оскільки в межах змагального процесу та оперуючи юридичними аргументами можна розв'язати певну ситуацію. Це може бути також зумовлено у разі, коли суспільно-політичні дебати у парламенті не дають розв'язку ситуації, а вона потребує зважування через загальні принципи права, щодо яких через змагальність та рівність у судовому процесі можна досягти певного консенсусу.

Водночас проблематика інтерпретації конституційних цінностей полягає у демократичній комунікації та гарантіях свободи вираження поглядів та розуміння індивідом своєї самодостатності у власній гідності. На прикладі визначення меж здійснення свободи вираження поглядів, зокрема з питань сексу, з цього приводу Надін Стросен, пише так¹⁴³:

«Проблема таких... розмитих концепцій полягає в тому, що посадові особи, які виконують обов'язки, неодмінно здійснюватимуть свій необмежений розсуд відповідно до власних суб'єктивних смаків або смаків політично впливових членів громади. Як наслідок, способи правозастосування в кращому випадку будуть довільними, в гіршому – дискримінаційними. У кращому випадку те, яке саме вираження вважатиметься обмеженим, буде абсолютно непередбачуваним.

Це спричиняє те, що суди називають «охолоджуючим ефектом», тому що коли ніхто не хоче ризикувати кримінальним переслідуванням, люди цілком можуть самоцензуруватися, не беручи участі у висловлюваннях, які можуть бути визнані неприйнятними з боку владних повноважень. Ця самоцензура не лише порушує права на свободу слова всіх, кому заважають говорити; це також позбавляє всіх нас шансу почути цінні висловлювання, включаючи конституційно захищену мову».

На прикладі різниці Півночі і Півдня Італії, з урахуванням теорії ігор, Роберт Патнам вказує на важливість розвитку мережі інституцій громадян-

¹⁴³ Nadine Strossen, Constitutional Law and Values – Version'08 (Not Necessarily an Upgrade), (2008) 53 *N.Y. L.Sch. L. Rev.* 738-739.

ського суспільства та довіри до інститутів влади: чим слабша ця мережа, тим нижча довіра до влади – тим нижчий рівень демократичної підзвітності і підконтрольності влади¹⁴⁴. У свою чергу, Крістіан Бауер і Гаральд Бользінгер підкреслюють, що конституціям Індії та Баварії притаманні прагнення збалансувати соціальну несправедливість, особливо шляхом встановлення рівноваги між свободою людини та соціальними потребами. Згідно з цією концепцією, яка зводиться до всебічного етосу, ідея конституції призводить до оживлення цінностей як ресурсів, що в першу чергу повинно проявлятися впорядкованою чесною практикою громадян¹⁴⁵.

4.1.3. Інституційні конституційні цінності

Конституційні цінності інституційного характеру визначають засади конституційного порядку і слугують засобами забезпечення цінностей-універсалій. До них належать засади організації публічної влади, критерієм легітимності яких є мистецтво забезпечення публічного інтересу і додержання легітимних підстав для втручання у приватну автономію індивіда.

Демократія поряд із традиційним розумінням як принцип мажоритарності під час ухвалення рішень сьогодні трактується також через інклюзивність, тобто залучення у процес ухвалення рішень заінтересованих осіб та можливість забезпечувати баланс інтересів більшості та меншості. Співвідношення цих параметрів зумовлює набір певних моделей сучасної демократії: 1) *ліберальна* як результат вільного змагання та конкуренції думок, коли в результаті суспільно-політичних дебатів перемагає одна із них і така покладається в основу владних рішень; 2) *консенсусна демократія* передбачає наявність певної одностайності за досягнення згоди, її вираженням є функціонування коаліційних урядів; 3) *консолідована демократія* передбачає наявність сталих ціннісних установок, які втілюються у владних рішеннях і задовільну систему їх ухвалення.

Легітимність влади передбачає не лише законність (*legality*) у діяльності органів влади, а їх офіційне схвалення та сприйняття народом. Адаже у демократичних системах частка дозвільних норм, які ґрунтуються на ідеях свободи складає понад 80%. Тому у конституційних демократіях, згідно із П'єром Розанваллоном, виділяють такі види демократичної легітимності: 1) *установча легітимність* як певна організація та порядок реалізації установчої влади народу та здійснення законодавчої влади, якій установча влада делегує відповід-

¹⁴⁴ Патнам Роберт (2001) *Творення демократії. Традиції громадської активності в сучасній Італії*. Київ: Основи.

¹⁴⁵ Christian A Bauer and Harald J Bolsinger (2014), *The Value of Constitutional Values: With the Examples of the Bavarian and the Indian Constitution* 2(6) TJP 63

ні повноваження; 2) *легітимність наближеності* проявляється у позапартійній, безсторонній, незалежній та професійній публічній службі; 3) *рефлексивна легітимність* втілюється в діяльності конституційної юстиції, яка за допомогою автономного та динамічного тлумачення конституції сприяє подальшому її розвитку як своєрідному «живому» праву. Коли розглядають певні заходи щодо забезпечення основоположних цінностей, також мають значення як принципи *національна безпека* та *громадський порядок*.

Принцип поділу влади виражають організаційно-правові засади діяльності держави та певні вимоги і стандарти до її діяльності. Поділ влади виражається у відособленості та автономності владних інститутів, гарантій від втручання у їх діяльність зовні, систему стримувань і противаг. Розуміючи складність цього питання, Ондраш Шайо з посиланням на Лист № 71 Федераліста, пише так¹⁴⁶:

«Амбіцію може приборкати тільки амбіція». Навіть найчіткіше проведена межа не в змозі зупинити худобу, що відбилася від стада; на це здатний тільки собака, що гавкає в сусідньому маєтку. Главам окремих гілок влади потрібно допомогти знайти засоби, необхідні для запобігання втручанням у їх компетенцію. Чи є спокуса сильніша, ніж володіння засобами впливу?»

Національний суверенітет є властивістю держави і визначає засади незалежності та верховенства у її діяльності. Він має два аспекти: зовнішньополітичний полягає у незалежності ухвалення рішень державою, якому кореспондує міжнародний принцип невтручання у внутрішні справи держави, а на внутрішній політичній арені він також означає верховенство держави у ухваленні владних рішень.

4.1.4. Інтерпретація конституційних принципів

Конституційна догматика ґрунтується на засадах цілісності, коли конституційні положення трактуються в єдності взаємних логічних зв'язків із застосуванням логічних прийомів юридичної аргументації. За таких вимог у тексті Конституції не міститься суперечностей. Завданням її інтерпретатора є забезпечення внутрішньої узгодженості, конкордації положень, виходячи з її загальної мети – утвердження прав людини. Зі стандарту конкордації конституційних положень випливає вимога додержання засад юридичного силогізму, що передбачає дослідження фактичного та юридичного складу.

¹⁴⁶ Андраш Шайо. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 77-78.

Верифікація певних принципів досягається через розумність, тобто те, що в англо-американському праві характеризують як *reasonability* (розумність) і практичну корисність у сенсі ефективного здійснення прав людини. Вимога належної правової процедури часто є чи не вирішальною у визначенні того, чи мало місце свавільне втручання держави у сферу приватної автономії індивіда. Згідно із заходами розумності, положення законів мають бути придатними до застосування і не створювати надмірних обмежень та обтяжень у здійсненні прав і свобод людини, заперечуючи їх сутнісний зміст. Вимоги передбачуваності встановлюють такі стандарти формулювання закону, за яких особа могла передбачати наслідки своєї діяльності без надмірних обмежень та обтяжень, а застосування закону не має бути занадто формальним та свавільним (*arbitrary*).

Інтерпретуючи конституційні принципи, слід додержуватися вимог юридичного силлогізму, в основі якого лежить встановлення фактичного та юридичного складу. Іншими словами, конституційні принципи і цінності не можна інтерпретувати абстрактно, відірвано від соціального контексту та фактичних обставин. Прикладом невдалої інтерпретації Конституційним Судом України принципів правової визначеності, презумпції невинуватості та заборони самообмови у кримінальному процесі є рішення у справі про конституційність статті 368² Кримінального кодексу (рішення КСУ № 1-р/2019), яка встановлювала відповідальність за незаконне збагачення посадовців. Конституційний Суд не взяв до уваги елементарну деонтологічну специфіку посадовців, згідно з якою, будь-яка особа, що претендує на посади у публічній службі, зобов'язана вказати у декларації джерела своїх доходів та наявні статки. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення ґрунтувалася на істотній різниці між доходами і статками, яка складала близько одного мільйона гривень. Суд вказав на неконституційність цього положення, оскільки в тексті закону вживалася конструкція «*законність підстав набуття яких не підтверджено доказами*», хоча Кримінальний процесуальний кодекс не покладав на посадовців, підозрюваних у незаконному збагаченні, доводити законність джерел своїх доходів. Це рішення стало предметом критики з боку низки міжнародних організацій та іноземних країн у зв'язку із тим, що воно «*послабило вплив всієї антикорупційної архітектури*» України¹⁴⁷. Цей приклад є свідченням того, що конституційні принципи і цінності слід інтерпретувати цілісно, як єдину правову матерію, а не відірвано від їх соціального контексту. Принципи мають надпозитивну природу у праві і визначають його сутність.

¹⁴⁷ Ірина Скачко. Незаконне збагачення: наслідки скасування закону. Сайт Харківської правозахисної групи. URL: <http://khp.org/index.php?id=1551789474>

4.2. Принцип верховенства права

4.2.1. Принцип верховенства права та суміжні доктрини

Сучасне трактування принципу верховенства права є результатом конвергенції (зближення) англо-американського і континентального права. Дослівного перекладу поняття *rule of law* на слов'янські мови немає, тому у чеській і словацькій доктрині частіше оперують доктриною правової держави або просто вживають термін *rule of law* без його перекладу. У польській та хорватській літературі зустрічається поняття «панування права», яке близьке за змістом до терміна «правовладдя», який нещодавно запропоновано Сергієм Головатим. Притаманні континентальній традиції права доктрини *Rechtsstaat, Estado de Dirijo, d'Etat Droit* є свідченням тяжіння до концепту держави, обмеженої правом. Згідно з ним, становлення права, правової системи є необхідною умовою легітимності держави, оскільки публічне урядування має спиратися на певний звід правил і процедур. Так і Пол Гаудер у своїх міркуваннях про слабке і сильне верховенство права говорить про перехід від авторитарного («примусова державна влада») до правового правління, зокрема через «політичних агентів та фахівців з розвитку» як динамічну концепцію верховенства права¹⁴⁸.

Згадане зближення відбувається, зокрема, завдяки практиці Європейського суду з прав людини та діяльності Венеційської комісії «За демократію через верховенство права». Для остаточного позбавлення постсоціалістичних і пострадянських країн радянської спадщини є розуміння відмінності верховенства права від верховенства закону. Насправді радянська, цілком формалістична по духу доктрина верховенства закону, є вужчою за розуміння законності, як це тепер прийнято визначати відповідно до вимог верховенства права, оскільки законність включає не тільки формальні, а й змістові вимоги до закону.

Якщо виходити зі змісту двох документів Венеційської комісії – Доповіді про верховенство права від 25-26 березня 2011 р. та Контрольного списку верховенства права від 12 березня 2016 р. – структуру верховенства права складають: 1) законність; 2) правова визначеність; 3) незалежність і безсторонність суду; 4) повага до прав людини; 5) заборона свавілля; 6) рівність і заборона дискримінації. У практиці Європейського Союзу наголошується на наявності основних чотирьох опор (*pillars*) верховенства права, які мають від-

¹⁴⁸ Гаудер Пол (2018) *Верховенство права в реальному світ*. Харків: Право 33, 258.

повідати критеріям ефективності та міцності (*robust*)¹⁴⁹:

«Ці чотири сфери були визначені в процесі підготовки як ключові взаємозалежні стовпи забезпечення верховенства права. Ефективні системи правосуддя та надійні інституційні заходи стримування та протидія є основою поваги до верховенства права в наших демократичних країнах. Однак законів і сильних інститутів недостатньо. Верховенство права вимагає створення екосистеми, що базується на повазі до незалежності судової влади, ефективної антикорупційної політики, вільних та плюралістичних засобів масової інформації, прозорого та якісного публічного урядування та вільного й активного громадянського суспільства. Профілактична політика та масові кампанії підвищують обізнаність громадян та підтримують повагу до верховенства права як пріоритету порядку денного. Журналісти-розслідувачі, незалежні ЗМІ та контроль громадянського суспільства є життєво важливими для забезпечення відповідальності осіб, які приймають рішення».

4.2.2. Законність

Традиційно у радянській та пострадянській літературі законність як принцип права пов'язувалася із ієрархією правових актів, які встановлюють певну систему правових норм, тобто це була доктрина формальної законності. Натомість лорд Бінгем визначає законність як¹⁵⁰:

«...всі особи і органи влади в державі як публічні, так і приватні повинні бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах».

Законність натомість має формальні та матеріальні аспекти. До формальних аспектів законності умовно можна віднести такі: 1) наявність ієрархії правових актів: конституція – міжнародні договори – закони; 2) прийняття законів відповідно до встановленої процедури і визначених конституцією меж; 3) наділення законом повноваженнями органів влади і яким чином вони здійснюються; 4) принцип *nulla poena sine lege*.

¹⁴⁹ 2020 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union (COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS), COM(2020) 580 final 4

¹⁵⁰ Томас Бінгем. *Верховенство права. Лекція* URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

До матеріальних аспектів законності належать: 1) гарантії публічності, прозорості, підзвітності та демократичності процесу ухвалення законів; 2) забезпечення балансу інтересів більшості і меншості при ухваленні законів та залучення до його розроблення заінтересованих осіб (інклюзивність); 3) ступінь застосування та виконання законів; 4) наявність чи відсутність положень у законах, які надають можливість уряду застосувати надзвичайні заходи і порядок їх застосування; 5) відповідність національного законодавства міжнародному праву.

З наведеного видно відмінність принципу законності від формального розуміння у радянські часи «соціалістичної законності», яка базувалася на ієрархії нормативно-правових актів та мала втілювати волю диктатури пролетаріату, провідником якої була Компартія.

У 1765 році лорд Кемден наголошував, що¹⁵¹:

«...за законами Англії, будь-яке вторгнення у приватну власність, хоч на хвилину, є проступком. Ніхто не може навіть покласти ноги на мою землю без мого дозволу, оскільки нестиме відповідальність за цю дію, хоча вона не заподіє жодних збитків».

У справі *Entick v Carrington* був підтверджений принцип, згідно з яким, державний службовець повинен бути наділений визначеними законом повноваженнями щодо будь-якого втручання в приватне життя особи або її майно. З іншого боку, Таманага вказує на небезпеку надмірної активізації судів шляхом перевірки законів на предмет забезпечення прав людини, оскільки за таких умов може мати місце втручання у сферу законодавства¹⁵². У цьому ключі важливий висновок Пола Гаудера про верховенство права як регулятивний принцип для держав, який має створювати щонайменше застосовні вимоги щодо його дотримання¹⁵³.

4.2.3. Принцип верховенства права і вимоги правової визначеності

Правова визначеність як фундаментальна засада правової системи також є складовою верховенства права. На думку В. Брюггера, цей принцип проявляється в такому: а) чіткість визначення правових норм; б) чіткість у підпорядкуванні праву; в) стабільність правових норм; г) чітка інституційна відпо-

¹⁵¹ *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1029 (Court of Common Pleas).

¹⁵² Таманага Браян. *Верховенство права: Історія. Політика. Теорія*. К.: Київ.-Могілян. Академія, 2007. 107, 126-127.

¹⁵³ Гаудер Пол (2018) *Верховенство права в реальному світ*. Харків: Право 86.

відальність органів влади¹⁵⁴. Лорд Бінгем з цього приводу висловився так¹⁵⁵:

«Судді не мають права тлумачити закон так, щоб це тлумачення призводило до появи нових видів злочинів або до розширення підстав, з наявністю яких пов'язуються існуючі види злочинів, внаслідок чого ставала б кримінально караною поведінка, яка до цього такою не була, оскільки це порушувало б фундаментальний принцип, відповідно до якого особа не підлягає кримінальному покаранню за дії, що не були кримінальним злочином у момент їх вчинення».

Правова визначеність є стрижнем верховенства права – правові акти повинні мати передбачуваний характер, щоб особа могла планувати свою діяльність на майбутнє, виходячи із розуміння їх положень самостійно або за порадою кваліфікованого правника. З точки зору взаємодії правових систем, у Європі має значення вплив практики Європейського суду з прав людини та Європейського палацу правосуддя на аргументацію рішень конституційних судів та верховних (касаційних) судів. Тут наявна горизонтальна взаємодія у формулюванні правил і процедур. Ключовим критерієм юридичної визначеності є передбачуваність положень писаного права, яке визначає правила, пов'язані із обмеженням особистої свободи та майна особи. Європейський суд з прав людини сформулював таке визначення якості закону¹⁵⁶:

«Згідно із встановленою практикою Суду, однією з вимог, які впливають із фрази «встановлене законом», є можливість передбачити наслідки. Незважаючи на це, багато законів неминуче містять формулювання, які більшою чи меншою мірою розпливчасті і тлумачення та застосування яких є питаннями практики. Роль винесення судових рішень, яку виконують суди, полягає саме в тому, щоб розвіювати такі сумніви щодо тлумачення, якщо вони залишаються. Проте рівень точності, який вимагається від внутрішнього законодавства, значною мірою залежить від змісту відповідного документа, сфери, яку він має охоплювати, а також кількості і статусу тих, кому він адресований. Через загальний характер конституційних положень

¹⁵⁴ Таманага Браян (2007) *Верховенство права: Історія. Політика*. Теорія 211-212

¹⁵⁵ Томас Бінгем. *Верховенство права*. Лекція URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

¹⁵⁶ *Rekvenyi vs. Hungary*, [1999] ECHR 31, 25390/94, Judgment on 20 May 1999.

рівень точності, який від них вимагається, може бути нижчим, ніж вимагається від іншого законодавства».

Як підкреслює Кевін Стак, верховенство права передбачає обов'язок органів влади та судів ухвалювати послідовні рішення; вони несуть відповідальність за втілення у життя законів, якими вони керуються, таким чином, щоб сприяти узгодженості права, включаючи впровадження їх законів у спосіб, який узгоджується з конституційними міркуваннями та іншими фундаментальними цінностями¹⁵⁷. Це впливає із засади законних очікувань як стандарту ухвалення владних рішень. У свою чергу, Європейський суд з прав людини поширив ці вимоги і на практику застосування та тлумачення законів¹⁵⁸:

«175. Проте Суд визнає, що в деяких областях може бути важко сформулювати закони досить точно, і певний ступінь гнучкості може бути навіть бажаним для того, щоб національні суди застосовували закон у світлі своєї оцінки необхідних заходів з урахуванням конкретних обставин кожної справи... Це логічно впливає з принципу, що закони повинні мати загальне застосування, а формулювання законодавчих актів мають бути не завжди точними. Необхідність уникати надмірної жорсткості і враховувати мінливі обставини означає, що багато законів неминуче сформульовані в більший чи менший мірі невизначено. Тлумачення і застосування таких законів залежать від практики...».

4.2.4. Принцип верховенства права: незалежність суду та обов'язок захисту

Європейський суд з прав людини висуває чотири елементи незалежності суддів: спосіб призначення, термін повноважень, наявність гарантій проти зовнішнього тиску, у тому числі з бюджетних питань, а також, чи виглядає судова система незалежною та неупередженою (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, § 78). У свою чергу, лорд Ірвін Лейрг у справі *Boddington v British Transport Police* наголосив:

«Є загальновизнаним, що для забезпечення верховенства права та збереження свободи важливо, щоб особи, які постраждали від застосованих виконавчою владою юридичних заходів, могли

¹⁵⁷ Stack, Kevin M. (2015) *An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State*. 115 *Columbia Law Review* 7.

¹⁵⁸ *Volkov v. Ukraine*, App. no. 21722/11, Judgment on 9 January 2013.

мати справедливу можливість оскаржити ці заходи та відстоювати свої права в судочинстві».

Суду притаманно захищати права людини, це притаманні йому повноваження. Американський науковець Генрі Даулінг ще у 1935 р. писав, що питання притаманних суду повноважень чимось «не є новим», оскільки:

«Хоча суди... вільно використовують термін «притаманні повноваження», вони не завжди визначають його...

...це може означати право суду діяти у справі, неврегульованій законодавцем; але якщо статут буде прийнятий, він буде мати перевагу над судом; у такому випадку “притаманні повноваження” мало що значать»¹⁵⁹.

Верховний Суд США наголосив на важливості незалежності суду та важливості функції суду у добудові права у разі, коли позитивне право не надає достовірної відповіді під час розв'язання певних проблемних питань права¹⁶⁰:

«Наша конституційна система розвивається так, що люди не зобов'язані чекати змін у законодавстві, щоб відстоювати свої фундаментальні права. Двері судів у нашій країні відкриті для всіх, кому завдано збитків, хто входить у ці двері заради своєї безпосередньої, особистої долі, нашого Основного Закону. Людина може вдатися до права на конституційний захист, коли йому або Конституції завдано шкоди, – нехай навіть широка громадськість і не визнає цього факту, а закон не діятиме. Сама ідея Конституції – в тому, щоб «захистити деякі предмети від мінливості політичних зіткнень, помістити їх поза досяжністю чиновників і представників більшості, надати їм статус правових принципів, обов'язкових для застосування судами». Ось чому «фундаментальні права не можуть бути затверджені або скасовані голосуванням; їх доля не повинна залежати від результатів будь-яких виборів».

Верховенству права суперечить практика довільного застосування закону. Тому не випадково Девід Келкат у своєму звіті, що стосувався ситуації на Кіпрі, наголосив: «У нашому суспільстві для парламенту, а не для слідчих, хоча і

¹⁵⁹ Dowling, Henry M. (1935) The Inherent Power of the Judiciary 2(11) *Indiana Law Journal* 118, 119.

¹⁶⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S.(2015) 83 U.S.L.W. 4592

щиро та добре обгрунтовано, вирішити, коли і за яких обставин інтереси особи повинні бути підпорядковані інтересам суспільства в цілому». Отже, важливо, щоб критерії суспільного інтересу були визначені у законі, якими ми би була зв'язана виконавча влада. За таких вимог, політичні демонстрації, промислові дії та інші форми бойової активності іноді можуть спровокувати реакцію влади винятково для того, щоб вжити належних і законних заходів. Це має важливе значення для забезпечення національних інтересів, особливо у світлі досвіду протистояння поліції та спецслужб України підривній діяльності.

4.3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи

4.3.1. Людська гідність: цінність-універсалія чи спекуляція у праві

Людська гідність як цінність чи принцип розглядається часто у християнській етиці і транзитом через європейську традицію права вона знайшла своє закріплення у міжнародному праві. Зокрема, у Преамбулі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права прямо вказується, що «права випливають з властивої людській особі гідності».

Сьогодні склалися такі основні концепції людської гідності. Згідно із *християнською етикою*, людська гідність виражає божественну сутність людської природи, про що Св. Августин писав так: «Людину, яка не розуміє своєї гідності, можна порівняти зі скотиною беззмисловою і впадівнювати до неї». Згідно із *морально-етичним підходом* Іммануїла Канта, людина має розглядатися як мета, а не засіб. *Інтегративний підхід* акцентує увагу насамперед на самовизначенні особи, гарантоване юридичними засобами, що є серцевиною розуміння людської гідності. На думку вітчизняної правознавчині Оксани Гришук, в основі людської гідності лежить приватна автономія, під якою розуміють¹⁶¹:

«Лише за наявності особливого виду контролю, який включає не нав'язаний, а усвідомлений вибір серед альтернатив, які людина розсудливо зважила під кутом зору значущості самого вибору серед доступних альтернатив».

Сутнісний зміст гідності людини складають можливість індивіда самоідентифікуватися, самовиражатися та вільно розвиватися як особистість у всіх її проявах.

¹⁶¹ Гришук Оксана (2007) *Людська гідність у праві: філософські проблеми*. Львів 66-67.

Це має важливе значення для характеристики прав людини і основоположних свобод, зокрема того, чи мають вони універсальний характер. У доктрині визнано, що гідність є основоположним правом, яке передбачає три ключових компоненти: право особи на самовизначення, самозбереження та публічне самовираження¹⁶². Вітчизняний теоретик права Петро Рабінович наголошує, що гідність людини поєднує у собі раціональне та ірраціональне начала. У процесі безпосереднього застосування поняття гідності людини набуває таких конотацій: 1) філософська основа, елемент антропологічної концепції у праві; 2) морально-правовий стандарт; 3) елемент законодавчих дефініцій, що формулюється для досягнення конкретних цілей відповідного міжнародного правового акта; 4) стандарт, якому суперечить явище, що засуджується відповідним міжнародним правовим актом; 5) об'єкт протиправних порушень без одночасної вказівки таких порушень; 6) об'єкт можливих протиправних порушень з одночасною вказівкою на такі; 7) об'єкт державно-правового захисту; 8) ідеал, до якого має привести процес, підтримуваний цим міжнародним правовим актом¹⁶³. Водночас зводити сутність гідності людини лише до змісту міжнародних правових актів недостатньо. Адже йдеться про власне моральне виправдання гідності людини як самодостатньої цінності, а також тих обставин, що міжнародні стандарти захисту прав людини: а) доповнюють національні засоби юридичного захисту (принцип комплементарності) та б) встановлюють мінімальні стандарти захисту прав людини. Це має вирішальне значення для тлумачення прав людини у контексті ефективності засобів їх юридичного захисту та конкуренції між національною та міжнародною і наднаціональною юрисдикціями.

На думку Френсіса Фукуями, людська гідність виражається через тимос як потребу мати повагу на рівні з іншими людьми, мегалотимія як бажання здобути визнання своєї вищості¹⁶⁴, хоча це охоплює самоідентичність людини як аспект людської гідності. Насправді людська гідність виражається як основоположне конституційне рішення у статті 3 Конституції України, і вона має слугувати важливою складовою аргументації рішень органів конституційної юстиції. До цих складників належать такі у контексті соціального захисту та функцій правової держави:

¹⁶² Гайс Е. (2013) Федеративна Республіка Німеччини: право особи в судовій практиці Федерального Конституційного Суду. Мартиненко П.Ф., Кампо В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер 53-60.

¹⁶³ Рабінович П.М. (ред.) (2006) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ 170-171.

¹⁶⁴ Фукуяма Ф. (2020) *Ідентичність. Потреба в гідності й політика скривдженості*. Київ: Наш Формат 14-15.

Можливість *самовизначення* особи базується на конституційному стандарті достатку, що має на увазі стаття 48 Конституції, оскільки там йде мова про достатній життєвий рівень. Тобто, з точки зору конституційних гарантій соціальної державності, особа як індивід має відчувати достатню спроможність розуміти свою місію і позиціонуватися у політичному, економічному, соціальному та культурному сегментах суспільного життя як самодостатній індивід;

Можливість стверджуватися особі як індивіду передбачає такий стандарт рівня життя, який би давав можливість особі вільно вступати у відносини у суспільстві, брати участь у суспільному та політичному житті країни. Така можливість також передбачає різні шаблі соціальної інтеграції, як на рівні певних спільнот (етнічних, релігійних тощо), так і суспільних та державних інститутів. Тут критично важливим є значення приватної автономії, коли індивід приймає суверенне рішення без зовнішнього тиску, усвідомлюючи його наслідки та відповідальність;

Визнання гідності *особи та її розвитку як вільного індивіда* означає можливість самостійно вирішувати питання життєвих стратегій. За будь-яких обставин свавільне втручання держави у життєві стратегії індивіда, що змушують його різко змінювати сплановану діяльність, слід розглядати як атаку на людську гідність, що є неприпустимим і ганебним явищем для конституційної демократії.

Сама по собі нормативність конституції полягає насамперед в тому, що органи публічної влади є зв'язаними конституційними приписами і несуть позитивний обов'язок захищати права людини, що розкривається через юридичні щодо обов'язку поважати і захищати людську гідність. Також слід зважати на мінімальні стандарти забезпечення життєвого рівня, які у компаративній літературі характеризуються так:

«[Існує] універсальний набір матеріальних товарів та умов, які домогосподарствам та суспільствам необхідні, як мінімум, для подолання бідності та підтримки гідного життя для всіх. Ми виходимо за рамки існуючих показників як за обсягом, так і за специфікою. Голод – це не просто достатня кількість калорій, а достатня кількість вітамінів і мінералів. Притулок повинен мати достатній простір, міцну конструкцію, сучасні печі, опалювальне/охолоджувальне обладнання, освітлення, воду та туалети, доступ до Інтернету та громадського транспорту. Громади повинні мати школи та медичні клініки. Країни, у свою чергу, повинні витрачати достатні ресурси на фізичну інфраструк-

туру, охорону здоров'я та освіту, щоб забезпечити надання цих товарів та послуг. Жодна з цих систем не повинна генерувати забруднення повітря понад безпечний рівень. Кількість цих предметів слід уточнювати локально на основі методів участі та подальшого аналізу. Ці вимоги DLS (достатнього рівня життя) також є функцією сучасності – вони були визначені на основі сучасних технологій та норм, але з обережністю, включаючи лише ті, що мають доказову загальну привабливість.»¹⁶⁵

4.3.2. Конституційна юриспруденція про людську гідність

Загалом існує різна градація конституційних цінностей. Зокрема, європейська модель тяжіє до визнання людської гідності як основоположної цінності, а американська – визнає свободу як провідну цінність. У свою чергу, Аарон Барак наголошує на відносному (релятивному) характері людської гідності як цінності, що зумовлено особливостями різних цивілізацій¹⁶⁶. Така дискусія упирається у систематику юридичної аргументації актів конституційної юстиції та правила визнання, який лежить в основі демократичної легітимності законодавства.

У конституційній доктрині людська гідність розуміється дуально як цінність та суб'єктивне публічне право. Про це також йшла мова в рішенні Конституційного Суду України № 5-р/2018, в якому було також розмежовано соціальні права і привілеї та зазначено, що пільги не підпадають під конституційні гарантії.

а) Складники гідності. Питання людської гідності як основоположного конституційного рішення завжди є важливою складовою аргументації рішень органів конституційної юстиції. На прикладі прав внутрішньо переміщених осіб можна продемонструвати їхні характеристики.

Вимушене, силове переміщення особи із постійного місця проживання є запереченням сутності *самовизначення* особи, оскільки свобода вибору місця помешкання доволі часто є одним із визначальних чинників самоідентичності особи. Та обставина, що особу переслідують і вона, у зв'язку із потенційною загрозою та обґрунтованими підставами, може бути переслідуваною, істотно *обмежує її можливість стверджуватися як індивіду*. Тут немає умов для вільного суспільства, оскільки збройний конфлікт, анексія територій та зміна соціальної структури істотно змінює юридичні засоби забезпечення життя *особи і її розвитку як вільного індивіда*.

¹⁶⁵ Narasimha D. Rao (2018) Decent Living Standard: Material Prerequisites for Human Wellbeing 138 *Social Indicators Research* 242

¹⁶⁶ Barak Aharon (2015), *Human Dignity as Constitutional Value and Right*, Oxford University Press 3-8.

б) *Права людини мають дуальну структуру.* Багатьма вони визнаються певними правилами як певне мірило чи масштаб свободи. Водночас у своєму висновку *European Court of Justice* від 18 грудня 2014 року визнав, що сукупність прав людини, гарантованих Європейським судом з прав людини складають систему принципів права, які він поважає і застосовує у своїй практиці на засадах комплементарності.

Федеральний конституційний суд Німеччини визнав як посягання на гідність особи положення федерального закону, який зобов'язував главу сім'ї інформувати виконавчу владу про місце і тривалість «святкових поїздок та поїздок на відпочинок» під страхом сплати адміністративного штрафу у розмірі 100 дойчмарок, як такий, що посягає на гідність людини та сферу приватного життя членів, вказавши, що гідність людини в системі конституційних цінностей має «провідне значення» (*set of values, human dignity is of paramount importance*)¹⁶⁷.

Аарон Барак, говорячи про дуальну природу людської гідності як права, так і цінності, наголошує, що на відміну від підходу ФКС Німеччини не слід абсолютизувати її як основоположну цінність, оскільки вона «мінлива у мінливому світі», тому через свій мінливий характер сама по собі людська гідність є аксіоматичним, універсальним концептом, який залежить від історичних, політичних, культурних релігійних та соціальних чинників¹⁶⁸. Пояснити таку позицію Барака як судді Верховного Суду Ізраїлю не складно, оскільки тут йде мова про специфічне положення Ізраїлю на Близькому Сході, коли у протистоянні із ворожим середовищем виникає часто дилема свободи і безпеки. При її розв'язанні доводиться враховувати також безпекові міркування забезпечення сталості положення Ізраїлю у ворожому середовищі та розв'язувати дилему свободи і безпеки з точки зору ефективності захисту державними інститутами безпеки громадян з боку терористичної загрози.

4.3.3. Конституційне визнання людської гідності

Конституційне закріплення людської гідності варте уваги хіба що з точки зору юридичної визначеності, хоча жодна конституція не може дати її визначення – це питання доктрини і конституційної юриспруденції. Зокрема, Конституція Іспанії проголошує людську гідність як «основу політичного порядку і соціального миру» (стаття 10.1). Основний Закон Німеччини у ст. 1 дає таку характеристику людської гідності:

¹⁶⁷ BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus case, 1969).

¹⁶⁸ Barak Aaron (2015) *Human dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press 5-6

«(1) Людська гідність недоторканна. Поважати і захищати її обов'язок всякої державної влади.

(2) Через це німецький народ визнає непорушними і невідчужуваними права людини як основу будь-якого людського співтовариства, миру і справедливості у світі».

Угорська Конституція раніше у статті 54 (1) визначала людську гідність як природне право, якого ніхто не може позбавити свавільно. Конституція України у ст. 3 доволі сумбурно приділяє увагу людській гідності, оскільки характеризує її як «соціальну цінність» поряд із людиною, життям і здоров'ям людини, честю, недоторканністю та безпекою, хоча перераховані конституційні блага не є однопорядковими щодо людської гідності, оскільки вони походять від неї або навіть можуть слугувати критерієм її обмеження (безпека).

Український підхід у цьому відношенні небездоганий, адже людська гідність, власне, як цінність перемішується у статті 3 Конституції, фактично, із суб'єктивними публічними правами, які конкретизовані у її Розділі II. При цьому як суб'єктивне публічне право зміст людської гідності у статті 28 Конституції у абзаці другому зміщується у бік заборони тортур, незважаючи на генеральну клаузулу про повагу гідності в абзаці першому.

4.4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля

4.4.1. Структура свободи

Свобода у конституційному праві виражає ступінь втручання держави у суверенний вибір особи. Це презюмує особистий і відповідальний вибір бажаного і оптимального варіанта особою для реалізації своїх життєвих стратегій і мети. Таким чином, свобода передбачає певне самовизначення особи, яке формалізується через вільний вибір певного варіанта поведінки. Навіть у разі перебування особи на цивільній чи мілітарній службі, у разі одержання явно незаконного чи злочинного наказу, вона має вибір: виконати його, подати у відставку з посади, доповісти про таке розпорядження на вищій щабель влади чи інформувати громадськість про це. Під час Нюрнберзького процесу було констатовано, що злочини проти людяності скоюють конкретні індивіди, які за це мають понести відповідальність, навіть якщо вони виконували розпорядження керівників вищого рівня. У конституційному сенсі свобода має такі виміри:

- *Негативна свобода* – відсутність втручання у самовизначення особи з боку держави і третіх осіб, відсутність будь-якого утиску, гарантії вільного волевиявлення індивіда;
- *Позитивна свобода* – втручання у сферу приватної автономії задля вирівнювання можливостей індивідів у державно організованому суспільстві;
- *Відповідальність вибору особи* за умов відсутності втручання чи утисків або у разі втручання – задля вирівнювання її можливостей

За наявності дилеми глобалізації та конституційного патріотизму, дискусія між свободою та формами соціальної солідарності насправді знімається через відкриття можливостей реалізації свобод на міжнародному та транснаціональному рівні. Це потенційно створює поле тиску на національні держави, що виражається у діяльності як національних, так і міжнародних правозахисних організацій. Зокрема, Ульріх Бек вказує на такі інструменти впливу на національні уряди з боку цих структур: а) засоби моніторингу та контролю за додержанням прав людини; б) формування міжнародної мережі контролю за станом додержання прав людини; в) координація міжнародної мережі контролю у галузі прав людини з міжнародними організаціями, які у зв'язку із такою ситуацією можуть пов'язувати застосування економічних санкцій проти національних держав¹⁶⁹. У кінцевому результаті це сприяє створенню нових ареалів свобод та можливостей вільного розвитку індивіда.

4.4.2. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля: сутність

Розуміння свободи має значення для конструювання права людини – американська система конституційних цінностей тяжіє до визначення прав людини як певних меж здійснення свободи щодо певних конституційних благ. Континентальна система права, завдяки певній сакралізації тексту, який наповнюється смислами через герменевтику тлумачення у конкретному соціальному середовищі, завжди знаходиться у пошуку формалізації свободи. Це в Україні вплинуло на конструювання змісту суб'єктивних публічних прав, наприклад, у формі права на свободу вираження чи права на свободу економічної діяльності тощо, хоча свобода тут, вочевидь, є первинною щодо права.

Приватна автономія визначає суверенний вибір особи, який ні від кого не залежить і на такий вибір особи не вчиняється тиск. Це також мистецтво особи в умовах пресингу приймати зважені рішення, побудовані на повазі до гідності та свободи іншої особи. У такий спосіб особа набуває ідентичності, тобто стає

¹⁶⁹ Бек Ульріх (2015) *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія*. Київ: Ніка-Центр 115.

повнокровним індивідом. Таким чином, свобода тісно пов'язана із відповідальним вибором варіанта поведінки. Також свободу у взаємозв'язку із відповідальністю розглядає Оксана Гришук¹⁷⁰. Це критично важливе для розмежування свободи волі та сваволі. Свавілья передбачає довільний вибір, незважаючи на блага та цінності інших суб'єктів, зокрема свавілья руйнує демократичну легітимізацію правил. Така передбачає оптимальне правове регулювання, в основі чого лежить баланс інтересів, який ґрунтується на відповідальному виборі варіанта поведінки. Звідси формуються конструкти правової визначеності та передбачуваності права, на основі чого, власне, носії прав можуть планувати свою діяльність на майбутнє. Саме на вільному та відповідальному виборі індивіда наголошує Верховний суд США, інтерпретуючи свободу¹⁷¹:

«...до цих свобод належить можливість здійснювати особистий вибір, якщо такий вибір є критично важливим для гідності і автономії особистості, включаючи ті випадки, коли мова йде про той чи інший вибір в інтимній сфері, що виражає переконання або самоідентифікацію людини. Визначення та захист фундаментальних прав є невід'ємною частиною професійного обов'язку суддівського корпусу, що полягає в тлумаченні Конституції. Обов'язок цей, однак, «не зводиться до використання будь-якої простої формули». Шведше навпаки, від суду вимагається виносити обґрунтовані рішення про визнання прав особистості настільки фундаментальними, що держава зобов'язана їх поважати».

Свобода висуває вимоги до держави поважати вибір особи та гарантувати множину варіантів такого вибору, оскільки це є важливим для вільного розвитку особистості у вільному демократичному суспільстві.

Свобода вибору як відповідальний акт поведінки імпліцитно заперечує вчинення довільних за змістом дій. Свавілья є самовідмовою від свободи та породжує насильство, що є антитезою права як такого.

4.4.3. Поняття негативної свободи, згідно з Ісайєю Берліном

Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію

¹⁷⁰ Гришук О (2019) *Філософія конституційних цінностей* 306 і наст.

¹⁷¹ Обергефелл проти Годжеса

виражає принцип пропорційності¹⁷². За цим принципом, держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутнісний зміст права і перевищували межі необхідності, що випливають з публічного інтересу. Відповідно, у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо. На думку Ісайї Берліна:

«обсяг моєї свободи, напевно, залежить від (а) кількості можливостей, що відкриваються...; (б) того, чи легко або складно здійснити ці можливості; (в) того, наскільки вони важливі і порівнянні з іншими для мого життєвого пану, з урахуванням мого характеру та обставин; (г) того, насамкінець, як цінить різні можливості не лише сам суб'єкт, але і суспільство, в якому він живе».

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

4.4.4. Поняття свободи у рішенні КСУ № 2-рп/2016

У практиці Конституційного Суду України питання свободи виникає періодично, із запровадженням конституційної скарги це питання стоятиме ще гостріше. На цей час КСУ вже заклав методологічні засади розуміння свободи у справі про поміщення особи до психіатричного закладу. Пов'язавши процедуру поміщення особи до психіатричного закладу із конституційною заборонаю довільного обмеження без судового контролю, Суд акцентував на цінності свободи у вільному демократичному конституційному порядку так:

«Право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно

¹⁷² Погребняк С.П. (2008) *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. Харків: Право 192-204; Шлоер Б. (2003) Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві, 3(8) *Український правничий часопис*; Шевчук С. (200) Значення загально правового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід), 1(20) *Вісник Академії правових наук України*.

діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України».

Ця справа також стосується визначення меж для встановлення законодавцем підстав для обмеження свободи індивіда. Суд послався на положення ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та відповідне прецедентне право Європейського суду з прав людини, якими, власне, Верховна Рада України зв'язана, згідно із засадами поваги до міжнародних стандартів захисту прав людини, мінімальних вимог захисту яких держава має додержуватися у своєму національному законодавстві.

4.5. Принцип пропорційності: балансування і зміст трискладового тесту

4.5.1. Принцип пропорційності та допустимі межі обмеження прав людини

Принцип соціальної правової держави передбачає визначення балансу інтересів у суспільстві – між державою і громадянами, працівниками і роботодавцями, між профспілками і роботодавцями тощо. Забезпечення такого балансу не може посягати на сутнісний зміст прав людини (*the very essence of the right*). Цей баланс забезпечується через мистецьке поєднання конституційних принципів, які можуть конкурувати та мати кореляцію між собою. Зокрема, принцип пропорційності, який має подвійне значення у вузькому розумінні якраз із застосовується як балансування між цінностями і принципами права. У широкому розумінні принцип пропорційності визначає легітимність втручання публічної влади у приватну автономію особи на основі закону, якщо існує нагальна необхідність такого втручання у демократичному суспільстві за допомогою адекватних засобів, що відповідають легітимній меті. З цієї точки зору пропорційність означає адекватність обраних засобів державою за досягнення певної легітимної меті.

Згідно із Робертом Алексі, критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування, інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати

принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень¹⁷³. Зокрема, цьому критерію можна цілком застосовувати критерії обмеження права на недоторканність особистого та сімейного життя та мету боротьби із тероризмом. Загалом є два розуміння принципу пропорційності:

а) широке – як трискладового тесту, згідно з яким запровадження обмежень прав людини має здійснюватися на основі закону, бути необхідними у демократичному суспільстві, заходи мають відповідати покладеній легітимній меті;

б) вузьке – як балансування між цінностями, зокрема між правами людини та національною безпекою, правами конкретного індивіда та правами інших осіб тощо.

На методологічному характері принципу пропорційності наголошує Майкл Тагарт¹⁷⁴. Водночас принцип пропорційності розглядають і як своєрідну атаку на права людини¹⁷⁵, оскільки саме на його основі виводяться обмеження основоположних прав¹⁷⁶.

4.5.2. Пропорційність і трискладовий тест

Широке розуміння принципу пропорційності, яке ще називається трискладовим тестом, ґрунтується на аналізі правового масиву за основними трьома критеріями:

а) *законність – легітимність мети*. Втручання в здійснення основного права має ґрунтуватися на повноваженнях, чітко визначених у законі. Слід при цьому відрізнити законні (legal) і незаконні (illegal) та неправомірні (unlawful) заходи¹⁷⁷, оскільки останні можуть відповідати формальним вимогам законності, однак істотно порушувати основоположні права, що має наслідком їх суперечність законові. Закон може надавати певну свободу розсуду публічній адміністрації чи судовим органам, однак всі колізії чи недоліки мають інтерпретуватися таким чином, щоб не заподіювати перепон у здійсненні основного права, а забезпечити якомога краще їхнє здійснення;

¹⁷³ Alexy Robert (2005) Balancing, constitutional review, and representation, 3 *International Journal of Constitutional Law* 575.

¹⁷⁴ Michael Taggart. (2008) Proportionality, Deference, Wednesbury. *New Zealand Law Review* 1-4, 448-450.

¹⁷⁵ Tsakyrakis, Stavros. (2009) Proportionality: An assault on human rights? *ICON*, 7(3) 468-493.

¹⁷⁶ Савчин М. (2008) Основні конституційні критерії обмеження прав людини і основоположних свобод. *Вибори і демократія* 2, 21-28.

¹⁷⁷ Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. *Commonwealth Law Bulletin* 14(2) 859.

б) *необхідність у демократичному суспільстві*. Запроваджені заходи мають бути нагальними, вирішувати невідкладно важливу суспільну проблему, забезпечуючи баланс інтересів у неоднорідному суспільстві. Вони мають «передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у межах яких відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань»¹⁷⁸. За цим критерієм втручання характеризується ступенем інклюзивності, тобто включенням зацікавлених акторів у процес ухвалення рішень, які стосуються сутнісного змісту основного права та вимог належної правової процедури, яка визначає параметри легітимності владних рішень;

в) *доречність заходів – адекватність обраних заходів відповідно до законної мети*. Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як зазначає Юлія Євтошук, як в правотворчості, так і в правозастосуванні в основі мети, якої має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних та приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема заходи мають бути індивідуалізовані¹⁷⁹. При цьому запроваджені заходи не можуть посягати на сутнісний зміст основного права та накладати надмірні обтяження або несумірні заходи юридичної відповідальності з урахуванням тяжкості порушення та особи правопорушника.

4.5.3. Принцип балансування (вужке розуміння пропорційності)

Отто Пферсман звертає увагу на те, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності у конституційному контролі, призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції¹⁸⁰. У свою чергу, Лоуренс К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній зі своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист, зазначивши, що у разі запровадження певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між засто-

¹⁷⁸ Герхардт Шмідт-Ассманн. (2009) *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права*. Вид. 2-е. Київ: Вид-во «К.І.С.» 92.

¹⁷⁹ Юлія Євтошук, (2015) *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Дис. к.ю.н. Київ: Університет економіки і права «Крок» 101.

¹⁸⁰ Пферсманн О. (2007) Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов 1(58). *Сравнительное конституционное обозрение* 121-127.

совуваними засобами та метою, яка досягається¹⁸¹. Це вимагає балансування як у правовідносинах, зокрема, в ході законодавчого регулювання, так і в адміністративній та судовій практиці. Як пише Марк Ташнет¹⁸²:

«Балансування являє собою метод, в якому суд описує всі міркування щодо визначення межі – в якому ступені урядовий інтерес змінює призначення правового регулювання у бік погіршення конституційних цінностей тощо з метою задоволення певних інтересів та визначає порушення інших».

Із субстантивної (змістовної) точки зору тут йдеться про балансування між конституційними цінностями, яке містить потенційну небезпеку для прав людини і основоположних свобод згідно із поглядами Ренати Віц та Ондраша Шайо¹⁸³. Якраз балансування між конституційними цінностями складає природу діяльності конституційного правосуддя. Основним критерієм правомірності виступають тут засади верховенства права, принцип пропорційності та повага до прав людини. Гідність людини є провідною конституційною цінністю (наприклад, згідно зі статтею 3 Конституції України, це є основоположне юридичне рішення), з якої Конституційний Суд може визначити межі допустимого втручання публічної влади у сферу приватної автономії згідно із трискладовим тестом (на основі закону, суспільна необхідність, доречність і достатність застосовуваних заходів). Тому ця конкуренція цінностей не може мати настільки згубних наслідків, згідно із Віц та Шайо, хоча вони справедливо наголошують при цьому на небезпечності владної сваволі, яка може породити відповідні проблеми під час розгляду конституційних скарг. Однак принцип балансування вимагає високого рівня компетентності конституційного судді і вільне володіння технікою обґрунтування судового рішення, виходячи із суті основних напрямків сучасної конституційної доктрини. Водночас це орієнтує конституційних суддів на кращі зарубіжні зразки захисту прав людини конституційними судами чи аналогічними установами та прецедентне право Європейського суду з прав людини.

¹⁸¹ Kiestra Lowrence R. (2014) *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International*. Springer Publishing 138.

¹⁸² Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». 2 *Сравнительное конституционное обозрение* 71.

¹⁸³ Уитц Р. (2007) Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии, 2(59) *Сравнительное конституционное обозрение* 79-124.

4.6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини

4.6.1. Основні підходи у конструюванні прав людини

Права людини формулюються із розуміння людської гідності, що зумовлює їх конструювання та визначення негативних і позитивних обов'язків держави. Додатковим джерелом обґрунтування прав людини слугують принципи свободи і рівності, що зумовлює балансування між цими цінностями у практиці конституційної юстиції. Сутнісний зміст прав людини складають такі компоненти:

а) вони виражають правомірну вимогу особи (носія) до держави (адресанта) щодо захисту порушеного інтересу чи доступу до матеріальних і духовних благ. Такі вимоги визначають загальні стандарти поведіння публічної влади із приватною особою: можливість особи бути заслуханою, обов'язок компетентного органу з'ясувати всі істотні обставини справи, обґрунтованість рішень, можливість оскаржити рішення тощо.

б) обов'язок захисту державою – дихотомія негативних і позитивних обов'язків. На цій підставі держава має ухилятися від вчинення дій, спрямованих на встановлення таких обмежень та обтяжень, які можуть посягати на сутнісний зміст права. З іншого боку, держава покликана забезпечити належне розслідування обставин порушення прав та вжити заходів щодо їх поновлення.

в) втручання держави у приватну автономію особи ґрунтується на виконанні державою позитивних обов'язків, які можуть здійснюватися у формі законодавства, актів публічної адміністрації щодо його конкретизації та інтерпретації в актах судової влади.

У світлі таких обов'язків держави існує три основні підходи до конституційного конструювання прав людини як (1) негативних прав, (2) прав на участь та (3) позитивних прав. Нижче буде дана характеристика особливостей формалізації основоположних прав, не вдаючись у деталізацію їх сутнісного змісту, що буде розглянутий у наступній темі.

4.6.2. Конструювання негативного права на прикладі права на свободу і особисту недоторканність

Оскільки недоторканність стосується сутності цілісності особи (*individual integrity*), то на прикладі права на свободу і особисту недоторканність (стаття 29 Конституції України) можна продемонструвати, яким чином будують юридичні конструкції, які лежать в основі негативних прав, тобто тих

прав, які забороняють свавільне втручання з боку держави і їх здійснення не залежить від волі держави.

i) Насамперед встановлюється абсолютна заборона довільного втручання у приватну автономію особи:

«Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність.»

Під цією заборонаю насправді приховуються, як вже вище було зазначено, певні межі для законодавця щодо встановлення підстав для обмеження особистої свободи, які випливають із міжнародних зобов'язань України та положень ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У згаданому рішенні № 2-рп/2016 КСУ виходив саме із зазначених положень Євроконвенції.

ii) Далі визначаються підстави легітимності втручання, які за сутністю складають винятки із заборони:

«Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.»

iii) Конституція встановлює процедурні гарантії недопущення свавілля за особливих випадків чи нагальної необхідності у разі обмеження свободи. Такі гарантії поєднують у собі формальні підстави для обмеження свободи особи у поєднанні із природним правом особи на самозахист від нападника чи можливості затримання особи, дії якої є протиправними. За таких умов встановлюється вимога невідкладної судової перевірки щодо наявності підстав для тримання особи під варту:

«У разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручене вмотивоване рішення суду про тримання під вартою.»

iv) Далі встановлюються особливі процесуальні гарантії, відомі сьогодні як «правило Міранди»:

«Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яс-

нено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.»

v) Гарантія судового контролю впливає із фундаментальної вимоги, згідно з якою рішення про обмеження певного права може здійснюватися виключно на основі судового рішення:

«Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.

Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.»

4.6.3. Конструювання інтегративного права: право на мирні зібрання

Право на мирні зібрання є прикладом інтегративного права, оскільки воно є самодостатнім у сенсі певної форми прояву політичної активності громадян, такі доволі часто виступають і джерелом реалізації права на громадські та політичні об'єднання¹⁸⁴. На прикладі ст. 39 Конституції України, з урахуванням конституційної юриспруденції та практики ЄСПЛ, можна окреслити такі специфічні риси формування права на мирні зібрання.

i) *Конституція визначає основні риси зібрань:* а) мирний характер; б) беззбройний характер; в) організований характер та г) про їх проведення організатори мають попередньо повідомити органи публічної влади. Зібрання є одним із засобів формування думки громадян, формування громадської і політичної думки. Таким шляхом народ отримує додатковий засіб впливу на хід та зміст прийняття владних рішень. Свобода зібрань також є засобом контролю населення над владою.

Конституційний захист поширюється на мирні зібрання. У випадку проведення демонстрації, може виникнути колізія тлумачення, оскільки проведення демонстрацій може супроводжуватися певними провокаціями, безчинством, що може загрожувати громадському порядку. Однак провокування під час демонстрації не завжди означає посягання на мирне життя. Якщо ж збираються особи, що мають явний намір спровокувати масові заворушення, то таке зібрання не підпадає під конституційний захист (ст. 39.2 Конституції України). За таких умов має місце контрмітинг – поліція має вжити заходів щодо розведення сторін, які переслідують протилежні інтереси, та забезпечити громадський порядок.

¹⁸⁴ Більш детально див: Мельник Р. (2015) *Право на мирні зібрання: теорія і практика*. Київ: ВАІТЕ.

ii) *Вимога попереднього сповіщення.* Якщо риси а)-в) мають цілком очевидний характер і виражають сутнісний зміст цього права, то вимога щодо попереднього сповіщення не верифікується як належна сутнісна його характеристика. Якщо зважати на прецедентне право ЄСПЛ, то таке положення Конституції України є незастосовним, оскільки воно по суті обмежує право на мирні зібрання, і таке обмеження не базується на положеннях ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Така вимога є запереченням права на спонтанні мітинги.

Наприклад, наприкінці жовтня 2013 р. міськвиконком Ужгорода ухвалив рішення про скасування осінніх канікул школярам та збільшення зимових канікул. Рішення мотивувалося міркуваннями економії енергоресурсів за рахунок зменшення енергозатрат на опалення шкіл на період зимніх канікул. Однак таке рішення було ухвалено після обіду п'ятниці, тобто в день, коли навчання у школах завершилося і учням було видано табелі про успішність за першу чверть навчання. Завдяки розголосу про цю подію через мережу Фейсбук, через півтори години на пл. Поштової за місцем знаходження міськвиконкому зібрався масовий спонтанний мітинг протесту проти такого рішення. Міська влада була змушена скасувати це свавільне рішення. В Ужгороді цей мітинг пізніше охарактеризували як місцеву репетицію Революції Гідності, яка розпочалася в Києві через місяць після цих подій.

iii) *Форми мирних зібрань.* Як форми проведення мирних зібрань Конституція України згадує збори, мітинги, походи і демонстрації. Однак цей виключний перелік є анахронізмом і не відповідає сутнісному змісту цього права як основоположного, оскільки у ст. 23 Конституція України гарантує свободу розвитку особистості і в цьому контексті формою мирного зібрання може бути пікет, флешмоб, концерт чи публічне богослужіння у громадському місці (освячення паски чи хресна хода) тощо.

iv) *Критерії обмеження.* Обмеження може встановлюватись лише судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку (з метою запобігання злочинам чи заворушенням, для захисту прав і свобод інших людей або для охорони здоров'я населення). Основою обмежень свободи зібрань є забезпечення конституційної вимоги їх мирного і беззбройного характеру. Разом з тим, конституційні положення мають загальний характер, вони конкретизуються у законодавстві про національну поліцію, спецслужби щодо забезпечення громадської безпеки під час мирних

зібрань, а також у законодавстві про місцеве самоврядування та благоустрій населених пунктів. Саме з цих причин суддя *ad hoc* від України Станіслав Шевчук в окремій думці у справі «Шмушкович проти України» обґрунтовано навів аргументи, що не існує особливої потреби ухвалення закону про мирні зібрання, оскільки порядок їх проведення зумовлений політичною активністю громадян, а забезпечення громадського порядку та благоустрою територій вже належним чином врегульовано в законодавстві. Конституційний Суд також наголосив, що має існувати єдиний порядок здійснення свободи зібрань, незалежного від її характеру – політичного, економічного, релігійного¹⁸⁵:

«У демократичній, правовій державі не може бути встановлений різний порядок проведення мирних зібрань залежно від їх організаторів та учасників, мети і місця, форми тощо, а саме: в одних випадках вимагається отримати дозвіл, а у інших – заодно сповістити про намір провести таке зібрання.»

v) *Обов'язок захисту.* Держава має низку негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення права на мирні зібрання. До *негативних обов'язків держави* належить: невтручання у здійснення права на мирні зібрання; не застосування надмірних обмежень до його здійснення, які можна за характером прирівняти до фактичного надання дозволу на проведення мирного зібрання; незастосування непропорційних конклюдентних дій чи спецзасобів до учасників зібрань з боку поліції та сил спецпризначення. До *позитивних обов'язків держави* належать: забезпечення громадського порядку та благоустрою під час проведення мирного зібрання; попередження випадків масових заворушень чи та усунення громадського протистояння під час зібрань; забезпечення громадського порядку під час наявності контрмітингів або у разі нападу третіх осіб на учасників мирного зібрання; розслідування ситуацій у разі перевищення повноважень і непропорційного застосування сили до учасників зібрань з боку поліції чи сил спецпризначення.

4.6.4. Конструювання позитивного права: право на соціальний захист

Слід наголосити, що не у всіх країнах соціальні права знаходять своє конституційне закріплення, оскільки вони формулюються від позитивних обов'язків держави та принципу соціальної держави. З іншого боку, вдалим прикладом конструювання соціальних прав є Європейська соціальна хартія (переглянута), в якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов'язки держави у його забезпеченні та ви-

¹⁸⁵ Рішення КСУ № 6-рп/2016 від 08.09.2016 р.

нятки із гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов'язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права. Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру.

i) Горизонтальна структура зумовлена правом на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги випливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією України, виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі: а) втрати працездатності; б) втрати годувальника; в) безробіття з незалежних від особи обставин; г) старості; д) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

ii) Вертикальну структуру права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу таких заходів:

- 1) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;
- 2) система соціального страхування, яка має диференціюватися залежно від виду установ соціального захисту, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;
- 3) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;
- 4) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

iii) При секвестрі (скороченні) видатків на соціальну допомогу та соціальні послуги, виходячи із засад соціальної держави та правомірних (законних) очікувань, необхідно додержуватися таких вимог:

- 1) уряд може ініціювати процедури секвестру шляхом звернення до парламенту з метою проведення попереднього слухання, за результатами консультацій отримати відповідну резолюцію, в якій мають бути вказані параметри законопроекту про секвестр на соціальні видатки;
- 2) розробити і внести на розгляд парламенту законопроект відповідно до визначених резолюцією параметрів такого законопроекту;
- 3) законопроект про секвестр на соціальні видатки не може посягати на сутнісний зміст права на соціальну допомогу, тобто така соціальна допомога має зберігати свій періодичний характер і забезпечувати необхідні життєві потреби індивіда, які мають поважати людську гідність;
- 4) секвестр соціальних видатків повинен мати тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

4.7. Рівність і заборона дискримінації

4.7.1. Зміст принципу недискримінації

У конституційному праві принцип рівності трактується двійчасто – як принцип визнання, так і як розподільчий принцип¹⁸⁶. Розуміння рівності як розподільчого принципу важливе для юридичного обґрунтування нормативності (зобов'язального характеру) соціальних прав, пряма дія яких має специфічну природу¹⁸⁷. Принцип рівності також має важливе значення для розуміння справедливості та стандартів належної процедури. У свою чергу, заборона дискримінації притаманна європейській системі захисту прав людини, яка ґрунтується на Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та прецедентному праві Європейського суду з прав людини.

Термін «дискримінація» походить від латинського слова, яке означає розрізнення, а сьогодні під цим розуміють обмеження або позбавлення прав

¹⁸⁶ Більш детально про принцип рівності та заборони дискримінації див.: Журавльова Г.С. (2018) *Принцип рівності та заборони дискримінації у конституційному праві*. Дис... д.ю.н. Ужгородський національний університет.

¹⁸⁷ Савчин М.В. (2015) Права людини у світлі конституційної, *Український журнал міжнародного права. Спецвипуск. Міжнародне право і Конституція України* 69.

певних категорій громадян за різними ознаками: расової або національної приналежності, статі, соціального походження, політичних поглядів тощо¹⁸⁸.

Формулювання сутнісного змісту прав людини у конституційних текстах зумовлено певними стандартами, які, зокрема, впливають із вимоги рівного ставлення (поводження) до тої чи іншої групи носіїв цих прав¹⁸⁹. Оскільки права людини мають невичерпний характер, а їхнє конституційне формулювання є додержанням державою стандарту правової визначеності, тобто можливості кожного знати свої права та обов'язки, то такий стандарт набуває вирішального значення щодо визнання певної вимоги особи як фундаментальної.

Запобігання і заборона дискримінації поглиблює стандарти захисту прав людини і спрямовує заходи публічної влади на недопущення чи хоча б обмеження свавільного поводження з певною категорією осіб у порівнянні із іншою. Хоча, щоб дійти до такого висновку, судова практика була неоднозначною.

Так, Верховний суд США у справі Plessy v Ferguson визнав сегрегацію між чорними і білими допустимою, оскільки такий розподіл не підпадав під ознаки неоднакового поводження. У 1954 році у справі Brown v Board of Education вреїти-реїт дійшов висновку, що така диференціація містить у собі ознаки дискримінації, а тому розмежування окремих навчальних закладів за своєю сутністю є нерівними.

Така складна еволюція від толерування дискримінації до вжиття заходів щодо її запобігання пов'язана із еволюцією розуміння права людини, яке визначає певні вимоги та стандарти у діяльності органів публічної влади. Дискримінація втілюється в таких ознаках:

- наявність будь-якої відмінності, винятку, обмеження або переваги;
- здійснюється за ознакою раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, майнового стану, народження або іншої обставини,
- має на меті або наслідком знищення чи применшення визнання, використання або здійснення конкретного права всіма особами.

Звідси, сутнісна характеристика принципу рівності і заборони дискримінації полягає у забезпечення рівності ставлення до різних категорій осіб із дотриманням таких умов:

¹⁸⁸ Дашковська О. (2005) Дискримінація за ознакою статі: деякі загальнотеоретичні аспекти, 3 (42) Вісник Академії правових наук України 219.

¹⁸⁹ Mark Tushnet (Ed.). (2014) *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Cheltenham, UK – Northampton, MA, US 71.

- диференціації правового регулювання, яке має зважати на особливості правового статусу особи, на основі чого, за певними сутнісними ознаками, запроваджуються різні правові режими регулювання, спрямовані на вирівнювання можливостей у здійсненні суб'єктивного публічного права;
- розрізнення мають ґрунтуватися на об'єктивних критеріях, які впливають із розумності, передбачуваності права та правової рівності і мають бути спрямовані на забезпечення рівності можливостей у здійсненні права;
- заборона дискримінації сама по собі виконує службову функцію і прив'язана до конкретного права або законного інтересу особи.

4.7.2. Пряма і непряма дискримінація

Виділення дискримінації на пряму та непряму має значення для визначення ступеня порушення прав і свобод людини з боку держави чи третіх осіб. Також проблема зумовлена тим, що значна частка дискримінаційних практик проявляється у приватноправових відносинах.

i) Пряма дискримінація полягає в неоднаковому, менш сприятливому поводженні із особами, які знаходяться в порівняно однаковому становищі. Свідченням прямої дискримінації є наявність ознак, відповідно до яких носії конкретного права чи свободи зазнає їх утисків внаслідок: а) відмінностей в поводженні стосовно нього; б) у результаті такого поводження він опиняється (або міг опинитися) у менш вигідному становищі, ніж інша особа; в) обставини, в яких знаходилися зазначені особи, можна порівняти (тобто вони відрізняються по суті); г) єдиною підставою різниці в поводженні була яка-небудь з персональних характеристик (стать, вік, мова тощо)¹⁹⁰.

Отже, пряма дискримінація пов'язується із відсутністю достатніх підстав у відмінному ставленні до осіб, які знаходяться в аналогічних або відповідним чином схожих ситуаціях, що ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати. Відсутність таких підстав зумовлює їх суперечність легітимній меті, яка має досягатися за допомогою адекватних засобів.

ii) Непрямою дискримінацією вважається однакове, формально рівне поводження із особами різного становища, що фактично призводить до несприятливого стану одну групу осіб у порівнянні із іншою. Непряма дискримінація є наслідком застосування нейтрально сформульованого (тобто такого, що

¹⁹⁰ Дикман С.С. и др. (2009) *Защита личности от дискриминации*. В 3 т. Т. 1. Москва: Новая юстиция 353.

не стосується конкретної ознаки особи або групи осіб) правила, вимоги чи політики, яке передбачає однакове ставлення, але на практиці створює менш сприятливі умови для реалізації прав певною особою або групою осіб через їхні ознаки. На практиці виявлення непрямой дискримінації є значно складнішим, ніж встановлення факту прямої дискримінації. У справі *Hugh Jordan v. United Kingdom* ЄСПЛ дав таку характеристику непрямій дискримінації:

“Загальний політичний курс або заходи, що непропорційно утєрджено впливають на певну групу, незважаючи на те, що такий курс/захід не спрямований спеціально саме на цю групу”.

У справі *D.H. and Others v. the Czech Republic (2007)* ЄСПЛ прямо наголосив на тому, що запровадження сегрегації у формі окремого навчання ромів у окремих школах призводить до значних проблем із їх соціалізацією та зниженням рівня освіти.

Заявники, школярі циганського походження, були поміщені в «спеціальні школи», призначені для дітей з утрудненнями в набутті знань, і не мали можливості відвідувати «звичайні» школи.

Заявники стверджували, що поміщення їх до спеціальної школи було дискримінаційним щодо користування правом на освіту, з причини їх етнічного походження, що порушило Статтю 15, розглянуту в поєднанні зі Статтею 2 Протоколу 1 (право на освіту).

Вони заявили, що до них було застосовано нерівне звернення в освітній сфері в порівнянні з дітьми нециганського походження. Різниця в поводженні полягала в тому, що їхніх дітей поміщали в спеціальні школи без достатнього обґрунтування, де вони отримували освіту значно гіршої якості, ніж у звичайних школах, і в результаті чого вони могли здобувати середню освіту тільки в спеціальних професійно-технічних центрах.

Директивою 2000/43/ЄС Ради ЄС щодо імплементації принципу рівноправності осіб незалежно від расової або етнічної приналежності від 29 червня 2000 р. непряма дискримінація визначається як те, що відбувається, коли «формально нейтральні» правила, критерії або практика ставлять осіб певної раси або етнічного походження в особливо не вигідне становище порівняно з іншими особами, якщо це положення, критерій або практика об'єктивно

не виправдані легітимною метою, а засоби досягнення цієї мети є доречними і необхідними» (стаття 2 (2) (b)). Стаття 2 Директиви 2000/78 Ради ЄС від 27 листопада 2000 р., яка встановлює загальні рамки рівного ставлення при працевлаштуванні та у трудовій діяльності, вказує, що непряма дискримінація має місце, якщо на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставить осіб, які сповідують певну релігію або переконання, мають певну фізичну ваду, є певного віку або певної сексуальної орієнтації, у несприятливе становище у порівнянні з іншими особами¹⁹¹.

Конституційні засади запобігання дискримінації ґрунтуються на таких елементах:

- 1) чи заснована різниця у поводженні на певній диференціації у статусі особи;
- 2) чи наявні вказані у законі або аналогічні ознаки;
- 3) чи дотримано стандарту застосування, зокрема (1) чи є законодавче встановлення розрізнення; (2) чи це має наслідком покладання надмірного тягаря, обов'язку або ставить у несприятливе становище певну групу осіб; (3) чи ґрунтується різниця у поводженні на певній правовій підставі;
- 4) додержання стандарту виправдання розрізнення, що може становити дискримінацію, зокрема (1) важливість і суспільна значущість мети, що переслідується і сумірно обмежує права і свободи; (2) пропорційність покладеній меті.

4.7.3. Позитивна дискримінація та стверджувальні дії (*affirmative action*) держави

Позитивна дискримінація передбачає певну активність держави щодо вирівнювання правового становища особи у разі, якщо нерівність має наслідком обмеження у здійсненні прав певною категорією осіб, які, як правило, складають меншість. Власне кажучи, за таких умов держава здійснює позитивні обов'язки (*positive duties, obligation*) захисту, що передбачає активність держави, без якої реалізація певного права стає дуже ускладненою чи навіть неможливою¹⁹²:

«Теза про необхідність позитивних обов'язків може бути висунута цілком незалежно від тези, згідно з якою права з позитивним змістом мають центральне значення. Насправді... навіть

¹⁹¹ Христова Г. (2015) *Питання заборони та протидії дискримінації*. Київ: Рада Європи 38.

¹⁹² Шу Г. (2008) Права людини та культурні відмінності в: Ш. Госепат та Г. Ломанн (ред.) *Філософія прав людини* Київ: Ніка-Центр 268.

якби, всупереч фактам, не існувало прав з позитивним змістом, усе одно існували б дійсно позитивні обов'язки. Без позитивних обов'язків, таких як обов'язок захищати людей від порушення їхніх прав, немислима жодна адекватна правова структура абсолютно незалежно від змісту відповідних прав. Позитивні обов'язки закладені в структуру кожної правової норми».

У справі *Ozruk v. Turkey* ЄСПЛ постановив, що, виконуючи обов'язок щодо протидії дискримінації з боку приватних осіб, держава передовсім має ухвалити належне законодавство, в якому передбачити ефективні засоби правового захисту від дискримінації на національному рівні, запровадити систему органів та установ протидії дискримінації, запобігти дискримінації з боку приватних осіб, про випадки якої достеменно відомо представникам держави, зрештою, притягнути винних у дискримінаційних діях до відповідальності та забезпечити компенсацію жертвам дискримінації.

У цьому контексті стверджувальні дії держави є сукупністю певних нормативно-правових, організаційних та процесуальних заходів щодо забезпечення вирівнювання становища соціально вразливих груп осіб, які потребують захисту з боку публічної влади і без цих заходів реалізація належних їм прав буде істотно ускладнена або унеможливлена. Такі заходи спрямовані на досягнення субстантивної (фактичної) рівності, однак вони передбачають можливість установлення певних переваг, пільг чи привілеїв для окремих категорій «на шкоду інтересам інших індивідів». Крім того, вони призводять до переваг прав окремих груп над індивідуальними правами, яким є право на рівне ставлення (*rights to equal treatment*), а також вимагають «розділити тягар відповідальності» за дискримінацію у минулому та покласти його на «невинуваті сторони», тобто на сьогодишню генерацію, яка вже може бути позбавлена цих стереотипних уявлень (*Fullilove v Klutznick*).

Для того, щоб встановити наявність або відсутність дискримінації, узгаляючи практику Європейського суду з прав людини, зокрема, виходячи із змісту справи *Belgian Linguistics*, виокремлюють чотири необхідні елементи: 1) відмінне поводження; 2) схожі обставини (аналогічні умови, схожі ситуації – *comparability test*); 3) наявність об'єктивного і достатнього обґрунтування (*justification test*); 4) пропорційність використовуваних засобів і мети, на яку вони спрямовані («легітимна мета», *proportionality test*).

4.8. Демократія

4.8.1. Суперечності сучасної демократії

Демократія передбачає, що у суспільстві забезпечується баланс інтересів більшості і меншості, інтереси меншості конкретизуються у гарантіях права людини. Баланс інтересів більшості і меншості випливає із принципу рівності. Люди мають однакову здатність до самовизначення або до раціональних дій чи планування власного життя¹⁹³. Відповідно встановлюються демократичні процедури формування органів публічної влади та громадського контролю за здійсненням.

Принцип демократії полягає у забезпеченні періодичних і чесних виборів органів публічної влади різного рівня. Сутність цього принципу полягає у забезпеченні балансу прав більшості і меншості, який передбачає конституційний механізм узгодження їх інтересів. Такий баланс інтересів розглядається як важлива передумова забезпечення наступності публічної влади. Зокрема, це проявляється у захисті прав опозиції (ст. 117 Конституції Португалії). Серед гарантій прав опозиції закріплюється: отримання опозиційними партіями безпосередньо від уряду регулярної інформації про хід вирішення питань, що мають суспільне значення тощо. У деяких країнах (ФРН) принцип демократії у контексті виборчого права конкретизується через принцип мажоритарності, сутність якого полягає у забезпеченні виявлення домінуючого політичного та публічного інтересу, а також через гарантії демократичної структури політичних партій.

На думку німецького вченого Конрада Гессе (*Konrad Hesse*), принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного ладу. Він дає таке його визначення: це «такий державно-правовий спосіб правління, який, виключаючи будь-яке насилля і сваволю, заснований на самовизначенні народу з волевиявлення більшості, на свободі і рівноправності». Демократія тлумачиться Гессе як не абстрактна доктрина, а конкретний устрій історичної реальності. Демократія не може виходити із одностайної волі народу як передумови самоврядування і виходить тільки з реальної основи: розмежування і протилежності думок, інтересів, волевиявлень і домагань і при цьому існування конфліктів всередині народу¹⁹⁴. Диференціація в суспільстві слугує підставою для принципу більшості, оскільки виражає її сутність. При цьому Володимир Старосольський підкреслює, що більшість не має пригнічувати індивідуаль-

¹⁹³ Бітем Д. (ред.) (2005) *Визначення і вимірювання демократії*. Львів 17-18.

¹⁹⁴ Хессе К. (1981) *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс 72.

ність, оскільки, з точки зору поняття індивідуальності, соціальний розвиток є розвитком у напрямку індивідуалізації та соціалізації. З посиланням на німецького соціолога Тьонніса Старосольський підкреслює, що принцип більшості відрізняє суспільство (форма співжиття, заснованого на диференції) від спільнот (тобто примітивних форм людського співжиття)¹⁹⁵.

На думку Філіпа Бенетона, ліберальна демократія будується на основі свободи кожного, тому вона передбачає рівний доступ кожного до процесу управління, чому найкраще відповідає мажоритарний принцип. Обмеженість політичного правління зумовлена попередженням політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії¹⁹⁶.

4.8.2. Поліархія Роберта Алаана Даля

Згідно із поглядами Роберта Даля демократія спирається на свідомого громадянина, який поважає республіканську традицію. Даль рівною мірою поширює традицію республіканізму і на конституційні монархії, оскільки він акцентує увагу на підзвітності і підконтрольності урядів. Сучасні конституційні монархії включають традиції парламентаризму і монарх не втручається у законодавчу діяльність парламенту, хоча може входити у його склад. Структуру сучасної демократії, за Далем, складають:

i) *Традиція республіканізму (представництво і рівність)*. Республіканізм передбачає, що вся влада походить від волі народу, тобто органи публічної влади та посадовці наділяються повноваженнями, завдяки періодичним і прозорим виборам. Це зумовлює належне представництво та активну участь у політичному процесі, хоча сьогодні такий трансформується у зв'язку із дигіталізацією процесу ухвалення рішення та впровадження елементів e-government – це поглиблює важливість репрезентації у сучасній демократії.

ii) *Балансування інтересів в багатоманітному суспільстві*. Вимога балансу впливає із вимоги репрезентативності. Це є необхідною умовою для забезпечення участі якомога широкого кола осіб у політичному процесі та ухваленні владних рішень. Вирішальним складником легітимності владних рішень є інклюзивність процесу ухвалення рішень, що дає змогу урахувати якомога широкі інтереси і це сприятиме ефективнішому втіленню владних рішень у життя¹⁹⁷:

¹⁹⁵ Володимир Старосольський (2018) *Принцип більшості*. Львів: Літопис 102, 106

¹⁹⁶ Бенетон Ф. (2002) *Введение в политическую науку*. Москва: Издательство Весь мир. 312-324.

¹⁹⁷ Даль Роберт (2003) *Демократия и ее критики*. Москва: РОССПЭН 93.

«Хіба більшість людей не вважає складним або навіть взагалі неможливим при прийнятті рішень враховувати благо інших, у всякому разі дуже багатьох з числа інших. Причина їх недосконалості полягає частково в нестачі їх знання, частково в недоліках чесноти. Небу відомо, наскільки буває часто важко в такому складному світі, як наш, знати достатньо, щоб точно оцінити, в чому ж ваші власні інтереси. Однак нескінченно складніше придбати адекватне розуміння блага інших людей у своєму суспільстві. Проблема стоїть навіть гостріше в сучасних демократичних країнах, тому що наші співвітчизники такі численні, що кожен з нас може знати тільки малу їх децицію. Отже, ми повинні виносити судження про благо людей, яких ми особисто не знаємо і можемо знати що-небудь про них тільки побічно».

iii) *Вимоги і стандарти демократичної процедури.* Даль є теоретиком демократичного процесу, що є навіть окремим напрямом у теорії демократії, яка трактується як певний процес здійснення влади. Науковець розглядає демократичний процес у двох площинах: (1) як засіб захисту особистої свободи і людського розвитку та (2) засіб захисту особистих інтересів. Наголошується на тому, що демократії притаманний плюралізм думок і нечасто, коли можна досягти єдиної точки зору стосовно якихось суспільно-значущих питань. Це зумовлює компроміси під час ухвалення рішень. Загалом Роберт Даль обґрунтував ідею поліархії – системи демократичного врядування, яка побудована на розмежуванні повноважень, наявності декількох центрів ваги в організації влади, додержанні демократичних процедур ухваленні рішень, забезпеченні контрбалансів між інститутами влади.

4.8.3. Консоціативна демократія Арендта Лійпгарта

Знаний нідерландський науковець Арендт Лійпгарт відомий своєю доктриною консоціативної демократії, яка пояснює закономірності узгодження воль у багатуокладному плюралістичному демократичному суспільстві, в результаті чого доволі часто правлять коаліційні уряди. Лійпгарт також пояснює певні вимоги щодо ефективності та дієвості коаліційних урядів, які побудовані на союзі партій, які охоплюють широкий політичний спектр і є найбільш репрезентативними.

Лійпгарт більше уваги звертає вже на сам процес узгодження позицій учасників політичного процесу та прийняття владних рішень. Тоді такому процесу можуть зашкодити ситуації, за яких сторони знаходяться в очевидному протистоянні і такі переваги будуть ними просто ігноруватися, а саме:

і) коли учасники «гри» не сприймають спільні переваги, або коли знаходяться у стані безмежної війни; ii) коли тільки-но вони досягатимуть згоди щодо спільних переваг, то намагатимуться присвоїти собі спільні переваги. Щоб вибратися із цього зачарованого кола проблем, концепція консоціативної демократії передбачає наявність принаймні таких умов, що забезпечують їхню ефективність: i) має існувати серед еліти певна згода щодо певних інтересів груп інтересів та субкультур, тобто влада має здійснюватися великою коаліцією; ii) кожен член коаліції має право вето на запроваджувані заходи як гарантію прав меншості; iii) кожен член коаліції є залежним від іншого в ухваленні рішень, а тому важливим є забезпечення принципу пропорційності задля збереження стабільності і взаємозв'язків; iv) зазначені обмеження ґрунтуються на усвідомленні елітою потенційних загроз політичної фрагментації, що загрожує розколом¹⁹⁸.

Така система ухвалення рішень стала притаманною країнам Північної Європи та Бенілюксу, в яких переважно діють коаліційні уряди. Так само у цілому негативна практика діяльності коаліційних урядів в Україні, протягом 2005-2010 років та починаючи із 2014 року і до цих часів, лише підтверджує правило про те, що система конституційних цінностей і принципів певним чином корелюється зі станом додержання положень Конституції і законів України. Тобто конституційні принципи і цінності є своєрідним орієнтиром для учасників конституційних правовідносин і виступають одним із ключових чинників їхньої поведінки та характеру схвалюваних владних рішень. Загалом консоціативній демократії притаманні пропорційність, як важливий принцип заміщення посад та розподілу бюджетних коштів, та високий рівень автономності кожного сегменту управління.

4.8.4. Комунікативна демократія Юргена Габермаса

Теорія комунікативної (деліберативної демократії) німецького філософа права Габермаса, полягає в тому, що певна сукупність цінностей є результатом демократичної комунікації, тобто суспільно-політичних дебатів, які визначають їхній зміст і перелік¹⁹⁹. Сучасна демократія побудована на основі інтерсуб'єктності суспільної взаємодії, яка полягає у визнанні людської гідності, оскільки побудована на обміні ідеями між індивідами. Демократична легітимація ґрунтується на багаторівневості ухвалення рішень. Габермас у своїх працях також розвиває зміст принципу субсидіарності, який лежить в основі концепту багаторівневого конституціоналізму, пояснюючи механізм

¹⁹⁸ Lijphart A. (1969) Consociational Democracy. 2(2) *World Politics* 215, 216.

¹⁹⁹ Габермас Юрген (2008) *Залучення іншого. Студії з політичної теорії*. Львів: Астролябія.

демократичної легітимації поверхів влади та передачі повноважень, а також демократичної легітимації інститутів Європейського Союзу. Важливою складовою цього механізму Габермас вбачає принцип дорадчості в ухваленні рішень, що забезпечує включеність (інклюзивність) у процес ухвалення владних рішень широкого кола заінтересованих осіб. Це має значення для парламентської демократії, щоб запобігти авторитаризму та непрозорим процедурам ухвалення рішень. Процес демократичної легітимації передбачає розуміння соціального контексту, що зумовлює рефлексивність під час ухвалення владних рішень. Задоволення інтересів якомога широкого кола суб'єктів потребує реагування на постійні запити та очікування народу щодо рішень, які ухвалюються. Тому владні рішення мають задовольняти критеріям зваженості і збалансованості інтересів. Насамкінець ,парламентську демократію не можна тлумачити як всюдозволеність більшості, звідси висновок про те, що конституційна юстиція покликана забезпечувати права меншості, що є важливим у забезпеченні конституційної демократії.

4.8.5. Доктрина делегативної демократії Гіллермо О'Доннелла

Доволі екстравагантна доктрина делегативної демократії акцентує увагу на природі перехідних державних систем до конституціоналізму, акцентуючи увагу на специфіці авторитарних режимів Латинської Америки та їх переходу до демократій²⁰⁰. Зважаючи на фрагментованість партій та політичної системи у перехідних демократіях, яким притаманне різке протистояння інтересів, набувають ваги особисті якості лідерів, які здатні запровадити та втілити економічні та політичні реформи. Кризові явища в економіці, невисокий рівень доходів у населення зумовлюють необхідність консолідуватися суспільству навколо сильного лідера, який протистоїть парламенту, який роздирають протиріччя, протистояння та суперечності, що унеможливають ухвалення збалансованих та виважених рішень. Окремі аспекти цієї доктрини були втілені у діяльності аргентинського президента Карлоса Менема та російського президента Владіміра Путіна. О'Доннелл в обґрунтування цієї доктрини наводив приклади, коли концепції представницької демократії та поліархії не працюють у перехідних системах Латинської Америки та постсоціалістичних країн Східної Європи.

4.8.6. «Залізний закон олігархії» Роберто Міхелса

Ця концепція Міхелса звертає увагу на процес бюрократизації структур політичних партій, в яких проходить процес розшарування і розпорошення

²⁰⁰ O'Donnell Guillermo (1994) *Delegative Democracy?* 5(1) *Journal of Democracy* 55-69.

інтересів між рядовими членами та керівною верхівкою партій²⁰¹. За результатами парламентських виборів, партії отримують представництво у парламентах, а також беруть участь у формуванні партій. Природно, це викликає міграцію партійних лідерів до державного апарату в парламенті та уряді, що, у свою чергу, відкриває соціальні ліфти для рядових членів партій. Однак така динаміка партії поступово припиняється, коли вона отримує постійне представництво в парламенті та має декілька портфелів в уряді. Отримавши доступ до ресурсів, представники партії на посадах вже не завжди відстоюють інтереси рядових членів партії, тим самим ослабляючи зворотні зв'язки між керівництвом та рядовими членами партії. Таким чином, партія поступово набуває олігархічного характеру, оскільки посади розглядаються як засіб доступу до ресурсів. Звісно, що з точки зору обороноздатної демократії «закон залізної олігархії» долається вимогами лояльності чиновників до конституційної демократії, політичної нейтральності публічної служби та заміщення посад на публічній службі на конкурсних засадах.

4.9. Основні концепції та моделі держави

4.9.1. Основні сучасні тенденції розвитку державності

Сучасна державність зазнала еволюції через ланцюжок: *politeia* – *kingdom* – *state*. Сучасне поняття держава (*d'Etat*) вперше зустрічається у французькій літературі XVII-XVIII століть; британському праву того періоду воно (*State*) не відоме – там більше відомий термін, що вживався Джоном Локком – *commonwealth*. Першість у застосуванні модерного поняття держави як *stato* зустрічаємо у Ніколо Мак'явеллі²⁰². В англо-американську традицію вживання терміна *State* входить із заснуванням США (*United State*). Врешті-решт пишуть, що юридична концепція поняття «держава» є неоднорідною від одного правового порядку до іншого. Але, в кінцевому підсумку, можна вважати, що²⁰³:

«...у конституційному праві існують традиції, в яких поняття держави не є центральною ознакою. Можливо, ми не ризикуємо

²⁰¹ Michels, R. (1962). *Political parties: A sociological study of the oligarchic tendencies of modern democracy*. New York: The Free Press.

²⁰² Ніколо Мак'явеллі (2007) *Державець*. Харків: Фоліо.

²⁰³ Rosenfeld Michel, Sajo Andras (ed's). (2003) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University press 270.

навіть тим, що в деяких країнах просто немає поняття про державу?».

Еволюція того, що ми називаємо тепер «державою», пройшла від найдавніших часів як приватна справа правителя до певного розуміння спільної, публічної справи. Так, у часи республіканського Риму визначали публічність також через категорію *res publica* (спільна справа). Водночас римському праву було відоме розмежування понять *gubernaculum*²⁰⁴ (прерогативи правителя, управління) та *jurisdiction* (влада, яка поширюється на громадян) і їхнє розмежування мало значення для визначення випадків зловживання повноваженнями та узурпації влади.

У період Просвітництва отримали своє поширення механістичні погляди на державність, що було зумовлено впливом праць Рене Декарта із його раціоналістичним механістичним баченням світобудови, а також механіки Джона Ньютона. Відповідно до цих уявлень, устрій держави розглядався як певний механізм, що прослідковується у «Левіафані» Томаса Гобса. Ці погляди також стали добрим підґрунтям для пізнішого трактування державності у юридичному позитивізмі про (Джон Остін, Алберт Венн Дайсі). На протигагу позитивістам, раціоналізована державність Макса Вебера побудована на ідеях формулювання безсторонніх і раціоналізованих правил, має свою опору на законності та підтримці громадян.

4.9.2. Правова держава

Доктрина правової держави пройшла шлях своєї еволюції від формальної до матеріальної²⁰⁵.

Формальна теорія правової держави містить такі елементи: 1) «правова держава» на протигагу державі з феодалним ладом (“*Ständestaat*”); 2) самозобов’язання держави додержуватися абстрактних правил загального характеру, прийнятих за конституційними процедурами; 3) здійснення владних функцій за чинними законами; 4) конституційне регулювання повноважень та принципів організації держави/влади.

²⁰⁴ У латинян був вираз «*hic ille naufragus ad gubernaculum accessit, etnavi, quoad potuit, est optulatus*», який буквально означає «брати штурвал корабля під час бурі та керувати ним до нормалізації положення», тобто незважаючи на обставини вести корабель певним курсом до досягнення оптимального стану. Також був відомий інший вираз «*gubernaculum reipublicae tractare*», що означає «управління вирішує суспільні справи».

²⁰⁵ Тут мною використані матеріали презентації проф. Університету Людвіга Максиміліана, Мюнхен, ФРН Яна Філіпа Шефера «Верховенство права у конституційному праві Німеччини: огляд», які були оприлюднені на міжнародній конференції «Тлумачення і застосування принципу верховенства права в Україні та ЄС» (Київ, 2018, 8 червня).

Субстантивна теорія правової держави включає таке: 1) «правова держава» як конституційний лад, що спирається на правосуддя; 2) конституційне регулювання принципів правосуддя, таких як свобода, права людини, демократія, держава загального добробуту; 3) спрямованість законодавства на захист прав людини; 4) велика значущість принципу пропорційності задля обмеження повноважень виконавчої та законодавчої гілок влади стосовно прав людини; 5) захист законних/обґрунтованих очікувань; 6) конституційний обов'язок влади мати законодавчі положення про соціальний баланс і дії у разі настання надзвичайних обставин; 7) тлумачення законів з точки зору прав людини та основоположних принципів держави.

Процедурна теорія правової держави має задовольняти таким критеріям: 1) «правова держава» як парламентська система з процедурами рівної демократичної участі; 2) здійснення конституційного нагляду задля збалансування дій держави; 3) додержання «належної правової процедури» та гарантія контролю з боку судової гілки влади (щонайменше за кожною дією влади, що порушує права громадян).

4.9.3. Держава як організація

Згідно з європейською традицією, держава, в певному сенсі, є своєрідною другою природою сучасного конституційного права. Якщо конституція є статутом держави, для того, щоб мати таку європейську конституцію, вона повинна бути або європейською державою, або конституція повинна бути відокремлена від держави. На сьогодні існують дві основи доктрини, які пояснюють, яким чином вступає держава у правовідносини. Згідно з *теорією юридичної особи*, держава забезпечує публічний інтерес і покликана захищати своїх громадян²⁰⁶. На основі цієї теорії, фактично, побудована Конвенція Монтевідео, яка в основі сучасної держави розглядає територію, населення та уряд, який спроможний управляти відповідною територією. Як пише Жан Поль Жакке, «оскільки держава є інституційною формою влади, то їй надає здатність мати волю і діяти на юридичних підставах»²⁰⁷. Як юридична особа, держава володіє постійністю (не є прив'язаною до особи правителя) та уряди беруть на себе зобов'язання попередніх незалежно від того, хто приїшов до влади у результаті виборів (сталість права).

²⁰⁶ The State as Legal Entity. In: *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2009, p. 267.

