

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/341568907>

# Comparative Constitutional Law

Book · April 2019

---

CITATION

1

READS

1,848

1 author:



Michael Savchyn

Uzhhorod National University

16 PUBLICATIONS 2 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Конституціоналізм і природа конституції [View project](#)



Comparative Constitutional Law in Prospective [View project](#)

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Юридичний факультет

Науково-дослідний інститут порівняльного публічного права  
та міжнародного права

Михайло Савчин

**ПОРІВНЯЛЬНЕ  
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО**

Київ  
Юрінком Інтер  
2019

УДК 342+34.05  
С13

**Рецензенти:**

**ПЕТРИШИН Олександр Віталійович** — доктор юридичних наук, професор,  
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

**ОНИЩУК Микола Васильович** — доктор юридичних наук,  
ректор Національної школи суддів України, Заслужений юрист України

*Рекомендовано  
Вченою радою Ужгородського університету,  
протокол № 2 від 26 лютого 2019 р.*

**Савчин М. В.**

С13 Порівняльне конституційне право: навчальний посібник. Київ:  
Юрінком Інтер, 2019. 328 с.  
ISBN 978-966-667-730-6

Посібник підготовлено на основі комплексного порівняльно-правового дослідження зарубіжного та вітчизняного досвіду конституціоналізму, функціонування інститутів конституційного права. Враховано сучасні тенденції конституціоналізму, зокрема природи, чинності та правового захисту конституції. Розкрито формування та розуміння конституційних цінностей і принципів, людської гідності, свободи і приватної автономії, рівності, верховенства права, демократії та сучасних концепцій держави. З огляду на еволюцію сучасних конституційних систем висвітлено основні моделі організації публічної влади та сучасні тенденції розвитку конституціоналізму.

Для студентів, аспірантів, викладачів юридичних вузів і факультетів, практикуючих юристів, працівників державних органів і місцевого самоврядування, а також фахівців у галузі конституційного права, захисту прав людини.

**УДК 342+34.05**

ISBN 978-966-667-730-6

© Савчин М. В., 2019  
© Юрінком Інтер, 2019

# ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА .....	11
-----------------	----

## ТЕМА 1. ПРЕДМЕТ ТА СИСТЕМА ПОРІВНЯЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<b>1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура</b> ...	15
1.1. Конституційний телос (цілі) .....	15
1.2. Конституційне право та публічне право .....	15
1.3. Конституційне право та приватне право: доктрина “горизонтального ефекту” .....	17
1.4. Конституційне право: етатистський та ліберальний підхід .....	19
<b>2. Методологія порівняльного конституційного права</b> .....	20
2.1. Основні засади .....	20
2.2. Функціональний метод .....	22
2.3. Формальний метод .....	24
2.4. Синтетизм .....	25
<b>3. Конституційна ідентичність та конституційні системи</b> .....	27
3.1. Особливості конституційної ідентичності .....	27
3.2. Основні форми взаємодії національних конституційних порядків та конституційні системи .....	28
3.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції .....	28
<b>4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)</b> .....	30
4.1. Основні поняття та структура конституційного запозичення .....	30
4.2. Значення зарубіжного права в інтерпретації конституції .....	31

## ТЕМА 2. ІСТОРІЯ ТА ОСНОВНІ ІДЕЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

<b>1. Поняття та структура конституціоналізму</b> .....	34
1.1. Рівні конституціоналізму .....	34
1.2. Поняття конституціоналізму .....	35
1.3. Структура конституціоналізму .....	36
<b>2. Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Carta до Славної революції</b> .....	37
2.1. Виникнення ідей верховенства права .....	37
2.2. Зародження парламентаризму: від фінансових до законодавчих прерогатив .....	38
2.3. Джон Лок та питання довіри і легітимності влади .....	40
<b>3. Від демістифікації тіла короля до ідеї суверенітету: тіло короля, Франція та Московія (епоха Смути)</b> .....	41

3.1. Деперсоналізація влади та формування ідеї суверенітету .....	41
3.2. Концепт державного суверенітету Жана Бодена .....	42
3.3. Смута в Московії та інституціоналізація держави .....	43
<b>4. Утвердження ідеї прав людини:</b>	
<b>Гуго Гроцій, Біль про права людини та універсалізм прав людини .....</b>	<b>44</b>
4.1. Необхідність захисту прав людини .....	44
4.2. Гроцій про право на спротив тиранії та права людини .....	45
4.3. Поняття позитивної свободи у Канта як основи прав людини .....	45
4.4. Універсальність прав людини .....	46
<b>5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єсса і Руссо ..</b>	<b>47</b>
5.1. Дискусія між прибічниками концепцій національного і народного суверенітету .....	47
5.2. Рішення Верховного суду Сполученого Королівства (Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016) та національний суверенітет .....	48
5.3. Основні засновники сучасної доктрини суверенітету .....	49
<b>6. Парламентаризм та юдикатура: Федераліст та американська система .....</b>	<b>51</b>
6.1. Основна дилема сучасного конституціоналізму .....	51
6.2. Законодавство у світлі верховенства права за Альбертом Дайсі та британський конституціоналізм .....	53
6.3. Основні американські доктрини конституціоналізму .....	54
<b>7. Криза ліберальної демократії та Карл Шмітт .....</b>	<b>56</b>
7.1. Криза суверенітету та ліберальної демократії у працях Карла Шмітта .....	56
7.2. Концепція militant democracy та конституційний порядок .....	57
<b>8. Перехідні державні системи і конституціоналізм .....</b>	<b>59</b>
8.1. Особливості конституціоналізму перехідного (пострадянського) періоду .....	59
8.2. Постсоціалістичні країни Центральної та Східної Європи .....	60
<b>9. Сучасні тенденції конституціоналізму:</b>	
<b>супранаціоналізм та конституційний патріотизм .....</b>	<b>63</b>
9.1. Наднаціональність у праві .....	63
9.2. Деліберативна демократія та економічні свободи .....	65
9.3. Кіберправо і права четвертого покоління .....	66
9.4. Напрями конституційної трансформації та глобалізація права .....	67