²⁰⁷ Жакке Ж.-П. *Конституционное право и политические институты*. Москва: Юрист, 2002. С. 39

Теорія держави як *народного представництва* звертає увагу на репрезентацію державою публічного інтересу, заради якого здійснюється процес ухвалення рішення, які мають ухвалювати уповноважені на те органи влади. Зокрема, виходячи із постулатів цієї теорії, була побудована стратегія захисту у Високому суді Лондона у справі щодо суверенного боргу України запозичень у розмірі 3 млрд. доларів США, оскільки представник України не був належним чином уповноваженим щодо розміщення облігацій України на фондовій біржі Дубліна у 2013 р.

4.9.4. **Форми державності**

З урахуванням форми правління, державного устрою та державного режиму нижче буде дана характеристика формам сучасних держав. Критерій розмежування держав є інтегральним, оскільки форма правління є доволі динамічною з урахуванням державного режиму, на що впливає стан політичної системи, домінуючі режими правового регулювання та стан захищеності прав і свобод людини.

i) Полікратична (poli – багато та влада – cratos) публічна влада:

1) органи державної влади формуються в результаті застосування тих чи інших демократичних способів, а відносини між ними будуються на основі принципу поділу влади, системи стримувань і противаг, взаємозалежності і взаємодії влади;

2) територіальна структура держави будується з урахуванням балансу інтересів різних національностей, центральної і місцевих властей;

3) в діяльності органів держави акцент робиться на демократичні форми і методи (в тому числі пошуки компромісу і консенсусу), хоч не виключається і примус, якщо створюється загроза конституційному устрою, вільному демократичному порядку;

4) у тому чи іншому обсязі використовуються різні форми участі громадян в управлінні державою, а політичні партії і групи тиску створюють умови для деконцентрації політичної державної влади;

5) проголошуються і здійснюються на практиці основні демократичні права і свободи громадян, засновані на визнанні загальнолюдських цінностей (однак соціально-економічні права визнаються і забезпечуються в меншій мірі, ніж політичні і особисті).

ii) Монократична (mono – один та влада – cratos) форма публічної влади:

1) органи державної влади формуються або відкрито антидемократичним

шляхом або псевдодемократичними методами, які слугують лише прикриттям фактичного єдиновладдя;

2) у територіальній структурі держави інтереси центру домінують над периферією, хоч остання може бути представлена «державними утвореннями»;

3) у діяльності органів держави робиться акцент на перевазі прямого примусу;

4) участь громадян в управлінні державою або зовсім не здійснюється, або практикується в мінімальному степені чи має переважно «показовий» характер;

5) демократичні права і свободи громадян або взагалі не згадуються в законодавстві або їх здійснення призупиняється.

iii) Транзитна (перехідна) публічна влада:

1) успадковані від попереднього (радянського) режиму традиції та інститути влади не були пристосовані для вирішення нових політичних і правових питань;

2) необхідність запровадження транзитного правосуддя, елементами якого є відсторонення від влади носіїв авторитарних/тоталітарних практик на певний термін (люстрація), переатестація суддів, реабілітація жертв політичних репресій та компенсація заподіяних їм збитків, притягнення винних за вчинені злочини проти людяності та миру до відповідальності;

3) відсутня була правова база для розгортання нових політичних і економічних відносин, які, крім того, одразу вступили у суперечність з попередньою соціальною практикою;

4) розбудова нової державності здійснюється в умовах жорсткого політичного протистояння. У пошуках компромісу під час вироблення реформ часто доводилося приймати не дуже ефективні рішення, що, у свою чергу, гальмує перетворення і не сприяє вдосконаленню правової системи.

Розділ 5 Права людини

1. Поняття та покоління прав людини
2. Поняття сутнісного змісту прав людини: втручання та приватна автономія
3. Обмеження прав людини: основні критерії
4. Абсолютні права
5. Негативні права
 - i) Свобода вираження та свобода совісті
 - ii) Належна правова процедура та процесуальні гарантії прав людини
 - iii) Приватність
6. Громадянство та принцип рівності
7. Право на участь та політичний процес
8. Економічні права: право власності та свобода вибору професії і роду заняття
9. Доктрина стверджувальних дій та соціальні права

Література

- Buchanan J. (1986). *Liberty, Market and the State: Political Economy in the 1980s*. New York : New York University Press.
- Donnelly Jack (2013) *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 3rd Ed. Ithaka and London: Cornell University Press.
- Lothar Michael, Martin Morlok (Hbg.). (2017) *Grundrechte*. 6. Auflage. Nomos Verlagsgesellschaft
- Алекси Р. (2011). Дуальна природа права, 11 *Право України*, 45–58.
- Головатий Сергій (2017) *Людські права*, Київ: ВАІТЕ
- Дворкін Р. (2004), *Про права всерйоз*. Київ, Основи.
- Юрген Швабе, Торстен Гайсслер (2018) *Избранные решения Федерального конституционного суда Германии*. Москва: Инфотропик Медиа.
- Изензее К., Кирххоф Й. (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. Москва: ИГП РАН
- Кампо В.М., Мартиненко П.Ф. (ред.) (2012) *Права і свободи людини і громадянина (Доктрина ЄСПЛ і КСУ)*, Київ, Юрінком Інтер.
-

Ломанн/Госепат (2008), *Філософія прав людини*, Київ, Ніка-Центр.

Христова Ганна (2018) *Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики*. Харків: Право

Экштайн К. (2004), *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE.

5.1. Поняття та покоління прав людини

5.1.1. Виникнення концепції основних прав і свобод

Історично складно визначити, коли була чітко сформульована концепція прав людини. У країнах Сходу (Китай, Вавилон, Єгипет), як і в античних Греції та Римі власне концепції прав людини не існувало. Ідея захисту гідності людини поступово виникала у суспільстві із усвідомленням самостійності та відповідальності людської особистості, її здатності визначати бажаний варіант поведінки, який би узгоджувався із інтересами інших людей і був забезпечений юридичними засобами. У власному розумінні права людини базуються на демократичній традиції Античної Греції, в якій гарантувалася громадянам міст-держав можливість брати участь у громадських справах. Поступово ця ідея запозичується у гарантіях участі знаті та інших впливових верств впливати на прийняття владних рішень у середньовічній Європі. Зокрема це вилилося у *Magna Carta Libertarum* (Англія, 1215), Золотій буллі (1222, Угорщина). Такі акти визначили тенденцію розширення прав людської особистості на більш широке коло людей.

У період Середньовіччя такий порядок трансформується у стану структуру суспільства. Статус людини вже зумовлений її правовими зв'язками із певною корпорацією. Це проявлялося навіть у тому, що кожен провідний стан (феодала, купці, духовенство) мав свою юрисдикцію. Загалом, виникнення ідеї прав людини є досягненням європейської інтелектуальної традиції. Так, на виникнення її західної концепції вплинули античні ідеї про демократичний устрій суспільства та концепція свободи волі індивіда, яка була обґрунтована в християнській етиці. Теологічні підходи про свободу волі людини та розподіл життя людини на світську і духовну сферу вплинули на виникнення концепції природних прав людини. Концепція природних прав людини за своєю сутністю є ліберальною.

5.1.2. Покоління прав людини

У становленні та розвитку прав людини прийнято виділяти три хвилі або покоління прав людини. Перша хвиля лежить в основі конституціоналізму. У перших конституційних актах фіксувалися ліберальні права людини, які стосувалися їх особистого та політичного статусу. Насамперед, були визнані права на гідність, свободу людини та її особисту недоторканність, а також відповідні процесуальні гарантії (*habeas corpus*, недоторканність житла тощо). У політичній сфері визнавалися свобода совісті і віросповідання, слова і друку, виборче право.

Наприкінці XIX в Англії та Німеччині запроваджується соціальне страхування та соціальне забезпечення окремих категорій населення. У першій половині XX століття, як правило, у країнах «соціалістичного табору» з'являються права соціально-економічного характеру, які, за своєю природою, є програмними положеннями, а не настановою до конкретних юридично значущих дій. У країнах Західної Європи та Північної Америки визнається у цьому значенні принцип соціальної держави (концепція „*Welfare State*” (держави благоденства) у країнах загального права). Певними конституційними гарантіями забезпечують окремі культурні права – доступ до освіти, право на доступ до досягнень науки і культури, право на інформацію, гарантії захисту результатів творчої та інтелектуальної діяльності тощо.

Через виникнення глобальних проблем у другій половині XX ст., починають визнаватися права третього покоління, які за своєю природою є колективними. До них належать право націй на самовизначення, національно-культурні права, право на безпечне довкілля тощо. У цей період з'являється низка міжнародно-правових актів у галузі прав людини, які засновують більш-менш ефективні системи захисту прав людини. Сьогодні також обґрунтовується ідея про четверте покоління прав – права ЛГБТІ, права пов'язані із клонуванням, трансплантологією, трансформацією образу людини, права, пов'язані із організмами із наперед заданими властивостями. Однак багато вчених вказують, що більшість із цих прав стосуються цілісності особистості або приватності, що пов'язано із науково-технічним прогресом та сучасними досягненнями в медицині. Хоча якщо вести мову про права, пов'язані із трансформацією образу людини чи організмами із наперед заданими властивостями чи певними законами робототехніки, то можуть існувати певні підстави визнання їх як прав четвертого покоління, які ще потребують свого додаткового обґрунтування.

З точки зору універсального характеру прав людини, не можуть існувати певні умови чи застереження, лише за настання яких держава несе обов'язок їх захищати. У світі таких стандартів поняття поколінь прав людини виконує

переважно дидактичну функцію, не містячи якогось змістовного навантаження щодо ефективності і дієвості їх захисту.

5.1.3. Сучасні концепції прав людини

Сьогодні у світі можна виділити кілька підходів щодо розуміння правового статусу особи: ліберальний, соціальний та соціетальний.

Згідно з *ліберальною концепцією* допускається мінімальне втручання держави у приватне життя індивіда. За змістом це індивідуалістична концепція прав людини. Права і свободи індивіда переважають інтереси держави і вони можуть бути обмежені у демократичному суспільстві з мотивів суспільної необхідності з метою досягнення суспільно значущого результату. Основною цінністю у суспільстві визнається свобода та гідність людини. Необхідною умовою забезпечення гідності людини є розвинуте громадянське суспільство, тобто спільнота, яка зазнає мінімального втручання з боку держави. Права людини не даруються державою, а повинні визнаватися і гарантуватися нею. Закріплення переліку, «каталогу» основних прав у конституції лише визначає обов'язок держави захищати їх у випадку порушення та легітимні межі державного втручання у їх здійснення. Таке «позитивне» закріплення лише є умовою, гарантією правової визначеності статусу індивіда, що розглядається сьогодні як фундаментальний принцип-гарантія статусу особи.

У ході еволюції ліберальна концепція трансформується у *соціальну концепцію прав людини*. Розвиток положень концепції прав про гарантії гідності особистості набувають зобов'язуючого характеру з урахуванням засад вирівнювальної справедливості. Згідно з концепцією «держави благоденства», державні інститути не можуть залишатися осторонь вирішення гострих соціальних проблем – здійснення соціального захисту на випадок безробіття, старості, втрати працездатності тощо. У країнах Заходу не прийнято закріплювати нормативно права соціально-економічного характеру, достатньо конституційного застереження обов'язків держави як соціальної та поважати людську гідність і свободу.

Основні права і свободи визнаються сьогодні надпозитивними цінностями, які складають фундамент конституціоналізму і сучасних конституцій. Саме основні права виступають головним критерієм під час перевірки конституційними судами нормативно-правових актів на предмет їх конституційності. Власне, без надійних гарантій основних прав сучасна конституція є немислимою. Методологічною основою визначення змісту основних прав і свобод є людська гідність, яка є багатогранною і проявляє свої гарні якості у різноманітних сферах життя індивіда. Комплексне трактування прав людини через людську гідність, рівність і свободу

як цілісної системи є основою *соціальної доктрини*. Тому перелік, «каталог» основних прав і свобод є невичерпним. Прийнято вважати, що основним правом є суб'єктне право індивіда домагатися від держави захисту її матеріальних і духовних інтересів та цінностей. У свою чергу, у держави виникає позитивний обов'язок забезпечити належний захист прав людини і негативний обов'язок утримуватися від вчинення дій, якими ущемляються або обмежуються основні права і свободи. Інституційною гарантією цього є діяльність широкої мережі неурядових організацій, які забезпечують громадський контроль за ефективною діяльністю уряду.

5.1.4. Поняття прав людини

Основні права належать не окремому колу осіб, вони не визначаються за критерієм приналежності індивіда до певного колективу, громади; такі права притаманні будь-якій людині. Основні права складають фундаментальну конституційну цінність; саме гарантії основних прав і свобод є змістом конституційної держави та критерієм легітимності дій органів держави. За висловом Ондраша Шайо, основою прав людини виступає свобода як заперечення свавілля²⁰⁸:

«Свобода як відсутність сваволі будується на індивідуалістичному припущенні, згідно з яким бажано створити такий стан, в якому індивід сам може вирішувати, як йому чинити і що для нього добре».

Право людини – це вимога суб'єкта (його носія) до органу публічної влади чи іншої інституції, наділеного аналогічними функціями і повноваженнями, забезпечити захист вільного вибору варіанта поведінки щодо його доступу до матеріальних і духовних благ з метою задоволення певних потреб та інтересів. Конкуренція позитивістського та природно-правового підходу конституційно-правового регулювання прав і свобод людини є відображенням сучасної тенденції їх розвитку. На думку Герша Лаутерпрахта, незважаючи на високу роль природного права у становленні інституту прав і свобод людини, інститутів правового захисту особи, воно ніколи не може замінити позитивних законів²⁰⁹. Таким чином, позитивне право знаходить свій ґрунт, наповнюється цінностями та основоположними ідеями, які набувають універсального характеру.

Права людини визначають такі основні параметри:

- універсальний характер – соціальна цінність, що зумовляє її зважування у системі інших конституційних цінностей (рівність, свобода,

²⁰⁸ Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 243.

²⁰⁹ Lauterpracht H. (1960) *International Law and Human Rights*. London 98.

- справедливість, солідаризм тощо);
- рівна міра – гідність як методологічна основа прав людини (конкуруючі концепції: рівність, свобода);
 - природний, невідчужуваний і невід’ємний характер;
 - вираження приватної автономії особи (свободи вільного вибору поведінки);
 - нормативність – зумовляє певні межі свободи вибору і відповідальність особи: $\text{право} = (\text{межі вільного вибору (свобода волі)} + \text{гідність (вираження людської природи)}) / (\text{відповідальність} + \text{співмірність})$;
 - гарантованість = належна правова процедура.

Тому під час встановлення конституції права людини носять цілком зрозумілий і очевидний характер для загалу, що слугувало обґрунтуванням для перетворення Генеральних штатів на Установчі збори чи повноважень Філадельфійського конвенту ухвалювати Конституцію США, хоча вони на це і не були формально уповноважені.

5.1.5. Вертикальна структура прав людини

Вона характеризує відносини між державою та індивідом, через які держава несе обов’язок захисту особи від порушень з боку інших органів влади чи третіх осіб, а також забезпечити доступ до певних матеріальних і духовних благ. У цій системі координат носій права – індивід – самостійно ухвалює рішення щодо здійснення свого права чи звертається до органу влади щодо поновлення порушеного права та притягнення винних до відповідальності. Держава несе тут негативні та позитивні обов’язки, а певну вимогу індивіда має розглядати як правомірну і за нею провести справедливе розслідування. Негативні обов’язки полягають у невтручанні у процес здійснення суверенного вибору індивіда, а також встановлення таких правил і процедур, які були надмірно обтяжливими для здійснення певного права. Позитивні обов’язки держави полягають у здійсненні обставин порушення права та забезпечення певних заходів щодо доступу до благ. На цій підставі публічна влада може здійснювати певні заходи, які виражають її легітимність втручання у здійснення права, не посягаючи на їх сутнісний зміст з додержанням вимог пропорційності.

5.1.6. Горизонтальна структура прав людини

Згідно із цим аспектом розуміння прав людини, конституція встановлює гарантії взаємовідносин між приватними особами на засадах еквівалентності та рівності. У цьому випадку вимога особи полягає у необхідності здійснення державою обов’язку захисту, у разі посягання на здійснення належних їй прав з боку третіх осіб, шляхом розслідування таких обставин. Горизонталь-

на структура прав людини також зумовлює втручання держави, яке набуває специфічного характеру. Як підкреслює В. Рюфнер, основні права створюють фундаментальні підвалини для всього правопорядку, який гарантує їм необхідний статус, якщо вони дотримуються у всіх галузях права, в тому числі в приватному праві. Через це законодавець пов'язаний основними правами всюди, в тому числі, видаючи приватноправові приписи. Він зобов'язаний формулювати їх таким чином, щоб конституційно захищені права не втратили свого значення. У протилежному випадку правопорядок прийде в стан нескінченних суперечностей²¹⁰. Концепція горизонтального ефекту прав, окрім трудового, сімейного права сьогодні також починає застосовуватися у забезпеченні прав людини у відносинах із транснаціональними корпораціями, під час захисту прав споживачів тощо²¹¹.

5.2. Сутнісний зміст прав людини: втручання та приватна автономія

5.2.1. Якість закону у світі людської гідності

Основні права знаходять свій прояв у законодавстві шляхом визначення міри державного втручання у приватну автономію. Законодавча функція у державі зумовлена низкою чинників, які виражають: (1) поняття та функції закону, (2) обсяг законодавчої компетенції парламенту, (3) розподіл правотворчої компетенції між парламентом та іншими органами держави, а також (4) вимоги до законодавчої процедури.

Основні права і свободи, які забезпечуються конституційним захистом, діють безпосередньо, навіть у випадку відсутності закону, що конкретизує відповідні конституційні положення. Пряма дія основних прав означає, що органи публічної влади не в праві відмовляти індивіду у захисті порушеного права, посилаючись на недоліки чи прогалини поточного законодавства. Оскільки каталог основних прав є невичерпним, відмова у правовому захисті

²¹⁰ Изензее К., Кирххоф Й. (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. Москва: ИГП РАН 231.

²¹¹ Lottie Lane, (2018) The Horizontal Effect of International human rights law in practice: A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies, 1(5) *European Journal of Comparative Law and Governance* 5-88; Guenther Teubner (2017) Horizontal Effect of Constitutional Rights: A Legal Case on the Digital Constitution, 01(03) *The Italian Law Journal* 193-205.

є порушенням фундаментальних правових принципів статусу особи та запереченням ідеї правосуддя як такого.

Таким чином, дія основних прав і свобод тісно пов'язана із чинністю конституційних положень, за допомогою яких вони інституціоналізуються. Однак в умовах сучасної держави важливим є своєчасне законодавче регулювання організаційних та процедурних гарантій основних прав і свобод. Законодавче регулювання повинно бути достатнім і стосуватися істотних моментів здійснення основних прав і свобод. Закон не повинен бути голословним і бути набором простих декларативних положень, не забезпечених організаційно, матеріально-фінансово та засобами юридичної відповідальності за порушення його положень. Порушення цих вимог є свідченням того, що парламент може не цілком відповідально ставитися до проблеми правового регулювання і може мати законодавче упущення (*legislative omission*). Стосовно цього цікавим є твердження К. Екштайна²¹²:

«Збалансоване законодавство регулює найбільш істотні питання, встановлюючи свого роду рамки. Всередині цих рамок виконавча влада уповноважена видавати більш детальні підзаконні акти. Але ці приписи не повинні бути, у свою чергу, надмірно детальними – так можлива та ж ситуація, що і з надмірно детальними законами: вони можуть дуже швидко застарівати і постійно потребувати оновлення та змін. Постійні зміни норм суперечать принципу довіри (принципу стабільності): громадянин вправі зважати на те, що прийнята норма залишається незмінною. Та і небезпека суперечностей у регулюванні може бути присутньою».

5.2.2. Повага до прав людини: зв'язаність публічної влади основними правами і свободами людини.

Забезпечення основних прав і свобод можливе в організованому в державу суспільстві. На суспільну користь держави існують різні погляди: згідно з ліберальною традицією, держава уявляється як необхідне зло, або згідно з етатистською – держава покликана втручатися у особисте життя індивіда з метою забезпечення суспільного порядку, або згідно із соціальною – держава покликана піклуватися про соціальне благополуччя і регулювати з цієї метою соціальні процеси. Разом з тим, держава існує завжди для конкретної людини,

²¹² Екштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской конституции и Европейской Конвенции*. Москва: NOTA BENE 30.

а не навпаки – інакше це буде тиранія. Тому завданням держави є захист гідності людини: її свободи самостійно приймати рішення і жити у відповідності з ними, до тих пір, поки це не зачіпає права інших людей.

Права індивіда повинні бути захищені від свавільних дій влади незалежно від того, за згодою чи без згоди громадян ця влада здійснюється. Права і свободи кожної окремої людини одночасно є і виправданням для державної влади, і межами її виконання. Як вимоги, які людина або громадянин може пред'явити органам держави, ці основні права і свободи, що належать кожному, хто вступає у стосунки з державною владою, дозволяє зберегти ці межі²¹³. При цьому держава покликана діяти відповідно до засад верховенства права і справедливості.

Відомий мислитель Гуго Гроцій вважав, що справедливість є необхідною ознакою права, яке повинно відповідати критеріям розумності, природному стану речей:

«Тому що право тут означає не що інше, як те, що справедливо, при цьому перевага в значенні заперечення, а не твердження, бо право є те, що не суперечить справедливості. Суперечить справедливості те, що огидне природі істот, які мають розум»²¹⁴.

Ідея верховенства права, пов'язана із станом правової захищеності особи, забезпечення її гідності та відповідних процедур захисту, лежить в основі концепції конституційної держави. **Існування правопорядку, в якому тісно взаємопов'язані такі елементи як права і свободи людини, суверенітет народу та належні правові процедури здійснення публічної влади, створюють механізм конституційної держави.** По суті, конституційний порядок є мірилом свободи розвитку індивіда, свободи його самовираження, забезпечення людської гідності. Тому у конституційній державі особі повинно бути гарантовано процедури правового захисту та соціально-правового захисту. Принцип суверенітету народу у структурі прав і свобод людини створює гарантії визначення органами держави через демократичні процедури стратегічних напрямків їх забезпечення, стану законодавчого регулювання, упорядкування та обмеження свободи розсуду органів виконавчої влади, особливостей правозастосування судовими органами. Раніше права людини утилітаристи вважали чимось недоречним і навіть «ненауковим»²¹⁵:

²¹³ Там само 38.

²¹⁴ Гроцій Г. (1956) *О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права.* Москва 68.

²¹⁵ Bentham J. (Bowring ed. 1838-43). *Anarchical Fallacies. Works* 501.

«Правомочності – це дитя закону; зі справжніх законів виникають справжні правомочності, з уявних «природних законів» – лише уявні права... Природні права – це просто нісенітниця, природні і невідчужувані права – за американським висловом, риторична безглуздість, нонсенс на ходулях».

Український правознавець Богдан Кістяківський зазначав, що головний і найістотніший зміст права складає свобода, і право є лише там, де є свобода індивіда²¹⁶:

«Якщо ми зосередимо свою увагу на правовій організації конституційної держави, то для виявлення її природи найменш важливими є саме ці властивості права. Тому правовий порядок є конституційною системою відносин, за якої всі особи цього суспільства мають найбільшу свободу діяльності та самовизначення».

Юридичними засобами існування і функціонування конституційної держави є недоторканність особи, «народне представництво, яке забезпечується народом» та солідарність влади і солідарність націй. Гарантіями цих солідарностей є загальне виборче право, організоване на основі рівності, прямого і таємного голосування. Аналізуючи взаємозв'язок держави і права, український правознавець Богдан Кістяківський зазначав: «Держава і право – це дві сторони одного й того ж складного явища, а детальніше – право є та засада, на якій заснована держава»²¹⁷.

5.2.3. Конституційна семантика: сутнісний зміст прав людини та дозвільний принцип

Закон як засіб правового регулювання визначає міру свободи поведінки особи і він виражає ступінь державного втручання у приватну автономію. Таким чином, законодавець зобов'язаний систематично приймати закони з істотних питань правового життя і, зрозуміло, насамперед з питань, які прямо передбачені у конституції.

Згідно з прецедентним правом Федерального конституційного суду Німеччини, «в основоположних нормативних областях, особливо в області здійснення основних прав, якщо вони підпадають під державне регулювання, законодавець зобов'язаний сам приймати всі істотні рішення». Таким чином,

²¹⁶ Кістяковский Б. (1990) В защиту права (интеллигенция и правосознание), 3 *Вестн. МГУ. Сер. 7. Философия* 56.

²¹⁷ Кістяковский Б. (1996) *Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права*. Москва. 505.

вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, має здійснюватися на основі закону.

Найбільш близьким до цього підходу є формулювання статті 3 Конституції України, згідно з яким, основним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав людини. Загальною засадою є принцип невтручання у здійснення права, оскільки індивід є суверенний у відповідальному виборі власного варіанта поведінки. Однак, у разі порушення основного права навіть з боку третіх осіб, не говорячи про державні органи чи державних агентів як найбільш потенційних порушників основного права, держава має принаймні гарантувати право на справедливе розслідування обставин такого порушення та його розгляд безстороннім і незалежним судом. Більш повно цю проблематику розглядає Ганна Христова через тричленну структуру позитивних обов'язків держави, а саме обов'язки поважати, захищати та забезпечувати права людини²¹⁸. Американський конституціоналіст Шу у свій час наголошував на тому, що держава покликана уникати позбавлення права, захищати від позбавлення та допомагати позбавленій права особі (*to avoid depriving, to protect from deprivation, and to aid the deprived*)²¹⁹. Пізніше Асбйорн Ейде сформулював цю тріаду як обов'язок поважати, захищати та забезпечувати права людини (*obligation to respect, to protect, and to fulfill*)²²⁰.

Проблематикою вітчизняної моделі конституційного регулювання прав людини є приписи частини першої статті 19 Конституції, які засади правопорядку стверджують те, що «ніхто не може бути примушений робити те, що передбачено законодавством». Конотація цієї формули доволі дивна, оскільки викликає асоціацію права як певної форми репресалії через зворот щодо «примусу». Хоча фундаментальною основою демократичної легітиматії правил є їх визнання у результаті визначення на основі законів нагальної суспільної потреби врегулювати певні відносини. Це створює юридичну основу для уповноваження, тобто діяти компетентним органам на основі конституції і закону. Відповідно, втручання має здійснюватися на основі закону і не може посягати на можливість суверенного вибору поведінки особи. Тому цей припис слід пов'язувати із основоположним конституційним рішенням щодо обов'язку держави утверджувати і забезпечувати права людини (стаття 3) у світлі вільного розвитку індивіда у демократичному суспільстві (стаття 23).

²¹⁸ Христова Ганна (2018) *Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики*. Харків: Право 67 і наст.

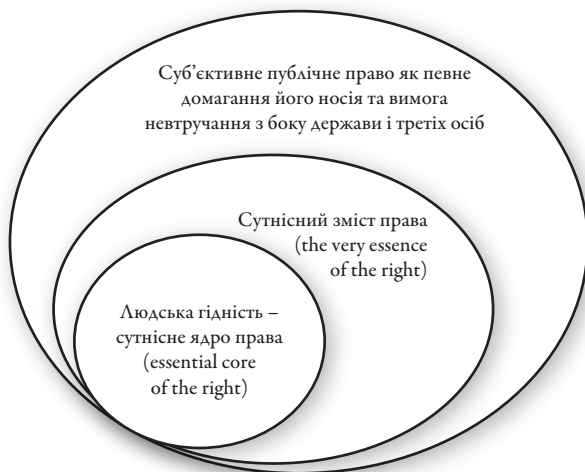
²¹⁹ Shue H. (1996) *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*. 2nd ed. Princeton: Princeton University Press 236.

²²⁰ Eide Asbjorn (1987) UN Special Rapporteur for the Right to Food. *The Right to Adequate Food to a Human Right*. UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23 67.

Критерієм оцінки адміністративних дій на предмет їх відповідності закону є міркування про те, що важливим є не лише наявність самого закону, а те, що цей закон повинен сам регулювати всі істотні моменти, а не передавати їх вирішення виконавчій владі. Заснованість на законі стає заснованістю на рішенні парламенту, відповідно до чого законодавець не лише зобов'язаний уповноважувати виконавчу владу діяти в сферах, значущих для основних прав, але і повинен сам вирішувати всі істотні питання²²¹. Також проблема заснованості адміністративних рішень може стосуватися випадків делегування законодавчих повноважень, яке повинне відповідати критеріям здійснення «на законіві» або «на основі закону».

5.2.4. Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади

Сутнісний зміст права (*the very essence of the right*) полягає у наявності в його носія (суб'єкта) необхідних елементів, які дали змогу йому реалізувати свої домагання щодо предмета суб'єктивного публічного права; воно також полягає у недопустимості довільного втручання у здійснення належного особі суб'єктивного публічного права з боку публічної влади чи третіх осіб, які би мали наслідком для його носія такі істотні перепони або взагалі унеможливлювали досягнення цілей, які складають його предмет (матеріальні чи духовні блага, охоронюваний інтерес). Сутнісний зміст права можна виразити через таку схему:



²²¹ Рихтер И., Шупперт Г.Ф. (2000) *Судебная практика по административному праву*. Москва: БЕК 24-25.

Це положення однаковою мірою стосується всіх органів влади за аналогією, як це формулює боннський Основний закон 1949 року: «законодавство є зв'язане правом, а управління та правосуддя правом і законом». Сутнісний зміст права визначає такі вимоги до органів публічної влади:

i) *Неприпустимість зловживань*. Правові акти адміністрації та судової влади видаються на основі закону. Такі акти видаються на виконання конкретних приписів закону або вони конкретизують його зміст, що передбачає розсуд, у разі використання якого завжди існує потенційна загроза свавільного застосування права. Адміністративний акт чи судове рішення, які ухвалені відповідно до визначених формальностей, має юридичну силу закону у межах юрисдикції органу (його повноважень, території поширення влади, процедури прийняття), що прийняв цей акт. Однак у судовому порядку адміністративні акти можуть бути оспорені і визнані нечинними згідно певних правових критеріїв. Важливою умовою неприпустимості свавілля є обґрунтованість рішень. Рішення повинно бути обґрунтоване у письмовому вигляді, має бути зрозумілим. Під час ухвалення рішення особі повинно бути роз'яснено про можливість його оскарження.

ii) *Неприпустимість надмірних обмежень у реалізації прав людини*. За цим принципом, держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутнісний зміст основного права і перевищували межі необхідності, що випливають з публічного інтересу²²². Відповідно, у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

iii) *Неприпустимість надмірного формалізму*. Встановлення вимог стосовно форми заяви чи скарги, форм оплати судового збору тощо не може служити перепорою для реалізації конкретної процедури. Заінтересованій особі має бути надане право стосовно реалізації належного їй суб'єктивного публічного права.

²²² Наприклад, розмір судових зборів має пряму кореляцію із доступом до правосуддя, в т.ч. і щодо оскарження судових рішень. Надмірні судові збори є класичним прикладом встановлення законодавцем надмірних обмежень, що посягають на сутність змісту прав людини, у нашому прикладі – права на справедливий суд; інколи ці розміри є перепорою для доступу до правосуддя. Законодавець замість запровадження мирових судів, які би розглядали дрібні спори, встановлює різного роду штучні перепони; деякі представники судового корпусу вважають такий підхід правильним, оскільки ніби то він «відсіює» неякісні заяви чи скарги до суду та дисциплінує учасників процесу. Насправді все стає доволі банальним – встановлення надмірних обмежень для доступу до правосуддя.

iv) *Права людини і баланс інтересів.* Ця дилема вирішується через принцип пропорційності, що в даному випадку виглядає як принцип балансування: направлення роти солдат для затримання просування противника, щоб полк міг зайняти кращі позиції і зберегти свою боєздатність; стосовно публічних службовців діє правило стосовно неправомірності наказів, відданих з перевищенням повноважень чи з порушенням процедури тощо.

У силу таких положень права людини і основоположні свободи є за своєю природою суб'єктивними публічними правами, що визначає особливості правового стилю їхнього конституційного регулювання, яке є «відкрите», оскільки «каталог» цих прав є невичерпним і вони можуть «виводитися» судами із засад гідності людини, рівності і свободи.

5.2.5. Поняття втручання

Під терміном втручання мається на увазі легітимний вплив у сфері приватної автономії, здійснюваний державою шляхом (1) правового регулювання, (2) конкретизації та (3) інтерпретації закону. Аналіз зарубіжного досвіду тлумачення конституційних норм органами конституційної юстиції свідчить, що критерії верховенства права, поділу влади та належної правової процедури є важливими засадами конкретизації та деталізації конституції. Разом з тим, суди демонструють різноманітні підходи до інтерпретації, оскільки складно визначити єдино правильний підхід або методику тлумачення правових норм. Це залежить від особливостей окремих категорій справ і навіть від особливостей окремого правового спору.

Зокрема, у німецькій доктрині визнається, що суди забезпечують „добудову” норм права, що впливає із конституційної вимоги додержуватися не лише формального закону (акту парламенту), а права взагалі і при цьому правова визначеність є важливішою від формального додержання принципу поділу влади²²³. Також робиться висновок, що для судів є органічною функція формулювання „керівних принципів права”, що також характерно для більшості країн континентальної Європи²²⁴. Також інтерпретація конституції розглядається у контексті її нормативної природи, яка зв'язує законодавця²²⁵. Конрад Гессе розглядає конституційно-конформне (діалектичне) тлумачення як засіб узгодження змісту конституції та актів парламенту²²⁶.

²²³ Циппеліус Р. (2004) *Юридична методологія*. Київ: Реферат 176.

²²⁴ Цвайгерт Конрад, Кетц Ганс. (1998) *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы*. Москва: Межд. Отношения 395-396.

²²⁵ Изензее И., Кирххоф П. (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. 315-316

²²⁶ Хессе К. *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс, 1981. С. 54-57.

5.2.6. Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи

Міра державного втручання у здійснення основних прав і свобод повинна бути легітимною, тобто бути обґрунтованою з точки зору відповідності формальним вимогам закону, базуватися на загальному визнанні у суспільстві необхідності такого втручання (легітимності втручання), забезпечувати основоположні цінності суспільства. Тому державний примус може порушити свободу, яку він покликаний захистити, якщо такий примус застосовується без контролю на розсуд адміністрації.

Тому поведінка державних органів по відношенню до індивідів повинна бути заснована на законіві; посягати на його свободу вони можуть лише тоді, коли це передбачено законом, і про це повинно бути заздалегідь відомо постраждалому від такого посягання. Гарантію цьому може дати лише право кожного індивіда доручити якій-небудь неупередженій інстанції перевірку поведінки державних органів у процесі, який ведеться належним чином (за належною правовою процедурою)²²⁷.

Правова держава наділена такими ознаками: державні органи, що посягають на свободи індивіда, опираються у своїх діях на закон; особа, яка постраждала, може довірити перевірку законності таких дій інстанціям, незалежним від органу, що прийняв рішення. Охорона свободи без правової держави є неможливою, і навпаки – правова держава є неможливою без гарантій свободи індивіда.

Функція захисту, що надається державою, передбачає позитивні зусилля проти посягання з боку приватних осіб на життя і здоров'я, проти актів насилля, що спричиняють смерть або тілесні ушкодження, а також заходи з усунення шкоди довікілью. Також право захисту особистості означає попередження і усунення випадків неправомірного втручання у приватне життя з боку органів державної влади під час здійснення ними функцій управління.

Право на захист – це передумова свободи громадян, що утверджена державою і спрямована на те, щоб зберегти від неправомірних посягань з боку держави²²⁸. Це право особи випливає з гарантій свободи розвитку особистості, що включає заборону державного примусу у сфері приватного життя. Таким чином, держава виступає противником громадян у приватному житті. Тому законодавче закріплення основних прав визначає їх межі, а не встанов-

²²⁷ Экштайн К. Указ. соч. 39.

²²⁸ Изензее И., Кирххоф П. Указ. соч. 188.

лює права людини. Законодавче регулювання основних прав, засноване на конституції, визначає сферу державного втручання у приватне життя індивіда шляхом встановлення засобів правового захисту основних прав.

Сьогодні у науковій думці визнається, що практично всі основні права в тій чи іншій мірі інтенсивно взаємопов'язані з організаційною структурою держави та процесуальними нормами²²⁹. Фундаментальні права і свободи людини, які визнаються державою як основні, потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках в ході здійснення конституційної юрисдикції.

Тому очевидним є те, що навіть негативні права (право на життя, гарантії особистої недоторканності, приватної власності, житла та іншого володіння особи, засобів комунікації та зв'язку тощо), які виражають межі втручання держави у приватну сферу індивіда, потребують своєї конкретизації та деталізації у поточному законодавстві, на відміну від практики судової правотворчості, яка спостерігалася ще якусь сотню років тому в англосаксонській правовій системі. Ще більш складним уявляється механізм захисту соціальних, економічних, культурно-духовних прав, який обумовлює цілу низку організаційно-структурних засад публічної влади, а також певну мережу «соціальних агентів» держави, які б обслуговували реалізацію таких основних прав і свобод.

Стосовно виправдання втручання, конституційна юриспруденція України стоїть на такій позиції (рішення КСУ № 5-р/2018) щодо міри втручання у приватну автономію:

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

²²⁹ Изензее И., Кирххоф П. Указ. соч. 184.

5.3. Обмеження прав людини: основні критерії

Відповідно до принципу верховенства права, сутність обмежень фундаментальних прав людини полягає у забезпеченні легітимного втручання держави у приватну автономію індивіда з метою забезпечення загального блага. Принцип верховенства права визначає те, що фундаментальні права можуть бути обмежені обґрунтовано, виключно на правових засадах із додержанням вимог принципу пропорційності. Такі обмеження повинні переслідувати легітимну мету. Розглянемо ці критерії.

5.3.1. Обмеження на основі закону

Допускається обмеження фундаментальних прав виключно на основі закону, оскільки таке повноваження народ делегує виключно парламенту як вищому представницькому органу влади. Прийняття закону саме парламентом гарантує відкриту дискусію стосовно правового характеру можливих обмежень, які можуть накладатися на індивіда при здійсненні ним суб'єктивного права. За правового регулювання свободи набуває ваги система стримувань і противаг, що²³⁰:

«спонука[є] необхідність юридичних визначень. Будь-яке визначення є запереченням – отже, вирішальне значення має те, хто дає визначення, тобто визначає заперечення і винятки. У цьому пункті стає важливим вимога конституціоналізму про введення системи «стримувань і противаг». Формулювання не є прерогативою єдиної особи або органу, воно являє собою розмежований процес».

У випадку регулювання соціальних прав, парламент надає досить широку свободу розсуду уряду та адміністрації у сфері здійснення політики соціально-правового захисту. При цьому у законі повинні бути визначені в істотних елементах засоби та інструменти можливого обмеження соціальних прав, тобто такі засоби виконавча влада не вправі визначати виключно на свій розсуд. Є також неправомірним делегування законодавцем повноважень урядові стосовно обмеження фундаментальних прав людини у невизначеній формі, без вказівки його адресата, строків та засобів контролю.

5.3.2. Відповідність легітимній меті

Правовою основою обмеження прав людини є загальне визнання його суспільної необхідності, існування нагальної потреби визначення меж здійс-

²³⁰ Шайо А. Самоограничение государства... 251.

нення суб'єктивного права з урахуванням інтересів інших осіб. Гарантією загального визнання необхідності обмеження є вільне обговорення наслідків, що випливають із обмеження основоположного права. Важливим є визначення такого обмеження, яке б не посягало на сутнісний зміст фундаментального права і не створювало надмірних обмежень у його здійсненні. Визначення меж, форм і засобів обмежень основних прав можливе у межах парламентської процедури прийняття закону. Якщо парламент делегує такі повноваження уряду, таке делегування повинне бути ясным, чітким і однозначним. Гарантією конституційності обмежень фундаментального права є судовий контроль над конституційністю закону, що їх запроваджує.

5.3.3. Підстави для запровадження обмежень прав людини й основоположних свобод

Відповідно до легітимної мети, підстави для обмеження прав людини мають ґрунтуватися на засадах сприяння у їх здійсненні. Таким чином, запровадження певних заходів мають передбачати мінімально достатні та доречні засоби щодо охорони певних конституційних благ, яким існує невідвротна загроза при здійсненні певних прав. Тому у теорії прав людини, зарубіжній практиці та діяльності Європейського суду з прав людини вироблені такі критерії обмеження основних прав і свобод:

i) *Необхідність у демократичному суспільстві* обмеження прав людини базується на тому, що таке обмеження необхідне для суспільства, оскільки існує потреба захисту більш важливих суспільних цінностей, ніж міркування щодо особистих інтересів особи. В одному зі своїх рішень Конституційний суд ФРН, зазначив, що метою розгляду конституційних скарг є не лише захист індивідуальних інтересів, а забезпечення балансу приватного та публічного інтересу. Згідно з усталеною практикою Європейського суду з прав людини, обмеження прав людини повинне кореспондуватися з інтересами демократичного суспільства, тобто, таке обмеження повинне бути забезпечене легітимними парламентськими процедурами. Сутність суспільної необхідності полягає в тому, що інтереси суспільства мають більшу вагу, ніж широке здійснення суб'єктивного публічного права, тому воно і потребує обґрунтованого обмеження. Коли демократія виступає як критерій обмеження прав людини, то цілком видно конфлікт універсальних та інструментальних цінностей. У справі Паксаса Європейський суд з прав людини констатував що абсолютна заборона у здійсненні прав є фактичним запереченням їх сутнісного змісту²³¹:

²³¹ *Paksas v. Lithuania*, App. № 34932/04, Judgment on 6 January 2011.

«Абсолютне обмеження для особи (посадової особи), яка грубо порушила Конституцію або порушила конституційну присягу, щодо участі у виборах як кандидата у члени Сейму (конституційні засади не встановлюють певного терміну щодо будь-якої можливості перегляду зазначеного заходу), навіть з урахуванням політичного контексту держави (Литва), є таким, що не відповідає і є порушенням прав особи на участь у виборах як кандидата у члени законодавчого органу (Сейму), яка гарантується статтею 3 Протоколу № 1 Конвенції.»

Натомість Конституційний Суд Литви став на протилежну позицію, навівши аргументи про легітимність запроваджуваних заходів, оскільки діяльність Роландаса Паксаса на посаді Президента атакувала демократичний конституційний порядок і права інших громадян Литви²³²:

«Конституція забезпечує таке правове регулювання, відповідно до якого особа, мандат члена Сейму якої було визнано нечинним в порядку імпичменту за грубе порушення Конституції або порушення присяги, або особа, яка була звільнена з посади Президента Республіки, Президента або суддів Конституційного Суду, Голови або судді Верховного Суду, Голови бо судді Апеляційного суд за грубе порушення Конституції або порушення присяги, відповідно до Конституції не може бути обрана Президентом Республіки, членом Сейму, а також не може обійняти посаду, визначену Конституцією, вступ до якої, відповідно до Конституції, пов'язаний із прийняттям присяги, закріпленої в Конституції.»

ii) *Національна безпека.* В умовах реальної загрози нормального функціонування інститутам публічної влади та суспільства існує можливість у виняткових випадках обмеження здійснення деяких прав людини. Таке обмеження ґрунтується на надзвичайному характері загроз соціальним, політичним, економічним, інформаційним засадам суспільства, що несе в собі потенційну загрозу їх сталого розвитку. Воно може здійснюватися з міркування відвернення загроз від найважливіших життєвих благ людей (життя і здоров'я, забезпечення мінімальних життєвих благ для існування тощо).

iii) *Громадський порядок і безпека.* Здійснення прав людини може бути обмежене з метою запобігання масових безпорядків та заворушень. Причиною таких обмежень може слугувати припинення масових заворушень, якщо

²³² Рішення КС Литви від 25.05.2004 у справі Паксаса.

вони загрожують правам і здоров'ю людей, належному функціонуванню публічних служб тощо. В Україні такі обмеження застосовувалися судами щодо місця і часу проведення мітингів та зібрань з метою забезпечення упорядкованого функціонування установ та закладів, функціонування державних і муніципальних служб тощо. Цей критерій обмеження не може застосовуватися таким чином, щоб створювати істотні перепони у здійсненні суб'єктивного публічного права. Зокрема, виходячи з інтересів публічної служби, Європейський суд з прав людини конкретизував критерій громадської безпеки у справі *Olujic v. Croatia*:

«...національне право виключає судовий захист у контексті дисциплінарного провадження проти суддів. Однак це стосується захисту в судах загальної юрисдикції. Заявник подав скаргу в порядку конституційного провадження, висунувши ті ж доводи, що і в Суді, які Конституційний суд розглянув по суті. З урахуванням меж розгляду справи Конституційним судом і особливо того факту, що він володіє повноваженнями скасувати рішення Національної ради суддів і повернути справу на новий розгляд, Суд робить висновок, що така перевірка забезпечила заявнику доступ до правосуддя відповідно до національного правопорядку, що відповідає умовам «тесту Ескелінена».

iv) Права і свободи інших людей. Необхідною умовою вільного розвитку індивіда у суспільстві є правова визначеність. Держава покликана забезпечити незалежний і неупереджений судовий розгляд таких обставин з метою забезпечення справедливості. Права і свободи інших людей можуть служити загальним критерієм для визначення конкретних обмежень законодавцем. Поліцейські структури на цій підставі можуть обмежувати деякі права людини шляхом вчинення конклаудентних дій (законної вимоги припинити вчинення дій, якими вчиняються перешкоди правам і свободам інших людей, або затримання особи у невідкладних випадках під час вчинення правопорушення тощо).

v) Моральність населення є складним критерієм обмеження прав людини. За своєю логікою, питання моралі є предметом судової оцінки, яка завжди носить суперечливий характер. Навіть Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях часто посилається на те, що національні органи такі питання можуть інтерпретувати більш компетентно. Тому визначення єдиних критеріїв моральності є складним завданням. Моральність тлумачиться залежно від обставин конкретної справи. Питання моральності завжди тісно пов'язані із

релігійними питаннями, культурою, традиціями та звичаями, які є звичайними для конкретної спільноти. Моральність може стосуватися і корпоративної етики, усталеної ділової практики чи трудових відносин тощо.

vi) *Безсторонність і незалежність правосуддя.* Повага до суду і правосуддя є важливою умовою здійснення неупередженого і незалежного правосуддя. Вчинення тиску у будь-якій формі на правосуддя може слугувати підставою для притягнення винних осіб до юридичної відповідальності за неповагу до суду. Якщо особа вчиняє дії, спрямовані на формування упередженої позиції суду у конкретній справі (наприклад, шляхом низки публікацій про особисте життя судді, що розглядає справу), може бути застосовано обмеження суб'єктивного права, яке визначене безпосередньо у законі. Це є важливим, оскільки судді є уразливими і вони часто не можуть відповісти на критику. Разом з тим, відкрите обговорення питань, пов'язаних зі здійсненням правосуддя, також складає значний суспільний інтерес і тому його обмеження повинно бути законним, обґрунтованим та відповідати суспільним інтересам. З іншого боку, належність особи до публічної служби може слугувати критерієм щодо обмеження доступу до правосуддя²³³:

«...державо-відповідач може посилатися на наявність у заявника статусу державного службовця з метою виключення застосування статті 6 Конвенції за наявності двох умов. По-перше, держава в законодавстві має виключити доступ до правосуддя осіб, які займають певні посади, або зазначених категорій персоналу. По-друге, таке виключення має бути виправдане об'єктивними підставами державного інтересу. Держава також повинна довести, що предмет спору ставився до здійснення державної влади або торкався зазначеного особливого зв'язку».

5.4. Абсолютні права

Тут йдеться про вимоги до держави, які встановлюють абсолютну заборону на будь-які форми втручання у приватну автономію, яка передбачає розглянуті нижче потенційні види діяльності держави. Так само під випадки такої абсолютної заборони підпадає бездіяльність держави, яка потурає тим чи іншим розглянутим формам поведінки з боку третіх осіб. У такому разі

²³³ *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], App. No. 63235/00, Judgment on 19 April 2007.

дії третіх осіб слід розглядати як дії державних агентів, за які також несе відповідальність держава, яка несе позитивні обов'язки розслідування випадків катування, нелюдського та такого, що принижує людську гідність, поводження, а також доведення інших осіб до рабства чи підневільного стану. Вказане становище постраждалих атакує ядро їхньої людської сутності, людську гідність як форму вираження людяності індивіда.

5.4.1. Заборона катування, нелюдського та такого, що принижує людську гідність

Основними міжнародними актами щодо заборони катування є Конвенція ООН проти катування та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання 1984 р. та Європейська конвенція про запобігання катуванню чи нелюдському або принижуючому гідність поводженню та покаранню 1987 р. Про абсолютний характер заборони катування також підкреслює практика ЄСПЛ²³⁴:

«Навіть за наявності найбільш скрутних обставин, якими є боротьба проти організованого тероризму або злочинності, Конвенція абсолютно чітко забороняє катування чи нелюдське, або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання. На відміну від більшості основних положень Конвенції та її Протоколів, стаття 3 не передбачає жодних винятків, а статтею 15 забороняється сама можливість відступу від її вимог навіть у разі суцільної небезпеки, яка ставить під загрозу життя нації».

Існують міжнародні механізми попередження катування і нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження або покарання. До них насамперед належать Комітет з прав людини, Комітет із заборони катування, Комітет з попередження катування Ради Європи тощо.

ЄСПЛ в справі *Ірландія проти Сполученого Королівства* (1979-1980) запропонував таке визначення: «Катування – це навмисне нелюдське поводження, яке спричиняє особі тяжкі фізичні і психічні страждання». У статті 1 Резолюції 3452 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1975 р. катування розглядаються як «особливо жорстока і навмисна форма нелюдського та принижуючого гідність поводження або покарання». Більш чітке визначення терміна можна знайти в Конвенції проти катування та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання:

²³⁴ *Aksoy v. Turkey*, App. no. 100/1995/606/694, Judgment on 18 December 1996.

«Термін „катування“ означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково».

До катування відносяться застосування тортур у вигляді «ластівки» (підвішування за завернуті назад кінцівки) (*Aksoy v. Turkey*), зґвалтування (*Aydin v. Turkey*), завдання тривалих надзвичайно сильних фізичних і психічних страждань (*Selmouni v. France*), застосування електрошоку (*Mikheyev v. Russia*), побиття та інші форми фізичного та психічного тиску поліцейськими до молодої дівчини (*Menesheva v. Russia*) тощо²³⁵.

Одним із критеріїв для визначення поведження як катування є «жорстокість», який як і «мінімальна жорстокість», згідно із практикою Європейського суду з прав людини потрібен для застосування статті 3, є неминуче відносним критерієм; визначення її залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість поведження, його фізичні та психологічні наслідки та, у певних випадках, від статі, віку та стану здоров'я потерпілого тощо. Згідно із позицією ЄСПЛ, це необхідно для диференціації катування із іншими забороненими формами поведження, що свідчить про намір за допомогою цієї різниці затаврувати у Конвенції навмисне нелюдське поведження, яке завдає тяжких та жорстоких страждань²³⁶.

ЄСПЛ у своїй практиці визначив основні критерії кваліфікації поведження або покарання як такого, що вважає, що це – поведження або покарання, яке викликає значні фізичні і психічні страждання. Поведження або покаран-

²³⁵ Ахтирська Н.М. та ін. (2011) *Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поведженню і безкарності: науково-практичний посібник для суддів*. Київ: К.І.С. 22-23.

²³⁶ Бущенко А.П. (2005) *Проти катувань. Стаття 3 Конвенції про захист прав людини та основних свобод. Систематизований дайджест рішень Європейського суду з прав людини*. Харків: Фоліо 24.

ня, що принижує гідність – це поведження або покарання, яке викликає у потерпілого відчуття страху, хвилювання і неповноцінності, що здатні принизити і образити його або зламати його фізичний чи моральний опір.

Як цілком слушно зазначає Олександр Водяників²³⁷:

«Сучасний міжнародно-правовий дискурс є односпайним у визнанні тортур і нелюдського та такого, що принижує гідність поведження і покарання, як неприпустимого за будь-яких обставин діяння, забороненого на рівні міжнародно-правових інструментів... Разом з тим, останні події у світі, а саме поширення тероризму, зміцнення поліційних функцій держави за рахунок обмеження прав і свобод, визначають небезпечний зсув у парадигмі абсолютної заборони тортур...»

У цьому відношенні, як вбачається, слід чітко розрізняти вимір обґрунтування та вимір виправдання у праві».

Якщо вже послуговуватися висновками американського професора Кента Грінавота, то обґрунтованість дій заснована на тому, що соціально значущу дію можна наслідувати та відтворювати, а треті особи не повинні втручатися у процес їх здійснення або можуть сприяти їх здійсненню.²³⁸ На цій основі базуються наразі механізми виправданості заходів у разі боротьби проти тероризму.

5.4.2. Заборона рабства та підневільного стану

Рабство як соціальний інститут протягом всієї історії людства до епохи модерну вважалося природнім. Насправді воно зводить людину до майна і таким чином заперечує людську гідність. Лише під впливом ідей Просвітництва, зокрема поглядів Джона Лока, Вольтера, Дені Дідро та інших мислителів цей підхід змінився. Скасування рабства також було одним із ключових чинників виникнення Громадянської війни у США 1861-1865 років. Згідно з Конвенцією про рабство, підписаною у Женеві 25 вересня 1926 року, *«рабство – це стан або становище людини, над якою здійснюються атрибути права власності або деякі з них»*.

Дещо довше поряд із рабством зберіглася форма підневільного стану – кріпацтво. Хоча в епоху Середньовіччя кріпосництво було доволі розповсюдженим, але

²³⁷ Хавронюк М.І., Гацелюк В.О. (2014) *Законодавство України проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання. Науково-практичний коментар*. Київ: ВАІТЕ 20-21.

²³⁸ Greenawalt K. (1984) The Perplexing Borders of Justification and Excuse. 4(84) *Columbia Law Review* 1900.

епідемія чуми всередині XIV ст. у Західній і Центральній Європі мала наслідком зменшення населення більш ніж на наполовину, що призвело до конкуренції на ринку робочої сили, і це стало причиною звільнення селянства зі становища кріпацтва. Лише у період з XVI ст. у Речі Посполитій та Угорському королівстві, в якій склався експортно-орієнтований ринок збіжжя, виникнення крупних аграрних латифундій спиралося на кріпосних селян. Ця тенденція пізніше поширилася і на імперію Габсбургів. Натомість кріпосництво було традиційним інститутом у Московії, а потім у Російській імперії аж до 1861 р. Потім у Радянському Союзі колективізація фактично стала продовженням традиційного російського інституту кріпосництва на фоні заборони видачі паспортів сільському населенню, яка була знята лише у 1974 р. Колективізація на селі у поєднанні із використанням фактично рабської праці майже 2 млн в'язнів системи концентраційних таборів ГУЛАГ в СРСР була, по суті, безпрецедентною у XX ст.

Однією із форм рабства чи підневільного стану є торгівля людьми. Котра за своїм характером і метою полягає у експлуатації інших осіб, торгівля людьми спирається на здійснення атрибутів права власності. У її системі люди вважаються товаром, який можна купувати і продавати, а також примушувати до праці, часто малооплачуваної чи неоплачуваної, переважно, але не виключно, у сексуальній індустрії. Така торгівля передбачає суворий нагляд за діяльністю потерпілих, котрі часто мають обмежену свободу пересування, страждають від насилля і погроз, живуть і працюють у жахливих умовах²³⁹.

Згідно з Конвенцією № 29 Міжнародної організації праці про примусову чи обов'язкову працю, «примусова чи обов'язкова праця» означає *«будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи під загрозою якогось покарання і для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг»*. Зокрема, з метою уточнення поняття «праця» у розумінні статті 4 § 2 Конвенції, Європейський суд з прав людини підкреслив, що не кожна праця, яку вимагають від особи під загрозою «покарання», обов'язково становить заборонену цим положенням «примусову чи обов'язкову працю». Тут слід врахувати, зокрема, характер і обсяг цієї діяльності. Ці обставини дозволяють відрізнити «примусову працю» від роботи, якої можна розумно вимагати у рамках сімейної або сусідської взаємодопомоги. У цьому випадку Суд, зокрема, застосував поняття «непропорційний тягар», аби встановити, чи може бути примушений до обов'язкової праці адвокат-стажер, якщо від нього вимагається на добровільній основі здійснити захист клієнтів як державного захисника²⁴⁰. Загалом ЄСПЛ напрацьовані нормативи

²³⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. no. 25965/04, Judgment on 7 January 2010.

²⁴⁰ *Van der Musselle v. Belgium*, App. no. 8919/80, (1983) 6 EHRR 16.

оцінки того, що може вважатись нормальним у розумінні обов'язків, під які падають представники певної професії, враховують численні питання, а саме: чи надані послуги виходять за рамки звичайної професійної діяльності відповідної особи, були ці послуги безоплатними чи оплачуваними або відшкодованими у будь-який інший спосіб, чи ґрунтується такий обов'язок на концепції суспільної солідарності, і чи був накладений тягар диспропорційним.

5.5. Негативні права

Тут мова піде про права, які передбачають мінімальне втручання держави у сферу приватної автономії – випадки їх порушення держава має ефективно розслідувати і для цього має діяти незалежне і безстороннє правосуддя. Як свідомий і відповідальний акт поведінки приватної особи, негативне право не потребує вчинення інших певних зусиль державою.

А. Свобода вираження та свобода совісті

5.5.1. Свобода совісті і віросповідання

Зазначена свобода набрала неабиякого значення під час релігійних воєн, якими так була багата Європа в період Ренесансу протягом XVI-XVII століть. Для конституційного визнання свободи совісті відіграли важливу роль Нантський едикт 1589 року та сформульований німецьким правознавцем і державним діячем *Joachim Stephani* під час укладання Аугсбурзького миру 1555 року принцип «*сuius regio – eius religio*». На думку Еміля Дюркгайма:

«...релігія є... джерелом стабільності та згуртованості: загальний набір релігійних вірувань створює згуртоване моральне співтовариство і колективну свідомість».

i) *Свобода релігії: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey*. Як соціальний інститут релігія визначає зміст правових норм та інститутів, а також впливає на здійснення інших прав і свобод людини. Наприклад, на сьогодні свобода релігії пов'язується із можливістю планування сім'ї чи здійснення абортів, адже окремі релігійні конфесії доволі суворо обмежують здійснення абортів. У цьому відношенні має значення справа *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* (1992), в якій Верховний суд США досліджував питання конституційності статуту штату Пенсильванія, який встановлював дозвіл на аборт за згодою вагітної жінки. На думку більшості Верховного суду було підтверджено «основне

положення» (тобто основний принцип) справи *Roe v. Wade (1972)*, що жінки мають право на здійснення аборту до народження, проте відхилив таке право, засноване на трактуванні триместрів, на основі обмежень держави щодо можливості здійснення абортів на користь більш гнучкого медичного визначення життєздатності. У рішенні було підтверджено, що джерело права на приватність, яке підпадає під дію жіночого права на вибір аборту, випливає з положення про належний судовий контроль в «царині, в яку не може втручатися уряд», у такий спосіб вводячи індивідуальні рішення щодо абортів, планування сім'ї, шлюбу та освіти. У рішенні також було підтверджено перехід на стандарт «невиправданого тягаря»: закон є недійсним, якщо його «метою або наслідком є значні перешкоди на шляху жінки, яка прагне зробити аборт плоду, що досягне життєздатності». Оскільки це питання також зачіпало питання світогляду та віросповідання, то Верховний Суд не обійшов і цю проблему:

«Ці питання, пов'язані з найбільш близьким і особистим вибором людини, що може зробити в житті, основний вибір для особистої гідності і автономії, має вирішальне значення для свободи ... В основі свободи право визначати свою власну концепцію існування, сенсу, у Всесвіті, та таємниці людського життя».

Здійснення права на свободу світогляду і віросповідання може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я, моральності населення або прав і свобод інших людей. Важливим конституційним принципом є відокремлення церкви і релігійних організацій від держави, а школи від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова.

Ніхто не може бути увільнений від виконання законів та від своїх обов'язків перед державою за мотивами релігійних переконань. Інші рішення щодо цього правила можуть передбачатися тільки законом. Прикладом цього може бути Закон про альтернативну (невійськову) службу, згідно з яким обов'язкова військова служба може бути замінена альтернативною (невійськовою) службою, якщо громадянин України має істинні релігійні переконання і належить до законно діючої релігійної організації, врівнення якої не допускає користування зброєю та служби у Збройних Силах.

ii) *Свобода релігії: моделі відносин з державою.* Оскільки релігія виступає як соціальний інститут та засіб інтеграції в суспільстві, це зумовлює виникнення певних моделей взаємодії між державою та релігією. Умовно можна виділити такі моделі.

a) *Теократія.* Існує група країн, в яких релігійна громада розглядається

як основа соціальної структури. Зокрема, це проявляється у арабських країнах, які визнають іслам як основу організації суспільства і в них особливу увагу приділяють проблемам арабської форми державності (у сунітів халіфату, шіїтів імамату) та арабської общини (умми), принципам дорадчості у ісламській державі (аш-шура). Халіф у Саудівській Аравії одночасно виступає як глава держави, монарх, а також глава общини правовірних мусульман (духовний лідер нації). В Ірані згідно з преамбулою Конституції Факіх (Керівник) стоїть вище Президента, він виступає гарантом дотримання державними органами та установами приписів ісламу. Факіх формує Раду з дотримання конституції, призначає Генерального прокурора, голову Верховного суду, інших вищих посадових осіб.

б) Модель домінуючої державної релігії за певних гарантій релігійних свобод. У окремих країнах, наприклад в Греції, Болгарії, Росії, зазначається особливе положення релігії та церкви. Зокрема, прикладом привілейованого положення православ'я серед інших країн може слугувати Греція, проти якої Європейський суд з прав людини розглядає порівняно значну кількість справ у сфері свободи віросповідання, у яких жертвами виступають переважно представники Свідків Єгови. У Росії доктрина «русского міра» має свої витoki в ідеології російського православ'я, яка ототожнює Москву зі своєрідними «Третім Римом», хоча в одній із постанов Вселенського православного Синоду піддано сумніву отримання автокефалії Православною церквою Московської держави у 1686 р. у зв'язку із актом симонії.

в) Модель державної релігії за гарантій релігійних свобод (Данія, Сполучене Королівство). Зокрема, у Сполученому Королівстві визнаються державними англіканська церква Англії та пресвітеріанська у Шотландії. Главою обох церков виступає монарх, який здійснює призначення на вищі церковні посади. У деяких державах існує практика фінансової підтримки за рахунок державного бюджету, а на релігійні об'єднання поширюється статус громадських організацій. Релігійна сфера суспільства виконувала і виконує насамперед засадні духовно-культурні функції. Вона включає не лише систему вірувань, а й релігійні інституції, об'єднання віруючих. Її функції та вплив у цілому ширші, охоплюють загальносуспільні стереотипи поведінки, традиції, цінності.

г) Свобода релігії та відділення держави від церкви. У разі визнання свободи віросповідання, у демократичних державах закріплюється поліконфесійність. Статус релігійних громад деталізується поточним законодавством. У Франції, згідно із Законом про відділення церкви від держави 1905 р., Республіка не визнає та не субсидіює її служителів. У Італії, країні із сильними

католицькими традиціями, відносини між державою та церквою регулюються Латеранськими угодами 1929 р. (новелізовані у 1984 р.).

д) *Войовничий комуністичний атеїзм, авторитарні і тоталітарні режими.* Прикладом переслідування релігії може слугувати Радянський Союз до 1944 р. та Албанія під час правління Енвера Ходжі. У Радянському Союзі православна церква була поновлена під чітким наглядом НКВД-МВД-КГБ у 1944 році. Свідченням того було те, що священник міг отримати приход та рухатися по церковній ієрархії після узгодження із політичною поліцією. За окремих тоталітарних чи авторитарних режимів релігія і церква переслідуються з боку держави. Зокрема, у деяких країнах Латинської Америки у 1960-х роках католицька церква включилася в опозицію до офіційного політичного курсу уряду. Ліворадикальний католицизм створив християнські громади, демократичну народну церкву. У цих громадах «теологія визволення» проповідувала практику ненасильницької боротьби проти диктаторських режимів та іноземного засилля з метою відродження ранньохристиянської моральності і реалізації практики спільних дій. У Бразилії подібні громади відіграли важливу роль у зруйнуванні військової диктатури, стали, по суті, першими демократичними інститутами, які поклали початок політичним партіям та профспілкам, ввійшовши у їх склад.

5.5.2. Свобода вираження

Свобода вираження у *американській системі* гарантується якомога широко і служить фундаментом американської демократії. Насамперед, свобода вираження пов'язується із гарантіями, що випливають із Першої поправки до Конституції США. *Європейська система захисту* свободи вираження ґрунтується на положеннях статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка визначає гарантії вільного вибору способу вираження певних ідей, доктрин, постулатів чи теорій, які можуть бути обмежені на основі закону відповідно до необхідності у демократичному суспільстві та за умови додержання конкретних критеріїв (національна безпека, права інших людей, авторитет правосуддя тощо).

і) *Зміст свободи вираження.* Досить проблематично давати трактування свободи думки, оскільки право як засіб внутрішнього контролю не дає змогу забезпечити ефективні гарантії цього. Тому це право необхідно тлумачити у нерозривному зв'язку із правом на свободу слова. У цьому контексті слід говорити свободу вираження полягає у забезпеченні захисту від можливого нав'язування особі певного способу мислення та підпорядкування її думки думці інших людей. Іншими словами, реальними правовими гарантіями сво-

боди думки є вільне вираження особою своїх поглядів і переконань. Конституції переважно вживають термін «свобода вираження поглядів», оскільки вираження поглядів і переконань може здійснюватися не лише в словесній формі, а також за допомогою жестів, рухів, через друковані чи електронні засоби інформації.

Вираження поглядів може стосуватися різноманітних сфер людського життя: політики, організації влади, економіки, освіти і культури, мистецтва і літератури, духовного життя тощо. Конституція не встановлює обмежень стосовно сфери обміну думками, вона лише визначає підстави для можливого обмеження режиму здійснення свободи вираження поглядів.

ii) *Критерії обмеження.* Свобода вираження поглядів може бути обмежена законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою: а) запобігання заворушенням чи злочинам; б) для охорони здоров'я населення; в) захисту репутації або прав інших людей; г) для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно; д) для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Свободу вираження можна розглядати як ринок обміну ідеями або як ідею закарпатської кав'ярні ☺ (freedom of espresso). І дійсно, свобода вираження є своєрідним «материнським правом», яке складають академічна свобода, літературна свобода, свобода досліджень, мистецтва тощо. На основоположному характері свободи вираження також наголошував ФКС Німеччини у справі *Lüth (BVerfGE 7, 198, 208)*:

«Для вільного демократичного порядку свобода вираження є абсолютною цінністю, бо тільки вона робить можливою постійну інтелектуальну полеміку, конкуренцію думок, що формує життєву основу такого порядку... [ц]є є основою будь-якої свободи, «матрицею», неодмінною умовою майже кожної іншої форми свободи».

Свобода вираження відіграє чи не головну роль у демократичному суспільстві та має провідне значення для формування сучасної структури демократії – структури комунікації для демократії є критично важливими. Як зазначив суддя Верховного суду Канади Ламер у справі *Committee for the Commonwealth of Canada*:

«...свободу слова не може бути здійснена в вакуумі ... і це обов'язково має на увазі використання фізичного простору з метою задоволення своїх базових цілей».

Європейський суд з прав людини зазначає, що свобода вираження надає громадськості один з найкращих засобів отримання інформації та формування ідей та ставлення до політичних лідерів. Загалом, свобода політичних дебатів перебуває в самому серці побудови демократичного суспільства, що наскрізь пронизує Конвенцію. Межі допустимої критики щодо такої публічної особи як політик є ширшою, ніж щодо приватної особи. На відміну від останнього, перший неминуче та свідомо йде на те, щоб усі його слова та вчинки були об'єктом пильної уваги з боку журналістів та широкого загалу, тому має виявляти більшу толерантність²⁴¹.

Свобода вираження має й іншу грань – право на отримання інформації. У цьому відношенні свобода вираження деякою мірою стосується і питань приватності, зокрема інформаційного аспекту приватності. У цьому випадку мають на увазі ситуації із журналістським розслідуванням чи розслідувань детективами та адвокатами, що передбачає збереження таємниці джерела інформації. Зокрема, вимога або навіть введення юридичної відповідальності журналістів за відмову розкрити джерела інформації має розглядатися як фактична заборона на їх професію. У цьому контексті втручання у приватне життя (наприклад, справа *New York Times v Sullivan Case*) може бути обмежена з метою захисту репутації, приватності, конфіденційності, від наклепу.

Заборона цензури є інституційною гарантією свободи вираження. Власне, із початку книгодрукування, запровадженого Гуттенбергом на якісно новому рівні пішов обмін інформацією. На рубежі XV-XVI століть найпопулярнішими виданнями були Святе Письмо і розповсюдження памфлетів проти державних діячів, політиків та монархів. Тому з цих пір гостро постало питання про запровадження контролю з боку держави над змістом багатотиражних видань. Зокрема, видання перекладеного простою німецькою мовою Святого Письма Мартіном Лютером також намагалися заборонити, але цьому перешкодила масова популярність Лютера і поширення його поглядів у суспільстві. У сучасному світі в умовах розвитку інформаційних технологій, як було встановлено Палатою Лордів у справі *Belfast City*, заборона секс-шоу в центрі міста є обґрунтованою, оскільки відповідна продукція доступна через замовлення по Інтернету, а тому не є повною забороною поширення відповідних поглядів.

iii) *Свобода вираження і балансування інтересів.* Забезпечуючи баланс інтересів між свободою вираження та конкуруючими цінностями, зачіпають проблему подолання такого явища, як мова ненависті. Загалом можна виділити три основні

²⁴¹ *Lingens v. Austria*, № 9815/82, Judgment on 08.07.1986; *Incal v. Turkey*, № 22678/93, Judgment on 09.06.1998

моделі боротьби із мовою ненависті (*hate speech*) – американську, канадійську та європейську моделі. *Американська модель* більш схильна до якомога широкого захисту свободи вираження, а засобом подолання такої є громадська думка, здоровий глузд індивіда і можливість вільного обговорення у демократичному суспільстві різних ідей, які можуть шокувати суспільство. За *канадійською моделлю* допускається більш широке коло підстав для обмеження свободи вираження, наприклад, якщо має місце пропаганда війни, насильства, ідей расизму та інших проявів нетолерантності. Це пов'язано насамперед із досвідом боротьби із сепаратистським рухом у провінції Квебек, який у період 1960-70-х рр. використовував методи терору у своїй діяльності. *Європейська модель* боротьби із мовою ненависті пов'язана із застосуванням засад пропорційності, на підставі чого встановлюється допустимість застосування юридичної відповідальності за дифамацію, зокрема у вигляді заходів кримінальної відповідальності.

Водночас слід наголосити на такому небезпечному явищі для цілісності демократії як інформаційні війни. Інформаційна війна розглядається сьогодні як асиметричний засіб впливу на зміст владних рішень та чинник формування політичного порядку денного, що може кардинально вплинути на громадську безпеку і правопорядок²⁴². Тому організаційні заходи щодо висвітлення максимально прозоро, доступно і повно суспільно значущих подій є надійним інструментом протистояння в інформаційних війнах, які мають на меті підірив довіри до суспільних та державних інституцій, дестабілізації обстановки в країні, що може мати наслідком підірив легітимності уряду (довіри до нього та викликати сумнів у законності методів управління країною).

Б. Належна правова процедура та процесуальні гарантії прав людини

5.5.3. Due process та процесуальні гарантії прав людини

Зачатки розуміння належної правової процедури (*due process of law*) слід шукати у параграфі 39 *Magna Carta*²⁴³, яка гарантувала суд рівних та гарантії від свавільного позбавлення волі та майна. Ця юридична конструкція сьогодні фактично закладена у статтю 3 Загальної декларації прав людини через формулу: «*Кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканність*».

i) *Due process: поняття*. Ці питання охоплюються через поняття на-

²⁴² Thornton, Rod (2015) The Changing Nature of Modern Warfare, *The RUSI Journal* 42, 46.

²⁴³ Параграф 39 Великої Хартії Вольностей чинний і сьогодні та гласить наступне:

No freeman shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any other way harmed. Nor will we [the king] proceed against him, or send others to do so, except according to the lawful sentence of his peers and according to the Common Law [per legem terrae].

лежної правової процедури, яке було сформульоване в англійському праві та через прецедентне право Європейського суду з прав людини було запозичене судами континентальної Європи. Належна правова процедура встановлює вимоги та стандарти до змісту законодавства та практики його застосування. Її складниками є матеріальна та процесуальна належна правова процедура.

В англо-американському праві концепцію матеріальної належної процедури розуміють у двох аспектах: 1) згідно з принципом верховенства права, існують певні вимоги до нормативних актів, які визначають такі засади діяльності органів публічної влади, які зобов'язують посадових осіб діяти не лише формально, а й відповідати критеріям розумності, справедливості, загальноприйнятим принципам, встановленим органами правосуддя; 2) справедливність у досягненні легітимної мети, тобто пропорційність засобів захисту основних прав і свобод, який служить критерієм перевірки правових актів та дій органів публічної влади, які повинні відповідати критеріям легітимності, оптимальності, ефективності та здійснюватися за допомогою таких засобів, що пропорційно співвідносяться із переслідуваною метою та мінімально обмежують основні права, гарантовані конституцією²⁴⁴.

До процесуальної належної правової процедури належать: 1) право бути заслуханим перед судом; 2) доступ до захисту, зокрема, гарантії доступу до гарантованих державою безкоштовних послуг захисника для осіб, які за певної ситуації не можуть оплатити послуги захисника; 3) гарантії змагальності та рівності сторін у процесі; 4) презумпція невинуватості і принцип довіри; 5) принцип дослідження і обґрунтованість судових рішень²⁴⁵.

Судовий контроль за діями публічної адміністрації є квінтесенцією поняття належної правової процедури, оскільки саме суд є остаточною інстанцією, яка визначає допустимі межі втручання держави у приватну автономію особи. З приводу характеру належної правової процедури суддя Верховного Суду США *Frankfurter* в окремій думці зазначив таке:

«Належна правова процедура», на відміну від деяких правових норм, це не технічна концепція з фіксованим змістом, що не відноситься до часу, місця і обставин. Висловлюючи, у своєму кінцевому підсумку, щодо узаконеного для цього справедливого поводження, яке було розвинене протягом багатьох століть англо-американської конституційної історії та цивілізації, «на-

²⁴⁴ Шевчук С. (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. К.: Український центр правничих студій 70-71.

²⁴⁵ Там само.

лежна процедура» не може бути поміщена підступно у в'язницю у межах будь-якої формули. Представляючи глибоке відношення справедливості між людьми, а більш конкретно – між особистістю і державою, «належна процедура» складається з історії, розуму, послідовності рішень, а також впевненості у міцності демократичної віри, яку ми сповідуємо.

ii) *Основні стандарти конституційних гарантій у світлі належної правової процедури.* Згідно із конституційними стандартами, зазвичай визнаються такі нормативні гарантії належної правової процедури: 1) неприпустимість самообмови індивіда у ході процесу; 2) презумпція невинуватості; 3) принцип *ne bis in idem*; 4) право не виконувати злочинні накази і розпорядження; 5) принцип *nullum crimen sine lege*. Вони виражають досвід людства, спрямований проти зловживань владними прерогативами, зокрема негативний досвід нацистського прочитання формалістської концепції правової держави, яка трактувалася нацистами у дусі формальної законності, що також практикувалося у Радянському Союзі.

Із вимог належної правової процедури випливають стандарти ефективності засобів правового захисту. У справі «Силвер проти Сполученого Королівства» Європейський суд з прав людини їх характеризує так:

- «1) якщо особа аргументовано стверджує, що вона потерпіла від порушення основних прав і свобод, їй надається засіб правового захисту в органах публічної влади, так і для відшкодування шкоди, у разі необхідності;*
- 2) система інститутів правового захисту може бути як судовою, так і позасудовою, однак повноваження та гарантії такого захисту повинні бути ефективними, тобто забезпечувати реальний захист прав і свобод, їх поновлення;*
- 3) ефективний правовий захист забезпечується у контексті усієї системи правозахисних процедур, визначених національним законодавством та належною діяльністю органів публічної влади;*
- 4) форми і способи ефективного правового захисту визначаються конституцією і законами держави».*

У світлі цих вимог статті 29-31 Конституції України визначають низку процесуальних гарантій, що стосуються цілісності індивіда (*individual integrity*), зокрема судового контролю гарантій особистої недоторканності, у

разі застосування заходів у виді затримання чи обмеження волі, проникнення у житло чи інше володіння особи, зняття інформації із засобів комунікації індивіда. Також конституційні гарантії в рамках стандартів належної правової процедури, згідно зі статтями 56-64 Конституції України, обмежують вчинення свавільних дій, які можливі у ході діяльності органів охорони правопорядку та досудового слідства.

Ґрунтуючись на конкретних положеннях Європейської конвенції або їх комбінації з положеннями ст. 1 Конвенції чи загальними принципами європейського права, усі позитивні зобов'язання держави мають однакову мету — ефективне застосування Європейської конвенції та, в цілому, ефективність прав, які вона гарантує. Кращою ілюстрацією такого підходу до сьогодні залишається рішення у справі *Airey v. Ireland* (1979)²⁴⁶, де Європейський суд виклав відому правову позицію, що «*Конвенція прагне гарантувати не права, які є теоретичними чи ілюзорними, а права, які є практичними та ефективними*». Отже, недостатньо самого факту існування юридичних засобів забезпечення та захисту прав людини, необхідно, щоб вони реально та успішно використовувались, на що й спрямована доктрина позитивних зобов'язань держави.

5.5.4. Основні процесуальні гарантії прав людини

У розвитку сутності конституційних гарантів прав людини відіграють значну роль положення статей 5, 6 та 13 Європейської конвенції прав людини. Процесуальні гарантії основних прав і свобод формалізують та упорядковують механізм правового захисту. У системі процедур захисту прав людини німецький конституціоналіст К. Штерн виділяє такі елементи: основні права залежать від наявності певної організації чи дотримання певної процедури; вони впливають на процесуальне право; організація і процес слугують інструментами безпосереднього здійснення основних прав; організаційне регулювання і процесуальне є засобом, що усуває протиріччя в нормах конституційного права; із положень про основні права випливають особливі вимоги до процесуального оформлення справ та участі громадян у процесі²⁴⁷.

Процесуальні процедури за своєю природою є механізмом реалізації основних прав і свобод. Наведенні вище положення про те, що конституційні засади процедур повинні знайти свій розвиток у поточному законодавстві та зв'язувати органи публічної влади, свідчать про тісний взаємозв'язок конституційних приписів із законодавством, управлінням та правосуддям. Напри-

²⁴⁶ *Airey v. Ireland*, 32 ECtHR Ser A (1979): [1979] 2 E.H.R.R. 305

²⁴⁷ Изензее К., Кирххоф Й. (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. Москва: ИГП РАН 184.

клад, Європейський суд з прав людини у ході перевірки практики таємного стеження сформулював наступні вимоги: «закон повинен вказати обсяг повноважень, наданих компетентним органам, та спосіб їх здійснення з достатньою чіткістю, щоб забезпечити індивідуальний захист від свавільного втручання». Загалом ЄСПЛ розробив у своїй практиці такі мінімальні вимоги щодо правомірності проведення таємного стеження, які повинні бути визначені законом, щоб уникнути зловживання владою: 1) характер злочинів, які можуть спричинити порядок перехоплення; 2) визначення категорій людей, які можуть переховуватися за ними; 3) обмеження тривалості перехоплення; 4) процедура щодо дослідження, використання та збереження отриманих даних; 5) запобіжні заходи, які слід вживати під час передачі даних іншим сторонам; 6) обставини, в яких перехоплені дані можуть або повинні бути стерті або знищені²⁴⁸.

Конституційна юрисдикція має трійчастий вплив на правозастосування у сфері кримінальної юстиції, яка полягає у здійсненні: а) перевірки конституційності нормативних актів; б) офіційного тлумачення конституції; в) впливу конституційної скарги на правозастосовну практику. Якщо перші дві функції є очевидними для конституційного суду, то запровадження конституційної скарги потребує інтерпретації питання того, що означає перевірку застосування закону, адже на практиці формою застосування законів можуть слугувати судові рішення. Також слід мати на увазі можливе запозичення підходу Європейського суду з прав людини щодо інтерпретації поняття вичерпання засобів правового захисту, яке поєднується із вищенаведеним трактуванням ефективності засобів правового захисту. Тобто, конституційний суд може взяти до уваги негативну практику апеляційного чи касаційного перегляду судових вироків, які йдуть врозріз із конституційними цінностями і принципами та істотно чи незворотно порушують конституційні права і свободи, визнаючи таку неконституційною і такою, що порушує права і свободи людини.

В. Приватність

5.5.5. Поняття приватності

Право на приватність прийшло із американського конституційного права і як суб'єктивне публічне права визнане у рішенні Верховного суду у справі *Griswold v. Connecticut* (1965). Зазвичай приватність характеризують коротко як «право бути залишеним наодинці» (*right to be let alone*). Приватність як суб'єктивне публічне

²⁴⁸ *Roman Zakharov v. the Russian Federation*, App. No. 471543/06 [GC], 4 December 2015.

право була сформульована із цілісного тлумачення I, III, IV, IX і XIV поправок до Конституції США, тобто приватність переконань, житла, володіння та свободи.

Європейський суд з прав людини ухиляється від певного визначення приватності і дає інтерпретацію цього поняття лише в контексті конкретних обставин справи, що є на його розгляді. У справі *Niemietz vs. Germany* ЄСПЛ зазначив таке:

«29. Суд не вважає, що можливо чи необхідно дати вичерпне визначення поняття “особистого життя”. Було б занадто суворим обмеження його інтимною сферою, де кожний може жити своїм власним особистим життям, як він бажає, і тим самим цілком виключити зовнішній світ з неї. Повага особистого життя повинна також включати, до деякої міри, право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми».

Більше того, здається, немає принципових підстав, щоб поняття “особистого життя” виключало професійну діяльність і діяльність ділового характеру; саме на своїй роботі більшість людей має велику можливість розвивати відносини з зовнішнім світом²⁴⁹. Це є також невід’ємним елементом права особи на вільний розвиток своєї особистості.

У справі «Х проти Нідерландів» (1986) ЄСПЛ визначив «особисте життя» як «поняття, що охоплює фізичну і моральну недоторканність особи, включаючи її статеве життя». Було встановлено, що це визначення поширюється на питання сексу, сексуальності і сексуальної орієнтації, а також особистого життя у сфері професійної діяльності. ЄСПЛ у *Belgian Linguistic Case* наголосив, що «є довільним (*arbitrary*) втручанням уряду у приватне життя сім’ї визначати спосіб і форму освіти дітей». ФКС Німеччини у справі про мікроцензи²⁵⁰ вказав на межі втручання держави у сферу приватності:

«Держава не має права втручатися у сферу приватного життя шляхом перевірки особистих справ своїх громадян. Для людини має залишатися внутрішній простір з метою вільного і відповідального розвитку її особистості. У цьому просторі індивід сам собі господар».

П’єр-Анрі Тетжан (Франція), який представляв проект статті 18 Європейської конвенції з прав людини та виступав з доповіддю Юридичної комісії у 1949 року заявив:

²⁴⁹ (2001) Европейский Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. Т. 1. Москва 769-770.

²⁵⁰ *Microcensus Case*, BVerfGE 27, 1

«Коли держава визначає, організовує, регламентує, обмежує свободи для кращого забезпечення громадського інтересу, держава лише виконує свій обов'язок. Це їй дозволено, це легітимно. Але коли вона втручається, щоб ліквідувати, обмежити свободи в ім'я державних інтересів, щоб захистити себе, (...) проти опозиції, яку вона вважає небезпечною, щоб знищити основну свободу, яку вона повинна була б координувати і гарантувати, таке втручання держави спрямоване проти громадського інтересу».

Якщо узагальнити міжнародно-правові акти, національні конституції та юриспруденцію національних та міжнародних судів приватність зводиться до таких основних аспектів: а) приватність як сфера самовизначення особи, в яку неприпустиме свавільне втручання; б) обов'язок захисту особистого і сімейного життя (*Von Hannover case*); в) багатоманітність форм прояву сфери приватності; г) сукупність негативних і позитивних обов'язків держави. У контексті структури обов'язку захисту держава покликана «захистити одну людину від необгрунтованого вторгнення в приватне життя з боку іншої людини та... інтерпретувати законодавство таким чином, що дозволяє досягти такого результату».

5.5.6. Окремі сфери приватності

Як вже зазначалося, якогось універсального і всеохоплюючого визначення приватності немає – це все є питанням доктрини і судової практики. Це є очевидним, оскільки саме визначення є обмеженням чогось, а приватність є запереченням втручання з боку третіх осіб чи держави. Тому кожний конкретний випадок втручання у сферу приватної автономії може стати предметом судового контролю. Умовно можна виділити такі сфери приватності. Нижче наведені характеристики приватності також ще характеризуються англійською як *individual integrity*, найближчим відповідником українською якого буде «цілісність індивіда». Однак англійський термін *individual integrity* визначає низку параметрів людського індивіда як самодостатнього і самоцінного, який суверенно вступає у суспільні відносини.

i) Фізіологічна приватність. Як впливає із практики Верховного суду США, так і Європейського суду з прав людини, ця сфера охоплює як питання особистої свободи, зокрема заборони свавільного позбавлення особистої свободи, так і різних аспектів фізичної недоторканності особи. Фізіологічна недоторканність заснована на забороні заподіяння людині тілесних ушкоджень, застосування фізичної сили, жорстокого і нелюдського поводження, проведення над нею, без вільної згоди, медичних, наукових експериментів, а також

вжиття певних медикаментозних, болісних чи безболісних засобів тощо. Під час здійснення лікування необхідне вільне волевиявлення особи на випадок проведення певних дослідів, забору аналізів, імплантації донорських органів або вирішення питання про подальшу долю тіла та органів померлого тощо. Державне втручання у сферу фізіологічної недоторканості повинно бути передбачене законом, здійснюватися в інтересах суспільства і бути сумірним покладеній меті (пропорційним). У справі про аналіз спинномозкової рідини ФКС Німеччини наголосив²⁵¹:

«Приймаючи рішення про забір на аналіз спинномозкової рідини, суддя, як у всіх випадках втручання держави у сферу свободи, повинен дотримуватися принципу пропорційності між засобами і метою. Незважаючи на те, що публічний інтерес в розкритті злочинів, який корениться в особливо важливому, з точки зору правової держави, принципі законності (абз. 2 § 152 Кримінально-процесуального кодексу), взагалі виправдовує навіть втручання в область свободи обвинуваченого, одного суспільного інтересу недостатньо, якщо мова йде про серйозне втручання у сферу свободи. Тому, для оцінки пропорційності між метою і способом слід враховувати тяжкість передбачуваного діяння.»

ii) *Психологічна приватність.* Вона стосується як внутрішнього світу ідей, поглядів, світогляду людини, так і її психічного здоров'я. У англо-американській правовій системі ця сфера приватності є особливо захищеною від стороннього втручання, оскільки слугує засобом самоідентичності особистості. Рівною мірою конституційні гарантії від недопустимості втручання у світ психічних переживань та світогляду індивіда поширюються на випадки застосування детекторів брехні, наркотичних засобів, сироватки правди та інших методів встановлення істини, оскільки тим самим особа примушується до заяв або дій проти власної волі²⁵². Вона також означає захищеність особи від можливих погроз їй або членам її сім'ї, шантажування та інших форм впливу на свідомість чи підсвідомість людини.

У своєму поєднанні фізіологічна і психологічна приватність породжує у держави обов'язок здійснювати захист життя і здоров'я особи. Втручання у зазначенні сфери приватності є допустимим лише за згоди особи, зокрема потребується згода особи на застосування нових, не у повному обсязі досліджених взірців ліків або методик лікування. З іншого боку, на державі лежить

²⁵¹ BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme)

²⁵² Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы* 84.

позитивний обов'язок щодо забезпечення якісних медичних послуг для мало-забезпечених та інших категорій соціально вразливих осіб, а також системи медичного страхування та контролю за якістю медичних послуг. Про поєднання таких аспектів приватності піде мова в останній темі цього посібника.

iii) *Просторова приватність*. Цей аспект приватності стосується гарантій особистої недоторканності, недоторканності житла та іншого володіння особи, свободи пересування і поселення. Ще в Третій Поправці до Конституції США наголошувалося на неприпустимості поселення солдат у приватні будинки без згоди їх власників. Це стало відповіддю на порочну практику *Krieg füttert Krieg* (війна годує війну), яка склалася як звичайна практика утримання професійних солдат під час Тридцятилітньої війни, чим заподіювалися істотні збитки цивільному населенню, яке не брало участі у військових діях. Пізніше положення III Поправки до Конституції США були наповнені змістом у Гаазьких конвенціях про правила і звичаї ведення війни та в інших актах міжнародного гуманітарного права.

У Європейській Конвенції з прав людини визначили механізми захисту індивіда від свавільного позбавлення волі, передбачивши, щоб акт позбавлення волі був досяжним для незалежної судової перевірки, забезпечивши відповідальність влади за цей акт. Параграфи 3 та 4 статті 5 Конвенції наголошують на вимозі невідкладного судового контролю. Негайне судове втручання може викрити загрозливі для життя дії або погане поводження, які порушують фундаментальні гарантії, вміщені в статтях 2 і 3 Конвенції, або запобігти цьому. Йдеться як про захист фізичної свободи людей, так і про їхню особисту безпеку, що, за відсутності гарантій, може зруйнувати принцип верховенства права і залишити затриману особу поза дією навіть елементарних засобів правового захисту²⁵³.

Як свавільне обмеження волі ЄСПЛ розцінює примусове поселення, тримання у центрах утримання іноземців, що очікують депортації, насильне утримання особи в готелі, віддання до дисциплінарного підрозділу є найбільш суворим покаранням за військовим дисциплінарним законом, поміщення особи у в'язницю, у виверезник, поміщення особи у лікарню, пов'язане із обмеженням контактів та можливостей пересування.

iv) *Комунікативна приватність*, яка, зокрема, включає захист конфіденційної інформації про особу. Особа має право на збереження в таємниці будь-якої конфіденційної інформації, що стосується її особистого і сімейного

²⁵³ Бущенко А.П. (2003) *Стаття 5 Конвенції про захист прав людини та основних свобод. Систематизований дайджест рішень Європейського Суду з прав людини*. Харків: Права людини 24.