## ТЕМА 3. ЮРИДИЧНА СИЛА КОНСТИТУЦІЇ

<b>1. Основні теорії конституції у співвідношенні із конституціоналізмом .....</b>	<b>69</b>
1.1. Юридичний позитивізм та теорія конституції .....	69
1.2. Природне право та теорія конституції .....	70
1.3. Природні права та конституційне судочинство .....	72
1.4. Синтетизм (правовий плюралізм) .....	72
<b>2. Поняття конституції: конституція символічна, номінальна та реальна .....</b>	<b>74</b>
2.1. Дуалістична природа конституції .....	74

2.2. Конституція символічна (фальшива) . . . . .	74
2.3. Конституція номінальна . . . . .	75
2.4. Конституція реальна. . . . .	75
2.5. Конституція формальна і матеріальна. . . . .	76
<b>3. Установча влада та конституція . . . . .</b>	<b>77</b>
3.1. Поняття установчої влади. . . . .	77
3.2. Критерії легітимності процесу прийняття конституції. . . . .	78
3.3. Форми прояву установчої влади та світова практика. . . . .	79
<b>4. Інтерпретація конституції та принципи її тлумачення:</b>	
<b>загальні засади, автономне, динамічне, оригіналістське (текстуальне) . . . . .</b>	<b>82</b>
4.1. Інтерпретація конституції: необхідність, межі та види. . . . .	82
4.2. Основні правила тлумачення конституції. . . . .	85
4.3. Основні методи інтерпретації конституції. . . . .	85
<b>5. Основні моделі правового захисту конституції . . . . .</b>	<b>89</b>
5.1. Правовий захист та правова охорона конституції. . . . .	89
5.2. Система правового захисту конституції. . . . .	89
5.3. Конституційна юстиція у системі захисту прав людини. . . . .	90
5.4. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю. . . . .	91
5.5. Моделі конституційної юстиції. . . . .	92
<b>6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State) . . . . .</b>	<b>93</b>
6.1. Поняття екстраординарного захисту конституції. . . . .	93
6.2. Поняття і типологія тероризму. . . . .	95
6.3. Моделі забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних інститутів. . . . .	96
6.5. Система надзвичайних засобів захисту конституції. . . . .	99

## **ТЕМА 4. ОСНОВОПОЛОЖНІ ЦІННОСТІ І ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ**

<b>1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві . . . . .</b>	<b>101</b>
1.1. Природа конституційних цінностей. . . . .	101
1.2. Сутнісні конституційні цінності. . . . .	102
1.3. Інституційні конституційні цінності. . . . .	102
1.4. Інтерпретація конституційних принципів. . . . .	103
<b>2. Принцип верховенства права. . . . .</b>	<b>105</b>
2.1. Принцип верховенства права та суміжні доктрини. . . . .	105
2.2. Законність. . . . .	106
2.3. Принцип верховенства права і вимоги правової визначеності. . . . .	107
2.4. Принцип верховенства права: незалежність суду та обов'язок захисту. . . . .	108
<b>3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи. . . . .</b>	<b>109</b>
3.1. Людська гідність: цінність-універсалія чи спекуляція у праві? . . . . .	109
3.2. Конституційна юриспруденція про людську гідність. . . . .	111

3.3. Конституційне визнання людської гідності. ....	112
<b>4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля</b> .....	112
4.1. Структура свободи. ....	112
4.2. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля: сутність.....	113
4.3.Поняття негативної свободи згідно з Ісайєю Берліном.....	114
4.4. Поняття свободи у рішенні КСУ № 2-рп/2016.....	115
<b>5. Принцип пропорційності: балансування і зміст трискладового тесту</b> .....	116
5.1. Принцип пропорційності та допустимі межі обмеження прав людини. ....	116
5.2. Пропорційність і трискладовий тест.....	117
5.3. Принцип балансування (вузьке розуміння пропорційності).....	117
<b>6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини.</b>	119
6.1. Основні підходи у конструюванні прав людини. ....	119
6.2. Конструювання негативного права на прикладі права на свободу і особисту недоторканність.....	119
6.3. Конструювання інтегративного права: право на мирні зібрання. ....	121
6.4. Конструювання позитивного права: право на соціальний захист.....	123
<b>7. Рівність і заборона дискримінації</b> .....	124
7.1. Зміст принципу недискримінації. ....	124
7.2. Пряма і непряма дискримінація.....	126
7.3. Позитивна дискримінація та стверджувальні дії (affirmative action) держави. ....	128
<b>8. Демократія</b> .....	129
8.1. Суперечності сучасної демократії.....	129
8.2. Поліархія Роберта Алана Даля.....	131
8.3. Консоціативна демократія Арндта Лійпгарта.....	132
8.4. Комунікативна демократія Юргена Габермаса.....	133
8.5. Доктрина делегативної демократії Гермо О’Доннелла.....	133
8.6. Залізний закон олігархії Роберто Міхелса. ....	134
<b>9. Основні концепції та моделі держави</b> .....	134
9.1. Основні сучасні тенденції розвитку державності.....	134
9.2. Правова держава.....	135
9.3. Держава як організація.....	136
9.4. Форми державності. ....	137

## **ТЕМА 5. ПРАВА ЛЮДИНИ**

<b>1. Поняття та покоління прав людини</b> .....	139
1.1. Виникнення концепції основних прав і свобод.....	139
1.2. Покоління прав людини.....	140
1.3. Сучасні концепції прав людини.....	141
1.4. Поняття прав людини. ....	142