життя. До такої інформації відноситься лікарська таємниця, таємниця усиновлення, таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, адвокатська таємниця, таємниця вчинюваних нотаріальних дій, банківська таємниця, державна таємниця. Така інформація може збиратися, зберігатися, використовуватися та поширюватися лише на основі закону в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Зокрема, причиною відставки Прем'єр-міністра Чехії Роберта Гроса влітку 2005 р. стало опублікування в ЗМІ даних про те, що він купив квартиру в елітному районі Праги загальною вартістю близько 180 тисяч євро. Але Грос не зміг чітко пояснити походження своїх доходів, які дозволили купити таке дороге житло. Таким чином, одержання інформації про особу щодо джерел її доходів може стосуватися такого критерію, як економічний добробут.

Доступ до інформації про персональні дані особи є складовою приватності. Європейський суд з прав людини визнає, що може мати місце легітимне втручання у приватне життя, у формі стеження за особою воно може бути виправданим з мотивів суспільної необхідності, зважаючи на «технічні досягнення засобів шпіонажу і, відповідно, засобів спостереження» і «розвиток тероризму в Європі за останні роки». Тому можливо, що «діяльність або небезпека, проти якої спрямована низка заходів спостереження, може тривати роками, навіть десятиліттями після зупинення цих заходів». Подальше повідомлення особи про заходи стеження «може у значній мірі поставити під загрозу дострокову мету, яка від початку вважалася причиною ведення спостереження»²⁵⁴.

Також важливим у цьому компоненті приватності став захист персональних даних. Зокрема, згідно із Регламентом Європейського Парламенту та Ради ЄС 2016/679 визначаються правові засади захисту персональних даних фізичних осіб у зв'язку із їх опрацюванням та вільним їх рухом. У цьому контексті також слід згадати рішення ЄСПЛ у справі *Big Brother Watch v. UK*²⁵⁵, яке визначає критерії правомірності здійснення таємного стеження за приватними особами з боку поліції та спецслужб, зважаючи на гарантії недоторканності приватності.

²⁵⁴ *Klass and others v Federal Republic of Germany*, ECtHR Series A, NO 28 (1979-80) 2 EHRR 214, 6 September 1978.

²⁵⁵ *Big Brother Watch and Others v. UK*, App. No. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 13 September 2018.

У цій справі ЄСПЛ наголосив, що, незважаючи на розроблену широку юриспруденцію щодо таємних заходів нагляду, її практика стосується багатьох різних форм нагляду, включаючи, але не обмежуючись цим, перехоплення повідомлень. Це також стосується багатьох різних форм втручання у право особи на повагу до їх приватного життя; наприклад, в деяких випадках стосується перехоплення змісту повідомлень, інші стосуються перехоплення або отримання даних зв'язку або відстеження осіб через GPS. Оскільки Суд іноді робить різницю між різними видами нагляду та різними формами втручання, тому немає жодного комплексу загальних принципів, які застосовуються у всіх випадках щодо секретних заходів нагляду (§ 303).

Це є зрозумілим, зважаючи на різноманітність форм прояву підривної діяльності проти національної безпеки та конституційного ладу, що є особливо важливим для молодих конституційних демократій. З іншого боку, зловживання засобами таємного стеження може нагнітати атмосферу страху, пригнічуючи демократичні свободи, зокрема свободу вираження поглядів, свободи зібрань та вільної політичної конкуренції, що може стати шляхом до згортання демократичних свобод та становлення авторитаризму в тій чи іншій формі.

5.6. Громадянство та принцип рівності

5.6.1. Громадянство як основа політичної інтеграції

Інститут громадянства історично існував у період Античності, традицію якого було закладено у грецьких полісах та у республіканському Римі. Однак для періоду Античності з його інститутом рабства громадянство мало інший зміст, як це сьогодні прийнято вважати. У феодалній державі, яка базувалася на поділові населення на суспільні стани та на нерівних їхніх правах, існував інститут підданства. Цей інститут символізував певну залежність людини від влади монарха, її обов'язок знаходитися (під данню) та повністю виконувати волю свого сюзерена. Інститут громадянства сформувався у процесі буржуазних революцій під впливом теорії про природні і невідчужувані права людини, про її рівні громадянські й політичні права в суспільстві. Починаючи з Декларації незалежності Сполучених Штатів Америки (1776 р.), розпочався процес визнання людини як вільного і рівноправного члена суспільства, активного учасника здійснення суверенної влади народу.

На сьогодні прийнято вважати, що громадянство слугує одним із важливих інститутів національної ідентичності та політичної інтеграції суспільства. Так, за висловом Річарда Беллами: «Громадянство визначає членство, членство у суспільстві, в якому особа живе все своє життя»²⁵⁶. В умовах підвищення міграції населення (яка дещо знизилася у зв'язку із пандемією коронавірусу) таке консервативними політичними колами розглядалося як загроза національній ідентичності й інститут громадянства розглядається, за такого підходу, як інструмент забезпечення конституційної ідентичності.

5.6.2. Принципи громадянства

Набуття громадянства за народженням дитини може здійснюватися на підставі принципів права крові та права ґрунту. У випадку набуття громадянства за правом крові (*jus sanguinis*), береться до уваги громадянство батьків особи незалежно від місця її народження. Цей принцип поширюється також і на випадки у разі набуття батьками неповнолітньої особи іншого громадянства.

Набуття громадянства за принципом права ґрунту (*jus soli*) передбачає визнання за особою громадянства певної держави, завдяки факту народження особи на території певної держави, незалежно від громадянства або за обставин, пов'язаних з територією, з якою фізична особа має певні відносини. Територіальними факторами може бути й місце знайдення дитини, батьки якої не встановлені або не відомі.

Ці способи набуття громадянства є основними, однак вони завжди поєднуються певним чином. Спостерігається при цьому тісний взаємозв'язок законодавчого регулювання із цілями міграційної політики держави. У випадку, якщо держава заохочує прихід мігрантів, зокрема у зв'язку із дефіцитом робочої сили певних спеціальностей тощо, буде надаватися перевага принципу *jus soli*. У випадку ведення обмежувальної міграційної політики, ускладнення процедур набуття громадянства, як правило, принципу права крові (*jus sanguinis*) надається перевагу, це є домінуючий спосіб набуття громадянства.

Перевага може надаватися одному з них або ж вони можуть поєднуватися. У законодавстві більшості держав пріоритетним вважається принцип права крові, а принцип права ґрунту застосовується як додатковий, коли родинні зв'язки не дають змоги цілком певно визначити громадянство особи. Право ґрунту, зокрема встановлено законодавством США, латиноамериканських країн та інших. Українське законодавство надає перевагу принципу права кро-

²⁵⁶ Richard Bellamy, (2008), *Citizenship: A Very Short Introduction* 52.

ві, а принцип права ґрунту застосовується лише для дітей, батьки яких є особи без громадянства (апатриди).

Найбільш поширеним способом набуття громадянства вважається так зване укорінення або набуття громадянства в порядку *натуралізації*, тобто надання органами державної влади громадянства особі, яка про це просить. При цьому прийняття до громадянства цієї країни не обов'язково тягне за собою втрату попереднього громадянства. Національні правопорядки деяких країн допускають множинність громадянства і не завжди набуття нового громадянства слугує підставою для припинення відносин громадянства із державою свого походження. Натуралізація має місце також під час утворення нової держави, через що особи, що проживають на відповідній території, набувають прав і обов'язків новоствореної держави.

Оптація (вибір громадянства) має місце, як правило, у випадку переходу певних територій з однієї держави у склад іншої. Зокрема, згідно з умовами міждержавного договору між СРСР та ЧСР, передбачалося, що українці, росіяни та білоруси, що проживали на території ЧСР, згідно з новими міжнародними домовленостями, протягом року приймали рішення про вибір громадянства. У випадку, якщо вони приймали рішення про перехід до громадянства СРСР, то їм забезпечувалося компенсація вартості майна та затрат на проїзд до нового місця проживання. При цьому спостерігалися порушення прав людини, тому що багато лемків Пряшівщини були переселені з незрозумілих причин на Волинь, а не на територію Закарпаття, де б вони могли краще інтегруватися. У свою чергу, чехи і словаки, що проживали на території Закарпаття могли визначитися щодо своєї приналежності до ЧСР або до СРСР.

Водночас в інституті громадянства стають важливими гарантії запобігання ситуацій із втратою громадянства. Зокрема, заходи держави щодо запобігання множинності громадянства не можуть мати наслідком набуття особою статусу апатрида – особи без громадянства. Водночас судова практика є суперечливою у питаннях забезпечення конституційної ідентичності. Спочатку Конституційна рада Франції відмовила у наданні згоди на натуралізацію жінки-мусульманки, тому що *«вона прийняла радикальну практику своєї релігії, яка є несумісною з основними цінностями французького соцієтатé, особливо принципу рівності між чоловіками і жінками»*. Однак пізніше Конституційна рада відмовилася від цього підходу, посиляючись на принцип рівності та заборону дискримінації.

5.6.3. Права мігрантів, право притулку та біженці

Варто взяти до уваги той факт, що існує практика держав, в якій особа звернулася за отриманням притулку, про вислання такої особи за межі країни або на вимогу іншої країни – про її екстрадицію. Але наявність імперативної заборони катування і нелюдського і такого, що принижує людську гідність, поводження або покарання, передбачена у ст. 3 Конвенції про захист прав людини й основних свобод (1950), зобов'язує державу здійснювати такий аналіз. Іншими словами, біженці або інші іноземці, які перебувають на території держави, не повинні бути вислані до країни, в якій вони можуть зазнати поводження, забороненого ст. 3 Конвенції 1950 р. А таким чином, вони мають право знаходитися на території держави-притулку стільки, скільки будуть існувати небезпечні умови.

Поняття «негуманне поводження» охоплює таке поводження, як навмисне завдання серйозних страждань, моральних та фізичних, які є незаконними. Термін «тортури» часто використовується для визначення негуманного поводження, що має на меті отримання певного роду інформації, визнання або призначення покарання. Поводження може вважатися принижуючим, якщо воно суттєво ображає його перед іншими особами або примушує його діяти проти волі і совісті²⁵⁷.

ЄСПЛ констатував, що очікування смертного вироку, який був предметом побоювань з боку заявника, було визнано фактором, який автоматично приводить в дію механізм ст. 3 Конвенції. Крім того, Суд звернув увагу, що з урахуванням тривалого терміну очікування смертного вироку в таких тяжких умовах, як камера смертників, наявність страждань, які викликані цими факторами, а також через очікування виконання смертного вироку, може привести до того, що вислання заявника буде порушенням зобов'язань, передбачених ст. 3 Конвенції²⁵⁸. Факти причетності поліції до вбивств та викрадень, суттєвих порушень з боку сил безпеки країни може привести до реального ризику поводження, яке заборонене ст. 3 ЄКПЛ²⁵⁹.

Згідно зі ст. 1 Конвенції про статус біженців і Протоколом 1967 р., біженцями можна вважати осіб, які: а) знаходяться поза державою свого походження

²⁵⁷ *Формы дополнительной защиты: извлечения из прецедентного права Европейского суда по правам человека. в: Дополнительные и вспомогательные формы защиты: Сборник аналитических материалов и международно-правовых документов.* Киев.: УВКБ ООН, 2004. С.39

²⁵⁸ *Рішення ЄКПЛ у справі Сьорінг проти Сполученого Королівства.* В: *Европейський суд по правам человека: Избранные решения.* В 2 т. Т. 1. Москва: Норма, 2001. С. 637 – 659.

²⁵⁹ *Рішення ЄКПЛ у справі Чахал проти Сполученого Королівства.* В: *Европейський суд по правам человека: Избранные решения.* В 2 т. Т. 2. Москва: Норма, 2001. С. 60 – 296.

ня, громадянства або постійного проживання; не можуть або не бажають користуватися захистом цієї держави і не можуть та не бажають повертатися до цієї держави; обґрунтовано побоюються стати жертвою переслідування у державі свого походження; переслідування ґрунтуються на ознаках раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або на політичних переконаннях²⁶⁰.

Біженець не може бути висланий або примусово повернутий до країн, де його життю або свободі загрожує небезпека через його расу, віросповідання (релігію), національність, громадянство (підданство), належність до певної соціальної групи або політичні переконання.

Біженець не може бути висланий або примусово повернутий до країн, де він може зазнати катування та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, або з якої він може бути висланий або примусово повернутий до країн, де його життю або свободі загрожує небезпека через його расу, релігію, національність, громадянство (підданство), належність до певної соціальної групи або політичні переконання.

Підлягають правовому захистові не лише біженці, а також і інші особи, які, завдяки міжнародно-правовим зобов'язанням України, повинні отримати певний захист. Зокрема, до таких осіб можна віднести осіб, які можуть побоюватися тортур у країні свого постійного проживання; зазнавати переслідувань у зв'язку з військовими діями; у результаті стихійного лиха чи катастрофи національного масштабу. Це також може поширюватися на осіб, які не можуть набути статусу біженця, однак їх вислання може розцінюватися як порушення Конвенції ООН проти катування.

Демократичні держави передбачають у своїх конституціях та законодавстві можливість надання іноземцям права притулку. Наприклад ст. 16, абз. 2 німецького Основного Закону передбачає: «*Особи, які переслідуються за політичними мотивами, користуються правом притулку*». Надання притулку, як і визнання особи біженцем, не тягне за собою автоматичного надання громадянства.

Також проблема визначення статусу шукачів притулку пов'язана із недосконалістю міжнародного механізму захисту прав біженців, а також із недостатнім врегулюванням їхнього статусу всередині держав. Це призводить до того, що значна кількість переміщених осіб не підпадає під категорію біженців *de facto*, але

²⁶⁰ Буроменський М.В. (ред.) *Міжнародний і національний захист прав людини та права біженців*. Харків, 2004. С. 55.

не користується офіційним захистом *de jure*. У результаті права багатьох переміщених осіб країн Африки (Сомалі, Судану та ін.) чи Азії (Афганістан, Бангладеш, М'янма, Сирія та ін.) не можуть одержати належного правового захисту. Деякою мірою їхній захист забезпечується інструментами місцевого звичаєвого права на прикордонних територіях, де проживають представники тих же етнічних груп.

5.7. Право на участь та політичний процес

Людина у політичній сфері вступає у правовідносини, пов'язані зі здійсненням влади. Політична сфера діяльності людини є багатогранною: участь у формуванні органів публічної влади, заміщення представницького мандату або посад на публічній службі, здійснення впливу на хід та зміст владних рішень, здійснення контролю над діями суб'єктів владних повноважень. Політичні права можуть реалізовуватись особою як індивідуально, так і колективно (через громадські об'єднання). Прикладом такого політичного права, що реалізується тільки колективно, може бути право на збори, мітинги, об'єднання у політичні партії та громадські організації, яке одноосібно здійснити неможливо.

5.7.1. Право на петиції

Права на звернення до органів публічної влади можуть бути як індивідуальними, так і колективними. На них поширюються вимоги належної правової процедури, зокрема стосовно права бути заслуханим.

i) Засади деліберативної демократії та право на звернення і бути заслуханим: відстоювання права меншості проти рішень більшості. Право петицій виникло чи не разом зі свободою вираження поглядів. Спочатку право на подання петиції слугувало як індивідуальне правове відшкодування, яке в Англії з XIV століття перетворилося на загальне право права на оскарження, оскільки поступово петиції стосувалися переважно питань суспільного значення і часто були тісно пов'язані із критикою діяльності монархів чи їх урядів. Його політичний вимір як право на слухання законопроектів розгорнулося у сімнадцятому столітті в боротьбі між Парламентом і Стюартами і став частиною Білєю про права 1689 року²⁶¹.

ii) *Право на звернення з петиціями (колективними зверненнями)*. Це право є важливим напрямом демократичного розвитку держави і суспільства. Воно

²⁶¹ Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.). (2003) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 950.

забезпечує можливість громадянам України брати участь в управлінні державними та суспільними справами, впливати на поліпшення роботи органів державної влади і місцевого самоврядування, відстоювати і захищати свої права та інтереси. В останній час стали популярними електронні петиції. Наприклад, в Німеччині у 2005 р. були запроваджені електронні петиції до Бундестагу, які підлягали розгляду, якщо вони охоплюють понад 50 000 підписів та які були зібрані протягом трьох тижнів з дня публікації на платформі електронної петиції, які заслуховуються Комітетом з питань петицій. Найуспішнішою було зібрання підписів в Німеччині впродовж чотирьох днів, яке досягло 134 015 загального числа підписів. Парламенти Великобританії, Шотландії, Південної Кореї та Квінсленда Австралії також користуються цим інструментом.

iii) Право на індивідуальні звернення та процесуальні права людини. Згідно із принципом довіри, розглядаючи звернення, посадова особа повинна вжити всіх заходів щодо забезпечення належної процедури проведення перевірки. Разом з тим, в Україні сьогодні так ще й не реалізовано принцип єдиного вікна процедур розгляду звернень, зокрема реєстраційних процедур. Виникають істотні проблеми забезпечення поваги до гідності особи, що звертається, з боку посадових осіб, їх необ'єктивності та упередженості під час розгляду звернень. Загальним стандартом розгляду індивідуальних звернень є гарантії особи бути заслуханою з питань, що стосуються її суб'єктивного публічного права. Також у практиці конституційного судочинства наявна відмова від припинення провадження у справі, навіть у випадку звернення із конституційною скаргою, якщо предмет звернення складає публічний інтерес. У такому разі справа розглядається по суті. Право петицій, як право індивіда, виступає процесуальною гарантією прав людини і встановлює вимоги для публічної влади розглянути звернення і вивчити всі істотні обставини справи, щодо яких порушено звернення.

5.7.2. Право на участь: свобода зібрань та асоціацій

Ці свободи розглядаються як фундаментальні політичні права, які характеризують участь громадян у політичному процесі та вплив на ухвалення владних рішень.

i) Право на свободу зібрань. Зібрання є одним із засобів формування думки громадян, формування громадської і політичної думки. Таким шляхом народ отримує додатковий засіб впливу на хід та зміст прийняття владних рішень. Свобода зібрань також є засобом контролю населення над владою. Конституція не містить обмежень щодо форм зібрань, тому вони можуть бути реалізовані у будь-якій формі прямо не забороненій законом. Зокрема, зі-

брання невизначеної тривалості (вахта миру, наметове містечко, пікетування, голодування тощо) також підпадають під конституційний захист. Головною при цьому є колективна форма вираження думки.

Історичні джерела свободи зборів сходять до Англії та Північної Америки XV століття, де проводилися перші збори для публічного обговорення та обговорення звернень до парламентів. Стаття XVI Конституції Пенсильванії 1776 року, як перша конституційна спроба кодифікації свободи зібрань, демонструє властиво політичний характер цього права та його зв'язок з принципом народного суверенітету²⁶²:

«Щоб люди мали право збиратися разом, щоб проконсультуватися з їх спільним благом, доручити своїх представників та звернутися до законодавчого органу для направлення скарг за адресою, петицією або доказом».

Зібрання є одним із засобів формування думки громадян, формування громадської і політичної думки. Таким шляхом народ отримує додатковий засіб впливу на хід та зміст прийняття владних рішень. Свобода зібрань також є засобом контролю населення над владою. Конституція не містить обмежень щодо форм зібрань, тому вони можуть бути реалізовані у будь-якій формі прямо не забороненій законом. Зокрема, зібрання невизначеної тривалості (вахта миру, наметове містечко, пікетування, голодування тощо) також підпадають під конституційний захист. Головною при цьому є колективна форма вираження думки.

Конституційний захист поширюється на мирні зібрання. У випадку проведення демонстрації може виникнути колізія тлумачення, оскільки проведення демонстрацій може супроводжуватися певними провокаціями, безчинством, що може загрожувати громадському порядку. Однак провокування під час демонстрації не завжди означає посягання на мирне життя. Якщо ж збираються особи, що мають явний намір спровокувати масові заворушення, то таке зібрання не підпадає під конституційний захист.

Свобода зібрань означає, перш за все, право збиратися без попереднього повідомлення, вимоги на дозвіл або будь-яких інших умов, які перешкоджають мирному зібранню людей. Проте влада потребує попередніх знань про місце, час та очікувану кількість учасників демонстрації, щоб захистити права та інтереси незаінтересованих осіб та громадськості в цілому. Для цього існує потреба у належному правовому регулюванні свободи зібрань. З цього приво-

²⁶² John D. Inazu, (2010) The Forgotten Freedom of Assembly 84 *Tulane Law Review* 565, 571ff.

ду Європейський суд з прав людини висловився так²⁶³:

«загальновизнано, постанова Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» стосується тимчасового застосування законодавства Радянського Союзу, і досі парламентом України не було введено в дію жодного закону, який би регулював порядок проведення мирних демонстрацій, хоча статті 39 та 92 Конституції чітко вимагають того, щоб такий порядок було встановлено законом, тобто актом парламенту України. Хоча Суд погоджується з тим, що державі може знадобитися певний час для прийняття законодавчих актів протягом перехідного періоду, він не може погодитися з тим, що затримка у понад двадцять років є виправданою, особливо коли йдеться про таке фундаментальне право як свобода мирних зібрань».

Однак у цій справі суддя *ad hoc* від України Станіслав Шевчук висловив окрему думку, в якій наводив аргументацію щодо відсутності нагальної потреби в регулюванні свободи зібрань у вигляді окремого закону, фактично підтримавши наявне регулювання у вигляді декількох законів про місцеве самоврядування, Національну поліцію, Службу безпеки України, яке склалося на сьогодні. Конституційний Суд України у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання наголосив на позитивних обов'язках держави²⁶⁴:

«Тривалість строків завчасного сповіщення має бути у розумних межах і не повинна обмежувати передбаченого статтею 39 Конституції України права громадян на проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій. Такі строки мають слугувати гарантією реалізації цього права громадян. Упродовж цього строку зазначені органи мають здійснити і ряд підготовчих заходів, зокрема, для забезпечення безперешкодного проведення громадянами зборів, мітингу, походу чи демонстрації, підтримання громадського порядку, охорони прав і свобод інших людей. У разі необхідності, органи виконавчої влади чи місцевого самоврядування можуть погоджувати з організаторами масових зібрань дату, час, місце, маршрут, умови, тривалість їх проведення тощо.

²⁶³ *Shmushkevych v. Ukraine*, App. No. 3276/10, Judgment on 14 November 2011.

²⁶⁴ Рішення КСУ № 4-рп/2001 від 19.04.2001 р.

Строк завчасного сповіщення має бути достатнім і для того, щоб органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування могли визначитися, наскільки проведення таких зібрань відповідає закону, та, в разі потреби, згідно з частиною другою статті 39 Конституції України, звернутися до суду для вирішення спірних питань».

ii) *Свобода асоціацій* сьогодні визнається «як фундаментальний принцип, що визнається законами республіки» (рішення у справі про асоціації Конституційної Ради Франції)²⁶⁵. Можливість об'єднання у різноманітні організації є невід'ємною частиною сучасного демократичного ладу, оскільки люди через організації інтегруються за спільністю інтересів і ці організації є основним каналом впливу народу на прийняття та зміст рішень органів публічної влади. Це право дозволяє громадянам об'єднувати свої зусилля для здійснення своїх інтересів і захисту своїх прав та свобод. Сукупність такого роду об'єднань відображає можливість шляхом самоорганізації вирішувати свої справи без втручання держави.

У конституційному значенні свобода асоціацій як політичне право поширюється на некомерційні організації, які засновані на добровільному членстві, мають демократичну структуру, можливість демократичного вирішення внутрішньоорганізаційних спорів. Якщо організація має республіканський чи регіональний характер, то, з точки зору демократичної легітимації, важливим є наявність територіальних осередків, що свідчить про значний громадський вплив організації, наявність зворотних зв'язків із населенням, широких можливостей представництва інтересів населення перед органами публічної влади і посадовими особами. Хоча наявність осередків у певній кількості адміністративних одиниць не може покладати в основу обмеження легалізації об'єднання – таке обмеження є надмірним і непропорційним, посягаючи на сутнісний зміст свободи асоціацій. Свобода зібрань також виконує функцію політичної інтеграції, оскільки на основі її реалізації можна здійснити завдання по заснуванню багатопартійної змагальної політичної системи із репрезентативністю інтересів.

iii) *Обмеження свободи асоціацій*. Обмеження можуть встановлюватися законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (наприклад, ст. 36 Конституції України). Також не допускається створення і діяльність організаційних структур політичних партій в органах виконавчої та судової влади, виконавчих органах

²⁶⁵ Decision of Constitutional Council no. 71-44 DC of 16 July 1971 (Law completing the provisions of Articles 5 and 7 of the Law of 1 July 1901 on association agreements)

місцевого самоврядування, у військових формуваннях, а також на державних підприємствах, в установах, організаціях та навчальних закладах. Важливою гарантією для об'єднань громадян є встановлення судового порядку заборони їх діяльності.

5.8. Економічні права

5.8.1. Право власності

У ліберальній конституційній традиції право власності вважається засадничим правом, яке гарантує приватну автономію індивіда. Попри дискусійний характер цієї тези, з методологічних міркувань, вона є доволі поширеною у сучасному конституціоналізмі. Право власності базується на свободі договору, яка передбачає мінімальне втручання держави у процес переходу власності і передбачає обов'язок держави забезпечувати належне виконання зобов'язань. У справі *Lochner v. New York* Верховний суд штату Нью-Йорк визнав порушення свободи договору положень акта легіслатури штату, яким введено обмеження тривалості робочого часу для пекарів. Суд вказав, що це є «необґрунтоване, непотрібне та довільне втручання у право та свободу особи укладати контракт»²⁶⁶. Однак пізніше такий лібертаріанський підхід був змінений. У 1934 році Верховний суд у рішенні у справі *Nebbia v. New York*²⁶⁷ підкреслив, що не існує конституційного фундаментального права на свободу договору. У 1937 р. Верховний суд у справі *West Coast Hotel Co. V. Parrish*²⁶⁸ здійснив перегляд такого прецеденту (overruling) і ознаменував кінець ери Лохнера, відкинувши ідею, що свобода договору повинна бути необмеженою.

i) *Обсяг права власності*. Розуміння сутнісного змісту права власності зазнало своєї еволюції від концепту *lasses-faire* до певних соціетальних концептів, згідно з якими на власника також накладаються певні обов'язки через нерівномірний характер розподілу майна на ринку. Прикладом ліберального підходу, згідно з яким передбачається мінімальне втручання держави у здійснення права власності, є позиція американського Верховного суду до середини 1930-х р., відколи розпочався «Новий курс» Президента Франкліна Делано Рузвельта. Так, в одному зі своїх рішень Верховний суд США наголосив²⁶⁹:

²⁶⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

²⁶⁷ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)

²⁶⁸ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937),

²⁶⁹ *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

«Зважаючи на природу речей, неможливо відстояти свободу договору і право приватної власності без визнання легітимним цього стану нерівності, який є необхідним результатом здійснення цих прав».

Однак із посиленням ідей соціал-демократії та виникненням масових політичних партій змінюються підходи до розуміння права власності. Воно починає соціалізуватися через введення формули у Веймарській конституції 1919 р. про «соціальну функцію» власності. Цьому передували реформи соціального страхування та соціального забезпечення, проведені ще наприкінці XIX століття в Британській та Німецьких імперіях. Це не було запереченням приватної власності, як склалося після Жовтневого перевороту 1917 р. у радянській Росії із брутальними конфіскаціями та експропріаціями майна. Натомість після Другої світової війни соціалізація економічного порядку та соціальна функція власності знайшли своє відображення у конституціях Італії, ФРН та Франції. Це дало змогу поступово сформулювати доктрину обов'язку захисту з боку держави, згідно з якими, держава несе не лише негативні (у їх класичному розумінні), а також і позитивні обов'язки захисту права власності.

Негативний обов'язок держави полягає у мінімальному втручанні у здійснення права володіння та права власності. Принаймні таке втручання повинне здійснюватися з мотивів суспільної необхідності, бути пропорційним і не зазіхати на сутнісний зміст такого права, здійснюватися на основі закону з додержанням належної процедури обмеження такого права або вилучення такого майна лише за умови попереднього і повного відшкодування його вартості.

Також *держава несе позитивний обов'язок* забезпечити належний захист права на майно. Позитивний обов'язок держави полягає у захисті: 1) прав власника майна; 2) прав добросовісного його володільця та 3) права на сервітут.

Невиконання такого позитивного обов'язку з боку держави ЄСПЛ, безумовно, розглядає як грубе порушення права власності. Зокрема, допустивши випуск додаткової емісії акцій, що призвело до штучного «розмивання» пакету акцій міноритарного акціонера, ЄСПЛ констатував, що Україна не виконала позитивного обов'язку щодо належного захисту власності»²⁷⁰.

Як компонент позитивного обов'язку держави розглядається оподаткування, оскільки воно є інструментом акумуляції ресурсів (формування публічних фінансів) та перерозподілу благ.

²⁷⁰ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Judgment on 27 July 2002.

ii) *Елементами публічного економічного порядку здійснення права власності* є такі: 1) здійснення права власності на свій розсуд, відповідно до її правового режиму; 2) ефективне використання власності відповідно до її призначення та забезпечення безпеки довкілля; 3) належна правова процедура відчуження власності з мотивів суспільної необхідності на основі попереднього і повного відшкодування власності; 4) додержання рівності доступу до власності у випадку її переходу із публічної у приватну власність на основі відкритого конкурсу або відкритої процедури розпаювання тощо; 5) заборона використання власності на шкоду довкіллю, правам інших людей, публічним інтересам або на погіршення її природних якостей; 6) обмеження монополізму та захист конкуренції на ринку рухомого і нерухомого майна; 7) ведення земельного кадастру та державного реєстру операцій з нерухомістю.

Європейський Суд з прав людини, розглядаючи справи, визнає, що втручання у здійснення власності повинно бути виправданим міркуваннями суспільної необхідності, тобто бути пропорційним і не посягати на сутність права власності. Таке втручання є правомірним у випадку додержання трьох умов: 1) таке втручання не посягає на безперешкодне здійснення права власності; 2) забезпечення належної процедури відчуження майна; 3) держава покликана забезпечити всі необхідні заходи задля належного контролю здійснення власності відповідно до інтересів суспільства²⁷¹.

iii) *Гарантії права приватної власності від свавільного вилучення.* Необхідною умовою обмеження права власності або її відчуження є попереднє і повне відшкодування її вартості із забезпеченням компенсації інших обмежень, пов'язаних із таким втручанням у здійснення власності. У випадку виникнення спорів про розмір компенсації, остаточно таке питання вирішує суд.

5.8.2. Економічні права: свобода вибору професії і роду заняття

Радянський Союз, фактично, зберіг традиційний інститут Московської держави кріпацтва у формі колективізації селянських господарств на фоні інституту прописки, що фактично означало неможливість сільських жителів отримати внутрішні паспорти громадянина і вільно пересуватися по країні (така заборона була остаточно знята лише у 1974 р., коли розпочинали видавати паспорти і сільським жителям). Все це остаточно консервувалося

²⁷¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgement of 23 September 1982

кримінальною відповідальністю за дармоїдство («тунеядство»), яка також виступала вельми «зручним» засобом розправи над дисидентами (введена 4 травня 1961 Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про посилення боротьби з особами, що ухиляються від суспільно-корисної праці та ведуть антисуспільний паразитичний спосіб життя»). Ця «спадщина» і по сьогодні має специфічний вплив на практику забезпечення свободи вибору професії і роду занять у пострадянських країнах.

i) *Самовизначення особи та право на вибір роду заняття.* Наведені підходи у регулюванні в державному праві Радянського Союзу права на працю фактично перетворювало її на прихований інститут кріпосництва, який був традиційним для Московської держави та Росії, фактично будучи запереченням сутності його змісту, приховуючи підневільний стан переважної більшості своїх жителів. Такий стан речей був справжньою атакою на людську гідність, зокрема на самовизначення особи та вибір роду заняття на свій вільний розсуд, керуючись власними здібностями, життєвим пріоритетам, стратегіям та прагненням до щастя. Основними формами свободи вибору роду занять є свобода підприємницької діяльності та свобода вибору професії.

ii) Свобода підприємницької діяльності має інституційний, індивідуальний та публічний аспект²⁷². *За інституційною природою* ця свобода пов'язана із вільною конкуренцією, недопущенням зловживання, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Це пов'язано з тим, щоб мінімізувати необґрунтоване втручання держави у ринкові відносини. Однак таке невтручання повинне базуватися на певних правових гарантіях (антимонопольне, конкуренційне законодавство), розмежування сфер конкуренції та економічної політики держави. Держава через підприємства, які їй належать на основі акціонерного капіталу чи як державні агентства, виступають на ринку як учасники ринкових відносин, а не як суб'єкти владних повноважень. Однак із конституційного обов'язку забезпечувати засади ринкової економіки випливає вимога про неприпустимість зловживання «засобами монополізації» – субсидюванням, передачею майна у безоплатне користування тощо.

З точки зору *забезпечення індивідуальних прав*, індивіду належить право бути зареєстрованим як суб'єкт підприємницької діяльності без додаткових перешкод та будь-яких ознак дискримінації. У цьому відношенні індивідуальні права можна трактувати як свободу вибору професії, виду професійної

²⁷² Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE 339-341.

діяльності, визначення мети, програми і напрямків своєї підприємницької діяльності, вступ підприємців до асоціації для захисту своїх інтересів. Також важливе значення має заборона примусової праці.

iii) *Публічний аспект свободи підприємницької діяльності* пов'язаний із публічним економічним порядком, заснованим на обмеженні монополізму, захисті конкуренції, здійсненні реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності на єдиних правових засадах та з ліцензуванням окремих видів підприємницької діяльності. Втручання держави у підприємницьку діяльність може здійснюватися на основі закону з мотивів: а) забезпечення соціального захисту населення та соціальної спрямованості економіки; б) обмеження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції; в) недопущення поєднання зайняття підприємницькою діяльністю із публічною службою; г) додержанням суб'єктами підприємницької діяльності права інтелектуальної власності; д) додержанням прав і свобод працівників; е) захистом прав споживачів.

iv) *Свобода вибору професії*. Як Конституція, так і міжнародно-правові акти гарантують свободу вибору виду професійної діяльності, не надаючи чітких гарантій зайнятості. Згідно зі ст. 6 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, кожен має право реалізувати можливість заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується. Засади економічного лібералізму гарантують економічні свободи, зокрема свободу контрактів, від довільного державного втручання. Для такого втручання має існувати певний публічний інтерес, який спрямовується на забезпечення балансу інтересів. Наприклад, у справі Лохнера²⁷³ відправною точкою для Верховного суду США було те, що «загальне право на підписання контракту стосовно його бізнесу» було «частиною свободи особи, захищеної Чотирнадцятою поправкою». Проблеми нерівності розподільчої влади, пізніше були зняті, з огляду на те, що²⁷⁴:

«за природою речей неможливо дотримуватися свободи договору та права приватної власності, одночасно не визнаючи легітимності нерівномірного розподілу фортуни, яка є необхідним результатом для здійснення цих прав».

Виходячи із таких постулатів власник несе певні ризики та водночас обов'язки у разі здійснення права власності шляхом використання найманої

²⁷³ *Lochner v New York* 198 US 45, 57 (1905).

²⁷⁴ *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

сили. У свою чергу, свобода вибору професійної діяльності накладає на державу позитивні обов'язки у створенні відповідних умов для повного здійснення громадянами права на працю, забезпечення гарантій рівних можливостей у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізація програми професійно-технічного навчання, підготовки та перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. На роботодавця, у зв'язку з цим, накладаються обов'язки щодо виплати винагороди у розмірі, необхідному для забезпечення людської гідності та права особи на вільний розвиток як індивіда.

v) *Право на об'єднання у професійні спілки та захист трудових прав.* В епоху масових громадських рухів та об'єднань на рубежі XIX-XX століть зростає роль професійних спілок, які протистоять роботодавцям і відстоюють права працівників. У результаті зіткнень цих інтересів зароджується соціальне партнерство, засноване на розумінні соціальної функції власності та свободи договору, які мають гарантувати гідний рівень життя індивіда, зокрема шляхом додержання прав працівників. У реалізації соціального партнерства відіграв значну роль досвід Веймарської республіки, V Французької республіки, Італії. Однак сьогодні структура зайнятості змінюється, розширюється практика неповного робочого часу за рахунок фрілансу, коло професій у сфері обслуговування, де складно знайти місце професійним ланкам. Знову на порядку денному стоять допустимі обмеження свободи договору, які визначають умови контракту між працівником та роботодавцем. На перший план виходить юридична грамотність контрагентів за контрактом та гарантії поваги людської гідності. Зокрема, У Бельгії повага людської гідності охоплює «право на справедливий умови праці та справедливую винагороду» (ст. 23 Конституції). Водночас існують підходи, згідно з якими передбачаються не лише право не на мінімальну заробітну плату, а на прожитковий мінімум (Норвегія), достатню заробітну плату (Італію та Іспанію) або справедливую заробітну плату (Бельгія)²⁷⁵.

Сьогодні роль профспілок змінюється, оскільки доволі значний сегмент працівників працюють на засадах фрілансу чи аутсорсингу, коли вони працюють не фіксований робочий день, а для виконання певного обсягу робіт за певний час або вони мають досягти певного результату (наприклад, у сфері ІТ розробити певну комп'ютерну програму чи нову технологію обробки цифрових даних).

²⁷⁵ Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2003. P. 1044.

5.9. Доктрина стверджувальних дій та соціальні права

5.9.1. Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій *affirmative action*)

Основні права мають надпозитивний характер і вони передбачають збалансоване державне втручання у сферу приватної автономії. Держава зобов'язана піклуватися про гідний рівень життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда шляхом задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних та подібного роду потреб. Фактично, ступінь забезпеченості соціально-економічних прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципі соціальної держави. Як стверджується в одному дослідженні²⁷⁶:

«Соціальні права складають »весь діапазон від права на частку економічного добробуту та безпеки до права на розділ в повній мірі соціальної спадщини і жити життям цивілізованої істоти відповідно до стандартів, що переважають у суспільстві. Інституціонально найтісніше пов'язані з ними система освіти і соціальні послуги»».

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у бік думки, що Основний Закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини як недоторканну і тим самим як одне із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними.

Тому вважають, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнається статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не можуть бути захищені у судовому порядку. Такий режим є характерним для Німеччини, Австрії, а в Іспанії з цих же підстав конституційний суд не приймає скарги з приводу соціально-економічних прав²⁷⁷.

²⁷⁶ Т.Н. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1964), 72.

²⁷⁷ Ледаєх И.А. *Защита прав человека как функция конституционного правосудия. Современная защита прав и свобод человека*. Москва, 1994. С. 45-46.

З точки зору стверджувальних дій держави, можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу, принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливу частку при розподілі всіх благ²⁷⁸.

Здійснення соціальних прав пов'язане із втручанням держави у здійснення права власності, як правило, у формі контролю за ним шляхом оподаткування та виплат у певні фонди соціального страхування. На цій основі у держави виникає обов'язок забезпечити належне функціонування соціальних фондів, збереження вкладених до них коштів від можливих зловживань та забезпечення доступу до належної їм частки майна. Водночас така система соціального захисту може бути піддана критиці і стати неспроможною у разі зміни демографічної структури населення (переважання неповнолітніх чи значна частка пенсіонерів по відношенню до працездатного населення, економічна структура чи негативна динаміка розвитку національної економіки). За таких умов держава має схилитися до заохочення накопичення жителями коштів на банківських рахунках та заощадження власних витрат, а також посилювати соціальне страхування на індивідуальній основі.

5.9.2. Соціальні права і обов'язок законодавця щодо їхнього належного правового регулювання

У країнах розвинутої ринкової економіки, здійснення інституту приватної власності, а також усталених структур громадянського суспільства слугує надійною перепорою для використання державою «перерозподільчих» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам. Ця обставина ігнорувалася радянською пропагандою (від газетних публікацій до докторських дисертацій), яка намагалася довести, що західний світ був «змушений» рахуватися із досягненнями «соціалістичної демократії» і маскувати свою антинародну сутність, проголошуючи «жалюгідні та урізані» соціально-економічні права.

²⁷⁸ Госепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини. В: Госепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр, 2008. С. 138.

У свою чергу, це тягне негативні наслідки: 1) збереження, а інколи й посилення патерналістських установок масової свідомості; 2) виникнення серйозних труднощів, що перешкоджають заміні зрівняльного розподілу соціальних благ адресною допомогою малозабезпеченим; 3) зниження значущості громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження колишніх, радянських стереотипів поведінки, через які положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захисту²⁷⁹.

Конституційний Суд України у рішенні № 5-р/2018 сформулював підхід, згідно з яким, соціальний захист не охоплює пільги та компенсації, оскільки вони встановлюють винятки із загального правила щодо обов'язку держави здійснювати соціальний захист:

«Верховна Рада України, виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей держави та з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства, має змогу запроваджувати, змінювати, скасовувати або поновлювати такі пільги, оскільки вони не мають фундаментального характеру, а отже, не можуть розглядатися як конституційні права, свободи та гарантії їх реалізації».

Польський Конституційний трибунал динамічно тлумачить конституційні положення, зокрема принцип рівності як забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно з конституційними принципами, цілями та цінностями²⁸⁰. Починаючи з 1990 р. ситуація із забезпеченням соціально-економічних прав стала змінюватися, оскільки йшов процес економічної трансформації системи соціального захисту, соціального страхування, що на практиці привело до зменшення соціальних гарантій.

Повага до людської гідності встановлює вимоги якісного законодавчого регулювання у сфері соціальних права. Тобто, відсутність належного правового регулювання є також порушенням права на соціальний захисту. Як зазначив Конституційний Суд Литви від 8 серпня 2006 р. прогалини у законодавстві не можуть бути свідченням належного правового регулювання – на

²⁷⁹ Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение*. 2000. № 1. С. 150.

²⁸⁰ Гарлицкий А.А. Польский Конституционный Трибунал и социальные права. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1. С. 157-161

законодавцеві лежить позитивний обов'язок врегулювати правовідносини:

«...у разі прогалин у законодавстві, що заборонено Конституцією, суди повинні заповнити прогалини у конкретному окремому випадку, і що це має здійснюватися шляхом застосування, в першу чергу, конституції і загальних принципів права. Однак, таке рішення суду не знімає обов'язок законодавця заповнити відповідну прогалину в праві. Зазначені рішення КС можуть мати значення під час вирішення справ, що стосуються соціальних прав особи, реалізація та відновлення яких (якщо ці права були порушені) було б неможливими, якби законодавець намагався уникнути регулювання відповідних відносин у встановленому порядку за допомогою звичайного закону».

Інфляція зумовила необхідність постійної індексації зарплат і пенсій, що стало причиною затримки їх виплат. Тому, Конституційний трибунал Польщі знаходився у складному становищі: під час винесення рішення він знаходився у виборі між винесенням економічно не виконуваного рішення та відступу від принципів і цінностей, що закріплювалися польською конституцією. Обґрунтовуючи відступ від цих принципів, Конституційний трибунал обґрунтовував свою позицію тим, що принцип соціальної справедливості є підставою для обмеження деяких пенсійних прав, які мають характер необґрунтованих привілеїв. Конституційний Суд України вже у згаданому рішенні № 5-р/2018 наголосив на важливості забезпечення сутнісного змісту соціального захисту та забезпечення життєвого рівня, сумісним із людською гідністю, за скорочення соціальних видатків:

«держава, виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей, має право вирішувати соціальні питання на власний розсуд. Тобто, у разі значного погіршення фінансово-економічної ситуації, виникнення умов воєнного або надзвичайного стану, необхідності забезпечення національної безпеки України, модернізації системи соціального захисту тощо держава може здійснити відповідний перерозподіл своїх видатків з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства. Проте держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю.»

5.9.3. Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави

Принцип соціальної державності накладає певні обов'язки на органи публічної влади та державних агентів (незалежних регуляторів) за здійснення певних заходів щодо забезпечення доступу до медичного забезпечення. У доктрині прийнято вважати, що можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини, пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу, принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливую частку при розподілі всіх благ²⁸¹. Це вказує на залежність надання певних соціальних послуг у вигляді певного медичного забезпечення від стану публічних фінансів. Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру:

i) *Горизонтальна структура* зумовлена правом на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги випливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією України, виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі: а) втрати працездатності; б) втрати годувальника; в) безробіття з незалежних від особи обставин; г) старості; д) інших випадках, згідно зі свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

ii) *Вертикальну структуру* права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу таких заходів:

а) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такій мірі, щоб отримання

²⁸¹ Госепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини. В: Госепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) *Філософія прав людини* (Київ : Ніка-Центр 2008) 138.

соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;

б) система соціального страхування, яка має диференціюватися залежно від виду закладів соціального захисту, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йдеться про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;

в) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;

г) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

5.9.4. Право на медичне забезпечення

Право на медичне забезпечення можна розглядати як складову частину права на життя, яка передбачає життя державою заходів, спрямованих на: а) підтримання функціонування мережі лікувальних закладів, що знаходяться як у публічній, так і в приватній власності; б) підтримання загальної системи оздоровлення, профілактики захворювання, фізкультури і спорту; в) підтримання системи медичного страхування шляхом поєднання загальнообов'язкового і добровільного страхування; г) надання медичної допомоги у державних і муніципальних медичних закладах на безоплатній основі; д) медична охорона материнства і дитинства.

До позитивних обов'язків держави щодо забезпечення права на медичне забезпечення належить створення ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, сприяння розвитку лікувальних закладів усіх форм власності. Наприклад, статтею 49 Конституції України передбачається вимога надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я і встановлюється заборона скорочення наявної системи таких закладів.

Під поняттям охорона здоров'я мають на увазі насамперед певні інституційні компоненти медичного забезпечення, які полягають у (а) попередженні захворювань та подовженні тривалості людського життя, (б) відповідній

діяльності органів публічної влади, державних, комунальних та приватних медичних закладів, громадських об'єднань і приватних осіб. Стаття 49.2 Конституції України вказує, що охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Таким чином, на органах державної влади лежить обов'язок розробляти, приймати та втілювати в життя відповідні програми, спрямовані на медичне забезпечення кожного.

Медична допомога охоплює сукупність медичних послуг, які надають кваліфіковані лікарі, а також вся діяльність пов'язана з їхнім здійсненням з метою запобігання захворювань та їх лікуванням, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини. Стосовно медичної допомоги стаття 49 Конституції України наголошує про її безоплатність у медичних закладах публічної власності, віддаючи визначення цього поняття на розсуд законодавця. При цьому міститься застереження про неприпустимість скорочення мережі таких закладів. У контексті права на медичне забезпечення поняття мережі медичних закладів публічної власності, що надають безоплатну медичну допомогу слід інтерпретувати у світлі насамперед доступності, своєчасності та якості медичної допомоги. Таким легітимним цілям має відповідати правове регулювання законодавцем доступності медичної допомоги. Тобто, розсуд Верховної Ради під час регулювання окремих аспектів медичної допомоги має відповідати вказаним легітимним цілям.

Медичне обслуговування пов'язане із діяльністю кваліфікованих лікарів та інших медичних працівників з надання медичних послуг та супутніх соціальних послуг, спрямованих на запобігання захворюванням та їх лікування, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини.

Розділ 6

Політичні інститути та конституціоналізм

1. Структура конституційної демократії
2. Конституційні моделі політичних систем та доктрина *militant democracy/streitbahre Demokratie*
3. Політичні партії, популізм
4. Референдум та гарантії народного волевиявлення
5. Конституційна інженерія та виборчі системи

Література

- Lijphart A. (1962) Consociational Democracy 2(2) *World Politics*
- Loewenstein K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, 31 *American Political Science Review* 417-618.
- Poblet Marta, Casanovas Pompeu, Rodriguez-Doncel Victor, (2019) *Linked Democracy. Foundations, Tools, and Applications*. Springer Open.
- Sajo A. (ed.). (2004). *Militant Democracy*, Utrecht : Eleven International.
- Бенетон Ф., (2002) *Введение в политическую науку* Москва: Издательство Весь мир.
- Бітем Д. (ред.) (2005), *Визначення і вимірювання демократії*, Львів, Літопис.
- Даль Роберт, (2003) *Демократия и ее критики*. Москва: ROSSPEN.
- Дюверже Морис (2002). *Политические партии*. Москва: Академический проект.
- Речицкий В. (2010), *Политический предмет конституции*, Київ, Дух і Літера,
- Сарторі Дж. (2001), *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*, Київ : АртЕк.
- Старосольський В., (2018) *Принцип більшості* Львів: Літопис 102, 106
- Фукуяма Френсіс, (2019) *Політичний порядок і політичний занепад, Від промислової революції до глобальної демократії* Київ: Наш формат 2019.
- Шевчук С., (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Український центр правничих студій.

6.1. Структура конституційної демократії

6.1.1. Дискурс демократії: від ідеї полісу до цифрової демократії

Спочатку слід окреслити еволюцію розуміння демократії до сучасності з часів Античності. Оскільки демократія не є універсальним інструментом врядування, то вона потребує додаткового обґрунтування. Вже зазначалося, що демократія потребує специфічного трактування у світлі конституціоналізму та доктрини *rule of law*. Деякою мірою це узгоджується через вимоги підзвітності та підконтрольності публічної влади.

i) *Ідея politeia та антична демократія.* В античній традиції демократія вважалася неправильною формою правління, яка вела, як правило, до деспотії або охлократії. Справа полягала в тому, що структура врядування базувалася на доволі глибокій диференціації участі громадян в управлінні суспільними справами. Проте коло партиципації було вузьким – до громадян належали дорослі жителі полісу чоловічої статі, які мали відповідати майновому цензу. Жінки і негромадяни (варвари) не могли брати участь в управлінні полісом. З урахуванням доволі широкої диференціації владних функцій, таким чином, переважна більшість громадян брала участь в управлінні полісом. На цій основі античні мислителі здійснювали роздуми стосовно ідеальних моделей урядування, зокрема, міркування про моральні чесноти управлінців та надання переваги у допуску до вищих посад громадян із філософським складом розуму.

Оскільки до управління полісом допускалася порівняно невелике коло його жителів, то розширення цього кола вело до проблеми оптимізації управлінських функцій та їх розподілу між іншими членами спільноти, які не володіли достатніми навичками. Це мало наслідком деградацію владних інституцій, поширення популістських поглядів на вирішення суспільних питань та зниження інституційної спроможності полісу. Натомість концепт *politeia* передбачав певну соціальну інтеграцію міста-держави із активною участю громадян у справах полісу (*politeuomai*). Згідно із Аристотелем, зазначений концепт пояснює логіку побудови владних інституцій полісу, які покликані служити загальному благу та мають обмежувати владне свавілля, чим вони наближаються до постулатів сучасного конституціоналізму. Слід також підкреслити, що у грецькому перекладі Нового Заповіту (Ефессянам, 2:12 та Діяння 22:28) термін *politeia* перекладається у сенсі *commonwealth*, яке українською можна перекласти буквально як спільнотворення. Так само тривала римська традиція *res publica* була відображенням феномену *politeia*.

ii) *Місто, міське самоврядування та ленне право Середньовіччя як предтеча модерної демократії.* У період Середньовіччя традицію *politeia* зберегли держави-республіки. А ленне право отримало свої витoki із пізньої Римської імперії, в якій поступово почали складатися відносини принципал-агент між крупними землевласниками та зубожілими громадянами, а найчастіше із вільновідпущеними. За такого договору принципал виступав сюзереном, беручи на себе зобов'язання щодо захисту свого агента-васала, який мав здійснювати певні повинності на користь нього. Ці відносини мали кардинальне значення для становлення системи феодалної ієрархії, яка потім ляже в основу ленного права. Ленне право відіграло свою позитивну роль, оскільки сюзерен був обмежений договором і не міг вчиняти свавільних дій щодо свого васала. Ленне право послужило одним із джерел верховенства права (*rule of law*), оскільки у відповідь на свавільні дії короля Англії Іоанна Безземельного, які виражалися у пограбуванні замків та конфіскації майна васалів, барони повстали. Ленне право має вирішальне значення для становлення конституціоналізму, в основі якого є обмеження свавілля більшості та популізму. У період Русі лише було започатковано певні традиції ленного права, згідно з якими великий князь київський радився через снєми-з'їзди князів. Також боротьба за інвеституру у Європі дала змогу відділити світську владу від релігійної.

Водночас в Італії залишилася практика діяльності міст-держав, які за джерело легітимності брали античну традицію *res publica*. У Північній Європі цілком сформувалися дві традиції демократії у межах міст Ганзейського Союзу та його союзників, в орбіті якого були також Новгородська та Псковська республіки, знищені практиками геноциду Московського князівства протягом XVI сторіччя. Іншою традицією демократії у період Середньовіччя стало самоврядне право міст. Зокрема, на території України одними з перших, що отримали міське самоврядування стали Сянок (1339 р.) та Хуст (1329 р.). Самоврядне право міст правлячі монархи використовували для обмеження надмірного впливу власних васалів та магнатів. Ці форми співпраці між монархами та самоврядними містами заклали надалі традицію участі громадян у вирішенні справ публічного значення. Оскільки у період Середньовіччя монарх розглядав своє володіння – домен як приватну справу, то влада носила патримоніальний характер.

iii) *Ідея суверенітету народу, масові політичні рухи та становлення демократії.* На зламі XVI-XVII століть гостро стояло питання про якісну основу інституціоналізації приватної справи монаршого домена та олігархічних груп міст-держав до справи, яка мала набрати публічної, суспільно значущої ваги. На той час його вирішення мало ключове значення, адже у доповіді Пловдена щодо

розмежування політичного та фізичного тіла короля має місце посилання на християнську етику з її трактуванням церкви як Божого тіла²⁸². На це питання своєрідно дадуть відповідь практики виживання Московської державності у період Смути²⁸³ та діячі епохи Просвітництва, зокрема Жан-Жак Руссо.

Концепт суверенітету висувається Боденом як певне вирішення виклику необхідності забезпечення сталості та наступності (тягlostі) влади, яка мала набути вже публічної ваги, а не приватної влади монарха чи королівського домену. Пізніше було піддано сумніву тезу про належність верховної влади монархові, оскільки його повноваження мали бути підконтрольні та обмежені прерогативами загальнонаціонального представницького інституту – парламентом. Міркування щодо володіння верховною владою як властивістю ухвалювати незалежні ні від кого рішення для вирішення питань суспільного блага поставило по-новому питання щодо носія такої влади. На сьогодні існують дві точки зору щодо носія верховної влади – народу та нації, що втілюється, відповідно, у доктринах народного і національного суверенітету. Якщо розглядати це питання з точки зору національного суверенітету як самовизначення політичної нації, то існує необхідність вирішення двох питань: а) політичної інтеграції між етнічними, релігійними та іншими спільнотами та б) розуміння демократії як процесу узгодження та забезпечення балансу інтересів більшості і меншості.

Ці дебати спричинили появу масових громадських і політичних рухів, які у першій половині XIX століття були поза законом, але внаслідок весни народів 1848 р. у Європі змінюються ці підходи і профспілки та політичні партії наприкінці століття вже визначають порядок денний розвитку державності. На зламі XIX-XX століть в умовах кризи політичних еліт низки країн Європи та двох економічних рецесій після Великої війни 1914-1918 років та Великої економічної депресії 1929-1932 років на політичну арену виходять партії авторитарного толку. Острівцями демократизму в Європі залишаються фактично Чехословацька Республіка і Велика Британія. Лише після жаків нацистського режиму були запроваджені механізми обороноздатної демократії

²⁸² Edmund Plowden, (1816) *Commentaries, or Reports* London 1816.

²⁸³ У Московії склалася парадоксальна ситуація під час Смути, джерелом якої стала династична криза: держава («государство») існувала поряд із відсутністю правителя («государя»), яким буде обрано на Земському соборі у 3 березня 1613 р. представник роду Романових Михайло, який вів свій родовід від Рюриковичів, чим Московія наголошувала про витоки своєї державності з Русі. Це була інша ситуація із династичною кризою, яка стала основною причиною зникнення Бургундського і Руського королівств (або Галицько-Волинське князівство) у зв'язку із загибеллю відповідно Карла Сміливого (1477 р.) та Юрія II (1340 р.).

(*militant democracy*), обґрунтовані у працях німецького науковця Карла Льювенштайна у 1937 р. Однак режим сталінщини, який вчинив ще жадливіші злочини проти людяності, аніж нацизм, так і не отримав належної юридичної оцінки.

iv) *Корупція, непотизм, клієнтелізм, патронаж та перехідна демократія.* Проблемою перехідних демократій є позбавлення від авторитарних практик правління та корупції. Засобами позбавлення від авторитарних практик є інструменти обороноздатної демократії та люстрація, про які піде мова нижче.

Іншою проблемою перехідних демократій є так звана політична корупція, джерелом якої слугують надмірне втручання держави в економічні свободи та слабкість суспільних інститутів. Якщо відвертий продаж посад, тобто непотизм, часто супроводжує авторитарні режими, але для них також притаманний клієнтелізм, оскільки верховний правитель стосовно жителів країни, яким він надає певні блага, виступає як принципал по відношенню до своїх агентів. Як вказує Френсіс Фукуяма, практики клієнтелізму та патронажу є примітивними формами залучення до політичного процесу громадян, що ґрунтується на нерозвиненості суспільно-політичних інституцій²⁸⁴. Клієнтелізм є практиками формування мережі прихильників певних політичних і державних діячів, яким, в разі отримання представницького мандату чи посади на вищих щаблях влади, клієнтелі гарантується доступ до посад нижчого рівня або доступ до певних благ.

Так, невдалою вийшла спроба застосування вперше у своїй практиці депутатом Закарпатської обласної ради Андрієм Андрійвим практики клієнтелізму на парламентських виборах, які відбулися у липні 2019 р. Як на потенційну клієнтелу він зробив ставку на керівників ОСББ та ЖЕК, на відміну від попередньої практики прямого підкупу виборців. Складниками невдачі стало те, що один із його основних опонентів вже також розгорнув широку мережу власної клієнтелі, використовуючи статус чинного народного депутата. Іншим став чинник «Чорного лебедя» від представника новоствореної політичної сили, якому не потрібно було докладати значних зусиль для отримання перемоги на парламентських виборах, оскільки тут провідну роль відіграв політичний бренд «Слуга народу» та мережі розважальних ком-

²⁸⁴ Фукуяма Френсіс, (2019) *Політичний порядок і політичний занепад. Від промислової революції до глобальної демократії* Київ: Наш формат 2019. 88-99, 132-145.

паній під егідою КВН, «Розміши коміка» тощо, який ніби був спрямований проти «мародерів та корупціонерів». При цьому обидва кандидати, які програли чинному депутату, орієнтувалися на приблизно однакове коло виборців, які вбачали основну функцію парламентарія вирішувати питання інфраструктури громади.

Патронаж є системою просування довірених осіб на посади у систему публічного урядування. Звісно, у такий спосіб забезпечується представництво певних спільнот у публічній адміністрації. Але воно переважно ґрунтується на родинних зв'язках, земляцтві, або залежно від місця навчання та праці однодумців, які вирішили йти у політику. Якщо характеризувати цей процес за німецьким соціологом Фердинандом Тьонісом²⁸⁵, то він притаманний соціальній інтеграції на рівні спільнот, але не суспільства. Тут різниця полягає в тому, що спільноти переслідують приватний інтерес, а суспільство – публічний, тобто інтереси загального блага. Вирішення проблеми політичної корупції полягає у змістовному наповненні та реалізації засад матеріальної і процедурної демократії.

Організація конкурсів на посади у публічній адміністрації та відкритого і прозорого виборчого процесу на виборні посади розглядається як один із інструментів подолання політичної корупції. Водночас існує непрямий механізм подолання цього явища – дерегуляція економіки та забезпечення діяльності ефективної публічної адміністрації на засадах раціоналізації і диджиталізації адміністративних процедур у рамках доктрини *Regulatory State*.

v) Дилема цифрової демократії та захисту персональних даних. Після початку застосування досягнень ІТ-права у демократичних процесах, ставиться на порядок денний покращення якості публічного урядування. Питання тут полягає у діях принципів виборчого права, які мають також відношення до процесу референдуму. У публічному урядуванні на перший план виходить неприпустимість зловживання уряду із персональними даними приватних осіб.

Як приклад тут можна навести ухвалу Конституційного Суду України про відмову від перевірки конституційності статті 26 Закону про Національну поліцію у частині щодо вирішення питання про припинення використання нею персональних даних про ДНК

²⁸⁵ Тьоніс Фердинанд, (2005) *Спільнота та суспільство. Основні поняття чистої соціології* Київ: Дух і літера 2005.

особи, щодо якої закінчилися офіційні процедури досудового слідства та судового розгляду (ухвала Великої палати КСУ № 10-уп/2018). Суд не вважав цю справу такою, що складає суспільний інтерес і за формальними підставами, тобто за клопотанням суб'єкта конституційного подання – омбудсмана, закрити провадження. Тому, за таких підходів неналежне регулювання захисту персональних даних є небезпечним для гарантій недоторканності особи. До речі, це одна із справ у Конституційному Суді, яка призвела у подальшому до розколу у діяльності між суддями

Отже, вирішення проблеми полягає у кібернетичній грамотності населення та якісному захисті персональних даних. З цього приводу у правовій доктрині нещодавно з'явилися дослідження, присвячені питанням соціоправої екосистеми. Питання полягає в системному опрацюванні масиву інформації та недопущенні зловживань урядом у цій сфері. Під соціоправою екосистемою розуміють усі процеси, зв'язки та обмін інформацією, яку залучені до соціокультурної реалізації регуляторної системи, включаючи її проектування, моніторинг, згоду та поведінку користувачів²⁸⁶. При цьому важливим складником є валідність (дійсність) інформації, яка досягається через певні параметри і як властивості другого порядку екосистеми, що впливає з чотирьох функцій: етики (справедливість), політики (ефективність), м'якого права (ефективність) та жорсткого права (здійснюваність на практиці)²⁸⁷.

6.1.2. Структура: матеріальна та процедурна демократія

Методологічною основою сучасної матеріальної демократії з точки зору конституціоналізму є доктрина обороноздатної демократії у поєднанні із доктринами поліархії Роберта Даля²⁸⁸ та консоціативної демократії Арндта Лійпгарта²⁸⁹. Процедурну демократію буде тут розглянуто у контексті вимог належної правової процедури і також буде з'ясовано, наскільки у світлі цих вимог трансформується сама *due process*²⁹⁰.

i) Матеріальна демократія є переважно продуктом розвитку континентального права в рамках європейського конституціоналізму. Реальний демократизм політичних систем країн Європи проявився лише після Другої

²⁸⁶ Poblet Marta, Casanovas Pompeu, Rodriguez-Doncel Victor, (2019) *Linked Democracy. Foundations, Tools, and Applications*. Springer Open 109.

²⁸⁷ Там само 113.

²⁸⁸ Даль Роберт, (2003) *Демократія и ее критики*. Москва: ROSSPEN.

²⁸⁹ Lijphart A. (1962) Consociational Democracy 2(2) *World Politics*

²⁹⁰ Шевчук С., (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Український центр правничих студій.

світової війни за винятком Першої Чехословацької Республіки (1920-1938 рр.) та фрагментарно Третью республіки у Франції:

а) *принцип мажоритарності*. Принцип мажоритарності є основоположним у сучасній демократії, як безпосередній, так і представницькій. Диференціація в суспільстві слугує підставою для принципу більшості, оскільки виражає її сутність. При цьому Володимир Старосольський підкреслює, що більшість не має пригнічувати індивідуальність, оскільки, з точки зору поняття індивідуальності, соціальний розвиток є розвитком у напрямку індивідуалізації та соціалізації. З посиланням на німецького соціолога Тьонніса, Старосольський підкреслює, що принцип більшості відрізняє суспільство (форма співжиття, заснованого на диференції) від спільнот (тобто примітивних форм людського співжиття)²⁹¹;

б) *баланс більшості і меншості*. Отже, принципу мажоритарності для сучасної демократії недостатньо, у стратегічній перспективі він не слугує надійним критерієм валідності, чинності (*validity*) ухвалення рішень. Попри важливість мажоритарності, обмеженість політичного правління зумовлена попередженням політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії²⁹². Вимога балансування потребує витонченого трактування процесу здійснення влади, оскільки це має значення для розуміння стандартів належної демократичної процедури, про що піде мова нижче. Інакше – пряма дорога в атаку цінностей конституційної демократії;

в) *стверджувальні дії держави та баланс інтересів*. Говорячи про сутнісний зміст свободи, американський правознавець Джон Ролз наголошував на такому її аспекті, як вирівнювання можливості у доступі до певних благ: «соціальні й економічні нерівності слід залагоджувати таким чином, щоб а) можна було свідомо сподіватися на їхню корисність для кожного й б) вони пов'язувалися з відкритими для всіх посадами й постами»²⁹³. На цих засадах сформульовано розуміння стверджувальних дій держави (*affirmative action*) – заходів, спрямованих на вирівнювання положення певних спільнот, які у попередні періоди зазнавали переслідувань чи дискримінації;

г) *обороноздатна демократія*. Концепт демократії, спроможної до самозахисту²⁹⁴ спрямований на попередження авторитарних і тоталітарних

²⁹¹ Старосольський В. (2018) *Принцип більшості* Львів: Літопис 102, 106

²⁹² Бенетон Ф.(2002) *Введение в политическую науку* Москва: Издательство Весь мир 312-324.

²⁹³ Ролз Дж. (2001) *Теорія справедливості*. Київ: Основи 102

²⁹⁴ Loewenstein K. (1937) Militant Democracy and Fundamental Rights, 31 *American Political Science Review* 417.

практик, а також запобігання популізму масових політичних рухів²⁹⁵. Засоби *militant democracy* передбачають вимоги лояльності до цінностей конституційної демократії (людська гідність, свобода, рівність, верховенство права) з боку суддів і посадовців. Також до них належать: розпуск у судовому порядку партій, які своїми програмними цілями чи практикою діяльності посягають на конституційний порядок; обов'язок звітування політичних партій про джерела свого фінансування; вимога демократичності та відкритості структури партій. Люстрація не є інструментом юридичної відповідальності, а засобом забезпечення лояльності до конституційної демократії посадовців, які ухвалюють рішення політичного характеру. Таким чином, у конституційній демократії за рішенням незалежного люстраційного комітету чи аналогічної незалежної інституції, на певний строк (5-10 років) на основі закону та за встановленою процедурою не допускаються представники *ancient regime*, які причетні до вчинення злочинів проти прав людини і з цього приводу приймали системні рішення. Попри доволі ґрунтовне розкриття викликів конституційній демократії, доктрина *militant democracy* не стала панацеєю зростання впливу популізму, радикальних політичних течій, зокрема, шовінізму, неонацизму та комунізму, в тому числі і на пострадянському просторі;

ii) *Процедурна демократія*. Доктрина процедурної демократії акцентує увагу на судовому перегляді як основному критерію забезпечення легітимності політичного процесу. Вона базується на фундаментальному характері свободи політичної діяльності, у здійснення якої держава має мінімально втручатися. Попри певну абстрактність, ця доктрина наразі є домінуючою в англо-американському конституціоналізмі. Однак з точки зору процедурної демократії, тут буде також звернута увага на окремі моменти, яким небагато уваги приділяється в англо-американській конституційній доктрині:

a) *виборчі цензи, голосування та «залізний закон олігархії»*. Даль орієнтується на аристотелівське трактування громадянина як політично зрілого індивіда, відповідального за свій вибір. На його думку: «Коли ухвалюються зобов'язальні рішення, то вимоги громадян до закону, правил чи політики, що ухвалюються, мають вважатися обґрунтованими, і обґрунтованими рівною мірою»²⁹⁶. Раніше ці проблеми вирішували майновий ценз і частково ценз осілості. На сьогодні через зростання ролі медіа у ході демократичних процедур, а також кризи партій як організацій масового руху на зміну приходять нові

²⁹⁵ Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Duke University Press 31; Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства 2 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 5-9.

²⁹⁶ Даль Р. *Демократия и ее критики* 145.

механізми втілення рішень народу, які б забезпечували відповідальний вибір на майбутнє. Тому наразі існує доволі істотна загроза конституційній демократії з боку популізму. Важливою пересторогою «залізного закону олігархії», сформульованого Роберто Міхелсом, є розумна періодичність проведення парламентських і муніципальних виборів, а також механізми підзвітності та підконтрольності народних представників;

б) основні принципи виборчого права у світлі цифрової демократії. Диджиталізація демократичних процедур наразі підриває принципи виборчого права. Вона насамперед атакує принцип особистого голосування, оскільки, незважаючи на наявність електронного ключа, ID-ідентифікатора чи захищеної IP-адреси, немає надійного механізму засвідчення факту голосування конкретної особи виборця і тим більш – спаму, фішингу, що взагалі може зірвати процес голосування та встановлення його достовірних результатів, тобто, це порушує принцип особистого волевиявлення. У зв'язку із необхідністю захисту персональних даних виникає проблема забезпечення вільного волевиявлення та принципу таємності голосування – розпорядник інформації практично може дізнатися, як голосував виборець. Для забезпечення конфіденційності таких даних слід також налагодити систему захисту каналів передачі персональних даних тих виборців, що проголосували. Хоча електронний протокол чітко відображає стороннє втручання у базу даних, але без належного захисту персональних даних громадян електронне голосування буде під загрозою зовнішнього втручання, маніпулюванням метаданими виборців, що може істотно спотворити результати виборів;

в) захист персональних даних та цифрова демократія. Часткове вирішення порушених вище проблем забезпечує електронне урядування, яке може посприяти запровадженню стандартів прозорості у діяльності публічної влади. Запровадження електронного урядування дозволяє спростити надання адміністративних послуг і зробити їх доступнішими. При цьому виникає питання про захист персональних даних приватних осіб, оскільки, у разі електронної фіксації фактів та обставин про певну особу, вони потенційно можуть стати миттєво доступними для третіх осіб – і тут виникає небезпека зловживання з боку посадовців під час оперування такими даними без відома цієї особи. Водночас кіберзлочини та зловживання через електронні мережі та засоби зв'язку засвідчують вразливість електронного урядування, яке може бути піддане хакерським атакам. Прикладами цього можуть слугувати кібератаки на Естонію в квітні 2007 року та на сервери Демократичної партії та державної установи в США влітку-восени під час президентських виборів 2016

року, які йшли переважно від серверів, підконтрольних Росії. Тому захист персональних даних приватних осіб, кібербезпека та відкритість процедур ухвалення рішень мають стати основою для сучасного електронного урядування, яке надає значну процесуальну економію за їх прийняття;

2) *належна правова процедура та процедурна демократія: основні стандарти*. Роберт Даль розглядає демократичний процес у двох площинах: (1) як засіб захисту особистої свободи і людського розвитку та (2) засіб захисту особистих інтересів. Наголошується на тому, що демократії притаманний плюралізм думок і нечасто можна досягти єдиної точки зору стосовно якихось суспільно значущих питань²⁹⁷. Можна сформулювати такі критерії належної демократичної правової процедури. Насамперед, вона стосується ініціювання перед органами влади розгляду певних питань, зокрема шляхом ухвалення закону. Ці процедури включають як петиції, так і народну правотворчу ініціативу, через це просто гротескна стаття 72 Конституції слід змінити.

Наприклад, стаття 72 Конституції України містить абсурдну процедуру: 1) збір принаймні трьох мільйонів підписів виборців у двох третинах областей з 2) проведенням референдуму, на якому рішення ухвалюється більшістю від числа осіб, що взяло участь у голосуванні, без визначення гранично мінімальної кількості осіб, що взяли участь у голосуванні. Насправді, це чистої води юридичний треш (сміття), а для реалізації народної правотворчої ініціативи достатньо лише першої процедури.

Демократія участі передбачає участь у суспільно-політичних дебатах якомога широкого кола заінтересованих осіб, думка яких має стати предметом обговорення та оцінки на засадах довіри і поваги людської гідності. У ході демократичних процедур публічне обговорення передбачуваних наслідків рішень органів влади є джерелом їх легітимності. Тут вносить баланс судовий конституційний перегляд, у рамках якого критерієм правомірності владних рішень є повага до людської гідності та належні гарантії прав людини.

²⁹⁷ Даль Р. *Демократия и ее критики* 93.

6.1.3. Структура демократії та національна держава

Структура демократії обумовлює організацію публічної влади та механізми її підзвітності та підконтрольності народові – таким чином створюється каскад конституційної демократії.

i) *Незалежність публічної адміністрації та її підзвітність і підконтрольність.* Принцип права заінтересованих осіб бути заслуханими та взяти участь у обговоренні владних рішень є чи не вирішальним для визначення правомірності процедури ухвалення правового акту органом влади. Це дає змогу запустити механізми підзвітності і підконтрольності влади, оскільки якість схвалюваних рішень не завжди релевантна більшості, головним тут виступає належна аргументація – тому критерієм механізму відповідальності влади є система комунікаційних зв'язків між громадянами та посадовцями, що дозволяє як брати участь в ухваленні рішень, так і відстоювати інтереси меншості та ставити питання про відповідальність посадовців.

Підзвітність і підконтрольність публічної адміністрації має дві сторони медалі – додержання вимог добросовісності (*moral integrity*) службовцями та підконтрольність їх дій суду. Це гарантує безсторонне здійснення адміністративних процедур шляхом одноманітного застосування правил на засадах поваги до людської гідності. Відхилення від цих стандартів є завданням судового контролю над діями публічної адміністрації.

ii) *Субсидіарність як принцип та її включеність у модерну демократію.* Цей принцип є результатом трансформації ленного права періоду Середньовіччя і сучасного юридичного конструкту у межах права ЄС. Мартініко наводить такі складові розуміння принципу пропорційності як тесту правомірності дій органів ЄС, які принаймні задовільно діють і відповідають практичним запитам діяльності Союзу: 1) субсидіарність застосовується у поєднанні із принципом пропорційності; 2) цей принцип використовується як інструмент контролю *extrema ratio* у разі виявлення помилок чи зловживання владою; 3) контроль субсидіарності стосується чутливих сфер розсуду законодавця і розкриття «політичної» природи цього тесту; 4) принцип субсидіарності розглядається більше, аніж правило²⁹⁸. При цьому наголошується на тому, що зміст принципу пропорційності має переважно процедурний характер. Принцип субсидіарності стосовно організації публічної влади визначає методологію наділення певним обсягом повноважень окремо взяті рівні публічної влади та реалізації певних громадських і політичних ініціатив під

²⁹⁸ Martinico G., Pollicino O. (eds.), (2010) The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective Europa Law Publishing 10.

час здійснення демократичних процедур. Цей принцип розкриває механізми демократичної легітимізації правил, процедур та інститутів з урахуванням досягнень ІТ.

iii) *Природа імунітетів у конституційному праві та структура демократії.* Сучасне народне представництво, за своїм походженням, – цивільно-правовий інститут представництва, згідно з яким принципал наділяє довірену особу певними повноваженнями, а довірена особа, у свою чергу, має діяти в інтересах довірителя-принципала, тобто, представник наділяється певним мандатом довіри. Однак перебіг політичного процесу, переслідуючи певні суспільні інтереси, базується на компромісі, що доволі часто призводить до істотних труднощів у виконанні певних зобов'язань перед власним електоратом. Пізніше, із обґрунтуванням ідеї народного суверенітету Жан-Жаком Руссо, поступово визнається, що депутат представляє націю в цілому, а не лише свого виборця. Ця доктрина вплинула на перебіг дискусії про вільний і імперативний мандат. Згідно із концептом *імперативного мандату*, народний представник несе певні зобов'язання перед своїми виборцями, які можуть його відкликати у разі, якщо не він буде спроможний їх виконати належним чином. На протипагу цьому, концепт *вільного мандату* виходить з представництва депутатом парламенту нації в цілому, який не пов'язаний із наказами виборців і не може бути відкликаний ними.

Для народних представників на перший план виступають гарантії незалежності їхнього статусу. Як правило, народні представники на період здійснення повноважень користуються імунітетом від кримінального переслідування. Це здійснюється з метою попередження випадків використання урядом засобів кримінальної юстиції для переслідування опозиції в парламенті та недопустимості будь-якого тиску на неї. Обсяг недоторканості є функціональним і не поширюється у разі вчинення тяжких і особливо тяжких злочинів.

iii) *Обґрунтованість відкликання народних представників.* Джон Лок прямо підкреслював важливість народного представництва, яке виявляється транслятором народної думки. У свою чергу, парламент уявлявся ним своєрідною платформою, де народні представники на засадах компромісу вирішують суперечки і доходять консенсусу²⁹⁹. Тут вже закладається ідея горизонтальних зв'язків, а не лише вертикальних, до яких так тяжіє Старий порядок із його відносинами ієрархії. Посягання з боку монарха на цей «третейський суд», на думку Лока, фактично є узурпацією влади монархом. Ці висновки Лок робив не випадково, оскільки парламент він розглядав як платформу запобіган-

²⁹⁹ Лок Джон, (2004) *Два трактати про врядування* Київ: Основи 250.

ня громадянських конфліктів та занепаду держави. Звісно, право народу на повстання ним не заперечувалося, але запобіжником бунту народу проти несправедливих законів він розглядав справедливе судочинство і гарантії його незалежності. На сьогодні інститут народного представництва не можна асоціювати ригідно на кшталт моделі відносин «принципал – агент». Можливе відкликання представників лише на місцевому рівні, і такий механізм є доволі ефективним. На національному рівні таку функцію виконують дострокові парламентські вибори.

iv) Верховенство парламенту та підзвітність і підконтрольність уряду і народних представників. Криза ліберальної демократії в умовах становлення та посилення низки авторитарних і тоталітарних режимів у континентальній Європі у період між двома світовими війнами стала предметом прискіпливої уваги. Це період неефективності держав в умовах Великої депресії 1929-1933 рр., що істотно вплинуло на розуміння суверенітету. Сьогодні, в умовах поширення популізму та радикальних лівих і правих політичних течій, спостерігається сповзання до подібного роду інтенцій, коли забезпечення правопорядку намагаються здійснити за рахунок демократичних свобод. Насправді, обґрунтована Албертом Венном Дайсі доктрина верховенства парламенту (*sovereignty of Parliament*) означає провідну роль парламенту в інвеститурі уряду, який формується за результатами консультацій у стінах парламенту щодо складу уряду та програми його діяльності³⁰⁰. На цій підставі уряд є підзвітним і відповідальним перед парламентом, на чому будується система відповідального правління (*responsible government*)³⁰¹, яка включає індивідуальну відповідальність міністрів та загальний контроль над діяльністю уряду³⁰². Опозиція чи частина депутатів парламенту можуть порушувати процедури розслідування проти окремих міністрів (інтерпеляція) чи вотум недовіри урядові. Тому неприйнятними, такими, що атакують засади конституційної демократії, є пропозиції щодо обмеження права законодавчої ініціативи групою депутатів, склад яких є принаймні найменшою за чисельністю фракцією, чи можливість ініціювати вотум недовіри урядові лише більшістю парламенту, оскільки це взагалі вихолощує суть парламентаризму, маргіналізує його.

iv) Конституційна юстиція, права людини та демократія. Демократія часто піддає атакам права людини – більшість схильна пригнічувати індиві-

³⁰⁰ Dicey AV, (1982) *Introduction to the Study of the Law the Constitution* Liberty Classics 32-36, 210-212.

³⁰¹ Turpin Colin and Tompkins Adam, (2007) *British Government and the Constitution*. 6th Ed. Cambridge University Press 566-568.

³⁰² Ibid. 571 ff., 604 ff.

дуальність, тобто свободу індивіда, його самовираження. Якщо немає інституційних і процедурних засад обмеження свавілля більшості, рано чи пізно демократія сповзає до диктатури за благих намірів дбати про суспільне благо. Цю дилему так і не розв'язав суворий Жан-Жак Руссо, ні пізніше дотепний Карл Шмітт, а Роберто Міхелс взагалі чи не в глухий кут зайшов із власним «залізним законом олігархії» – завжди якась спільнота, що домінує, схильна інституціоналізуватися і отримати контроль принаймні над основними посадами як каналами доступу до ресурсів, які завжди є обмеженими. На перший план виходить проблема контролю над афектами та свавіллям більшості, оскільки природа демократичних процедур завдяки мажоритарності зумовлює маргіналізацію меншості та надання думці опонентів гротескної чи карикатурної конотації. Тут цю проблему знімає незалежна інституція – судовий перегляд, який, згідно з німецькою конституційною доктриною, ще називається «короною правової держави»³⁰³: «Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, їй надається можливість звернутися до суду. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення до суду загальної юрисдикції». У такий спосіб захист прав людини набуває універсального характеру, тим самим суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві³⁰⁴. З точки зору реалізації конституції, важливим стає, як справедливо зазначає Ондраш Шайо, збалансування втручання законодавця у суспільні відносини³⁰⁵:

«Однак саме по собі правове визначення і регулювання діяльності держави не забезпечує конституційну свободу. Там, де все відбувається за державними приписами, негнучкість і наперед визначеність роблять життя нестерпним».

³⁰³ Ebers G.J. (1952) Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich. Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. *Festschrift für Wilhelm Laforet*. München 269, 271.

³⁰⁴ Савчин МВ, (2015) Конституційний Суд України та реалізація Конституції України 1 *Публічне право* 9-17.

³⁰⁵ Шайо А., (2001) *Самоограничення влади (краткий курс конституціоналізма)*. Москва: Юрист 2001 208.

6.2. Конституційні моделі політичних систем та доктрина militant democracy/streitbahre Demokratie

6.2.1. Структурні зв'язки всередині політичної системи та межі втручання держави у політичні свободи

У системі конституційного ладу демократія визначає механізм взаємодії інститутів громадянського суспільства і держави. У цьому контексті різні трактування демократії визначають проблематичність засад демократичного ладу. Процес управління, тобто прийняття рішень за волею більшості, у країнах Західної Європи набув розвитку у відповідній доктрині правління більшості.

Французькі вчені в обґрунтування цієї концепції зазначають, що коли виникає необхідність прийняти рішення, то лише число голосів може слугувати належним критерієм для здійснення вибору між різними думками. У системі демократії будь-яка думка має цінність і перевага певної точки зору у конкретний момент є визначальним критерієм прийняття рішення. По суті, думка більшості не має визначальної цінності. Тому меншість, безумовно, повинна підпорядкуватися закону, хоча і надалі може відстоювати свою точку зору і після голосування, оскільки сам факт її поразки не знижує цінності її думки³⁰⁶.

На думку німецького вченого Конрада Гессе, принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного ладу. Він дає таке його визначення: *«такий державно-правовий спосіб правління, який, виключаючи будь-яке насилля і сваволю, заснований на самовизначенні народу з волевиявлення більшості, на свободі і рівноправності»*. До основних ознак вільного демократичного ладу вчений відносить: повагу до конкретизованих в Основному Законі прав людини, насамперед до права на життя і вільний розвиток, народний суверенітет, розподіл повноважень, відповідальність уряду, виконавча незалежність судів, що опирається на закон, принцип багатопартійності і рівності можливостей для всіх політичних партій з правом, відповідно до конституції, на оформлення і діяльність опозиції.

Демократія тлумачиться Конрадом Гессе не як абстрактна доктрина, а конкретний устрій історичної реальності. Демократія не може виходити із одностайної волі народу як передумови самоврядування і виходить тільки з реальної основи: розмежування і протилежності думок, інтересів, волевияв-

³⁰⁶ Демишель А. и др. (1977) *Институты и власть во Франции*. Москва: Прогресс 11.

лень і домагань і до того ж існування конфліктів всередині народу³⁰⁷. У цьому контексті структура політичної системи суспільства має такі складники: а) є механізмом легітимації публічної влади шляхом визначення демократичного порядку заміщення посад представниками народу та забезпечення рівного доступу до публічної служби; б) конституційний статус політичних інститутів визначається шляхом визнання загальних принципів їх правового положення та встановленням демократичних стандартів їх організації.

У літературі називаються різні ознаки демократичних політичних систем. Американські вчені Ларі Деймонд, Хуан Лінц та Сеймур Ліпсет виділяють такі основні їх характеристики: значна та всеохоплююча змагальність серед особистостей та організованих груп за ключові позиції у владі; високий рівень політичної партиципації (тобто активної участі у політиці груп та індивідів); здійснення свободи друку, зібрань, асоціацій, достатньої для забезпечення політичної справедливості та участі.

Політична система розглядається Девідом Істоном як цілісний організм, що саморегулюється і розвивається та реагує на імпульси, які надходять ззовні. Сенсом її існування є взаємодія із середовищем, політичне життя здійснюється для забезпечення рівноваги середовища з метою зменшення соціальних відмінностей, подолання суперечностей і політичних конфліктів. Гарі Алмонд розглядає політичну систему як множину взаємодій, стосунків як державних, так і недержавних політичних інститутів. Будь-яка політична система є багатофункціональною та має власну структуру. Всі політичні системи є змішаними у культурному відношенні.

Політичну систему ще розглядають у політології як сукупність державних і недержавних суспільних інститутів, соціальних і правових норм, завдяки яким реалізуються політико-владні відносини. Політичну систему складають політичні інститути, політичні відносини, політичні принципи та норми, політична культура, політична участь і поведінка, соціальні суб'єкти політики, механізми політичної комунікації. Виділення політичної системи є умовним, воно базується на визначенні її функцій. До функцій політичної системи відносять: упорядкування політичних процесів, політичну символізацію та міфологізацію, функцію легітимації³⁰⁸.

Взаємодія між політичними інститутами та публічною владою є центральною проблемою конституційного права. Конституційне право не може над-

³⁰⁷ Хессе К. (1981) *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс 72.

³⁰⁸ Панов М.І., Герасіна А.М. (2005) *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність*. Київ.: Ін Юре 76-86.

мірно втручатися у регулювання політичної системи, яка є саморегулювальною та самоорганізуючою. Достатньою є функція соціального контролю, відповідно до якого всяка політична діяльність повинна бути підпорядкована праву.

Тут виникає питання про межі державного втручання у внутрішні питання організації політичних інститутів. Державне втручання у внутрішні справи політичних організацій допустиме через законодавство та правосуддя. Виконавча влада може лише звернутися до суду для встановлення фактів порушення правових норм, на підставі чого суд може застосувати відповідні санкції до організації-правопорушника. Наприклад, Конституційний Суд України з цього приводу зазначив таке:

«...внутрішня організація, взаємовідносини членів об'єднань громадян, їх підрозділів, статутна відповідальність членів цих об'єднань регулюються корпоративними нормами, встановленими самими об'єднаннями громадян, які базуються на законі; визначаються питання, які належать до їх внутрішньої організації або виключної компетенції і підлягають самостійному вирішенню. Отже, втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб у здійснювану в рамках закону діяльність об'єднань громадян не допускається.

...Визначення належності питань до внутрішньоорганізаційної діяльності або виключної компетенції об'єднання громадян у кожному конкретному випадку вирішує суд, в разі оскарження громадянином актів і дій таких об'єднань»³⁰⁹.

6.2.2. Класифікація політичних систем. Класифікація за Ларрі Деймондом

Найбільш поширеною є класифікація політичних систем на демократичні, авторитарні та тоталітарні. Разом з тим, у літературі зустрічаються інші їх класифікації (відкриті і закриті, однопартійні і багатопартійні, теократичні, світсько-ліберальні, мобілізаційні системи тощо). У юридичному відношенні має суттєве значення інституціоналізація елементів політичної системи та засади взаємовідносин між ними. Таким чином, по-перше, закладається широка основа структурної характеристики політичної системи, визначаються найважливіші її інститути, до яких входять політичні партії та неополітичні асоціації (профспілки, асоціації підприємців, релігійні організації тощо), які сут-

³⁰⁹ Рішення КСУ № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р.

тево впливають на її функціонування. По-друге, сукупність конституційних норм і принципів визначають засади відносин між інститутами політичної системи, складають основи правопорядку. Важливим елементом політичної системи виступають політична ідеологія та політична свідомість, які виражають певні цінності конкретного суспільства.

Конституція визначає співвідношення між свободою політичної діяльності та правовою системою. Разом з тим, залишається відкритий простір для визначення моделей регулювання статусу політичних інститутів. У цьому відношенні виникає питання про вибір оптимальної моделі зворотних зв'язків у політичній системі та взаємодії ланок політичної системи. З точки зору комунікативної демократії, забезпечення зворотних зв'язків завжди базується на свободі вираження поглядів, яку слід розглядати як основу демократичної політичної системи. У свою чергу, право виконує функцію соціальної інтеграції політичної системи, за допомогою авторитету владних установ, а у виключних випадках – і за допомогою державного примусу:

«...звичайно, тільки держава буває уповноважена використовувати соціально організовану фізичну силу з метою примусу. Дійсно, ефективна державна монополія на застосування сили є одним із головних критеріїв інтегрованості високодиференційованого суспільства. Більше того, лише уряд наділений правом діяти у контексті досягнення цілей від імені всього соціального колективу (суспільства, заснованого на лояльності, взаємоповазі та високому ступені взаємодії його компонентів). Всяка інша організація, яка претендує на це, ipso facto здійснює революційний акт»³¹⁰.

На визначення політичної системи залежно від виборчої системи вказує також і американський вчений Ларрі Деймонд. Вибори слугують засобом періодичного контролю над діяльністю уряду з боку народу. Однак в умовах маніпулювання ЗМІ та зловживання повноваженнями владними колами виникає проблема про реальне відображення представництва народу за результатами виборів. Тому Деймонд, закономірно ставить питання, чи не є демократичні процедури формування представницьких органів влади ширмою з боку правлячих кіл, для створення перепон правління народу та його контролю над діяльністю уряду:

³¹⁰ Парсонс Т. (1998) *Система современных обществ*. Москва 35.

«Ці питання набули особливої ваги протягом останніх років з таких причин: по-перше, більше режимів, ніж раніше, набувають форми виборчої демократії із регулярними конкурентними та багатопартійними виборами. По-друге, багато з цих режимів – дійсно безпрецедентна кількість країн світу – мають форму виборчої демократії, однак не є такими по суті або лише частково відповідають тесту на демократичність. І по-третє, високі міжнародні сподівання і стандарти демократичних виборів, ураховуючи зростання ролі міжнародного спостереження, вказують на існування більш ретельного дотримання демократичної практики кожною індивідуальною країною, ніж це було раніше³¹¹».