1.5. Вертикальна структура прав людини.....	143
1.6. Горизонтальна структура прав людини. ....	143
<b>2. Поняття сутнісного змісту прав людини:</b>	
<b>втручання та приватна автономія</b> .....	144
2.1. Якість закону у світлі людської гідності .....	144
2.2. Повага до прав людини: зв'язаність публічної влади основними правами і свободами людини. ....	145
2.3. Конституційна семантика: сутнісний зміст прав людини та дозвільний принцип.....	147
2.4. Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади.....	147
2.5. Поняття втручання.....	149
2.6. Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи..	150
<b>3. Обмеження прав людини: основні критерії</b> .....	151
3.1. Обмеження на основі закону.....	152
3.2. Відповідність легітимній меті.....	152
3.3. Підстави для запровадження обмежень прав людини й основоположних свобод. ....	153
<b>4. Абсолютні права</b> .....	156
4.1. Заборона катування, нелюдського та поведження, що принижує людську гідність .....	156
4.2. Заборона рабства та підневільного стану .....	158
<b>5. Негативні права</b> .....	160
A. Свобода вираження та свобода совісті. ....	160
5.1. Свобода совісті і віросповідання. ....	160
5.2. Свобода вираження.....	163
B. Належна правова процедура та процесуальні гарантії прав людини. ....	166
5.3. Due process та процесуальні гарантії прав людини.....	166
5.4. Основні процесуальні гарантії прав людини. ....	168
V. Приватність .....	169
5.5. Поняття приватності. ....	169
5.6. Окремі сфери приватності .....	171
<b>6. Громадянство та принцип рівності</b> .....	174
6.1. Громадянство як основа політичної інтеграції.....	174
6.2. Принципи громадянства. ....	175
6.3. Права мігрантів, право притулку та біженці. ....	176
<b>7. Право на участь та політичний процес</b> .....	178
7.1. Право на петиції.....	179
7.2. Право на участь: свобода зібрань та асоціацій. ....	180
<b>8. Економічні права: право власності та свобода вибору професії і роду заняття</b> .....	182
8.1. Право власності.....	182



8.2. Економічні права: свобода вибору професії і роду заняття.....	184
<b>9. Доктрина стверджувальних дій та соціальні права.....</b>	<b>187</b>
9.1. Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій (affirmative action).....	187
9.2. Соціальні права і обов'язок законодавця щодо їхнього належного правового регулювання.....	189
9.3. Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави.....	191

## ТЕМА 6. ПОЛІТИЧНІ ІНСТИТУТИ ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ

<b>1. Конституційні моделі політичних систем та доктрина militant democracy/streitbahre Demokratie.....</b>	<b>193</b>
1.1. Структурні зв'язки всередині політичної системи та межі втручання держави у політичні свободи.....	193
1.2. Класифікація політичних систем. Класифікація за Ларрі Деймондом.....	195
1.3. Конституційні засади політичної системи.....	197
1.4. Доктрина обороноздатної демократії (militant democracy, streitbahre Demokratie).....	200
<b>2. Політичні партії та популізм.....</b>	<b>202</b>
2.1. Поняття політичної партії.....	202
2.2. Інституціоналізація політичних партій.....	203
2.3. Вимоги демократичної структури та легітимність політичної партії.....	204
2.4. Функції і завдання політичних партій.....	205
<b>3. Референдум та гарантії народного волевиявлення.....</b>	<b>206</b>
3.1. Поняття референдуму.....	206
3.2. Референдум як "двосічний меч" демократії.....	207
3.3. Формула референдуму.....	208
3.4. Народна правотворча ініціатива та інші форми безпосередньої демократії.....	208
<b>4. Конституційна інженерія та виборчі системи.....</b>	<b>210</b>
4.1. Мажоритарна виборча система.....	210
4.2. Пропорційна виборча система.....	212
4.3. Змішана виборча система.....	216
4.4. Проблеми вибору виборчих систем.....	217
4.5. Народне представництво і природа представницького мандату.....	219

## ТЕМА 7. ІНСТИТУЦІЙНИЙ ДИЗАЙН ТА КОНСТИТУЦІЙНІ МОДЕЛІ ВЛАДИ

<b>1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм.....</b>	<b>221</b>
1.1. Основоположні засади.....	221

1.2. Унітаризм. ....	225
1.3. Федералізм. ....	227
<b>2. Право на самовизначення та сецесія</b> .....	231
2.1. Колоніалізм та національно-визвольний рух. ....	231
2.2. Конституювання нових націй та їхнє самовизначення. ....	232
2.3. Судова практика. ....	235
2.4. Справа про місцевий референдум і анексія Криму: рішення КСУ № 2-рп/2014 та рішення Конституційного Суду Російської Федерації. ....	241
<b>3. Поділ влади та система стримувань і противаг</b> .....	244
3.1. Засади доктрини поділу влади. ....	244
3.2. Система стримувань і противаг. ....	246
<b>4. Судовий конституційний контроль та незалежність суду</b> .....	249
4.1. Основні засади. ....	249
4.2. Незалежність суду та юдикатура. ....	252
4.3. Моделі судового конституційного контролю. ....	256
<b>5. Парламентаризм і парламентські моделі</b> .....	259
5.1. Вестмінстерська система. ....	259
5.2. Німецька модель раціоналізованого парламентаризму. ....	262
5.3. Угорська міністеріальна модель парламенту. ....	264
<b>6. Президентіалізм та змішані моделі</b> .....	265
6.1. Президентські системи. ....	265
6.2. Змішані моделі. ....	268
<b>7. Виконавча влада: концепція Regulatory State</b> .....	271
7.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному праві. ....	271
7.2. Делегування законодавчих повноважень. ....	274
7.3. Належна правова процедура та регуляторна держава: роль незалежних агенцій. ....	276
7.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава. ....	277
7.5. Судовий контроль та регуляторна держава. ....	279

## ТЕМА 8. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

<b>1. Співвідношення національного та міжнародного права</b> .....	280
1.1. Основні концепції взаємодії. ....	280
1.2. Механізм трансформації міжнародного права у національну правову систему. ....	282
1.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права: основні тренди. ....	285
<b>2. Багаторівневий конституціоналізм ЄС та конституційний патріотизм</b> .....	286
2.1. Композитна структура конституціоналізму ЄС. ....	286
2.2. Мереживо-центрична структура ЄС. ....	287