На основі таких висновків Ларрі Деймонд класифікує політичні режими на шість видів: два демократичні – ліберальної демократії та виборчої демократії; виділяє окремо невизначені режими та три недемократичні режими – конкурентний авторитаризм, виборчий авторитаризм із гегемонією та політично закриті режими. Різниця між режимами ліберальної та виборчої демократії полягає у відмінності ступеня втручання держави у діяльність політичних інституцій та у виборчий процес. Невизначені режими Деймонд не характеризує як перехідні, оскільки їх характер зумовлений місцевими особливостями та мінливим характером кожних виборів, що насамперед було характерно для України з її мінливим виборчим законодавством і намаганням держави застосувати різноманітні виборчі політтехнології (на парламентських виборах 1998 та 2002 рр. та президентських виборах 1999 р. та двох турах виборів 2004 р.). У цьому відношенні ще рано говорити про характер політичної системи України, оскільки мова йде про визначення стійкої тенденції до виборчої або ліберальної демократії. Передчасним також буде висновок у зв'язку із тим, що партії ще не є стійкими утвореннями із розгалуженою мережею осередків, відповідно, політична система не є структурованою. В Україні залишається надзвичайно актуальним забезпечення відкритих комунікаційних зв'язків між політичними партіями, оскільки у суспільстві ще остаточно не сформовано консенсус з приводу суспільних цінностей, які слугували б орієнтиром для політичних рішень на рівні законодавства та діяльності уряду.

³¹¹ Деймонд Л. (2005) Вибори без демократії I *Український журнал про права людини* 14.

6.2.3. Конституційні засади політичної системи

Як вихідні начала принципи права виражають загальну спрямованість права по вираженню міри свободи, встановлюючи основні напрями поведінки та межі діяльності суб'єкта права. До основних конституційних принципів політичної системи належать:

1) *Принцип демократії* є найважливішим конституційним принципом, що втілюється у визнанні народу як джерела влади. Найвищими формами реалізації влади народу є вибори та референдум. Влада народу реалізується також через органи держави (законодавчі, виконавчі, судові) та органи місцевого самоврядування. Конституції забороняють присвоєння суверенної влади народу будь-яким особам, організаціям, збройним силам. За народом визнається право на самозахист, а в деяких країнах захищати конституційний лад (Конституція Угорщини), здійснювати опір недемократичному правлінню (Конституція США). Конституція Угорщини передбачає, що політичні партії не можуть безпосередньо здійснювати державну владу.

2) *Принцип партicipації* розглядається як важливий засіб забезпечення широкої участі народу у вирішенні справ суспільного значення на різних рівнях влади. Це проявляється у положеннях конституції, які зазначають, що державна влада походить від народу. Наприклад, Конституція Колумбії навіть проголошує республіку не лише демократичною, але й «партicipаторною» державою. Американський юрист Сейдман вважає³¹²:

«Без демократичної партicipації, незалежно від існуючої державної ідеології уряди будуть, очевидно, займатися не бідністю і безвладдям, а насамперед відповідати тим, хто має владу і привілеї».

3) *Принцип політичного плюралізму* органічно впливає з конституційних положень. У болгарській конституції він закріплений чітко: «*Політичне життя в Республіці Болгарія засноване на принципові політичного плюралізму*» (ст. 11). Згідно з румунською конституцією «плюралізм виступає основою та гарантією конституційної демократії». Інші конституції закріплюють цей принцип у формі гарантій політичної та ідеологічної багатоманітності. Принцип конкретизується положеннями про місце і роль політичних партій у суспільстві.

Відповідно до ст. 22 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права свобода асоціацій може бути обмежена з міркувань необхідності в умовах демократичного суспільства на основі закону в інтересах державної чи суспільної безпеки, охорони здоров'я або моральності населення, захисту

³¹² Seidman A. (1993) Participation and the Law. 12 *Third World Legal Studies*. Valparaiso 1.

прав і свобод інших осіб. Основний Закон ФРН оголошує неконституційними партії, які намагаються нанести шкоду основам вільного демократичного ладу, поставити під загрозу існування країни (ст. 21). На її території не дозволяється діяльність партій інших держав, партій, створених на релігійній основі, фінансування партій та профспілок іноземними державами, а також міжнародними об'єднаннями.

4) *Організаційна та рольова автономія елементів політичної системи.* Не допускається злиття державного апарату з партійними структурами. Забороняється перебувати у політичних партіях військовослужбовцям, суддям та деяким категоріям державних службовців. Рольова автономія базується на визнанні окремих сфер функціонування держави, місцевого самоврядування та політичних інститутів суспільства. Таке положення доповнюється принципом поділу влади на законодавчу, виконавчу, судову та виділення особливостей функціонування місцевого самоврядування. Деякі конституції (Молдова, Казахстан) заклали положення про взаємодію гілок влади. З іншого боку, рольова автономія інститутів політичної системи також базується на тому, що конституції закладають механізм делегування деяких правотворчих повноважень цим структурам.

5) *Змагальність у політичному процесі.* Політичний процес означає порядок функціонування політичної системи, її інститутів у взаємовідносинах між ними. На відміну від юридичного процесу, цей процес регулюється поряд із правовими нормами також і корпоративними нормами об'єднань. Правовому регулюванню, як правило, підлягають ті відносини, в яких беруть безпосередню участь носії публічної влади. Тому деякі види юридичного процесу (виборчий, законодавчий, бюджетний, контрольний) тісно пов'язані з політичним процесом. Принцип змагальності знайшов втілення у Конституції Чехії, яка зазначає, що політична система заснована на свободі, добровільному об'єднанні та «змагальності політичних партій». Мирне змагання політичних партій, інших асоціацій, груп тиску має на меті оволодіння на основі виборів державною владою або вчинення на неї тиску в інтересах певних соціальних груп чи загальнонародних інтересів.

7) *Принцип самоврядування колективів* (асоціацій та територіальних громад) не формується безпосередньо в основних законах. Деякі конституції встановлюють, що партії повинні бути організовані та діяти відповідно до принципів демократії на основі самоврядування у внутрішніх справах через періодичні з'їзди, вибори, звіти керівних структур, на основі рівності прав їх членів. Визнається автономність територіальних колективів відповід-

но до засад адміністративно-територіального поділу країни. На основі закону створюються гарантії відповідності ресурсів та повноважень організаційних структур територіальних колективів.

Стосовно питань перебігу політичного процесу, то конституція, як і конституційне право загалом, доволі делікатно втручається у цю сферу. Вона залишається предметом суспільно-політичних дебатів між партійними фракціями у парламенті, які на засадах парламентської автономії шляхом політичних консультацій вирішують питання формування уряду, довіри чи розпуску уряду. Згідно з доктриною політичного питання у перебіг цих процедур також не втручаються органи конституційної юстиції, окрім випадків грубих порушень вимог процедури та фундаментальних прав і свобод.

6.2.4. Доктрина обороноздатної демократії (*militant democracy, streitbahre Demokratie*)

У сучасному розумінні концепція обороноздатної демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із демократією³¹³ та як превентивний засіб проти тероризму. На думку Карла Льовенштайна, не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше. На його думку, відвертий популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму. Серед засобів авторитаризму виділяють прояви націоналізму, створення на постмодерний кшталт образу зовнішнього ворога, залякування чи навіть застосування насильства. Відповідно, влада розглядається як інститут, який необхідно утримувати будь-якими засобами та використовувати її у власних інтересах, маніпулюючи громадською свідомістю. З цього аналізу Ондраш Шайо виводить такі структурні елементи войовничої демократії: розпуск політичних партій; конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед, належна правова процедура; конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій (об'єднань), зібрань, вираження поглядів; лояльність державних службовців³¹⁴.

Доктрина обороноздатної демократії передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед, судового конституційного контролю. Прикладом цього є практика

³¹³ Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 4; Sajo A. (ed.). (2004) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International.

³¹⁴ Шайо А. (2004) *Самозащита конституционного государства* 5-9.

Федерального Конституційного суду Німеччини визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках ФКС було проаналізовано цілі марксистско-ленінської ідеології та на близько 180 – цілі саме КПН, які несумісні з цінностями Боннського Основного Закону) по суті, визнав її такою, що суперечить демократичним цінностям і прирівняв її до теорії і практики нацизму за цілями і методами політичної боротьби за владу: «позиція Основного Закону щодо політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби з цією тоталітарною [нацистською – М.С.] системою»³¹⁵. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначають рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Європейський суд з прав людини одностайно вирішив, що не було ніякого порушення статті 11 Євроконвенції, і постановив, що держава має право вживати профілактичних заходів для захисту демократії. Суд зазначив, що події, організовані рухом *Magyar Garda Egyesulet*, мали наслідком реальну небезпеку насильства і розбрату, порушували порядок і громадський спокій, порушували право жителів сіл на свободу і безпеку, навіть якщо на самих демонстраціях, охоронюваних значними силами поліції, практично не було актів насильства:

«Рух, заснований об'єднанням пана Вони, організовував демонстрації, які транслювали ідею расової сегрегації, що нагадує дію угорського нацистського руху («Схрещені Стріли» – Arrow Cross), створював відчуття загрози і страху серед циганської меншини в країні».

Доктрина *militant democracy* також знайшла своє відображення у справі *Herri batasuna v. Spain*, в якій ЄСПЛ наголосив на неприпустимості політичної діяльності, яка тісно координується із діяльністю організацій, які практикують терор:

«На думку Європейського суду, дії заявників повинні розглядатися як складова частина стратегії досягнення політичних цілей, які, за своєю суттю, суперечать демократичним принципам, закріпленим у Конституції Іспанії. Це відповідало одній з підстав для ліквідації згідно ЗпПП, а саме: надання політичної під-

³¹⁵ BVerfGE 5, 85/138.

тримки діяльності терористичних організацій для досягнення цілей підриву конституційного порядку або створення серйозної соціальної напруженості. У цій справі національні суди дійшли обґрунтованих висновків після докладного дослідження представлених доказів, і Європейський суд не бачить підстав для відступу від мотивів Верховного суду, який встановив зв'язок між партіями-заявниками та ЕТА».

Крім того, з урахуванням ситуації з тероризмом, що існував в Іспанії багато років, особливо в «політично вразливому регіоні» Країни Басків, цей зв'язок може об'єктивно вважатися таким, що представляє загрозу для демократії.

Нарешті, висновки Верховного суду повинні розглядатися в контексті міжнародної рішучості засудження публічної пропаганди тероризму. Відповідно, дії та виступи, інкриміновані партіям-заявникам, у сукупності створюють очевидний образ соціальної моделі, розробленої та проповіданої, яка суперечила концепції «демократичного суспільства». Відповідно, рішення, винесене всупереч інтересам заявників Верховним судом і підтримане Конституційним судом, могло розумно розглядатися як відповідна «невідкладна суспільна необхідність», навіть з урахуванням вузьких меж розсуду, якими користуються держави, Європейському суду залишається упевнитися, чи було оскаржуване втручання пропорційним законній меті».

Таким чином, доктрина обороноздатної демократії також є належним засобом боротьби із популістськими та екстремістськими політичними партіями та рухами. Однак вона потребує висококваліфікованого конституційного правосуддя та розважливості політиків і депутатів парламенту.

6.3. Політичні партії та популізм

6.3.1. Поняття політичної партії

Концепція негативного республіканізму передбачає конституційну заборону функціонування партійних структур тоталітарного характеру та правові механізми боротьби із зловживання ними правом. Також із неї випливає необхідність визначення прозорого механізму фінансування партій, насамперед

шляхом їх періодичної звітності щодо джерел фінансування та їх витрат, заборони фінансування партій за рахунок анонімних пожертвувачів чи наявності джерел фінансування із-за кордону.

Побоювання щодо відродження партій тоталітарного типу також обґрунтовуються міркуваннями небезпеки маніпулювання такими партіями громадською думкою. Тому, з метою запобігання таким загрозам класичній демократії чинне законодавство може передбачати зв'язки партій із виборцями на засадах вільного членства або фіксованого членства. У першому випадку партія парламентського типу забезпечує зв'язок із виборцями через парламентаріїв, які через свій *саусис* (актив) проводять систематичну роботу із виборцями. Таким чином, модель вільного членства політичних партій буде орієнтуватися на мажоритарні або змішані виборчі системи; вона також частково сумісна із пропорційною виборчою системою із елементами преференцій.

Одним із взірцевих варіантів визначення конституційного статусу політичних партій є абз. 1 ст. 21 Основного Закону ФРН, згідно з яким *«...партії беруть участь у формуванні політичної волі народу. Вони засновуються вільно. Їх внутрішня будова повинна відповідати демократичним принципам. Вони повинні публічно звітувати про походження та використання своїх засобів, а також про своє майно»*. Водночас Основний Закон в абз 2 ст. 21 передбачає конституційну процедуру їх розпуску:

«Партії, які за своїми цілями або за поведінкою своїх прибічників намагаються нанести шкоду основам вільного демократичного ладу або усунути його чи поставити під загрозу існування ФРН, антиконституційні. Питання про антиконституційність вирішується ФКС».

Задля забезпечення захисту інтересів громадян партіями поточне законодавство визначає певні вимоги щодо організаційної їх структури. Система фіксованого членства орієнтована на масові політичні партії, спирається на свої територіальні осередки. Якщо масова політична партія побудована за професійним (виробничим) критерієм, то вона може набути авторитарного або навіть тоталітарного характеру, оскільки рядові члени партії завжди знаходяться під загрозою маніпулювання з боку своєї адміністрації, яка, як правило, є *саусис'ом* партії та її основним фінансовим донором. Маргіналізація масової політичної партії можлива у випадку, якщо її керівні органи та *саусис* стають закритими організаційними структурами, порушуються зворотні вертикальні зв'язки у партії, відсутній контроль рядових членів партії над її керівництвом та внутрішньопартійний арбітраж.

6.3.2. Інституціоналізація політичних партій

Конституційна заборона партіям використовувати неправові способи здобуття та здійснення політичної влади спрямована на формування поваги до конституційних цінностей, які лежать в основі демократичного правового порядку: права людини та її гідність, повага до прав національних менших та інших соціальних спільнот, толерантність (ідеї релігійної, соціальної, культурної терпимості), політичний, економічний та ідеологічний плюралізм тощо. Така концепція отримала у філософії права назву конституційного патріотизму³¹⁶. Засновником цієї концепції є відомий німецький філософ, теоретик комунікативної демократії Юрген Габермас³¹⁷, а також німецький політолог Дітмар Штернбергер³¹⁸. Концепт конституційного патріотизму є відповіддю на постмодерністський дискурс в умовах кризи ідеології народного суверенітету³¹⁹, що пов'язано із інтеграційними процесами та тенденцією делегування суверенних повноважень держави супранациональній владі (*Supranational Power*), яка насамперед ототожнюється із Європейським Союзом.

Водночас необхідно визначити деякі основні моменти щодо сутнісного змісту свободи політичної діяльності партій. Насамперед, необхідно виходити із того методологічного посилення, що в умовах модерну саме на політичних партіях лежить основна функція із забезпечення нормального ходу формування та легітимації органів публічної влади, здійснення контролю над владою та забезпечення механізму її підзвітності й підконтрольності народу. Конституційному регулюванню статусу політичних партій не вистачає визначення критеріїв демократичності партій: колегіальності вищих партійних органів, недопустимість функціонування організаційних структур авторитарного й тоталітарного типу, заборона формування організаційних структур за місцем роботи членів партії, наявність внутрішньопартійного арбітражу, прозорість механізму публічного звітування про джерела і напрямки фінансування політичних партій, обмеження щодо максимального розміру фінансування з боку одного фінансового донора. Невирішеність цих питань перемішує ведення виборчих кампаній у формальний бік із фактичними фінансовими

³¹⁶ Mueller J.-W. (2006) On the Origins of the Constitutional Patriotism. 6 *Contemporary Political Theory* 278-296.

³¹⁷ Habermas J. (1976) Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden? In: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt aM: Suhrkamp. 92-126.

³¹⁸ Sternberger D. Verfassungspatriotismus. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1979, 23th May.

³¹⁹ На питання конституційного патріотизму також існує скептична точка зору, оскільки це перешкоджає становленню колективної самосвідомості європейців як громадян ЄС. Див.: Hansmann. Comment on Mueller: A negative version of constitutional patriotism at the European level?

зловживаннями, домінуванням керівництва партій у висуванні кандидатів на представницькі мандати, виробленням тактики і стратегії політичної боротьби переважно авторитарного змісту, що, в кінцевому результаті, призводить до викривлення політичної волі народу та неадекватного представництва політичних сил в органах публічної влади.

Сьогодні до основних елементів інституціоналізації політичних партій належать: 1) поняття політичної партії, визначення їх місця і ролі у політичній системі та механізми публічної влади; 2) умови та порядок створення та припинення діяльності; 3) вимоги до ідеології та програмних положень партій; 4) вимоги до їх організаційної структури та порядку діяльності; 5) фінансово-економічна база партії; 6) взаємовідносини з публічною владою, насамперед, їх участі у виборах та у діяльності представницьких органів влади.

6.3.3. Вимоги демократичної структури та легітимність політичної партії

Загальні стандарти щодо структури партій визначають відкритість ведення дискусії щодо передбачуваних наслідків та ухвалення рішень керівними їх органами. Демократичну організаційну структура політичних партій визначають такі стандарти: а) колегіальність вищих партійних органів; б) недопустимість функціонування організаційних структур авторитарного й тоталітарного типу; в) заборона формування організаційних структур за місцем роботи членів партії; г) наявність арбітражу для вирішення спорів всередині партії; д) публічне звітування про джерела і напрямки фінансування політичних партій; е) обмеження щодо максимального розміру фінансування з боку одного фінансового донора. При цьому партія може досягати власних політичних цілей лише законними і легітимними методами, які не можуть підривати засади конституційного порядку. На цьому також наголосив Європейський суд з прав людини у справі «Соціалістична партія проти Туреччини»³²⁰:

«45. Суд і раніше стверджував, що однією із основних характеристик демократії є можливість, яку вона відкриває для вирішення проблем країни через діалог, не схильючись до насильства, навіть коли цей діалог викликає роздратування. Демократія процвітає в умовах свободи висловлювання думок. З цієї точки зору, не може бути ніякого виправдання створенню перепон політичній групі виключно лише тому, що вона намагається обговорювати публічно ситуацію, що стосується частини населення

³²⁰ *Socialistic Party & others v. Turkey*. В: (2001) Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 2. Москва: НОРМА 503, 504.

держави, і брати участь у політичному житті, щоб, керуючись демократичними правилами, знайти рішення, здатні задовольнити кожну заінтересовану людину.

...На думку Суду, той факт, що така політична програма [вимога Соціалістичної партії про забезпечення „курдської нації” на самовизначення та її право на „відділення”, на думку Суду, є намаганням „підкреслити, що запропонована федеративна система не може виникнути без вільно вираженої згоди курдів через референдум”] оцінюється не як несумісна з існуючими принципами та структурами турецької держави, не робить її несумісною з принципами демократії. Сутність демократії полягає в тому, щоб дозволити висувати та обговорювати різноманітні політичні програми, навіть ті, які піддають сумніву той порядок, відповідно до якого організована у цей час держава, за умови, що вони не наносять шкоди самій демократії».

Моріс Дюверже доволі докладно вивчив питання демократичності структури політичної партії, розрізняючи пряму і непряму їх структури. Ступінь директивності структури партії залежить від того, яким чином рядові члени партії можуть обмінюватися думками із керівництвом, а також наявності фіксованого чи вільного членства, системи відносин партії із симпанзантами – не членами партії, які на виборах стійко голосують за партії або їх кандидатів. Як базові елементи політичних партій розглядають: 1) територіальні осередки; 2) секцію, ланку, комітет; 3) територіальні структури та громадський вплив політичних партій. Після комуністичних і нацистських практик вождизму демократичні засади організації партій заперечують процедури ухвалення одноосібних рішень з боку керівників партій. Тому важливо, щоб законодавство про політичні партії регулювало також питання партійного керівництва, зокрема: 1) відбору керівників; 2) взаємовідносин керівників та парламентарів від партії; 3) статус керівних органів партії – з'їздів, конференцій тощо.

6.3.4. Функції і завдання політичних партій

Як вже зазначалося, політичні партії здійснюють функції щодо формування та вираження політичної волі громадян, а також у формі участі у періодичних виборах. *Функція сприяння у формуванні та вираженні політичної волі громадян* полягає у визначенні стратегії політичної партії у рамках політичної системи, участі у періодичних виборах (наприклад, тривала практика німецьких партій ХДС/ХСС утворювати коаліції із Вільною партією Німеччини),

участі партії в референдумному процесі (наприклад, Партія незалежності Великої Британії підтримала референдум про вихід Сполученого Королівства із ЄС). *Періодична участь у виборах* є однією з провідних функцій політичних партій; якщо протягом певного часу партія не бере участі у парламентських виборах, вона може втратити статус партії і перейти в категорію громадських об'єднань. Водночас вибори дають змогу сконцентрувати зусилля партійного активу, фінанси та інші ресурси партій з метою просування своїх членів в органи публічної влади. *Ведення суспільно-політичної дискусії щодо напрямів розвитку країни* дає змогу ідентифікуватися партії у політичному спектрі країни, водночас пропонуючи інноваційні підходи до вирішення суспільно-політичних проблем. Засоби сучасних інформаційних технологій, електронних медіа також можуть істотно впливати на функціональну спрямованість політичних партій, особливо у період проведення виборів. Загалом функції і завдання політичних партій знаходять своє відображення у статутних документах та в програмних положеннях партій.

6.4. Референдум та гарантії народного волевиявлення

6.4.1. Поняття референдуму

Як інститут конституційного права референдум не є універсальним. У деяких країнах він не застосовувався жодного разу або використовувався лише в поодиноких випадках (Нідерланди, Бельгія, Велика Британія). Причому його використовували, маніпулюючи громадською думкою, інколи з метою проведення рішень, по суті, тоталітарного характеру (наприклад, у нацистській Німеччині у 1933, 1934 та 1938 рр.).

Поняття референдуму неоднозначне, його розуміють у різних країнах по-різному. Дискусія ведеться навколо питання „референдум” та „плебісцит”, але є загальноприйнятим вживати термін „референдум”. Канадець П. Бойер вважає, що в правовому аспекті референдум є зобов'язуючим рішенням, ухваленим народом, яке повинне знайти відображення в законі або діях уряду, а плебісцит є формалізоване вираження громадської думки, яка може слугувати орієнтиром для уряду стосовно певного питання його політичного курсу.

Швейцарські вчені, прибічники теорії представницької демократії, заперечували ідею референдуму, однак вони не виступали проти того, що вихідним началом всіх державних установ і влади необхідно визнавати ідею народ-

ного суверенітету. Але, подібно до французьких послідовників Руссо, вони розуміли народну волю як віддалене джерело і найвищу санкцію права, чинну ще до вираження волі народу, шукали його законних представників, вважаючи, що й для самого народу корисніше, якщо його волю виражають обрані і більш умілі³²¹.

Референдум – це порядок прийняття народом або територіальним колективом рішень загального характеру, які мають суттєве значення для народу та, відповідно, територіального колективу, виражають їх волю і підлягають обов'язковому втіленню у діяльності органів публічної влади та посадових осіб.

6.4.2. Референдум як «двосічний меч» демократії

Інститут референдуму є неоднозначним інститутом безпосередньої демократії, який умовно можна назвати „двосічним мечем” демократії. З одного боку, за допомогою референдуму народ може вирішувати безпосередньо питання, які мають найважливіше значення. Особливо ефективним референдум є на локальному рівні, про що свідчить інтенсивна практика місцевих референдумів у Швейцарії, США та в деяких інших зарубіжних країнах. Цінність референдуму полягає в тому, що він дозволяє чітко визначити позицію громадян з різного роду питань суспільного значення. Англійський вчений В. Богданор з цього приводу виділяє три аспекти, які може забезпечити лише референдум: надати можливість громадянам висловитись з певного питання суспільного життя; надати можливість всім громадянам прийняти рішення із суспільно важливих питань; сумістити інтереси народу та уряду.

Однак референдум може використовуватися владою для маніпулювання громадською думкою³²² або думка населення щодо певних проблем суспільного розвитку може кардинально змінюватися³²³. Суттєво інститут референдуму був дискредитований у нацистській Німеччині, оскільки він використовувався для згортання гарантій прав людини та забезпечення концентрації влади. Фактично, є неконституційною практика пролонгації повноважень

³²¹ Новгородцев П.И. (2000) *Введение в философию права. Кризис современного правосознания*. Санкт-Петербург: Лань 153- 187.

³²² Яскравим прикладом є практика референдумів у Білорусі в 1995, 1996 рр., які легітимували авторитарний режим Лукашенка, а в 2005 р. взагалі було вирішено питання про можливість балотування Лукашенка на посаду Президента втретє не зважаючи на конституційні застереження.

³²³ Так, у квітні 1991 р. в Україні близько 70 % виборців проголосувало за збереження України в складі оновленого СРСР, а в грудні цього ж року більше 90 % виборців проголосувало за схвалення Акту незалежності України.

глав держав за допомогою референдуму в Єгипті (1982 – 2004), Узбекистані (1995, 1997)³²⁴.

Використання інституту референдуму є ефективним під час вирішення питання про прийняття конституції, вступу держави у наднаціональні інститути, з питань території тощо. Є проблематичним прийняття на референдумі законів, оскільки це може викликати зловживання з боку виконавчої влади.

Демократична практика застосування референдумів передбачає використання їх засобів забезпечення основних прав і свобод, державного суверенітету і територіальної цілісності та самоврядності територіальних колективів (громад). До загальних вимог демократичності до референдуму належать: а) загальні вимоги щодо формули референдуму (предмету, змісту питань та вимог щодо їх правового оформлення); б) статус учасників референдумного процесу; в) порядок формування та діяльності органів, що безпосередньо здійснюють організацію і проведення виборів; г) порядок роз'яснення змісту питань, що виносяться на голосування процес голосування; д) порядок визначення результатів референдуму; е) порядок виконання рішень референдуму.

Сучасний французький інтелектуал Жерар Мере називає доктрину народного суверенітету авторитарною, оскільки вона ґрунтується на підкоренні волі більшості, що є проблематичним з точки зору обмеження влади та гарантій прав людини. Такі висновки зумовлені, насамперед, приходом нацистів до влади цілком законними методами за допомогою демократичних процедур. Так само, з використанням референдуму було вирішено закріпити принцип фюрерства та однопартійності, а також надати новій посаді рейхсканцлера надзвичайні повноваження, зупинивши чинність низки положень Конституції Веймарської республіки. Така загроза також існувала і у Франції у 1936 р. і лише об'єднання демократичних сил дало змогу запобігти приходу до влади прибічників нацистів. Обставини проведення у 2000 р. Всеукраїнського референдуму за народною ініціативою із потужним застосуванням зловживання з боку публічної адміністрації (насамперед, Адміністрації Президента Леоніда Кучми) та мережі клієнтелі – Фонду соціальний захист Олександра Волкова – засвідчили сумнівну легітимність його проведення, до якого мала певні зауваження і Венеційська комісія³²⁵.

³²⁴ Було вирішено питання спочатку про пролонгацію повноважень, а пізніше про подовження терміну повноважень президента Узбекистану з 5 до 7 р. не зважаючи на зворотну тенденцію у світі.

³²⁵ *Opinion of the Venice Commission on Constitutional Referendum in Ukraine* CDL-INF (2000) 11.

У своєму висновку Венеційська комісія прямо вказала, що референдум від 27 березня 2000 р. не має зобов'язальної сили у зв'язку з тим, що виключно розділ XIII Конституції передбачає процедуру внесення змін до неї. Деяко обережнішим був Конституційний Суд у рішенні № 3-рп/2000, але тим не менш він наголосив, що, у разі підтримки питань, які Суд визнав конституційними, у тексті Указу Президента № 65/2000, то «ці питання є обов'язковими для розгляду і прийняття рішень відповідними органами влади в порядку, визначеному Конституцією України, зокрема її розділом XIII... та законами України».

Це випадки використання авторитарними і тоталітарними режимами інститутів прямої демократії для дискредитації інститутів представницької демократії, насамперед парламентаризму. Отже, проблема впирається у якість народного представництва та кризи інтерпретації засад демократії.

6.4.3. Формула референдуму

Формула референдуму включає в себе предмет референдуму, який, як правило, тлумачиться звужувально, вимоги щодо оформлення питань, які виносяться на референдум. Зокрема, згідно з Конституцією України виключно предметом референдуму є питання про зміну території України та остаточне схвалення рішення Верховної Ради про внесення змін до розділів I, III, XIII Конституції України. Не можуть бути предметом референдуму законопроекти з питань податків, бюджету та амністії (ст. 74). За юридичною природою, не може бути предметом референдуму питання про довіру до представницьких органів влади, оскільки це суперечить функціональному призначенню цього інституту, а також підміняє собою вибори.

Вимоги щодо оформлення питань, що виносяться на референдум, зводяться до таких моментів: а) питання повинно бути чітким, зрозумілим і визначати однозначну відповідь – „так” або „ні”; б) питання не може містити (приховувати) у собі два або більше питань, оскільки це порушує принцип правової безпеки та демократії; в) про зміст положень, що виносяться на референдум, їх позитивні і негативні сторони, повинно бути роз'яснено народові; г) якщо на референдум виноситься закон, то він повинен мати „рамковий” характер і передбачати можливість його конкретизації парламентом або урядом; доцільно надавати перевагу референдумним засобам остаточного схвалення проекту Конституції, затвердженої парламентом, конституційною асамблеєю чи установчими зборами.

6.4.4. Народна правотворча ініціатива та інші форми безпосередньої демократії

Народна правотворча ініціатива – це право встановленої кількості (частини) виборців вносити проект закону на розгляд представницького органу. Вперше цей інститут виник в окремих штатах США у XIX ст., а надалі він отримав поширення в низці країн Європи. Детально цей інститут врегульовано у Конституції Іспанії, положення якої розвинуто в Органічному законі 1984 р. Зокрема, в ньому вказується, що його метою є закріплення безпосередньої участі народу як носія суверенітету у процесі формулювання норм, які регламентують життя громадян, з іншого боку, відкрити шлях для надання на розсуд законодавчої влади тих норм, необхідність яких визнається електоратом, однак не отримує вираження в діяльності парламентських представників.

Народна правотворча ініціатива повинна мати форму законопроекту. В Іспанії така ініціатива не поширюється на проекти органічних законів, законів про оподаткування, міжнародні відносини, а також з питань помидування. Ініціатива повинна мати підтримку певної кількості виборців. Наприклад, в Іспанії – 500 тис., Румунії – 250 тис., Киргизстані, Сербії та Чорногорії – 30 тис., Латвії – десятої частини виборців тощо.

У системі демократії часто застосовуються місцеві ініціативи, які можуть проявлятися принаймні у трьох формах: місцевій правотворчій ініціативі, громадських роботах та самооподаткуванні жителями територіальної громади. Зокрема, громадські роботи передбачені законодавством деяких зарубіжних країн. Цей підінститут розглядається як факультативний, оскільки він насамперед пов'язаний із статусом осіб, які наділяються певними публічними функціями на рівні місцевого самоврядування. Так, згідно з Положенням про общини землі Баден-Вюртемберг³²⁶ у Німеччині особа, якій «доручають роботу на громадських засадах, повинна виконувати її безкорисно та відповідально» (§ 17). Особа, що працює на громадських засадах, зобов'язана на конфіденційній основі реалізувати виконання своїх функцій, а також не може представляти чієї-небудь домагання чи інтереси, спрямовані всупереч общини, якщо він не діє як представник закону. Зокрема, общиною може бути покладено виконання громадських робіт, пов'язаних з муніципальними виборами чи іншими важливими соціально-побутовими роботами. Це положення орієнтує на дисциплінованість та відповідальність жителів общини під загрозою заходів адміністративної відповідальності (абз. 3 § 16 Положення).

³²⁶ Ясюнас В.Л. (1998) *Основы местного самоуправления*. Москва: Ось-89 124-146.

На рівні локальної демократії значну роль відіграють збори громадян. Збори громадян дають змогу територіальним колективам обговорювати питання місцевого значення та ухвалювати владні рішення. На відміну від референдуму та виборів, тут поєднується спільне обговорення, пошук рішення та його прийняття. Вони слугують важливим засобом участі громадян у здійсненні різноманітних самоврядних функцій, виступають методом підвищення рівня відповідальності у здійсненні місцевого самоврядування, вираження ініціативи, підвищення політичної культури.

6.5. Конституційна інженерія та виборчі системи

Конституційною інженерією йменують процес визначення виборчих систем, які мають забезпечити стабільне функціонування уряду та запобігання конституційних криз. Також конституційну інженерію можуть використовувати з метою збереження влади за допомогою модифікації виборчих систем чи зміни меж виборчих округів, в яких обираються депутати парламенту. В основі конституційної інженерії лежить критерій ефективності впливу виборчих систем на функціонування політичної системи суспільства, метою якого є формування ефективного уряду та дієвого демократичного контролю над урядом³²⁷. При цьому важливе значення мають такі фактори нормативного характеру: повнота законодавчого регулювання виборчого процесу; гарантії свободи розсуду виборчих адміністрацій; гарантії балансу інтересів та рівності учасників виборчого процесу; поєднання окремих технічних елементів визначення результатів виборів (способи голосування, фіксування результатів виборів, оголошення їх підсумків тощо).

6.5.1. Мажоритарна виборча система

Мажоритарна виборча система призводить рано чи пізно до формування двопартійної політичної системи або системи домінуючої партії, а пропорційна виборча система викликає фрагментацію політичної системи. Для функціонування мажоритарної виборчої системи необхідне значне структурування політичної системи суспільства, наявність двох провідних політичних партій, високий рівень життя та гарантії самоврядних прав територіальних колективів.

³²⁷ Можна також виділити окремі дослідження, присвячені проблемам взаємозв'язку між партіями та виборчими системами. Див. напр.: Benoit K. (2002) *The Evolution of Electoral Systems in Eastern Europe*: Manuscript, the 2002 Annual Meeting of the American Political Science Association, Boston MA, August 28 – September 1.

Ця система передбачає обрання депутатів за принципом більшості, вона є універсальною, порівняно простою для встановлення результатів виборів. Для того, щоб встановити результати виборів, визначають більшість голосів виборців, необхідних для обрання депутата представницького органу влади. Найбільш поширеною є *система відносної більшості*, оскільки вона є найпростішою і потребує мінімум затрат. Щоб кандидат був обраний, достатньо набрати більшу кількість голосів виборців від інших кандидатів-суперників. Така система передбачає суперництво впливових кандидатів в одномандатних округах, і вона вигідна для великих та середніх партій, які володіють значними фінансовими та людськими ресурсами для проведення якісної виборчої кампанії.

Така практика народного представництва розрахована насамперед на забезпечення ефективних урядів, жертвуючи реальним представництвом народу. Останній фактор дещо компенсується тим, що вибори проводять в одномандатних округах і в цих країнах існує двопартійна політична система або система домінуючої партії. Наприклад, у США у виборчих округах, як правило, ведуть виборчу кампанію представники республіканської і демократичної партії. Таким чином, ця виборча система орієнтує виборця на „стратегічне голосування”, коли він віддає свій голос за того кандидата, в якого існують реальні шанси виграти вибори. За нестабільної виборчої системи існує небезпека одержання представництва радикальних, екстремістських сил (наприклад, партія Ле Пена у Франції чи партія Леппера у Польщі). У разі слабкої структурованості політичної системи та слабких партій, результати голосування можуть бути непередбачуваними, відповідно, це може негативно вплинути на ефективність уряду.

За *системи абсолютної більшості* обраним є кандидат, який набрав більше половини голосів виборців, що реально відображає симпатії виборців та громадський вплив кандидата у виборчому окрузі. Ця система, як правило, передбачає проведення другого туру голосування, оскільки нечасто певний кандидат здатен набрати в умовах конкурентної виборчої кампанії одразу абсолютну більшість голосів виборців. Наявність другого туру голосування свідчить про наявність елементів пропорційності. Виборці голосують, як правило, за двох кандидатів, що здатні набрати найбільшу кількість голосів у першому турі. В другому турі свою роль відіграє ефект „стратегічного голосування” виборців, а партії будують свою виборчу стратегію таким чином, щоб координувати свою виборчу кампанію у різних виборчих округах з метою забезпечення перемоги своїх кандидатів. Така практика „обмінної гри” дозво-

ляє визначити ті політичні сили, цілі та програми яких подібні і, в разі формування ними уряду, не буде значних відмінностей у здійсненні урядового курсу.

Недоліками мажоритарної виборчої системи є те, що у слабких і неструктурованих політичних системах вона не забезпечує у повній мірі реального народного представництва. Якщо існує сильна і структурована політична система, як правило, представництво і результати виборів істотно не розходяться, хоча можливе розходження у деяких виборчих округах. У виборчому окрузі партії, які володіють значними фінансовим та адміністративним ресурсом, часто маніпулюють виборцями, що може слугувати джерелом зловживань. Так, під час парламентських виборів 1998 р. в Україні здійснювалися різноманітні зловживання у ході виборчих кампаній. В умовах неструктурованої політичної системи ці вибори набули характеру визначення номенклатурних пререференцій між кандидатами, що поєднувалося із застосуванням адміністративного ресурсу. За чинним виборчим законодавством, за цією системою також проводяться вибори сільських, селищних, міських голів. Вона проявила вади своєї нелегітимності, оскільки за виборчої системи відносної більшості до влади можуть прийти популісти, які не здатні ефективно управляти територіальними громадами³²⁸. Тому цю виборчу систему правильно характеризують як несправедливу, а систему відносної більшості – як таку, що не забезпечує адекватне народне представництво.

Разом з тим, мажоритарна виборча система має й свої переваги. Як правило, застосовуючи їх, беруть до уваги такі міркування³²⁹: вони дають змогу сформуванню в парламенті стійку урядову більшість; вони зменшують партійну роздробленість і, в разі послідовного їх застосування впродовж низки виборчих кампаній, приводять до появи двопартійної виборчої системи; вони забезпечують безпосередній зворотний зв'язок між виборцями і їхніми представниками; вони підвищують якість обраних посадових осіб.

6.5.2. Пропорційна виборча система

У деяких постсоціалістичних країнах Східної Європи (Болгарія, Польща, Словаччина) вважають, що пропорційна виборча система сприяє становленню політичних систем та структуризації політичних партій парламентського типу, які є досить слабкими у порівнянні із країнами Заходу. Такі міркування пов'язані із необхідністю на рівні закону впливати на побудову ефективного

³²⁸ Після місцевих виборів 2006 р. в деяких областях змінилось до чверті сільських і селищних голів.

³²⁹ Сарторі Дж. (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк, 2001. 53.

парламентаризму, забезпечення відповідального парламентського правління. Це має значення для побудови парламентських фракцій, здатних ефективно здійснювати політичний курс у стінах парламенту і забезпечити необхідну підтримку політиці уряду.

Застосування пропорційної виборчої системи передбачає забезпечення реального народного представництва. Це реалізується шляхом голосування виборців за виборчі списки політичних партій. Відповідно, кожна політична партія отримує представництво у парламенті пропорційно до кількості поданих за неї голосів виборців. Така система гарантує представництво навіть невеликих політичних партій. Подібне дроблення політичного спектру може призвести до поляризації політичних сил. У свою чергу, це створює загрозу неефективних та нестійких урядів. За результатами голосування, як правило, утворюються коаліційні уряди, в яких часто його глава не здатен ефективно контролювати міністрів, а тому всередині уряду розмивається відповідальність.

Пропорційна система стикається із проблемою ефективного управління парламентською коаліцією, від чого залежить ефективність уряду. Це пов'язано, у свою чергу, із сумісністю політичних цілей і цінностей партій різного політичного спектру. Введення пропорційної системи обґрунтовувалося як засіб зближення цілей діяльності антагоністичних партій та формування спільних політичних цінностей на основі суспільного консенсусу.

Результати виборів до Верховної Ради у 2006 р. засвідчили неоднозначність такого рішення, наслідки якого мали непередбачуваний характер. Спроба зблизити політичні цілі та цінності партій у формі Універсалу національної єдності мали зовнішній характер, оскільки Президент не мав вирішального впливу на політичні партії. Формування парламентської коаліції мало суперечливий характер, оскільки Універсал був підписаний Комуністичною партією із застереженнями, які підривали інституційну єдність цієї політичної угоди. З іншого боку, для вітчизняного істеблшменту мало відомий феномен конституційних угод³³⁰, які є додатковим джерелом права і яких необхідно додержуватися партіям, усвідомлюючи свою відповідальність перед виборцями.

Укладання коаліційної угоди між НУНС, БЮТ за результатами позачергових парламентських виборів 2007 р. було здійснене на хиткій інституційній основі; практика її здійснення засвідчила проблеми узгодження політичних стратегій та досягнення консенсусу щодо соціальних цінностей. Розмитість соціальних цінностей та політичної платформи стало деструктивним факто-

³³⁰ Marshall G. (1984) *Constitutional Conversations. The Rules and Forms of political Accountability*. Oxford: Clarendon Press.

ром у діяльності коаліції БЮТ – НУНС. Тому емпіричні дані засвідчують, що на сучасному етапі розвитку політичної системи в Україні існує суперечність між потребами суспільного прогресу та пропорційною виборчою системою, в якій представництво регіональних політичних лідерів у виборчих списках політичних партій не гарантується.

Разом з тим, пропорційне представництво сприяє формуванню та структуризації політичної системи, дозволяє підвищити рівень політичної та електоральної культури виборця, визначити суспільні ніші для політичних партій. Пропорційна виборча система забезпечує справедливе представництво народу, відповідно до підтримки політичних партій за результатами голосування. Вона сприяє кращій інституціалізації, артикуляції групових інтересів у суспільстві. Пропорційність забезпечує інтеграцію партій із контрверсійними політичними цілями в єдину політичну систему. Насамкінець, за пропорційної виборчої системи непотрібним є повторне голосування, оскільки його підсумки підбиваються за результатами голосування у виборчому окрузі в цілому³³¹.

Для того, щоб скоригувати недоліки пропорційних виборчих систем, у багатьох країнах застосовують різноманітні методи. Вони спрямовані на забезпечення інституціалізації, формування стійких політичних домовленостей та орієнтування виборців на стійкі політичні партії парламентського типу, які відображають інтереси певної частини виборців. Серед цих інструментів можна виділити виборчий бар'єр та виборчі списки.

i) *Виборчий бар'єр* вводить з метою забезпечення консолідації політичних сил, недопущення подрібнення народного представництва. Таке представництво здійснюється на користь середніх і великих партій, в яких виникає більше можливостей створити дієвий та стійкий уряд. Величина бар'єру коливається (Росія – 7 %, Німеччина – 5 %, Угорщина – 4 %, Іспанія, Україна – 3 %, Ізраїль – 1%) і вона диференціюється для політичних партій та їх блоків (наприклад в Польщі, для партій – 5 %, для блоків – 7 %). При цьому існує певна кореляція стану політичної системи по лінії тоталітаризм – авторитаризм – транзит – демократія: чим вищий виборчий бар'єр, тим менш демократичним є тренд розвитку політичної системи. Критичним показником для ступеня демократичності є, як правило, виборчий бар'єр у 7 відсотків та більше (Мексика, Російська Федерація). З точки зору стійкості демократії, є також критичною межа нижче трьох відсотків, оскільки у неструктурованих політичних системах це є причиною нестабільності парламентської більшості

³³¹ Романюк А., Шведа Ю. (2005) *Партії та електоральна політика*. Львів: Літопис 154.

та загрожує відповідальному парламентському правлінню. У цьому контексті в українському виборчому законодавстві необхідно підвищити виборчий бар'єр для партій та встановити диференціацію бар'єра (підвищеного) для блоків політичних партій.

У справі про загороджувальний бар'єр на виборах депутатів Європарламенту ФКС Німеччини наголосив, що у 2011 році він визнавав вже неконституційним 5-відсотковий бар'єр, оскільки він істотно викривляє волевиявлення виборців та їх представництво. Натомість 7 жовтня 2013 року Бундестаг вніс зміни у Закон про вибори депутатів Європейського парламенту, знизивши виборчий бар'єр для партій до трьох відсотків. Рішенням від 26 лютого 2014 року ФКС визнав такий загороджувальний бар'єр також неконституційним³³²:

«...запровадження виборчого бар'єра в 3% після визнання не-дійсним 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».

ii) *Виборчі списки.* Характерною рисою пропорційної виборчої системи є голосування за партійним списком. У випадку утворення виборчого блоку кількома партіями, виникає необхідність поєднання списків партій, що входять у блок. Як правило, це забезпечується шляхом укладання угоди між партіями, що утворили виборчий блок.

При цьому застосовують різні способи голосування за виборчі списки партій. За цим критерієм виділяють зв'язані (закриті) та вільні списки. У разі *закритих списків*, виборець не впливає на відбір конкретних депутатів, він голосує за партію в цілому і є зв'язаний черговістю, визначеною вищим органом влади, який затверджує порядковість кандидатів у списку. Недоліками системи закритих списків є обмеженість впливу низових партійних структур

³³² Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент (2014) 2 *Дайджест публичного права и международного права Института Макса-Планка*. 297, 299.

на процес висування кандидатів. Принаймні ця система повинна бути орієнтована на проведення виборів за регіональними виборчими списками, а не в загальнонаціональному виборчому окрузі. Система закритих списків є також небезпечною з огляду на широкі можливості політичної корупції всередині партій та у парламенті шляхом укладання кулуарних домовленостей. Ця система також знижує рівень зворотних зв'язків між виборцями та партіями, вихолощує суть конституційної функції партій щодо сприяння формуванню та вираженню політичної волі народу. На прикладі парламентських виборів 2006 і 2007 рр. українське суспільство остаточно переконалось у суттєвих вадах закритих партійних списків.

Система *вільних списків* передбачає можливість виборця обирати у списку тих кандидатів від політичної партії, які користуються у нього найбільшою довірою, і таким чином впливати не тільки на вибори конкретної партії, а також і на вибір конкретних кандидатів із запропонованого списку. Останню модель ще називають системою преференцій, однак вона може бути обмеженою. Оскільки ця система несе загрозу зловживань, тому, до прикладу, в Італії (у зв'язку із маніпуляціями з виборчими списками мафією у південних провінціях) дозволялося вказувати не більше чотирьох кандидатів, а в результаті референдуму 1991 р. дозволяється вказувати лише одного кандидата.

6.5.3. Змішана виборча система

У деяких країнах вважають, що оптимальною є змішана виборча система, яка дозволяє поєднати переваги мажоритарної і пропорційної виборчої систем. При цьому спостерігається їх поєднання із висуненням списків кандидатів у парламент за регіональними списками, за допомогою чого забезпечується посилення впливу регіональних еліт та їх представництва у національному парламенті (Німеччина, Угорщина).

У літературі прийнято називати змішаними системи, які побудовані на поєднанні елементів мажоритарної і пропорційної виборчої системи. Ця система передбачає, що одна частина мандатів здобувається за мажоритарною, а інша за пропорційною виборчою системою. Наприклад, в Італії це співвідношення становить 75 % на 25 %, у Японії – 50 % на 50 %, в Угорщині 210 депутатів Національних Зборів обираються за пропорційним принципом, а 176 по одномандатних виборчих округах. Вибори у липні 2006 р. в Угорщині засвідчили, що результати голосування були майже ідентичні як за пропорційною, так і за мажоритарною системою. Тобто, фактично, ми маємо справу із пропорційною виборчою системою.

Інакший стан справ був в Україні за результатами парламентських виборів

2002 р. Незважаючи на перевагу партії «Наша Україна», під час голосування за пропорційною системою, результати голосування у одномандатних округах за мажоритарною системою виявилися відмінними. На відміну від електоральної практики країн Центральної та Східної Європи, парламентські вибори 2002 р. в Україні проводилися в умовах неструктурованої політичної системи та масового застосування адміністративного ресурсу, що суттєво вплинуло на остаточні результати парламентських виборів.

Поєднання елементів обох виборчих систем, на думку Дж. Сарторі, не призводить автоматично до появи змішаної виборчої системи – «у результаті утворюється цілком пропорційна система». І це не усвідомлюють навіть німецькі виборці, оскільки вони не розуміють значення другого туру голосування. Таким чином, у Німеччині забезпечується лише персоналізація голосування.

Умовно змішаною можна вважати систему *єдиного непереданого голосу*, яка передбачає голосування виборців у багатомандатному окрузі. При цьому виборець голосує за конкретного кандидата, а не за список кандидатів від якої-небудь партії. Така система змушує партію орієнтуватися на власний електорат, забезпечувати постійні тісні зв'язки з виборцями. Голосування здійснюється за *методом обмеженого вотуму* – виборець вправі віддати свій голос лише за одного кандидата.

i) Країни із нестійкими виборчими системами. Ця група країн характеризується мінливістю виборчих систем, що зумовлено політичним протистоянням і намаганням політичних сил зберегти свій вплив та владні важелі у власних руках. Для України це є також характерним, і нестабільність виборчої системи є однією з причин фрагментації вітчизняної політичної системи. Разом з тим, спостерігається обнадійлива тенденція за якою право висувати кандидатури поступово отримують політичні партії, розвиток яких тяжіє до партій парламентського типу.

На думку Дж. Сарторі виборчі системи впливають на політичні системи певним чином: зокрема, системи відносної більшості за системного структурування і розсіювання у виборчому окрузі призводять до двопартійного формату; якщо є структурування за відсутності розсіювання системи відносної більшості, то це дозволяє утворити політичні системи більше двох партій настільки, наскільки це дозволять високі, вище відносної більшості концентрації голосів виборців; за системного структурування, пропорційне представництво одержує знижувачий ефект. Тобто, чим більша неоднорідність пропорційного представництва, тим вищі затрати для дрібних партій, і

навпаки, чим менша неоднорідність, тим слабший знижуючий ефект³³³. Пропорційна система відкриває дорогу для середніх і дрібних партій, що дозволяє представити більш широкий політичний спектр у парламенті; за мажоритарної системи виборчий корпус не дробиться і можливо сформувати сталий уряд³³⁴.

6.5.4. Проблеми вибору виборчих систем

Це питання тісно пов'язане із конституційною інженерією, тобто спробами за допомогою правових засобів вплинути на еволюцію партійних систем. Знання позитивних і негативних ознак цих систем дозволяє зробити адекватні висновки. Обираючи в певній країні вид виборчої системи, необхідно враховувати структурованість її політичної системи, рівень розвитку політичних партій парламентського типу. Приклад парламентських виборів 2002, 2006, 2007 рр. в Україні свідчить про неоднозначні процеси в ході цих виборів, на результати яких впливають такі критерії як ефективність і справедливість.

Ефективність виборчої системи полягає не лише в тому, яким чином вона забезпечує представництво та відображає громадську думку, а також на основі чого формується урядова більшість. Принаймні ефективність може проявлятися не стільки в вираженні громадської думки представницьким органом, як у здатності уряду провадити самостійну політику з метою досягнення загального блага.

Справедливість передбачає адекватне представництво політичних сил та забезпечення рівних умов для впливу різних політичних сил на політику уряду. Необхідною умовою справедливості представництва є невтручання адміністрації у виборчий процес, відсутність тиску з боку адміністрації на процес висування кандидатів, наявність розгалуженої мережі територіальних осередків партій та наявність у них фінансових і людських ресурсів.

Визначаючи у певній країні виборчу систему, виявляють взаємозв'язок із формою правління. Парламентське правління передбачає, як правило, мажоритарну виборчу систему або пропорційну виборчу систему із значним виборчим бар'єром³³⁵. У напівпрезидентській формі правління вибір виборчої системи є фактором конституційної інженерії, оскільки такий вибір значно впливає на вирішення основної проблеми політичного режиму – забезпечення функціональної самостійності уряду в умовах співіснування опозиційної до президента

³³³ Романюк А., Шведа Ю. (2005) *Партії та електоральна політика*. Львів 43-44.

³³⁴ Чиркин В.Е., Ковлер Е.В., Юдин Ю.А. (ред.). (1996) *Сравнительное конституционное право*. Москва 398.

³³⁵ Жакке Ж.-П. (2002) *Конституционное право и политические институты*. Москва 87-88.

парламентської більшості, на яку спирається уряд. За президентської форми правління вибір виборчої системи зумовлений забезпеченням ефективності парламентського правління і він не впливає безпосередньо на уряд.

За результатами парламентських виборів 2006 р. видно, що в Україні політичні партії йшли на них з одними політичними програмними цілями, які змінювалися в ході політичного процесу. Криза громадської думки щодо оцінки Універсалу національної єдності свого часу яскраво засвідчила те, що політичні партії в Україні ще лише знаходяться на шляху пошуку суспільного консенсусу, який базується насамперед на спільних суспільних цінностях.

Загалом для партій електорального типу постановка питання про компроміс та пошук консенсусу щодо соціальних цінностей викликає подив або цинічне нехтування ними та використання відкритих демократичних процедур. Універсал засвідчив, що політичні партії електорального типу йшли на вибори із радикальними гаслами, які довелося кардинально переглядати з метою формування та діяльності уряду, підконтрольного партіям такого типу.

Натомість результати парламентських виборів 2014 р. показали дещо інший тренд – консолідацію Блоку Петра Порошенка та «Народного фронту» разом з іншими меншими партіями (та ситуативно – Радикальна партія Ляшка, «Самопоміч») в умовах зовнішньої загрози та українсько-російської війни.

Представницька демократія заперечує прийняття рішення та формування влади політичними силами, які не несуть відповідальності перед виборцями за свій політичний курс. У цьому відношенні політичним партіям належить пройти хороший вишкіл на предмет відповідального формування та вираження політичної волі народу. Тому головним виходом для політичних партій є становлення їх як партій парламентського типу, тобто шлях забезпечення зворотних зв'язків із виборцями через мережу власних територіальних осередків, здатних підвищувати політичну і правову культуру громадян та сприяти у забезпеченні їх основних прав і свобод, законних інтересів. По суті, йдеться про істотну ревізію законодавства про політичні партії, застосування інституту конституційної відповідальності у вигляді визнання певних партій неконституційними та їх розпуску, забезпечення відкритого і прозорого звітування партій про джерела свого фінансування та витрати тощо.

6.5.5. Народне представництво і природа представницького мандату

Сучасна демократія є поєднанням інститутів безпосередньої і представницької демократії. Невід'ємною складовою демократії є її представницькі інститути – президент, депутати парламенту, радники місцевих легіслатур,

інших посадовців, які обираються на засадах прямого, вільного виборчого права (наприклад, шерифи поліції, прокурори в США тощо).

Сучасне народне представництво, за своїм походженням, є цивільно-правовим інститутом представництва, згідно з яким принципал наділяє довірену особу певними повноваженнями, а у свою чергу довірена особа має діяти в інтересах довірителя-принципала, тобто представник наділяється певним мандатом довіри. Однак перебіг політичного процесу, переслідуючи певні суспільні інтереси, базується на компромісі, що доволі часто призводить до істотних труднощів у виконанні певних зобов'язань перед власним електоратом. Пізніше, із обґрунтуванням ідеї народного суверенітету Жан-Жаком Руссо, поступово визнається, що депутат представляє націю в цілому, а не лише свого виборця. Ця доктрина вплинула на перебіг дискусії про вільний і імперативний мандат. Згідно із концептом *імперативного мандату* народний представник несе певні зобов'язання перед своїми виборцями, які можуть його відкликати у разі, якщо не він буде спроможний їх виконати належним чином. На противагу цьому, концепт вільного мандату виходить із того, що депутат парламенту представляє націю у цілому і він не пов'язаний із наказами виборцями і не може бути відкликаний ними – це є запорукою його незалежності. Водночас на локальному рівні можуть діяти процедури відкликання представників, що може бути зумовлено різним доктринальними тлумаченням природи представництва на локальному рівні, зокрема специфікою зв'язків громади із обраними посадовцями.

Насамперед для народних представників на перший план виступають гарантії незалежності їхнього статусу. Як правило, народні представники на період здійснення повноважень користуються імунітетом від кримінального переслідування. Це здійснюється з метою попередження випадків використання урядом засобів кримінальної юстиції для переслідування опозиції в парламенті та недопустимості будь-якого тиску

Інші складові статусу народного представника вже не мають такого універсального характеру, що вже залежить від інституційного компоненту конституціоналізму – системи стримувань і противаг. Наприклад, у багатьох парламентських демократіях не діє принцип несумісності депутатського мандату із статусом міністра чи прем'єр-міністра. Натомість за президенціалізму та семіпрезиденціалізму (змішаному правлінні) вимоги несумісності мандату депутата парламенту є жорсткою вимогою щодо їх статусу – це випливає із принципу поділу влади.

Розділ 7

Інституційний дизайн та конституційні моделі влади

1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм
2. Право на самовизначення та сецесія
3. Форми правління та конституційні цілі
4. Поділ влади та система стримувань і противаг
5. Судовий конституційний контроль та незалежність суду
6. Парламентаризм і парламентські моделі
7. Президентціалізм та змішані моделі

Література

- Barak A. (1989). *Judicial Discretion*, New Haven : Yale University Press.
- Garvey/ Aleinikoff (1994), *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.
- Shugart, Matthew S., and John M. Carey, (1992) *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, New York.
- Thomas Sedelius & Jonas Linde, (2018) Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types 1(25) *Democratization* 136-157.
- Де Токвіль А. (2000), *Давній порядок і революція*, Київ.
- Лок Дж. (2001), *Два трактати про врядування*, Київ, Основи.
- Сарторі Дж. (2001), *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*, Київ : АртЕк.
- Хайек Ф. А. фон (2006), *Право, законодавство свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*, Москва.
- Шайо А. (2001), *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК.
- Шаповал В.М. (2005) *Сучасний конституціоналізм*. Київ: Юридична фірма «Салком».

7.1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм

7.1.1. Основоположні засади

Організацію влади не можна зводити лише до вертикальних відносин у рамках субординації. Згідно з постулатами багаторівневого конституціоналізму, традиційні уявлення про організацію публічної влади як системи ієрархічних зв'язків виглядають вже не так безсумнівно. Так само, згідно з плюралістичним розумінням правопорядку, все більшу роль у формулюванні правил відіграють недержавні агенти, наприклад, у сфері договірних права чи IT-права. Зокрема, у соціології та конституціоналізмі є низка досліджень, які цілком переконливо доводять³³⁶, що бюрократичні, централізовані конструкції національної державності за результатами Вестфальського миру були накладені на структури феодалного суспільства, яке було багаторівневим із притаманними кожному із цих шарів горизонтальними зв'язками. Цілком очевидно доводить функціонування та відтворення цієї мережі горизонтальних зв'язків всередині певного рівня соціальної страти чи організації влади та вертикальних зв'язків між цими рівнями Алексіс де Токвіль, незважаючи навіть на таке потрясіння, як Велика французька революція. Адаже раціоналізована бюрократія французької державності є продуктом не лише модерну, зокрема Генріха IV чи Людовіка XIV, а також епохи правління Людовіка Святого, Філіппа Красивого чи Франсуа II³³⁷. Така багаторівневність є продуктом відтворюваних практик правління, які удосконалюються та модернізуються з урахуванням розвитку кібер-права, електронного урядування та збільшення ступеня відкритості ухвалення рішень. Згаданий тренд визначається як елемент правового стилю германського права, в якому також в епоху Середньовіччя виробилися традиції дорадчості, згідно з якими імператори та курфюрсти Священної римської імперії германської нації були зв'язані рекомендаціями своїх радників та рішеннями станово-представницьких інституцій. Так само в англосаксонській традиції інститут парламенту розвивався із визнання привілеїв крупних феодалів – баронів та містян – в обмін на визнання прерогатив монарха збирати податки із наступною його трансформацією в законодавчий орган.

³³⁶ Kjaer, Poul F., (2011) *The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective*. In: Christian Jorges, Tommi Ralli (eds.). *After Globalization – New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*, Oslo: Arena 286.

³³⁷ Токвіль Алексіс де, (2000) *Древній порядок і революція*. Київ, Юніверс.

Згідно з доктриною багаторівневого конституціоналізму, яка обґрунтована зокрема у працях Інгольфа Перніце, Жан-Жака Мутона, розподіл владних повноважень ґрунтується на ідеях верховенства права та забезпечення доступу до управлінських послуг, зокрема на засадах субсидіарності. Водночас вимоги щодо мови і стилю викладу конституцій визначають, що правові принципи і правила мають бути викладені доступною і зрозумілою мовою.

Виходячи із таких методологічних засад видно, що **принцип субсидіарності містить у собі правила і алгоритми розподілу та формулювання предмета відання та повноважень органів публічної влади різного рівня.**

Зокрема, принцип субсидіарності є методологічним інструментарієм щодо визначення критеріїв розмежування компетенцій між регіональним, національним та наднаціональним рівнем влади всередині ЄС. Стаття 5 Договору про ЄС із посиланням на Протокол про застосування принципів субсидіарності і пропорційності формулює його як загальний принцип:

«5. Згідно з принципом субсидіарності, Союз у сферах, які не відносяться до його виключної компетенції, діє лише тоді і в такій мірі, в якій цілі передбачуваної дії не можуть достатнім чином бути досягнуті державами-членами на центральному, регіональному чи місцевому рівні, але, зважаючи на масштаби або наслідки передбачуваної дії, можуть бути краще досягнуті на рівні Союзу».

Застосування принципу субсидіарності *тлумачиться у нерозривному зв'язку із принципом пропорційності, оскільки сформулювати предмет відання і конкретні повноваження можна лише у світлі правомірних очікувань та цілей і завдань ЄС. Цілі і завдання Союзу є верифікацією сумісності обсягу повноважень і порядку їх реалізації стосовно відповідності інших цінностей ЄС (повага до гідності та прав людини, демократія, верховенство права).*

Протокол, натомість, орієнтує на просте і доречне формулювання повноважень та ефективне виконання функцій і завдань відповідними рівнями влади; таке регулювання не має бути надмірним і правові акти мають ухвалюватися лише у разі наявної і реальної потреби (пп. 6, 7). Друге речення п. 7 Протоколу згадує про повагу до «усталених національних правил». Так само цей принцип має діяти стосовно визнання і поваги до правил, які продукуються на місцевому та регіональному рівні влади, якщо вони не втручаються у сферу компетенції національного рівня та відповідають загальним конституційним принципам і цінностям. Принаймні національний рівень влади

також має запроваджувати механізм консультацій з місцевим і регіональним рівнем влади, якщо правове регулювання стосуватиметься їх компетенції і це необхідно для узгодження субнаціонального і національного рівня здійснення політики.

На основі аналізу практики застосування Судом ЄС Мартініко наводить такі складові розуміння принципу пропорційності як тесту правомірності дій органів ЄС, які принаймні задовільно діють і відповідають практичним запитам діяльності Союзу: 1) принцип субсидіарності застосовується у поєднанні із принципом пропорційності; 2) принцип субсидіарності використовується як інструмент контролю *extrema ratio* у разі виявлення помилок чи зловживання владою; 3) контроль субсидіарності стосується чутливих сфер розсуду законодавця і розкриття «політичної» природи цього тесту; 4) принцип субсидіарності розглядається більше, аніж правило³³⁸. При цьому наголошується на тому, що зміст принципу пропорційності має переважно процедурний характер. Надалі вироблені критерії у значній мірі вплинули на розвиток конституціоналізму у багатьох країнах-членів ЄС у бік обмеження дискреції (свободи розсуду) законодавця. Згідно з цим механізмом, який ще йменують «механізмом раннього попередження», Європейська комісія передає законопроекти до національних парламентів стосовно того, чи не порушують вони принцип субсидіарності. Проекти законодавчих актів повинні враховувати потребу зведення до мінімуму фінансового або адміністративного тягаря, що лягає на Союз, національні уряди, регіональні та місцеві органи влади, економічних операторів та громадян співвідносно до цілі, якої необхідно досягти. Протягом восьми тижнів національні парламенти можуть однією третиною голосів (четверть голосів стосовно питань свободи, безпеки і правосуддя) від свого загального складу внести відповідні пропозиції на розгляд Єврокомісії стосовно відповідності її законопроекту принципу субсидіарності. До речі, кожен національний парламент або кожна його палата проводять, якщо це необхідно, консультації з регіональними парламентами, що мають законодавчі повноваження. Детально цей механізм визначено у ст. 6, 7 Протоколу до Лісабонського договору.

З урахуванням конституційно-правових реалій України принцип субсидіарності зводиться до таких матеріальних та процедурних вимог розподілу владних повноважень по вертикалі.

³³⁸ Martinico G., Pollicino O. (eds.), (2010) *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen 10.

1. У контексті національного суверенітету субсидіарність виражає правові форми наділення владними повноваженнями носіїв публічної влади, починаючи від офіційних владних інститутів локального рівня, закінчуючи національними та наднаціональними органами. Джерелом такої влади є політична активність та ініціативність жителів громад на локальному та громадян на національному рівні.

2. Ця політична активність та ініціативність в рамках демократичного дискурсу зумовлює вироблення порядку денного щодо вирішення питань публічного значення залежно від рівня публічної влади. Розподіл повноважень і тягаря відповідальності між рівнями публічної влади залежить від масштабу та природи завдань, а також ресурсів для досягнення відповідних цілей публічного урядування.

3. Критерієм визначення завдань і функцій є додержання процедур демократичних консультацій щодо визначення конкретної сфери предмета відання і повноважень відповідного рівня публічної влади, що зумовлено усталеними соціальними структурами, правилами і процедурами. Для досягнення таких цілей має бути достатньо матеріальних і фінансових ресурсів, гарантована безпека і свобода розвитку особистості.

4. У світлі розуміння адміністративного права як форми конкретизації конституційних цінностей і принципів та правового регулювання, принцип субсидіарності, насамперед, зумовлює належну деталізацію питань організації та порядку діяльності відповідних інститутів публічної влади.

5. Вимоги підзвітності і прозорості діяльності органів публічної влади передбачають певний механізм консультацій між органами місцевого самоврядування та державними органами стосовно визначення сфери повноважень відповідного рівня влади та належного забезпечення їх ресурсами. Якщо на місцевий рівень влади покладається більший тягар повноважень і відповідальності, це має супроводжуватися відповідною передачею ресурсів.

6. У разі скорочення видатків на певні завдання та здійснення владних повноважень, законодавство має передбачати певний механізм консультацій щодо секвестру асигнувань із державного бюджету за ініціативою уряду. Такий механізм має полягати у консультаціях між парламентом та місцевими радами протягом розумного періоду часу (3-4 тижні) для визначення можливого, відповідно до засад пропорційності, скорочення видатків та певні функції і завдання відповідного рівня публічної влади. При цьому секвестр публічних фінансів не може посягати на сутність повноважень ОМС щодо здійснення відповідних функцій і завдань.

У рамках розуміння територіальної організації публічної влади та розподілу повноважень між поверхами влади нижче буде розглянуто унітаризм та федералізм, а також перехідна між ними регіоналістська держава. Окрема увага буде приділена ЄС.

7.1.2. Унітаризм

Унітарні держави є простими за своїм устроєм, оскільки вони складаються зі звичайних адміністративно-територіальних одиниць – громад і регіонів, – і можуть мати дво-, тричленну структуру. Організація публічної влади за унітаризму заснована на поєднанні децентралізації і деконцентрації публічної влади, як державні агенти на місцях функціонують адміністрація, префект, воєвода тощо. На місцевому рівні функціонують органи влади місцевого самоврядування, у діяльність яких не вправі втручатися органи держави. Унітаризм не виключає функціонування автономних утворень, що може бути пов'язано з політичними, етнічними чи історичними факторами (Україна, Фінляндія, Франція). Єдність правової системи забезпечує адміністративний контроль та судовий нагляд за актами місцевої публічної адміністрації.

Наприклад, система місцевих органів публічної влади у Франції має дуалістичний характер, оскільки на муніципальному рівні значну роль відіграє інститут префекта (комісара республіки) – посадової особи, що здійснює, відповідно, на рівні департаменту та регіону адміністративний контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування. Префектові підпорядковуються відомства центральних органів виконавчої влади на місцях – поліція. У рамках адміністративного контролю супрефект, префект, комісар республіки може оскаржити правові акти місцевих рад, мерів, мерії. Дія актів муніципальних властей зупиняється до вирішення спору в органах адміністративної юстиції, а у випадку нездатності муніципальної ради здійснювати управління місцевого значення – вона може бути розпущена за рішенням президента.

i) Ідея політичної єдності (нації) та унітаризм. Для унітарних держав, як певного інституту, важливим є забезпечення політичної єдності. Ця проблема вирішується переважно залежно від того, чи країна є моно-, чи поліетнічною. У першому випадку застосовується концепт громадянський, оскільки це зумовлено підходами щодо визнання певної особи громадянином цієї держави переважно за етнічним походженням. За концепту етнічного надають перевагу доктрині політичної нації, відповідно до якої громадянином держави визнається кожна особа, незалежно від її етнічної приналежності. За таких умов держава бере на себе зобов'язання по забезпеченню прав національних меншин.

ii) *Унітаризм та права національних меншин.* Забезпечення прав національних меншин в умовах унітарної держави може стати дразливою проблемою. Воно може викликати суспільно-політичні дебати стосовно реалізації права на самовизначення у певній формі. Згідно із Рамковою конвенцією про захист національних меншин, захист національних меншин та прав і свобод осіб, які належать до цих меншин, є невід'ємною частиною міжнародного захисту прав людини. Згідно зі статтею 4 цієї Конвенції:

«сторони зобов'язуються гарантувати особам, які належать до національних меншин, право рівності перед законом та право на рівний правовий захист. У цьому зв'язку будь-яка дискримінація на підставі приналежності до національної меншини забороняється. Сторони зобов'язуються вжити, у разі необхідності, належних заходів з метою досягнення у всіх сферах економічного, соціального, політичного та культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення. У цьому зв'язку, вони належним чином враховують конкретне становище осіб, які належать до національних меншин».

Держава, таким чином, несе обов'язок захищати права меншин, у тому числі шляхом сприяння їх повній участі у політичному, економічному, соціальному, релігійному, і культурному житті суспільства та в процесі досягнення економічного прогресу й розвитку їх країн, а також вжити всіх конституційних, законодавчих, адміністративних та інших заходів щодо забезпечення такого захисту.

iii) *Забезпечення єдності правової системи та адміністративний контроль.* Законність в унітарних державах забезпечується через подвійний механізм. Він охоплюється контрольним адміністративним механізмом, в якому вищі посадові особи регіонального рівня (префекти, воеводи), які представляють одночасно регіональний рівень влади та уряд на місцях, здійснюють адміністративний нагляд за діяльністю органів місцевого самоврядування. Ці посадовці можуть призначатися на результатами конкурсного відбору або регіональними радами з наступним їх затвердженням національним урядом як вищих посадовців регіонального рівня. Також цей механізм здійснюється через звітування органів місцевого самоврядування профільним міністерствам та відомствам з питань предмета їх відання. Адміністративна юрисдикція забезпечує розгляд правових актів органів місцевого самоврядування на предмет їх відповідності національному законодавству. З відповідними позовами

можуть звертатися префекти, воєводи чи посадовці з аналогічним статусом, а також за позовами приватних осіб щодо захисту суб'єктивних публічних прав, що може виступати формою захисту колективних прав місцевого самоврядування. Водночас слід підкреслити, що багато правових систем наразі не визнає інституту *actio popularis*, тобто подачі колективних позовів проти органів публічної влади. Слід також враховувати різницю судових систем, які можуть передбачати існування адміністративної юрисдикції та розгляду скарг проти органів публічної адміністрації лише в рамках цивільної юрисдикції, що може істотно впливати на тягар доказування та особливості захисту порушених прав.

iv) Регіоналістські держави. Ступінь децентралізації влади сьогодні посилюється, оскільки в багатьох демократичних державах усвідомлюють її доцільність і ефективність, оскільки місцеві органи влади, краще знаючи місцеву специфіку, здатні більш компетентно приймати управлінські рішення. Це також пов'язано з міркуваннями забезпечення збалансованого розвитку регіонів з метою збереження їх самобутності та культурної самоідентичності. Саме комплекс цих причин став причиною утворення регіоналістських держав в Іспанії та Італії. Еволюція владних інститутів у Великій Британії також свідчить про її регіоналізацію – розширюються автономні права Шотландії та Вельсу. Про деволюцію як основоположну конституційну засаду вказав Верховний суд Англії³³⁹. Водночас для регіоналістських держав завжди існує потенційна загроза сепаратизму, який прикривається ширмою права на самовизначення. Прикладом цього може слугувати регіональний референдум у Каталонії про вихід зі складу Іспанії, який було визнано неконституційним Конституційним Судом Іспанії, оскільки питання про вихід зі складу Іспанії її територіальних складових має вирішуватися виключно на національному, а не регіональному рівні. Подібні проблеми періодично порушує правоконсервативна Ломбардська ліга в Італії.

7.1.3. Федералізм

Федерація як союзна держава здійснює публічне управління таким чином, що не втручається у справи суб'єктів федерації, що входять до її складу. Це зумовлено тим, що конституції досить детально регламентують питання розмежування компетенції, засади кооперації та співпраці з метою узгодження політичного курсу федерації та суб'єктів федерації, а також вирішення компетенційних спорів. Володіючи самостійними предметами відання, федерація та суб'єкти федерації змушені через інституційні механізми – вищі палати

³³⁹ *H v Lord Advocate* [2012].

парламенту, шляхом консультацій між федеральним та місцевими урядами, – узгоджувати складні питання публічного управління.

i) *Конфедерація – федерація – автономія*. Відома дилема, яку мали вирішити батьки-засновники американської конституції вирішувалася цілком у прагматичний спосіб в умовах ведення війни за незалежність від Англії. У 43 і 44 листах «Федераліста», авторство яких приписують Александеру Гамільтону, порівнюються переваги і недоліки конфедерації і федерації. Аргументи на користь федерації полягають у реальній здатності чинити спротив зовнішнім ворогам та підтримувати публічний порядок всередині країни. Також наводяться аргументи стосовно неприпустимості вступу штатів у міжнародні зносини із іноземними державами, здійснення грошової політики і чеканки монет, вирішення, питань пов'язаних із суверенними боргами та здійснення таких анахронічних прерогатив, як видачі каперських свідоцтв³⁴⁰. Водночас батьки-засновники американської конституції усвідомлювали власну відповідальність щодо визначення предмета відання федерації, зважаючи на становлення американських колоній, які набули статусу штатів і взаємодіяли у рамках конфедерації задля звільнення від колоніальної залежності; тому «Федераліст» акцентує увагу на розподілі повноважень щодо встановлення ввізних мит та регулювання питань імпорту-експорту товарів, що має бути прерогативою федерації. Таким чином, через фінансовий інструмент здійснюється розподіл регуляторних повноважень у сфері економіки між штатами та федерацією як союзною державою. Якщо йде мова про автономію, то коло прерогатив значно вужчий і така держава не може розглядатися як союзна держава. В автономії має місце деволуція деяких державних функцій на регіональному рівні, який має ширше коло прерогатив, ніж органи місцевого самоврядування.

Запровадження федерального устрою супроводжується децентралізацією влади та наближенням урядування до місцевого рівня, до громад. В основі такого розподілу повноважень лежить засада субсидіарності та здійснення владних функцій на основі верховенства федерального права³⁴¹:

³⁴⁰ Практика видачі каперських свідоцтв (англ. *Letter of Marque and Reprisal*, фр. *Lettre de course*) мала місце, коли держави залучали піратів для боротьби на морі з іншими державами, а також використовувалися на перший погляд цивільні судна для захоплення суден іноземних держав («дане сувереном право застосовувати силу проти підданих ворожої держави для відшкодування шкоди, завданої ворожою армією»). Вперше застосовано у законі, виданого англійським монархом Едвардом III у 1354 р. Каперську практику доволі інтенсивно застосовував знаменитий Френсіс Дрейк, у такий спосіб отримуючи захист законів воєнного часу.

³⁴¹ Wilhelm Hofmiester and Edmund Tayao (eds). (2016) *Federalism and Decentralisation. Perception for Political and Institutional Reforms*, Konrad Adenauer Stiftung vol. vii.

«Децентралізація та зміцнення субнаціональних урядів та адміністративних одиниць є необхідними елементами для успішного та ефективного вирішення проблем та сприяння місцевому, регіональному та національному розвитку. Тому багато, якщо не більшість, держав обрали вибір для передачі політичної, адміністративної та фінансової компетенції децентралізованим рівням управління та місцевим адміністраціям. Децентралізація тісно пов'язана з демократизацією політичних структур, участю соціальних груп, які раніше були виключені з процесів прийняття рішень, вдосконаленням місцевих служб державних установ та, що не менш важливо, покращенням зусиль, спрямованих на зменшення бідності.»

ii) *Наднаціональність – імперія – композитний конституціоналізм ЄС.* Наразі маємо єдиний емпіричний досвід делегування повноважень на наднаціональний рівень у рамках Європейського Союзу. Тут зіграли два основних чинники, які є визначальними для становлення ЄС як наднаціонального об'єднання.

1) *Роль франко-німецького протистояння.* Таке протистояння спостерігалось чи не з часів розпаду імперії *Charlemagne* (Карла Великого), коли його три сини Лотар (від нього веде назву провінція Лотарингія), Людовік Великий і Карл Лисий прийняли рішення про поділ Франкської імперії на три частини. Однак апогей протистояння спостерігався у період Тридцятилітньої війни, а також по синусоїдній експоненті, починаючи з часів завоювань Наполеона, франко-пруською війною, завершуючи подіями двох світових воєн. Після шоку геноцидних практик та кровопролиття Другої світової війни через міжнародні перемовини було вирішено про інтеграцію економіки Франції та Німеччини для зняття протистояння між країнами – поступово утворювалися супранациональні об'єднання Євроатому, Об'єднання вугілля і сталі та Європейського економічного співтовариства.

2) *Традиція Священної Римської імперії.* Інституціональна компонента ЄС багато що запозичила у своїй функціональній спрямованості традиції Священної Римської імперії германської нації. Традиція обмеження влади була закладена в механізмі обрання Рейхстагом як станово-представницьким інститутом імператора, прерогативи якого були підконтрольні судовим інститутам – Імперському камеральному суду та Вищій надвірній раді. Хоча остання утворювалася як протиположна Імперському камеральному суду, але, за законами функціонування будь-яких бюрократичних установ, задумка імпе-

ратора як стримуючої інституції обернулася проти нього, а тому поступово ця Рада втратила своє значення. Подібне має місце за наявності значного розпорощення повноважень та відповідальності між численними інституціями ЄС – Європарламентом, Радою ЄС, Європейською Радою, Єврокомісією, Президентом, Європейським палацом правосуддя та іншими незалежними інституціями (Суд аудиторів, омбудсман, Європейський центральний банк, Європейський інвестиційний банк тощо) у рамках доктрини *Regulatory State* (див. параграф 4 розділу 8).

Стосовно концепту правосуб'єктності ЄС існують різні підходи і вони неоднаково вирішуються у національних правопорядках, зокрема, зважаючи на офіційну конституційну доктрину та результати суспільно-політичних дебатів. Серед різноманітних концептів, що пояснюють природу ЄС, можна виділити доктрину кооперативного федералізму, асоціації суверенних держав та наднаціонального об'єднання. Принаймні лише після ухвалення та ратифікації Лісабонського договору ЄС набув міжнародної правосуб'єктності, однак його ратифікація здійснювалася національними парламентами шляхом внесення змін до конституцій про передачу частини суверенних повноважень держави (Німеччина, Чехія) або визнання участі держави у реалізації національного суверенітету на наднаціональному рівні (Польща, Литва) у рамках доктрини кооперативного федералізму.

iii) Розподіл повноважень у федераціях. Розрізняють три основні моделі розподілу повноважень у федеративних державах. *Американська модель* передбачає визначення виключного переліку повноважень Конгресу США. Вважається, що інші питання відносяться до предмета відання штатів. Водночас Верховний суд США, згідно із доктриною іманентних повноважень, визнав за Конгресом США прерогативи щодо регулювання економічних питань, що ніби впливає із його повноваження регулювати торгівлю між штатами. *Німецька модель* визначає дві сфери компетенції: федерації і конкуруючу компетенцію, яка означає можливість регулювати певні сфери правовідносин ландтагами землі до тих пір, якщо Бундестаг не візьме за основу певну модель регулювання та не забезпечить у такий спосіб його універсалізацію. Інші сфери є предметом відання ландтагів земель. Натомість *австрійська модель* передбачає визначення виключного переліку трьох сфер повноважень: федерації, конкуруючої та земельної компетенції.

iv) Судовий конституційний контроль та федералізм. Оскільки федерація є союзною державою, то діє принцип верховенства федерального права, згідно з яким законодавство суб'єктів федерації має відповідати федерально-

му праву. Окрім розмежування компетенції між федерацією та її суб'єктами у забезпеченні верховенства федерального права, має важливе значення механізм судового перегляду актів органів суб'єктів федерації на відповідність федеральній конституції.

в) Окремі приклади. Принцип федералізму, закріплений у ст. 20 Основного Закону ФРН, проходить наскрізною ниткою в конституції, він пронизує всю діяльність державного механізму Німеччини. В системі федералізму домінуюче положення займає Бундесрат та уряд Німеччини. Діяльність цих органів обмежується процедурами парламентського та судового конституційного контролю. Саме через принцип федерального державного устрою виводиться реалізація соціальної правової держави. Закріплення федеративного устрою в Основному Законі відбило історичні традиції Німеччини і такий підлягає особливому захисту; згідно зі статтею 79, принцип федералізму перегляду не підлягає. Статті 70, 71 Основного Закону встановили загальне правило дії федерального законодавства. Землі можуть приймати закони лише в тій мірі, в якій конституція не надає законодавчі повноваження Федерації. У Німеччині закріплено принцип виключної та конкуруючої законодавчої компетенції.

Федеральний державний устрій у Російській Федерації характеризується асиметричними формами, оскільки рівноправність суб'єктів федерації існує лише теоретично. Фактичному федеральному правопорядку притаманні партикуляризм, відсутність належних юридичних гарантій єдності статусу суб'єктів федерації, у юридичному відношенні порівняно слабо розвинуті інститути федерального втручання, правових процедур забезпечення верховенства федерального права. Російська конституція запозичила німецьку модель розмежування компетенції між федерацією та суб'єктами федерації – існує виключна компетенція федерації, сфера конкуруючої (спільної) компетенції федерації та суб'єктів федерації та остаточна сфера повноважень суб'єктів федерації на основі принципу верховенства федерального права. Однак сфера повноважень федерації трактується надмірно широко, на найвищому рівні ставиться питання про забезпечення «вертикалі виконавчої влади», що є сумнівним у федерації, оскільки суб'єкти федерації є вільними по відношенню до здійснення власної компетенції і відповідальні перед федерацією у частині здійснення повноважень федеральної влади на основі формального (парламентського) закону. Підриває російський федералізм збереження з фрагментарними змінами ще радянського адміністративно-територіального поділу, що ускладнює забезпечення рівноправного статусу суб'єктів федерації.

7.2. Право на самовизначення та сецесія

7.2.1. Колоніалізм та національно-визвольний рух

Право на самовизначення та права на вихід певної спільноти (сецесія) із держави пов'язане із розпадом імперій та національно-визвольними рухами, що сталося внаслідок розпаду на початку XIX ст. Іспанської імперії, а потім Австро-Угорської, Німецької та Російської імперій після Першої світової війни. Складно говорити про певний вклад Радянського Союзу, який фактично був наступником Російської імперії у дещо усіченому вигляді (без Балтійських держав, Другої Речі Посполитої та Фінляндії), у конституювання нових держав на основі права націй на самовизначення³⁴². Адже насправді формулюванню цього права у контексті самовизначення нації, яка може бути організована у державу на засадах національного суверенітету, слід завдячувати ідеям представників Просвітництва, а як офіційно визнаного права – завдяки ініціативам у січні 1917 р. Президента США Вудро Вільсона. Як зазначається у авторитетному дослідженні з проблем права на самовизначення та сецесію ці зусилля отримали визнання у статтях 2 та 55 Статуту ООН після закінчення Другої світової війни³⁴³.

Однак тут є одна особливість, яка пов'язана з історією Першої Речі Посполитої та громадянською війною США. Йде мова про витоки розуміння конфедерації, хоча вже загальним місцем стали розмірковування щодо Швейцарської конфедерації. Однак тут справа дещо в іншому. Норман Дейвіс у своїй «Історії Польщі» пише так³⁴⁴:

«Конфедерація – confederation/konfederacja – як інституція має в Польщі давнє походження і є виявом основного права громадян чинити опір. Конфедерація – це збройний союз, об'єднання людей, які присягли боротися проти заподіяних їм кривд, аж поки утвердиться справедливість. Конфедерацію міг сформувати будь-який індивід чи група індивідів. Її міг організувати й король або хтось проти нього».

Отже, під конфедерацією мається на увазі насамперед право на повстання проти правителя, який не виконує умов ленного договору або соціального

³⁴² Колісник В. (2001) Національний суверенітет та право націй на самовизначення. 1(24) *Вісник Академії правових наук України* 33-39.

³⁴³ Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). (2014) *Self-Determination and Secession in International Law*. Oxford University Press 2.

³⁴⁴ Норман Дейвіс. (2008) *Боже ігрище. Історія Польщі*. Київ: Основи 298.

контракту. Поряд із цим, польське ленне право знало *rokosz*, тобто право на бунт. На відміну від *rokosz*, конфедерація виступала цілком законною процедурою, спрямованою на суспільне благо, а не відстоювання благ та привілеїв окремо взятого магната. На відміну від Польщі, конфедерація південних штатів відкрила шлях до громадянської війни у США протягом 1861-1865 років. Правда, це вже інша історія, пов'язана зі спробою сецесії окремих штатів, які чинили спротив заходам федеральної влади США щодо скасування рабства afroамериканців.

Після колапсу комунізму, гостроти набрав конфлікт, пов'язаний із розпадом СФРЮ, в результаті якого мали місце війни за незалежність Словенії, Хорватії, Боснії. Проте найтривалішим із них був конфлікт у Косово, який розпочався ще у 1988 р. Проблематика права на самовизначення у формі виходу зі складу союзної держави набрала своєї гостроти після розпаду Радянського Союзу та утворення і проголошення незалежних держав. З метою недопущення кровопролиття, як це мало місце в Грузії, Литві поряд із початком конфлікту між Азербайджаном і Вірменією за Нагірний Карабах була створена Співдружність Незалежних Держав. Проте місія СНД після анексії Росією Південної Осетії та Криму відповідно від Грузії у 2008 р. та Криму у 2014 р. вичерпала себе. Особливої гостроти зазначена проблема набула після анексії Криму Росією, яка при цьому посилається на прецедент Косова як виправдання існування так званого «кримського народу», який реалізував своє право на самовизначення шляхом «приєднання» до Російської Федерації. Нещодавня ескалація конфлікту за Нагірний Карабах є свідченням того, що Радянський Союз проводив таку національну політику, яка заклала численні міни сповільненої дії, і тепер, після 30 років з його колапсу, вони слугують джерелом складних міжетнічних конфліктів та конфліктів між національними державами. У цьому ключі стверджується ідея про обов'язок захисту у разі вчинення злочинів проти людяності та миру з метою запобігання та/чи припинення геноцидних практик чи етнічних утисків³⁴⁵.

7.2.2. Конституювання нових націй та їхнє самовизначення

Правові підстави для визнання права на самовизначення мають бути достатньо обґрунтованими і мати характер *conditio sine qua non*. На думку Аллена Бюкенена та Лі Бачгейта, такі умови мають слугувати крайнім засобом від-

³⁴⁵ Blagovesta Tacheva and Garrett Wallace Brown (2015) *Global constitutionalism and the responsibility to protect* 4(3) *Global Constitutionalism* 428-467.

стоювання прав меншин і не посягати на життєздатність існуючої держави³⁴⁶. Гаррі Беран вважає, що право на сецесію складно реалізувати, якщо спільнота: 1) занадто мала, щоб брати на себе основні обов'язки незалежної держави; 2) не готова дозволити підгрупам, що входять до неї, відокремитися хоча таке відділення морально і практично є можливим; 3) прагне експлуатувати або гнобити підгрупу в собі, яка не може, у свою чергу, здійснити відділення через територіальну дезінтеграцію або інші причини; 4) займає територію, повністю замкнуту кордонами існуючої держави; 5) займає територію, яка є культурно, економічно або військово важливою для існуючої держави; 6) займає площу, яка має непропорційно високу частку економічних ресурсів існуючої держави³⁴⁷. Однак такі міркування спростовуються наявністю малих держав (Ватикан, Андорра тощо), інституційною самодостатністю малих націй (Люксембург), наявністю держав-анклавів (Лесото, Монако, Сан-Маріно), виділенням Нідерландів зі складу імперії іспанських Габсбургів. Насправді, все вимірюється здатністю певної спільноти ідентифікуватися та створити життєздатні інститути публічного урядування. Як відзначає Сюзанна Манчіні в авторитетному компаративному дослідженні³⁴⁸:

«Сецесія одночасно є найбільш революційною і найбільш інституційно консервативною політичною конструкцією. Її революційний характер полягає в його остаточному виклику державному суверенітету; його консервативну сторону – у зміненні честот останнього. Ця внутрішньо притаманна подвійність, що пов'язана із сецесією, відображена в правовому регулюванні. За окремими винятками, сецесія заборонена як міжнародним правом, так і, хоча часто неявно, переважною більшістю конституцій».

Такий комплекс складних умов, що виражають право сецесії, визначають те, що право на самовизначення не слід ототожнювати власне із сецесією. Сецесія виступає лише крайнім засобом збереження ідентичності певної спільноти, що має задовольняти певним умовам. Йде мова про базові речі – можливість створювати сталий уряд на засадах верховенства права, який би відстоював права людини та міг ефективно контролювати та управляти те-

³⁴⁶ Allen Buchanan, (1991) *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*. Boulder, Colo.: Westview Press; Lee C. Buchheit, (1978) *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*. New Haven: Yale University Press

³⁴⁷ Harry Beran, (1984) A Liberal Theory of Secession, *Political Studies* 21-31.

³⁴⁸ Rosenberg Michel, Sajo Andras. (2012) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 481.