2.3. Міжнародне право, право ЄС та державний суверенітет: специфіка України.....	289
2.4. Концепція Solange і допустимі межі самообмеження суверенітету держави.....	296
<b>3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції</b> . . . .	296
3.1. Природа конвергенції судової юрисдикції. . . . .	296
3.2. Конкуренція судових юрисдикцій. . . . .	297
3.3. Вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини України. . . . .	298
<b>4. Нові технології, біоетика та права людини</b> . . . . .	300
4.1. Вплив біоетики на сутнісний зміст прав людини. . . . .	300
4.2. Сучасна юриспруденція стосовно сутнісного змісту біоетики. . . . .	304
<b>5. Конституціоналізм та перехідна юстиція</b> . . . . .	309
5.1. Традиційні стандарти забезпечення перехідної юстиції у світлі верховенства права. . . . .	309
5.2. Цілі перехідної юстиції. . . . .	312
5.3. Інституційні та процедурні гарантії перехідної юстиції. . . . .	314
<b>6. Конституціоналізм, суверенні борги та запозичення держави</b> . . . . .	319
6.1. Суверенні борги держави та національний суверенітет. . . . .	319
6.2. Парламентський та судовий конституційний контроль за суверенними запозиченнями держави. . . . .	320
6.3. Засади деліберативної демократії та здійснення запозичень та надання позик державою. . . . .	321
6.4. Основні напрями державної політики у сфері зовнішніх запозичень та сталий економічний розвиток. . . . .	323
<b>БІБЛІОГРАФІЯ</b> . . . . .	325

---

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

## **ПЕРЕДМОВА**

Цей посібник я присвячую пам'яті засновника сучасної української школи порівняльного конституційного права. 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. Мені особисто Петро Мартиненко багато допоміг у науковому і методологічному плані при розробці ще у 2007—2008 рр. архітектоніки 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 посібник 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 при читанні 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 складає 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 витратний 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 посібника виходить із 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.

З цих причин висвітлено саме порівняльне конституційне право. Чим це зумовлено?

Насамперед, позиціонуванням України на правовій карті світу. Правова географія свідчить, що конституційна система України тягнє до європейської традиції права. Гуманітарний вимір права ще був притаманний правовій системі Київської Русі, адже Руська Правда містила доволі ліберальні санкції у порівнянні із аналогами цього періоду. Цілком у контексті європейської традиції відбулася Національно-визвольна війна 1648—1677 рр. Адже Вестфальський мир 1648 р. ознаменував визнання незалежності Голландської республіки. В той же час тривала 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 ст., були закладені інтелектуальні засади сучасного українського конституціоналізму, який проходить лише своє становлення.

Національно-визвольні змагання 1917—1922 рр. також були у 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 у орбіті російського, а потім радянського права змушує нас повертатися у рідні простори європейської традиції права.

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

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, що лежать в основі національної правової системи.

Тому методологічний інструментарій порівняльного правознавства стане тут у пригоді. Саме з таких міркувань концепція пропонованого ва- шій увазі посібника акцентує увагу на трьох речах.

По-перше, розуміння конституції як системи юридичних засобів, спрямованих на формування раціоналізованого обмеженого правління, скерованого на 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 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 посібнику чітко проводиться відмежування від ще донедавна панівної в Україні доктрини державного права, коли конституційний устрій трактувався насамперед виходячи з інтересів держави.

У цьому посібнику є дві основи — людська гідність як фундаментальна підстава для визнання прав і свобод людини та інтерпретація цінностей і принципів як фундаментальних засад конституційної державності.

З огляду на це, посібник 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 усталена практика конституційної юстиції. Це дає змогу належним чином верифікувати певні наукові постулати та висновки про засади конституційної державності. Певна увага у посібнику приділена еволюції розуміння змісту основоположних конституційних цінностей та їх інтерпретації як основи сучасного конституціоналізму. Значна увага у посібнику приділена проблемам забезпечення прав

і свобод людини, компаративному аналізу моделей організації публічної влади (унітаризм, регіоналізм, федералізм; парламентаризм, президентціалізм, семіпрезидентціалізм), а також сучасним тенденціям розвитку конституціалізму (права людини та біоетика, право на самовизначення та сецесія, проблеми перехідної юстиції та взаємозв'язків національного суверенітету із суверенними боргами держави).

Висловлюю подяку за цінні і слушні зауваження до рукопису посібника шановним рецензентам, докторам юридичних наук, професорам Олександрю Петришину, Олександрю Скрипнюку та Миколі Оніщуку. Написання цього видання також сталося завдяки обміну думками, дискусіям та за сприяння докторів юридичних наук, професорів Юрія Барабаша, Олександра Батанова, Оксани Грищук, Василя Лемака, Наталі Мішиної, Станіслава Погребняка, Станіслава Шевчука, Оксани Щербанюк, кандидатів юридичних наук, доцентів Олени Бориславської, Олександра Водяннікова, Дмитра Гудими, Андрія Мелешевича, Сергія Різника, а також Віталія Гацелюка, Сергія Перемота. У пригоді стали обмін ідеями та реалізація проектів 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 та Олександром Гріном. Також висловлюю вдячність ректору Українського вільного університету, професорці Марії Пришляк та кандидату юридичних наук, доцентці Мирославі Антонович за можливість зробити апробацію окремих тем цього посібника при викладанні дисципліни «Міжнародне конституційне право» для докторантів університету, де мав колись честь читати лекції мій земляк, Президент Карпатської України Августин Волошин. Окрема подяка за підтримку при написанні посібника моїй родині, дружині Вікторії, доньці Амелії та сину Андрію.

Сподіваюсь, що цей посібник стане в пригоді для поглиблення досліджень інститутів конституційного права на засадах сучасного конституціалізму.