риторією. Натомість право на самовизначення, будучи складовим елементом ідентичності певних груп, означає насамперед можливість вільного розвитку спільноти у всіх проявах їх прав, традицій, звичаїв з урахуванням мовних, культурних, економічних та соціальних особливостей.

Попри різне бачення проблеми сецесії через призму національного суверенітету та територіальної цілісності держави, слід визнати те, що визнання сецесії (відокремлення) як одного з прав меншин, піддає сумніву монополію державної влади і верховенство права держави. Це базується на припущенні, що субдержавні утворення мають форму суверенітету за умовчанням (*form of quiescent sovereignty*), який може бути активований за певних умов. Це суперечить традиційному уявленню про вічність як структурний елемент державних конституцій і проти суверенітету як суто неподільного та відображає тенденцію до розмивання меж між сферами конституційного та міжнародного права³⁴⁹.

У ліберальній традиції стверджується, що всі держави певною мірою нелегітимні, теоретично всі вони можуть бути справедливо скасовані. Але це було б непрактично, тому особи, які складають державу, повинні вирішити, з якою несправедливістю вони готові миритися³⁵⁰. З цієї точки зору, слід ставити питання, наскільки держава пригнічує своїх громадян, що слугує джерелом її дезінтеграції та колапсу.

Право на сецесію у модерному прочитанні обґрунтовується у праці Альтузія «Політика» (1643 р.), в якій було закладене сучасне розуміння засади субсидіарності та теорії федералізму на основі згоди певних колективів підкорятися суверену – суб'єкту, наділеному верховною владою. Сьогодні поширені дві основні теорії сецесії – первинних прав та поновлення прав. У *теорії первинних прав* націоналістична доктрина (Маргаліт, Раз, Стюарт Мілль) ґрунтується на ідеї забезпечення прав на ідентичність етнічної спільноти як «*культурно гомогенної спільноти*», а демократична доктрина – апелює до реалізації прав політичної спільноти до створення незалежної держави. Зокрема, націоналістична теорія розглядає легітимність сецесії залежно від двох умов: попереднього існування «нації» та існування відносин між нею і певною територією, яку вона займає. Попри різні суперечливі моменти такого підходу, доволі складно також аргументувати право на сецесію у світлі вимоги гомогенності (однорідності) держави, яка виділяється зі складу іншої, оскільки на практиці такої однорідності складно досягти без шкоди правам інших

³⁴⁹ Там само 482.

³⁵⁰ Robert W. McGee. (1994) Secession Reconsidered. *Journal of Libertarian Studies*. Fall 19.

груп людей. У демократичній теорії сецесії виділяють доктрину вибору, яка обґрунтовує ідею формування колективної автономії на основі індивідуальної автономії.

Теорія поновлення прав або правозахисна сецесія (*remedial secession*) заснована на припущенні про добре функціонуючу ліберальну демократію, що забезпечує справедливу процедуру досягнення колективних й індивідуальних рішень щодо політики уряду. У разі порушення таких демократичних засад та вимог процедури, сецесія слугує засобом поновлення справедливості, зокрема внаслідок анексії в минулому, до якої група ніколи не погоджувалася (наприклад, анексія Балтійських держав СРСР або анексія Криму Російською Федерацією), або у разі відсутності захисту основних прав певної спільноти, нездатності захистити законні політичні та економічні інтереси свого регіону, або постійний дискримінаційний перерозподіл ресурсів³⁵¹.

На сьогодні визнається, що спільнота, яка виділяється в окрему державу із меж існуючої, повинна мати можливість брати на себе зобов'язання перед іншими державами і міжнародним співтовариством³⁵². Про це також свідчить і юридична практика³⁵³:

«Загальновідомо, що декларації, зроблені шляхом односторонніх актів, які стосуються правових або фактичних ситуацій, можуть мати наслідком створення юридичних зобов'язань. Такі декларації можуть бути, і часто є, дуже специфічними. Коли держава, що робить заяву, має намір здійснювати обов'язки згідно з її умовами, це надає декларації характеру юридичного заходу, згідно з яким держава з цього часу юридично зобов'язана додержуватися поведінки, відповідно до декларації».

7.2.3. Судова практика

У практиці розгляду справ міжнародними юрисдикційними установами про виділення окремих територіальних складових національної держави у нову державу існує цілком послідовна позиція щодо необхідності додержання вимог *conditio sine qua non*, згідно з якими сецесія є крайнім способом забезпечення ідентичності певних спільнот. У ній лише дещо дисонує справа про Косово.

³⁵¹ Rosenberg Michel, Sajo Andras. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 486.

³⁵² Sergey Sayapin and Evhen Tsybulenko (eds.). (2018) *The Use of Force against Ukraine and International Law. Jus ad Bellum, Jus in Bello, Jus Post Bellum*. Springer 17-18.

³⁵³ ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)* 267; ICJ, *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)* 472.

i) *Справа про Аландські острови*. Ця справа розглядалася Радою Ліги Націй, яка ухвалила висновок, згідно з яким право на самовизначення, відповідно до вимог міжнародного права, не означають автоматичного права певних «національних груп» на одностороннє відділення. Водночас Ліга Націй не повністю виключала можливість сецесії Аландських островів. При цьому було взято до уваги, що шведській меншині, яка складала більшість населення островів, гарантовано мовні та культурні права, а також наявність територіальної автономії шведської меншини у Фінляндії. Тим більше, що, у результаті розгляду цієї справи, Фінляндією було розширено автономні права шведської меншини.

ii) *Справа Квебеку*. Тривалий спір про право на самовизначення провінції Квебек як суб'єкта федерації частково розв'язало рішення Верховного суду Канади у 1998 р.³⁵⁴. Це питання є гострим у доктринальній дискусії, якій присвячено значний матеріал³⁵⁵. Попри наявність у 1960/70-і роки екстремістського Руху визволення Квебеку, який застосовував практики терору і що стало причиною оголошення воєнного стану у провінції у 1972 р. внаслідок викрадення та утримання як заручника британського торгового посланника, франкофонна провінція часто ставить питання про виділення зі складу Канади і дотепер. Це питання було не один раз предметом місцевого референдуму. Однак Верховний суд Канади у рішенні від 20 серпня 1998 р. визнав, що питання про вихід Квебеку зі складу Канади має вирішуватися не на місцевому, а на національному референдумі. На підставі цього Верховний суд Канади постановив, що право на самовизначення у формі виходу зі складу держави (сецесія) є можливим у разі колоніальної залежності або окупації певної спільноти, вчинення державою геноциду чи злочинів проти людяності, спрямовані проти певної меншини, що прагне самовизначення або така спільнота є об'єктом експлуатації.

iii) *Справа Косово*. Ця справа є чи не найскладнішою в інтерпретації права на самовизначення через доволі інтенсивну двосторонню практику насильства з боку союзної влади Югославії та сепаратистського руху Косово, що супроводжувалося низкою злочинів проти людяності і миру. Справа Косово є прямим наслідком жорстоких воєн за вихід союзних республік зі складу

³⁵⁴ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217, 1998 CanLII 793 (SCC)

³⁵⁵ Roy M. Hanna. (1999) Right to Self-Determination In Re Secession of Quebec. 1(23) *Maryland Journal of International Law* 214-246; Edward Canuel, Note, (1997) Nationalism, Self-Determination, and Nationalist Movements: Exploring the Palestinian and Quebec Drives for Independence, 20 B.C. *INTL. & COMPL. REV.* 85; Cassese, Antonio. (1995) *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.

соціалістичної Югославії, коли розпочався колапс комуністичної системи. Німецький правознавець Матіас Гартвіг говорить про прогнозованість цього конфлікту у Косово³⁵⁶:

«В Югославії це мало наслідком війни за відділення, які велися особливо жорстоко і нещадно. Сербія, у свою чергу, після розпаду Югославії, який в особливій мірі був сприйнятий тут як втрата, побоювалася також відділення Косово, яке не без підстав, з огляду на етнічний склад його населення, могло тут сприйматися як запрограмоване. І з огляду на поширення націоналістичного мислення, сецесія видавалася дуже ймовірною».

Проблема полягала також у тому, що сама Югославія спровокувала конфлікт, скасувавши у 1989 р. автономію Косова та відповідні права місцевого населення. В основу цього рішення був покладений висновок сербської академії наук про необхідність такого заходу, оскільки зростання албанського населення загрожує сербській ідентичності Косова. Сербія, застосовуючи практику терору проти албанської меншини, інспірувала рух мирного громадського опору, очолюваний політиком Руговою, ініціативу якого поступово перебрали на себе прибічники мілітарних способів розв'язання проблеми в особі Армії визволення Косово. Після повстання АВК у 1997 р., яке тривало до втручання Заходу шляхом бомбардування об'єктів критичної інфраструктури Сербії літаками країн НАТО у 1999 р., міжнародна спільнота не могла вжити ефективних заходів до розв'язання конфлікту, а спроба гуманітарної інтервенції у 1999 р. фактично стала порушенням імперативної норми (*ius cogens*) міжнародного права. По суті, ситуація у Косово мала багато чого спільного із правозахисною сецесією (*remedial secession*).

У результаті всього цього конфлікт було поступово врегульовано шляхом ухвалення Резолюції 1244(1999) Ради Безпеки ООН, що дало можливість ухвалити Конституційні межі, які врегульовували політичні відносини в Косово. Резолюція 1244 (1999) заснувала в Косово міжнародну цивільну присутність і присутність з безпеки, що мали всі цивільні і політичні повноваження і одноосібно були відповідальними за управління Косово. 25 липня 1999 року Спеціальний представник Генерального Секретаря ООН промультував розпорядження 1999/1 Місії ООН в Косово (МООНК), згідно з яким *«всі законодавчі та виконавчі функції щодо Косово, включаючи функції по*

³⁵⁶ Матіас Гартвіг. (2013) Консультативне Заключення Международного Суда ООН по вопросу о декларации о независимости Косово – предыстория и критика судебного «постановления». 2. Дайджест публичного права и международного права 123.

здійсненню правосуддя» покладалися на МООНК, а здійснювати їх треба було Спеціальному представникові. Це розглядалося як тимчасовий правовий режим зі стабілізації політичної ситуації в Косово, який замінював сербський правопорядок. У свою чергу, Конституційні межі (*Constitutional Framework*) функціонували як частина правопорядку, створеного на виконання Резолюції 1244 (1999), що застосовувався лише в Косово і мав тимчасовий і проміжний характер на її основі з метою врегулювання питань, які у звичайній ситуації були б предметом внутрішнього, а не міжнародного права. За твердженням Гартвіга, «більшість Міжнародного суду зайшла настільки далеко, що з метою підкріпити свою правову позицію вони вдалися до попросту контрфактичних тверджень»³⁵⁷.

Оскільки вживаний у Резолюції 1244 (1999) термін «політичне врегулювання» припускав різноманітне тлумачення, Міжнародний суд ООН зробив висновок, що «не перешкоджала авторам декларації від 17 лютого 2008 років виступити з декларацією незалежності від Республіки Сербія. Отже, декларація незалежності не порушила резолюцію 1244 (1999) Ради Безпеки»³⁵⁸. Цей висновок став проблемним, оскільки у сучасному міжнародному праві є усталеним принцип легітимності правила про надання права на сецесію³⁵⁹, а в конституційному праві принцип територіальної цілісності є іманентною характеристикою державності, а право сецесії має бути врегульовано належним чином. Слід зазначити, що у справі Косово мала місце аналогічна ситуація, як і в справі про Аландські острови, коли меншина питала про можливість виходу зі складу держави за наявності власної держави (відповідно Албанії і Швеції). Різниця полягала в тому, що в Косово мали місце численні утиски та злочини проти людяності відносно албанців. Хоча Міжнародний суд ООН визнав справу Косово як *sui generis* (особливого роду), однак, як вказує Матіас Гартвіг, Суд проігнорував те, що без належного контролю з боку Спеціального представника Генерального Секретаря ООН Тимчасові інститути та посадовці у Косово вийшли за межі свої повноважень, надані Конституційними рамками, не надавши належної правової оцінки цим обставинам, що мало наслідком одностороннє проголошення незалежності Косово³⁶⁰. Слід наголоси-

³⁵⁷ Матіас Гартвіг. Указ. соч. С. 144-145.

³⁵⁸ Соответствие одностороннего провозглашения независимости Косово нормам международного права: Консультативное заключение от 22 июля 2010 года. *Краткое изложение консультативных заключений и постановлений Международного Суда 2008 – 2012 годы*. ST/LEG/SER.F/II/Add.5. С. 163.

³⁵⁹ Marc Weller. Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion. *Leiden Journal of International Law*. 2011, с. 127, 134

³⁶⁰ Матіас Гартвіг. Указ. соч. С. 146, 147.

ти на тому, що Міжнародний суд так і не надав належної оцінки ситуації в Косово в аспекті *remedial secession*, що заслуговувало на якомога ретельнішу увагу саме з точки зору сутнісного змісту права. Також, зважаючи на присутність міжнародного контингенту у формі KFOR НАТО та невиконання вимоги Резолюції 1244 (1999) про необхідність присутності 800 поліцейських із Сербії, складно говорити, що на той час в Косово уряд ефективно контролював територію, оскільки такий контроль імпліцитно включає в себе гарантії прав і свобод людини. Крістіан Вальтер також пише, що Міжнародному суду слід було більш ретельно давати аналіз ситуації з точки зору «*незаконного застосування сили або інших грубих порушень норм загального міжнародного права, зокрема тих, що мають імперативний характер*» (*ius cogens*)³⁶¹. Зважаючи на наведені обставини, навряд чи слід вважати вихід Косова зі складу Сербії випадком *sui generis*, оскільки він порушує основоположні принципи і міжнародного, і конституційного права.

iv) Гагаузія і Придністров'я. У Молдові рушійною силою прецеденту юридичного закріплення права на самовизначення стали не історико-правові традиції чи ж наявність адміністративних одиниць у певній етнічній групі, їхній статус, а сучасні чітко заявлені прагнення таких груп до державного будівництва. Наслідком спричинених цими прагненнями суспільних заворушень і громадянської війни стало визнання права Гагаузії на самовизначення. Наведену нижче юридичну формулу я б не трактував як «*часткове визнання права на сецесію, підтверджене конституційним закріпленням*»³⁶². Так, відповідно до ч. 1 ст. 111 Конституції Республіки Молдова, Гагаузія –

«автономно-територіальне утворення з особливим статусом як форма самовизначення гагаузів, що є складовою і невід'ємною частиною Республіки Молдова, яка самостійно, в межах своєї компетенції, відповідно до положень Конституції Молдови, вирішує питання політичного, економічного і культурного характеру в інтересах всього населення».

Ключовими чинниками сецесійних процесів у Придністров'ї стали такі чинники. Перший – гострі етнічні та політичні розбіжності між Молдовою західного берега Дністра та Придністров'ям. Другим фактором нестабільнос-

³⁶¹ Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. P. 25.

³⁶² Курінний О.В. (2012) Право на самовизначення (сецесію) в національних законодавствах Узбекистану й Молдови як пострадянських держав 129 *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки* 151.

ті стало те, що в умовах політичного плюралізму останніх років радянського періоду історії у Молдові з'явився і здобув велику популярність Народний Фронт Молдови (НФМ), який був зорієнтований на поступову інтеграцію з Румунією. Третім фактором нестабільності на Лівобережжі Дністра стала російська військова присутність, яка асоціюється із залишками 14-ї армії та російським миротворчим контингентом, розташованим у Придністров'ї³⁶³. Вирішальним чинником сучасної ситуації у Придністров'ї стали присутність 14-ї російської армії, яка інтенсивно втрутилася у конфлікт та призвела до втрати ефективного контролю над краєм з боку уряду Молдови. У свою чергу, орієнтація НФМ на інтеграцію Молдови до Румунії хоч і спровокувала конфлікт у Придністров'ї, але такі політичні цілі не можна розглядати у контексті *remedial secession*, оскільки на рівні офіційних органів Республіки Молдови не спостерігалось чіткої орієнтації на такий політичний курс. Швидше Молдова на сьогодні схиляється до курсу європейської інтеграції до ЄС.

Попри підписання угоди про припинення вогню, яка сприяла припиненню насильства, і функціонування постійної місії ОБСЄ в Молдові, конфлікт 1992 р., по суті, закріпив виведення Придністров'я з-під юрисдикції офіційного Кишинева, надавши можливість новоствореній владі Придністровської Молдовської Республіки перейти до розбудови власного державного формування в мирних умовах.

v) *ОРДіЛО*. Якісними ознаками держави є: можливість ефективно контролювати території, що означає забезпечення прав людини, та здійснювати суверенітет шляхом впровадження власних рішень через публічну адміністрацію. У результаті діяльності підірваних організацій на кшталт політичних партій типу «Родіна» та проросійських громадських організацій, прихованих під національно-культурні товариства у поєднанні з працівниками спецслужб Російської Федерації відбулися військові заворушення в окремих районах Донецької і Луганської областей (ОРДіЛО). Сьогодні тут діють організаційні утворення, які політично, економічно та військово-технічно підтримуються з боку Російської Федерації. Наприклад, військова структура у так званих «ДНР» і «ЛНР» після бойових дій під Іловайськом всередині серпня 2014 р. є змішаною, оскільки її керівний склад переважно складається із кадрових військових офіцерів з Росії, а рядовий і сержантський склад – з числа найманців, російських військовослужбовців та місцевих жителів. З того часу спостерігається чітко системна підтримка ОРДіЛО з боку Російської Федерації

³⁶³ Коцур В.В. (2013) *Етнополітичний конфлікт у Придністров'ї у контексті українсько-молдовських міждержавних відносин* Київ: ІПіЕНД ім. І. Ф. Кураса НАН України 61-62

через приватні військові кампанії, під ширмою «гуманітарної допомоги» регіону та інфільтрації у керівні структури «ДНР» і «ЛНР» російських військовослужбовців та працівників спецслужб. За таких обставин майже немає жодних підстав вважати, що населення Донбасу реалізувало *remedial secession*, позаяк у краї немає інституційованої спільноти, здатної забезпечити ефективний контроль над територією у сенсі захисту прав людини, та уряд України не вживав спеціальних заходів на переслідування місцевого населення. Зокрема, звіти правозахисних організацій свідчать про істотні проблеми захисту прав людини, в т.ч. про тортури та вбивства людей³⁶⁴.

Тому, на думку Юджина Конторовіча, основний тягар щодо забезпечення економічної діяльності на території Криму та ОРДіЛО несуть відповідно незаконні владні формування та Російська Федерація, яка фактично ними керує³⁶⁵. Подібне правило сформульовано Європейським судом з прав людини у справі «Мозер проти Молдови та Росії», згідно з якою «першочерговим завданням для прав, передбачених Конвенцією, завжди має бути їх ефективна захищеність на території всіх Договірних Сторін, навіть якщо частина цієї території знаходиться під ефективним контролем іншої Договірної Сторони [тобто є окупованою]»³⁶⁶. Натомість будь-які проекти, спрямовані на створення в ОРДіЛО автономії без повернення урядом України повного контролю над територією, є посяганням на суверенітет і територіальну цілісність України. Спроби імплементувати ОРДіЛО на засадах особливого статусу у систему адміністративного устрою є антиконституційними. У зв'язку з цим Мінські домовленості – 2, які сьогодні розглядаються як міжнародний інструмент притягнення до відповідальності та накладення санкцій на Російську Федерацію, містять у собі інституційну пастку і для розв'язання цього конфлікту, інспірованого підривною діяльністю цієї держави, їх необхідно істотно піддати ревізії.

vi) Спроба виходу Каталонії зі складу Іспанії. В іспанській провінції Каталонія 1 жовтня 2017 р. був проведений місцевий референдум про вихід зі складу Королівства Іспанія, явка на який склала менше половини виборців (43,3 %), а рішення підтримало 90,18 % з тих, хто проголосував. Конституційним Судом

³⁶⁴ Огляд порушень прав людини в окупованих Луганській та Донецькій областях. URL: <https://vostok-sos.org/tag/%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0-%D1%87%D0%B5%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BA%D0%B0-%D0%B2-%D0%BE%D1%80%D0%B4%D0%BB%D0%BE/> (access at 06.02.2019)

³⁶⁵ Eugene Kontorovich. (2015) Economic Dealing with Occupied Territories. 53 *Columbia Journal of Transnational Law* 588.

³⁶⁶ *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia [GC], no. 11138/10, Judgment on 23 February 2016*

Іспанії він був визнаний нелегітимним, оскільки питання щодо територіальних змін Королівства мають вирішуватися на національному референдумі. 27 жовтня легіслатура Каталонії проголосив незалежність Республіки Каталонія. Негайно, в той же день, Сенат Іспанії більшістю в 241 голос проти 47 за одного, що утримався, проголосував за введення в дію ст. 155 Конституції Іспанії, яка регламентує порядок встановлення прямого правління з Мадриду.

7.2.4. Справа про місцевий референдум і анексія Криму: рішення КСУ № 2-рп/2014 та рішення Конституційного Суду Російської Федерації

Після Революції гідності певний час в Україні існувала невизначеність в організації публічної влади, чим скористалася Російська Федерація, на порушення норм і принципів міжнародного права вчинивши акт агресії проти України та анексувавши Крим (Автономну республіку Крим та місто Севастополь). Все це прикривалося риторикою захисту прав російськомовних громадян та ніби «державного перевороту» в Києві. Хоча Олександр Задорожній зазначав, що жодних реальних правових підстав для силового захисту «співвітчизників» за кордоном (на території Криму) в російського керівництва не було³⁶⁷.

У той час Верховна Рада України була змушена реалізувати установчу владу народу, оскільки особи, які обіймали посади Президента, Прем'єр-міністра, низки міністрів, Голови Служби безпеки покинули свої посади і була гостра потреба заповнити вакантні посади. У цих умовах спецпідрозділи сусідньої держави 27 лютого 2014 р. взяли під контроль низку важливих державних установ у Криму і лояльна до Росії Верховна Рада Автономної Республіки Крим ухвалила рішення про призначення референдуму на 25 травня, яке пізніше переглянула, призначивши референдум про статус Криму спочатку на 30 березня, а потім на 16 березня. 11 березня Верховна Рада Автономної Республіки Крим проголосила «Декларацію незалежності Автономної Республіки Крим та міста Севастополя». Конституційний Суд України розглянув конституційні подання виконувача обов'язки Президента України, Голови Верховної Ради України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини і визнав правовий акт Верховної Ради Автономної Республіки Крим про призначення місцевого референдуму про статус Криму антиконституційним, зазначивши зокрема³⁶⁸:

³⁶⁷ Задорожній О.В. (2015) *Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права*. Київ: К.І.С. 98

³⁶⁸ Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 р.

«Конституційний Суд України наголошує, що принципи цілісності і недоторканності території України в межах існуючого кордону, поширення суверенітету України на всю її територію встановлені Конституцією України. Звуження меж існуючого кордону України, виведення будь-якого суб'єкта адміністративно-територіального устрою України з її складу, зміна конституційно закріпленого статусу адміністративно-територіальної одиниці, зокрема Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, як невід'ємної складової частини України шляхом проведення місцевого референдуму суперечать зазначеним конституційним принципам».

Конституційний Суд України виходив із усталених конституційних і міжнародних принципів, згідно з якими право на сепесію може здійснюватися, виходячи із поваги територіальної цілісності держави, такі питання мають вирішуватися виключно на національному референдумі з додержанням прав на вільне волевиявлення народу. Також складно говорити про те, що в Криму вже існувала спільнота, яку можна кваліфікувати як «народ», який володіє правом на сепесію³⁶⁹. Зокрема, як стверджував проф. Задорожній:

«...позиція Російської Федерації, яка намагається представити організацію референдуму у Криму легітимною, позбавлена юридичної логіки. Навіть якщо припустити, що Конституція України дозволяла б проведення плебісциту з територіальних питань на підставі права народів на самовизначення, факт присутності на території Автономної Республіки Крим іноземних військ позбавляє таке голосування свободи волевиявлення»³⁷⁰.

Стосовно Криму і права на самовизначення, коректно вести мову у цій площині лише стосовно кримських татар, правах яких на національно-культурну автономію в краї так і не було реалізовано. Як свідчать доповіді про стан справ людини на Кримському півострові, окупованому Росією, права кримських татар є найбільш вразливими³⁷¹.

³⁶⁹ Anne Peters. (2015) The Crimean Vote of March 2014 as an Abuse of the Institution of the Territorial Referendum. *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Völkerrecht - Europarecht - Menschenrechte*; Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos 281.

³⁷⁰ Задорожній О.В. (ред.). (2014) *Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право*. Київ: К.І.С. 528.

³⁷¹ Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2016. *Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine)*. A/RES/71/205

Зовсім інакше через домінуючі ірєндентистські погляди ця справа отримала оцінку в Російській Федерації, в якій Конституційний Суд на порушення норм і принципів міжнародного права та конституційного права власної країни³⁷² легалізував анексію Криму. Після «проголошення» незалежності Криму вже ввечері 17 березня 2014 року Президент РФ Владімір Путін прийняв указ № 147, який «визнав Рєспубліку Крим», а на наступний день, 18 березня, Президент РФ та голови незаконних утворень в АР Крим та місті Севастополі уклади «Договір» між РФ і «Рєспублікою Крим», яким оформлялася анексія Криму РФ. Цілков слушно Крістіан Вальтер характеризує цей весь процес, що «у випадку з Кримом відділення не було інструментом досягнення незалежної державності, а в як перехідний крок у процесі інтеграції в Росію»³⁷³.

Оскільки Конституція РФ передбачає певну попередню процедуру включення у склад федерації нових суб'єктів, то така форма вирішення питання була сумнівною також і з точки зору конституційності, а укладення такого «договору» стало нікчемним. Без будь-якої попередньої підготовки, просто блискавично Конституційний Суд РФ вже до обіду 19 березня ухвалив постанову про визнання такого договору конституційним, легалізуючи акт анексії Криму під шатами формальної конституційної законності. Проф. Мєрежко зазначає, що анексувавши Крим, Росія при цьому порушила принцип естоппєля³⁷⁴, який пов'язаний із системою відносин щодо кордонів між Україною та Росією. Крістіан Вальтер зазначає, що проведення місцевого референдуму недержавними акторами на території, що підлягає потенційному виходу (*possibly seceding territory*), «виходить за рамки міжнародного принципу територіальної цілісності»³⁷⁵. Далі він зазначає, що Росія і її актори в Кримі діяли у два кроки: 1) відокремлення і створення «Рєспубліки Крим» як нової держави; 2) її вступ та інкорпорація у склад РФ. За фактичних умов «Рєспубліку Крим» складно уявити суб'єктом, що відповідає всім критеріям державності (*all criteria for statehood*)³⁷⁶. Тим більше, у силу дискримінаційних практик у Кримі протягом 1991-2014 рр. з боку місцевої публічної адміністрації щодо кримських татар та українців (на півострові існувало лише декілька десятків

³⁷² Марусяк О.В. (2016) *Анексія Криму Російською Федерацією як злочин агресії проти України: міжнародно-правові аспекти*. Чернівці: Місто 121-132.

³⁷³ Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). (2014) *Self-Determination and Secession in International Law* 298.

³⁷⁴ Oleksandr Merezhko. (2016). *Crimea's Annexation in the Light of International Law. A Critique of Russia's Legal Argumentation*. 2. Kyiv-Mohyla Law & Politics Journal 48.

³⁷⁵ Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law* 300.

³⁷⁶ *Ibid.* P. 300.

україномовних шкіл), складно говорити про самовизначення якоїсь спільноти як «народу». За таких умов Конституційний Суд РФ став фактичними пособником злочину агресії проти України та анексії Криму Російською Федерацією. Це мало наслідком ухвалення рішень Конституційним Судом України та вжиття низки заходів щодо часткової ізоляції Конституційного Суду РФ у рамках Світової Конференції конституційних судів, що відбулася у 2016 році у Вільнюсі та Європейської конференції конституційних судів. Така діяльність КСУ за ініціативи його Голови Станіслава Шевчука здійснюється також у рамках Асоціації конституційного правосуддя країн регіону Балтійського та Чорного морів. Насправді, під прикриттям права на самовизначення Криму Російська Федерація вчинила міжнародний злочин агресії та анексувала цей півострів від України, за що її вищі посадовці мають понести міжнародно-правову відповідальність.

7.3. Форми правління та конституційні цілі

7.3.1. Форма правління та поділ влади

Досліджуючи форми державності молодих перехідних демократій, слід враховувати їх динамічний характер і природу конституціоналізму. Хоча вже традиційно в українському конституційному праві це питання сильно формалізують з міркувань забезпечення так званої «юридичної чистоти». Цей підхід справедливо критикує Олена Бориславська, враховуючи природу конституції як інструменту обмеження влади з урахуванням міждисциплінарного підходу³⁷⁷. Міждисциплінарний підхід і поєднання досягнень різних шкіл правознавства під час дослідження конституційних явищ і процесів сьогодні має вирішальне значення для розуміння функціонування державності³⁷⁸.

Виділення функціональних ролей інститутів влади має важливе значення для визначення предмета відання і повноважень органу публічної влади. Функціональний підхід передбачає визначення пріоритетних напрямків політики держави, пов'язаного правом, перш за все, такими фундаментальними цінностями, як повага до прав людини, рівність, справедливість. Це передба-

³⁷⁷ Олена. Бориславська, (2019) Роль президента в змішаній республіці парламентсько-президентського типу: конституційна доктрина та політична дійсність, 1 *Український часопис конституційного права* 5.

³⁷⁸ Савчин Михайло, (2017) Методологія юридичних досліджень у сфері публічного права, 44(1) *Науковий вісник УжНУ. Серія Право* 69-70, 71-72.

чає у сфері публічного управління стратегічне планування, здійснення регулювання певних сфер суспільного життя і здійснення регуляторної політики на основі закону. Принцип функціональної відособленості органів публічної влади передбачає також усунення ситуацій конфлікту інтересів.

Оскільки конституціоналізм є сукупністю принципів, правил і процедур щодо обмеження влади, то необхідно вимірювати національний механізм функціонування влади відповідно до цієї мети. Після розпаду СРСР Україна в певні періоди тяжіла до президенціалізму або до семіпрезиденціалізму. Такі коливання маятника в організації публічної влади були обумовлені суспільно-політичними дебатами щодо забезпечення державного суверенітету і забезпечення ефективності влади. Якщо перша мета досягалася через налагодження певних механізмів в системі стримувань і противаг, то ефективність влади часто розумілася в площині забезпечення чіткої «вертикалі влади», яка повинна підкорятися президенту.

7.3.2. Форма правління та інституційна спроможність держави

Критерієм дослідження перехідних демократій є їх інституційна спроможність. Під інституційною здатністю (*institutional capacity*) держави можна розуміти здатність приймати компетентні рішення відповідно до принципів належної правової процедури і втілювати їх в життя на прийнятному рівні для забезпечення прав громадян. Тут присутні три компоненти, яким повинна відповідати перехідна демократія: 1) має існувати задовільна система визначення проблем і викликів для розвитку суспільства і держави; 2) дотримання базових принципів розгляду справ, зокрема: довіри, права бути заслуханим, обґрунтованості рішення і судовий їх перегляд; 3) рішення повинно виражати баланс інтересів більшості і меншості, який гарантується через підзвітність і підконтрольність уряду (*government*).

У рамках цієї системи координат виникає необхідність вибору оптимальної моделі управління, яка б забезпечувала її демократичну підзвітність і підконтрольність в умовах дефіциту компетентних кадрів і необхідності очищення від представників авторитарної чи тоталітарної державності. Тут на перший план виходить формування партій та інститутів громадянського суспільства. Автоматизація, роботизація і впровадження інформаційних технологій (ІТ) і штучного інтелекту у виробництво підриває основу масових політичних рухів і партій. Це досить суттєво трансформує і політичну активність, і механізми підзвітності та підконтрольності уряду. Іншою проблемою, яку майже так і не вирішила Україна, є люстрація, тобто тимчасове відсторонення від важелів влади представників *ancient regime* з метою мінімізації від-

творення та імплементації авторитарних практик правління, які загрожують основам конституційної демократії. Зокрема, у справі «Полях та інші проти України» ЄСПЛ визнав³⁷⁹, що

«...люстрація, яка була застосована впродовж 2014-2019 рр., не відповідала таким критеріям верховенства права, оскільки Люстраційний закон отримав дуже широке застосування, і це призвело до звільнення заявників просто за те, що вони працювали на державній службі понад рік, поки правитель Янукович перебував при владі. Закон не торкався окремих заявників або того, чи були вони пов'язані з будь-якими недемократичним діями, яке мало місце у колишнього президента. У цьому контексті Закон про люстрацію відрізнявся від більш вузько спрямованих люстраційних процедур, що застосовувалися в інших центральних європейських державах.»

З точки зору організації публічної влади, в Східній Європі мало місце запозичення або основ німецької парламентської моделі управління, або французької моделі семіпрезидентіалізму. Деякі постсоціалістичні країни запозичили окремі аспекти правління, які передбачають розділене, дуалістичне функціонування виконавчої влади. Основним критерієм обрання таких систем була значна роздробленість спектра політичних партій, яким би семіпрезидентіалізм дозволяв більш витончено забезпечити взаємодію між парламентом і урядом. У постсоціалістичних країнах характерною рисою семіпрезидентіалізму є складання повноважень уряду перед новообраним президентом (наприклад, стаття 92 Конституції Литовської Республіки). Вплив президента може посилюватися на діяльність уряду і тим, що, в разі неможливості виконання своїх обов'язків прем'єр-міністром, президент може доручити виконання його обов'язків іншому міністру терміном до 60 днів (стаття 97 Конституції Литовської Республіки). Згідно зі статтею 102 Конституції Хорватії, Президент має низку прерогатив в умовах «безпосередньої загрози незалежності, єдності й існування держави», зокрема головувати на засіданнях уряду, видавати укази, що мають силу закону з подальшим їх затвердженням Хорватським Сабором.

7.3.3. Класифікація форм правління

У конституційній доктрині України досить поширена думка про нібито найбільш збалансований підхід до закріплення семіпрезидентіалізму, в систе-

³⁷⁹ *Полях и др. против Украины* (№58812/15, 53217/16, 59099/16, 23231/18 та 47749/18, від 17 жовтня 2019 р.

мі координат якого саме президент відіграє вирішальну роль у взаємодії інститутів влади. Це ніби пов'язано з тим, що Україна схильна до авторитарної традиції і небезпеки переходу до парламентаризму в умовах слабкої структурованості політичної системи як «деструктивного (і неможливого)»³⁸⁰. Зокрема, Світлана Сєрьогіна виділяє збалансовані і відносно збалансовані форми правління, на які впливають дифузія і дисперсія між інститутами влади, які зазнали своєї еволюції під час незалежності України. Автор приходять до висновку, що існує тенденція зникнення «чистих» форм правління та поширення різного роду «змішаних»³⁸¹. Томас Сіделіус і Йонас Лінде, використовуючи багатофакторні параметри (*Freedom House/Polity IV, Polity IV, Economist Index, Executive constrain; Government effectiveness, Corruption Perception Index, Human Development Index, Empowerment Rights Index*) виділяють парламентські, прем'єр-президентіалістські, президент-парламентські і президентські форми правління і знаходять кореляцію між цими параметрами і моделями управління³⁸². Правда, така класифікація побудована на обліку досліджень Шугарта і Кері про виділення прем'єр-президентіалізму і президент-парламентаризму³⁸³. Цілоком до цих форм правління примикають монархії, починаючи від парламентських, закінчуючи дуалістичними – залежно від моделі урядування, роль монарха у структурі виконавчої влади зростає.

Згідно з Сарторі, ми отримуємо модель президентіалізму в чистому вигляді за дотримання таких умов: і) президент обирається на основі загальних виборів; ii) протягом встановленого терміну перебування на посаді парламент не може його змістити з посади; iii) президент призначає і очолює уряд³⁸⁴. Слід також додати, що президент не може розпустити легіслатури (Конгрес), а також досить сильні позиції конституційної юрисдикції.

Американському президентіалізму притаманний жорсткий поділ влади і він включає такі компоненти. Обрання президента здійснюється непрямыми виборами, які поєднують принцип мажоритарності і федералізму. Практика діяльності американських президентів свідчить, що в умовах розділеної влади, їм треба все-ж

³⁸⁰ Мартинюк Р. С., (2012) Критерії та чинники вибору форми правління в Україні 2(6) *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право» 3-4.

³⁸¹ Сєрьогіна С.Г. (2013) *Форма правління в Україні: конституційно-правовий аспект*. Автореф. дис... д.ю.н., Харків 12, 24-39, 14.

³⁸² Thomas Sedelius & Jonas Linde, (2018) Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types 1(25) *Democratization* 136-157.

³⁸³ Shugart, Matthew S., and John M. Carey, (1992) *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, New York 23-24.

³⁸⁴ Сарторі Джованні, (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*, Київ: АртЕК 80.

таки мати підтримку в Конгресі, оскільки законодавчий орган розпоряджається публічними фінансами і може підтримувати або не підтримати заходи Адміністрації Президента через прийняття певних законів. *Латиноамериканська модель* заснована на запозиченні американського прототипу, але значно спотворює його. Насправді, завдяки значному переважанню ролі президентства в механізмі публічної влади, вона рухається в бік суперпрезидентства. Зокрема, це проявляється в надмірних законодавчих повноваженнях президента, що яскраво характеризує такий вираз: «...багато конституцій дозволяють виконавчій владі вносити білли (закони) в конгрес, а в деяких країнах лише президент може ініціювати законодавчу процедуру»³⁸⁵. Тому не дарма Хуан Лінц говорить про жорсткість президентських систем, яким не вистачає гнучкості у подоланні конституційних криз³⁸⁶. Роберт Елджі вважає, що президенціалізм ґрунтується на прямих виборах президента і наявності парламентської підтримки уряду, визначає дуалізм виконавчої влади³⁸⁷.

Семіпрезиденціалізм, який виник у Веймарській республіці, а пізніше у Франції з досить сильними авторитарними традиціями, організований інакше. Він проявляється в організації розділеної виконавчої влади, в системі якої центральне положення займає Президент з його «арбітражними» функціями (подібні конструкції є і в конституційному статусі Президента України):

«Президент стежить за дотриманням Конституції. Він забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних властей, а також спадкоємність держави. Він є гарантом національної незалежності, територіальної цілісності, дотримання угод Співтовариства та міжнародних договорів» (стаття 5 Конституції).

Оскільки засідання уряду очолює Президент, то його вплив на політичний курс уряду є вирішальним. Разом з тим, процедура контрастнації актів Президента з боку прем'єр-міністра обмежує конституційні прерогативи глави держави. Це призводить на деяких етапах до «дуалізму» виконавчої влади в тих випадках, коли опозиційний до політичного курсу президента парламентська більшість формує склад уряду.

³⁸⁵ Rosenberg Michel, Sajo Andras (eds.), (2013) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press 1178:

«...many constitutions permitted the executive branch to introduce bills into congress, and in some countries, only the president could initiate legislation».

³⁸⁶ Linz Juan, (1990) *The Perils of Presidentialism* 1 *Journal of Democracy* 51-69.

³⁸⁷ Elgie, Robert (ed.), (1999) *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press 13.

7.4. Поділ влади та система стримувань і противаг

7.4.1. Засади доктрини поділу влади

Структура конституції зумовлена її фундаментальними цілями – обмеження влади, об'єктивним критерієм якого є права людини. Для таких цілей запроваджується принцип поділу влади, який раціоналізує діяльність владних інститутів. Цей механізм виражає основну ідею конституції – обмеження сваволі публічної влади та забезпечення легітимності владних рішень³⁸⁸. Насамкінець, захист прав людини забезпечується в організованому у державу суспільстві. Ідея поділу влади має свій потужний потенціал також тому, що, у разі кризи владних інститутів, система стримувань і противаг дозволяє їх стримувати та поновити конституційний порядок. Тому існує такий конституційний парадокс: обмежена влада – сильна влада, необмежена влада – слабка влада.

Вперше юридичне закріплення принцип поділу влади отримав фактично у Пактах і вольностях Війська Запорозького (Конституції Пилипа Орлика), оскільки як окремі інститути влади там були оформлені Гетьман, Генеральна рада та Генеральний суд, тобто як органи виконавчої, законодавчої та судової влади. Основні елементи поділу влади сформульовані Джоном Локом, Шарлем Луї Монтеск'є, маркізом Кондорсьє. Структура конституційного порядку збалансована через такі елементи, які мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

Згідно із фундаментальним правовим принципом суспільство не має конституції, якщо, *inter alia*, в ньому немає поділу влади. При цьому принцип поділу влади має інструментальний характер, оскільки: а) процедурно він спрямований на обмеження чи недопущення свавілля; б) субстантивно визначає міру втручання держави у сферу приватної автономії – зумовлює систему гарантій прав людини та вимоги якості здійснення владних повноважень, зокрема у сфері публічного урядування – тобто, стоїть на сторожі свободи індивіда.

Доволі часто поділ влади розглядають у контексті республіканізму, який не є насправді універсальним принципом, на відміну від поділу влади, адже за монархій формально носієм суверенної влади визнається монарх. Натомість, принцип республіканізму передбачає три елементи – похідний характер публічної влади від суверенної волі народу, підзвітність і підконтрольність публічної влади народові. У свою чергу, конституційна монархія знає більш витончений механізм деконцентрації влади – через систему парламентаризму та судову правотворчість, яка, зокрема, має місце у Сполученому Королівстві.

³⁸⁸ Лок Джон (2001) *Два трактати про урядування*. Київ : Основи 207-220.

Взагалі ідея поділу державної влади на окремі інституції з притаманними їм функціями законодавства, управління та правосуддя може розглядатися у широкому і вузькому розумінні. У першому випадку вона означає певний конституційно-правовий принцип, відповідно до якого механізм (структура і процес) державної влади або державного управління, як форми реалізації влади, має формуватися на засадах поділу на законодавчу і виконавчу владу, незалежності суду. У вузькому розумінні ідея поділу влади найчастіше розглядається у юридичній літературі з позицій поділу та структурно-функціонального розмежування повсякденної діяльності органів законодавчої та виконавчої гілок влади. Саме цей підхід часто ґрунтувався в радянському державознавстві на судженнях Карла Маркса і Фрідріха Енгельса про «прозаїчний» характер поділу влади як простий поділ управлінських функцій, операцій управлінської праці, повноважень.

Функціональне призначення принципу поділу влади є не стільки спеціалізація, диференціація владних функцій, скільки забезпечення балансування і взаємного контролю у системі публічної влади. Це є ключовим призначенням поділу влади, виходячи із знаменитої конституційної максими і її телосу (мети) – обмеження свавілля. Без системи стримувань і противаг, взаємного контролю і балансування організація публічної влади приречена на домінування певного елемента. І не обов'язково таким домінуючим елементом може виступати виконавча влада, чи то в особі президента (монарха), чи то уряду. Приклад правління уряду Віктора Орбана в Угорщині з 2010 року з його популістсько-консервативною політикою доводить, наскільки небезпечною є концентрація влади у парламентської більшості, яка концентрує у своїх руках кваліфіковану більшість мандатів та може ухвалювати рішення, які йдуть всупереч основоположним конституційним цінностям і принципам, модеруючи політичний процес та маргіналізуючи конституційний суд.

Вимога обмеження свавілля визначає функціональний, організаційний та кадровий аспект поділу влади, який згідно із Соботовою, полягає у такому³⁸⁹:

«З функціональної точки зору кожна з трьох гілок, у принципі, є компетентною у власній, визначеній сфері завдань: волевиявлення держави належить законодавцеві, від якого Основний Закон вимагає форми закону або змістовного врегулювання за допомогою права певної галузі державної діяльності. Виконавча влада уповноважена на виконання та конкретне застосування цих норм. Судочинство приймає рішення щодо конкретних справ на основі законодавчих настанов та за допомогою спеціальної техніки

³⁸⁹ Катаріна Соботова. (2013) *Принцип правової держави*. Київ: ВАІТЕ 94.

юриспруденції. З організаційної точки зору, поділ державної влади на три частини проявляється у принциповій незалежності та відокремленості комплексу органів, які здійснюють відповідну владу. Пов'язані з кадрами питання торкаються проблеми сумісності різних посад (несумісність, «свобода від конфліктів»).

Вирішення функціональних ролей інститутів влади має важливе значення щодо визначення предмета відання і повноважень органу публічної влади. Функціональний підхід передбачає визначення пріоритетних напрямів політики держави, зв'язаної правом, насамперед, такими фундаментальними цінностями, як повага до прав людини, рівність, справедливість. Це передбачає стратегічне планування, здійснення регулювання певних сфер суспільного життя та здійснення регуляторної політики на основі закону у галузі публічного урядування. Принцип функціональної відособленості органів публічної влади передбачає також усунення ситуацій конфлікту інтересів. За таких умов усталені погляди щодо існування «трьох гілок влади» видаються недостатньо обґрунтованими.

Метою запровадження принципу поділу влади є раціоналізація у діяльності владних інститутів. Цей механізм виражає **основну ідею конституції – обмеження сваволі публічної влади та забезпечення легітимності владних рішень.**

Необхідно також зазначити, що абсолютного втілення поділу влади важко досягти. На думку Ондраша Шайо, принцип поділу влади втілюється принаймні через: 1) організаційну незалежність (у тому числі в кадрових питаннях); 2) незалежність у прийнятті рішень»³⁹⁰. Визначення конституційного статусу органів влади залежить від визначення предмета відання органів влади.

7.4.2. Система стримувань і противаг

Диференціація владних інститутів об'єктивно передбачає гарантії незалежності та безсторонності відповідного інституту влади. Якщо такий процес диференціації по горизонталі виражає поділ влади, тобто владних функцій, то диференціація по вертикалі є складнішою через принцип субсидіарності, тобто визначення масштабу повноважень певних рівнів публічної влади. З цього приводу Медісон писав так³⁹¹:

³⁹⁰ Андраш Шайо (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 84.

³⁹¹ «...the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. ... Ambition must be made to counteract ambition».

«...проти поступової концентрації влади в одних і тих же руках більш безпечним є надання тим, хто управляє кожним департаментом, необхідних конституційних засобів і особистих мотивів протистояти зазіханням інших... Амбіції мають реалізуватися так, щоб протидіяти честолюбству».

Основою для забезпечення поділу влади виступає перегляд правових актів органами конституційної юстиції. Поділ влади забезпечує деконцентрацію влади та взаємний контроль і баланс між інститутами влади. Також взаємне зважування повноважень реалізується через низку інструментів стримувань і противаг, які будуть розглянуті нижче.

i) Бікамералізм у парламенті. Двопалатність парламенту традиційно розглядається як інструмент попередження прийняття незбалансованих і неякісних законів. Принаймні вимога щодо ухвалення текстів законів в ідентичній редакції обома палатами та процедура узгодження відповідних рішень – чи повторного схвалення, чи створення паритетної комісії палат з узгодження тексту закону – підвищує якість законотворення та стримує політичні пристрасті народних представників. Також, вочевидь, не існує прямої кореляції між унітаризмом та федералізмом як причинами запровадження бікамералізму. Якщо бікамералізм є чи не універсальною для федерації, то в багатьох унітарних державах діють двопалатні парламенти (Польща, Хорватія, Чехія, Японія), що, радше, відображає певну конституційну традицію функціонування влади.

ii) Виконавча влада та поділ влади. Як не дивно, поділ влади запроваджений і в системі виконавчої влади – це втілено після становлення раціоналізованої бюрократії та професійної публічної служби, а також з міркувань забезпечення прозорості та підконтрольності використання публічних фінансів. Насамперед, слід виділити *розподіл між політичними та адміністративними посадами* у системі виконавчої влади. Запровадження такого поділу має значення для гарантій незалежності професійної публічної служби і недопущення втручання у поточну управлінську діяльність політиків. Різниця між вказаними посадами полягає також у призначенні міністрів та керівників відомств за результатами політичних консультацій між головами фракцій та спікером парламенту за участі глави держави (монарха, президента). До таких посадовців застосовується процедура вотуму довіри, за якої дається оцінка результатам політичної діяльності посадовця. Також до них може бути застосована процедура інтерпеляції – запиту до відповідального міністра, обговорення звіту якого може навіть мати наслідком вотум недовіри і розпуск уря-

ду. Стосовно кар'єрних і професійних публічних службовців застосовується процедура конкурсного відбору, до них встановлюються вимоги політичної нейтральності та запобігання конфлікту інтересів, лояльності та підвищення професійної кваліфікації. Професійні службовці можуть бути звільнені з посади за результатами дисциплінарного розслідування лише в разі порушення вимог політичної нейтральності та наявності конфлікту інтересів, а також згідно з обвинувальним вироком суду у разі вчинення злочину.

Інша лінія розподілу повноважень всередині виконавчої влади проходить через діяльність *звичайних виконавчих органів та незалежних агентств та установ*. На відміну від звичайних виконавчих органів, агентства та установи є незалежними від уряду і здійснюють спеціалізовані регуляторні функції, зокрема у сфері банківської діяльності, енергетики і природних ресурсів, забезпечення конкуренції та обмеження монополізму, ведення земельного кадастру тощо. Інституціонально це забезпечується принципом невтручання уряду у діяльність незалежних агентств.

iii) Законодавство та регуляторна діяльність. Тут має місце розподіл правотворчих повноважень між законодавчою та виконавчою владою, який полягає у делегуванні законодавчих повноважень органам виконавчої влади. Адресатом делегування є уряд та міністерства і відомства. У першому випадку делегування здійснюється через спеціальний акт парламенту або в самому законі. У другому випадку – шляхом встановлення відповідних повноважень у самому законі щодо врегулювання окремих сфер суспільного життя.

iv) Правова політика між законодавством та регуляторними актами. Якщо законодавство, як правова політика, виражає свободу розсуду законодавця щодо визначення певної правового регулювання, то регуляторні акти є конкретизацією законів. Природа регуляторних актів полягає в тому, що політики довіряють професійним службовцям конкретизувати певні сфери життєдіяльності, щодо яких на політичному рівні не склався консенсус і його вирішення потребує фахової дискусії та формулювання правил або такі правила мають технічний характер і є залежними від стану певних ринків.

v) Розподіл повноважень у сфері зовнішньої політики. Це одна із делікатних сфер розподілу повноважень, що здійснюється в трикутнику відносин: глава держави – прем'єр-міністр – міністр закордонних справ. У *парламентських демократіях* тут має місце концентрація повноважень у прем'єр-міністра, який має спиратися на парламентську більшість, здійснюючи зовнішньополітичні прерогативи. Доволі часто при цьому пост міністра закордонних справ обіймає представник головного партнера по парламентській коаліції,

що сформувала уряд. Акти президента з цих питань підлягають контрасигнації прем'єр-міністром і міністром закордонних справ. За *президентської форми правління* зовнішньополітичні питання є прерогативою глави держави, а функція міністра закордонних справ є однією із ключових у президентській адміністрації. За *семипрезиденціалізму* зовнішньополітичні питання загалом також є прерогативою президента, а його акти потребують контрасигнації. Однак у період співіснування можуть виникати тертя, оскільки прем'єр-міністр чи міністр закордонних справ можуть і не контрасигнувати акти президента, оскільки вони спираються на парламент, який може здійснювати інакшу політику, аніж президент.

vi) Розподіл повноважень у сфері застосування надзвичайних засобів. Розподіл щодо використання прерогатив з екстраординарного захисту конституції і тісно пов'язаних із ними повноважень у сфері національної безпеки і оборони, залежить від форми правління та моделей захисту конституції. Ключовою тут виступає необхідність невідкладного використання главою держави (за президентціалізму) чи прем'єр-міністром (за парламентаризму) прерогатив щодо відвернення прямої загрози національному суверенітету у разі зовнішньої агресії чи настання природних катаклізмів або техногенної катастрофи. Задля забезпечення конституційного порядку під час використання надзвичайних прерогатив важливим є парламентський та судовий конституційний контроль за вжитими заходами.

7.5. Судовий конституційний перегляд та незалежність суду

7.5.1. Основні засади

Стрижнем конституційної архітектоники, яка забезпечує реальний поділ влади, є судовий конституційний перегляд (*judicial review*). Власне кажучи, юдикатура стоїть на сторожі конституційних цінностей від мінливого політичного розсуду парламентської більшості, який не завжди є втіленням конституційних цілей. Парламентський контроль є ефективним за умов гарантій діяльності опозиції, що, в кінцевому результаті, все одно впирається в ефективний конституційний контроль.

Судовий контроль є провідним елементом серед конкуруючих аспектів поділу влади. З одного боку, принцип стримувань і противаг вимагає, щоб урядові дії підлягали перегляду незалежними та неупередженими судами. З

іншого боку, судовий перегляд діє в контексті парламентського контролю виконавчої влади³⁹².

Ступінь судового активізму визначає вирішення дилеми сучасного конституціоналізму – верховенства парламенту та конституційної юстиції. При цьому роль конституційної юриспруденції є важливою, оскільки вона вводить політичний процес у правові межі. Вплив конституційної юстиції на розвиток правової системи є дуальним:

а) по-перше, за конституційного контролю правові акти можуть бути визнані конституційними або неконституційними, а також може бути констатовано неконституційність бездіяльності органу публічної влади, що є нічим іншим, як конституційною санкцією; інколи конституційні суди, визнаючи закон конституційним, можуть визнавати окремі аспекти його інтерпретації або застосування неконституційними, такими, що не підлягають застосуванню на майбутнє. При цьому питома вага цієї санкції найзначніша серед конституційних санкцій у порівнянні з іншими галузями;

б) по-друге, пряма дія конституційних положень матеріалізується саме через активізм конституційної юстиції шляхом інтерпретації конституційних положень, головним критерієм якого є саме конституційні цінності і принципи, якими зв'язані законодавець та уряд у ході реалізації певних політичних цілей та в суспільно-політичних дебатах. *Stricto sensu*, виправданням судового активізму є переслідування мети захисту прав людини, при цьому конституційні принципи не можуть застосовуватися абстрактно. Вони мають спиратися на дослідження фактичних обставин та соціального контексту їх застосування.

Певний спосіб подолання дилеми конституційного контролю та верховенства парламенту є критично важливим для перехідних демократій. Це підтверджується досвідом конституційного переходу країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, Ондраш Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту³⁹³, який має витоки в ідеях загальної волі Жан-Жака Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'язуванням волі більшості меншості. Це прямо суперечить засадам демократичної конституційної державності. Так, наявність кваліфікованої більшості голосів в угорському парламенті у партій ФІДЕС та Йоббік, за результатами парламентських виборів 2010 р., мало наслідком прийняття Конституції Угорщини у квітні 2011 р.,

³⁹² Alder John. (2015) *Constitutional and Administrative Law*. 10th Ed. Palgrave Law Masters 381

³⁹³ Андраш Шайо. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 47-52.

яка передбачає низку інструментів концентрації влади в уряді, послаблюючи Конституційний суд Угорщини.

Доктрина суверенітету парламенту має за поважний аргумент високий ступінь легітимності і репрезентативності волі народу, який уособлює саме парламент. Натомість інститут конституційного контролю виступає таким собі своєрідним клубом аристократів від права. Водночас судовий перегляд набуває універсального характеру з точки зору прав людини. Наприклад, згідно з абзацом першим статті 19 Основного Закону встановлено правила, які в німецькій конституційній доктрині ще називають «короною правової держави»³⁹⁴:

«Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, їй надається можливість звернутися до суду. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення до суду загальної юрисдикції».

У такий спосіб захист прав і свобод людини набуває універсального характеру, через що суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві.

Що стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду, то ця проблема тісно пов'язана зі змістом процедури їх здійснення. Тут має місце розподіл функцій, які є подібні за природою, бо, як би не було, і парламент, і конституційний суд за наявної кодифікованої конституції, як це має місце у країнах із писаною традицією, здійснюють конкретизацію і деталізацію її положень. Однак вони здійснюють ці прерогативи у різний спосіб: парламент – формулює абстрактні положення, які регулюють типові життєві обставини, розраховані на невизначене коло осіб і невизначену кількість випадків; конституційний суд – керуючись конституційними цінностями і принципами, пристосовує абстрактні конституційні приписи до конкретних життєвих обставин або дає оцінку абстрактним положенням законодавства на предмет легітимності втручання у приватну автономію відповідно до трискладового тесту, що випливає із системного і телеологічного тлумачення конституції. Як парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у різний спосіб, що є нічим іншим як реалізацією конституції. Як справедливо зазначає Ондраш Шайо, існує необхідність збалансування втручання законодавця у суспільні відносини³⁹⁵:

³⁹⁴ Ebers G.J. (1952) Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet*. München 269, 271.

³⁹⁵ Там само. 208.

«Однак саме по собі правове визначення і регулювання діяльності держави не забезпечують конституційну свободу. Там, де все відбувається за державними приписами, негнучкість і наперед визначеність роблять життя нестерпним. Занадто багато і занадто мало юридичних приписів – така сама отрута, і не всі погодяться з паном державним міністром Гете в тому, що порядок організованого зноблення краще, ніж непередбачуваність».

Залежно від типу конституціоналізму, виділяють дві моделі співвідношення юрискратії та парламентаризму:

i) *Американська модель* ґрунтується на традиції судового прецеденту та конституційної перевірки (*judicial review*) актів Конгресу, яка має тяглість зі справи *Marbury v. Madison*. Хоча після цієї справи (1803 р.) наступною справою подібного роду було доволі суперечливе рішення Верховного суду США щодо сегрегації та визнання рабства як конституційного у 1857 р. Водночас ідея судового перегляду рішень парламенту має свої витоки зі *Keighly Case* (1607)³⁹⁶. Пізніше вона буде поглиблена у справі *Бонема*:

«...у багатьох випадках на основі загального права контролюються парламентські закони, які час від часу оголошуються повністю нечинними. Якщо закон суперечить загальному праву (common law) і здоровому глузду або виконання його неможливе, він підпадає під дію загального права, згідно з яким такий закон нечинний»³⁹⁷.

В англійській традиції права ця проблематика розглядається через призму нелегальності (*illegality*) та потенційного перевищення повноважень (*ultra vires*), однак наголошується на тому, що це питання вирішується через співвідношення засад верховенства права, поділу влади та суверенітету парламенту³⁹⁸. Таким чином, під час судової перевірки не може вирішуватися питання певної моделі правового регулювання, що є суто прерогативою парламенту, а не судової перевірки.

ii) *Континентальна модель* передбачає існування спеціалізованого органу конституційної юстиції. Ідеї конституційної перевірки правових актів парламенту та інших органів влади у континентальній Європі є відображенням традиції функціонування Імперського камерального суду (*Reichskammergericht*) у Священній

³⁹⁶ *Keighly Case* [1607] 10 Co Rep 139.

³⁹⁷ *Dr. Bonham's Case*, (1610), 8 Co. Rep.

³⁹⁸ Alder John. (2015) *Constitutional and Administrative Law*. 10th Ed. Palgrave Law Masters 381.

Римській імперії, а пізніше вже в Австро-Угорщині Імперський суд (*Reichsgericht*), який розглядав справи про порушення політичних прав громадян, спори про компетенцію між органами влади та вирішення конфліктів між центральною владою та землями, якщо вони не належать до компетенції загальних судів³⁹⁹. Пізніше вже Ганс Кельзен обґрунтує нормативну модель ієрархії норм, на вершині якої знаходяться конституція, що потребує окремого механізму правового захисту через спеціалізовану судову установу⁴⁰⁰. Через специфіку конституційної композиції конституційний судовий перегляд у багатьох конституційних моделях континентальної Європи, фактично, є виведеним поза межі тріади законодавчої, виконавчої та судової влади. Це пов'язано із тим, що конституційна юстиція покликана забезпечувати верховенство конституції, на підставі чого акти парламенту в цілому або частково можуть бути визнані антиконституційними. У такий спосіб конституційна юстиція переслідує двоєдину мету – захист конституційних цінностей та захист прав меншості від довільних рішень більшості.

7.5.2. Незалежність суду та юристократія

У свій час, про роль незалежного правосуддя Алексіс де Токвіль писав так⁴⁰¹:

«Велика мета правосуддя полягає в заміні ідеї насильства ідеєю права, в установленні правової перешкоди між урядом і силою, щоби ним використовувалась».

Запровадження правосуддя здійснюється з метою запобігання свавілля виконавчої влади. Судовий контроль за актами, діями/бездіяльністю публічної адміністрації є важливим елементом верховенства права та забезпечення поваги до прав людини. Стосовно обмеження свавілля законодавчої влади шляхом судової перевірки законів завжди виникають дебати щодо можливості суддів обмежувати представників народу, які обрані шляхом прямих виборів до парламенту.

Незалежність суду є запорукою втілення принципу поділу влади та запобігання концентрації влади в одних руках. Адаже йдеться про наявність арбітра, який може за допомогою юридичних засобів стримувати законодавчу і виконавчу владу від політичних ексцесів та гамувати політичні пристрасті та амбіції.

і) Гарантії незалежності суддів та розсуд конституційного судді. На думку авторитетного вітчизняного правознавця, судді Конституційного Суду

³⁹⁹ Водяніков Олександр. (2018) Трибунал для демократії. Виникнення і розвиток концепції органу конституційної юрисдикції в демократичній державі. *Публічне право. Спецвипуск 47*.

⁴⁰⁰ Ганс Кельзен. (2003) *Чисте правознавство*. Київ: Основи.

⁴⁰¹ Токвіль Алексіс де (1992) *Демократія в Америці*. Москва: Прогресс 120.

України у відставці Миколи Козюбри, незалежність суду полягає принаймні у таких елементах⁴⁰²:

- інституціонально-організаційній самостійності судів (окремих суддів) щодо інших органів державної влади, яка виражається у формуванні самоврядної і відособленої від інших державних органів судової системи;
- забороні іншим державним органам та установам втручатися у здійснення правосуддя у будь-якій формі;
- обов'язку держави надавати відповідні кошти, які б дозволяли судовим органам належним чином виконувати свої функції;
- безсторонність, неупередженість суддів та їх підкорення під час здійснення правосуддя лише закону;
- незмінюваність суддів.

Такі вимоги стосуються судів загальної юрисдикції, в тому числі для американської моделі конституційної юстиції, яку здійснюють загальні суди на чолі із Верховним судом. Статус спеціалізованих конституційних судів, як і їх суддів є інакшим, ніж загальних судів. Така різниця у їх статусі полягає у тому, що конституційні суди забезпечують верховенство конституції, а тому запроваджуються різні механізми формування складу цих органів. Переважно конституційні суди формуються на паритетній основі за участі глави держави і парламенту. Наприклад, у Словаччині встановлено вимогу внесення на розгляд Президента не менше двох кандидатур на відкриту вакансію судді Конституційного Суду. Такі кандидатури висуває Національна Рада за пропозицією Президента, фракцій парламенту, представників судової влади, адвокатів та академічної спільноти. Такого роду відносини є в інших країнах і вони, по суті, визначають негласні правила парламентської гри – на композицію органів конституційної юстиції впливають результати консультацій між парламентськими фракціями. За принципом консенсусу у складі органу конституційної юстиції забезпечується представництво парламентської більшості та опозиції. Однак, оскільки судді конституційних суддів призначаються на значно більший термін (6-12 років), ніж парламенти (4-5 років), то зазначені міркування не завжди є визначальними. В Україні суддів Конституційного Суду призначають Президент, Верховна Рада та З'їзд суддів, а з 2016 р. – за результатами конкурсу з метою зменшення впливу зазначених політичних чинників. Загалом повноваження суддів можуть бути припинені, окрім досяг-

⁴⁰² Козюбра М.І. (2007) Принципи верховенства права та правова держава: єдність основних вимог. 64 *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки* 7.

нення граничного віку, лише за результатами дисциплінарного розслідування за негідну поведінку або за конфлікт інтересів. Як правило, питання зміщення конституційних суддів з посади вирішується спеціальним дисциплінарним сенатом (палатою) самого Конституційного Суду.

Не зважаючи на відмінності у моделях конституційної юрисдикції (континентальної чи у системі загального права) та загальних судів, сьогодні поступово формуються стандарти незалежності і безсторонності судових установ. Серед них можна виділити такі загальні стандарти незалежності і безсторонності судових установ: а) метою забезпечення незалежності судової влади є гарантування кожній особі основоположного права на розгляд справи справедливим судом на законній підставі та без будь-якого стороннього впливу; б) незалежність суддів походить від незалежності судової влади загалом як складової принципу верховенства права; в) судді повинні мати необмежену свободу щодо неупередженого розгляду справи відповідно до закону та власного розуміння фактів; г) судді повинні мати достатні повноваження та змогу їх здійснювати для виконання своїх обов'язків, підтримання юрисдикції та гідності суду; юрисдикція судді повинна поширюватися на будь-яку особу, причетну до справи, у тому числі на державні органи або їх представників; д) незалежність суддів та судової влади має гарантуватися конституцією або бути закріпленою на найвищому правовому рівні, а також конкретизована у законодавстві; е) якщо судді вважають, що їхня незалежність опинилася під загрозою, вони повинні звернутися до ради суддів чи іншого незалежного органу або скористатися іншими дієвими засобами правового захисту; є) ніхто не має права вилучати справу в судді без поважних причин; таке рішення має приймати судовий орган влади на основі об'єктивних, попередньо встановлених критеріїв за прозорою процедурою; ж) лише самі судді повинні приймати рішення у конкретних справах, спираючись на власну компетенцію, визначену в законі⁴⁰³.

ii) *Незалежність суду та доктрина політичного питання.* Іншим інструментом щодо збереження конституційної юстиції від втягування у політичний процес є доктрина політичного питання. Як стверджує Марк Ташнет, за таких умов самообмеження конституційної юстиції має два шляхи. Першим виступає верховенство парламенту, що дозволяє демократичне самоврядування в межах інституційних застережень для носіїв влади та певних нор-

⁴⁰³ Рекомендація СМ/Рес (2010)12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. 2012 (12) *Вісник Верховного Суду України* 37-38.

мативних обмежень. Другий – це судовий перегляд, тобто створення окремої установи, відстороненої від безпосереднього впливу політики та укомплектованої незалежними суддями, які мали на меті забезпечити, щоб законодавчий орган залишався в конституційних межах⁴⁰⁴. Тому завданням конституційної юстиції є вирішення питання конституційності, тобто забезпечення верховенства конституції як акта установчої влади народу. Попри все, за справедливим міркуванням Ермакори, ефективність конституційної юстиції вимірюється за трьома критеріями: застосовності, легітимності та гарантованості⁴⁰⁵.

Принцип верховенства права тісно пов'язаний із доктриною самообмеження конституційної юстиції. Самообмеження у юрисдикції органів конституційної юстиції полягає у відмові від втручання у політику. У процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. Конституційний Суд України зазначив, що вирішення політичних питань суперечить його призначенню як єдиного органу конституційної юрисдикції, оскільки будь-яка політична діяльність є несумісною з діяльністю як суддів загальносудової юрисдикції, так і конституційних суддів. Конституційний Суд Словацької республіки, вирішуючи питання конституційності правових приписів, перевіряє їх на предмет: відповідності Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам; чи не порушують вони права людини й основоположні свободи. Якщо такий правовий акт заподіює шкоду правам і свободам людини, Конституційний Суд може прийняти рішення про зупинення його дії на час розгляду справи (§ 38 Закону Народної ради Словацької республіки про організацію Конституційного Суду Словацької республіки, його процедуру та статус суддів).

Як вважає член Конституційної ради Франції С. Вей, «самообмеження конституційного судді є виразом його бажання боротися проти всього, що становить водночас його силу та слабкість: вільної інтерпретації Конституції»⁴⁰⁶. На думку Голови КСУ Станіслава Шевчука, суддівське самообмеження є іманентною ознакою суддівської діяльності, яке проявляється у таких параметрах: суб'єктивних і об'єктивних чинниках; співвідношенні з принципом незалежності судової влади; доктриною політичного питання; доктриною «поля розсуду держави»; доктриною нейтральних принципів; доктриною автономного тлумачення; доктриною «захисених прав»; доктриною пози-

⁴⁰⁴ Mark Tushnet. (2009) *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press 19.

⁴⁰⁵ Ermacora F. (1988) *Grundriss der Menschenrechte in Österreich*. Manzsche Verlag 30.

⁴⁰⁶ Вей С. (2002) Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді. 2 *Вісник Конституційного Суду України* 59.

тивних обов'язків держави (*Drittwirkung, Horizontal Effect*)⁴⁰⁷. Як справедливо визнає Карл Санстейн⁴⁰⁸, важливою складовою верховенства конституції є забезпечення легітимності діяльності конституційних судів. Легітимність конституційної юрисдикції щодо забезпечення верховенства Конституції лежить у площині співвідношення меж самообмеження судової активності та концепції верховенства парламенту.

Таким чином, самообмеження конституційних судів зводиться до того, що суди обережно вирішують такі категорії питань: а) зовнішньої політики; б) щодо підстав застосування надзвичайних засобів захисту конституції; в) щодо реалізації конституційного розсуду парламентом за законодавчого регулювання; г) відносини між вищими інститутами влади, що впливають із перебігу політичного процесу. Конституційні суди тут можуть втручатися, якщо є істотні процесуальні порушення і вони впливають на сутність рішення та порушують права і свободи людини. У такий спосіб конституційні суди дистанціюються від гострих питань перебігу політичного процесу.

7.5.3. Моделі судового конституційного контролю

Різноманітність моделей конституційного перегляду актів законодавчої і виконавчої влади зумовлена такими факторами: а) особливостями організації судової системи; б) особливостями спеціалізації у судовій системі; в) наявністю конституційної скарги, *recurso de amparo* чи аналогічних інститутів захисту конституційних прав і свобод; г) конституційно визначених меж повноважень конституційних судів та аналогічних інститутів; д) практики самообмеження конституційної юрисдикції відповідно до доктрини *margin of appreciation* (самообмеження судів); е) усталеної практики загальних судів щодо забезпечення прав і свобод людини.

i) *Децентралізована модель*. Така модель конституційної юстиції полягає у вирішенні конституційно-правових спорів у формі розгляду судом загальної юрисдикції вищої інстанції конкретного спору про право. Прикладом такої системи є модель конституційної юстиції США. Завдання загального суду полягає насамперед у розв'язанні конкретного спору між сторонами і, якщо при цьому виникає питання про конституційність правового акту, суд повинен також його вирішити. З іншого боку, як засоби забезпечення основних прав розглядаються процедури *habeas corpus, writ of mandamus* тощо.

⁴⁰⁷ Шевчук Станіслав. (2007) *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат 153-211.

⁴⁰⁸ Санстейн К.Р. (1997) Легітимність конституційних судів: заметки о теории и практике. 2(17) *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 31-33.

Латиноамериканські країни, запозичивши американську модель у багатьох своїх елементах, виробили своєрідну систему судової влади. Її специфічною рисою є процедура *recurso amparo*. Особливістю ампаро є розгляд загальним судом позову приватної особи проти будь-якого протиправного акту органу публічної влади, яким порушуються її права і свободи. Сутність цієї процедури полягає в тому, що приватна особа зобов'язана з'явитися перед судом і така справа вважається вилученою із юрисдикції адміністративних органів чи актів⁴⁰⁹. У Бразилії склалася така модель, коли деякі суди загальної юрисдикції у судовій системі здійснюють одночасно функції конституційної та адміністративної юстиції. Це пов'язано із запозиченням американської моделі конституційної юстиції із еволюцією оригінальних систем судової перевірки адміністративних дій і рішень. Зокрема, Федеральний верховний суд Бразилії здійснює широке коло функцій конституційного контролю. Зокрема, до його предмета відання відноситься (стаття 102 Конституції Федеративної Республіки Бразилії): а) здійснення абстрактного конституційного контролю над правовими актами федеральних і штатних органів; б) розгляд злочинів і зловживання владою вищими посадовими особами; в) захист основних прав і свобод за процедурами *habeas corpus*, *habeas data*, *mandato de suguranca* та *mandato de seguranca coletivo*; г) позови щодо додержання власної компетенції і обов'язкової сили прийнятих ним рішень; д) вирішення колізій про компетенцію між ним та Вищим судом правосуддя та будь-яким іншим судом, між вищими судами, між ними та будь-яким іншим судом; е) розгляд вимог щодо попереджувальних заходів у позовах, в яких міститься пряме посилання на неконституційність; є) винесення наказу *mandato de injuncao*, коли розробка норм регламентного характеру входить до повноважень палат парламенту, президента, Президій палат парламенту, Рахункового трибуналу Республіки, одного із вищих судів чи самого Федерального верховного суду. За допомогою цих правових засобів забезпечується єдність національної правової системи з урахуванням федерального державного устрою Бразилії.

ii) *Централізована модель*. Прикладом її виступає Федеральний конституційний суд Німеччини, який наділений широкими повноваженнями щодо вирішення конституційних спорів: позбавлення основних прав, конституційності політичних партій, перевірки результатів виборів, імпічменту федерального президента, спорів між вищими державними органами, абстрактного судового контролю, конкретного судового контролю, конфліктів між федерацією та зем-

⁴⁰⁹ Козыринка А.Н. и Шгатина М.А. (ред.) (2003) *Административное право зарубежных стран*. Москва. Спарк 214.

лями, зміщення з посади судді, конституційних спорів між землями, дій у сфері міжнародного публічного права, повноважень конституційних судів земель, застосування федерального права, розгляду конституційних скарг, інших спеціальних спорів згідно із законом⁴¹⁰. Це є модель сильної конституційної юстиції, яку ще характеризують як монополію на вирішення конституційних спорів. Вона запозичена більшістю країн Центральної та Східної Європи, на які німецька конституційна доктрина має значний вплив. Конституційні суди країн цього регіону також запозичили багато елементів правового стилю й окремі вироблені правові доктрини ФКС Німеччини⁴¹¹.

Згідно з Конституцією Словацької Республіки, Конституційний суд наділений широкими повноваженнями, оскільки у цій країні запровадження німецька модель конституційної юрисдикції. З урахуванням унітарного устрою Словацької Республіки, наділений широкою сферою повноважень щодо здійснення конституційного контролю, зокрема (статті 125, 127а Конституції):

1) приймає рішення про відповідність (стаття 125):

a) законів – Конституції, конституційним законам і міжнародним договорам, на укладення яких надала згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом;

b) розпоряджень Уряду, загальнообов'язкових правових актів міністерств та інших центральних органів державної адміністрації – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, на укладення яких дала згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом, і законам;

c) загальнообов'язкових розпоряджень, що видаються відповідно до статті 68 [Конституції], – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, на укладення яких надала згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом, і законам, якщо рішення по них не приймає інший суд;

d) загальнообов'язкових правових актів місцевих органів державної адміністрації та загальнообов'язкових розпоряджень органів територі-

⁴¹⁰ Kommers, Donald P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London: Duke University Press 10.

⁴¹¹ Савчин М.В. (2009) Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород: Поліграфцентр «Ліра» 42.

ального самоврядування, що видаються відповідно до абзацу 2 статті 71 [Конституції], – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, оприлюдненими в порядку, встановленому законом, законом, розпорядженням Уряду і загальнообов'язковим правовим актам міністерств та інших центральних органів державної адміністрації, якщо рішення по них не приймає інший суд;

2) згідно зі статтею 127 Конституції ухвалює рішення за скаргами органів територіального самоврядування на неконституційні чи незаконні рішення або інші неконституційне або незаконне втручання у справи територіального самоврядування, якщо про їх захист не приймає рішення інший суд.

Слід також урахувати й те, що Конституційний суд Словаччини також здійснює попередній конституційний контроль над предметом референдуму, перевіряє конституційність і законність референдумів, парламентських, президентських і муніципальних виборів.

Водночас, згідно зі статтею 127 Конституції Словаччини, Конституційний суд розглядає конституційні скарги від фізичних і юридичних осіб на порушення їх прав і свобод, які гарантуються Конституцією і міжнародними договорами. При цьому Конституційний суд Словаччини може зобов'язати вчинити певні дії компетентний орган публічної влади, якщо внаслідок його бездіяльності були порушені ці права і свободи. Конституційний Суд також може повернути справу на повторний розгляд, заборонивши подальше порушення прав і свобод людини або видати наказ із зобов'язанням органу публічної влади, що порушив права і свободи, поновити їх.

7.6. Парламентаризм і парламентські моделі

Парламентські системи правління потребують дисциплінованих парламентських партій. Тому тут настільки важливі заходи обороноздатної демократії, які б протистояли конституційному популізму. Загалом парламентські системи правління ґрунтуються на парламентаризмі, в основі якого визнається надзвичайно важлива роль парламенту у здійсненні правління, зокрема формуванні уряду та здійсненні контролю над його діяльністю. У цьому огляді мова піде про три основні парламентські моделі: вестмінстерську, міністеріальну та раціоналізованого парламенту.

7.6.1. Вестмінстерська система

Британська модель відображає ідею суверенітету законодавчого органу з визнанням автономної правотворчої ролі судової влади. Конкуренція ідей конституціоналізм *versus* парламентаризм є специфічним феноменом в англо-американській правовій традиції. Британський парламентаризм ґрунтується на суверенітеті парламенту, який наділяє повноваженнями уряд, який є підзвітним і відповідальним перед парламентом. У двопалатному парламенті Палата громад є сильною палатою поряд із Палатою лордів.

Британська традиція верховенства парламенту не передбачає прийняття правових актів, які б мали найвищу юридичну силу, оскільки це посягає на суверенітет парламенту. Британська конституційна традиція побудована на Великій хартії вольностей 1215 р., Петиції прав та Білі про права 1689 р. та Акті про устрій 1700 р. Ці правові акти надали високого ступеня легітимності британському парламентаризму; на них, власне, й базується принцип суверенітету парламенту. Сьогодні принцип суверенітету парламенту не тлумачиться абсолютно. Насамперед це пов'язано із вступом Об'єднаного Королівства до Європейських економічних співтовариств у 1972 році. Також сьогодні змінилася інтерпретація співвідношення між конституційним та іншим статутним правом. Так, Палата громад може передати біль конституційного значення для ретельного розгляду насамперед комітету всієї Палати, ніж звичайному комітетові палати; але не всякий біль конституційного значення розглядається саме таким чином. Згідно із доктриною відхилення, що припускається, наступний акт превалює над положеннями попереднього, однак у деяких випадках статутів особливої важливості суди інколи опираються визнанню самого факту про те, що ці статuti були переглянуті наступними актами⁴¹².

Сьогодні у Великій Британії існує проблема визначення та ідентифікації конституційного статуту (тобто актів парламенту, які мають природу конституційних законів згідно із їх розумінням у романо-германській конституційній традиції). Як можливий механізм їх розмежування розглядається принцип диференціації процедури розгляду у Палаті лордів. Так, важливі конституційні білі виділяються із загальної маси законодавства для більш детального розгляду Палатою громад, і сьогодні діє процедура виділення таких білів шляхом визначення спікером так званих фінансових білів. Тому такий підхід пропонується генералізувати щодо розмежування законодавства, що може втілитися у наділення спікера владою щодо визначення білів як консти-

⁴¹² Медушевский А. Н. (2005) *Теория конституционных циклов*. Москва: Изд. Дом ГУ ВШЭ 51.

туційних⁴¹³.

Таке взаємовідношення традиційно доповнюється системою конвенційних норм, які склалися у політичній практиці у відносинах між парламентом та урядом. Конвенційні угоди розглядаються як важлива складова політичної діяльності, яка базується на повазі до правової традиції та системи прецедентів. Їх особливістю є те, що конвенційна практика не відстоюється у судах загального права; їх авторитетність ґрунтується на політичній придатності та ефективності. Таким чином, у Великій Британії існує своєрідне звичаєве право як частина конституційного права і воно забезпечується силою свого авторитету. Конституційний звичай (конвенція) може бути змінений через суспільний консенсус: якщо хоча б одна зі сторін не погоджується на його зміну, продовжує чинність попередній звичай⁴¹⁴. Британська система парламентаризму побудована на збалансованості влади – жодне примусове зупинення законів або виконання законів королівською владою без згоди парламенту є незаконним⁴¹⁵.

Принцип суверенітету парламенту не поширюється на сферу загального права. Доктрина судового прецеденту зводиться до того, що «кожний суд зобов'язаний слідувати рішенню більш високого за положенням суду, а апеляційні суди (крім Верховного суду) зв'язані своїми попередніми рішеннями». Сутність цієї доктрини проявляється також в тому, що судді «нерідко зобов'язані слідувати раніше прийнятому рішенню навіть у тих випадках, коли є достатньо переконливі доводи, які в інших обставинах дозволили би не робити цього»⁴¹⁶.

Доволі наочно характеризує це співвідношення *Brexit Case*, в якому як Верховний суд Лондона, так і пізніше Верховний суд Англії наголосили на важливості доктрини суверенітету парламенту у конституційній системі Сполученого Королівства. Питання полягало в тому, чи міг британський уряд безпосередньо керуватися результатами голосування на національному референдумі, який схвалив вихід Сполученого Королівства зі складу Європейського Союзу. Суди підкреслили, що уряд має отримати належні повноваження

⁴¹³ Russell M. (2000) *Reforming the House of Lords. Lessons from Overseas*. Oxford: Oxford University Press 276-278.

⁴¹⁴ Marshall G. *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

⁴¹⁵ Буквально:

«The pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal».

⁴¹⁶ Кросс Р. *Прецедент в англійському праві*. Москва: Юридическая литература 1985:25.

через статут Парламенту, а Верховний суд Англії наголосив на структурі національного суверенітету, в якому політичний суверенітет втілюється у результатах голосування, а юридичний – у рішеннях парламенту.

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

7.6.2. Німецька модель раціоналізованого парламентаризму

Німецька конституційна традиція ґрунтується на трьох основних цінностях-ідеях: класичному лібералізмі, соціалізмі та християнському природному праві⁴¹⁷. Ця традиція відіграє формуючу роль в історії німецького права, вона потужно представлена в Основному Законі 1949 р. та має свою тяглість у сучасному політичному житті ФРН. Відповідно до цього, Вільна демократична партія (ВДП) представляє класичну ліберальну традицію, Соціал-демократична партія Німеччини (СДПН) – соціалістичну традицію, а Християнсько-демократичний союз/Християнсько-соціальний союз (ХДС/ХСС) – християнську традицію природного права⁴¹⁸. Відповідно до Основного Закону ці історично антагоністичні партії сформували дивовижну систему погодження інтересів, яка дозволяє враховувати спектр громадської думки під час здійснення політичних заходів. За такої системи ВДП відстоює класичні ліберальні права і свободи, СДПН – принцип соціальної держави шляхом утвердження соціальної функції власності та соціалізації економічних ресурсів, християнська традиція – шляхом примноження громадських (*communal*) гарантій системи заходів (урядового курсу) щодо захисту шлюбу і сім'ї, права батьків на освіту їхніх дітей, інституційні прерогативи традиційних церков. Ці чинники доволі кардинально впливають на німецький парламентаризм та стан конституціоналізму. Останнім часом протягом доволі тривалого періоду діють уряди широкої коаліції, які створюють найбільші партії-конкуренти – ХДС/ХСС та СДПН. Такого роду відносини не дозволяють вирішувати низку проблем, які накопичуються – екологічні питання та збереження довкілля, міграційне питання та нерівномірний розподіл економічних зобов'язань у межах ЄС тощо.

⁴¹⁷ Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 31.

⁴¹⁸ Ibid. 31-32.

Німецький парламентаризм як раціоналізовану систему парламентського правління характеризують такі компоненти: а) Бундестаг виступає інститутом представництва політичної нації, а Бундесрат – представництвом федеральних земель; б) сильні позиції Федерального конституційного суду, який є охоронцем прав меншості від довільних рішень більшості; в) наявність конструктивного вотуму – відставка канцлера не приймається, допоки Бундестаг не схвалить кандидатуру нового канцлера; г) представницькі функції Федерального президента. Оскільки уряд може бути відправлений у відставку за конструктивного вотуму поряд із сильним конституційним судом, то німецьку модель ще можна охарактеризувати як раціоналізований парламентаризм. Подібного роду модель парламентаризму діє в Іспанії та Італії, а німецька модель стала прототипом для багатьох моделей парламентаризму постсоціалістичних країн Східної Європи (Словаччини, Чехії, Хорватії, Угорщини до 2011р.).

В Основному Законі Німеччини не закріплене верховенство парламенту та його суверенітет. Бундестаг є парламентом ФРН. Карл Штерн підкреслює, що «принцип парламентського правління повинен сприйматися не просто як чисто організаційне начало, але в тісному зв'язку з фундаментальними цілями держави, цінностями, що захищаються нею, функціональними реаліями та правовим статусом». Конрад Гессе підкреслює, що парламент здійснює політичне керівництво та проводить відповідальність правлячих кіл. Бундестаг формується прямими демократичними виборами та має найвищий ступінь легітимності в механізмі державної влади Німеччини. Підкреслюється, що парламент є «інституційним центром політичного життя ФРН»⁴¹⁹. По суті, рішення приймаються поза стінами парламенту політичними партіями; парламент відіграє роль національного форуму, на якому ці рішення узгоджуються, підкреслює Теодор Маунц. У зв'язку з цим заперечено було імперативний мандат парламентарія; член Бундестагу не пов'язаний вказівками виборців, він є представником народу; його статус та роль визначається партійною та фракційною дисципліною.

Президент, як вказують німецькі вчені, не є главою держави, а є представником держави. Підкреслюється його інтегративна роль та вказується на те, що президент «втілює дух конституції» та здійснює «духовний вплив на політику суспільства».

Політичним та організаційним центром в механізмі державної влади

⁴¹⁹ Röhring Hans-Helmut, (1970) Sontheimer Kurt. *Handbuch des deutschen Parlamentarismus*. Piper 101.

ФРН є федеральний уряд. Уряд не пов'язаний директивами інших органів. Формування Федерального уряду здійснюється за процедурою конструктивного вотуму, оскільки Бундестаг може бути розпущений президентом. Бундестаг на основі сформованої більшості пропонує кандидатуру канцлера, яку затверджує президент. Парламентська відповідальність уряду обмежена конструктивним механізмом згідно з абз. 4 ст. 61 Основного Закону. Уряд відповідальний тільки як колегіальний орган; колективна відповідальність уряду зумовлена статусом канцлера. Канцлер визначає основні напрямки політики та несе за них відповідальність. Якщо в порядку парламентського контролю йде мова про відповідальність окремого міністра, то це не може потягнути відставку уряду у повному його складі, – у відставку йде тільки федеральний міністр. Міністри несуть відповідальність за галузевим принципом. Загалом німецька модель парламентаризму запозичена деякими країнами Східної Європи і вчиняє вплив на розвиток національних моделей урядування (Словенія, Словаччина, Естонія).

7.6.3. Угорська міністеріальна модель парламенту

Після доволі тривалого періоду (1989–2011 рр.) Угорщина залишалася одним із взірців конституційної демократії у постсоціалістичних країнах. Однак і її не оминула хвиля консервативного популізму. Після перемоги на парламентських виборах у 2010 р. В. Орбана від правої консервативної партії ФІДЕС, саме Конституційний суд став основним об'єктом ревізії поряд із посиленням парламентської моделі із домінуванням уряду у системі поділу влади та зверненням до консерватизму⁴²⁰.

Перемога на виборах партії ФІДЕС дала змогу отримати контроль над двома третинами Національних зборів, що відкрило прямий шлях для прийняття нової Конституції. Використовуючи своє політичне положення, ФІДЕС доволі швидко розробила проєкт нового Основного Закону, який без детального обговорення був у стислі строки ухвалений Національними зборами 17 квітня 2011 р., і набрав чинності з 1 січня 2012 р. З цього приводу Венеційська комісія у своєму Висновку зазначила, що розробка проєкту і прийняття конституції були проведені зі значним браком транспарентності, короткостроковими дебатами між парламентською більшістю та опозицією, що не сприяло адекватності дебатів між ними, і значно знизило рівень легіти-

⁴²⁰ Jakab A., Sonnevend P. (2012) Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. 72 *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 81–85.

мності цього процесу⁴²¹.

Угорська конституція містить чимало інноваційних елементів, оскільки запроваджує низку конституційних новел, які невідомі сучасному конституційному праву або вони проявляються фрагментарно. Зокрема, привертає увагу принцип екстериторіальності захисту угорців не лише в межах Угорщини, а й за кордоном, який включає також заходи щодо підтримки і розвитку угорських громад, збереження їх угорської ідентичності, сприяє створенню громадського самоврядування, що доволі органічно влітається у мереживну структуру Європейського Союзу (ст. D). Також можна зазначити набагато краще оформлений каталог прав людини й основоположних свобод. Водночас зазнало критики з боку європейських інституцій положення Конституції про те, що шлюб – це «заснований на вільному рішенні союз чоловіка і жінки» (ст. L), однак угорці тут посилаються на власну «конституційну історію». Важливою конституційною новелою є введення інституту автономних регуляторних органів, статус яких визначається органічними (в Угорщині вживається термін «кардинальні») законами (ст. 23). З іншого боку, послаблено роль Конституційного суду, оскільки він здійснює переважно функції превентивного конституційного контролю; уряд отримав надмірні повноваження з питань оподаткування і бюджету, які належним чином не можуть бути проконтрольовані, оскільки вони не є предметом судового конституційного контролю. Регуляторні органи у сфері фінансів і бюджету поставлені у залежність від уряду, що істотно знижує баланс у розподілі владних повноважень. Всі ці чинники з цілковитою очевидністю посилюють авторитарні тенденції в організації угорської державності, якій така традиція є притаманною.

Загалом, ухвалення Основного Закону Угорщини 25 квітня 2011 р. із наступними п'ятьма поправками є суперечливим. З одного боку, його ухвалення сприяло утвердженню авторитарного режиму прем'єра В. Орбана, а цей основоположний документ вмістив положення, несумісні із демократичними засадами. З іншого боку, ухвалення Основного Закону ознаменувало завершення перехідного етапу від тоталітаризму до деяких елементів ліберальної демократії. За будь-яких умов, Основний Закон лише підтверджує тяглість авторитарної традиції в Угорщині. Наразі наявний такий стан справ, що в Угорщині принцип суверенітету парламенту домінує над юдикатурою, хоча слід зазначити розширення можливостей щодо захисту прав людини за допо-

⁴²¹ Opinion European Commission for Democracy thorough of Law (Venice Commission) on the New Constitution of Hungary CDL-AD(2011)016 URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2011\)016-E.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)016-E.aspx).