Щастя (серенчі), наснаги і добра всім вам!

**З повагою, Михайло Савчин,**  
доктор юридичних наук, професор,  
радник Голови Конституційного Суду України (2008—2010)

---

## Тема 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)**

### 1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура

**1.1. Конституційний телос (цілі).** Визначення цілей конституційного права було обґрунтовано у працях мислителів епохи Відродження та Просвітництва. Їх правове оформлення було здійснено 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.

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 було визнано права людини, які виводилися, зокрема Гуго Гроцієм та Франціско Суарезом із природного права на спротив тиранії, забезпечення вільного від зовнішнього тиску вибору індивіда.

**1.2. Конституційне право та публічне право.** Існують два основних підходи до розуміння співвідношення конституційного та публічного права.



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. З цією метою здійснюється конституювання (закріплення конституційного статусу) політичних інститутів та публічної влади. Для забезпечення легітимності публічної влади конституція виражає формалізацію повноважень і відповідальності органів публічної влади. Здійснення ефективного публічного управління залежить від 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. Скоріше це співвідношення полягає у тому, що конституційне право за своїм обсягом ширше публічного права (оскільки воно містить фундаментальні принципи, що стосуються і приватного права), однак воно глибоко не визначає, не регулює 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 із здійснення влади народу, здійснення народом ефективного контролю за діяльністю уряду. Тому конституційне право є сукупністю загально визначених суспільних цінностей і принципів національної правової системи та правил діяльності конституційних органів влади, заснованих на повазі гідності людини та верховенстві права.

З огляду на це 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

**1.3. 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 сформульовано у конституційній юриспруденції. Зокрема, Верховний суд Ізраїлю у справі *Kibbutz Hatzor*, наголошуючи 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» (*Lueth Case*). Справа стосувалася здійснення свободи договору у контексті реалізації договору прокату у кінотеатрах фільму, в якому компліментарно висвітлювалися окремі аспекти нацистської ідеології, у контексті гарантій вільного демократичного конституційного порядку, якому суперечить ідеологія нацизму. 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 праві<sup>1</sup>. Вперше цю концепцію було застосо-

<sup>1</sup> 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.

вано у 1953 році Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, 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 права<sup>2</sup>. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth* 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 служить 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»<sup>3</sup>.

Згідно з прецедентним правом ФКС Німеччини «в основоположних нормативних областях, особливо в області здійснення основоположних прав, якщо вони підпадають під державне регулювання, законодавець зобов'язаний сам приймати всі істотні рішення». Таким чином, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, повинно бути заснованим на законі.

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 в якості недоторканного і тим самим як одного із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога,

<sup>2</sup> Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» 2 Сравнительное конституционное обозрение 28—36.

<sup>3</sup> Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham: Duke University Press 363.

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 технологій<sup>4</sup>:

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.

### **1.4. 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, 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 виражалось у «застосуванні» закону, а не на 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

<sup>4</sup> 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.

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 не вирішення цієї дилеми призводить до занепаду національної державності (Білорусь, Узбекистан, Російська Федерація), при якій доволі складно говорити про реалізацію певної моделі конституціоналізму.

## 2. Методологія порівняльного конституційного права

**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 потрібно додержуватися певних фундаментальних положень і засад. Одним із першим фундаментальним дослідженням, яким було обґрунтовано методологію компаративних досліджень, є докторська дисертація вітчизняного правознавця Лева Ребета, яка була захищена в Українському вільному університеті (Мюнхен, Німеччина)<sup>5</sup>. Ребет розглядав ознаки конвергенції історичної та природно-правової теорій, визначав рівні порівняння у праві, ознаки порівнюваності у праві (поняття і роди, природну, штучну, випадкову 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, існуючу 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 правознавства<sup>6</sup>. У цьому контексті він розглядав важливу роль і порівняльного конституційного права, видавши перший посібник в тодішній УРСР у 1987 р<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Ребет Лев (2017) *Порівняльна метода у науці про право*. Київ: Логос.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> Мартыненко Петр (1987). *Сравнительное конституционное право*. Киев: Киевский гос. ун-ет (пізн. видання, доopr. і доповн.: 1993, 1995, 1996, 1998).

Академічні компаративні дослідження визначають основні структурні елементи правових систем на рівні традиції права та його принципів. Загальноприйнятою є практика, яку слід вважати, що в основі конституціоналізму лежить верховенство права, верховенство основних прав і свобод та легітимність публічної влади (обмежене правління), а також конституційна юстиція<sup>8</sup>.

На основі приведеного 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 мистецтво формулювати конституційні ідеї та смисли, яке умовно можна назвати конституційною ідеографією. Основоположником цього підходу є відомий конституціоналіст Ран Гіршл. На його думку, ідея порівняльного конституційного права поступово проходить трансформацію до порівняльного конституційного вчення<sup>9</sup>. 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 відбулося на рубежі XIX—XX ст. завдяки працям Алберта Венна Дайсі, Георга Єліннека, Джеймса Брайса. Пізніше визначний вклад у вчення порівняльного конституційного права внесли 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, із 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

<sup>8</sup> Tushnet, Mark, (2016) *Constitutional Interpretation, Character and Experience* 4 (72) *Boston University Law Review*.

<sup>9</sup> Hirschl, Ran (2014) *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 151—191.

ни демократії, здатної до самозахисту, яка визначає засади легітимності партій, лояльності до конституції та політичної нейтральності публічних службовців, деконцентрації влади тощо. У зв'язку із 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'єктний 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 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.

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 у різні проміжки часу та однаковому історичному етапі розвитку;
- юридична техніка у компаративних дослідженнях (термінологія, законодавча техніка, інтерпретація конституції).

**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» тлумачення 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 «умо-



ви для більш глибокого вивчення правового матеріалу, щоб досягти його адекватного осмислення і в кінцевому результаті підняти право на більш високий якісний рівень»<sup>10</sup>.

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

- 1) постановка робочої гіпотези у компаративних дослідженнях;
- 2) при зборі 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;
  - служить 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 при вирішенні прикладних проблем.

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

<sup>10</sup> 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.



**2.3. Формальний метод.** На думку проф. Юрія Тихомирова, який він ще йменує 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»<sup>11</sup>. З певних причин надається пріоритет порівняльного 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.* В якості об'єктів порівняльно-правового аналізу служать 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 законодавства з традиційних позицій російської теорії права. Необхідно визначати кількісний і якісний стан нормативного регулювання, зокрема, ступінь розвитку законодавчої техніки, правового режиму тощо.

*ii) Змістовний аспект.* При дослідженні змістовних аспектів правових інститутів, норм беруться до уваги варіанти вирішення економічних, соціальних та інших завдань, їх відповідність конституції та міжнародним актам. При порівняльно-правовому аналізі відповідності правових рішень загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права необхідно враховувати: 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

---

<sup>11</sup> Тихомиров Ю. (1996) *Курс сравнительного правоведения*. М.: Юридическая литература 57.

учасників правовідносин; ступінь нормативного регулювання, наявність прогалин у праві.

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

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»<sup>12</sup>. 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.

**2.4. Синтетизм.** Порівняльне правознавство переслідує як академічні, так і прикладні цілі, тому згадані підходи (вони подібні відповідно 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 методику порівняльного аналізу, засновану на закономірних зв'язках та впливі на

<sup>12</sup> 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.

них випадкових факторів усередині правової системи<sup>13</sup>. Алгоритм синтетичного компаративного дослідження такий:

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 упуцнення 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;

---

<sup>13</sup> 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.

— 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;

6) 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, при дослідженні 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.

### 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.

**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.

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; ґ) вибори та контроль над владою.

**3.2. Основні форми взаємодії національних конституційних порядків та конституційні системи.** Різноманітність національних конституційних культур і традицій зумовлює обмін ідеями, технікою розробки та прийняття конституції, тлумаченням конституції та здійснення законодавчої діяльності. Така взаємодія відбувається на трьох рівнях:

*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 зумовлює 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) уніфікація правил та процедур прийняття владних рішень у відповідності до принципу верховенства права, поваги до гідності індивіда; г) вироблення єдиних стандартів та критеріїв тлумачення конституційних норм.

**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 орга-

нів 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 при застосуванні 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 в якості нормативної основи аргументації судових рішень. У даному випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції у визначенні судових стратегій та застосуванні принципів права, яке було піднято 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).

Додержання вимог поваги до гідності людини є джерелом демократичної легітимації 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.

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).

## 4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)

### 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»<sup>14</sup>. Переважно конституційні запозичення здійснюються у сфері конституційної юриспруденції та сфері законотворення. З точки зору розвитку доктрини, то тут 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 марками слугують індивідуальна свобода, унітаризм, збалансований розвиток регіонів, інституційна спроможність держави.

Термін «конституційна трансплантація» був уведений в обіг у 1974 р. Аланом Вотсоном. Він передбачає механічне перенесення певних правових інститутів, правил і процедур у національне право із зарубіжного. Скоріше за все це була певна рефлексія на ухвалення британським парламентом Акта про Європейські Співтовариства 1972 р., яким було імплементовано у правову систему Англії окремі елементи права ЄС.

Конституційні запозичення передбачають включення у національну конституційну систему певних елементів зарубіжного чи міжнародного правопорядку, який передбачає їх модифікацію із урахуванням особливостей конституційної системи держави-реципієнта.

Прикладом поєднання цих процесів може слугувати рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 у справі госпіталізації особи до психіатричного закладу. Суд, сформулювавши принцип дружнього ставлення до міжнародних договорів, практично застосував метод трансплантації. Тлумачачи ч. 1 ст. 29 Конституції, Суд вказав, що вона містить загальну заборону від довільного 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

<sup>14</sup> Roscoe Pound, (1938) *The Formative Era of American Law* 94.



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'язки<sup>15</sup>. При визначенні структури 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 компоненти запозичення пов'язані із природою стійкості та жорсткості внесення змін до конституції — тут головним чинником виступають запобіжники щодо зловживання з боку влади при внесення змін до конституції. Загалом при конституційних запозиченнях 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 це з процес трансформації чи імплементації норм чи принципів, що володію найвищою юридичною силою і маю 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 блокованим. 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.

### **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 Гіршль<sup>16</sup>. Зростає

<sup>15</sup> Rosenfeld/Sajo (Eds.) (2003), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press 1313—1322.

<sup>16</sup> Ran Hirschl (2014) *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 11.



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 при застосуванні 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 в якості нормативної основи аргументації судових рішень. У даному випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції у визначенні судових стратегій та застосуванні принципів права, яке було піднято у свій час Рональдом Дворкіним<sup>17</sup>. 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 має для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом 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).

Існує співвідношення між принципом верховенства конституції та мінімальними стандартами захисту прав людини у міжнародному праві. Найскладнішим є тлумачення Конституції у співвідношенні з міжнародними договорами. Є зворотна сторона 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.

---

<sup>17</sup> Рональд Дворкин (2004) *О правах всерьез*, Москва: РОССПЭН. 43—53

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірнього та зобов'язального права<sup>18</sup>. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth*<sup>19</sup> 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 служить 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»<sup>20</sup>. 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.

---

<sup>18</sup> Марк Ташнет, (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту», 2 *Сравнительное конституционное обозрение* 28.

<sup>19</sup> *Luth Case, BVerfGE* 7, 198

<sup>20</sup> Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham: Duke University Press 363.

---

## Тема 2

# ІСТОРІЯ ТА ОСНОВНІ ІДЕЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

1. **Поняття та структура конституціоналізму.**
2. **Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Carta 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'єсса 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: супранаціоналізм та конституційний патріотизм**

### 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.

**1.1. Рівні конституціоналізму.** Конституціоналізм як соціальне явище відображає еволюцію поглядів, ідей, доктрин про природу конституції та політико-правової практики 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.