могою конституційної скарги. Це відкриває широкі можливості для контролю Прем'єр-міністром за діяльністю однопалатних Національних зборів. На відміну від Німеччини, в Угорщині немає таких запобіжників авторитаризму, як двопалатний парламент та сильний конституційний суд.

7.7. Президентіалізм та змішані моделі

7.7.1. Президентські системи

Згідно із Джованні Сарторі, ми отримуємо модель президентіалізму у чистому вигляді за умови додержання таких умов: i) президент обирається на основі загальних виборів; ii) протягом встановленого терміну перебування на посаді парламент не може його змістити з посади; iii) президент призначає і очолює уряд⁴²². Слід також додати, що президент не може розпустити легіслатуру (Конгрес), а також доволі сильні позиції конституційної юрисдикції. До основних президентських моделей слід віднести такі: американський президентіалізм; латиноамериканський та російський суперпрезидентіалізм.

i) *Американський президентіалізм* характерний жорстким поділом влади, який включає такі компоненти. Обрання президента здійснюється за непрямыми виборами, які поєднують принцип мажоритарності та федералізму. Ідея таких виборів полягає в тому, щоб забезпечити поєднання загальнонаціонального представництва та засад федералізму, яке доповнюється композицією Конгресу як загальнонаціональної легіслатури. З цією метою запроваджено ротацію Сенату щодва роки на третину і переобрання Палати представників щодва роки. За таких умов запроваджено жорсткий поділ влади між Президентом і Конгресом, що виключає можливість розпуску палат Конгресу Президентом та оголошення резолюції недовіри урядові, оскільки його очолює Президент. За своєю посадою, Президент очолює уряд і він може бути зміщений з посади лише за процедурою імпічменту. Практика діяльності американських президентів свідчить, що в умовах розділеної влади їм слід все ж таки мати підтримку у Конгресі, оскільки легіслатура розпоряджається публічними фінансами і може підтримувати або не схвалювати заходи Адміністрації Президента через ухвалення певних законів. Зокрема, це проявляється навіть у тому, що прореспубліканська більшість у Конгресі протягом 2016-2018 років корегує зовнішній політичний курс Президента Дональда Трампа.

⁴²² Сарторі Джованні (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк 80.

Водночас діяльність Президента США, суто у дусі *regulatory state*, все більше набуває граничного характеру: часто його рішення балансують між конституційними нормами та адміністративною практикою – його рішення все менш зв'язані правом і, відповідно, все менше піддаються впливу з боку законодавчих приписів. В умовах відсутності системи парламентського контролю за діями виконавчої влади це сприяє концентрації влади в руках виконавчої влади. Тому, незважаючи на закріпленій у Конституції США принцип поділу влади, вельми складно провести розмежувальну лінію між законодавчою та виконавчою владою і визначити межі їхньої юрисдикції.

Іншими якісними характеристиками американської системи правління є багатопартійність та партикулярність політичних партій. У ході президентських виборів та депутатів палат Конгресу має місце складання коаліцій партій, які консолідують свої позиції навколо Республіканської та Демократичної партій, які, відповідно, репрезентують правий і лівий політичний спектр. Через специфіку колонізації Північної Америки та становлення перших штатів територіальний устрій США зумовило розвинуте місцеве самоврядування і федералізм.

ii) *Латиноамериканська модель* заснована на запозичені американського прототипу, але значно викривлює його. Насправді, завдяки значному переважанню ролі президенства у механізмі публічної влади, вона рухається у бік суперпрезидентства. Зокрема, це проявляється у надмірних законодавчих повноваженнях президента, що яскраво характеризує такий вираз⁴²³:

«...багато конституцій дозволяють виконавчій владі вносити білі (закони) в конгрес, а в деяких країнах лише президент може ініціювати законодавчу процедуру».

Значні екстраординарні повноваження належать президентам щодо оголошення стану війни та облоги. Цими повноваженнями президенти зловживали у період військових диктатур (Аргентина, Уругвай, Парагвай, Бразилія, Чилі), що викликало спротив серед населення. На цьому фоні можливості конституційного правосуддя щодо верховенства конституції є обмеженими, доволі часто виконавча влада допускає маніпуляції складом верховних судів, які здійснюють функції конституційного правосуддя за американським взір-

⁴²³ Rosenberg Michel, Sajo Andras. (2013) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 1178:

«...many constitutions permitted the executive branch to introduce bills into congress, and in some countries, only the president could initiate legislation».

цем. Слабкі політичні партії, якими маніпулює виконавча влада, переважно демонструють клієнтелізм та підкуп виборців.

Стосовно особливостей функціонування латиноамериканських моделей Джованні Сарторі наголошує, що⁴²⁴:

«Завжди ризиковано відокремлювати політику від її економічної, соціальної і культурної основи. І у випадку з Латинською Америкою... складності президентського правління тісно пов'язані і надзвичайно підсилюються економічною стагнацією, кричущою нерівністю і соціокультурною спадщиною».

Економічні негаразди та сильне соціальне розшарування латиноамериканських країн доволі часті слугують джерелами конституційних криз, які породжені приходом до влади популістів, на що їхні системи правління не мають наразі адекватних механізмів вирішення через слабкість інститутів конституційної юстиції та патрон-клієнтської практики політичних партій, що лише заохочує корупцію в урядових структурах. Тому недаремно Хуан Лінц говорить про жорсткість президентських систем, яким бракує гнучкості у подоланні конституційних криз⁴²⁵.

iii) *Російська модель.* Організація публічної влади та російський федералізм є взаємопов'язаними складовими державного ладу Російської Федерації. У Росії склалася напівпрезидентська форма правління із авторитарним типом інституту президента. Оскільки Президент РФ теоретично «введений» із системи законодавчої, виконавчої та судової влади, на нього покладаються функції із забезпечення верховенства федеральної конституції та «охорони суверенітету РФ, її незалежності та державної цілісності, забезпечує узгоджене функціонування і взаємодію органів державної влади», що залишає широке поле для застосування дискреції, свободи розсуду у політичній діяльності глави держави. Цікаво, що авторитарний характер російської влади є якісною характеристикою російської правової традиції, така влада має порівняно високий ступінь легітимності у народі і викликає у широких масах соціальні очікування щодо забезпечення деяких основних прав і свобод з боку держави. Практика частого застосування президентського вето на законопроекти, введення інституту федеральних представників та пропозиції щодо кооптування на посади вищих посадових осіб суб'єктів федерації шляхом затвердження легіслатурами суб'єктів федерації кандидатур, запропонованих федеральним

⁴²⁴ Сарторі Дж. Вказ. Праця 87.

⁴²⁵ Linz Juan. (1990) The Perils of Presidentialism. 1 *Journal of Democracy* 51-69.

Президентом свідчить про надзвичайно гіпертрофовану роль інституту президента у механізмі публічної влади РФ. Йдеться про існування фактичного суперпрезидентіалізму, який виходить за межі французького прототипу семі-президентіалізму, про який піде мова нижче.

7.7.2. Змішані моделі

Змішані моделі мають, як прийнято вважати, за свій прототип французьку організацію публічної влади. Вона отримала поширення у багатьох франкофонних колоніях і в переважній більшості пострадянських країн. Насправді першим прототипом напівпрезидентіалізму є Веймарська республіка, якій були притаманні такі риси: і) президент міг безпосередньо управляти в умовах надзвичайних режимів та видавати підзаконні акти (звідси знаменитий вираз Карла Шмітта: «*Суверенітетом володіє той, хто оголошує надзвичайний стан*»); ii) на свій розсуд призначати і звільняти прем'єр-міністра, формувати та розпускати уряд, який не підлягає вотуму довіри парламенту; iii) розпускати парламент на власний розсуд; iv) виносити на референдум будь-який закон, прийнятий Рейхстагом⁴²⁶. Далі Сарторі виділяє такі ознаки напівпрезидентського правління⁴²⁷:

(I) Глава держави (президент) обирається на основі всенародних виборів, прямим чи непрямим голосуванням на визначений термін.

(II) Глава держави розділяє виконавчу владу з прем'єр-міністром таким чином, що це призводить до структури двоїстої влади, чії визначальні критерії такі:

(III) Президент незалежний від парламенту, однак він не уповноважений управляти один чи безпосередньо, тому його воля повинна передаватися і здійснюватися через його уряд;

(IV) Прем'єр-міністр і його кабінет є незалежними від президента в тому, в чому вони є залежними від парламенту: щодо них парламент може заявити вотум довіри або недовіри і легітимність уряду ґрунтується на підтримці парламентської більшості.

(V) Структура двоїстої виконавчої влади допускає різноманітні види рівноваги, а також зміну переваги повноважень у межах ви-

⁴²⁶ Сарторі Дж. Вказ. праця. 121.

⁴²⁷ Сарторі Дж. Вказ. праця. 125.

конавчої влади за суворого дотримання умови, що існує «потенціал автономності» кожного елемента виконавчої влади.

i) Модель V Французької республіки. У Франції доволі сильні авторитарні традиції, що частково проявляється в організації публічної влади, у системі якої центральне положення посідає Президент із його «арбітражними» функціями (подібні конструкції ми бачимо і в конституційному статусі Президента України). Сутність президентського арбітражу полягає в тому, що «Президент слідкує за додержанням Конституції. Він забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних властей, а також наступність держави. Він є гарантом національної незалежності, територіальної цілісності, додержання угод Співтовариства і міжнародних договорів» (стаття 5 Конституції). Оскільки засідання уряду очолює Президент, то його вплив на політичний курс уряду є вирішальним. Разом з тим процедура контрасигнації актів Президента з боку Прем'єр-міністра обмежує конституційні прерогативи глави держави. Це зумовлює на деяких етапах «дуалізм» виконавчої влади у тих випадках, коли опозиційна до політичного курсу президента парламентська більшість формує склад уряду.

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

Загалом, французькій моделі притаманна делегативна процедура легітимації уряду: Прем'єр-міністр призначається Президентом, а відставку уряду приймають Національні збори. Для виконавчої влади дуалізм – вона репрезентована Президентом і Радою Міністрів. Це викликає дві основні моделі взаємодії глави держави та уряду. Якщо у Президента є лояльна більшість у Національних Зборах, то має місце концентрація влади у Президента. Натомість у разі формування, за результатами парламентських виборів, більшості, яка не схвалює політику Президента, настає період «співіснування» – значні

прерогативи переходять до Прем'єр-міністра, а роль Президента стає менш відчутною (прикладом цього можуть слугувати відносини між Президентом Франсуа Міттераном та Прем'єр-міністром Жаком Шираком).

Для французького семіпрезидентіалізму характерна дорадча модель Конституційної ради. Зокрема, перевіряючи президентські ордонанси, що мають силу закону, застосовують модель превентивного конституційного контролю, яка має тяглість від практики Державної ради, яка надає консультативні висновки на акти уряду.

ii) *Моделі постсоціалістичних країн Східної Європи (Литва, Польща, Хорватія).* Деякі постсоціалістичні країни запозичили окремі аспекти напівпрезидентського правління, які передбачають розділене, дуалістичне функціонування виконавчої влади. Основним критерієм обрання таких систем була значна роздробленість спектру політичних партій, яким би семіпрезидентіалізм давав змогу більш витончено забезпечити взаємодію між парламентом та урядом. У постсоціалістичних країнах характерною рисою семіпрезидентіалізму є складання повноважень уряду перед новообраним президентом (наприклад, ст. 92 Конституції Литовської Республіки). Вплив президента може посилюватися на діяльність уряду й тим, що у разі неможливості виконання своїх обов'язків прем'єр-міністром, президент може доручити виконання його обов'язків іншому міністру строком до 60 днів (ст. 97 Конституції Литовської Республіки). Згідно зі ст. 102 Конституції Хорватії, Президент має низку прерогатив в умовах «безпосередньої загрози незалежності, єдності та існуванню держави», зокрема головувати на засідання уряду, видавати укази, що мають силу закону із наступним їх схваленням Палатою представників Хорватського Сабору.

iii) *«Структури повсякденності» пострадянського простору та семипрезидентіалізм (Білорусь, республіканський султанізм Азербайджану, країни Центральної Азії).* У пострадянських країнах, які також переважно тяжіють до напівпрезидентського правління, риси авторитарності посилюються. Попри наявність формального дуалізму виконавчої влади, позиції президенства значно посилюються у зв'язку зі слабкістю політичних партій та значним впливом політичної поліції на здійснення політичних свобод, що на практиці означає заборону опозиційної діяльності. Повноваження президента необмежені через механізм референдуму (Узбекистан за Іслама Керімова) чи зняттям конституційного положення про обмеження перебування однієї особи на посаді (Білорусь, Казахстан), або використання формули про заборону одній особі перебувати на посаді два строки поспіль (таку формулу використовує у

Росії Володимир Путін з 2000 р. дотепер, який здійснює сьогодні свою каденцію вчетверте з перервою на одну каденцію як Президента Дмитрія Медведєва протягом 2008-2012 рр., коли він був призначений Прем'єр-міністром). Натомість у Азербайджані склався своєрідний республіканський султанат, оскільки, починаючи з 1999 року країною править родина Алієвих: спочатку Гейдар Алієв (1993-2003), а потім його син Ільхам (з 2003 і дотепер). Зважаючи на такі особливості, ці країни часто характеризують як суперпрезидентські республіки.

Розділ 8

Інституційна спроможність держави та державні інституції

1. Основні параметри інституційної спроможності держави
2. Парламентаризм: парламенти та парламентська автономія
3. Екзекутива
4. Виконавча влада: концепція Regulatory State
5. Суди

Література:

- James M. Buchanan (1977) *Between Anarchy and Leviathan*. Chicago University Press
- Orakhelashvili Alexander. (2015) Parliamentary Sovereignty – A Doctrine Unfit for Purpose. 4(9) *Int. Comp. Law Journal*.
- Peters Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights. 4(29) *European Journal of International Law* 1251-1287.
- Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. (2015) *Economic Methods and legal reasoning*. University of Muenster 1-17.
- Tushnet M. (2013) The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review. 12(14) *German Law Journal* 2250 (2249 – 2263).
- Бжезінський Збігнев. (2012) *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис.
- Богданди, Арним фон. (2014) Демократія, глобалізація, майбутнє міжнародного права: огляд. 14 *Дайджест публічного права і міжнародного права* 167–199.
- Гаудер Пол (2018) *Верховенство права у реальному світі*. Харків: Право 40-48.
- Познер. Р. (2004) *Економічний аналіз права*. В 2-х т. Т. 2. Санкт-Петербург 829-838.
- Сарторі Дж. (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк.
- Щербанюк О.В. (2013) *Народний суверенітет і реалізація владноспроможності демократичної держави*. Київ: Логос.
-

8.1. Основні параметри інституційної спроможності держави

8.1.1. Обумовленість конституційної структури правами людини

Конституційна структура складається із композиції органів влади. Традиційно вона пов'язана із формами державного правління та державного устрою. Динаміку реалізації відповідних принципів організації влади виражає державний режим. **Важливим компонентом конституційної структури влади є її відкритість та демократична підзвітність і підконтрольність.** Як вже вище зазначалося, стоїть питання, чи **на задовільному рівні зазначені компоненти відповідають** критеріям ефективного забезпечення і захисту прав людини, що саме по собі є основоположним конституційним рішенням. Переважно вона має дворівневий характер.

По-перше, конституція є актом установчої влади народу. Конституція закладає певну систему стримувань і противаг. Функціонування таких інструментів спрямоване на захист конституційних цінностей, насамперед приватної автономії індивіда, який вільно розвивається. Зокрема, Федеральний конституційний суд Німеччини у справі Лют зазначив, що конституція

«встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і слугує пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя».

Другий рівень конституційної структури складають встановлені інститути – законодавча, виконавча і судова влада. Це три основні функції у державі, які спрямовані на запобігання прийняттю свавільних рішень, оскільки такі загрожують надмірним обмеженням прав людини чи запереченню їх сутності.

Тому розподіл повноважень між інститутами влади виражає національну конституційну традицію. Для молодих конституційних демократій ключовим є вирішення дилеми верховенства парламенту та судового конституційного контролю. У цій системі координат завжди точиться боротьба між більшістю та правами людини.

Пол Гаудер наголошує на важливості забезпечення переходу від авторитарного прочитання правової державності, який зводиться до ідей урегулю-

вання та гласності, відповідно до чого право слугує для упорядкування відносин між людьми та застосування посадовцями публічно, «щоб посадовці пояснювали свою поведінку тим, до кого вони застосовують примус», що є вимогою обґрунтування владних рішень⁴²⁸. Сильна версія верховенства права вже є не формалізованою, а ґрунтується на публічності підстави як критерію суттєвості. Концепція загальності, у свою чергу, ґрунтується на вираженні як результату узгодження (конвенції), який має егалітарний зміст, що заперечує поділ людей на касти, розподілу публічних благ та урахування інтересів різних суб'єктів права⁴²⁹.

Нещодавно порушена проблематика конституційності незаконного збагачення (статті 368² КК) Конституційним Судом України⁴³⁰ у зв'язку із нібито порушенням засад юридичного визначення складу злочину як компонента верховенства права, презумпції невинуватості та конституційної гарантії щодо самообмови, насправді вирішується зовсім інакше. Адже цілком справедливо наголошує Анна Петерс, що корупція таргетно атакує насамперед соціальні права, причому це корупція із низьким рівнем інтенсивності, не крупна, як це є на найвищому рівні, а повсякденна, оскільки переважно стосується забезпечення гідного рівня життя індивіда, зокрема його доступу до якісної освіти, медичних послуг⁴³¹. За вдалим зауваженням «*корупція, будь то системна, ендемічна або дрібна, порушує користування громадянами всіх прав, що забезпечуються всіма міжнародними засобами*»⁴³². Звісно, що Петерс переводить вирішення проблеми корупції у здійснення державою власних негативних і позитивних обов'язків, зокрема захищати, процесуальні і процедурно-незалежні обов'язки, джерелом чого часто виступало заперечення причиново-наслідкового зв'язку між якістю законодавства (наприклад, його прогалин) та запереченням сутнісного змісту прав, зокрема соціальних⁴³³. Все упирається у розподіл ресурсів на засадах загального масштабу та ефективності інститутів, процедур і правил.

i) *Інститути* відіграють сталу роль у розподілі ресурсів, які є завжди обмеженими, і щодо їх справедливого розподілу повинно існувати плануван-

⁴²⁸ Гаудер Пол (2018) *Верховенство права у реальному світі*. Харків: Право 40-48.

⁴²⁹ Там само 69-80

⁴³⁰ Рішення КСУ № 1-р/2019.

⁴³¹ Peters Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights. 4(29) *European Journal of International Law* 1256.

⁴³² UN Human Rights Commission, *Corruption and Its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights, in particular, Economic, Social and Cultural Rights*, Preliminary Report of the Special Rapporteur, Ms. Christy Mbonu, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23, 7 July 2004, para. 57

⁴³³ Peters Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights 1258 ff., 1267.

ня на майбутнє, хоча б зважаючи на циклічність економічних процесів. Зокрема, проведена приватизація у 1990-х без формування інститутів ринку, які визначали за допомогою прийнятних процедур і правил цін, призвела до несправедливого розподілу національного багатства та збагачення колишньої партноменклатури та кримінального капіталу. Це все підірвало доволі істотно інституційну спроможність держави. Тому, усунення державного дирижизму в економіці має супроводжуватися формуванням адекватних ринкових інститутів. Так само підриває систему правосуддя різке скорочення суддівського корпусу з понад дев'яти тисяч до п'яти тисяч судів. Якщо врахувати постколоніальний характер держави із притаманним їй низьким рівнем соціальної довіри до інститутів держави, ми отримуємо горючу суміш доволі дивних рішень, що істотно впливає на перебіг президентських і парламентських виборів, а також на млявість здійснення процедур підзвітності і підконтрольності влади.

ii) *Процедури* за невизначеності у сутності конституційних рішень відіграють чи не вирішальну роль. Навіть знаменитий «залізний закон олігархії» Роберто Міхелса апелює до того, що демократія полягає у процедурі обрання народних представників, які у такий спосіб обіймають посади у державі, а потім, використовуючи свої посади як канали доступу до ресурсів, ухвалюють таке виборче законодавство, яке би дозволило перебувати їм при владі. І такі цикли можуть тривати чи не вічність, доки в країні не виникне криза. Однак це все не має жодного стосунку до вимог належної правової процедури, компонентами якої на мікрорівні є право кожної заінтересованої особи бути заслуханою, рівність сторін у процесі, обґрунтованість рішень та можливість оскаржити владне рішення. На мікрорівні це виливається у вимогах щодо моральної цілісності (*moral integrity*, доброчесності) та наближеності публічних службовців, підзвітності та підконтрольності виборчих посадовців. Проблеми у здійсненні процедур можна було побачити на президентських виборах у США, Франції та Україні. Це вилилося в опрацюванні через спеціальні програми та електронні протоколи мегаданих про користувачів соціальних мереж в Інтернеті та визначення форми впливу на цільові аудиторії, як на телебаченні, так і в соціальних мережах.

iii) *Правила* вже на прикладні соціальних прав, як це визначає доктрина «*Unterrmaßverbot*» (позитивних дій держави) Федерального конституційного суду Німеччини, мають визначати зміст заходів держави у такому ступені, щоб вони не опускалися до мінімального рівня забезпечення гідного рівня життя людини і мають задовольняти критеріям «адекватності» або «розум-

ності»⁴³⁴. Підставою для визначення таких правил та їх визнання є повага людської гідності, рівний масштаб ставлення та обґрунтованість у диференціації правового регулювання статусу окремих категорій осіб, які потребують особливого захисту через їх вразливий стан. У свою чергу, доктрина горизонтального ефекту вимагає забезпечення вирівнювання положення, зокрема між роботодавцем і працівниками, оскільки часто перший може виступати у цих відносинах монополістом. Водночас тут також слід уникати ситуацій нав'язування інтересів меншості, якщо має місце партикулярність відносин на ринку.

8.1.2. Структура інституційної спроможності держави

Параметри визначення чогось мають ключове, вирішальне значення для визначення вірогідності, валідності певних результатів дослідження. Зокрема, про інституційну спроможність держави говориться у статті 3 Конституції України так: «*Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави*».

Отже, сенсом функціонування Української держави є забезпечення умов для вільного розвитку індивіда у всіх формах його прояву як самодостатньої особистості. У німецькому Основному Законі підкреслюється у статті 1 про важливість людської гідності: «*Людська гідність недоторканна. Поважати та захищати її – обов'язок будь-якої публічної влади*».

Це фундаментальне рішення також встановлює вимоги до держави діяти відповідно до стабільних та передбачуваних правил гри, що зумовлює юридичну визначеність та обґрунтованість владних рішень. Згідно з вимогами верховенства права, політичний процес має бути підпорядкований конституції. Доктрина соціального контракту як основа конституції полягає у досягненні суспільної згоди щодо обмеження влади та визнання універсальною цінністю людської гідності як можливості індивіда самоідентифікуватися, самовиражатися і вільно розвиватися. Це проблема інституційної спроможності держави. Її можна вимірювати через такі параметри:

і) Здатність органу конституційної юстиції ухвалювати рішення, керуючись конституційними цінностями і принципами. Це передбачає їх належне аргументування та їх виклад зрозумілою мовою для звичайних громадян. Реальна спроможність судів контролювати дії виконавчої влади щодо додержання міжнародно визнаних стандартів захисту прав людини є іманентною, притаманною їй прерогативою (*inherent power*). Ефективний судовий кон-

⁴³⁴ BVerfGE 33, BvL 32/70 and 25/71, *Numerus clausus* (on the right to university education).

троль також вимірюється і виконанням судових рішень. Невиконане судове рішення є відсутністю справедливого правосуддя як такого. Для цього самі суди мають додержуватися вимог змагальності та рівності сторін у процесі, гарантувати сторонам бути заслуханними у процесі та ретельно досліджувати у засіданні всі істотні обставини у справі та ухвалювати обґрунтоване рішення.

ii) Ухвалюючи правові акти, парламент та органи публічної адміністрації мають піклуватися про їх зміст, про достатність наявних ресурсів на їх виконання та забезпечення вимог передбачуваності та юридичної визначеності. Тому у законах має бути закладений певний чіткий алгоритм їх виконання. Закони мають відповідати критерію легітимної мети. Наприклад, у законі, що регулює питання якості хімічної продукції не можуть бути, навіть у його перехідних положеннях, правила щодо дисциплінарної відповідальності конституційних чи звичайних суддів. Це не відповідає його легітимній меті (матеріальний аспект) і розумним буде припущення, що депутати парламенту належним чином ці питання не обговорювали, ухвалюючи закон (процедурний аспект). Досвід свідчить, що такого роду закон не буде належним чином діяти.

iii) Система стримувань і противаг має належним чином працювати. Парламентські комітети важливі не лише для законопроектної діяльності, а також для здійснення контролю над виконавчою владою. Відсутній або неналежний парламентський контроль призводить до всюдозволеності у діяльності публічної адміністрації, що не сприяє якісному і дієвому забезпеченню прав людини. Зокрема, неналежної якості парламентський контроль у сфері національної безпеки і оборони став причиною скандалу щодо зловживання із держзамовленнями, пов'язаними із компанією «Укроборонпром».

iv) Наближеність публічної адміністрації до народу та надання якісних адміністративних послуг населенню, здійснення адміністративних процедур з метою сприяння у здійсненні економічних свобод як основи забезпечення розподілу суспільного блага та доступу до освіти, охорони здоров'я, результатів інтелектуальної діяльності та культурної спадщини. Тут знаходиться вагома частка здійснення державою позитивних обов'язків захисту основоположних прав, що ґрунтується на справедливому доступі до суспільних благ. Захист класичних ліберальних прав ґрунтується на вимозі невторчання у приватну автономію і тут на державі лежить обов'язок захищати їх від посягань з боку третіх осіб та органів публічної влади. Все ґрунтується тут також у гарантії справедливого правосуддя та додержання контрактів.

v) Карл Шмітт колись наголошував, що той є сувереном, хто здатен застосувати надзвичайний стан. Хоча доволі складно бути адептом Шмітта, але він

доволі дотепний діагностист проблем перехідної конституційної демократії, до якої колись належала і Веймарська республіка, що стосовно українського парламентаризму не втратило актуальності і по сьогодні. Тут питання лежить у площині обрання оптимальної моделі захисту конституції у разі зовнішньої загрози. Право політичної нації, організованої у державу, оборонятися від агресора визнане у статті 51 Статуту ООН. Держава має свободою розсуду щодо застосування всіх необхідних заходів щодо забезпечення захисту національного суверенітету від зовнішніх загроз навіть під пеленою, якою нині прийнято називати чогось «гібридною війною», хоча це, як засвідчує історія, є постійною практикою Росії у військових конфліктах з Україною. Тому, вирішуючи ці питання на засадах пропорційності, необхідно зважувати права людини та національна безпека, відповідь на це має надавати незалежний і справедливий суд.

8.1.3. Інституційна спроможність держави та економічні реформи

Джон Лок виділяє три основні функції держави – оподаткування, регулювання та модифікації правил відповідальності⁴³⁵. У свою чергу, держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності⁴³⁶. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції Конституційний Суд України⁴³⁷, запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто

«обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суцільно необхідним».

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс упирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Цілком слушно Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними⁴³⁸. Згідно із доктриною соціетального конституціоналізму існують три рівні забезпечення інституційної еконо-

⁴³⁵ Джон Лок (2004) *Два трактати про врядування*. Київ: Основи

⁴³⁶ Richard A Epstein (1985) *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press 93, 95.

⁴³⁷ Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

⁴³⁸ Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла*.

мічної спроможної держави, зокрема і для національної економіки України: (i) економічний конституціоналізм; (ii) регуляторна держава та (iii) демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. Тут я лише дозволю інтегрувати вже те, що вже писав на тему конституційних засад економічних свобод.

i) *Економічний конституціоналізм та перехідна демократія.* Проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами⁴³⁹. Звісно, що у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість, ухвалюючи рішення. Це питання економічного конституціоналізму, який окреслює відповідність владних рішень засадам верховенства права та їх судовий контроль. Це дає можливість захистити економічні свободи та обмежити владне свавілля.

За таких умов свобода розсуду уряду й адміністрації має бути обмежена розумними межами виключно на основі закону як результату консенсусу в суспільстві. Ступінь втручання публічної влади у сферу економічної свободи має бути збалансованим і не посягати на сутність її змісту. Тому, під час проведення економічних реформ є виправданим формування інститутів економічної системи, які мають неухильно слідувати економічним правилам і процедурам і мати достатню свободу саморегулювання, оскільки економічні процеси, за своєю природою, є динамічними і не можуть підлягати надмірному законодавчому регулюванню⁴⁴⁰. Таким чином, вимоги верховенства права як складник економічного конституціоналізму передбачає формування ринкових інститутів та правил їх функціонування. Це має критичне значення для визначення збалансованих і раціональних цін на ринку, які мають встановлюватися через ринкові інструменти – біржі, публічні торги та незалежні регулятори.

ii) *Регуляторна держава.* Концепт регуляторної держави полягає в тому, що з інституційної точки зору саме незалежні державні агентства складають основу сучасної доктрини регуляторної держави, яка є поширеною у компаративній літературі з конституційного і адміністративного права. Тут вона буде розглянута з точки зору: 1) конституційного і адміністративного права, 2) делегування повноважень, 3) належної правової процедури та діяльності

⁴³⁹ Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи 5 *Право України* 21.

⁴⁴⁰ Савчин М. (2012) Економічний конституціоналізм та Конституційний Суд України 4 *Юридична наука* 38.

незалежних агентств, 4) економічного аналізу права і регуляторної держави та 5) судового контролю над актами незалежних державних агентств⁴⁴¹. Створення таких незалежних регуляторів зумовлене потребами дистанціювання ухвалення рішень в економічній сфері незалежно від впливу політиків та ділових кіл⁴⁴². Також це зумовлене тим, що закони не повинні надмірно деталізувати правила функціонування ринку, які слід дати на відкуп професійним службовцями, які мають враховувати основні тенденції на ринку і, виходячи із них, конкретизувати і деталізувати положення законів. При цьому складається ситуація навіть не делегування повноважень, а уповноваження незалежних регуляторів, оскільки вони конкретизують правила на основі Конституції і законів. Правда, діяльність незалежних регуляторів на кшталт національних комісій з енергетики, телебачення і радіомовлення, Національної служби здоров'я, Фонду гарантування вкладів тощо інтенсивно атакується з боку ділових кіл, які мають монопольне або домінуюче положення на ринку. І це не дивно, адже поведінка того ж Ігоря Коломойського, що через афілійовані структури використовує навіть інститут конституційної скарги, нічим не відрізняється від аналогічної практики використання *recurso de amparo* (звернення до захисту) мексиканського крупного біржового гравця Карлоса Сліма, володільця компанії *Telmex*, яка мала монопольне становище на ринку телефонії, міжміських переговорів та міжнародних дзвінків⁴⁴³. Тут відіграє критичну роль лояльність публічних службовців до цінностей конституційної демократії, зокрема захисту вільної та добросовісної конкуренції, запобігання зловживанню монопольному чи домінуючому положенню на ринку.

iii) Демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. До економічної демократії відносяться такі засади: рівність видів власності та гарантії права приватної власності, свобода економічної діяльності, зокрема підприємницької діяльності та вибору професії або виду занять, свобода конкуренції та гарантії прав споживачів, гарантії участі працівників в управлінні справами підприємства.

На мікрорівні економічної системи економічна демократія полягає в управлінні корпоративними правами. На макрорівні ці відносини полягають у визначенні певної моделі корпоративних відносин та втручання держави у

⁴⁴¹ Савчин М. (ред.) (2020) *Правове регулювання та економічні свободи і права*. Ужгород: РІК-У 39-40

⁴⁴² Michel Rosenberg and Andras Sajo (eds.) (2013) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* Oxford University Press 673-674.

⁴⁴³ Дарон Аджемоглу, Джеймс Робінсон (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* 38-39.

здійснення корпоративних прав з метою забезпечення соціального партнерства між роботодавцями і працівниками, підприємцями та споживачами⁴⁴⁴.

Вади демократичної підзвітності були очевидними в Україні після колапсу Радянського Союзу, коли розпочалася приватизація. Адже Верховна Рада була обрана на виборах у 1989 році, ще коли існував Союз. Це мало наслідком прийняття неякісного приватизаційного законодавства, яке не передбачало ринкові інструменти встановлення вартості цінних паперів, демократичного контролю за прозорістю дотримання процедур і правил приватизації державного майна. За таких умов колишня партноменклатура, маючи доступ до інсайдерської інформації, організовувала формальні торги, які не відповідали критеріям прозорості та демократичної підзвітності. На сучасному етапі відсутність Адміністративного процедурного кодексу та наявність, всупереч засадам верховенства права, спеціальних законів про особливості приватизації окремих майнових комплексів на кшталт Укррудпрому чи комплексу імені Ілліча, призводить до численних зловживань у відчуженні публічного майна на користь приватних бенефіціарів. Так само, енергетична криза, яка виникла у 2020 році внаслідок млявості Антимонопольного комітету та Національної комісії енергетики і регулювання комунальних послуг, призвела до зростання цін на енергетику в Україні вище за ціни в країнах Європейського Союзу. Тому прозорість процедур та додержання вимог належної правової процедури під час розслідування недобросовісної ділової практики є основою демократичної підзвітності учасників економічних відносин.

Таким чином, ціннісні установки та орієнтири щодо конкурентоспроможності, належної ділової практики на ринку забезпечують через інструменти економічного конституціоналізму, регуляторної держави та демократичної підзвітності. Засобами їх забезпечення слугують верховенство права, незалежні державні регулятори та вимоги прозорості й належної правової процедури.

8.1.4. Національний суверенітет та глобалізація і глокалізація у праві

Сучасна система колективної безпеки знаходиться у доволі глибокій кризі, у межах традиційної системи забезпечення сталості світового правопорядку. Зокрема, про це свідчать доволі інертні механізми відповідальності в рамках Генеральної Асамблеї ООН. Лише нещодавно була ухвалена відповідна резолюція про те, що між Україною та Росією мав місце міждержавний збройний конфлікт, внаслідок якого сьогодні окуповано Крим (A/C.3/71/L.26). Тому, у світлі цих положень слід розглядати механізми відстоювання національних

⁴⁴⁴ Савчин М. (2011) Економічна демократія та право на свободу підприємницької діяльності 4 *Часопис Київського університету права* 194.

інтересів у контексті процесів глобалізації.

i) *Глобалізація і конституційна ідентичність*. Забезпечення захисту основоположних конституційних цінностей пов'язане із захистом конституційної ідентичності. Джуліан Кокотт і Мартін Каспар виділяють боротьбу між суверенітетом парламенту (*sovereignty of parliament*) та судовим конституційним контролем (*judicial review*) як ключову проблему у правовому захисті конституції⁴⁴⁵. Ця дискусія має свої витоки від поглядів Алберта Венна Дайсі, який визначав дві ключові опори британського конституціоналізму другої половини XIX століття як суверенітет парламенту та загальне право судів⁴⁴⁶.

Високий суд Лондона у справі щодо конституційності референдуму про вихід Сполученого Королівства з Європейського Союзу висловився, що принцип суверенітету парламенту є визначальним під час використання прерогатив у сфері зовнішньої політики, зокрема, з питань схвалення чи розірвання міжнародних договорів. Уряд на це не має належних прерогатив, бо від імені Корони, згідно із принципом суверенності парламенту, такі рішення має ухвалювати парламент. При цьому суд послався на те, що Сполучене Королівство є конституційною демократією, обмеженою юридичними правилами та цілями верховенства права. Суди наділені конституційним фундаментальним обов'язком керуватися правом у демократичній державі, впроваджуючи правила конституційних законів в інший спосіб, на відміну від того, як суди впроваджують інші закони⁴⁴⁷.

Оскільки ці питання стосуються національної ідентичності та збереження національної конституційної традиції, то важливим є збереження діалогу між різними правовими культурами та забезпечення сумісності правових цінностей, зберігаючи та примножуючи національну правову спадщину. Це зумовлює забезпечення взаємодії різних рівнів публічної влади. Чинна Конституція України є консервативною у цьому відношенні. Окрім того, що наразі положення статті 157 Конституції блокують процес передачі частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам, також відсутній механізм проведення консультацій із регіональними інститутами влади щодо форм і способів участі України в інтер-, транс- та наднаціональному співробітництві. Так само, Закон про транскордонне співробітництво не містить відповідних механізмів.

⁴⁴⁵ Rosenberg, Michel and Sajó, Andras (Eds.). (2013) *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press 796-798.

⁴⁴⁶ Dicey Albert Venn. (1924) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London.

⁴⁴⁷ *R (Miller) v Secretary of State of Exiting the European Union*, Judgment 3 November 2016, Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016, [2016] EWHC 2768 (Admin).

Низка дослідників розглядають глобалізацію як загрозу демократичній конституційній державі, зокрема у її праві на самовизначення. Глобалізацію часто розглядають як американізацію способу життя, як поширення капіталістичної стратегії з пов'язаними з нею практиками колоніалізму, послаблення державних установ, зокрема, згідно із концепцією Нікласа Лумана, про формування світового суспільства (*Weltgesellschaft*)⁴⁴⁸. Проте про світове суспільство складно говорити, виходячи із сучасних реалій, яким притаманна дискусія про спільність у цінностях, які можуть слугувати орієнтирами та стандартами у побудові суспільних інституцій, правил і процедур. Така ілюзія може бути в авторів, які виражають панівний дискурс у рамках ЄС чи інститутів ООН. У світлі військового конфлікту між Україною та Російською Федерацією, який атакує безпосередньо систему світової колективної безпеки, можна говорити хіба що про істотну фрагментацію світового суспільства та про процес його становлення. Цей висновок також спирається на досвід включення України у процеси інтеграції. Верифікацією цього процесу стало вирішення дилеми про євроатлантичну та євразійську моделі інтеграції України. Адже Митний союз Євразійського економічного Союзу не відповідає цінностям, які поділяють українці – демократії та верховенства права, оскільки найвищі органи Союзу формуються із представників виконавчої влади: Вища євразійська економічна рада складається з глав держав та урядів, а Євразійська економічна комісія – з числа заступників глав урядів.

У цьому контексті прийнято вважати, що інтернаціоналізація конституційного права полягає в консолідації (*Verdichtung*) міжнародного права, яка спостерігається в умовах глобалізації і яка функціонально необхідна в цих умовах для адекватного забезпечення глобальних інтересів загального блага, а також його емансипації від волі окремої держави. Ефективність глобального правопорядку вимірюватиметься ефективністю⁴⁴⁹ захисту прав людини. Якщо відштовхуватися від суті дискусії між реалістичною та аксіологічними доктринами міжнародного права, то конституційні та глобальні цінності наповнюють якістю зміст процесу світової глобалізації, в ході якого, власне кажучи, й формується світове суспільство, паростки якого наразі є ще слабкими. Тим більше, що цінність прав людини, демократії та верховенства права ще заперечується у багатьох державах, що є свідченням слабкої адаптованості міс-

⁴⁴⁸ Богданди, Арним фон. (2014) Демократия, глобализация, будущее международного права: общий обзор. 14 *Дайджест публичного права и международного права* 177-181.

⁴⁴⁹ Mosler, H. (1974), *The International Society as a Legal Community*, 1(140) *RdC*; Fassbender, B. (2003) *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls 2 EuGRZ*.

цевих суспільних інституцій, правил і процедур до таких цінностей.

У вітчизняній та зарубіжній доктрині це питання розглядають крізь призму владоспроможності держави⁴⁵⁰. У цьому контексті, фактично, розкривають можливість держави відстоювати національні інтереси, що зводиться саме до інституційної спроможності держави. Якщо йдеться про відмову від суверенітету, то, швидше за все, цей конструкт має наслідком заперечення національної державності. Хоча насправді суверенітет є певною властивістю держави впроваджувати інституційно спроможні владні рішення, засновані на балансі приватних і публічних інтересів, з метою реалізації національних інтересів на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. Якщо це розглядати у контексті співвідношення права та геополітики, то схема Спайкмана здається радше певною ідеальною моделлю, яка зазнає значної трансформації, що зумовлено станом розвитку інститутів громадянського суспільства, інституційною спроможністю держави та забезпеченням стратегії сталого розвитку національної держави, в основі чого лежить гармонія у розвитку індивіда та довкілля. На цих же речах наголошує і Збігнев Бжезінський, який виділяє стратегічне надбання людства та те, що пов'язане із довкіллям. До стратегічного надбання Бжезінський відносить море, повітря, космос і віртуальний простір, а також ядерний простір, що пов'язано із проблемою розповсюдження ядерної зброї. Надбання, пов'язане із довкіллям, охоплює геополітичні наслідки керування водними ресурсами, Арктикою та зміною клімату⁴⁵¹. Тому питання симбіозу людства із природою є питанням глобального рівня і потребує кардинальної зміни у підходах щодо ухвалення владних рішень на всіх рівнях організації влади⁴⁵².

ii) *Значення конституційного закону № 2680-VIII для євроатлантичної інтеграції та перспективи інтеграції України до Європейського Союзу.* Закон, який став вже невід'ємною частиною Конституції України та конституційного порядку, має дуалістичну природу: стосовно євроатлантичної інтеграції він накладає на органи публічної влади конкретні позитивні обов'язки, а стосовно інтеграції України в ЄС – визначає політичну спрямованість здійснення зовнішньополітичного курсу.

⁴⁵⁰ Щербанюк О.В. (2013) Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави. Київ: Логос; Spukman, Nicholas John. (1970) *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books; Бжезінський Збігнев. (2012) *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис.

⁴⁵¹ Spukman, Nicholas John. (1970) *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books 91

⁴⁵² Бжезінський Збігнев. (2012) *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади* 145-147.

1) У частині євроатлантичної інтеграції Закон № 2680-VIII наділяє конкретними повноваженнями трикутник влади: Верховну Раду – Президент – Кабінет Міністрів. Це все здійснюється у світлі вимог «підтвердж[ення] європейськ[ої] ідентичн[ості] Українського народу і незворотн[ості]... євроатлантичного курсу України», що стало частиною Преамбули Конституції. До речі, складно сприйняти аргументи, викладені в окремих думках деяких суддів Конституційного суду під час здійснення превентивного контролю конституційності цього закону, що нібито до Преамбули Конституції «не визначено порядок внесення змін» (М. Гультай, О. Касмінін, О. Первомайський) і ніби вона лише «зафіксує історичний момент її прийняття» (М. Мельник, О. Литвинов), хоча би зважаючи на динамічне тлумачення Конституції, яке здійснював Конституційний Суд, ухвалюючи висновок № 3-в/2018. Поглиблення змісту Конституції, яка орієнтує органи публічної влади здійснювати конкретні заходи щодо посилення національної безпеки і оборони в межах співробітництва з НАТО, в умовах фактичної українсько-російської війни має також важливе значення для поступової трансформації змісту Преамбули та наповнення його конкретикою стосовно національної та європейської конституційної ідентичності України. Це також складно характеризувати як своєрідну «техніку обходу» жорсткої процедури внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції, посилаючись на конституційні засади зовнішньополітичного курсу держави, визначені у статті 18 Конституції України, оскільки ціннісними орієнтирами для органів влади слугують саме положення Преамбули, які належним чином конкретизовані у положеннях про конституційні повноваження органів публічної влади у цій сфері (статті 85, 102, 116).

Попри різні інтерпретації, євроатлантична інтеграція України не обмежує її суверенітету, оскільки йдеться про здійснення політичного курсу до приєднання до міжнародної організації на підставі міжнародного договору, який не передбачає делегування частини суверенних повноважень. НАТО, за своєю природою, є міжнародною організацією, яка здійснює функції колективної безпеки шляхом координації зусиль та забезпечення взаємодії держав-членів у сфері національної безпеки і оборони.

2) У частині щодо європейської інтеграції Закон № 2680-VIII визначає цілі державної політики, орієнтуючи зовнішньополітичний курс на «*підтвердж[ення] європейськ[ої] ідентичн[ості] Українського народу і незворотн[ості] європейського... курсу України*». Стосовно статті 18 Конституції України тут немає жодного звуження, оскільки, за природою речей, українська державність розвивалася в межах європейської ідентичності із певними візан-

тійськими впливами на ранній стадії її формування у період Русі. Позитивні обов'язки держави стосовно міжнародного співробітництва, у сенсі положень статті 18 Конституції України, залишаються незмінними.

У цьому випадку реалізація європейського курсу інтеграції України цілком залежатиме від бажання Європейського Союзу включити до свого складу Україну, яка має відповідати Копенгагенським критеріям членства в ЄС. Наразі у практичній площині це означає істотне реформування публічної служби, децентралізацію влади, становлення реального незалежного і безстороннього правосуддя, якісного утвердження економічних свобод (Україна наразі знаходиться лише на 71 місці за ступенем економічних свобод), ефективного і дієвого забезпечення і захисту прав і свобод людини.

Оскільки ЄС є наднаціональним об'єднанням, то це питання пов'язане із трактуванням змісту національного суверенітету. Для України вирішення цього питання можливе у рамках трьох доктрин природи ЄС як асоціації суверенних держав, наднаціонального об'єднання *sui generis* та кооперативного федералізму. Згідно з постулатами двох перших доктрин, необхідно буде вносити зміни у низку положень Конституції України, згідно із жорсткою процедурою, оскільки вони зачіпатимуть питання суверенітету у сенсі положень статей 5, 18 та 157 Конституції України, а також здійснення окремих повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування (наприклад, згідно із засадами субсидіарності, за прийняття актів ЄС мають існувати у національному правопорядку процедури заслуховування думки регіональних публічних влад). За таких умов, насамперед майбутній конституційний законопроект має бути бездоганним з точки зору основоположних прав на участь у демократичному врядуванні. Згідно із доктриною кооперативного федералізму ЄС розглядається як наднаціональний рівень здійснення національного суверенітету, зокрема конкретних зовнішньополітичних функцій держави, горизонт яких розширюється за рахунок доступу до ухвалення рішень відповідних органів публічної влади на наднаціональному рівні. Оскільки стаття 6 Договору про функціонування ЄС передбачає повагу національних конституційних традицій у світлі відповідності потенційної країни-претендента на членство в ЄС Копенгагенським критеріям, то в цьому контексті держава набуває нових якісних критеріїв щодо забезпечення прав людини, як це констатував Федеральний конституційний суд Німеччини у справах *Solange I* (з нім. – до тих пір) та *Solange II*. Виходячи із такої практики можливий варіант щодо інтерпретації Конституційним Судом України положень Лісабонського договору та інших установчих актів Європейського

Союзу у світлі чинних конституційних принципів та положень, що визначають компетенцію органів публічної влади у сфері зовнішньої політики. Попри все, зазначені заходи щодо втілення ідеї потенційного входження України до складу ЄС залежатиме від результатів суспільно-політичних дебатів, зміст яких, певною мірою, наповнюватиме доктрина конституційного і міжнародного права в Україні.

8.2. Парламентаризм: парламенти та парламентська автономія

Парламенти не розпочиналися як законодавчі органи. Законодавство – це чи не найостанніша стадія розвитку парламентаризму. Одним із джерел сучасного парламентаризму є одержання монархами згоди збирати податки. У французькій правовій традиції навіть існувало неписане право феодалів повставати проти короля у разі встановлення ним необґрунтованого податку без поради зі своїми підданими. Врешті-решт скликання Людовиком XVI Генеральних штатів після значної, чи не двохсотлітньої перерви, поклало початок Великій французькій революції, коли третій стан проголосив себе Установчими зборами у відповідь на вимогу встановлення нестерпних поборів, фактично, державою-банкрутом. Ідея парламентської автономії завдячує доктрині суверенітету парламенту. Як зазначає Олександр Орахелашвілі, ця доктрина була обґрунтована у працях утилітаристів, згідно з якими суверенітет законодавця

«стоїть в коренях усієї правової системи і створює всі джерела позитивного права, безпосередньо чи внаслідок цього... Утилітаризм відстоював ідею абсолютного необмеженого суверена, який керується лише прагненням виборців та їх корисливістю, і рішення яких має бути наділено безумовною юридичною силою і не піддаватися жодному перегляду»⁴⁵³.

Сучасна концепція парламентаризму виражає роль представницьких органів законодавчої влади (легіслатур) у визначенні загальних напрямків зовнішньої і внутрішньої політики держави, найважливіших сфер суспільного життя у формі законів, здійснення контролю за діяльністю уряду та адміністрації. Таким чином, парламентська демократія – це механізм взаємодії публічної

⁴⁵³ Orakhelashvili Alexander. (2015) Parliamentary Sovereignty – A Doctrine Unfit for Purpose. 4(9) *Int. Comp. Law Journal* 484.

влади та народу, який опосередкується у діяльності легіслатури (парламенту). Сьогодні існують концепції а) верховенства парламенту та б) раціоналізованого парламентаризму, які мають ряд своїх модифікацій.

Концепція верховенства парламенту визначає головну роль легіслатури у механізмі публічної влади, якому належить вся повнота законодавчої влади та провідна роль у формуванні апарату держави та контролю за його діяльністю. Легіслатура є домінантою у бюджетному процесі, встановлює податки і визначає податкову політику в державі. Уряд формується та контролюється парламентом, який затверджує програму діяльності кабінету. Кабінет у своїй діяльності є зв'язаний загальними засадами зовнішньої і внутрішньої політики, які ухвалюються парламентом. Це не виключає можливості розпуску парламенту, що здійснюється фактично за ініціативи глави уряду. Такий механізм зумовлює концентрацію політичної влади в руках політичних партій, які мають більшість парламентських мандатів. Така концепція ще називається системою парламентського (відповідального) правління.

Концепція раціоналізованого парламентаризму виникає у результаті кризи ліберальної демократії, зокрема режиму парламентаризму. Ідеї, що лягли в основу раціоналізованого парламентаризму, зумовлені переосмисленням ролі парламенту у правовій політиці держави, визначення парламенту як своєрідного «політичного форуму нації». У сфері правотворчості за парламентом залишаються визначення засад зовнішньої та внутрішньої політики. Законодавчі повноваження конституційно гарантуються шляхом закріплення за парламентом виключної їх сфери, у здійсненні яких не вправі втручатися ніякий орган публічної влади. Поза цією законодавчою сферою виникає сфера регламентарної правотворчості уряду та адміністрації, а в деяких випадках – і глави держави. Ускладнення суспільних процесів призводить до того, що з окремих питань згідно конституцією парламенти приймають закони-рамки (Іспанія, Франція, Україна), детальна регламентація яких фактично здійснюється урядом. Конституції також визначають можливість делегування законодавчих повноважень, хоча для цього санкціонування з боку установчої влади (конституанти) не є обов'язковим. Фактично, ефективність діяльності парламенту у такій системі зумовлена здійсненням ним контрольних функцій за діяльністю уряду та публічної адміністрації, що перетворює легіслатури в політичні форуми нації.

Залежно від ступеня впливу парламентів на процес формування і діяльність урядів, а також формування ними засад державної політики, можна виділити такі основні типи легіслатур: 1) режим парламентського правління (країни з парламентською формою правління – Велика Британія, Португалія, ФРН, Чехія,

Японія), 2) режим законодавчої влади (США, Бразилія, Аргентина, Нігерія), 3) режим представницької демократії (Франція, Польща, Росія, Україна), 4) режим радянського правління (Китай, В'єтнам, Куба, раніше – СРСР), 5) режим дорадчого правління (принцип аш-шура у мусульманських країнах). Хоча останні дві моделі умовно можна віднести до парламентаризму.

8.2.1. Парламентаризм та парламентська автономія

Відома дискусія про зумовленість цінностями європейського правового простору у здійсненні національних політик⁴⁵⁴ спирається на прерогативи парламентської автономії, в основі якої лежить репрезентація волі виборців та реалізація певної моделі національного суверенітету.

Відповідно до розуміння парламентської автономії, парламент має свободу розсуду у визначенні змісту власного статутного акта та здійсненні внутрішніх парламентських процедур. Парламентська автономія має певні межі вона зумовлена забезпеченням балансу інтересів, що є складником сучасної парламентської демократії.

i) *Поняття парламентської автономії.* Саме по собі таке розуміння парламентської автономії імпліцитно включає публічність прийняття парламентських рішень, центр яких не може виноситися за стіни парламенту. Інакше це буде вже виконавська модель ухвалення рішень. Хоча це вже питання лежить і в площині форми правління, яка в Україні належить до семіпрезидентціалізму і така має динамічний характер.

Через засаду суверенітету парламенту британський конституціоналіст Алберт Венн Дайсі, фактично, дає доволі розгорнуту характеристику основним елементам парламентської автономії так⁴⁵⁵:

«Парламент має право видавати і скасовувати будь-які закони; немає ні особи, ні установи, за якими закон визнавав би право переступати чи не виконувати законодавчі акти Парламенту. Принцип парламентського верховенства з позитивного боку може бути визначений як: будь-який парламентський акт (чи

⁴⁵⁴ Armin von Bogdandy. Fundamentals on Defending of European Values. *Verfassungsblog on Constitutional Matters*. 2019, 12 November. URL: <https://verfassungsblog.de/fundamentals-on-defending-european-values/> ; Daniel R. Kelemen, Tommaso Pavone, Cassandra Emmans. The Perils of Passivity in the Rule of Law Crisis: A Response to von Bogdandy. *Verfassungsblog on Constitutional Matters*. 2019, 26 November. URL: <https://verfassungsblog.de/the-perils-of-passivity-in-the-rule-of-law-crisis-a-response-to-von-bogdandy/>

⁴⁵⁵ Дайсі А.В. (1907) *Основи государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции*. 2-е изд. Москва: Изд-во Т-ва И.Д. Сытина 45-46.

його частина), що створює новий закон, скасовує чи змінює чинний, має виконуватися суддями. ...з негативного боку – жодна особа, група осіб не мають права видавати постанови, які були не згодні з парламентськими актами, чи, іншими словами, користувалися судовим захистом, всупереч парламентському акту».

Сьогодні британська доктрина верховенства парламенту зазнала певної трансформації згідно із рішенням у справі Джексона, а вірніше – уточнення, яке зводиться до двох ключових позицій: 1) верховенство у законодавчій сфері належить трьом суб'єктам – Короні, Палаті громад, Палаті лордів; 2) Акт про Парламент 1911 р. встановлює альтернативний спосіб прийняття первинного законодавства⁴⁵⁶. Як стверджує вітчизняний правознавець Олексій Бруслік, це заклало правову основу подальшого реформування як британського Парламенту, так і всієї інституційної та правової системи Сполученого Королівства⁴⁵⁷. Ця британська еволюція парламентаризму важлива для нашого розуміння, оскільки парламент є зв'язаний конституційними принципами та є самостійним у ухваленні владних рішень відповідно до вимог демократичної легітимності. Однак і цього недостатньо, оскільки і британський парламент, і загальне право (common law) розвивають розуміння національного суверенітету і місця в ньому парламенту як інституту представницької демократії.

Здійснення парламентом представницьких функцій від імені народу потребує інтегративного розуміння основоположних цінностей конституційного порядку – прав людини та суверенітету. З цього приводу Верховний Суд Англії сформулював сьогодні розуміння національного суверенітету у справі Врехіт⁴⁵⁸ як поєднання інститутів безпосередньої і представницької демократії, яке полягає у політичному вирішенні шляхом народного голосування та його юридичного оформлення шляхом ухвалення парламентом рішень після їх публічного обговорення.

Таким чином, сучасна конституційна демократія заснована на поєднанні безпосередньої і представницької демократії. По-перше, народ бере безпосередню участь у управлінні публічними справами, зокрема, шляхом формування органів публічної влади за допомогою періодичних і вільних виборів. По-друге, як інститут представницької демократії парламент приймає закони відповідно до встановленої законодавчої процедури. У законодавчій проце-

⁴⁵⁶ *Jackson & Oth. v Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56 (13 October 2005).

⁴⁵⁷ Бруслік О.Ю. *Конституційно-правовий статус Парламенту Великобританії*. Дис... к.ю.н. Харків: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2016. С. 33

⁴⁵⁸ *Brexit Case* ([2017] UKSC 5 On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85

дурі беруть участь політичні актори – депутати парламенту, фракції партій чи депутатські групи, уряд, глава держави тощо. У цьому відношенні народ бере участь у здійсненні через вказаних політичних акторів, адже саме поняття народу є абстрактним і народ *sui generis* вступає у конкретні правовідносини у ході законодавчих процедур через своїх представників. Згідно із засадами республіканізму, інститути публічної влади є відповідальними перед народом та підзвітними йому шляхом періодичних і справедливих виборів, а також через механізми парламентського та судового конституційного контролю.

ii) *Регламент парламенту та автономія парламенту.* Першим елементом парламентської автономії є можливість ухвалення власного статутного акта – регламенту. Щодо цієї проблеми у свій час було зламано чимало списів у конституційній юриспруденції, вадою чого якраз було непорозуміння парламентської автономії на рівні Конституції. Відверто кажучи, такого розуміння так і не існує на сьогодні. Конституційний Суд України сформулював доволі суперечливі юридичні позиції щодо природи Регламенту Верховної Ради. Зокрема, його позиція полягає у такому⁴⁵⁹:

«Конституційний Суд України, проаналізувавши положення частини п'ятої статті 83, пункту 15 частини першої статті 85 Конституції України в їх системному зв'язку із положеннями частини другої статті 6, частини другої статті 19, пункту 21 частини першої статті 92 Основного Закону України, дійшов висновку, що Регламент, який, зокрема, унормовує організацію і порядок діяльності Верховної Ради України, має прийматися виключно як закон України за встановленою статтями 84, 93, 94 Конституції України процедурою його розгляду, ухвалення і набрання ним чинності».

З точки зору поділу влади, ця позиція вносить дисбаланс у конституційну композицію інститутів влади та атакує парламентську автономію. Адже за таких умов Президент, який не є органом законодавчої влади може втручатися у питання внутрішньої організації парламенту. Президент, спираючись на власну фракцію/фракції у парламенті може блокувати процедуру подолання вето, для чого необхідно, згідно з Конституцією, принаймні дві третини голосів від конституційного складу Верховної Ради. Тут достатнім має бути віднесення Регламенту Верховної Ради до кола юридичних актів, які є об'єктом конституційного судового перегляду. У площині співвідношення установчої

⁴⁵⁹ Рішення КСУ 30-рп/2009 від 26 листопада 2009 р.

та законодавчої влади Конституційний Суд визначив, що у Регламенті може бути встановлено особливості внесення змін до Конституції при додержанні вимог належної установчої процедури та субстантивних вимог до здійснення установчої влади, що випливають із положень її статей 157 і 158.

Щодо дискусії про запровадження правового регулювання законодавчої процедури на рівні Конституції і законів, то її слід розглядати через призму співвідношення легіслатури та юристократії, а також більшості і меншості у парламенті. За таких умов слід говорити про сутнісний зміст демократії, який полягає не лише у засадах мажоритарності (ухвалення рішення більшості) згідно із визначеною процедурою, а також про забезпечення балансу інтересів і прав більшості та меншості. До цієї справи незастосовна доктрина політичного питання, оскільки предмет її розгляду стосується змісту елементів конституційної демократії – плюралістичної демократії, поділу влади, державно-континуїтету та демократичної легітимності публічної влади.

Стосовно юридичної конструкції, згідно з якою законодавча процедура визначається «Конституцією і законами України» слід зазначити, що вона розширює юрисдикцію Конституційного Суду, оскільки Суд уповноважується інтерпретувати положення Регламенту Верховної Ради та інших законів, які регулюватимуть законодавчу процедуру, у конституційно-конформний спосіб. Іншими словами, у разі виникнення конституційних спорів, Конституційному Суду слід буде більш детально перевіряти положення Регламенту Верховної Ради та інших законів, які регулюватимуть законодавчу процедуру, відповідно до конституційних цінностей і принципів, насамперед на предмет забезпечення прав людини і основоположних свобод та суверенітету України.

8.2.2. Внутрішня структура парламенту, фракції, народне представництво та автономія парламенту

Серцевиною парламентської автономії є вирішення питань своєї внутрішньої організації парламентом як компоненту конституційної демократії. Сутність принципу демократії полягає у забезпеченні балансу прав більшості і меншості, який передбачає конституційний механізм узгодження їх інтересів. Такий баланс інтересів розглядається як важлива передумова забезпечення наступності публічної влади. Зокрема, це проявляється у захисті прав опозиції, серед гарантій якої визнаються: отримання регулярної інформації безпосередньо від уряду опозиційними партіями, про хід вирішення питань, що мають суспільне значення тощо. У деяких країнах (ФРН) принцип демократії у контексті виборчого права конкретизується через принцип мажоритарності, сутність якого полягає у забезпеченні виявлення домінуючого політичного та публічного інтересу, а також через

гарантії демократичної структури політичних партій. Такі вимоги однаковою мірою поширюються на фракції парламенту. Хоча фракції не є органами парламенту, однак вони відіграють важливу роль у його структуризації. На роль фракцій у структурі парламенту вказує їх важливе значення для інвестиції (формування і затвердження програми діяльності уряду).

Сучасне народне представництво має за своїм походженням цивільно-правовий інститут представництва, згідно з яким принципал наділяє довірену особу певними повноваженнями, а довірена особа, у свою чергу, має діяти в інтересах довірителя-принципала, тобто представник наділяється певним мандатом довіри. Однак перебіг політичного процесу, переслідуючи певні суспільні інтереси, базується на компромісі, що доволі часто призводить до істотних труднощів у виконанні певних зобов'язань перед власним електоратом. Пізніше, із обґрунтуванням ідеї народного суверенітету Жан-Жаком Руссо, поступово визнається, що депутат представляє націю в цілому, а не лише свого виборця. Ця доктрина вплинула на перебіг дискусії про вільний і імперативний мандат. Згідно із концептом *імперативного мандату*, народний представник несе певні зобов'язання перед своїми виборцями, які можуть його відкликати у разі, якщо не він буде спроможний їх виконати належним чином. На противагу цьому, концепт вільного мандату виходить із того, що депутат парламенту представляє націю у цілому і він не пов'язаний із наказами виборців і не може бути відкликаний ними – це є запорукою його незалежності. Для народних представників на перший план виступають гарантії незалежності їхнього статусу. Як правило, народні представники на період здійснення повноважень користуються імунітетом від кримінального переслідування. Це здійснюється з метою попередження випадків використання урядом засобів кримінальної юстиції для переслідування опозиції в парламенті та недопустимості будь-якого тиску

Натомість сьогодні в українському парламентаризмі зберігається і надалі підстава для припинення повноважень народного депутата, яка містить істотні моменти імперативного мандату:

«невходження народного депутата України, обраного від політичної партії, до складу депутатської фракції цієї політичної партії або виходу народного депутата України зі складу такої фракції».

Ця формула атакує гарантії непорушності прав людини та суверенітету України. Виходячи із систематики Конституції та її цілісного тлумачення, втрата депутатського мандату у зв'язку із невходженням особи до фракції є запереченням сутнісного змісту свободи політичної діяльності (стаття 15), яка є нормою-принципом вищого рангу на противагу простого правила, визначеного у статті 81 Конституції.

З точки зору суверенітету України ця формула має бути розглянута у контексті підзвітності і підконтрольності народних представників народові України. Якщо вести мову про відповідальність політичних партій та фракційного структурування парламенту, то відповідальність депутатів реалізується подвійно: через періодичні демократичні вибори та дострокові парламентські вибори. В останньому випадку діють процедури вотуму довіри та конструктивного вотуму, які фрагментарно врегульовані у статті 83 Конституції.

Стосовно допустимих меж обмеження свободи політичної діяльності, виходячи із припису статті 15.4 Конституції, згідно з яким держава може запроваджувати певні заходи, «не заборонені Конституцією і законами України», мають слугувати правила статті 64 Конституції, які містять зворотне посилання на можливість запровадження таких обмежень статтями 36 і 37 Конституції, які встановлюють межі здійснення свободи об'єднань та статтю 81.2.6 Конституції, яка визначає можливість втрати мандату депутата, у разі його невходження у фракцію політичної партії. Виходячи із засади пропорційності, така підстава для припинення повноважень депутата не підпадає під жодний критерій допустимих обмежень прав, гарантованих статтями 36 і 37 Конституції. Положення статті 81.2.6 Конституції є надмірним заходом впливу щодо здійснення свободи політичної діяльності, заперечуючи її сутність, оскільки вони заперечують можливість вільного вибору депутата у реалізації своєї політичної діяльності. Для забезпечення партійної дисципліни та політичного структурування парламенту мають діяти регламенти фракцій, що має бути адекватно врегульовано у Регламенті Верховної ради. Конституційний порядок тут забезпечується через періодичні або дострокові парламентські вибори із використанням процедур у рамках парламентської автономії. Нарешті, депутат може і формально ввійти у склад фракції парламенту, але на свій розсуд приймати рішення про те, як йому голосувати. Тому, формула статті 81.2.6 Конституції не верифікується через такий фундаментальний тест як розумне обґрунтування (*reasonable justification*), і депутати парламенту завжди знайдуть способи її обходу як надмірно ригідної.

8.2.3. Парламентські процедури та автономія парламенту

Легітимною метою конституційних конструкцій, які визначають правила щодо формування парламентських коаліцій, які зазвичай створюють уряд, є забезпечення діяльності ефективних і стабільних урядів. Визначення критеріїв, наскільки ефективним і стабільним є уряд, є питанням політичного процесу. Сам по собі факт наявності чи відсутності коаліції фракцій засобами конституційної юстиції не можна встановити. Це входить у межі свободи політичної діяльності, яка гарантується конституційними засобами. Легітимною метою

створення коаліції є формування уряду. Критерієм функціонування коаліції є можливість ухвалення законів, які вносяться до парламенту урядом, а також підтримка політичного курсу уряду. Наприклад, парламентська практика діяльності уряду Володимира Гройсмана засвідчила про наявність стабільної підтримки діяльності його уряду з боку парламенту.

Ще одними складниками автономії парламенту є вотум довіри, конструктивний вотум уряду, які є також інститутами демократичної підзвітності та підконтрольності уряду. Насамперед, ще раз треба наголосити, на надмірно дирижистському характері регулювання процедури інвеститури уряду, яка міститься у статтях 83 і 114 Конституції України. Щось подібне містить лише Конституція Болгарії і це є, вочевидь, чисто позитивістське прочитання конституції, але не як належного механізму обмеження влади. Якщо проаналізувати положення цих статей Конституції, то вони не виправдано втручаються у політичний процес всупереч свободі політичної діяльності – структурування парламенту на фракції, утворення фракціями коаліції, механізмів проведення консультацій щодо формування персонального складу. Натомість випускається чи не ключовий момент – виявляється, що Конституція не встановлює як обов'язковий елемент інвеститури уряду схвалення парламентом його Програми діяльності. Дивина та й годі.

Для ефективного функціонування уряду мають діяти такі інструменти стримувань і противаг: а) конструктивний вотум – Президент приймає відставку Кабінету міністрів у разі, якщо парламент висловив вотум недовіри урядові та в п'ятнадцятиденний строк не сформував склад Кабінету Міністрів і не схвалив Програму його діяльності. Якщо уряд не сформовано, парламент підлягає розпуску; б) вотум довіри – Кабінет міністрів вносить на розгляд парламенту законопроект, схвалення якого є підтримкою політичного курсу уряду, інакше – уряд йде у відставку⁴⁶⁰.

Згідно із засадами парламентської автономії та політичної відповідальності, уряд може понести конституційну відповідальність шляхом винесення йому вотуму недовіри. Зокрема, вирішуючи питання про конституційність Указу Президента № 303/2019 від 21 травня 2019 року про розпуск парламенту, Конституційний Суд отримав ситуацію, коли більшість депутатів парламенту під час розгляду заяви про відставку Прем'єр-міністра фактично оголосили вотум довіри урядові. З іншого боку, це свідчить про незавершений характер проведених консультацій Президента із Головою Ради, його заступниками та лідерами фракцій парламенту, за яких не було досягнуто якихось достеменних рішень. Суб'єктивне сприйняття

⁴⁶⁰ Савчин Михайло, Оніщук Микола. (2013) Відповідальне правління і народний суверенітет: нотатки до конституційного творення 2 *Вісник Національної академії правових наук України* 122.

Президентом того, що його партнери з консультацій погодилися із його позицією щодо розпуску парламенту, було лише припущенням. А припущення не може покладатися в основу рішень органу публічної влади, воно тоді стає банальним *arbitrariness*, себто свавіллям.

Адже факт відсутності коаліції фракцій встановлюється за певною процедурою. Для цього необхідна заява певної фракції про вихід із коаліції. Це має наслідком проведення консультацій щодо формування нового складу коаліції. Якщо слідкувати за хронологією процесу, що відбувся, то після виходу фракції «Народний фронт» з коаліції «Європейська Україна», мав наслідком заяву про відставку Прем'єр-міністра Володимира Гройсмана, яка не була прийнята Радою. Наявність вакансії одного міністра (охорони здоров'я) не є істотною, яка би свідчила про нездатність формувати уряд та забезпечити його ефективне функціонування. Сам по собі факт наявності чи відсутності коаліції фракцій засобами конституційної юстиції не можна встановити. Це входить у межі свободи політичної діяльності, яка гарантується конституційними засобами.

У разі, якщо на пленарному засіданні Ради констатовано, що зі складу коаліції виходить фракція, що призводить до зменшення її кількісного складу до менше половини від загального складу парламенту, то Президент може розпочати консультації щодо вирішення політичної кризи. Стаття 83 Конституції не зобов'язує Президента переслідувати за мету дострокове припинення повноваження Ради. Легітимна мета процедур (консультацій та парламентських слухань), передбачених статтею 83 Конституції – забезпечення формування ефективного і дієвого уряду, який би у своїй діяльності користувався підтримкою парламентської більшості. Тому прийняття рішення Президентом про дострокове припинення повноважень парламенту та оголошення дострокових виборів є крайнім заходом, *conditio sine qua non*, задля забезпечення належного функціонування та взаємодії інститутів публічної влади.

Розпуск парламенту є однією із процедур розв'язання політичної кризи, яка складається між парламентською більшістю та опозицією, між президентом та урядом у період «співіснування», у разі припинення підтримки законодавчих ініціатив уряду парламентом.

8.2.4. Парламентський контроль

У конституційних демократіях парламентський контроль є запобіжником узурпації влади виконавчою владою⁴⁶¹. Парламент здійснює парламентський контроль під час здійснення відповідних процедур, а також через діяльність комітетів, які, за своїм профілем, здійснюють контроль над профільними міністерствами та відомствами. У компаративній літературі розуміють парламентський контроль як здатність законодавчого органу стримувати виконавчу владу. Мені розрізняє три типи парламентського контролю⁴⁶² (Mény 1996: 121):

а) партійний контроль, що здійснюється опозицією, який діє лише в умовах, коли уряд є вразливим;

б) безпартійний контроль за допомогою парламентського контролю, який може мати місце через різноманітні форми: запити до міністрів (інтерпеляції), розслідування комітетів чи слідчих комісій, парламентські слухання тощо;

в) контроль за допомогою покарання, подібний до довіри, є найрішучішим, але не може використовуватися часто без дестабілізації системи.

Процедури розслідування, які здійснюють слідчі комісії парламенту, зазвичай ініціює певна група депутатів парламенту з метою дослідження питань, які складають суспільний інтерес і потребують ретельного аналізу на предмет додержання конституції та забезпечення виконання урядом своєї політичної програми. Тому часто процедури підзвітності і підконтрольності поєднують у собі політичні та правові аспекти і складають загалом механізм демократичної підзвітності уряду. Зокрема, процедури підзвітності уряду передбачають різноманітний інструментарій: вотум довіри, конструктивний вотум, інтерпеляцію. Зокрема, згідно із конструктивним вотумом, у Німеччині може бути виражений вотум недовіри Федеральному уряду лише за умови, що протягом наступних 14 днів Бундестагом буде підтримано кандидатуру Федерального канцлера. Вперше цю процедуру використали у 1982 році, внаслідок чого був сформований правий уряд Гельмута Коля, глави ХДС/ХСС.

Слід також виділити парламентський контроль над спецслужбами, зокрема над їх практикою таємного стеження за громадянами. Так, протягом 1947-1974 рр. контрольні функції здійснювалися Конгресом формально із суворим дотриманням таких неписаних правил: підтримка всіх акцій розвідслужб;

⁴⁶¹ Барабаш Ю.Г. (2004) *Парламентський контроль в Україні: проблеми теорії і практики*. Дис... к.ю.н. Харків 20 с.

⁴⁶² Mény, Yves France. The Institutionalization of Leadership. Josep M. Colomer (Ed) (1996) *Political Institutions in Europe*. London and New York: Routledge 121.

принципова відмова займатися вивченням форм і методів, що використовуються розвідкою; схвалення всіх фінансових запитів; надзвичайна секретність. Згодом було визнано, що подібний підхід був помилковим, оскільки робив спецслужби непідзвітними перед суспільством, дозволяв їм планувати та здійснювати будь-які операції під прикриттям забезпечення національних інтересів, порушувати закони власної країни⁴⁶³.

Однак такі висновки були зроблені лише на початку 1970-х років, що стали переломними в організації системи контролю за діяльністю американських спецслужб. Приводом до цього стала непопулярна війна у В'єтнамі та «Вотергейтський скандал», який призвів до відставки президента Річарда Ніксона. У 1970 р. колишній капітан армійської розвідки Крістофер Пайл дав свідчення перед спеціальною сенатською комісією про стеження військових США за цивільним населенням⁴⁶⁴. Про стандарти парламентського контролю над спецслужбами цілком очевидно висловився Європейський суд з прав людини, розглядаючи справи *Klass and Others v Germany*, *Big Brother Watch v UK*. В Україні наразі парламентський контроль вкрай неефективний і він існує хіба що в зародковому стані.

8.3. Екзекутива

Тут буде вживатися термін екзекутива, як колись його вживав проф. Петро Мартиненко, оскільки піде мова про глав держав, уряд та публічну адміністрацію. Оскільки в монархіях корона виступає специфічним інститутом влади, який може бути інтегрований і в законодавчу, і у виконавчу владу, тому цей термін буде тут найближчим до англomовного аналогу *executive branch*. За парламентського правління та семіпрезидентіалізму на перший план виходять процедури інвеститури (формування) уряду та парламентського контролю.

8.3.1. Монархи, президенти

Інститут глави держави почав реально складатися у часи феодалізму, коли він виступав не тільки як верховний правитель, а й персоніфікувався із самою

⁴⁶³ Паливода В. (2019) Парламентський контроль за діяльністю спецслужб: іноземний та національний досвід, висновки для України. *Національний інститут стратегічних досліджень*. URL: <https://niss.gov.ua/news/statti/parlamentskiy-kontrol-za-diyalnistyu-specialnikh-sluzhbb-inozemniy-ta-nacionalniy-dosvid>

⁴⁶⁴ Military surveillance. Hearings. Ninety-third Congress, second session, on S. 2318., April 9 and 10, 1974: *United States. Congress. Senate. Committee on the Judiciary*. <https://archive.org/details/militarysurveill00unit>

державою. Глава держави – це особа або орган, який виступає конституційним органом влади, здійснює верховне представництво нації на міжнародній арені та внутрішньополітичному житті. За своєю природою глава держави тяжіє до виконавчої влади, езекутиви.

На сьогодні склалися три основні моделі глави держави: а) монархи; б) президенти, які (і) можуть очолювати уряди або (ii) функціонувати як окремий інститут від уряду у системі виконавчої влади; в) колегіальний орган, за формального заперечення інституту глави держави у країнах, де сприйнято доктрину «вищого органу народного представництва» (КНР, КНДР, Куба).

В Україні посаду Президента було введено законом у 1991 р., відповідно до якого його статус визначався як вищій посадовій особі у системі державної влади. Запровадження посади Президента накладалося на неревізований інститут вищого представницького органу влади – Верховну Раду. Відповідно до прийнятої тоді концепції народовладдя, всією повнотою влади володіла саме Верховна Рада, а від імені держави виступав формально колегіальний орган, як своєрідний глава держави, – Президія Верховної Ради. Таким чином, з 1991 р. і до прийняття Конституції 1996 р. в Україні існувала проблема інституційного характеру – конкуренція повноважень Верховної Ради і нового інституту – Президента.

Конституційний Договір 1995 р. не усунув цю інституційну проблему, оскільки він не визначав статусу Президента як глави держави, а Верховної Ради як парламенту, наділеного законодавчою владою. Було збережено однакові джерело та ступінь легітимності цих органів влади – і Президент, і Верховна Рада обиралися прямими, загальними виборами. Лише з прийняттям Конституції 1996 року було визначено статус Президента як глави держави з одночасною відмовою від концепції суверенітету Верховної Ради.

Згідно з конституційним законом № 2222-IV, Президент є обмеженим у формуванні уряду за рахунок розширення повноважень парламенту. Однак він отримує ширше коло підстав для розпуску парламенту.

Згідно з класичною теорією поділу влади, президент розглядається як глава виконавчої влади. Однак більшість сучасних конституцій європейських країн обходять проблему конституційного закріплення статусу президентів

та визначення їхнього місця у системі поділу влади⁴⁶⁵. Закладена французькою конституцією V Республіки модель перерозподілу владних повноважень між главою держави (президентом) та урядом (колегіальним органом, що очолює, власне, виконавчу владу) було запозичено більшістю постсоціалістичних республік, у тому числі й Україною.

Відмова від втілення класичної моделі поділу влади засвідчила у цілому неефективність президентської форми правління, яка сьогодні діє лише в США. В умовах президентської форми правління функції уряду можуть бути заблоковані парламентом, оскільки практика конституціоналізму свідчить про рідкі випадки наявності у парламенті пропрезидентської більшості, готової однозначно підтримати політичні рішення глави держави. Такий дисбаланс, зрозуміло, не сприяє урядові, очолюваному президентом, вирішувати стратегічні питання розвитку суспільства і держави. Такий стан речей особливо небезпечний для перехідних суспільств, що має своїм наслідком надмірну концентрацію влади у глави держави.

Джованні Сарторі зазначає, що ефективність американської президентської моделі пов'язана із високим ступенем доходів населення, наявністю двопартійної системи: «За іронією долі, переконання в тому, що президентські системи є сильними системами, призводить до найгіршої (із можливих) структурної організації – розділеної влади, беззахисної перед розділеним урядом. І незрозуміло, як працює чи працювала американська система, незважаючи на свою конституцію і навряд чи завдяки їй. Щоб ця система могла функціонувати, необхідна наявність трьох деблокуючих чинників: ідеологічної безпринципності, слабких і недисциплінованих партій і політики, орієнтованої на місцеві інтереси. Тільки в цьому випадку президент може залучити на свій бік конгресменів, щоб потім, за допомогою вигідної політичної угоди, одержати прихильність у виборчих округах»⁴⁶⁶. Ці слова Сарторі певною мірою справджуються практикою правління Дональда Трампа, оскільки система стримувань і противаг США в умовах консервативного популізму знаходиться у кризовому стані.

⁴⁶⁵ Ковачев Д.А. (ред.) (2005) *Конституционное право государств Европы*. Москва 199.

⁴⁶⁶ Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк, 2001. С. 84.

За парламентського правління забезпечується поділ влади між законодавчою і виконавчою владою. У цих умовах можливе існування: прем'єрської системи, за якої виконавча влада домінує над законодавчою (Ізраїль, Італія, Словаччина); системи із необмеженими повноваженнями парламенту (Франція періоду IV Республіки, Україна до 1995 р. з паралельними функціями Президента); парламентаризм з партійним контролем (Угорщина, ФРН, Чехія). Система парламентаризму передбачає існування сильних парламентських партій та системи парламентського контролю над урядом⁴⁶⁷.

У цьому відношенні є цікавими положення правової доктрини країн з парламентським правлінням. У словацькій доктрині, визнаючи статус президента як глави держави, роблять застереження, що він *«має такі повноваження, статус та авторитет, щоб у критичній ситуації був здатен повністю забезпечити охорону правового континуїтету держави»*⁴⁶⁸. Основний Закон ФРН визначає засади несумісності його посади Федерального президента (ст. 55), процедуру контрасигнації його актів з боку Федерального канцлера або відповідального міністра (ст. 58), представницькі функції у міжнародно-правових відносинах (ст. 59). Континуїтет держави забезпечується шляхом участі Федерального президента у процедурах інвеститури (формування) уряду (ст. 63, 64) та прийняття рішення про його відставку за процедурою *«конструктивного вотуму»* (ст. 67).

Конституційно-правовий інститут глави держави складають норми і принципи, що визначають: 1) місце і роль глави держави у державному механізмі та його взаємовідносини з іншими органами держави; 2) порядок заміщення цієї посади; 3) повноваження глави держави; 4) його відповідальність за державну зраду та порушення конституції.

Місце Президента України у системі публічної влади специфічне і його діяльність впливає на ефективність діяльності уряду. Згідно з французьким прототипом напівпрезидентського (змішаного) правління, існує подвійна структура влади, вірніше *«дуалізм»* виконавчої влади. Відповідно до цієї моделі уряд повинен мати підтримку глави держави і парламенту. Така система дозволяє урядові самостійно приймати відповідальні і стратегічні рішення як у випадках *«розділеного правління»*, так і у випадках наявності пропрезидентської парламентської більшості, що підтримує уряд. Разом з тим, урядові потрібна певна воля до політичного компромісу у випадку, коли настає період

⁴⁶⁷ Сарторі Дж. Вказ. Праця 97-98.

⁴⁶⁸ Urbančok, M. (2004) *Krizové ustavné orgány Slovenskej republiky a pravna kontinuita štátu*. 4 *Justična Revue* 221.

«співіснування» – уряд сформований парламентською більшістю, яка представляє політичні сили, що конкурують із Президентом. За такої системи не виключено можливість проведення своєрідних «палацових» консультацій та відносин фаворитизму, коли уряд сформовано представниками пропрезидентських політичних сил.

У російській доктрині висловлюються думки, що Президент Російської Федерації, “будучи юридично дистанційований від всіх гілок влади, творить норми, управляє, вирішує спори, здійснює конституційний контроль”⁴⁶⁹. Тому висловлюються думки про посилення авторитарних елементів у російській конституційній системі: «сучасний етап розвитку російського конституціоналізму пов’язаний із виявленням і розвитком не стільки її [конституції] демократичного потенціалу (особливо у вульгарно-ліберальному трактуванні поняття демократії), скільки у виявленні її авторитарного потенціалу»⁴⁷⁰.

Однак здається, що, виходячи із розуміння конституціоналізму, такий висновок далеко є не очевидним, а, навіть, проблемним з точки зору верховенства права. Це якраз є демонстрацією очевидного дефіциту правової традиції в Росії.

8.3.2. Уряд

Уряд є політичним крилом виконавчої влади. У літературі з порівняльного конституційного права виконавча влада аналізується в основному через її носіїв. Як правило, у цьому відношенні розглядається конституційний статус глави держави та уряду⁴⁷¹. Зростання ролі виконавчої влади у суспільному і політичному житті, у механізмі держави є сучасною тенденцією розвитку публічних і політичних інститутів суспільства. Найчастіше носіями виконавчої влади виступають глава держави, уряд та адміністрація. Такий стан речей зумовлений тим, що в багатьох країнах світу існують суттєві відмінності між нормами конституцій і фактичним положенням.

i) Структура виконавчої влади. Згідно з класичною теорією поділу влади, глава держави (монарх) розглядався також як глава уряду та адміні-

⁴⁶⁹ Кудрявцев Ю.В. (ред.) (1996) *Комментарий к Конституции Российской Федерации*. Москва 363.

⁴⁷⁰ Боброва Н.А. (2005) Реформа власти и перспективы развития авторитарных элементов российской Конституции. 1 *Конституционное и муниципальное право* 10-12.

⁴⁷¹ Страшун Б.А. (ред.) (1995) *Конституционное (государственное) право зарубежных стран*: в 4-х т. Москва: 251-295; Чиркин В.Е. (ред.) *Сравнительное конституционное право*. Москва: Манускрипт 590-642.

страції, власне виконавчої влади. Закладена французькою конституцією IV Республіки модель перерозподілу владних повноважень між главою держави (президентом) та урядом (колегіальним органом, що очолює власне виконавчу владу) було запозичено більшістю пострадянських республік, у тому числі й Україною.

Конституційно-правовий інститут виконавчої влади складає сукупність принципів і норм, а також практика їх застосування, що визначають: а) місце і роль виконавчої влади у системі державної влади; б) завдання та зміст функцій, що притаманні цій владі; в) її носіїв, їхню компетенцію та механізм реалізації; г) зміст правової форми діяльності її суб'єктів; д) особливості управління суб'єктами виконавчої влади окремими сферами суспільного життя.

У механізмі держави виконавча влада здійснює управлінську діяльність через уповноважені органи з метою забезпечення ефективного виконання законів. Основна напруга у діяльності органів виконавчої влади пов'язана із виконанням законів та необхідністю визначення норм на виконання законів у формі постанов уряду та регламентарних актів. Оскільки парламент не може приймати надмірно деталізованих законів, це загрожує стабільності законодавства, уряд і адміністрація покликані забезпечити розвиток законодавства шляхом прийняття регламентарних актів.

Регламентарна сфера уряду зумовлена необхідністю регулювати політику уряду та діяльність адміністрації в окремих сферах управлінської діяльності, а також реалізовувати політику нації у різних галузях управління⁴⁷². При цьому уряд і адміністрація покликані додержуватися принципів поділу влади та законності управління. Зокрема, органи виконавчої влади покликані приймати рішення з питань, що належать до їх предмета відання, додержуватися процедури їх прийняття, а також додержуватися принципів пропорційності і субсидіарності. Згідно з принципом пропорційності, рішення можуть прийматися відповідно до мети діяльності відповідного органу влади, передбачати адекватні засоби і способи його реалізації, щоб не порушити сутність і зміст основних прав і свобод.

Власне, у механізмі виконавчої влади необхідно виділяти два крила: *політичне крило – уряд та технократичне крило – публічну адміністрацію*. Різниця між урядом та публічною адміністрацією полягає в тому, що уряд формується політичним шляхом за результатами парламентських виборів, на нього покладено функції реалізації політики нації і він несе солідарну відпо-

⁴⁷² Рішення КСУ № 2-рп/99 від 02.03.1999 р.

відальність за ефективну її реалізацію. Адміністрація складається з корпусу професійних чиновників і державних службовців, які призначаються на посади на конкурсній, а інколи на патронатній основі, на визначений законом термін, здійснюють виключно управлінські функції і несуть дисциплінарну відповідальність згідно із законодавством про державну службу.

Публічну адміністрацію складають міністерства і відомства, а також місцеві публічні адміністрації – префекти, воеводи, урядники, які забезпечують адміністративний контроль над актами органів місцевого самоврядування на регіональному рівні та покликані забезпечити координацію діяльності правоохоронних органів, прокуратури та спецслужб.

ii) Типи урядів. З політологічної точки зору, виділяють безпартійні, однопартійні, коаліційні уряди. Безпартійні уряди характерні для деяких абсолютних монархій. Однак найчастіше у такому випадку мають на увазі кабінети, які формуються главами держав у разі парламентської кризи, коли парламент не здатний сформувати новий склад уряду.

Однопартійні уряди утворюються, як правило, однією партією, яка, за результатами парламентських виборів, здатна сформувати уряд і контролювати парламент. У такому випадку владні повноваження концентруються у руках прем'єра, який, опираючись на парламентську більшість, здатний одноосібно керувати урядом. Як правило, такі уряди формуються у країнах з двопартійною системою, а інколи з системою двох з половиною партій. Однопартійними урядами в Україні є уряди Олексія Гончарука та Дениса Шмигала, які спиралися на підтримку партії «Слуга народу», яка отримала більшість у Верховній Раді у 2019 році, на тлі успішного обрання Президентом Володимира Зеленського. Такий політичний розклад різко посилив позиції Президента серед інститутів влади, внаслідок чого прем'єр-президенціалізм дрейфував до суперпрезиденціалізму, тобто концентрації влади у руках Президента та його канцелярії.

Залежно від підтримки уряду з боку різних парламентських фракцій, виділяють уряди більшості та уряди меншості. Останні, звичайно, формуються у ситуації, коли утворення правлячої коаліції, яка б охоплювала партії, які у сукупності опираються на підтримку парламентської більшості, не уявляється можливим. Уряди меншості знаходяться при владі, як правило, завдяки підтримці партій, що безпосередньо не входять до уряду. Формування подібних урядів характерне, наприклад, для скандинавських монархій (Норвегія, Данія, Швеція). Останнім часом така практика отримала поширення і в Індії внаслідок втрати колись домінуючих позицій на внутрішньополітичній арені

партією «Індійський національний конгрес». Можуть бути й інші комбінації. Зокрема, за результатами парламентських виборів Чехії 1998 року, було утворено уряд меншості, що стало результатом домовленості про розподіл урядових посад та посад голів парламентських комітетів, відповідно, між партіями, які брали і не брали участь у формуванні уряду.

У надзвичайних ситуаціях може формуватися і так званий «уряд національної єдності», до складу якого входять найбільш крупні і впливові політичні партії, представлені у парламенті. Подібні уряди кілька разів утворювалися у Великій Британії у першій половині ХХ ст. Після другої світової війни досить нестійкі уряди національної єдності формувалися у Бельгії із представників соціалістів, лібералів і комуністів. Спроби створення урядів національної єдності були здійснені у Греції (1989) та Лівані (1990).

Положення, спрямовані на створення умов для формування урядів національної єдності, були включені у Конституцію ПАР 1994 року, відповідно у статті 88 якої говориться, що *«будь-яка партія, що володіє принаймні 20 місцями у парламенті, і вирішила брати участь в уряді національної єдності, має право на отримання одного або більше портфелів у кабінеті»*.

Як показує практика, такого роду уряди можуть ефективно функціонувати лише у ситуації, коли вся країна об'єднана якою-небудь фундаментальною метою, такою, наприклад, як перемога у війні. У мирний час успіх таких урядів, які часто роздираються гострими внутрішніми суперечностями, менш імовірний, і їх створення можна розглядати лише як тимчасовий, вимушений етап⁴⁷³.

Тимчасовий характер мають і т.зв. «ділові», «службові» уряди, які утворюються, як правило, для виконання певних функцій державного управління до тих пір, поки у результаті парламентських виборів не буде сформовано новий уряд. У післявоєнний період такі уряди (до складу яких часто входили вищі чиновники, технократи) формувалися у Фінляндії, Нідерландах, Португалії, Італії. Можливість утворення службового уряду може передбачатися і безпосередньо в Основному Законі. Так, згідно з Конституцією Болгарії 1991 р. можливе формування службового кабінету у випадку, якщо парламентськими групами не досягнуто згоди про утворення уряду (п. 5 ст. 99). При цьому парламент підлягає розпуску і призначаються нові парламентські вибори.