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 конституціоналізму<sup>21</sup>.

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 таким чином: «Конституціоналізм — це обмеження державної влади в інтересах суспільного спокою. Він намагається охолодити поточні пристрасті, не загрожуючи ефективності управління»<sup>22</sup>. Конституціоналізм спирається на конституційну традицію діяти відповідно до визначених правових приписів, звичаїв та процедур, що є усталені у суспільстві, побудовані на повазі прав і свобод людини та виключають владне свавілля або принаймні істотно його обмежують.

**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»<sup>23</sup>. Загалом, якогось вичерпного визначення конституціоналізму складно дати. **Конституціоналізм орієнтує нас на функціонування інституцій та процедур, які забезпечують обмеження влади та захист прав людини.**

Натомість, Александер 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»<sup>24</sup>. На думку Чарлза МакІлвейна, кон-

<sup>21</sup> Крусян Анжеліка (2010) *Сучасний український конституціоналізм*. Київ: Юрінком Інтер 89.

<sup>22</sup> Шайо Андраш (2001) *Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма)*, Москва: БЕК 14, 20.

<sup>23</sup> Там само 24.

<sup>24</sup> Александр Гамильтон (2006) Федералист №78. *Теория и практика демократии. Избранные тексты* (пер. с англ. В.Л. Иноземцева, Б.Г. Капустина), Москва: Ладомир 172.

ституціоналізм слід розглядати через призму верховенство права, розуміючи під конституціоналізмом юридичне обмеження держави та повну протилежність свавільному правлінню<sup>25</sup>.

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 вияснити справжню правову «інтенцію» постанови — як вона буде вплетена у складний гобелен попередніх законів та інших постанов, котрі виступають єдиним цілим»<sup>26</sup>.

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...»<sup>27</sup>.

**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 функцій<sup>28</sup>. 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 процедури<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> McIlwain Charles Howard. (1940) *Constitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press. 21

<sup>26</sup> Аллан Т.Р.С. (2008) *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права* (пер. з англ. Р. Семків). Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія». 24.

<sup>27</sup> Монтеск'є Ш.Л. (1999) *О духе законов*. Москва: Мысль. 138—139.

<sup>28</sup> Henkin L. (1992) A new Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. 14(3—4) *Cardozo Law Review*, 535—536.

<sup>29</sup> Сарторі Дж. (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структури, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк 309.

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 реалізації 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 захист<sup>30</sup>.

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

**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 у силу освоєння 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 процедури та ідею судового захисту між рівними вже були надбанням англосаксонської традиції права, яку переймала також Америка.

У звичаєвому праві країн континентальної Європи склалася традиція дорадчості при ухваленні рішень королем чи князем — без згоди зборів дружинників чи віче ключові питання правитель одноосібно не міг ухвалити. Тому не випадковим 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 дого-

<sup>30</sup> М. Савчин. (2013) Право на справедливий суд і конституційна юрисдикція: окремі аспекти згідно з синтетичною теорією конституції. 2 *Вісник Конституційного Суду України* 97—98.

ворі. 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 за 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 дія 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 обездолена, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї, тільки як за законним рішенням рівних їй (її перів) і за законом країни».*

Дане положення, яке було спрямоване проти свавільних арештів та позбавлення майна особи, набуло важливого значення у подальшому 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 Римським папою 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 інвеститура 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 і Імперською надвірною радою (*Reichshofrat*). У німецькій доктрині конституційного права ці інституції розглядаються як протоформи судового конституційного контролю.

**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

у сучасному рівні. Треба зважати на ієрархічну структуру феодального суспільства — тому це були структури станово-представницькі. Вони не забезпечували представництво за ustalеними нині розуміннями рівного та вільного виборчого права. Станово-представницька монархія ґрунтувалася фактично на куріальних засадах представництва конкретних станів, що суперечило сучасним горизонтальним уявленням щодо рівності у правах між людьми. Іншими словами, станово-представницька монархія є суто продуктом ієрархії, а не горизонтальних зв'язків. Ієрархія говорить про рівність суто між представниками 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 по боротьбі 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, спрямованої проти Золотої булли Папи Римського Боніфація VIII *Ausculta fili* (Слухай сине, мій!), в якій стверджував про верховенство своєї влади над монаршою. А як орган, що періодично скликався, Штати почали діяти з 1337 р. Востаннє Генеральні Штати були скликані 1789 р., однак неспроможність забезпечення рівності голосів трьох станів — аристократії, духівництва 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 питанню 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 не-



обхідності узгодження монархом своїх рішень із підданими. Тому у Сполученому Королівстві монарх є невід'ємною частиною парламенту і донині.

**2.3. Джон Лок та питання довіри і легітимності влади.** Ускладнення відносин між станами та між монархом та легіслатурою підіймає низку проблем, пов'язаних із ступенем легітимності влади, тобто її визнання та підтримки у суспільстві. Станово-представницька монархія з її наданням переваги ієрархічному принципу містила в собі суперечності. При ускладненні структури національної економіки та упровадженні раціоналізованої бюрократії при становленні модерної державності такі парламенти ставали на перепоні впровадження реформ. Суспільство вже потребувало раціональну організацію публічної влади, заснованої на нейтральних правових принципах і нормах, на відміну від Старого порядку, який був заснований на персоналізації влади та станових привілеях. На іншій стороні Європейського континенту, виборна монархія, станovo-представницька демократія та *liberum veto*<sup>31</sup> стають інституціональним моги́льником Речі Посполитої, яка впаде внаслідок трьох поділів (1772, 1793, 1795 рр.) між Пруссією, Австрійською та Російською імперіями.