Вітчизняна практика показує, що в Україні за часи її незалежності діяли переважно коаліційні уряди меншості. Причому і це можна піддати сумніву, оскільки Президент був зв'язаний конституційною системою, яка не передба-

⁴⁷³ Сравнительное конституционное право 625.

чає можливості розпуску парламенту у випадку його нездатності сформувати уряд. Якщо б чинна на той час Конституція України заклала механізм розпуску парламенту у випадку його нездатності сформувати уряд, більшість кабінетів, які функціонували, сміливо можна було характеризувати як службові, а не коаліційної меншості. Серед урядів більшості можна виділити хіба що кабінети, сформовані В. Ющенком (1999) та В. Януковичем (2002), які у своїй діяльності спиралися на парламентську більшість.

Конституційно-правовий інститут уряду складається із норм та практики, які регулюють: а) місце і роль уряду у системі виконавчої влади; б) порядок формування; в) його структуру та організацію; г) повноваження; д) порядок взаємодії з іншими органами державної влади.

Місце уряду у системі органів держави зумовлене його відносинами з главою держави. Це викликано тим, що компетенція уряду встановлюється у загальній формі поряд з тим, що прерогативи Президента України сформульовані у більш загальній, об'ємній формі. Поряд з існуванням інституту парламентського контролю за діяльністю уряду зумовлює «дуалізм» уряду у системі державних органів. У кінцевому результаті все залежить від того, чи є уряд «пропрезидентським», чи сформований опозиційною парламентською більшістю до Президента. У першому випадку Президент має значні прерогативи у сфері виконавчої влади, в іншому випадку спостерігається період «співіснування» Президента та уряду.

iii) Інвеститура (формування) уряду. Порядок формування уряду в значній мірі визначається формою правління. Загально прийнято виділяти позапарламентську та парламентську моделі формування уряду, які мають різні варіації. Перша має місце за президентської форми правління, інші за дуалістичної та парламентської форми правління. Треба мати на увазі, що формування уряду слід розглядати у контексті парламентського контролю, а тому не можна погодитися із позиціями С. Кашкіна та А. Черкасова, які розглядають як позапарламентську модель формування уряду з дуалістичними формами правління⁴⁷⁴.

Позапарламентська модель характерна тим, що глава держави фактично одноосібно формує склад уряду. Наприклад, в США персональний склад адміністрації формується «за згодою і порадою» Сенату, однак при цьому головна роль належить президентові. Головна ознака у такому випадку полягає в тому, що згідно з жорсткою моделлю поділу влади, парламент не має повноважень контролю за діяльністю уряду.

⁴⁷⁴ Страшун Б.А. (ред.) *Конституционное (государственное) право зарубежных стран.* В 4-х т. Т. 2. 286-287.

Парламентська модель характерна тим, що процедуру формування уряду слід розглядати в контексті парламентського контролю. За загальним правилом, глава держави призначає главу уряду, по відношенню до якого є підстави вважати, що він і очолюваний ним уряд будуть користуватися довір'ям парламенту або його нижньої палати. Отримавши мандат, глава уряду формує склад уряду і представляє його разом із програмою діяльності на затвердження парламенту. У Німеччині Бундестаг повинен обрати Федерального канцлера за пропозицією Федерального президента, а якщо це не вдається, то може зробити свій вибір на власний розсуд упродовж 14-денного строку.

Класичною моделлю такої процедури можна вважати британську. Під час формування уряду велику роль може відіграти монарх, який пропонує після консультацій парламентові главу уряду – представника лідера парламентської більшості. Однак і в цьому випадку глава держави використовує свої «сплячі» прерогативи. У середині 1950-х рр. у Великій Британії мало місце те, що монарх не дотримався цієї конвенційної угоди і призначив главою уряду «довірену» особу, яка і сформувала уряд. Головним в цьому випадку є те, що парламент може виразити урядові вотум недовіри або не підтримати його програму, «не провести» рішення уряду, що має своїм наслідком його відставку.

Якщо партія або коаліція не володіють підтримкою більшості парламенту, то можливі інші варіанти формування уряду. Тому у такому випадку процес формування уряду може затягуватися і його наслідки не відображають результатів парламентських виборів. Зокрема, така практика у Нідерландах характеризується як така, що «можна виграти вибори, але програти процес формування уряду». Подібна ситуація спостерігається у Австрії, Данії, Італії, Бельгії.

У цій групі країн процесу формування уряду передують консультації глави держави з лідерами крупних парламентських фракцій, головами палат парламенту і прем'єр-міністром, що йде у відставку. Для цих країн характерною є важлива роль форматора і інформатора у процесі формування уряду. Форматор забезпечує підбір кола потенційних членів уряду, яке здатне бути підтриманим парламентською більшістю. Якщо форматор успішно справляється із своїм завданням, то він, як правило, стає прем'єр-міністром. Основним завданням інформатора є проведення консультацій з метою виявлення реальної розстановки сил у парламенту і визначення кандидатури можливого форматора. Інформатором звичайно стає прем'єр-міністр, що йде у відставку, або який-небудь парламентарій без чітко виражених політичних амбіцій, але що має значний політичний авторитет⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Там само 628-629.

Під час формування коаліційних урядів політичні партії, що входять у коаліцію, делегують своїх представників в уряд відповідно до визначеної за результатами консультацій між головами відповідних парламентських фракцій та главою держави квоти. За допомогою цього механізму забезпечується розподіл міністерських портфелів між ними.

В умовах коаліційних урядів прем'єр-міністр інколи не в змозі ефективно контролювати підбір кандидатур на пости міністрів навіть від своєї політичної партії. Наприклад, в Італії це було характерно у період, коли прем'єр належав до колись найбільшої в країні Християнсько-демократичної партії. Вона сама по собі складалася із цілого ряду фракцій, які посилали своїх представників в уряд, який все більше перетворювався на своєрідний «комітет делегатів від фракцій». Подібна роздробленість не могла не підривати кабінет зсередини, оскільки лояльність міністрів по відношенню до своєї партії або фракції переважала над лояльністю до уряду в цілому. В Україні такого роду ситуація спостерігалася при прем'єрі В. Ющенкові, кабінету якого парламентом було оголошено резолюцію недовіри, оскільки фракції, які у процесі його формування змінили своє ставлення до політичного курсу прем'єр-міністра, а також деяких його міністрів.

У країнах північно-західної Європи отримав своє поширення принцип «негативного парламентаризму», відповідно до якого уряд, як правило, не зобов'язаний отримувати позитивний вотум довіри від парламенту і може діяти до тих пір, поки парламент більшістю своїх голосів не відмовить йому у своїй довірі. Таким чином, якби першопочатково презумується, що кабінет користується довірою парламенту, внаслідок чого не уряд повинен доводити свою підтримку парламенту, а навпаки, парламент зобов'язаний доводити, що він більше не терпить уряд. Такого роду правила сприяють формуванню урядів меншості, що, в кінцевому результаті, забезпечує безперервність функціонування державного механізму, роблячи його більш гнучким і стійким до різних змін у співвідношенні сил на внутрішньополітичній арені. Такого роду механізм формування урядів спостерігається в Україні, оскільки, окрім урядів В. Ющенка та В. Януковича, кабінети формувалися в результаті консультацій між Президентом

том України, головами впливових парламентських фракцій та прем'єр-міністром, що йшов у відставку.

Згідно зі ст. 114.3 Конституції України уряд формується шляхом призначення на посаду Прем'єр-міністра Верховною Радою за поданням Президента кандидатури, що була запропонована парламентською фракцією або її коаліцією, якщо до неї входить більшість депутатів від конституційного складу парламенту. Такий порядок формування уряду зумовлений режимом парламентаризму. Це пов'язано з тим, що персональний склад уряду формується подвійним шляхом: Верховна Рада призначає міністрів оборони та зовнішніх справ за поданням Президента, а всіх інших міністрів – за поданням Прем'єр-міністра. Отже, інвеститура уряду залежить від консультацій між Президентом, Головою Верховної Ради, представниками парламентських фракцій, які утворюють більшість від конституційного складу парламенту. Необхідною умовою завершення інвеститури є затвердження парламентом Програми діяльності уряду. Однак в умовах низької правової і політичної культури інвеститура уряду, як правило, затягується.

8.4. Виконавча влада: концепція Regulatory State

8.4.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному праві

Цей концепт виникає для обґрунтування втручання держави в економіку та вирішення низки питань, пов'язаних із встановленням доволі мінливих технічних, медичних, фітосанітарних правил. Такого роду питання є доволі проблематичними з точки зору регулювання на рівні закону, до якого ставляться вимоги юридичної визначеності та передбачуваності як компонентів верховенства права. Проблема легітимності регуляторних актів держави виникає у зв'язку із делегуванням законодавчих повноважень парламентом уряду та ефективністю судового контролю над регуляторними актами виконавчої влади.

i) Принцип конституційної державності полягає у забезпеченні інтенсивності правового регулювання з метою належного забезпечення прав людини та полягає у таких основних моментах.

а) Якість закону. Закон повинен регулювати всі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Повнота законодавчого регулювання дося-

гається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домогань та повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні мають бути вичерпно передбачені підстави для обмеження прав людини. У самому конституційному тексті не мають бути присутні положення про те, що законом можуть запроваджуватися додаткові обмеження прав людини, зокрема, обмеження процесуального характеру.

б) *Неконституційність законодавчого утиснення (недогляду)*. Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки чітко визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

в) *Законодавство і соціальні права*. У сфері соціальних прав законодавство конкретизує інституціональні та процесуальні заходи щодо їх забезпечення. Наприклад, задля цього відповідні положення Конституції України слід відредагувати, керуючись положеннями Європейської соціальної хартії (переглянутої). Конституція України має конкретизувати положення цієї Хартії, що стосуються:

- 1) критеріїв конкретизації положень Конституції і Хартії у технічних і фітосанітарних правилах, правилах безпеки тощо;
- 2) позитивних обов'язків держави забезпечувати належну діяльність соціальної інфраструктури, зокрема, достатньої мережі відповідних закладів на засадах довіри і доступності;
- 3) впровадження програм соціального і медичного страхування, підтримки дієвості мережі відповідних публічних і приватних закладів та дієвості надання соціальної допомоги;
- 4) визначити основні критерії поняття «достатній життєвий рівень» відповідно до принципів поваги до гідності людини, субсидіарності та пропорційності.

г) *Парламентський контроль*. Парламентський контроль над виконавчою владою є важливим напрямом забезпечення конституційності у діяльності виконавчої влади. Окремим напрямом є парламентський контроль над поліцією та спецслужбами щодо застосування заходів, спрямованих на обмеження конституційних прав на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла та іншого володіння особи, недоторканність корес-

понденції та інших засобів комунікації приватних осіб є важливою конституційною гарантією. Цього можна досягти шляхом упровадження обов'язкових щорічних парламентських слухань щодо застосування судами за зверненням поліції і спецслужб обмежень щодо названих вище конституційних прав та обов'язкового звітування цих органів влади⁴⁷⁶.

д) *Права людини та регуляторна і соціальна політика уряду.* Згідно із доктриною стверджувальних дій держави, гідність людини, зокрема, полягає у забезпеченні адресної соціальної допомоги, захисту меншин від утисків більшості та забезпечення вирівнювання прав меншин.

1) *Свобода розсуду і регуляторна політика.* Свобода розсуду означає насамперед обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає у конкретизації положень закону у світлі його цілей і завдань. Під час конкретизації законів чи виконання вимог органу вищого рівня має бути ухвалене рішення, засноване на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутність змісту основного права не може бути порушена під час здійснення заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду не означає свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому.

2) *Свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка соціальної інфраструктури.* Так само, залежно від соціальної інфраструктури, публічна адміністрація, наприклад Пенсійний фонд України, має конкретизувати положення закону, спрямовані на забезпечення функцій соціального забезпечення. Наприклад, у разі настання надзвичайних економічних обставин, можна визначити такий правовий режим обмеження соціальних прав. Уряд ініціює слухання у парламенті про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Уряд щоквартально має звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини.

ii) *Адміністративне право як ідея врегулювання.* Якісно по-новому сьогодні звучать можливості органів публічної влади регулювати певні сфери суспільного життя. У цьому руслі практикою Європейського суду з прав людини вироблено розуміння законодавства, яким охоплюється конституція,

⁴⁷⁶ Див.: *Klass and Others v. Germany, Big Brother Watch v. UK.*

міжнародні договори, закони та підзаконні акти, ухвалені компетентними органами влади, а також усталена судова практика. На основі цих положень уряд та публічна адміністрація можуть врегульовувати певні питання суспільного значення на основі закону з метою його конкретизації та деталізації, особливо у ситуаціях, коли питання має суто технічне значення чи пов'язане із втручанням у ринкові процеси, які є динамічними та мінливими і їх недоречно регулювати на рівні закону.

Німецькі адміністративісти Ріхтер та Шуперт виділяють такі загальні критерії правового змісту актів адміністрації: а) принцип законності, з якого випливає верховенство закону та заснованість правових актів адміністрації на законі як формального парламентського акта; б) зв'язаність правом і свобода дій адміністрації у випадку наявності положень закону програмного характеру, що зумовлює його конкретизацію в адміністративних актах, невизначених правових понять та свободу розсуду⁴⁷⁷.

Конкретизація і деталізація законів ґрунтується на абстрактному характері положень законодавчих актів, які мають бути достатньо гнучкими і придатними до застосування на практиці або підлягають конкретизації відповідно до засад диференціації правового регулювання⁴⁷⁸:

«Якщо нормотворення здійснюють органи, які, з юридичного погляду, належать до організаційної сфери держави, то до процедури принципово застосовуються ті самі вимоги принципів законності, наявності легітимациї та пов'язаної з ними вимоги прозорості й зваженості, яких так само треба дотримуватися й у прийнятті постанов або адміністративних приписів. Також у стосовно вагомій ролі експертів слід забезпечувати такий рівень відповідальності за рішення, який притаманний легітимованим посадовим особам. Значне віддалення від експертних органів є виправданим тільки в тому разі, якщо вони відповідають передбаченій організаційним правом вимозі консистентності».

У цьому відношенні регуляторні акти публічної адміністрації поділяються на: а) загальні, в рамках яких регулюються питання ліцензування, відкриття або закриття сфери підприємницької діяльності; б) спеціальні, які спрямовані на конкретизацію положень законів, що регулюють діяльність незалежних ре-

⁴⁷⁷ Ріхтер И., Шупперт Г.Ф. (2000) *Судебная практика по административному праву*. Москва: Юрист 127.

⁴⁷⁸ Ебергард Шмідт-Ассманн. (2009) *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні завдання та засади систематики адміністративного права*. 2-е вид. Київ: К.І.С. 379-380.

гуляторних органів держави, а тому потребують здійснення парламентського контролю за використанням цих прерогатив з метою недопущення зловживань та попередження і припинення порушень прав людини.

Вирішальним при цьому стає, як пише Ебергардт Шмідт-Ассманн⁴⁷⁹, сфера відповідальності, яка складається не лише з окремих предметних завдань, як із способів діяльності, ресурсів, процедур та організаційних зв'язків, а також форм вияву адміністративної самостійності, яка, зокрема, проявляється в:

- а) публічному адмініструванні, яке забезпечує виконання адміністративних актів;
- б) плануванні публічного адміністрування, що сприяє передбачуваності та системності у досягненні цілей і завдань діяльності органу влади;
- в) публічному адмініструванні з надання публічних послуг, спрямованих на посилення економічної активності та захисту стратегічно важливих галузей національної економіки;
- г) використанні публічних підприємств в економічній діяльності, якщо це відповідає стратегічним економічним інтересам держави;
- д) процедурній забезпеченості компетентних органів держави у досягненні цілей забезпечення економічного добробуту населення.

8.4.2. Делегування законодавчих повноважень

Делегування повноважень стосовно економічного розвитку перебувають у зв'язку з природою економічних процесів, які є доволі динамічними та спонтанними, виражаючи сутність свободи. Ідея делегування базується на звільненні регулювання економічних процесів від політичного впливу та передачі регуляторних функцій незалежним публічним агентствам та органам влади, які є вільними від мінливих політичних чинників та ґрунтуються на професіоналізмі підготовки регуляторних актів.

і) Законодавче делегування. Якщо має місце делегування законодавчих повноважень парламенту, то акт про делегування має передбачати принаймні такі елементи: а) обсяг та предмет делегування; б) адресат та порядок здійснення ним делегованих повноважень; в) строк і порядок припинення делегованих повноважень; г) контроль та звітування щодо здійснення делегованих повноважень. Таке делегування найчастіше здійснюється урядові. Наприклад, воно часто практикується у Франції, Сполученому Королівстві.

⁴⁷⁹ Там само. 236, 232-234.

ii) *Делегування повноважень, визначене у законі.* Тут мова йде про закони, які мають переважно рамковий характер, доручаючи виконавчій владі врегулювати деталі у відповідному правовому акті, який має регуляторний характер, визначаючи більш детальні та конкретні правила. Власне кажучи, конкретизація закону і зумовлює природу таких актів як регуляторних. Регуляторні акти мають ухвалюватися на основі закону, згідно із законною метою та надавати певні варіанти для здійснення повноважень органами публічної адміністрації. За таких умов, важливим є встановлення певних національних стандартів адміністративних процедур, зокрема через кодекс, як це має місце в Польщі.

Як стверджується у відомому компаративному дослідженні, делегування повноважень має в собі такі три моменти.

По-перше, делегування може відображати інтереси самих законодавців, які делегують розробку деталей певних процедур профільним фахівцям. З іншого боку, народні представники, доручаючи розробку деталей, все одно залишають за собою прерогативи з контролю за діяльністю агентства. Вони можуть віддати перевагу, щоб адміністрування агентств підлягало судовому контролю, зокрема шляхом подання приватними особами позовів проти агентств.

По-друге, делегування є способом передачі завдання зі складного вибору професійним бюрократам, представляючи компроміс, коли політики хочуть прийняти закон у певній сфері, але не можуть погодитися на деталі через конфлікт між політичними групами. Як правило, законодавці делегуватимуть реалізацію політики з концентрованими витратами та розмитими вигодами, щоб перекласти тягар складного вибору саме на ці незалежні установи. І навпаки, коли концентруються виплати та витрати розходяться, законодавчий орган хоче вказати самих бенефіціарів цих заходів.

По-третє, ступінь делегування може залежати від того, чи вирівняні інтереси виконавчої та законодавчої влади. У президентській системі бюрократи можуть отримувати більшу свободу дій під єдиним урядом. Конгрес США готовий делегувати більше влади, чим менше він вважає, що здійснення цієї влади розходиться зі своїми перевагами. Якщо деякі агенції, такі як Федеральна торгова комісія, є незалежними від прямого президентського контролю, то законодавчий орган може дати таким установам більше свободи вибору, порівняно з виконавчими органами. У парламентській системі кабінет може запропонувати законодавство, що делегує владу впевнене, що підтримуюча коаліція в законодавчому органі зазвичай вносить урядові законопроекти⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Michel Rosenberg and Andras Sajo (2013) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 673-674.

8.4.3. Належна правова процедура та регуляторна держава: роль незалежних агенцій

Сьогодні спостерігається тенденція до поглиблення поділу влади всередині виконавчої влади, за якої спостерігається діяльність незалежних від уряду установ та агенцій держави, які побудовані на засадах кар'єрної і професійної публічної служби. До цих органів належать як національні банки, антимонопольні комітети, так і незалежні регуляторні агентства енергоринку чи теле- і радіокомпаній тощо, на які поширюються вимоги транспарентності та інклюзивності (залучення до процесу ухвалення рішення широкого кола заінтересованих осіб).

Гарантії незалежності публічних агенцій та законодавчо врегульована процедура їх діяльності розглядаються як основа здійснення повноважень та їх регуляторної діяльності. Запровадження системи незалежних від уряду та підконтрольних парламентові публічних агенцій по-різному обґрунтовувалася в літературі. В її основі лежить ідея розмежування політичної діяльності та публічного адміністрування.

На думку Дж. Свари, дихотомічна модель політики – адміністрація заснована на ідеї демократичного контролю та принципі верховенства права. Політичний курс повинні визначати вибрані демократичним шляхом посадові особи, а виконувати – управлінці. Поділ цих двох гілок обмежує можливості корупції та збільшує ефективність їх діяльності, на яку може негативно вплинути надмірне втягнення політиків у деталі механізму управління.

Один із політиків, який запровадив систему політика – адміністрація, В. Вільсон намагався швидше посилити незалежність чиновників-управлінців і захистити їх від втручання політиків, ніж обмежити їх участь у процесі розробки політичного курсу.

Веберівська теорія бюрократії також може бути інтерпретована таким чином. Головним завданням Вебера було не забезпечення переваги політиків над бюрократією, а, навпаки, усунення можливості узурпації адміністративної влади політичними лідерами.

Абербах, Рокман і Путнам виділяють три моделі політико-адміністративних відносин: 1) вже розглянуту модель політика – адміністрація; 2) модель обмеженої участі чиновників у формуванні політичного курсу, яка передбачає надання експертної оцінки на основі своїх знань та інформації, у той час як політики виробляють систему соціальних цінностей і мають більше можливостей для політичного маневру; 3) третя модель передбачає участь у політиці як

політиків, так і чиновників; 4) змішана модель передбачає, що розмежування між ступенем участі політиків та державних службовців у процесі формування політичного курсу поступово нівелюється і спостерігається тенденція до зближення обидвох груп⁴⁸¹.

Незалежна публічна адміністрація запроваджується для ухвалення рішень регуляторного характеру на конкретизацію і деталізацію положень законів. Це може бути зумовлене необхідністю надання свободи розсуду публічній адміністрації для врегулювання економічних питань, які потребують залучення експертного середовища та пов'язаних із досягненням науково-технічного прогресу, застосуванням ринкових механізмів формування цін і тарифів тощо. Тому тут на перший план виходять процесуальні процедури, пов'язані із формуванням цих органів влади та зміщення з посад за умови додержання стандартів ретельного розслідування обставин порушення ними стандартів безсторонності і незалежності під час ухвалення рішень. Також має значення регулювання в законі або в кодексі адміністративних процедур порядку розробки та розгляду проєктів регуляторних актів, їх прийняття та оприлюднення. У зв'язку із цим має існувати задовільна система оскарження та судового перегляду регуляторних актів.

8.4.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава

Оскільки регуляторна діяльність пов'язана тісно зі здійсненням економічних свобод, то існують різноманітні моделі втручання держави в особі незалежних агентств у їх здійснення, які потребують свого обґрунтування у світлі засад поваги до прав людини та пропорційності. Більшістю цих питань опікується такий напрям наукових досліджень, який, згідно із Джеймсом Б'юкененом, отримав назву «конституційна економіка».

i) Концепція трансакційних видатків Річарда Коуза. Ця теорія⁴⁸² ґрунтується на тому, що будь-яка угода потребує певного часу і зусиль, що має матеріальний вимір і впливає на кінцеву ціну продукту, послуги чи товару на ринку. З точки зору правового регулювання теорія трансакційних видатків Коуза означає принаймні такі речі: а) правове регулювання контрактів та гарантії їх додержання, зокрема реєстрацію операцій з нерухомістю; б) правове регулювання, пов'язане із ліцензуванням певних видів економічної діяльності, квотуванням виробництва певних видів продукції, надання дозволів на будівництво чи сертифікацію товарів, послуг. Згідно з цією теорією, втручання держави має бути

⁴⁸¹ Т. Верхейн (ред). (2001) *Политико-административные отношения: кто стоит у власти?* Москва: Права человека 6-7.

⁴⁸² Коуз Р. (1993) *Фирма, рынок и право.* Москва : Дело.

збалансованим, оскільки порушення балансу втручання в економічні свободи є джерелом корупції, а також сповільнення економічного розвитку. Разом з тим, ця теорія також пояснює породження корупції як соціального інституту, який знижує трансакційні видатки, що пов'язано із постколоніальним минулим чи подоланням авторитарних практик правління.

ii) *Вартісна теорія Річарда Познера.* Згідно із Р. Познером⁴⁸³, в основі економічного аналізу конституції лежить аналіз допустимих меж втручання держави у сферу економічних свобод шляхом з'ясування цілей і принципів конституції, принципу поділу влади, прав людини, зокрема з точки зору вимог їх процесуальних гарантій (належна правова процедура) та проблема обґрунтованості рішень органів публічної влади з точки зору їх правової визначеності та додержання вимог процедури.

На подібній позиції також стоять Нільс Петерсен та Емануель Тоуфай⁴⁸⁴, які розглядають в такій якості конституційні цілі з обмеження влади та гарантій прав людини як критерію втручання в економічні свободи з боку держави. Принцип пропорційності розглядається ними як сутнісна характеристика ступеня втручання держави в економічні свободи, наслідком чого є визначення сутнісного змісту економічних свобод, який за жодних умов не може бути порушений. Також розглядається принцип рівного ставлення до кожного як нормативна основа правового регулювання економічних свобод та запобігання дискримінації, зокрема, щодо гарантування свободи конкуренції, обмеження монополізму та забезпечення рівного доступу до ресурсів та рівного і справедливого розподілу ресурсів. Автори покладають додержання зазначених вимог як основу стандартів правового регулювання економічних свобод.

iii) *Теорія цінностей Джеймса Б'юкенена.* На відміну від попередніх концепцій, Б'юкенен розглядає втручання в економічну систему насамперед з точки зору визнання певних цінностей, які служать основним критерієм правомірності рішень публічної адміністрації⁴⁸⁵. Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в межах

⁴⁸³ Познер, Р. (2004) *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. Санкт-Петербург 829-838.

⁴⁸⁴ Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. (2015) *Economic Methods and legal reasoning*. University of Muenster 1-17.

⁴⁸⁵ James M. Buchanan. (1977) *Between Anarchy and Leviathan*. Chicago University Press; Geoffrey Brennan and James M. Buchanan. (2008) *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. Academic.

економічних циклів⁴⁸⁶. На циклічній природі економічних процесів наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв⁴⁸⁷. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоетичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що слугує запобіганням випадків ентропії у формуванні правил⁴⁸⁸, що у законотворенні означає надмірне втручання держави в економічні свободи у формі численних суперечливих правових актів, маса яких накопичується і ускладнює ділову та економічну активність акторів. Насамкінець, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними⁴⁸⁹.

8.4.5. Судовий контроль та регуляторна держава

Саме заснування незалежних регуляторних агентств передбачає, що суперечності щодо законодавчого регулювання та його конкретизації у регуляторних актах визначається через судовий перегляд відповідних правових актів. Це доволі складне питання поглиблюється різноманітністю моделей конституційного контролю та організації судів загальної юрисдикції. За континентальної системи права судовий контроль розподіляється між конституційною та загальною судовими юрисдикціями. Однак у судових системах, де акти публічної адміністрації підконтрольні адміністративній юрисдикції, існують переваги, які пов'язані із обов'язком доказування незалежними агентами правомірності своїх рішень, на відміну від систем із цивільною юрисдикцією, в яких тягар доказування лежить на стороні, яка стверджує про наявне правопорушення.

⁴⁸⁶ Йозеф А Шумпетер, (2011) *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу*. Видавничий дім «Києво-Могилянська академія» 21 і наст., 203 і наст.

⁴⁸⁷ Фернан Бродель, (1997) *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст.* Том 3: Час світу. Київ: Основи; Н.Д. Кондратьєв, (2002) *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения*. Избранные труды. Москва, Экономика.

⁴⁸⁸ Луман Ніклас. (2004) *Общество как социальная система*. Москва: Логос 29, 67.

⁴⁸⁹ Томаш Седлачек, (2017) *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гьльгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева.

8.5. Суди

8.5.1. Судова влада як порядок вирішення спорів про право

У демократичному суспільстві суди виконують функції з вирішення спорів про право, забезпечують захист основних прав і свобод від свавільних дій публічної влади та накладають певні обмеження на приватних осіб у випадку порушеннями ними правових приписів. Соціальна роль суду зумовлена необхідністю забезпечення верховенства права – стандартів ухвалення рішень, згідно з якими всяка публічна влада є зв'язаною правом та основними права і свободами людини. При цьому суд здійснює контроль над правильним застосуванням закону, який повинен відповідати ustalеним у суспільстві правовим цінностям, насамперед конституції. На рівні конституційного права основна функція судової влади полягає у забезпеченні конституційності, що втілюється у діяльності органів конституційної юрисдикції і судів вищих інстанцій.

В основі судової влади лежить вирішення спорів про право, тобто це здійснення правосуддя. За допомогою спеціальних процесуальних засобів судова установа вирішує соціальний конфлікт або конкретну життєву ситуацію, тому правосуддя має конкретний характер. Таким чином, на відміну від законодавця, суд на основі закону і правосвідомості суддів, вирішуючи юридичну справу, виводить правовий зв'язок між звичаєм і нормою права, конкретизуючи зміст останньої та узгоджує практику відповідно до принципу верховенства права.

Залежно від тяжіння до політичних чи юридичних засобів забезпечення верховенства конституції виділяють слабкі та судові механізми захисту прав людини і основоположних свобод, які визначають політичний або судовий тип конституціоналізму (*judicial constitutionalism*)⁴⁹⁰. Якщо перший тип конституціоналізму акцентований на забезпечення принципу поділу влади, то другий – забезпеченню прав людини, що, у кінцевому рахунку, призводить до обмеження влади, владної сваволі. Водночас перехідні, слабкі типи конституційного контролю (*weak-form constitutional review*) притаманні перехідним типам конституціоналізму із слабкими, партикулярними політичними партіями та слабким судовим контролем. Власне, мова йде про середовища перехідних типів конституціоналізму (Латинська Америка, пострадянські країни, деякі країни з ісламським конституціоналізмом), де лише кристалізується незалежність судової влади як основи судового конституційного контролю. Для

⁴⁹⁰ Tushnet M. (2013) The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review. 12(14) *German Law Journal* 2250 (2249 – 2263).

перехідних форм конституціоналізму притаманною є залежність судової влади від свободи розсуду політичних інститутів, насамперед виконавчої влади і парламенту.

Здійснюючи правосуддя, судові установи є зв'язаними правом. Це означає, що суди вирішують правові спори виключно на основі закону та за встановленою процедурою. Важливою складовою для належного виконання функції правосуддя є обов'язковість судових рішень, які мають силу закону. Таким чином, судова влада слугує правовим інструментом забезпечення балансу між органами публічної влади шляхом здійснення контролю над їх правовими актами і діями.

Судова влада виступає організацією і порядком вирішення спорів у суспільстві за належною правовою процедурою на засадах верховенства права і справедливості. Правосуддя здійснюється професійними юристами, уповноваженими розглядати спори про право, – суддями та у визначених законом випадках представниками народу – присяжними, шефенами тощо. Суддя як носій судової влади забезпечується гарантіями незалежності. Можна виділити принаймні такі ознаки судової влади.

1) *Судова влада як правовий порядок організації вирішення соціальних конфліктів.* Держава володіє різними засобами вирішення соціальних конфліктів, серед яких найпоширенішими є політичні і правові. Юридичним засобом вирішення соціальних конфліктів і виступає саме правосуддя як форма організації судової влади. Під час здійснення конституційної юстиції відчувається найтісніший зв'язок між правом і політикою. Конституційні суди, вирішуючи конфлікти між конституційними органами влади, вводять політичний процес у правові межі шляхом визнання неконституційними правових актів цих органів та інтерпретуючи конституцію. Оскільки конституційне право є за своїм змістом політичним, то завданням конституційного суду є зведення політичного процесу у правові межі та визначення правових аспектів діяльності конституційних органів влади. Суди загальної юрисдикції також не вправі розглядати спори політичного характеру.

2) *Здійснення судової влади за допомогою процесуальних засобів.* Суд діє в межах належної правової процедури і не може довільно ухвалювати рішення. Вирішення спорів про право у межах встановленої процедури створює належні гарантії від зловживань та відкритого, публічного розгляду справи. Закон встановлює процесуальну форму здійснення судочинства, залежно від якої існує судова спеціалізація (адміністративне, цивільне, комерційне, кримінальне тощо).

Процесуальна форма судочинства дозволяє вирішувати соціальні конфлікти виключно правовими засобами, що мінімізує можливість зловживань, у порівнянні з органами виконавчої влади. Навпаки, за допомогою процесуальних засобів забезпечується судовий контроль за правомірністю дій уряду та адміністрації. Серед таких засобів правового захисту особливе значення має адміністративний позов про оскарження правових актів і дій суб'єктів владних повноважень. Процесуальна форма має важливе значення у кримінальному судочинстві, недодержання якої унеможливає належне розслідування кримінальних справ.

3) *Правосуддя є основною функцією судової влади.* Судові установи – це єдині установи, які наділені повноваженнями здійснювати контроль над діями публічної влади. Критерієм такого контролю є або конституція, або закон, на основі яких суд приймає рішення про свавільний характер або обґрунтованість (конституційність, законність) актів, дій або претензій про наявність або відсутність порушення прав і свобод людини⁴⁹¹. На думку проф. Юрія Тодики, метою правосуддя є захист конституційного ладу, прав і свобод громадян, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, незалежно від форм власності⁴⁹².

4) *Судова влада має інцидентний і конкретний характер.* Особливістю діяльності судів є те, що вони можуть реалізувати свої повноваження лише за зверненням уповноваженої особи. Відкриття провадження у справі за власною ініціативою судом розглядається як несправедливе і упереджене здійснення суддівських повноважень. Неприпустимість розгляду справи судом за власною ініціативою є гарантією належної правової процедури, оскільки гарантує арбітраж у залагодженні соціального конфлікту, вирішенні спору про право. Після ухвалення Акту про права людини у Великій Британії посилюється тенденція впливу *common law* (загальне право судів) на *statutory law* (законодавство парламенту), оскільки у такий спосіб суди загального права покликані захищати права людини як основоположну конституційну цінність⁴⁹³. У континентальній (романо-германській) конституційній системі інцидентність судової влади означає не лише розгляд справ судами за ініціативою заінтересованих осіб, а й недопустимість застосування закону або

⁴⁹¹ Юдин Ю.А., Чиркин В. Е. (ред.) (1996) *Сравнительное конституционное право*. Москва: Манускрипт 643.

⁴⁹² Тодика Ю.М., Журавський В.С. (ред.) (2002) *Конституційне право України*. Київ: Ін Юре 439.

⁴⁹³ Hiebert, Janet L. (2013) The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty. 12(14) *German Law Journal* 2269-2273 (2253-2274).

міжнародного договору, що суперечить конституційному порядку. Зокрема, стаття 95.2 Конституції Чехії та стаття 100(1)–(2) Основного Закону ФРН зобов'язують суддю, у разі виявлення закону чи міжнародного договору, що суперечить конституційному порядку, передати розгляд цієї справи до Конституційного суду.

Важливим завданням суду є дослідження фактичних обставин справи і правильне застосування закону. Вирішуючи соціальний конфлікт, суд вирішує питання про усталену практику однорідних відносин, з'ясовує існуючі звичаї, що стосуються істотних обставин справи, враховує загальний рівень правосвідомості і моральності в суспільстві. При цьому докази, одержані з порушенням правил належної правової процедури, є неприйнятними і не можуть бути покладені в основу судового рішення. Згідно з принципом розслідування, суд несе позитивний обов'язок дослідити всі істотні обставини справи і, всебічно й об'єктивно їх дослідивши, прийняти справедливе й неупереджене рішення.

5) *Судова влада здійснюється через уповноважених носіїв* – професійних суддів та представників народу. Зокрема, Конституція Чехії визначає, що правосуддя здійснюється не лише професійними суддями (ст. 93), а також іншими громадянами (ст. 94.2). Основний Закон ФРН у статтях 97 і 98 визначає конституційні межі правового статусу професійних суддів, які конкретизуються федеральним законом, а щодо суддів у федеральних землях – законодавством земель. Основний Закон визначає, що професійні судді призначаються на посади за рішенням компетентного федерального міністра разом із комітетом з виборів суддів, який складається із компетентних галузевих земельних міністрів та рівного числа членів, що обираються Бундестагом (стаття 95(2)). Здійснення правосуддя професійними суддями створює гарантії додержання справедливого і безстороннього розгляду судом правового спору виключно на основі закону та правосвідомості осіб, які постановляють судові рішення.

Режим однакового застосування є вкрай важливим для належного захисту прав і свобод людини. Він сприяє правовій безпеці індивіда, який може планувати свою діяльність і розраховувати на те, що, у випадку порушення його прав і законних інтересів, органи влади і суди будуть діяти передбачувано, відповідно до встановленого порядку. Суд є посередником у конфлікті між публічною владою і громадянином, тобто він є останнім прихистком у випадку вчинення органами публічної влади чи посадовими особами свавільних дій проти приватних осіб. Критерієм правильного застосування законодавства є конституційність. Відповідно до цього, суди загальної юрисдикції, здійснюючи правосуддя, покликанні застосовувати конституційні положення як норми прямої дії.

Судова влада є найбільш вразливою у системі публічної влади, оскільки судові установи утримуються із державного бюджету і судді повинні отримувати гідну винагороду. Незалежність суддів також вразлива через саму процедуру формування суддівського корпусу та широкої можливості законодавчої і виконавчої влади маніпулювати цим процесом. Незалежність правосуддя пов'язана із нерозривною єдністю інституційно-організаційної та самостійності судових установ й окремих суддів по відношенню до інших державних або громадських органів, що втілюється у формуванні відособленої та самоврядної судової системи і заборонаю іншим державним органам здійснювати функції правосуддя або втручатися в нього (пп. 1, 3-5, 7 Основних принципів незалежності судочинства 1981 р.)⁴⁹⁴. Влада не повинна втручатися у діяльність суду і перешкоджати виконанню рішень суду (п. 2 Монреальської декларації з незалежності судочинства 1983 р.)⁴⁹⁵.

У п. 1 Основних принципів незалежності суддів, затверджених резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 40/32 від 29 листопада 1985 р. та № 40/146 від 13 грудня 1985 р., встановлено вимогу, відповідно до якої, незалежність суддів повинна бути гарантована державою і закріплена в її конституції та законах; уряд й інші установи зобов'язані поважати принципу незалежності суддів і дотримуватися його. Рекомендація N R (94) 12 Комітету міністрів Ради Європи «Незалежність, дієвість та роль суддів» містить положення про те, що виконавча і законодавча влади повинні гарантувати незалежність суддів та утримуватися від кроків, які б могли поставити її під загрозу.

Отже, будь-яка судова установа виступає відособленим, самостійним органом правосуддя. Судова незалежність – це право і обов'язок судді бути незалежним від будь-якого тиску, обмежень, втручань, погроз чи інших будь-яких форм впливу. Незалежність судової влади та її носіїв у цьому контексті є безсторонністю та підкореністю під час здійснення правосуддя тільки закону (пп. 2, 4-7 Основних принципів).

8.5.2. Моделі судової системи та їх основоположні принципи

Сукупність органів судової влади складають судову систему. Судові органи влади організовані таким чином, щоб забезпечити доступ приватних осіб до правосуддя і їх можливість оскаржити судові рішення.

i) Судові системи не побудовані на відносинах субординації між суда-

⁴⁹⁴ Основные принципы независимости судебной власти. Бекяшев К.А. и Ходаков А.Г. (сост.) (1996) *Международное публичное право. Сборник документов* в 2-х т. Москва, т. 2, 124-125.

⁴⁹⁵ Мартиненко П. (1998) «Право гаманця» і незалежність суду. *Юридичний вісник України*, 1998, 9-15 квітня.

ми нижчого і вищого рівня. Основою відносин між судами нижчого і вищого рівня є інцидентний характер судочинства – суд вищого рівня може переглядати рішення нижчестоящего суду лише за зверненням сторони у справі або третіх осіб, якщо судові рішення стосується їхніх прав та інтересів, захищених законом. Можливість перегляду судового рішення за ініціативою посадової особи (наприклад, прокурора), якщо це не стосується державних інтересів, є правом-привілеєм. Можливість такого функціонального зв'язку між судами нижчого і судового рівня суперечить принципу верховенства права, нівелює незалежність судів, створюючи небезпеку для упередженої правової позиції під час ухвалення рішення судом. Це право-привілей є джерелом правової невизначеності. Воно порушує принцип обов'язковості судових рішень, оскільки вони можуть бути переглянуті у будь-який час після набрання ними законної сили.

Судова система у конституційному сенсі повинна бути організована таким чином, щоб гарантувати доступ приватних осіб до правосуддя. Доступність до судочинства впливає із позитивного обов'язку органів публічної влади забезпечити сприятливі процедури розв'язання соціальних конфліктів у суспільстві на основі права і справедливості. Сама по собі судова процедура є дорогою, оскільки вона може бути тривалою за часом та затратною у матеріальному плані. Це зумовлює обмеження у використанні особою права на судовий захист. Тому судова система повинна бути організована таким чином, щоб дати можливість захистити права тим особам, які потребують реально правового захисту. З іншого боку, закон встановлює такі рамки права на звернення, щоб мінімізувати можливість зловживання правом на звернення особою або затягування процесуальних строків розгляду судом, адвокатом чи прокурором. Доступність правосуддя також не може опосередковано обмежуватись шляхом встановлення надзвичайно високих розмірів судових витрат чи особливих умов їх оплати.

Федеральний суд Швейцарії у 1887 р. повинен був дати оцінку правилу, відповідно до якого, у випадку подання апеляції у кримінальному судочинстві, необхідно було здійснити передоплату витрат у розмірі 180 франків. Федеральний суд постановив, що ця сума діє стримуючим фактором для малозабезпечених, на противагу особам, що мають достатньо фінансів. Це правило про передоплату витрат, «хоча зовнішньо і було однаковим для

*всіх громадян, але було, за своєю практичною дією, у різкому протиріччі» з принципом рівноправності*⁴⁹⁶.

Не завжди цілі правосуддя досягаються ефективно в межах судової системи. Оскільки здійснення правосуддя може тривати значний час і вимагати залучення значних фінансових ресурсів, то необхідною умовою для ефективного правового захисту є функціонування квазісудових установ – арбітражу, служб посередництва тощо. Зокрема, у сфері підприємницького права є поширеною практика арбітражу, яка під час укладення комерційного договору оформлюється у вигляді арбітражного застереження. Відповідно до цього, сторони вправі створити третейський арбітраж, який буде мати компетенцію щодо вирішення всіх спорів, пов'язаних із виконанням або невиконанням цього договору. Для цього функціонують авторитетні органи міжнародного комерційного арбітражу (наприклад, Стокгольм, Будапешт, Москва тощо).

Достатньою гарантією права на судовий захист є судовий контроль рішень органів комерційного арбітражу чи інших посередників. Це дає змогу зекономити як час, так і фінансові ресурси, залагоджуючи правовий спір, оскільки сторони звернулися до авторитетних і неупереджених фахівців у галузі права. Тому важливою є повага до рішень третейського арбітражу і належне виконання його рішень, оскільки вони за своєю природою є судовими рішеннями⁴⁹⁷.

Судову систему розкривають як сукупність усіх судів, яка побудована відповідно до їх компетенції, завдань і цілей та ґрунтується на конституційних засадах правосуддя⁴⁹⁸; складноорганізовані структури, що мають декілька рівнів автономії, розгалужену систему взаємозв'язків⁴⁹⁹; сукупність всіх видів судових установ, що взаємодіють, здійснюють правосуддя та інші правові функції у процесуальних формах⁵⁰⁰.

Отже, *судова система* – це організація судової влади на засадах спеціалізації, інстанційності та територіальності з метою забезпечення доступного і справедливого правосуддя та єдності судової практики за встановленою процесуальною формою.

1) *Види судових систем.* Судові системи поділяють на системи із внутрішньою та зовнішньою спеціалізацією. *Судові системи із внутрішньою спе-*

⁴⁹⁶ Екштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*. Москва: NOTA BENE 230.

⁴⁹⁷ Рішення КСУ № 3-рп/2004 від 24.02.2004 р.

⁴⁹⁸ Маляренко В.Т. (ред.) *Коментар до Закону про судоустрій України*. Київ 12.

⁴⁹⁹ Юдин Ю.А., Чиркин В. Е. (ред.) (1996) *Сравнительное конституционное право* 643.

⁵⁰⁰ Лазарев В.В. (ред.) (1999) *Конституционное право*. Москва 465.

ціалізацією не передбачають створення спеціалізованих судів. У складі суду одного рівня може бути спеціалізація між суддями щодо окремих категорій справ або у формі окремих судових колегій або палат щодо розгляду окремих категорій спорів (цивільна, кримінальна чи інші колегії). Це характерно для порівняно невеликих країн, а також у країнах із власними традиціями побудови судової влади. Таким чином була організована судова влада УРСР у складі СРСР.

2) *Судові системи із зовнішньою спеціалізацією* передбачають утворення автономних спеціалізованих судових установ, які складають своєрідну підсистему. У деяких зарубіжних країнах створено самостійні юрисдикції – адміністративна (Австрія, ФРН, Франція), фінансова (ФРН, Франція), трудова (ФРН), комерційна або господарська (ФРН, Росія). Також спостерігається тенденція по створенню квазісудових юрисдикцій у публічно-правовій сфері – податкової, військової, соціальної юстиції тощо.

Наприклад, в Україні засади судової полісистемності були закладені ще в часи СРСР з утворенням квазісудової юрисдикції – державного арбітражу, який був компетентний розглядати спори між господарюючими суб'єктами. Обриси реальної судової полісистемності стали оформлюватися коли арбітраж був реформований у арбітражні суди. Таким чином, сьогодні в Україні судова система є полісистемною, оскільки у системі судів загальної юрисдикції виділяються три самостійні судові юрисдикції – загальна, адміністративна та господарська. У свою чергу, загальні суди мають внутрішню спеціалізацію щодо вирішення цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. В апеляційних судах функціонують судові палати з цивільних і кримінальних справ, а в складі Верховного суду – судові палати у цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справах.

Територіальна організація судової влади, як правило, будується з метою забезпечення доступності правосуддя. Створення судових округів здійснюється таким чином, щоб забезпечити максимальне наближення судів до населення. При цьому дискутується, за яким принципом здійснювати створення судових округів: чи згідно з адміністративно-територіальним поділом, чи не потрібно такої прив'язки. У першому випадку говорять про зручність, оскільки населенню є зрозумілим підхід щодо утворення судових округів. З іншого боку, його недоліком є загроза незалежності суддів, оскільки місцеві органи влади можуть здійснювати на них тиск через обіцянки різного роду соціальних благ чи використовувачи посадове становище тощо. У другому випадку існує загроза забезпечення доступності правосуддя, але це компенсується більш незалежними позиціями суду.

Поняття та види судових інстанцій. Організація судової влади повинна забезпечити належні гарантії права на оскарження судових рішень. Відповідно до конституційної гарантії права на оскарження судових рішень та доступності правосуддя (ст. 129, ч. 3, п. 8 та ст. 124, ч. 2 Конституції України), судова система складається із судових інстанцій. Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, зміст судової інстанції зумовлений особливостями стадій судочинства та відповідними формами проваджень⁵⁰¹. Судові інстанції відображають особливості ієрархії в судовій системі. На відміну від органів виконавчої влади, у судовій владі немає місця підпорядкуванню судів нижчого рівня вищим судам. Це суперечить принципу незалежності суду і суддів. Інстанційний принцип побудови судової влади дозволяє переглядати судові рішення і забезпечувати однакове застосування судами законів та єдність судової практики. Оскільки суди розглядають справи за ініціативою уповноваженої особи – сторони у справі, відповідно до цього забезпечується рух справи шаблями судової влади – судовими інстанціями.

Таким чином, судовою інстанцією виступає судова установа, наділена повноваженнями щодо розгляду правового спору, вирішення конфлікту на засадах повноти та всебічності розгляду справи. При цьому є важливим те, *яким чином суд вирішує питання факту і питання права. Питання факту* – це обов'язок суду вивчити фактичні обставини справи. Він полягає у повному, всебічному й об'єктивному дослідженні судом фактичних обставини справи, належної їх оцінки та фіксації доказів технічними засобами. *Питання права* – це обов'язок суду правильно визначити норми права, що підлягають застосуванню до фактичних обставин, зробити правильну кваліфікацію юридичного складу. На основі вивчення питань факту і права, як правило, суд певної інстанції постановляє судові рішення.

Відмінністю у судових інстанціях є те, яким чином суди здійснюють оцінку фактичних обставин та застосовують правові норми. Однак найголовнішим моментом у визначенні природи судової інстанції є юридична сила судового рішення. Під час побудови судових інстанцій у зарубіжній практиці враховують також критерій складності справ, що розглядаються судами. У такому випадку, з метою розвантаження судів першої інстанції, створюються так звані низові суди. Вони дозволяють розглядати справи про дрібні правопорушення та цивільно-правові спори. Як правило, це такі спори, вирішення яких не потребує спеціальних юридичних знань. Як низові суди діють мирові суди, поліцейські, дільничні суди тощо. Такі суди функціонують у Німеччині,

⁵⁰¹ Рішення КСУ № 20-рп/2003 від 11.12.2003 р.

Франції, Росії. Зокрема, мирові суди діяли у Російській імперії в період 1863 – 1917 рр. Низових судових установ в Україні немає.

А. Суди першої інстанції розглядають правові спори за зверненням уповноваженої особи вперше. На основі матеріалів звернення суд встановлює фактичні обставини справи і застосовує до них відповідні положення закону. Тобто, суд розглядає питання факту і права, виходячи із предмета вимог, які поставлені у позовній заяві або визначені у матеріалах кримінальної справи. У континентальній правовій сім'ї, до якої також належить і Україна, суди займають досить активну позицію у процесі, оскільки з метою повного, об'єктивного та всебічного розгляду справи суд може витребувати від сторін і третіх осіб матеріали, що мають істотне значення для правильного вирішення справи.

Б. Апеляційні суди переглядають рішення судів першої інстанції, що не набрали законної сили. Апеляція означає повторний перегляд як питання факту, так і питання права. Залежно від обсягу перегляду, виділяють повну і часткову апеляцію. *Повна апеляція* передбачає повторний перегляд всіх фактичних обставин справи та правильність застосування судом першої інстанції правових норм. *Неповна апеляція* означає перегляд питань факту і питань права лише в межах, в яких клопоче апелянт. Суд не вправі виходити за межі вимог апелянта. Як правило, апеляція закінчується постановлянням судового рішення, яке набирає чинності з моменту його офіційного оголошення сторонам у справі. Допускається скасування рішення суду першої інстанції та повернення його на повторний розгляд лише у випадку грубого порушення процедури – винесення або/і підписання рішення не тим суддею, що розглядав справу; винесення рішення неналежним чи незаконним складом суду.

Неповна апеляція повніше відображає принцип диспозитивності і судівської незалежності, оскільки суддя зв'язаний лише вимогами апеляції, які самостійно визначає апелянт, і не існує потреби самостійно визначати необхідність залучення до справи нових матеріалів справи. Однак у цьому і криється небезпека – можливі зловживання в ході процедури надання сторонами доказів у суді, що може вплинути на результати розгляду справи.

В. Касаційні суди здійснюють перегляд судових рішень, що набрали законної сили. Межі судового перегляду обмежені виключно питаннями права, тобто правильності кваліфікації судом нижчого рівня юридичного складу і правильності застосування положень закону. Касаційні суди, у ролі яких виступають власне верховні суди, займають важливе місце у судовій системі. Саме на цьому рівні формується судове прецедентне право, оскільки на них лежить тягар забезпечення однакового застосування законів. Призначенням

касації є не стільки перегляд судових рішень і виправлення суддівських помилок, скільки забезпечення єдності судової практики шляхом розгляду преюдиціальних запитів судів нижчого рівня, формування однакового розуміння правових норм та їх застосування, у разі наявності суперечливих судових рішень, усунення інституційних проблем, які створюють перепони у однаконому застосуванні права судами, а також вирішення спорів, якщо скаржник доведе, що його суб'єктивне право істотно зачеплене, що створює значні перепони у його здійсненні або унеможливає його здійснення.

ii) *Основні моделі судочинства в зарубіжних країнах.* Організація діяльності судової влади організована у національних правопорядках по-різному. Зокрема, неоднаковою мірою організації судів за принципами територіальності, інстанційності та спеціалізації. Як правило, територіальна організація судів не збігається із адміністративно-територіальним поділом країни з міркувань зменшення тиску на суди з боку місцевих органів влади. Також є різною роль суду, який в одних випадках виконує роль виключно арбітра, посередника між сторонами, а в інших є активною фігурою процесу, зокрема вирішуючи питання про залучення доказів до справи з власної ініціативи тощо. Залежно від цих особливостей виділяють англо-американську і континентальну модель організації судової влади.

1) *Англо-американська модель* судочинства передбачає визнання правотворчої ролі суду у формі судового прецеденту, який є основним джерелом національного права. Тому здійснення процесу залежить від формули прецеденту та відповідної практики його застосування. Для того, щоб додержуватися прецеденту у конкретній справі, суд повинен навести переконливі аргументи щодо його «переживання», що здійснюється досить рідко. Процес є змагальним і сторони максимально вільні у зборі доказів у справі, суд займає роль арбітра, який покликаний лише улагодити соціальний конфлікт між сторонами. У кримінальному процесі поширений інститут угод, за умови визнання підсудним своєї вини. За клопотанням підсудного, якому загрожує серйозне кримінальне покарання, справу розглядає суд присяжних. При цьому колегія присяжних формується за складними критеріями, сторони можуть заявляти на претендентів відвід на підставі їх відповідей на поставлені питання або не наводячи якогось обґрунтування.

2) У *континентальній системі* суди діють виключно на основі закону. Однак суд може не застосовувати закон, якщо є сумніви в його конституційності, тоді суд має керуватися конституційними положеннями або звертатися до конституційного суду у порядку інцидентного контролю норм. Ухвалюючи

рішення, суд є зв'язаний правом і законом. Судовий прецедент існує в обмеженій формі у вигляді судового прецедентного права, керівних принципів судочинства, правових позицій тощо. Суддя займає більш активне положення у процесі, тобто може здійснювати за власною ініціативою деякі процедури, виконання яких, за своєю природою, покладено на сторони у справі. Як правило, суди формуються з числа професійних суддів, які повинні відповідати визначеним у законі критеріям. Інститут присяжних є менш поширеним, однак він компенсується розгалуженою системою первинних (низових) судів та інститутом шефенів у спеціалізованих судах. Зокрема, залучаються до здійснення судочинства особи з економічною освітою у фінансові чи податкові суди.

8.5.3. Органи сприяння правосуддю

Деякі органи публічної влади певною мірою впливають на діяльність судової влади. Вони можуть відігравати значну роль у формуванні суддівського корпусу, а також у ході судочинства. Ці органи сприяють функціонуванню судової влади в ході процесу шляхом представництва сторін у справі, забезпечення їм правової допомоги тощо. Серед таких органів можна виділити Вищу раду юстиції, органи суддівського самоврядування, прокуратуру й адвокатуру. Також до цих органів дехто відносить і нотаріат, але нотаріат лише опосередковано сприяє правосуддю шляхом посвідчення певних юридичних фактів.

i) *Конституційний статус суддівської магістратури та аналогічних інститутів.* Суддівська магістратура репрезентована у різних країнах різними органами – Магістратура (Італія), Всепольська судова рада, Вища рада магістратури (Іспанія) тощо. Основне призначення суддівської магістратури – забезпечення формування якісного суддівського корпусу та притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів і прокурорів. Оскільки сфера компетенції прокурорів обмежується переважно кримінальною юстицією, то юрисдикція суддівської магістратури поширюється щодо дисциплінарних правопорушень прокурорів. Водночас в деяких країнах прокурори, поряд із працівниками судів та суддями, складають корпус магістратури. Натомість в Україні поняття магістратури (суддівської магістратури) майже не вживається, що, мабуть, пов'язане зі слабкими традиціями поваги до незалежності суддів і судових установ у Російській імперії та Радянському Союзі, в яких на суди мало істотний вплив Міністерство юстиції. Сьогодні подібні до суддівської магістратури функції в Україні здійснює Вища рада юстиції.

Додатковою гарантією незалежності суддів є організація суддівської магістратури як системи органів і посадових осіб, які здійснюють функції пра-

восуддя або сприяють у її здійсненні. Органи суддівської магістратури вирішують питання внутрішньої організації судів: організаційного забезпечення судів та діяльності суддів; інші питання, не пов'язані зі здійсненням правосуддя; погодження призначення суддів і прокурорів на посади; питання дисциплінарної відповідальності суддів і прокурорів тощо.

ii) *Прокуратура у системі органів сприяння правосуддю.* Місце і роль прокуратури є предметом дискусії у вітчизняній літературі. У деяких пострадянських країнах прокуратуру, поряд із Конституційним судом, Рахунковою палатою та омбудсманом, відносять до контрольно-наглядової влади⁵⁰² або визначають як самостійну гілку державної влади⁵⁰³.

У зарубіжних юрисдикціях питання про статус прокуратури вирішується по-різному: в країнах англо-американської правової сім'ї та деяких країнах Європи (Польща, Франція) у складі міністерства юстиції функціонують підрозділи, що виконують окремі функції прокуратури; у країнах романо-германської правової сім'ї інститути на кшталт прокуратури входять до системи судової влади (Австрія, Іспанія, Італія, Німеччина). Натомість у більшості пострадянських країн прокуратури діють як спеціалізовані органи (Росія, Білорусь, Казахстан та ін.), що пояснюється традиціями організації влади, закладеними ще імператором Петром I, які відтворювалися у практиці правління за часів Російської імперії та Радянського Союзу.

Принаймні прокуратура це конституційний орган спеціалізованої компетенції, який виконує владні повноваження у сфері правосуддя. Прокуратура покликана забезпечити кримінальне переслідування осіб та підтримувати державне обвинувачення в суді, а також здійснювати нагляд за законністю на стадії досудового слідства та у місцях тимчасового тримання осіб і в місцях позбавлення волі.

Комітет міністрів Ради Європи про функції суддів та прокурорів у судовому процесі. Згідно із Рекомендацією Комітету міністрів Ради Європи Rec (2000) 19 від 6 жовтня 2000 р., хоч функції прокурорів і суддів є подібними, однак прокурори не є суддями, як і не може бути здійснення впливу прокурорами на суддів. Відповідно, стосунки між двома професіями повинні відрізняти-

⁵⁰² Прошевой Ю.М. (1996) Прокуратура в системе «сдержек и противовесов» в разграничении и взаимодействии властей. *Проблеми розвитку прокуратури в умовах становлення демократичної правової держави*: Мат. наук.-практ. конф. Київ 29-34.

⁵⁰³ Косюта М.В. (2003) *Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства*. Одеса: Юридична література 32-33.

ся взаємоповагою, об'єктивністю і дотриманням процесуальних вимог:

«17. Держави повинні взяти відповідних заходів, щоб правовий статус, компетенція і процесуальна роль прокурорів були встановлені законом таким чином, аби не могло бути законних сумнівів щодо незалежності і неупередженості суддів. Зокрема, держава повинні гарантувати, що особа не може одночасно займати посаду і прокурора і судді.

Будь-яка невизначеність стосовно відповідного статусу і ролі прокурорів і суддів повинна бути виключена таким чином, щоб кожна професія чітко визначалася в очах суспільства, і не виникало ніякої плутанини серед тих, хто стає перед судом. Першим кроком до цього є встановлення чітких правил процедури, що стосується можливості прокурора виконувати свої посадові функції...

19. Прокурори повинні поважати незалежність і неупередженість суддів; а саме: вони ніколи не повинні ні ставити під сумнів судові рішення, ні перешкоджати їхньому виконанню, зберігаючи використання їх прав на процедуру апеляції або на будь-яку іншу пояснювальну процедуру.

Близькі взаємовідносини між прокурорами і суддями не повинні впливати на неупередженість останніх. Прокурори, робота яких складається з гарантування застосування закону, повинні бути пильними щодо цього пункту і в той же час сумлінно поважати рішення суду, застосування котрих часто є їхнім обов'язком, охороняти під час виконання їх звичайне право на оскарження.

Очевидно, що зворотний варіант також є правильним: судді повинні поважати прокурорів як представників зазначених професійних органів і не втручатися у виконання їхніх функцій.

20. Під час судових розглядів прокурори повинні бути об'єктивними і справедливими. Зокрема, вони мають гарантувати, що суду надані відповідні факти і правові докази, необхідні для справедливого здійснення правосуддя».

Конституційний статус адвокатури. Статусу адвокатури опосередко-

вано стосуються положення конституції, які встановлюють гарантії права на правову допомогу. Конституційні положення визначають статус адвокатури як інституційну основу правової допомоги, оскільки на неї покладаються функції захисту від обвинувачення та надання правової допомоги у вирішенні справ у судах та інших державних органах.

Міжнародні стандарти адвокатської професії. Відповідно до міжнародних стандартів адвокатської професії, дисциплінарне провадження проти адвоката має здійснюватися безсторонніми дисциплінарними комісіями, створеними адвокатурою, за можливості оскарження їх рішення до суду.

Дисциплінарне провадження, як зазначено у ст. 29 Основних положень про роль адвокатів, прийнятих VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року, має здійснюватися згідно з кодексом професійної етики. Це вимагає активно застосовувати під час розгляду кожної дисциплінарної справи адвоката Правила адвокатської етики, котрі покликані слугувати системою орієнтирів для адвокатів, а також мають закріпити єдину систему критеріїв оцінки етичних аспектів поведінки адвокатів у дисциплінарному провадженні КДКА у разі оскарження дій адвоката.

Основні положення про роль адвокатів звертають увагу на необхідність забезпечення прав людини і основних свобод та ефективну можливість користуватися юридичною допомогою, здійснюваною незалежною юридичною професією, при цьому встановлюється, що професійні асоціації адвокатів забезпечують юридичну допомогу для всіх, хто має в ній потребу, і кооперуються з урядом та іншими інститутами для досягнення цілей правосуддя й суспільного інтересу. Разом з тим є досить серйозні відмінності адвокатури від громадської організації, а саме: об'єднання громадян лише однієї професії, спеціальний дозвіл на здійснення діяльності, виконання в межах організації професійної роботи за оплату, відповідальність за неналежне здійснення обов'язків тощо.

Розділ 9

Сучасні тенденції конституціоналізму

1. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права
2. Багаторівневий конституціоналізм ЄС та конституційний патріотизм
3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції
4. Нові технології, біоетика та права людини
5. Конституціоналізм та перехідна юстиція
6. Конституціоналізм, суверенні борги та запозичення держави

Література

Cappelletti M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford; New York: Clarendon Press.

Garvey/ Aleinikoff (1994), *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.

Kommers D. (1997), *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd Ed. Durham and London : Duke University Press.

Mueller J.-M. (2008). *Constitutional Patriotism*, Princeton and Oxford : Princeton University Press.

European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy (1998). *The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21st century*, No. 22. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Маланчук П. (2000), *Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом*, Харків, Консум.

Речицкий В. (2010), *Политический предмет конституции*, Київ, Дух і Літера.

Савчин М. (2018), *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*, Ужгород.

Шевчук С. (2010). *Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Вид. 3-тє, Київ, Реферат.

9.1. Співвідношення національного та міжнародного права

Сьогодні ніяка держава світу не може здійснювати ефективний політичний курс без урахування своїх міжнародних зобов'язань. Глобалізація світу, інтернаціоналізація зв'язків між державами робить країни взаємозалежними, що виражається у необхідності у їх міжнародному співробітництві. Таким чином, національне законодавство не може не враховувати загальносвітові тенденції розвитку правових інститутів. Визнання можливості приватних осіб звернутися по захист до міжнародних правозахисних установ зумовлюють орієнтацію національних держав на загальновизнані принципи і норми міжнародного права.

9.1.1. Основні концепції взаємодії

На доктринальному рівні і надалі триває дискусія про природу такого співвідношення. Разом з тим, ця дискусія інколи розглядається як «догматична»⁵⁰⁴, а такий спір є «загалом нереальним, штучним і далеким від суті»⁵⁰⁵. Даючи характеристику такому взаємозв'язку, визначають дві основні теорії – дуалістичну та моністичну, яка має дві модифікації. Кожна з цих концепцій відображає не лише стан правової доктрини, а також наявні правові традиції, ідеологію та політичний курс окремих держав, особливості їх історичного розвитку.

А. Дуалістична концепція ґрунтується на тому, що системи міжнародного і національного права існують одночасно і певним чином взаємодіють між собою. Кожна з цих систем має самостійний характер, а тому виключений примат однієї із цих систем над іншою. Таким чином, існують два відносно самостійні правопорядки і для того, щоб міжнародне право могло виконувати свої завдання, воно «*постійно повинне звертатися по допомогу до внутрішнього права, без чого воно у багатьох відношеннях зовсім безсиле*» (Г. Тункін).

Згідно з дуалістичною концепцією, національне право впливає на міжнародне право двома основними шляхами. По-перше, такий вплив здійснюється через визначення сутності та змісту міжнародного права, який інколи називають матеріальним впливом (Р. Мюллерсон). По-друге, національне право впливає на процес створення та реалізації норм міжнародного права. Це виражається насамперед у зовнішньополітичному курсі держав, національних правотворчих процедурах, особливостях реалізації міжнародних норм у національному праві.

⁵⁰⁴ Маланчук П. (2000) *Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом*. Харків: Консум.

⁵⁰⁵ Fitzmaurice G. (1957) *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of Rule of Law*. RdS.

Також можливий вплив національного права на міжнародне через звичаєве право окремих держав. Згідно зі ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, міжнародний звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної як правової норми» у випадку, коли його визнали два або більше держав під час вирішення конкретних юридичних справ.

У свою чергу, міжнародне право здійснює свій вплив на національне право опосередковано через міжнародне звичаєве право. Безпосередній вплив міжнародного права у національному праві здійснюється шляхом закріплення у конституціях та у поточному законодавстві переваги міжнародних актів та визнання юридичної сили загальноновизнаних принципів міжнародного права.

Б. Згідно з моністичною концепцією, міжнародне і національне право складають єдину правову систему, і вона має два варіанти. Відповідно до першого, національне право має перевагу над міжнародним правом, а тому останнє є невід'ємною частиною національного права (доктрина Англії та США до кінця XIX ст.). На відміну від такого розуміння дуалізму, в СРСР, мілітаристській Японії та нацистській Німеччині розуміли співвідношення міжнародного права і національного права як «несумісних» правопорядків. Зокрема, у радянській доктрині визнавалося, що міжнародне право як продукт переважно капіталістичних країн «містить положення, що не відповідають підходу Радянського Союзу», а ставлення до міжнародного звичаєвого права «було ще більш настороженим». Лише з 1960-х рр. в СРСР поступово почали визнавати перевагу норм міжнародного договірної права над національним правом.

Найрадикальнішою модифікацією моністичної доктрини є теорія Ганса Кельзена. На його погляд, головне джерело чинності права взагалі знаходиться в основній нормі міжнародного права. Таким чином, усі норми міжнародного права мають перевагу перед нормами національного права, а внутрішньодержавні норми, які не узгоджуються з міжнародним правом, автоматично втрачають чинність і норма міжнародного права може безпосередньо застосовуватися у національному правопорядку.

У зв'язку із інтеграційними процесами, поглибленням соціальних, політичних, економічних, культурно-духовних зв'язків між різними національними правопорядками посилюється роль міжнародного права. Посилення ролі міжнародного права емпірично визначається тим, що саме в його середовищі виробляються єдині правові стандарти та процедури, прийнятні для представників різних правових традицій, культур, правопорядків. У свою чергу, поглиблюється взаємозалежність і взаємовплив держав. Тому узгодження рі-

шень між державами переноситься на наднаціональний рівень, що зумовлює утворення міжнародних організацій. Таким чином, сьогодні актуальною проблемою стає питання делегування частини суверенітету держав міжнародним організаціям, наднаціональним інститутам. Залежно від масштабів такого делегування, не виключено утворення наднаціональних інститутів, які набувають повноти власного суверенітету і в змозі забезпечити безпосередню, пряму дію своїх рішень у державах засновницях.

У радянській доктрині права ставлення до міжнародного права було неоднозначним і досить-таки ворожим. Неприйнятність примату міжнародного права у радянській правовій доктрині була зумовлена політичними та ідеологічними міркуваннями. Тривале перебування СРСР у міжнародній ізоляції, а пізніше стан «холодної війни» не давали особливих підстав для визнання норм міжнародного права як джерела національного законодавства. Відповідно, норми міжнародного права діяли у радянській правовій системі швидше як виняток, як певний «правовий феномен», як чужорідне тіло.

Зарубіжні доктрини визнають міжнародне право як «включену» частину національного права або як його «зовнішній» пріоритет. В обох випадках допускається пряме застосування міжнародних норм і навіть зміна їх за допомогою юрисдикції федерації та її суб'єктів (Дж. Гінзбург).

9.1.2. Механізм трансформації міжнародного права у національну правову систему

Аналіз наведених думок свідчить, що дуалістична і моністична доктрини співвідношення міжнародного права та національного права не може вирішувати конкретні теоретичні і практичні проблеми юриспруденції, зокрема і в галузі конституційного права. Тим більше, з точки зору конституційного права, ці концепції не дають змоги визначити конституційність механізму укладання міжнародних договорів, так і не дають змоги визначити основні критерії застосування норм міжнародного права у національному праві, а тому цю проблему слід розглядати у взаємозв'язку.

Фактично, чинність будь-якої сукупності норм, що складають засади правопорядку певного типу (наприклад, національного чи міжнародного), забезпечується у законодавстві, в адміністративній та судовій практиці, через готовність учасників правовідносин приймати певні правила за орієнтир, стереотип у своїй поведінці. Відповідно до цього, держава не може відмовити у застосуванні норми міжнародного права, посилаючись на особливості свого правопорядку, оскільки норми міжнародного права є продуктом міжнародно-

го співробітництва, політики взаємності держав. Відповідно до ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів держава-учасник *«не може посилається на положення свого внутрішнього права для виправдання своєї неспроможності виконати договір»*. Аналогічне правило сформульоване у судовому прецедентному праві. Зокрема, у справі про вільні зони (1995) Постійна палата міжнародного правосуддя заявила: *«Не може бути ніяких сумнівів у тому, що Франція не може спиратися на власне внутрішнє законодавство, щоб обмежити обсяг своїх міжнародних зобов'язань»*.

Також національні конституції та поточне законодавство не часто відображають чи дуалістичну, чи моністичну доктрини. Наприклад, у ст. 6 Конституції Грузії міститься положення про те, що *«міжнародні договори та угоди, що не суперечать Конституції Грузії, мають переважну юридичну силу по відношенню до внутрішньодержавних нормативних актів»*. Іспанська Конституція передбачає, що *«законно укладені та офіційно опубліковані в Іспанії міжнародні договори складають частину її внутрішнього законодавства. Їх положення можуть бути скасовані, змінені або призупинені тільки у порядку, вказаному у самих договорах, або відповідно до загальних норм міжнародного права.»* Тому, фактично, необхідно говорити про набрання чинності нормами і загальновизнаних принципів міжнародного права у національному праві, а також про ступінь їх втілення в адміністративній та судовій практиці, тобто, про трансформацію норм міжнародного права у національних правопорядках.

Міжнародний правопорядок визначає особливості правового регулювання у національному праві. У рамках світового співтовариства виникає проблема забезпечення єдиних завдань, взаємовигідного співробітництва. Тому загальні гуманітарні та моральні засади набувають все більшого поширення. Згідно з позицією міжнародних організацій, що діють під егідою ООН, обґрунтовується ідея легітимності «права втручання» з метою забезпечення загальних цілей людського співтовариства та його цінностей. Такі ідеї обґрунтовуються міркуваннями забезпечення основних прав людини, здійснення контролю над зброєю масового ураження, забезпечення охорони довкілля, екологічної безпеки, сталого розвитку людства тощо.

Через ці причини виникають гострі проблеми, які необхідно вирішити, а саме: сумісності суверенітету держави та природи влади наддержавних об'єднань і міжнародних організацій; допустимість обмеження суверенітету держави і відмова від ідеї абсолютного суверенітету; механізми забезпечення інтересів різних держав у контексті загальнолюдських інтересів; ефективність норм та процедур міжнародного права тощо.

Вплив міжнародного права на національні правові системи визначається насамперед через конституційний механізм визнання чинності його норм. Відповідно до цього, норми міжнародного права стають невід'ємною частиною національного законодавства. Разом з тим, існує специфіка визнання юридичної сили міжнародного договірної (статутного) права та загальновизнаних принципів міжнародного права.

Відповідно до Заключного акту НБСЄ 1975 р., принцип добросовісного виконання зобов'язань по міжнародному праву під час здійснення своїх суверенних прав, в т.ч. права встановлювати закони та адміністративні правила, держава узгоджує свої дії та рішення зі своїми міжнародно-правовими зобов'язаннями. Згідно з цими положеннями, держава може не дотримуватися міжнародних зобов'язань, якщо згода держави на обов'язковість договору була виражена на порушення внутрішнього права, що стосується укладання міжнародного договору, за умови, що порушення було явним і стосувалося норми його внутрішнього права особливо важливого значення.

Таким чином, міжнародне право накладає на держави лише обов'язки, а порядок їх реалізації визначається національним правом, якщо інше не застережене у міжнародній правовій нормі. У резолюції Інституту міжнародного права говориться: «...у принципі, саме правова система кожної держави визначає найбільш зручні шляхи та засоби забезпечення того, щоб міжнародне право застосовувалося на національному ґрунті».

Засади взаємодії міжнародного права та національних правових систем визначаються на конституційному рівні. Як правило, встановлюється обмеження, що трансформація норм міжнародного права у національне право можлива лише у тому випадку, якщо це не суперечить конституції; інакше спочатку необхідно вносити зміни до відповідних положень конституції. Оскільки міжнародне право регулює переважно відносини між державами, тому національне право визначає юридичні режими, форми і способи забезпечення чинності міжнародних норм у національній правовій системі, тобто їх поширення не тільки на органи держави, а також на фізичних і юридичних осіб.

Щоб бути здатним регулювати відносини з участю фізичних та юридичних осіб, правила, що містяться у міжнародному праві, повинні ввійти у національну правову систему у визначеному порядку. Такий процес перетворення норм міжнародного права на норми національного права називають трансформацією. Відповідно до цього, норми міжнародного права надають статус національного права.

Існують механізми прямої та відсильної трансформації норм міжнародного права. За прямої трансформації, яку ще іменують інкорпорацією, міжнародний договір підлягає ратифікації, і він набуває чинності з моменту офіційного опублікування. У випадку відсильної трансформації, у законі говориться, що ті чи інші його положення будуть застосовуватися, відповідно, із певним договором і що у визначених випадках необхідно застосувати певний закон. Наприклад, у ст. 16 Конституції Португалії передбачено: «Правила, що містяться у Конституції і законах і стосуються основних прав громадян, повинні тлумачитися відповідно до Загальної декларації прав людини».

9.1.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права: основні тренди

У цій взаємодії акцент робиться на реалізації та гарантії прав людини, які є головним критерієм визнання, чинності та ефективності інститутів, правил і процедур.

i) Вертикальна структура. Вертикальна структура конвергенції зумовлена цілями конституції з обмеження влади та забезпечення захисту прав людини. Власне кажучи, вертикальний зріз конвергенції визначається стандартами правомірності вимог приватних осіб, на підставі яких у держави виникають певні негативні і позитивні обов'язки щодо захисту порушених інтересів чи доступу до певних благ. За таких умов розвитку права у бік захисту прав людини, протистоїть дилема тероризму, оскільки певні організації застосовують нагнітання страху та агресії в суспільстві задля досягнення певних політичних цілей, в тому числі і на глобальному рівні. Загроза тероризму за сучасних умов потенційно може паралізувати ефективність захисту прав людини, знецінити людську гідність. Тому тероризм є викликом для сучасного глобалізованого світу, побудованого на ідеї діалогу різних правових культур.

Задля зняття напруги такого роду необхідне впровадження субсидіарності, яка може бути реалізована різними інструментами – федералізм, автономізація, права корінних народів. Адаже субсидіарність передбачає ініціативність певних індивідів, груп чи інституцій задля реалізації прав індивідів чи спільноти, а також визначає стандарти формулювання владних повноважень від нижчих щаблів влади до вищих. Цьому сприяють інституційні компоненти, які мають функціонувати принаймні задовільно: верховенство права, парламентський та судовий конституційний контроль.

ii) Горизонтальна структура зумовлена різнопорядковою і різнорівневою взаємодією акторів, які здатні формулювати правила за умов конфлікту чи кооперації. Як правило, обмеження доступу до ресурсів зумовлює різні

конфліктні моделі розв'язання ситуацій та формулювання правил, відповідно до теорії гри. Кооперативна модель вирішення ситуацій швидше притаманна *Lex Mercatoria*, яка дає змогу побудувати нові прийнятні моделі ухвалення рішень на ринку, який динамічно змінюється. Розгляд дилеми світового ринку у контексті глобалізації передбачає, насамперед, функціонування самодостатніх і розвинутих інфраструктурно внутрішніх ринків, які б могли гідно інтегруватися у світовий економічний порядок. Слабкість державних інституцій, відсутність верховенства права та надмірні адміністративні процедури роблять національні економіки залежними від зовнішніх ринків. Тому конвергенція національних конституційних порядків передбачає запозичення кращих зарубіжних і міжнародних взірців ухвалення рішень. У цьому полягає роль судів у творенні глобального поля міжнародного конституційного права, що викликає, у свою чергу, конкуренцію міжнародних та національних юрисдикцій. Вимоги демократичної легітимації та підконтрольності уряду також зумовлюють зростання ролі кіберправа та його зворотний вплив на міжнародне і конституційне право, про що свідчать кібервійни (між Росією і Естонією у 2007 р., втручання у процес президентських виборів у США через використання соціомереж та електронних медіа).

9.2. Багаторівневий конституціоналізм ЄС та конституційний патріотизм

9.2.1. Композитна структура конституціоналізму ЄС

На сьогодні склалася композитна структура конституціоналізму ЄС. Її основу, з одного боку, складає *міжнародно-правовий механізм утворення та конституційно-адміністративний режим функціонування ЄС*. З іншого боку, *Лісабонський договір, заснований на повазі до національної конституційної традиції* (28 національних конституцій і сам Лісабонський договір), про що йде мова у статті 6 Договору про функціонування ЄС.

Водночас глобалізація та регіоналізація цілком розкрили інституційну та функціональну кризу ЄС. З інституційної точки зору, проблемною є наявність трьох законодавчих інститутів – Європарламенту, Ради ЄС і Єврокомісії, що сприяє надмірній бюрократизованості ухвалення рішень. ЄС сьогодні доволі розбалансований функціонально, на що впливає міграційна криза та обмеженість компетенцій з фінансових та безпекових питань. Власне кажучи, міграційна криза є складовою безпекового питання, адже, як вже

вище зазначалося, громадянство у конституційних демократіях забезпечує ідентичність та консолідацію суспільства. Вони мають бути якомога швидше вирішені шляхом передачі частини повноважень національних держав відповідним інституціям ЄС.

Європейський палац правосуддя (Суд ЄС) таке розуміння права спочатку сформулював у справі *Costa v. ENEL*, в якій визнав, що Європейські Співтовариства формують правовий порядок *sui generis*, який однаковою мірою поширюється, як на держави-учасниці Співтовариств, такі і їх фізичних і юридичних осіб і має верховенство стосовно національних правопорядків, на розвиток позиції у справі *van Gend and Loos*. Потім у справі *Frankovich and oth.* було сформульовано композитний каскад відповідальності перед приватними особами, як Співтовариства, так і держав-членів ЄЕС.

У такий спосіб право ЄС набуло композитного характеру, оскільки воно є багаторівневим, відповідно до засад пропорційності і субсидіарності стосовно національних правових систем. Композитна структура європейського конституціоналізму відіграла свою роль під час творення Конституції для Європи, яка зазнала невдачі у зв'язку з діалогом правових культур у межах Співтовариств, що пізніше переросло в установчий процес, наслідком якого стало ухвалення Лісабонського договору 2008 року.

9.2.2. Мереживоцентрична структура ЄС

Відповідно до статті 6 Договору про ЄС (далі ДпЄС), правова система ЄС ґрунтується на визнанні конституційних традицій держав-членів, і національні конституції ніяким чином не впливають на компетенцію Союзу, як вона визначена в установчих договорах. Зокрема, композитна структура захисту прав людини в ЄС зумовлена специфікою дії Хартії основних прав людини ЄС, положення якої певним чином перехрещуються із положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ).

Слід наголосити також на тому, що композитна, мереживна структура ЄС зумовлює різні рівні чинності положень зазначених установчих і вторинних актів ЄС та національних конституцій. З урахуванням наявних конституційних традицій держав-членів ЄС, як положення Хартії, так і ЄКПЛ імплементуються (трансформуються) у національні правопорядки за допомогою різних механізмів, на що впливає панівна доктрина, стан законодавства, а також адміністративна та судова практика. Насправді, критично важливою є трансформація положень цих правових актів через їхню інтерпретацію. На відміну від ЄКПЛ, положення якої трансформуються у національні правопорядки через індивідуальні заходи та заходи загального характеру, зокрема,

через перегляд сталої судової практики на підставі рішень ЄСПЛ, рішення Суду ЄС, ухвалені на підставі установчих актів ЄС, зокрема Хартії основних прав людини, мають імперативний характер.

Підтвердженням цього є стаття 344 Договору про функціонування ЄС (далі ДпФЄС), у якій визначається, що держави-члени ЄС зобов'язуються не представляти спори стосовно тлумачення і застосування установчих договорів на вирішення іншими способами ніж ті, що передбачені ними. Це положення ДпФЄС підтверджує імперативний характер механізмів установчих договорів ЄС, які мають пряму дію, згідно з принципом верховенства права ЄС. Хоча у вітчизняній доктрині висловлюється думка, що юрисдикція ЄСПЛ не пересікається із функцією тлумачення та застосування установчих договорів ЄС⁵⁰⁶. Насправді, у Європейському палаці правосуддя (Суд ЄС) діє процедура преюдиціального запиту, відповідно до якого забезпечується єдність розуміння принципів права, сформульованих у прецедентному праві ЄСПЛ, у світлі положень первинного права ЄС (стаття 267 ДпФЄС).

Так само, з точки зору дії принципу верховенства національних конституцій, положення ЄКПЛ у державах-членах ЄС мають узгоджуватися із заходами конституційного порядку. Критично важливе значення має конституційна юриспруденція, яка у сенсі прецедентного права ЄСПЛ визнається як складова національних засобів правового захисту (*domestic remedy*) за умови існування інституту конституційної перевірки індивідуальних скарг (*amparo, Verfassungbeschwerde*). За відсутності казуального контролю норм законодавства, засоби конституційної юрисдикції не розглядаються як інструмент *domestic remedy*. У будь-якому разі, попри різні дискусії стосовно співвідношення національних конституцій та положень Конвенції, конституційні суди схильні до міжнародно-конформного тлумачення конституційних положень⁵⁰⁷.

Багаторівневий конституціоналізм є викликом національній конституційній традиції, він виступає інколи антитезою до національної правової ідентичності, що послужило джерелом приходу до влади у низці європей-

⁵⁰⁶ Грицаєнко Л.А. (2011) Юридичні механізми приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 597. *Правознавство* 61.

⁵⁰⁷ Бірмонт'єне Т. (2013) Значення судового конституційного контролю для розвитку права. *3 Вісник Конституційного Суду України* 130–145; В. Кампо, М. Савчин, Н. Сергієнко. (2010) Конвенція о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года и Конституционный Суд Украины (отдельные аспекты международно-конформного толкования Конституции Украины). *3 Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь*. 144–156.

ських країн крайніх правих та консерваторів. Ці чинники нагнітають невідомість щодо шляхів подальшого розвитку національних правових систем, оскільки вони обплітаються мережею рішень та діяльності інституцій НО. Як реакція на поглиблення інтеграції Європейських Співтовариств, у 1994 році німецьким Федеральним конституційним судом у *Maastricht case* була сформульована доктрина Співтовариства як *асоціації суверенних держав*, що у подальшому було розвинуто у доктрині композитної конституції Європейського Союзу. Загалом сьогодні багаторівнева структура ЄС базується принаймні на таких елементах: а) поділі влади по вертикалі та субсидіарності; б) поділі влади по горизонталі та забезпеченні контрбалансів; в) когерентності, яка ґрунтується на узгодженні регіональних політики та вирівнювання розвитку регіонів; г) забезпеченні національних інтересів переважно через економічні інструменти та слабку інституційну спроможність політики безпеки.

9.2.3. Міжнародне право, право ЄС та державний суверенітет: специфіка України

Ідея національного суверенітету має складну еволюцію, яка у промодерному сенсі розпочинається із доповіді Пловдена, в якій він виділяє політичне і фізичне тіло короля. Це бачення природи королівських прерогатив, у свою чергу, має витoki у християнстві, яке трактує паству як тіло Христове. Транзитом від ідеї абсолютного суверенітету монарха Жана Бодена просвітник Жан-Жак Руссо обґрунтовує тотальну ідею народного суверенітету як втілення загальної волі. Тим самим ідея суверенітету сакралізується, що у практичній площині має авторитарні інтенції і це навіть визнається у християнській етиці (Жан Мере). Однак такі речі є мало сумісними з конституційними цілями поваги до прав людини та обмеження влади, адже загальна воля не може утискати права його конкретного носія. Сьогодні національний суверенітет трансформується і цьому сприяють доктрина прав людини, явища наднаціональності у праві.

Горизонтальна структура конституційного права свідчить про переважно спонтанне походження конституційних явищ і процесів – вони є продуктом практики та *opinio juris doctorum*. Тобто, конституційні принципи і норми є продуктом цілої мережі узгоджених позицій акторів, які задовольняють, з точки зору теорії ігор, баланс інтересів та мають середньозважений корисний ефект для них. Тому мережа горизонтальних та вертикальних зв'язків між учасниками правовідносинами, які творять юридичні конструкції, що лягають в основу конституційних принципів і норм, визначають явище розмивання національного суверенітету. Тим більше, що верховенство влади як

якісна характеристика явища суверенітету імпліцитно обмежується правами людини.

Згідно із тим же принципом суверенності права наднаціональних об'єднань (далі – НО), має пріоритет над правом його держав-учасниць. Це ґрунтується на сукупності певних делегованих повноважень НО з боку держав-членів на засадах взаємної вигоди та забезпечення національних інтересів. Кожна держава-учасниця вимальовує свою стратегію і тактику участі в НО, на підставі яких ухвалюються рішення за принципом більшості. Правосуб'єктність НО складається, завдяки поєднанню міжнародно-правового механізму утворення наднаціонального права та конституційно-адміністративного механізму втілення рішень НО. Відсутність останнього істотно звужує його правосуб'єктність і про це свідчить досвід Європейського Співтовариства із його трьома опорами, відповідно до умов Маастрихтського договору (1993). Лише після ратифікації Лісабонського договору Європейський Союз набув обрисів міжнародної правосуб'єктності. Через таку систему відносин складається багаторівневий конституціоналізм, який ґрунтується на субсидіарності, децентралізації влади та вирівнювання розвитку регіонів. Тут і виникає питання конституційної ідентичності, оскільки національні конституції мають все ж таки відповідати певним єдиними стандартам. Але питання полягає в глибині досягнення загальної згоди щодо змісту цих стандартів.

i) Проблема передачі частини державного суверенітету наддержавним інститутам та Конституція України. Під час вступу держав у певні міждержавні чи наднаціональні інституції виникає низка питань, пов'язаних із реалізацією національного суверенітету та здійснення зовнішньополітичного курсу національних держав у контексті багаторівневого конституціоналізму⁵⁰⁸ чи конституційного плюралізму. У цьому відношенні значущим є аналіз проф. Райнера Арнольда стосовно співвідношення юрисдикцій Федерального конституційного суду ФРН, Європейського палату правосуддя та ЄСПЛ, що передбачає урахування певних економічних, політичних, соціальних та культурних факторів в ухваленні юридичних рішень⁵⁰⁹.

За таких умов питання національного суверенітету набуває нових сенсів, оскільки держава не завжди здатна належно забезпечити гідність індивіда,

⁵⁰⁸ Pernice, Ingolf. (2009) The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. 3(15) *Columbia Journal of European Law* 349-407.

⁵⁰⁹ Райнер Арнольд. (2013) Юридичні наслідки приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. В: Мартиненко П.Ф., Кампо В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер 68-80.

зважаючи на обмежений доступ до ресурсів та підвищення вимог сталого розвитку суспільства, яке вступає в стадію розвитку високих інформаційних технологій, з якими пов'язані якість послуг, зокрема і публічних послуг, за якість яких несе відповідальність публічна влада. Звідси, випливають вимоги до якості законодавства, управління і правосуддя. Також є різною вага інститутів судового конституційного контролю, яким доволі часто доводиться конкурувати із традиційними проявами доктрини суверенітету парламенту.

ii) *Конституційні засади міжнародного співробітництва України (статті 17, 18 Конституції України)*. Відповідь на питання про межі можливих поступок України під час укладання міжнародних договорів України та вирішення питання про ступінь делегування частини суверенних повноважень держави опосередковано визначає Основний Закон. Хоча Конституція прямо і не встановлює процедури делегування таких повноважень, однак хоча б критерії меж його здійснення визначено у загальних рисах.

Насамперед, необхідно звернути увагу на те, що, укладаючи міжнародні договори, необхідно виходити із міркувань неухильного забезпечення конституційних цінностей (стаття 157 Конституції). Якщо міжнародний договір України посягає на сутнісний зміст основних прав і свобод, чи державний суверенітет, чи територіальну цілісність, необхідно зважено давати оцінку про збалансованість його положень із вказаними конституційними цінностями. У разі непропорційного втручання міжнародного договору України у цю сферу, опозиція може використати такий важіль, як право звернення не менш як 45 народних депутатів, з метою вирішення питання про додержання конституційної процедури ратифікації міжнародного договору. У свою чергу, Конституційний Суд буде зв'язаний сутнісними критеріями, визначеними у статті 157 Конституції, на предмет відповідності яким він буде здійснювати перевірку конституційності укладання міжнародного договору.

У цьому відношенні заслуговує на увагу німецький та французький досвід. Німецька конституція визначає можливість делегування суверенні права на різних рівнях публічної влади, яке здійснюється на рівні звичайного закону: «Федерація може законодавчим шляхом передавати свої суверенні права міждержавним установам», а також у межах своєї компетенції федеральні землі можуть делегувати «суверенні права на прикордонні установи у сусідських справах» (стаття 24). Також визнається можливість звуження сфери державного суверенітету з метою «забезпечення миру» шляхом включення у систему колективної безпеки, «при цьому [Федерація] погодиться на такі обмеження своїх суверенних прав, які повинні привести до встановлення та

забезпечення мирного і стійкого порядку в Європі та у відносинах між народами всього світу». Згідно зі статтею 23 Основного Закону ФРН визначається механізм делегування суверенних прав держави Європейському Союзові, згідно з яким така передача здійснюється законом, «схваленим Бундесратом». Бундестагу надається можливість «надати висновок до участі [Федерального уряду] у прийнятті правових актів Європейського Союзу», а також у разі використання інших засобів парламентського контролю, властивих для діяльності Бундестагу як загальнонімецького представницького органу влади. Подібний механізм передбачений у статтях 53, 55 та розділі XV «Про Європейські співтовариства та Європейський Союз» французької Конституції.

Виникає питання: за якими критеріями визначати ступінь небезпеки того, що на основі міжнародного договору може бути передбачено «ліквідацію незалежності» держави. Оскільки, згідно зі статті 159 Конституції України, законопроект про внесення змін до Конституції перед розглядом парламентом підлягає попередньому конституційному контролю, ця проблема є прерогативою Конституційного Суду, який інтерпретує положення Конституції згідно із засадами верховенства права. Можна припустити, що, оскільки йдеться про зовнішньополітичний аспект категорії державного суверенітету, а саме – незалежність, такі міжнародні договори чи установчі акти наднаціональних структур повинні гарантувати широку сферу самостійного вирішення питань зовнішньополітичного характеру Україною, які стосуються її національних інтересів. По суті, наднаціональні інститути можна розглядати як інструмент реалізації національних інтересів України на наднаціональному рівні.

Загалом питання приєднання України до наднаціональних об'єднань може вирішуватися за трьома моделями інтерпретації їх природи – асоціації суверенних держав, наднаціонального правопорядку та кооперативного федералізму. Це може зумовити зміст суспільно-політичних дебатів щодо конституційного законопроекту щодо приєднання України до ЄС. Перші дві моделі потребуватимуть такого законопроекту, а третій, швидше за все, ні, оскільки доктрина кооперативного федералізму означатиме реалізацію Україною власного суверенітету через інституції ЄС – для цього може бути достатньою інтерпретація Конституції у світі цієї доктрини Конституційним судом.

Важливим аспектом державного суверенітету є територіальна цілісність, яка є однією із засад конституційного ладу. Згідно з цим принципом, є неприйнятні будь-які спроби домагання на будь-яку частину території України. Україна володіє правом на самооборону, у випадку посягання на її територію, чи у вигляді прямої зовнішньої агресії, чи висування територіальних претен-

зій. Право на самооборону також включає заходи щодо поновлення територіальної цілісності України.

Згідно з Конституцією, територія України у межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою. Тому детально питання державних кордонів України та приналежності їй певних територій вирішується відповідними міжнародними угодами. Сьогодні існує очевидна проблема уточнення кордонів між Україною та Росією, Білоруссю, Румунією. Особливо складним є питання демаркації державного кордону України з Білоруссю, оскільки він має велику протяжність. Анексія Росією Криму ставить питання про відповідальність вищих посадовців цієї країни, відповідно до принципів конституційного і міжнародного права. Такі обставини можна розглядати як загрозу національним інтересам України і їх, можливо, необхідно вирішувати в рамках міжнародної юрисдикції.

Інтеграція України у наднаціональні структури зумовлена її внутрішньо-політичними факторами, що ставить перед державою завдання з формування ефективних владних інституцій, формування єдиної, гнучкої правової системи, яка містила б механізми її зближення із загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, а також механізми її уніфікації відповідно до вимог наднаціональних структур. Самовизначення України щодо інтеграції до відомих наднаціональних інституцій залежить від формування механізму взаємодії між структурами громадянського суспільства та держави, а також стійкості політичної системи і системи парламентаризму. Важливим для участі України в інтеграційних процесах є збереження свободи політичного маневру з метою забезпечення власних національних інтересів та попередження можливих загроз Україні як політичної нації.

iii) Окремі сфери міжнародного співробітництва. Конституція України визначає окремі сфери міжнародного співробітництва. Зокрема, Основний Закон безпосередньо визначає такі завдання у сфері міжнародних відносин: а) порядок направлення підрозділів Збройних Сил України за кордон (п. 23 ст. 85); порядок надання військової допомоги іншим державам та використання військових контингентів України за кордоном (п. 23 ст. 85); порядок залучення або виділення коштів іноземним державам та/або міжнародним організаціям (п. 14 ст. 85). Зрозуміло, що цей перелік не є вичерпним, оскільки Верховна Рада шляхом прийняття законів про засади зовнішньої і внутрішньої політики, про засади національної безпеки України тощо може визначити й інші напрямки взаємовигідного міжнародного співробітництва України.

Конституція України визнає як обов'язковий національний референдум з

питань територіального устрою, до яких не належать питання участі України у системах колективної безпеки. У вирішенні питань участі України у системах колективної безпеки найважливішими виступають інструменти саме парламентського і судового конституційного контролю. У разі наявності життєвої загрози національному суверенітету і територіальній цілісності, Україна може використати відповідні інструменти щодо звільнення від окремих міжнародно-правових зобов'язань шляхом здійснення відповідних декларацій, передбачених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права, Міжнародним пактом про соціальні, економічні і культурні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, а також вживати всіх необхідних заходів на поновлення конституційного порядку на засадах пропорційності та поваги до гідності та прав людини.

iv) Значення конституційного закону № 2680-VIII для євроатлантичної інтеграції та перспективи інтеграції України до Європейського Союзу. Закон, який став вже невід'ємною частиною Конституції України та конституційного порядку, має дуалістичну природу: стосовно євроатлантичної інтеграції він накладає на органи публічної влади конкретні позитивні обов'язки, а стосовно інтеграції України в ЄС – визначає політичну спрямованість здійснення зовнішньополітичного курсу.

1) У частині євроатлантичної інтеграції Закон № 2680-VIII наділяє конкретними повноваженнями трикутник влади: Верховну Раду – Президента – Кабінет Міністрів. Це все здійснюється у світлі вимог «підтвердж[ення] європейськ[ої] ідентич[ості] Українського народу і незворотн[ості]... євроатлантичного курсу України», що стало частиною Преамбули Конституції. До речі, складно сприйняти аргументи, викладені в окремих думках деяких суддів Конституційного суду під час здійснення превентивного контролю конституційності цього закону, що нібито до Преамбули Конституції «не визначено порядок внесення змін» (М. Гультай, О. Касмінін, О. Первомайський) і ніби вона лише «зафіксує історичний момент її прийняття» (М. Мельник, О. Литвинов), хоча би зважаючи на динамічне тлумачення Конституції, яке здійснював Конституційний Суд, ухвалюючи висновок № 3-в/2018. Поглиблення змісту Конституції, яка орієнтує органи публічної влади здійснювати конкретні заходи щодо посилення національної безпеки і оборони в рамках співробітництва з НАТО, в умовах фактичної українсько-російської війни має також важливе значення для поступової трансформації змісту Преамбули та наповнення його конкретикою стосовно національної та європейської конституційної ідентичності України. Це також складно характеризувати як

своєрідну «техніку обходу» жорсткої процедури внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції, посилаючись на конституційні засади зовнішньополітичного курсу держави, визначені у статті 18 Конституції України, оскільки ціннісними орієнтирами для органів влади слугують саме положення Преамбули, які належним чином конкретизовані у положеннях про конституційні повноваження органів публічної влади у цій сфері (статті 85, 102, 116).

Попри різні інтерпретації, євроатлантична інтеграція України не обмежує її суверенітету, оскільки мова йде про здійснення політичного курсу до приєднання до міжнародної організації на підставі міжнародного договору, який не передбачає делегування частини суверенних повноважень. НАТО за своєю природою є міжнародною організацією, яка здійснює функції колективної безпеки шляхом координації зусиль та забезпечення взаємодії держав-членів у сфері національної безпеки і оборони.

2) У частині європейської інтеграції Закон № 2680-VIII визначає цілі державної політики, орієнтуючи зовнішньополітичний курс на «підтвердж[ення] європейськ[ої] ідентичн[ості] Українського народу і незворотн[ості] європейського... курсу України». Стосовно статті 18 Конституції України, тут немає жодного звуження, оскільки за природою речей українська державність розвивалася в межах європейської ідентичності із певними візантійськими впливами на ранній стадії її формування у період Русі. Позитивні обов'язки держави стосовного міжнародного співробітництва у сенсі положень статті 18 Конституції України залишаються незмінними.

У такому випадку реалізація європейського курсу інтеграції України цілком залежатиме від бажання Європейського Союзу включити до свого складу Україну, яка має відповідати Копенгагенським критеріям членства в ЄС. Наразі у практичній площині це означає істотне реформування публічної служби, децентралізації влади, становлення реального незалежного і безстороннього правосуддя, якісного утвердження економічних свобод (Україна наразі знаходиться лише на 71 місці за ступенем економічних свобод), ефективного і дієвого забезпечення і захисту прав і свобод людини.

Оскільки ЄС є наднаціональним об'єднанням, то це питання пов'язане із трактуванням змісту національного суверенітету. Для України вирішення цього питання можливе у рамках трьох доктрин природи ЄС як асоціації суверенних держав, наднаціонального об'єднання *sui generis* та кооперативного федералізму. Згідно з постулатами двох перших доктрин, необхідно буде вносити зміни у низку положень Конституції України згідно із жорсткою процедурою, оскільки вони зачіпатимуть питання суверенітету у сенсі поло-

жень статей 5, 18 та 157 Конституції України, а також здійснення окремих повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування (наприклад, згідно із засадами субсидіарності, під час прийняття актів ЄС мають існувати у національному правопорядку процедури заслуховування думки регіональних публічних влад). За таких умов, майбутній конституційний законопроект насамперед має бути бездоганним з точки зору основоположних прав на участь у демократичному врядуванні. Згідно із доктриною кооперативного федералізму, ЄС розглядається як наднаціональний рівень здійснення національного суверенітету, зокрема конкретних зовнішньополітичних функцій держави, горизонт яких розширюється за рахунок доступу до ухвалення рішень відповідних органів публічної влади на наднаціональному рівні. Оскільки стаття 6 Договору про функціонування ЄС передбачає повагу національних конституційних традицій у світлі відповідності потенційної країни-претендента на членство в ЄС згідно із Копенгагенськими критеріями, то в цьому контексті держава набуває нових якісних критеріїв щодо забезпечення прав людини, як це констатував Федеральний конституційний суд Німеччини у справах *Solange I* (з нім. – до тих пір) та *Solange II*. Виходячи із такої практики, можливий варіант щодо інтерпретації Конституційним Судом України положень Лісабонського договору та інших установчих актів Європейського Союзу у світлі чинних конституційних принципів та положень, що визначають компетенцію органів публічної влади у сфері зовнішньої політики. Попри все, зазначені заходи щодо втілення ідеї потенційного входження України до складу ЄС залежатиме від результатів суспільно-політичних дебатів, зміст яких певною мірою наповнюватиме доктрина конституційного і міжнародного права в Україні.

9.2.4. Концепція Solange і допустимі межі передачі повноважень наднаціональним інститутам

Справи ФКС *Solange I* та *Solange II* прикметні тим, що в них було сформовано критерії щодо допустимих меж передачі повноважень наднаціональним інститутам у світлі доктрини державного суверенітету, зокрема: а) передача повноважень настільки, наскільки це сприятиме забезпеченню прав людини; б) визнання обґрунтованості зовнішнього втручання у випадку грубих порушень прав людини. Суд мав при цьому на увазі мінімальні стандарти якості захисту прав людини, які лежать сьогодні в основі міжнародного права, водночас Німеччина є прикладом високих стандартів захисту прав людини, які мають зворотний вплив на інститути захисту прав людини в рамках Ради Європи та ЄС. З точки зору конституційної систематики, багаторівневості та

мереживність публічної влади полягає у сукупності таких компонентів.

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

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

9.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції

9.3.1. Природа конвергенції судової юрисдикції

Для перехідних демократій, як і для сталих демократій є притаманним взаємний вплив у творенні єдиного транснаціонального простору конституційного права. Це пов'язано з тим, що незалежні судові установи схильні оперувати саме принципами права, оскільки спір про право супроводжується різним розумінням правових норм та конструкцій. Право на судовий захист заперечує ідею відмови судів від вирішення колізій та прогалін у законодавстві, оскільки така відмова є нічим іншим як запереченням сутнісного змісту основного права. Таким чином, природа конвергенції судових юрисдикцій насамперед полягає у застосуванні загальних принципів права як інструмента аргументації судових рішень. Принципи права закладають певні загальні і спільні стандарти в інтерпретації норм права. Вони слугують засобом подолання колізій і прогалін у законодавстві, оскільки у багатьох національних правопорядках закріплені формули, згідно з якими суд не може відмовити у правосудді, навіть за наявності певних недоліків законодавства – він має при цьому керуватися загальними принципами права.

Принципи права слугують своєрідним містком обміну кращими практиками судових рішень певних правничих проблем. Така конвергенція може здійс-

нюватися на *концептуальному рівні* через запозичення понять чи концептів, зокрема, принципу пропорційності, доктрини обов'язку захисту, яка містить у собі розуміння негативних і позитивних обов'язків держави захищати права людини. Доволі часто конвергенція здійснюється шляхом *запозичення досвіду інтерпретації* норм і принципів права. Тлумачення правових норм і принципів є складним, зважаючи на соціальних контекст права і неспроможність чисто утилітаристських та позитивістських підходів у цьому відношенні. Наприклад, академічну свободу складно трактувати через утилітаристський підхід, оскільки її здійснення не можна зводити до прибутковості вкладень держави в університети. Чисто позитивістський підхід поєднують з іншими, оскільки такий дискредитовано практиками совітського та нацистського режимів із їх численними злочинами проти людяності і миру. *Казуальний тип конвергенції* полягає у запозиченні певного прийнятного і позитивного досвіду інтерпретації конкретних прав людини чи визначення обсягу повноважень органів публічної влади під час здійснення судового конституційного контролю.

9.3.2. Конкуренція судових юрисдикцій

Конвергенція також породжує і конкуренцію між судовими юрисдикціями. Залежно від особливостей національної правової системи суди по-різному схильні зважувати конституційні цінності та принципи. Конкуренція юрисдикцій може виникати за різними лініями, наприклад: а) верховні суди та наднаціональні інституції (Суд ЄС); б) конституційні суди, які захищають верховенство конституції, та наднаціональні суди; в) конституційні суди, верховні суди та міждержавні суди (ЄСПЛ). Ці комбінації можуть варіюватися залежно від конкретних обставин справи та правового стилю інтерпретації правових актів та юридичної аргументації рішень судами.

Джерелом такої конкуренції виступає принцип верховенства конституції щодо міжнародних договорів. Імпліцитно така конкуренція закладається навіть від доктрини ориджіналізму – національна конституція визначає механізми наділення певним обсягом повноважень державних органів щодо визначення змісту міжнародного договору, який передбачається укласти та потім включити до національної правової системи. За таких умов, національні органи конституційної юстиції надаватимуть перевагу конституційним принципам у разі, якщо вони закладають вищий стандарт захисту, ніж це передбачено міжнародним договором та юриспруденцією як наслідок інтерпретації положень такого договору. Це пов'язано з тим, що міжнародні договори закладають мінімальні стандарти захисту прав людини.

Конституційний Суд України сформулював принцип дружнього ставлен-

ня до міжнародних договорів під час тлумачення Конституції. Водночас цей принцип інтерпретується таким чином, що права людини мають доволі універсальну природу і це зумовлює запозичення практики Європейського суду з прав людини. З іншого боку, якщо моделі правового захисту та носії прав людини є різними, з огляду на фактичний склад, конституційна юстиція може відмовитися від усталеного підходу ЄСПЛ у інтерпретації прав людини. Для судів загальної юрисдикції це може виражатися через дилему верховенства конституції і щодо міжнародних договорів, і щодо законів, які суд покликаний застосовувати, вирішуючи справи, і, швидше за все, загальний суд орієнтуватиметься на рішення конституційного чи верховного суду.

Прикладом цього може слугувати різний підхід до зважування цінностей демократії і прав людини Європейським судом з прав людини та Конституційним судом Литви у справі Паксаса, на якого діяла законодавча заборона балотуватися на парламентські вибори як особу, усунуту з посади президента у порядку імпічменту. Тому у вирішенні таких спірних питань і наданні пріоритету певним підходам в ухваленні юридичних рішень, вимоги поваги до гідності людини повинні мати вирішальне значення для формування спільних юрисдикційної діяльності. Саме формулювання спільних підходів через судову практику може лягти в основу формування глобального права і такий спосіб формулювання є традиційним поряд із *opinio juris* як засобу формулювання юридичних конструкцій і правил.

9.3.3. Вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини України

Ефективність дії міжнародного права в цілому залежить від доброї волі держав визнати юрисдикцію міжнародних установ, які б здійснювали додатковий контроль додержання державами своїх обов'язків у сфері прав людини. У контексті права міжнародних договорів, суверенні держави, ратифікуючи договір, виходять з того, що всі держави — сторони цього договору делегують рівну частку суверенних повноважень. Тому основоположним принципом цих договорів є взаємність, тобто розуміння того, що кожна сторона діятиме у визначений спосіб саме тому, що інша сторона теж буде діяти подібним чином.

Міжнародні інститути захисту основних прав і свобод є додатковими до національних, тобто їхнє основне призначення – скоригувати свободу розсуду національних держав у сфері забезпечення основних прав і свобод. Згідно зі ст. 55.5 Конституції, після вичерпання національних засобів правового захисту гарантується звернення приватних осіб до міжнародних судів та

організацій, юрисдикція яких визнана Україною. Таким чином, Конституція України визнає діяльність таких установ як додаткових, що доповнюють національну систему правового захисту, тобто міжнародні установи є останньою можливістю для захисту основних прав і свобод.

У справі про Римський статут КСУ (висновок № 3-в/2001) визначив Міжнародний кримінальний суд як установу, що доповнює національні органи кримінальної юстиції, юрисдикція якої, на відміну від юрисдикції Європейського Суду з прав людини, пов'язана з ініціативою не тільки держави-учасниці, а й з власної ініціативи, коли держава, під юрисдикцією якої перебуває особа, підозрювана у вчиненні передбаченого Статутом злочину, «не бажає або не здатна проводити розслідування чи порушити кримінальне переслідування належним чином». Очевидно, що Конституційному Суду було складно розмежувати поняття принципу субсидіарності правозахисних інститутів та принципу доповнюваності публічно-владних інститутів, а також їх субординацію із принципами правової визначеності та верховенства основних прав і свобод, захисту загальнолюдських цінностей як конституційних. Зокрема, по суті, не дано характеристику колізії положень ст. 55.4 та розділу VIII Конституції, в тому числі ст. 124.2 чинної на той час Конституції, що визначали, відповідно, систему правового захисту в Україні та організаційні засади правосуддя в Україні.

ii) вичерпання національних засобів правового захисту. Це правило впливає з того, що найповніший і компетентніший захист порушеного права можуть здійснити саме національні органи влади. Міжнародні установи вправі здійснювати захист лише у випадку звернення уповноваженої особи, якщо при цьому були порушені ті права і свободи, які передбачені міжнародно-правовими актами. Така вимога означає, що особа повинна використати як судові, так і позасудові національні засоби правового захисту (див. *Klass v. Germany*).

iii) Міжнародно-конформне тлумачення Конституції та принцип дружнього ставлення до ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Відповідно до принципу верховенства Конституції (стаття 9), міжнародні договори, згода на які надана Верховною Радою є невід'ємною частиною національного законодавства. Водночас, згідно зі статтею 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, держава не може посилатися на недоліки поточного законодавства як на підставу неможливості виконання власних зобов'язань згідно із вимогами міжнародних договорів. Звідси впливає висновок, що міжнародні договори мають застосовуватися у світлі конституційних принципів і положень. У разі,

якщо міжнародний договір більш повно визначає гарантії прав і свобод, аніж Конституція, то має враховуватися положення Конвенції та практики ЄСПЛ. Так, КСУ, розглядаючи справи про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу (рішення КСУ № 2-рп/2016), аналізував ситуацію із загальною конституційною клаузулою про заборону свавільного позбавлення свободи особи (стаття 29.1 Конституції) у співвідношенні із конкретним переліком підстав для позбавлення свободи, який наводиться у статті 5.1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Суд дійшов висновку про те, що, по суті, Конвенція містить більш конкретний перелік підстав для позбавлення свободи, у світі чого і має інтерпретувати відповідне конституційне положення:

«Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, зокрема Європейським судом з прав людини. Оскільки стаття 29 Конституції України кореспондується зі статтею 5 Конвенції, то, відповідно до принципу дружнього ставлення до міжнародного права, практика тлумачення та застосування вказаної статті Конвенції Європейським судом з прав людини має враховуватися під час розгляду цієї справи».

Зважаючи на специфічність прямої дії Конституції, за таких обставин ключову роль у вирішенні дилеми міжнародного та національного права буде відігравати саме застосування загальними судами міжнародного договору через призму інтерпретації КСУ Конституції у своїх рішеннях.

9.4. Нові технології, біоетика та права людини

9.4.1. Вплив біоетики на сутнісний зміст прав людини

Гідність демократичної легітимації передбачає повагу прав меншин у контексті принципу недискримінації. Така вимога взаємного балансу базується на повазі до гідності людини, її свободи та вимог справедливості, як матеріальної, так і процесуальної. Зокрема, з питань біоетики виникає низка питань щодо забезпечення цілісності особи (*individual integrity*), фундаментальним принципом якого є заборона *'medical experimentation without consent'* (здійс-

нення медичних експериментів без згоди), основою чого є повага до гідності людини та її приватної автономії (можливості вільного, без стороннього тиску, вибору). Таким вимогам мають відповідати вирішення питань щодо трансплантології, природи організмів із наперед заданими властивостями. Однак тут значну роль відіграє процесуальна справедливість, яка включає право заінтересованих осіб бути заслуханими та вираження вільної волі особою щодо якої вживаються певні медичні заходи. Це передбачає наявність певних юридичних механізмів узгодження відповідної волі носія права та заінтересованих осіб, щоб за допомогою кваліфікованого юриста, який відповідає належним діловим і моральним якостям, ухвалювати рішення щодо здійснення певних медичних процедур чи методик лікування. З цієї точки зору виникне також питання щодо з'ясування змісту правил та процедур використання цифрових технологій у сприянні реалізації можливостей людини.

i) *Нормативний та ціннісний виміри.* Принцип заборони 'medical experimentation without consent' є основоположним у світі гідності людини, оскільки він спрямований на забезпечення фізіологічної та психологічної цілісності індивіда. Принцип згоди є вирішальним під час опанування нових методів лікування, застосування нових медичних препаратів, зважаючи на сутнісний зміст права на життя та позитивні обов'язки держави у сфері охорони здоров'я людини. Це ґрунтується на консенсусі щодо розуміння приватної автономії індивіда і неприпустимості свавільного втручання у цілісність особи. Як слушно зазначає Андреа Лавацца⁵¹⁰:

«Яскравий приклад можна знайти в галузі біоетики, де поінформований вибір пацієнта має поширеність над медичними висновками та правилами спільноти. З гносеологічної точки зору, передумовою є те, що знання про факти і динаміку людських взаємин є поширеним, ніхто не знає все або може вирішувати для кожного найкращим чином».

Приблизно подібної позиції притримувався Конституційний Суд України у справі про поміщення особи до психіатричного закладу (рішення № 2-рп/2016), в якому наголосив на тому, що особа не може бути позбавлена свободи свавільно, а, у разі наявності в неї психічного захворювання, таке має здійснюватися на підставі рішення суду. Оскільки тут йдеться про можливе лікування особи в психіатричному закладі, то у судовому засіданні законні представники особи із психічним розладом мають дати згоду на поміщення

⁵¹⁰ Lavazza A (2018) Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis. *Frontiers in Neuroscience*. 12:82. P. 3.

її до такого закладу та застосування адекватних методів лікування. У цьому аспекті також говорять про психологічну цілісність особи як неприпустимість неправомірного впливу на нейронний рівень розрахунків людини⁵¹¹:

«Має бути забезпечено конкретний нормативний захист від потенційного неврологічного втручання, що передбачають не-санкціоновану зміну нейронних розрахунків людини та потенційно призводять до прямої шкоди потерпілому».

За таких ситуацій мова йде про певний оптимальний механізм втручання в індивідуальну цілісність особи при ментальному чи фізіологічному втручанні, який має бути підконтрольний як неупередженим лікарям-фахівцям, так і судовому перегляду правомірності застосування відповідних процедур щодо конкретної особи.

Ці гострі питання зачіпаються також *Human Genome Project* – у міжнародному проекті, в рамках якого здійснюється програма співпраці з дослідження геному людини з метою складання загальної карти та збору бази даних якомога ширшого кола генів людей. Наразі HGP показав, що, ймовірно, існує близько 20 500 людських генів. Завершена людська послідовність тепер може визначити їх місцезнаходження. Цей кінцевий продукт HGP надав світу ресурс детальній інформації про структуру, організацію та функціонування повного набору людських генів. Цю інформацію можна розглядати як основний набір успадкованих «інструкцій» для розвитку і функціонування людини⁵¹². Основна мета цього проекту вбачається у складанні загальної картини можливих мутацій людських генів та попередження можливих набутих генетично хвороб.

ii) *Світовий і європейський досвід застосування біоетики у галузі прав людини.* У рамках європейської традиції права людська гідність розглядається як основоположна цінність, що має визначальне значення для з'ясування змісту цілісності індивіда та право на життя. Це стало реакцією на нелюдські медичні експерименти, які застосовувалися в Німеччині під час панування нацистського режиму, як у концтаборах на ув'язнених, а також їх спробах запроваджувати еugenіку шляхом формування чистої «арійської нації». Натомість, згідно зі ст. 8 Загальної декларації біоетики та прав людини, яка визначає, що:

⁵¹¹ Ienca, M., and Andorno, R. (2017). Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sci. Soc. Policy*

⁵¹² National Human Genome Research Institute. URL: <https://www.genome.gov/12011238/an-overview-of-the-human-genome-project/>

«У процесі застосування та розвитку наукових знань, медичної практики та пов'язаних з ними технологій слід враховувати вразливість людини. Слід забезпечувати захист особливо вразливих осіб і груп і поважати їх особисту недоторканність».

Паралельно із становленням нацистського режим з його злочинами проти людяності і миру у християнській етиці відбулися істотні зрушення щодо інтерпретації змісту людської гідності, яка починає асоціюватися із колективними правами і групами⁵¹³. Реагуючи на злочини нацистського і сталінського режимів, папа Римський Пій XI видав енцикліки “*Mit Brennender Sorge*” та “*Divini Redemptores*”, в яких вказував на те, що ці тоталітарні режими атакують «людське право та гідність», «підривають соціальний порядок... оскільки він заперечує права, гідність і свободу людської особистості». Як зазначають Талата де Мораїш та Педру Монтейру, вразливість людини походить від латинського терміна «*vulnerabilis*», який означає «*щось, що викликає пошкодження, травму*». На цьому побудована ідея цілісності особи (інтегративності, *untouched, integral*), що визначає певні якості поведіння із особистістю⁵¹⁴, щоб не порушувати її цілісність, роблячи вразливою до зовнішнього середовища. Бошам (*Beauchamp*) і Чайлдрес (*Childress*) наголошують на важливості захисту окремих осіб або груп через широкі та суворі вимоги поінформованої згоди⁵¹⁵. Це передбачає виконання принципу автономії як спроможність до самовизначення та відкидання патерналістського протекціонізму. Як зазначає Джонатан Герінг та Джес Волл, під час лікування пацієнта основна увага приділяється автономії, яка залежить від того, чи маємо ми справу зі згодою на лікування або відмовляємося від неї. Пацієнт має право відмовитися від лікування, але не вимагати його⁵¹⁶.

iii) *Положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та юриспруденція Європейського суду з прав людини*. Згідно із концепцією Конвенції як «живого інструменту», юриспруденція ЄСПЛ розвивається у бік ефективного та дієвого захисту прав людини. Відповідно до цієї концепції, ніякі положення Конвенції не можуть тлумачитися чи застосовуватися

⁵¹³ Олександр Водяніков (2018) Генеалогія поняття людської гідності в конституційному праві 9 *Право України* 46-47.

⁵¹⁴ Talata Cavalcante Arruda de Moraes, Pedro Sadi Monteiro (2017) Concepts of human vulnerability and individual integrity in bioethics. 25 *Rev. Bioet.* 2

⁵¹⁵ Beauchamp TL, Childress JF. (2012) *Principles of biomedical ethics*. 7^a ed. New York: Oxford University Press.

⁵¹⁶ Jonathan Herring, Jesse Wall (2017) The Nature and Significance of the Right to Bodily Integrity. 76(3) *The Cambridge Law Journal* 566-588.

у такий спосіб, щоб вони порушували сутнісний зміст конвенційних прав. Основними орієнтирами при цьому слугують повага до людської гідності, непорушність права на приватне життя та право на життя. У рамках концепції людської гідності Суд розглядає різні ситуації, пов'язані із недопущенням проведення певного медичного втручання без згоди індивіда. Індивідуальна цілісність особи є квінтесенцією розуміння непорушності права на приватне життя особи (ст. 8 Конвенції). Відповідно до цих засад, право на життя включає низку позитивних обов'язків держави у сфері охорони здоров'я, зокрема, вимоги отримання згоди індивіда на медичне втручання особи (ст. 3 Конвенції).

iv) Питання біоетики у національних конституціях: роль свободи наукової діяльності, Конвенції Ов'єдо та Загальної декларації біоетики та прав людини. До біоетичних проблем відносять етичні питання абортів, контрацепції і нових репродуктивних технологій (штучне запліднення, сурогатне материнство); проведення експериментів на людині і тваринах; отримання інформованої згоди і забезпечення прав пацієнтів; визначення смерті, самогубства і евтаназії; проблеми відношення до вмираючих хворих (госписи); демографічної політики і планування сім'ї; генетики (зокрема проблеми досліджень геномів, генної інженерії і генотерапії); трансплантології; справедливості в охороні здоров'я; клонування людини; маніпуляцій із стволовими клітинами і низка інших⁵¹⁷.

Питання біоетики підіймається стосовно стандартів наукової діяльності. Зокрема, ст. 13 Загальної декларації з біоетики та прав людини 2005 р. визначає, що відповідальність є невід'ємною частиною діяльності наукових працівників, в тому числі вимогливість, обережність, інтелектуальна чесність і неупередженість – як під час проведення наукових досліджень, так і під час подання та використання їх результатів, – повинна бути предметом особливої уваги, коли мова йде про дослідження, що стосуються генома людини, з урахуванням їх етичних і соціальних наслідків. Ще раніше встановлено заборону застосування біологічної зброї, згідно із Конвенцією про заборону розробки, виробництва та накопичення бактеріологічної(біологічної) і токсичної зброї та їх знищення 1972 р. Конвенція про права людини і біомедицину (Конвенція Ов'єдо) 1997 р. встановлює стандарт здійснення втручання у здоров'я лише за умови добровільної та свідомої згоди на нього з боку відповідної особи (ст. 5). Конвенція Ов'єдо також встановлює диференціацію щодо інтерпретації принципу згоди щодо неповнолітніх чи людей з психічними роз-

⁵¹⁷ Г.Ю. Гулевська, С.М. Сергеева (2011) Біоетика та права людини: міжнародно-правовий аспект. *Форум права* 3.

ладами, зокрема, залежно від віку – думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи.

9.4.2. Сучасна юриспруденція стосовно сутнісного змісту біоетики

Згідно з концепцією живого права, міжнародні суди універсальної та регіональної юрисдикції дотримуються підходів, в яких закладено захист універсальних цінностей неприпустимості свавільного втручання у цілісність особистості; подібних позицій додержуються національні конституційні та верховні суди.

i) *Питання щодо початку життя та репродуктивні права.* Ці питання стосуються сутнісного змісту прав ненародженої дитини, прав дітей, дітей, народжених *in vitro*. У практиці ЄСПЛ раніше Комісія дійшла висновку про те, що визнання безумовного права утробного плоду на життя суперечило б змісту та цілям Конвенції (Заява № 8416/78). Однак Комісія визнала, що держава може встановлювати певні обмеження у здійсненні права на аборт, не порушуючи при цьому вміщеного у статті 8 права вагітної жінки на приватне життя (*Брюгеманн і Шойтен*, доповідь Комісії від 1977 р.). У цій справі Комісія навмисно залишила відкритим питання про права утробного плоду. На відміну від статті 4 Американської конвенції з прав людини, в статті 3 ЄКПЛ не визначається, що життя починається з моменту зачаття.

Пізніше у справах *Vo v France*, *Evans v United Kingdom* ці підходи були змінені. У листопаді 2003 року французький Центр репродуктивних прав подав скаргу до Європейського суду з прав людини у справі «Во проти Франції». Справа виникла через інцидент із французьким лікарем, який помилово розірвав навколоплідний мішок вагітної жінки, коли він прийняв її за іншу, невагітну пацієнтку. Короткий виклад Центру стверджував, що Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод не захищає права ненародженого плоду, а також те, що визнання права ненародженого плоду на життя загрожує правам жінок, дозволяючи уряду надавати привілейовані права плоду над правами вагітної жінки. ЄСПЛ прийняв рішення у липні 2004 року, в якому він відмовився визнавати плід як особу, відповідно до Європейської конвенції. Водночас Суд зазначив, що Конвенція та її подальша судова практика не «виключають можливість того, що, за певних обставин, гарантії можуть бути поширені на ненароджену дитину».

Справа *Evans v United Kingdom* стосувалася репродуктивних прав ембріона людини. Чоловік і жінка уклали контракт, згідно з яким від них був здійснений забір яйцеклітини та сперматозоїдів з метою майбутнього запліднення, на

яке потребувалася їх взаємна згода. Після того, як пара розійшлася, міс Еванс мала намір здійснити запліднення яйцеклітини, але її колишній партнер заперечував проти цього. ЄСПЛ, вирішуючи справу, виходив з того, що ембріон сам по собі не має права на життя. Якщо на карту поставлено особливо важливий аспект існування або ідентичності особи, розсуд, що належить державі з цього питання, може бути обмежений з урахуванням прав особи, які зачіпаються. Таким чином, на думку ЄСПЛ, «право на сімейне життя, гарантоване ст. 8 ЄКПЛ, не могло заперечувати відкликання містера Джонстона згоди «в межах свободи розсуду, якою Суд взагалі вважає, що держави повинні користуватися у цій сфері»». Ерік Гудмот зазначає, що такого роду права є «загалом ще далеко від уніфікації у світі». Їхнє вирішення можливе за допомогою засобів договірного права в галузі репродуктивних наук, які були схвалені судовими інстанціями Сполученого Королівства та ЄСПЛ, оскільки «вони можуть перебивати договірні угоди між фізичними особами». Суди визнали, що «така політика є достатньо сильною, щоб виправдати її функціонування за будь-яких обставин як яскраво визначених правил (*bright-line rule*)⁵¹⁸.

ii) *Питання абортів та штучного запліднення у судовій практиці.* Суперечливе конституційне питання щодо абортів пройшло складну еволюцію від кримінальної відповідальності за аборти до захисту приватної автономії у прийнятті рішень, зокрема з точки зору ненародженого життя. У рамках інтерпретації та конкуренції між конституційними цінностями відбулося зміщення акцентів у розумінні жіночої автономії щодо прийняття рішення про аборт, одночасно підкреслюючи важливість захисту ненародженого життя⁵¹⁹. Це загалом складні питання, які стосуються поваги до гідності жінки, а також прийняття рішення, яке має інколи характер духовний – між життям жінки та життям ненародженої дитини, яке я іменую як своєрідне «рішення Бога».

Це гостре питання спробував розв'язати ЄСПЛ у справі *RR v Poland*, яка стосувалася комплексу прав: гендерної рівності, права на здоров'я та свободи віросповідання, які цілком можуть бути застосовані до цього випадку. У цій справі у вагітній жінки генетично аномально розвивався плід, і лікарі, які наглядали за перебігом вагітності, приховували дані генетичного аналізу плоду до закінчення граничного строку, протягом якого, згідно із законом можна було переривати вагітність. Внаслідок цього упущення дитина народилася зі синдромом Тернера, за якого людина не може повноцінно розвиватися. У цій

⁵¹⁸ Erik Goodmote (2007) *Evans v. United Kingdom*, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary. 40(2) *Cornell International Law Journal* 573, 585.

⁵¹⁹ Michel Rosenfeld, Andras Sajó (2010) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press. 1065, 1071

справі ЄСПЛ наголосив:

«...тут був цілий ряд недовзначних правових положень, що діяли на відповідний час, із визначеними позитивними обов'язками держави щодо вагітних жінок стосовно їхнього доступу до інформації про своє здоров'я та здоров'я плода.

...Внаслідок затягування вжиття медичними працівниками заходів, описаних вище, їй довелося перенести тяжку болісну невпевненість щодо здоров'я плода, майбутнього своєї сім'ї та перспективи виховання дитини, яка страждає від невиліковної хвороби. Вона пережила гостру муку через те, що повинна була думати про те, як вона та її сім'я зможуть забезпечити благополуччя, щастя та відповідне довгострокове медичне обслуговування дитини. Її занепокоєння не були належним чином визнані та розглянуті фахівцями в галузі охорони здоров'я, які займалися її справою».

По суті, Суд констатував зневажливе ставлення з боку уряду та лікарів як агентів держави (у цьому випадку) до пацієнтки, вільного розвитку її та її дитини як індивідів, повнокровного та щасливого життя пацієнтки та її сім'ї загалом, права вільно реалізовувати свої життєві стратегії та пріоритети.

iii) *Питання захисту прокреативних свобод та біоетика.* Незважаючи на загальну відсутність конкретних конституційних положень щодо біоетичних питань, застосування понять гідності, свободи, приватності, свободи вираження поглядів та свободи наукових досліджень може допомогти у тлумаченні та аналізі правових обрисів нових технологій⁵²⁰. Вирішення такого роду проблеми надаються на розсуд інтерпретатора конституційних цінностей і принципів, які мають обирати стратегії зважування між цінностями чи розглядати сутнісний зміст прокреативних свобод через призму принципу пропорційності. Сутність цих свобод стосується можливостей розвитку індивіду та застосування можливостей медичної науки таким чином, щоб не було посягання на гідність індивіда та можливість його розвитку.

У судовій практиці існують диференційовані підходи щодо інтерпретації змісту прокреативних свобод у світі конституційних цінностей. У першій третині ХХ ст. у США, а також у нацистській Німеччині еugenіка та пов'язані із нею засоби (стерилізація, певні узгоджені цивільні союзи тощо) розгляда-

⁵²⁰ Michel Rosenfeld, Andras Sajó (2010) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. 1146.

лися як запорука забезпечення здоров'я людей. Так, у справі *Buck v Bell* у 1927 р. Верховний Суд США виправдав застосування стерилізації щодо ув'язнених і стверджував, що непристойність, епілепсія і слабкість є спадковими, і що ув'язненим слід запобігати передачі цих недоліків наступному поколінню. Пізніше Верховний Суд у справі *Skinner v Oklahoma* 1942 р. переглянув підхід щодо стерилізації як своєїрідної '*moral turpitude*' (моральної турботи), яка порушує стандарти рівного ставлення до різних категорій осіб. Зокрема, можна навести інші приклади, які стосувалися подібних проблем. Після засудження злочинів нацистів проти людяності і миру під час Нюрнберзького процесу заборона стерилізації та застосування евгеніки стала стандартом захисту прав людини у цій сфері життєдіяльності.

У справі *Griswold v Connecticut* було встановлено заборону пеналізації поширення контрацептивів. Під час розгляду справи *Roe v Wade* було сформульоване правило щодо захисту життя вагітної у першому триместрі та застосування абортів. Справа *Hecht v Superior Court* стосувалася розмежування народження *in vivo* та *in vitro embryo*.

iv) Питання закінчення життя і проблема евтаназії. Інколи розглядають дзеркальне відображення права на життя – право особи на гідну смерть. Цю дилему через призму людської гідності ще описують як можливість «*заохочувати патерналізм, який є несумісним з духом самовизначення, який інформує про основний напрямок мислення прав людини*»⁵²¹. Однак, попри визнання та законодавче регулювання евтаназії в окремих країнах (Нідерланди, Данія), не існує певної тенденції до можливості застосування припинення підтримки життя людини, навіть у разі невиліковної хвороби, яка може спричинити особі нелюдські страждання, або зводити життя особи до умовного овоча, що є малосумісним із людською гідністю. Такі ситуації також можна охарактеризувати як своєїрідне «рішення Бога».

Європейський суд з прав людини у справі *Pretty v United Kingdom* (2002) сформулював підхід, згідно з яким подібні дилеми вирішуватимуться за наявності певної тенденції у правовому регулюванні, зважаючи на більшу обізнаність парламентів у національній правовій традиції та гарантій прав людини. ЄСПЛ дав тлумачення ст. 2 ЄКПЛ як таке, що гарантує право на життя, але не як право на смерть, тобто воно не може інтерпретуватися як антитеза права на життя. Так само і британське законодавство не встановлювало певної процедури, яка б дозволяла припинити підтримку для особи, яка страждала

⁵²¹ Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, (1998) Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics. 61 *Modern Law Review* 661.

від важкої і хронічної хвороби, або заподіюючи їй смерть шляхом ін'єкції чи іншим способом. Трактуючи негативні обов'язки держави за таких ситуацій, Суд наголосив на тому, що державам слід «утримуватися від нанесення серйозної шкоди особам, які знаходяться під їхньою юрисдикцією». Далі Суд наголосив, що «жодне право на смерть, будь то від третьої особи або за допомогою державного органу, не може бути набутиим на підставі статті 2 Конвенції». Хоча заявниця стверджувала, що страждання, до яких її хвороба неминуче призведе, є настільки серйозним, що може означати «принизливе поводження» у термінах статті 3 Конвенції, а тому держава має позитивний обов'язок вжити заходів для її захисту, дозволивши їй отримати допомогу для здійснення самогубства. Однак Суд відхилив ці аргументи, навіть зважаючи на абсолютну заборону катування (ст. 3 Конвенції), це «не надає жодній особі права вимагати від держави дозволу або полегшення його чи її смерті». Так само, з точки зору права особи на самовизначення як основи приватності особи (ст. 8 Конвенції), межі приватної автономії особи не можуть поширюватися до таких кордонів.

v) *Проблеми клонування та цілісності особи.* Згідно з принципом згоди та поваги до самовизначення особи як складової людської гідності, сьогодні існує згода щодо абсолютної заборони клонування людини, так само, як і генома людини. На цій основі побудовано основоположні принципи щодо інтерпретації питань, пов'язаних із банком геному людини, ДНК-технологій, криозберігаючих технологій. Згідно із концепцією *fiduciary duties* (фідуціарних обов'язків) та принципу поінформованої згоди у біомедичних дослідженнях, сформульованій у справі *Moore v Regents of the University of California* лікарі повинні розкривати свої наукові інтереси пацієнтам. Водночас Верховний Суд також постановив, що особи не мають права власності на свої клітини після того, як клітини були вилучені з їхніх тіл.

9.5. Конституціоналізм та перехідна юстиція

9.5.1. Традиційні стандарти забезпечення перехідної юстиції у світі верховенства права

Після падіння військових диктатур у низці країн Латинської Америки проводилися розслідування вчинених військовими злочинів, але в більшості випадків найвищим військовим чинам вдалося уникнути відповідальності. Зокрема, у 1987 р. президент Аргентини Альфонсін у Законі про належне підпорядкування

проштовхнув схему обмеження судового переслідування командувачів військових округів, а у жовтні 1989 р. Карлос Менем вибачив 39 найвищим військовим посадовцям. Загалом існують складнощі у притягненні до відповідальності вищих посадовців за колишні їхні злочини, скоєні ними під час диктатури в умовах молодшої перехідної демократії. Подібні процеси також спостерігаються сьогодні в Україні, що стосується обставин переслідування, викрадення, катування та вбивства учасників масових протестів під час Революції Гідності.

Поняття перехідної юстиції (*transitional justice*) ще не є чітко визначеним, прикладом чого є його трактування на рівні ООН. Зокрема, Генеральний Секретар ООН в 2004 р. у доповіді S/2004/616 на засіданні Ради Безпеки під назвою «Верховенство права та перехідне правосуддя в конфліктних та постконфліктних суспільствах» зазначив таке:

«Поняття «перехідне правосуддя»... охоплює весь комплекс процесів та механізмів, які пов'язані зі спробами суспільства подолати тяжку спадщину широкомасштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість та примирення. До них можуть відноситися як судові, так і несудові механізми з різним ступенем міжнародної участі (або взагалі без такої), а також окремі дії з судового переслідування, відшкодування шкоди, встановлення фактів, інституційної реформи, попереднього огляду та припинення справ або поєднання вищеописаних дій».

Стенфордська філософська енциклопедія під перехідною юстицією розуміє таке⁵²²:

«...позначення сфери академічних досліджень, а також політичної практики, пов'язаної з наслідками конфліктів і широкомасштабними порушеннями прав людини. Теоретики і практики перехідного правосуддя зосереджують увагу на найбільш ефективних і законних способах вирішення колишніх несправедливостей і на шляху до (пере)утворення гідного громадського порядку».

Як елементи перехідної юстиції ця Енциклопедія передбачає вжиття таких заходів: 1) створення надійних баз даних про колишні порушення прав людини; 2) створення функціональної, професійної бюрократії та публічної

⁵²² Stanford Encyclopedia of Philosophy. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-transitional/>

служби; 3) допомога жертвам переслідувань у реабілітації їхнього життя; 4) припинення насильства та зміцнення стабільності. Попри різне прочитання розуміння перехідної юстиції, існує консенсус відносно базових речей, які стосуються поновлення порушених фундаментальних прав та забезпечення якісного змісту у сфері здійснення правосуддя на засадах безсторонності та незалежності.

i) *Переслідування посадовців, що вчинили злочини проти людяності та воєнні злочини, причетних до масових репресій та порушень прав людини.* Це одна із найскладніших цілей перехідної юстиції, яка переслідує конституційну справедливість. Як свідчить приклад подолання наслідків військових диктатур у латиноамериканських країнах, складання лістингу осіб, які вчинили злочини проти людяності і миру, не є достатнім засобом досягнення справедливості. Це лише початковий етап подолання цих наслідків, оскільки такі злочини мають бути зафіксовані та зібрані докази щодо винуватості конкретних державних і політичних діячів у їх вчиненні. Доволі часто окремі із злочинців задля одержання доказів підпадають під програму захисту свідків, оскільки надана ними інформація може бути надзвичайно цінною для притягнення інших злочинців до відповідальності. Це саме по собі атакує конституційну справедливість та сутність перехідної юстиції. Оскільки здобути докази про злочини, вчинені проти людяності і миру представниками *ancient regime*, можна із використанням професійних детективів, то тут виникає дилема використання послуг службовців, які також можуть бути причетними до вчинення злочинів проти людяності.

У разі розслідування цих злочинів міжнародним трибуналом, це змінює стан справ, однак їх запровадження здійснюється за принципом компліментарності. Юрисдикція міжнародного трибуналу запроваджується у разі неспроможності або свідомого ігнорування вимоги незалежного і безстороннього розслідування національними державами обставин вчинення злочинів проти людяності і миру. Зокрема, Нюрнберзький трибунал був запроваджений для розслідування злочинів нацистського режиму і щодо його юрисдикції були дискусії стосовно запровадження ретроактивної відповідальності всупереч принципу *nullum crimen sine lege*. Натомість доктрина «командної відповідальності», розроблена в Нюрнберзі і використана пізніше Міжнародним кримінальним трибуналом для Югославії, відхилилася від основних принципів легалізму, оскільки була заснована на ідеї статусу підсудних, а не на прямих і конкретних свідченнях щодо вчинення ними злочину. Оскільки такі злочини порушують імперативну міжнародну норму, визнану людством (*jus cogens*),

то належність конкретних осіб до певного кола представників *ancient regime* та виконання ними наказів, що призводили до порушення фундаментальних прав і свобод, слугували підставою для їх притягнення до відповідальності.

Створення комісій правди або люстраційних комісій спрямоване насамперед на недопущення представників *ancient regime* до публічних посад. Їхня діяльність стає предметом розгляду саме з точки зору фіксації фактів переслідування, що не потребує дотримання всіх належних процедур фіксування доказів. Це може стати підставою для тимчасового обмеження доступу їх до певного кола публічних посад, перелік яких визначено законом.

ii) *Відшкодування збитків*. Як свідчить досвід країн Латинської Америки, відшкодування збитків пов'язане насамперед із визначенням кола постраждалих від переслідувань або жертв репресій військових диктатур. Таким шляхом спочатку пішли в Аргентині. Розмір відшкодування встановлювався, виходячи із середньомісячної заробітної плати військовослужбовців з часу зникнення і до моменту звільнення або встановлення факту загибелі. Такий шлях видався у цій країні легшим. Наприклад, в Аргентині під час переходу до демократії новообраний президент Рауль Альфонсіна обмежився звільненням з посад дев'яти членів військових хунт та створенням *CONADEP*, яка провела офіційне розслідування злочинів хунти та опублікувала звіт на понад 50 тис. сторінок, резюме *Nunca Mas* якої стало символічним⁵²³. Слід зазначити, що лише у грудні 2018 року було засуджено близько 50 високопоставлених військовослужбовців за злочини проти людяності під час військової диктатури 1976-1983 років.

iii) *Інституційні реформи*. Відмова від практики утисків та переслідувань за політичні та інші переконання можлива за умови проведення реформ, спрямованих на становлення незалежного і безстороннього правосуддя. З метою захисту молоді демократії можуть формуватися незалежні інституції з національного примирення (ПАР), комісії правди (Латинська Америка) чи люстраційні комісії (посткомуністичні країни). Прототипом всіх згаданих заходів слугує денацифікація Німеччини, хоча її не можна назвати взірцем, оскільки значна кількість публічних службовців та суддів залишилися на своїх посадах. Тому основний акцент при цьому ставиться на запровадження демократичних практик ухвалення владних рішень та додержання вимог належної правової процедури у ході судового розгляду.

⁵²³ Джек Донеллі (2004) *Права людини у міжнародній політиці*. Львів: Кальварія. С. 68-69.

9.5.2. Цілі перехідної юстиції

Метою перехідної юстиції є сприяння у становленні конституційної демократії за допомогою засобів правосуддя, впровадження стандартів належної правової процедури та становлення незалежної та професійної публічної служби.

i) Поновлення демократії. Щодо перехідної юстиції існує чотири вимоги міжнародного права в галузі прав людини, які передбачають запровадження таких заходів: а) обов'язок держави проводити розслідування та переслідувати обвинувачених у вчиненні грубих порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, включаючи сексуальне насильство, і покарати винних; б) право знати правду про минулі зловживання та долю зниклих осіб; с) право на відшкодування жертвам грубих порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права; та (d) обов'язок держави запобігати, через різні заходи, повторенню таких злочинів у майбутньому⁵²⁴. Національне примирення та повновлення порушених прав є основною метою перехідної юстиції, однак вказані заходи не поширюються на осіб, які скоїли злочини проти людяності. Якраз метою перехідної юстиції є притягнення до відповідальності таких злочинців.

ii) Захист молоді демократії. Попередження випадків реставрації диктатур є сутнісним змістом конституційної демократії, спроможної до самозахисту (*militant democracy*). В основі концепції *militant democracy* лежить реакція на нелюдську практику правління Націонал-соціалістської демократичної робітничої партії (НСДАП) в Німеччині. Як відомо, НСДАП прийшла до влади цілком парламентським шляхом і за допомогою референдумних процедур протягнула надзвичайне законодавство, яке закріплювало принцип фюрерства, ліквідувало федеральний земельний устрій, передбачало можливість істотних обмежень основних прав і свобод на рівні адміністративних рішень. Тому розробляючи Боннський Основний Закон 1949 р., вирішили визначити якісні критерії та межі діяльності політичних партій, а питання щодо перевірки конституційності їхньої діяльності було передане до відання ФКС. Сьогодні концепція *militant democracy* використовується також як засіб боротьби проти тероризму⁵²⁵.

На думку К. Льовенштайна, не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше. На його думку, відвертий

⁵²⁴ *Transitional Justice and Economic, Social and Cultural Rights*. New York and Geneva, 2014. P. 5.

⁵²⁵ Роч Кен (2004) Антитероризм и воинствующая демократия 2,3 *Сравнительное конституционное обозрение*.

популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму⁵²⁶. Серед засобів авторитаризму виділяють прояви націоналізму, створення на постмодерний кшталт образу зовнішнього ворога, залякування чи навіть застосування насильства. Відповідно, влада розглядається як інститут, який необхідно утримувати будь-якими засобами та використовувати її у власних інтересах, маніпулюючи громадською свідомістю. Концепція антиекстремізму передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед судового конституційного контролю⁵²⁷. Негативний республіканізм передбачає формування таких рамок врядування та політичної практики, які б звужили можливості зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я. Доктрина *militant democracy* спрямована на формування системи лояльності до цінностей конституційної демократії та запобігання поновлення диктатур.

iii) *Відкритість доступу до публічної служби*. Доволі часто джерелом становлення диктатур стають непрозорі механізми формування та діяльності публічної служби. Щоб запобігти впливу політиків на професійний державний апарат чиновників та забезпечення їх політичної нейтральності, впроваджуються різні моделі добору кадрів на публічну службу на основі конкурсу. При цьому можуть існувати непрямі форми відбору потенційних претендентів до публічної служби. Зокрема, у Франції прийняття на державну службу здійснюється за конкурсом за двома можливими варіантами: складання іспитів і проходження тестів; зіставлення послужних списків кандидатів на посаду. За створення нового корпусу, призначення на вищі посади (префекти, послы та ін.), а також на деякі нижчі посади відбувається без конкурсного відбору. Важливу роль і підготовки кандидатів на публічну службу відіграє навчання у Національній школі адміністрації.

У Польщі також було запроваджено конкурсний відбір на публічну службу. Також допуск до публічної служби забезпечується шляхом навчання у Національній школі публічного адміністрування. Випускники школи автоматично приймаються на державну службу. Вони можуть вільно обирати посаду з числа тих, що передбачаються Прем'єр-міністром для випускників. Програма підготовки є міждисциплінарною. Програмою пропонується повна необхідна підготовка для тих, хто планує обійняти керівну, експертну або управлін-

⁵²⁶ Loewenstein Karl (1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights* 31 *American Political Science Review* 417.

⁵²⁷ Савчин М.В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: проблеми формування та розвитку в Україні*. Ужгород: Мистецька лінія, 2008.

ську посаду в польській державній службі на центральному й регіональному рівнях. Національна школа публічного адміністрування займається й підвищенням професійної кваліфікації осіб, що вже працюють в органах публічної адміністрації.

9.5.3. Інституційні та процедурні гарантії перехідної юстиції

Необхідною умовою досягнення цілей перехідної юстиції є здійснення на засадах верховенства права та поваги до прав людини певних заходів. Насамперед, мається на увазі люстрація та реформування засад функціонування органів правосуддя у перехідних демократіях від авторитарних і тоталітарних режимів.

*i) Люстрація є елементом обороноздатної демократії (militant democracy) в умовах становлення конституційної державності і характеризує стан перехідної юстиції. Водночас люстраційні заходи підлягають судовому контролю і до них застосовуються звичайні судові процедури. При цьому люстрація не передбачає створення якихось надзвичайних судів, які б у прискореному і спрощеному порядку вирішували питання про право визначеного кола осіб, які співпрацювали із тоталітарним режимом, на обіймання певних посад. Діяльність люстраційних комісій чи аналогічних інституцій не є остаточними, і їх можна оскаржити у звичайному порядку до суду. Так само й інші названі вище заходи у рамках перехідної юстиції складно віднести до ознак надзвичайного суду. Люстрація визначається через скринінг, оприлюднення інформації та виключення доступу до публічних посад представників *ancient regime*⁵²⁸. Люстраційні заходи у посткомуністичних країнах, по суті, є подібними до заходів денацифікації у поствоєнній Німеччині.*

На думку проф. Станіслава Шевчука⁵²⁹:

«3 точки зору ретроактивної справедливості, найважливішим аспектом люстрації є притягнення до відповідальності винних у політично-мотивованих кримінальних злочинах. Але, з огляду на концепцію переходу від тоталітарного режиму до демократичного, основна увага спрямовується на захист демократичних цінностей і забезпечення сталого розвитку демократії та демократичних інститутів суспільства. Концептуально люстрація становить засіб демонтажу структур старого режиму і відбудову»

⁵²⁸ Наталія Міненкова. (2016) Люстрація як наукова проблема сучасних зарубіжних і вітчизняних досліджень 3(4) *Evropsky Politicky a Pravy Diskurz* 93.

⁵²⁹ Шевчук Станіслав (2006) Люстрація та ретроактивна справедливість: європейські стандарти захисту прав людини при переході до демократичного правління. 2 *Юстиніан* 68-81.

ви на їх місці інститутів демократичного суспільства у спосіб, який унеможливує виникнення феномену, який було окреслено професором Шандором як «привид комунізму»».

Лавінія Стан зазначає, що численні свідчення колишніх політичних в'язнів, дослідження відкритих архівів, які були засекречені при комуністичному режимі, підняли завісу таємниці стосовно діяльності комуністичних партій як гегемона в регіоні, їх привілейованих відносин з нещадними таємними силами політичної поліції, їхні практики використання репресій, внаслідок чого величезне число людей було піддано репресіям, тобто заарештовані, ув'язнені, піддані катуванню, засиланню, засуджених до смертної кари або зведених до небуття (наприклад, практики сталінських репресій засудження до десяти років концтаборів без права листування, що фактично означало смерть). Власне для того, щоб розплутати весь механізм комуністичних репресій і терору та визначити незаперечні докази для багатьох беззаконь і порушень у сфері прав людини до періоду 1989 року завдання і полягало у подоланні наслідків цих звірств і при цьому встановити істину та зміцнити верховенство права⁵³⁰.

Як пише суддя Конституційного Суду України С. Шевчук, у цьому аспекті рецидиви авторитаризму становлять особливу небезпеку. Це вимагає від молодих демократій, незалежно від їх форм, запровадження систем «захисту демократії», тобто системи заходів, спрямованих на прямий чи опосередкований захист демократичної системи від загроз подібних рецидивів та носіїв таких загроз і серед цих засобів він вбачає люстрацію⁵³¹.

Однак люстрація має здійснюватися відповідно до певних стандартів, і вона не стосується процедур кримінального переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів.

Відповідно до цього проф. Г. Шварц сформулював такі критерії правомірності люстраційних заходів:

- 1) адміністрування люстраційного процесу має здійснюватись спеціально утвореною незалежною комісією у складі осіб із високою репутацією, які пропонуються головою держави і затверджуються парламентом;
- 2) люстрація може використовуватись лише для усунення чи суттєвого зменшення небезпеки, яку становлять суб'єкти люстрації для утворення життєздатної демократії, завдяки своєму положенню;

⁵³⁰ Lavinia Stan (ed.) (2009) *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the Communist Past*. London and New York. p. 1.

⁵³¹ Станіслав Шевчук. Там само.

3) люстрація не може використовуватись для покарання або помсти – покарання може бути призначене тільки за колишні кримінальні дії відповідно до чинного кримінального законодавства із дотриманням всіх гарантій кримінального процесу;

4) люстрація повинна бути обмежена лише політичними посадами, які вона може використати з метою спричинення суттєвих загроз правам людини або демократії, зокрема, такими як посади в правоохоронних органах, службі безпеки, розвідці, в судовій владі та прокуратурі;

5) люстрація не може застосовуватись до виборних посад виборці мають право обирати на власний розсуд;

6) люстрація не може застосовуватись до установ приватного права чи напівприватних організацій;

7) заборона обіймати певні посади внаслідок люстрації не повинна перевищувати п'яти років;

8) лише особам, які наказували, вчиняли чи суттєво допомагали вчиненню серйозних порушень прав людини, може встановлюватися заборона на обіймання певних посад;

9) жодна особа не може бути піддана люстраційним заходам виключно на підставі членства в організації або діяльності на користь будь-якої організації, які були правомірними під час існування такої організації або вчинення такої діяльності або на підставі особистих поглядів або переконань;

10) люстрація може застосовуватись виключно до дій, трудової діяльності чи членства в організаціях, що мали місце, починаючи з 1 січня 1980 року і до моменту повалення комуністичної диктатури;

11) люстрація «свідомих колабораціоністів» є допустимою лише щодо осіб, які фактично брали участь разом із державними органами у вчиненні серйозних порушень прав людини, які заподіяли фактичну шкоду іншим та які знали або повинні були знати, що їх дії завдають шкоди;

12) люстрація не повинна застосовуватись до осіб, які не досягли 18 років на момент вчинення відповідних дій, добросовісно та добровільно відмовилися та залишили членство, працевлаштування або діяльність на користь відповідних організацій до початку переходу до демократичного режиму або які діяли під примусом;

13) у жодному випадку особу не можна піддавати люстрації без надання всіх гарантій належної правової процедури, зокрема, права на захисника і за-

хицати себе, права на відкритий процес, якщо цього вимагає суб'єкт, права на оскарження до незалежного судового органу тощо⁵³².

Ці положення пізніше лягли в основу європейських стандартів щодо запровадження заходів люстрації щодо колишніх працівників спецслужб та партійних функціонерів тоталітарних комуністичних режимів, зокрема, матеріали доповіді Парламентської Асамблеї Ради Європи № 7568 «Заходи щодо подолання спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем».

Загалом люстраційні заходи мають відповідати принаймні таким стандартам:

1) Діяльність незалежних люстраційних комісій має бути організаційно та процедурно незалежною. Є непридатними і неспроможними з точки зору поділу влади та поваги до прав людини моделі, коли люстрацію здійснює міністерство юстиції чи окремі департаменти відповідних відомств, оскільки у перехідних суспільствах ставитиметься закономірне питання щодо того, яким чином ці інститути влади не можуть підпадати під вплив представників *ancient regime* та чи можуть бути вони убезпечені від впливу уряду чи політичного впливу.

2) Вимоги *due process* щодо розслідування обставин порушень прав людини представниками *ancient regime* та їх недопущення до публічних посад. У світлі неприпустимості абсолютної заборони прав людини люстраційні заходи повинні мати тимчасовий характер (5-10 років, залежно від тяжкості співробітництва із представниками *ancient regime*). Також люстраційний закон має передбачати перелік певних посад, представники яких мали змогу ухвалювати політично значущі рішення, які також мали вплив на розвиток національної правової системи і стосувалися фундаментальних прав і свобод.

3) Гарантії правової визначеності під час застосування люстраційних заходів. Правова визначеність тут стосується кола посад, яке не має бути надмірним і коло прерогатив яких має істотно впливати на розвиток правової системи та забезпечення прав і свобод людини. Оскільки люстраційні заходи стосуються обороноздатної демократії та демократичних свобод, то, згідно з легітимною метою, вони можуть поширюватися на керівників мас-медіа, освітніх закладів та певних громадських організацій, у разі їх співпраці з інституціями *ancient regime*, оскільки це може зачіпати здійснення демократичних свобод.

⁵³² Herman Schwartz (1994) Lustration in Eastern Europe. 1(2) *Parker School Journal of East European Law* 141-171.

4) Гарантії приватності осіб, яких піддають люстраційним заходам, та державні реєстри. Загальний стандарт захисту приватності полягає в тому, що існує суспільний інтерес щодо змісту досьє осіб, які співпрацювали із *ancient regime* і в такий спосіб потурали та сприяли порушенню прав людини. З іншого боку, такі відомості можуть бути доступними для широкого загалу на підставі рішення люстраційної комісії або суду. Також підставою для обмеження доступу до публічних посад для певних осіб може стати неправдивість даних, які надав кандидат у разі його співробітництва із *ancient regime* у минулому, і це впливатиме на здійснення ним владних функцій; це ж стосується виявлення таких фактів у публічних службовців, на підставі чого вони звільняються із займаних посад.

ii) *Подолання наслідків тоталітарних/авторитарних режимів: принцип DDR – demobilization, disarmament, and reintegration.* Принцип DDR мав істотне значення для подолання наслідків військових диктатур у Латинській Америці та Південній Європі (Греції, Іспанії, Португалії). Цей принцип включає в себе комплекс заходів, спрямованих на демілітаризацію спецслужб, оскільки вони розглядалися, насамперед, як інституції для обслуговування військових кіл, а також як інструмент придушення опозиції та інакомислячих. У цьому руслі заходи з демобілізації передбачають скорочення армії, її професіоналізацію у бік виконання функцій захисту національного суверенітету і територіальної цілісності держави, у разі посягань із зовні. Спецслужби мають підлягати спеціалізованому парламентському контролю з боку профільного комітету у сфері національної безпеки і оборони, який має проводити періодичні парламентські слухання щодо застосування спецслужбами і поліцією таємного стеження та його засобів. З іншого боку, важливою є соціалізація та інтеграція у соціальне життя осіб, які зазнали переслідувань у часи *ancient regime*. Це також включає компенсацію заподіяної шкоди жертвам переслідувань у часи тоталітарного чи авторитарного режиму. Оскільки вживаються заходи щодо демілітаризації життя, то уряд має впроваджувати програми щодо перекваліфікації колишніх військових та поліцейських, сприяння у їх працевлаштуванні з відповідною соціалізацією згідно з новими життєвими реаліями.

iii) *Проблеми становлення незалежного і безстороннього суду в молодих демократіях: Україна та досвід постсоціалістичних країн Східної Європи.* Такі проблеми зводяться та трьох ключових питань: 1) забезпечення інституційної та функціональної незалежності судів; 2) формування якісного суддівського корпусу, який би поділяв цінності конституційної демократії; 3) забезпечення належного здійснення правосуддя, зокрема, через адекватне регулювання

процесуального законодавства на основі змагального та публічного процесу судового розгляду справ.

Як правило, одним із найскладніших завдань є становлення незалежного і безстороннього правосуддя. Це пов'язано із практиками злиття виконавчої і судової влади або контролю виконавчою владою здійснення правосуддя в часи *ancient regime*. Внаслідок цього представники правосуддя, через певні стереотипи, що склалися у попередні періоди, не завжди виконують належним функції перегляду владних рішень у разі порушення ними права людини. У такому випадку це долається через притягнення винних осіб до відповідальності за порушення прав людини та забезпеченням суддівського самоврядування, яке вирішує питання дисциплінарної відповідальності суддів та добору суддівських кадрів. Однак і цього може бути недостатньо – у разі відсутності серед представників суддівського корпусу критичного числа суддів, що поділяють цінності конституційної демократії та здатні належним чином застосовувати фундаментальні принципи права. Це може досягатися шляхом відбору суддівських кадрів, які б були здатні обґрунтовувати свої рішення на засадах верховенства права та поваги до прав людини, а не керуючись інтересами держави, дії якої є підконтрольні судам.

9.6. Конституціоналізм, суверенні борги та запозичення держави

9.6.1. Суверенні борги держави та національний суверенітет

З точки зору економічних інтересів держави доктрина національного суверенітету полягає в імунітеті держави від переслідувань за її суверенні борги. Згідно із статтею 5 Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власність, держава користується імунітетом щодо себе і своєї власності від юрисдикції судів інших держав. Завдяки цій Конвенції, держава зобов'язана утримуватися від здійснення юрисдикції у своїх судах справ, порушених проти інших держав, і забезпечувати, щоб національні суди також поважали імунітет інших держав (стаття 6). Стаття 7 згаданої Конвенції передбачає винятки, коли на суверенні борги держави може поширюватися юрисдикція інших судів, які зводяться на очевидній та чітко вираженій згоді держави на їхню юрисдикцію, зокрема через міжнародний договір, письмовий контракт чи заяву в суді або письмове повідомлення у рамках конкретного розгляду. Головним при цьому має бути вступ держави у судовий розгляд по суті чи щоб

вона «вжила яких-небудь інших дій по суті справи», після чого держава не може посилатися на свій суверенний імунітет (стаття 8 Конвенції). Класичним прикладом є рішення третейського суду в Гаазі щодо стягнення з Російської Федерації понад 50 млрд. доларів США на користь компанії ЮКОС, яке було ухвалене, завдяки наданню згоди РФ на його юрисдикцію із подальшою відмовою від неї, посилаючись на суверенітет держави.

Сутнісним змістом державного суверенітету сьогодні є національна оборона, дипломатія та внутрішня безпека ("*National defense, diplomacy and internal security form the core of the state's sovereignty*")⁵³³, забезпечення яких здійснюється шляхом прийняття політичних рішень конституційними органами влади відповідно до вимог належної правової процедури. По суті, повним суверенітетом володіють держави, які розглядаються у теорії міжнародних відносин як наддержави, *світ-держави*. Забезпечення національних економічних інтересів передбачає мінімізацію здійснення зовнішніх запозичень, які б гарантувалися з державного бюджету. Такі запозичення можуть здійснюватися лише на інфраструктурні проекти, пов'язані із вирівнюванням структури національної економіки, забезпечення стійкості національної валюти чи оздоровлення публічних фінансів. У разі виникнення *критичної маси зовнішніх і внутрішніх запозичень, які забезпечуються активами держави – суверенних боргів держави* – це певним чином впливає на державний суверенітет як можливість просувати і забезпечувати національні інтереси на міжнародному та наднаціональному рівні. Забезпечення національного суверенітету здійснюється інституціонально та процедурно і спрямоване на обмеження можливості зловживання публічними фінансами за здійснення публічного адміністрування.

Забезпечення економічної компоненти національного суверенітету полягає у визначенні пріоритетних напрямів захисту національних економічних інтересів, поглиблення структуризації, посилення конкурентоздатності та поглиблення інтеграції національної економіки у світову економіку. Засобами забезпечення легітимності цього процесу є додержання парламентських процедур та судовий конституційний контроль. Зокрема, ступінь впливу України на світові економічні процеси залежать також від належного урядування, ustalених практик і підходів прийняття регуляторних актів, які визначають ступінь економічної свободи, умов доступу до ведення економічної діяльно-

⁵³³ Borella Francois. (1998) The Weakening of the political will of the Central State in Europe In: *The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21st century*. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Council of Europe Publishing, Strasbourg 136.

сті чи її припинення, режиму оподаткування та перерозподілу ресурсів через державний бюджет, загалом додержання стандартів належного урядування.

9.6.2. Парламентський та судовий конституційний контроль за суверенними запозиченнями держави

Конституційна система стримувань і противаг також передбачає судовий конституційний контроль за актами парламенту, зокрема, із питань публічних фінансів, а також судовий контроль за законністю дій уряду та міністра фінансів, оскільки їхня діяльність у означеній сфері має характер адміністративних дій. Якщо розглядати згадану проблему додержання встановлених граничних меж зовнішніх державних запозичень у конституційній площині, то тут існують питання стосовно додержання формальної парламентської процедури, згідно з якою попередньо має проводитися слухання про необхідність такого запозичення взагалі, його умови та граничні строки погашення із відповідними передбачуваними наслідками.

Держава, яка володіє всією повнотою суверенітету на певній території стосовно свого населення, виступає у правовідносинах як юридична особа. Тобто держава є інституційованою владою, яка наділена здатністю володіти волею та діяти на юридичних підставах⁵³⁴. Це має важливе значення для визначення обсягу право- і дієздатності держави, яка вступає у правовідносини на засадах представництва.

Для визначення обсягу правосуб'єктності в українській доктрині і практиці прийнято розмежовувати право- і дієздатність особи, що, у першому випадку, зумовлено обсягом повноважень їх носія, гарантованого принципами права та писаним правом (законодавством), а в другому – здійснення повноважень органами публічної влади.

За будь-яких умов правосуб'єктність органів публічної влади визначається обсягом належних їм повноважень, які визначені Конституцією і законами. Якщо закон передбачає певний спеціальний порядок для ухвалення рішення виконавчими органами влади, то в ньому має бути визначено обсяг конкретного повноваження і порядок його здійснення. У доктрині визнається, що правосуб'єктність органів виконавчої влади визначається тим, що вони є *«організаційно-самостійни[ми] елемент[ами] державного апарату (механізму держави), які наділені чітко окресленим обсягом повноважень (компетенцією)*

⁵³⁴ Жакке Ж.-П. (2002) *Конституционное право и политические институты*. Москва : Юристь 39.

відповідно до покладених на них завдань і функцій <...>»⁵³⁵. Виходячи з вищевказаного, держава реалізує власну дієздатність виключно через органи державної влади, які мають діяти на підставі, у межах їхньої компетенції та у спосіб, встановлені Конституцією і законами України.

Це яскраво видно на юридичному спорі, який розпочався у лютому місяці 2016 р. у Високому суді правосуддя Англії за позовом трастової компанії *The Law Debenture Trust Corporation PLC* про стягнення боргу розміром 3 млрд. дол. США, за яким Україна виробила позицію, згідно з якою ні уряд, ні Міністерство фінансів не володіли належним обсягом дієздатності, оскільки було порушено матеріальне та процесуальне право щодо наділення повноваженнями здійснювати зовнішні запозичення та ще в умовах перевищення граничного ліміту запозичень, встановленим бюджетним законодавством за 2013 рік. Апеляційний суд Англії і Вельсу вказав у цій справі щодо того, чи мали належні повноваження органи влади України таке⁵³⁶:

(1) Існує два типи повноважень, дійсні (*actual*) та очевидні (*ostensible*). Дійсні повноваження передбачають справжні відносини агентства, тоді як очевидне агентство описує ситуацію, коли одна особа (довіритель) своїми власними діями, словами чи поведінкою утримується від заперечення повноважень іншої особи (агента) прив'язувати довірителя до операції, яку агент претендував здійснити від імені довірителя.

(2) Дійсні повноваження можуть бути явними (*express*) або прихованими (*implied*).

(3) Фактично виражені повноваження означають явне надання повноважень довірителем агенту щодо укладення певної операції або класу операцій.

(4) Приховані фактичні повноваження означають обставини, які не відповідають виразним словам, в яких довіритель уповноважує агента вступати в операції відповідного типу щодо фактів справи...

(6) Приховані фактичні повноваження можуть також мати місце, коли, не будучи призначеним на таку посаду, агент всту-

⁵³⁵ Кисіль Л.Є. (2010) Публічна правосуб'єктність органів виконавчої влади України. 4 *Часопис Київського університету права*. 125.

⁵³⁶ *Ukraine v The Law Debenture Trust Corporation Plc* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2026 (14 September 2018), [2019] QB 1121, [2018] EWCA Civ 2026, [2019] 2 WLR 655, [2018] WLR(D) 583

пає в операції так, ніби він був призначений належним чином, і довіритель повідомляє про своє схвалення агента, який діє відповідним чином. Цей тип передбачуваних повноважень походить від поведінки агента, яка з повними знаннями затверджується принципом...

(7) Очевидне повноваження може виникнути за будь-яких обставин, за яких довіритель вважає агента таким, що має повноваження вступати у відповідну операцію від імені принципала.

Нами вбачається такого роду діяльність трасті-структур, кінцевим бенефіціаром яких виступає російська компанія із значною долею у структурі власності державного капіталу, системною діяльністю з концентрації права вимоги проти Української держави з метою одержання додаткового інструменту впливу на ухвалення законодавчих рішень та регуляторних актів та актів індивідуальної дії публічною адміністрацією. Власне, така діяльність з боку державних агентів зарубіжної країни спрямована на обмеження економічного суверенітету України та руйнування системи ухвалення суверенних державних рішень.

9.6.3. Засади делекативної демократії та здійснення запозичень та надання позик державою

Такий порядок означає необхідність спочатку ухвалити рішення про підвищення лімітів зовнішніх запозичень вище показників, ніж передбачено у законі про державний бюджет, з визначенням конкретних умов запозичень, а потім внесення відповідних змін у такий закон. Недодержання цього порядку означає відсутність належних повноважень (дієздатності) в органу влади здійснювати зовнішні запозичення; відповідно, уряд не матиме належних повноважень (дієздатності) визначати обсяг і умови запозичень, які на основі його доручення мав би здійснювати міністр фінансів. Визначення обсягів, цілей та інших умов зовнішніх запозичень, особливо у разі ухвалення рішення про збільшення їх обсягу поза граничними лімітами, передбаченими законом про державний, можуть слугувати критерієм для подальшого парламентського контролю за витрачанням цих коштів, так і проведення відповідного аудиту зовнішніх запозичень Рахунковою палатою.

Таким чином, ухвалення рішення про підвищення граничного рівня державних зовнішніх запозичень має здійснюватися за умови попередніх парламентських слухань щодо їх необхідності та з додержанням вимог законодавчої процедури, на підставі чого уряд та міністр фінансів набувають повноважень

здійснювати такі запозичення на зовнішніх фінансових ринках.

За здійснення зовнішніх запозичень державою, такі рішення мають відповідати засадам добросовісності, розсудливості, а також звичайній адміністративній та договірній практиці. Для належного ухвалення рішення про випуск облігацій про зовнішні запозичення уряд має більш конкретно визначити умови їхнього випуску, зокрема, і в першу чергу, щодо особливих умов та незвичайних, обтяжливих умов випуску, а також диференціювати відсоткову ставку залежно від строків запозичення з урахуванням розрахованого на майбутнє навантаження на державний бюджет, пов'язаного із обслуговуванням зовнішніх боргів держави.

Відповідно до таких засад стаття 36(4) Основного Закону Угорщини зобов'язує Національний зборам ухвалювати такий державний бюджет, яким розмір державного боргу перевищуватиме половину валового внутрішнього продукту (ВВП). Якщо такі обставини настали, то може бути прийнятий лише такий бюджетний закон, який містить механізм пропорційного зменшення такого боргу. Якщо має місце перманентний та істотний спад національної економіки, допускається відхилення від зазначених умов, зокрема і конституційних, контроль за окремими законодавчими актами, які стосуються публічних фінансів (стаття 36(6)). Стаття 37 Основного Закону Угорщини передбачає вжиття низки заходів до зниження долі суверенних боргів держави до параметрів, нижче половини від ВВП Угорщини. Натомість стаття 4 Основного закону встановлює відповідальність за здійснення засад збалансованості, прозорості та постійності бюджетного регулювання економіки на Національні збори та Уряд, Конституційний суд, загальні суди, органи самоврядування та інші органи держави мають додержуватися цих засад у своїй діяльності. Фактично, за таких умов Конституційний суд позбавлений повноважень щодо перевірки законів у сфері публічних фінансів. Основне навантаження із забезпечення збалансованості та прозорості публічних фінансів покладається на Бюджетну раду, яка формується більшістю Національних зборів. У такий спосіб Уряд істотно впливає на здійснення фінансової політики. Отже, угорська інновація у сфері публічних фінансів, зокрема щодо конституційного регулювання суверенних боргів, нівелюється, оскільки парламентська більшість, яка ухвалює відповідні закони, не може бути обмежена через судовий конституційний контроль. Тут можливі бюджетні зловживання з боку парламентської більшості та уряду, який на неї спирається.

Згідно зі статтею 180 Конституції Королівства Бельгія, питаннями публічних фінансів піклується Рахункова палата, склад якої формується Пала-

тою представників – нижньою палатою парламенту. Рахункова палата слідкує за недопущенням випадків перевищення статей видатків бюджету та недопустимості переведення з одної до іншої статей видатків державного бюджету. До предмета її відання також відносяться питання щодо встановлення та надходження податків до бюджету.

Зазначені приклади є свідченням різниці у підходах щодо забезпечення прозорості та збалансованості публічних фінансів. Попри різні механізми забезпечення стабільності національних публічних фінансів, головними інструментами тут виступають парламентські законодавчі процедури щодо забезпечення пропорційності та прозорості публічних фінансів, недопустимості перевищення граничних запозичень, ніж це встановлено конституцією і законами щодо національного ВВП, а також незалежний судовий конституційний контроль та публічна аудиторська інституція щодо формування та розпорядження публічними фінансами. Відповідно до таких засад, формується також і регуляторна політика уряду.

9.6.4. Основні напрями державної політики у сфері зовнішніх запозичень та сталий економічний розвиток

З іншого боку, ключовим питанням, у разі суверенних запозичень та обслуговування суверенних боргів держави, виступає також здійснення міжнародного співробітництва із міжнародними фінансовими інституціями. Такі фінансові інституції як Міжнародний валютний фонд, Світовий банк, Європейський банк реконструкції і розвитку тощо звинувачуються у втручанні у внутрішні справи держави під час визначення певних умов для отримання їх фінансування на їх бюджетні потреби. Насправді країни третього світу та молоді перехідні демократії використовують МВФ та СБ як можливість доступу до відносно дешевих фондів запозичення та в такий спосіб забезпечують відносно прийнятні економічні рейтинги для залучення іноземних інвестицій та розміщення державних облігацій та інших актів запозичень на світових фондових ринках.

За таких умов, саме на національних законодавчих і виконавчих органах лежить повнота відповідальності щодо використання запозичення коштів. За нераціонального використання публічних фінансів, що загрожує *неможливістю виконання державою власних зобов'язань за суверенними боргами, може настати дефолт*. Здатність обслуговувати свої борги державами є предметом дослідження міжнародних фінансових аналітичних центрів. Зокрема, міжнародна агенція *Standarts & Poors* періодично публікує рейтинги інвестиційної привабливості країн світу, на які орієнтуються Міжнародний

валютний фонд і Світовий банк, приймаючи рішення щодо надання фінансування для розвитку національних економік. Це також слугувало орієнтиром для вжиття заходів Європейським банком для врятування національної економіки Греції від дефолту, які було вжито інституціями ЄС у 2010 році. Водночас ця фінансова криза засвідчила інституційну слабкість ЄС у сфері політики оподаткування, публічних фінансів та єдиної валюти, що не вирішено і дотепер. Станом на кінець 2017 року загальний державний борг України становив 2 141 674,4 млн. грн, що склало 71,8 відсотка національного ВВП, а на серпень 2020 року – 2 338 182,2 млн грн. Протягом 2020 року доля державного боргу підвищилась на 339 907 млн грн, тобто майже на 1,45 відсотка⁵³⁷.

Стосовно України, доля запозичень наразі по відношенню до національного ВВП досягає критичного значення. Постійне зростання суверенного боргу України повинне мати наслідком введення більш адекватних заходів щодо його скорочення, оскільки це зачіпає здійснення суверенних прерогатив держави через невеликий масштаб національної економіки, навіть у порівнянні з такими невеликими країнами ЄС, як Чехія, Угорщина чи Португалія.

⁵³⁷ Офіційний сайт Міністерства фінансів України. URL: <https://index.minfin.com.ua/ua/finance/debtgov/>

Бібліографія

- Barak A. (1989). *Judicial Discretion*, New Haven : Yale University Press.
- Buchanan J. (1986). *Liberty, Market and the State: Political Economy in the 1980s*. New York : New York University Press.
- Cappelletti M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford; New York : Clarendon Press.
- Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S. (Eds.) (2010), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Thompson West.
- Garvey M., Aleinikoff A. (1994), *Modern Constitutional Theory: A Reader*. / 3rd Ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.
- Tom Ginsburg, Rosalind Dixon (eds.) (2011) *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar
- Hirschl R. (2016), From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, 1(11) *Int'l Jnl of Constitutional Law* 1-12
- Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham and London : Duke University Press.
- Loewenstein K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, 31 *American Political Science Revue* 417-618.
- Mueller J.-M. (2008). *Constitutional Patriotism*, Princeton and Oxford : Princeton University Press.
- Rosenfeld M., Sajo A. (Eds.) (2013), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press
- Sajo A. (ed.). (2004). *Militant Democracy* Utrecht : Eleven International.
- Shugart, Matthew S., and John M. Carey, (1992) *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, New York.
- The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21st century. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998.

Thomas Sedelius & Jonas Linde, (2018) Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types 1(25) *Democratization* 136-157.

Tushnet M. (1999), The Possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 *The Yale Law Journal* 1225-1309

Venice Commission, The Rule of Law Checklist, 12 March 2016.

Алекси Р.(2011). Дуальна природа права, 11 *Право України*, 45–58.

Барабаш Ю.Г. (2004) Парламентський контроль в Україні: конституційно-правовий аспект. Харків: Право.

Берлин И. (2001) *Философия свободы*. Европа, Москва: Новое литературное обозрение

Бітем Д. (ред.) (2005), *Визначення і вимірювання демократії*, Львів, Літопис.

Бориславська О. (2018) Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз. Харків: Право.

Гаудер П. (2018) *Верховенство права в реальному світі*. Харків: Право.

Гамільтон А., Медісон Дж., Джей Дж. (2002), *Федераліст*, Київ, Вид-во Сфера.

Головатий С.(2017) *Людські права*, Київ: ВАІТЕ

Гришук О. (2019) *Філософія конституційних цінностей*, Київ: ВАІТЕ

Даль Р. (2003) *Демократия и ее критики*, Москва: РОССПЭН.

Дворкін Р. (2004), *Про права всерйоз*. Київ, Основи.

Доповідь Венеційської комісії про верховенство права, 25-26.03.2011 р.

Дюверже М. (2002). *Политические партии*. Москва: Академический проект.

Кампо В.М., Мартиненко П.Ф. (ред.) (2012) *Права і свободи людини і громадянина (Практика ЄСПЛ і КСУ)*, Київ, Юрінком Інтер.

Канторович Е. (2005), *Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии*, Москва

Ковлер А., Чиркин В., Юдин Ю. (ред.) (1996), *Сравнительное конституционное право*, Москва, Манускрипт.

Леони Б. (2008) *Свобода и закон*, Москва: ИРИСЭН

Лок Дж. (2001) Два трактати про врядування, Київ: Основи.

Ломанн Г., Госепат Г. (2008), *Філософія прав людини*, Київ, Ніка-Центр.

Маланчук П. (2000), *Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом*, Харків, Консум.

Погребняк С. (2008) *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*, Харків: Право.

Ребет А. (2017). *Порівняльна метода у науці про право*, Київ-Мюнхен: Логос.

Речицкий В. (2010), *Политический предмет конституции*, Київ: Ду і Літера.

Руссо Ж. Ж. (2001), *Про суспільну угоду або принципи політичного права*, Київ, Port-Royal.

Савчин Михайло (2006), *Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права, Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*, Шемшученко/Кресін (ред.).

Савчин Михайло (2009), *Конституціоналізм і природа конституції*, Ужгород: Поліграфцентр Ліра.

Савчин Михайло (2018), *Сучасні тенденції розвитку конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*, Ужгород.

Сарторі Дж. (2001), *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*, Київ : АртЕк.

Свендсен Л.Фр.Г. (2016) *Філософія свободи*, Львів-Київ: Ніка-Центр.

Старосольський Володимир (2017). *Держава і політичне право*. В 2-х ч. Київ: Логос.

Старосольський Володимир (2018) *Принцип більшості*. Львів: Літопис.

Таманага (2007), *Верховенство права: історія, політика, теорія*, Київ, Вид-во НаУКМА.

Токвіль, А. де (2000), *Давній порядок і революція*, Київ.

Франкенберг Гюнтер. (2004), Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение, 3-4 *Сравнительное конституционное обозрение*.

Хайек Ф. А. фон (2006), *Право, законодательство свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*, Москва.

Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК.

Шаповал В.М. (2005) *Сучасний конституціоналізм*. Київ.: Юридична фірма «Салком».

Шевчук С. (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Український центр правничих студій.

Шевчук С. (2010). *Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Вид. 3-тє, Київ, Реферат.

Шевчук С. (2010), *Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза та співвідношення*, 3 *Право України* 52-61

Шмитт К. (2000), *Политическая теология*, Москва, Канон-Пресс-Ц.

Экштайн К. (2004), *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE.

Михайло САВЧИН

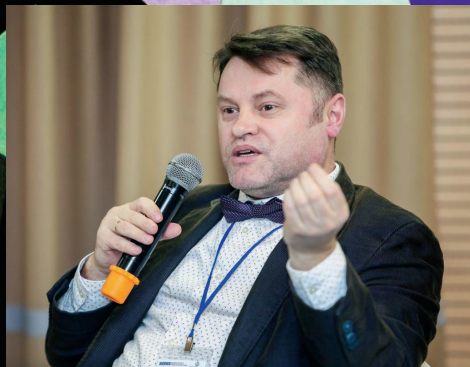
**ПОРІВНЯЛЬНЕ
КОНСТИТУЦІЙНЕ
ПРАВО**

підручник

Підписано до друку 20.12.2020. Формат 60x90 1/16
Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 14,43. Тираж 300 прим. Зам. 316.

Видавництво ТОВ «Компанія ВАПЕ»
01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27.

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.



Савчин Михайло Васильович

Доктор юридичних наук (2014), професор (2015), директор Науково-дослідного інституту порівняльного публічного права та міжнародного права Ужгородського національного університету, професор, доктор, Український вільний університет (Мюнхен, ФРН), державний службовець V-го рангу (вересень 2008 р.), радник Голови Конституційного Суду України (2008-2010).

Національний консультант Ради Європи з конституційної та парламентської реформи. Експерт з верховенства права і конституціоналізму Координатора проєктів ОБСЄ в Україні. Девіз: *Dives est, qui sapiens est*

Народився 4 червня 1973 р. в селі Довге Поле Ужгородського району Закарпатської області у селянській родині. Закінчив 28 червня 1996 р. юридичний факультет Ужгородського державного університету; спеціальність “правознавство”.

У лютому 2004 року захистив кандидатську дисертацію на тему «Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу» в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

У січні 2014 року захистив докторську дисертацію на тему «Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації» в Національній академії внутрішніх справ.

Сфера наукових інтересів: проблеми юридичної герменевтики, конституційне і муніципальне право, судове конституційне право і процес, порівняльне конституційне право, захист прав людини, теорія конституції та конституціоналізм, проблеми державного суверенітету у контексті процесів глобалізації й інтеграції.

Автор понад 300 наукових та науково-методичних праць у фахових виданнях. Один із співавторів єдиного наразі в Україні науково-практичного коментаря до Закону України «Про Конституційний Суд України» (Київ, 2009). Віцепрезидент Громадської спілки «Світовий конгрес українських юристів».