Тому виникає проблема легітимності влади монарха та неприпустимість посягання з його боку на діяльність парламенту, який визнається вже легіслатурою. Про це Джон Лок писав так<sup>32</sup>:

*«...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 між станом війни між людьми. ...знищуючи таким чином владу, встановлену законом, яку ніхто, крім нього, не вправі 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 до 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

<sup>31</sup> Право кожного шляхтича голосувати проти рішення Сейму та блокувати його ухвалення.

<sup>32</sup> Лок Джон (2004) *Два трактати про врядування*. Київ: Основи. 250.

влади монархом. Отже, таким чином виникає два питання: 1) про якості та властивості такої влади і 2) носія такої влади.

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

#### 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 часу була персоніфікована із фігурою правителя, а у випадку із монархією — із королем, князем, шейхом, султаном — вона ще 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 (1349 р.) призвела до інкорпорації Галичі до складу Польського королівства, а Волині — Великого князівства Литовського. Так само приблизно згасла династія, що призвело до зникнення Бургундського королівства (1034 р.) чи після загибелі у битві при Нансі (1477 р.) Карла Смільового, Бургундського герцога. І таких прикладів можна наводити багато. Яким чином долався цей порядок речей і яке воно має значення для сучасного конституціоналізму?

У якості інституційний запобіжників 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 монарха<sup>33</sup>:

*«...згідно із загальним правом жодне діяння, що здійснюється королем як 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 (розглядається саме по собі) є смертне тіло, піддане всім примхам природи і 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, яким не може бути тим, що відчувається в дотику, оскільки воно складається з політики і правління і створено для керівництва народом і підтримки загального блага; і це-то тіло абсолютно вільне від дитинства або старості та інших природних недоліків і немочей, якому піддається природне тіло,*

<sup>33</sup> Edmund Plowden, (1816) *Commentaries or Reports*. London 22.

*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 воєн<sup>34</sup> змусили замислитися за внутрішніми механізмами, які сприяють інституційній стійкості держави.

Слід також наголосити, що у компаративній літературі виділяють три стадії розвитку державності: *polis (civitas) — kingdom — state*. Хоча її генералізувати 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 гостро стояло питання про якісну основу інституціоналізації приватної справи монаршого домена та олігархічних груп міст-держав до справи, яка мала набрати публічної, суспільно значимої ваги.

**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 Варфоломіївську ніч 1572 р. Концепт суверенітету висувається Боденом таким чином 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 в якості вищого суду; 5) помилування; 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 вирішено.

<sup>34</sup> 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»

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.

**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 обмеження влади московського царя. Така була державна традиція московського суспільства, яка в силу просторів та запозичення китайських практик централізованого адміністрування транзитом через період татарсько-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 правителя<sup>35</sup> — 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. Тринадцятирічний період боротьби між різними кланами та участь Речі Посполитої у боротьбі за московську спадщину призвели до консолідації московського населення навколо власних бояр, серед яких найближчим спадкоємцем 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, були підтримані та впроваджені у 1634 р. ріксда-

<sup>35</sup> Плохій Сергій (2015), *Походження слов'янських націй. Домодерні ідентичності в Україні, Росії та Білорусі*, Київ: Критика 247

гом (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 з метою забезпечення економічного блага на раціональних засадах з розподілом повноважень щодо збору, акумуляції та розподілом державних коштів, фінансової звітності та контролю фінансів.

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

**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 спинялася на ноги, різними методами вчиняла утиски у здійсненні прав людини, однак її організація на нейтральних та раціоналізованих правилах сприяла становленню механізму захисту прав людини.

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)<sup>36</sup>:

*«У разі нападу на людей відкритою силою при неможливості уникнути інакше небезпеки для життя дозволена війна, що тягне навіть вбивство нападника... Слід зауважити, що це право самозахисту виникає само собою і спочатку по нав'юванню 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 несамовитий особа, мучений божевіллям або безсонням, — то тим не менше право на самозахист не відміняється; і я не зобов'язаний терпіти посягання такого нападника, так само як і напад тварини, що належить іншій особі».*

<sup>36</sup> Гуго Гроцій, *Про право війни і миру*, Москва: Ладомир, 1994.

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 у подальшому глибшої інтерпретації та наповнюватиметься новим смислом, зокрема у доктрині приватної автономії Імануїла Канта.

**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'язаний певними обов'язками перед підданими і має піклуватися про загальне благо. На підставі цього формулюються 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 при необхідності і карати смертю...*

*По-друге, якщо цар або хто-небудь інший зречеться влади або ж явно покине правління, то потім щодо його вважалось дозволеним все, що допустимо по відношенню до приватних осіб.*

*По-третє, якщо цар відчужує царство або підпорядковує його іншому, то... він тим самим відрікається від царства».*

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

У практичній площині концепт прав людини стає відповіддю на виклики, пов'язані із 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 ст. зумовлюють встановлення гарантій свободи совісті та віросповідання.

**4.3. Поняття позитивної свободи у Канта як основи прав людини.** Авторитетний німецький філософ Імануїл Кант заклав сучасне розуміння принципів як певних універсалій, які лежать в основі глобального світу.

Сформульований ним категоричний імператив якраз спирається як на певну універсалью, яка виводиться із практичного розуму, заснованого на раціональності та розсудливості.

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

*«всі моральні поняття мають своє місце і виникають абсолютно а priori в розумі, і до того ж в самому повсякденному людському розумі так само, як і в виключно спекулятивний; що вони не можуть бути відвернуті ні від якого емпіричного і тому лише випадкового пізнання; що саме ця чистота їх походження робить їх гідними служити 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 призводять Канта до висновків про те, що людина має розглядатися як ціль, а не мета, тобто поміщаючи людини в центр цінностей-універсальї та 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 формулює наступне розуміння позитивної свободи<sup>37</sup>:

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

Тому переважно у кантіанському смислі сьогодні у континентальній Європі формулюють права людини як певні вимоги і стандарти до діяльності органів влади, а в англо-саксонській традиції права людини виводять із розуміння свободи.

**4.4. Універсальність прав людини.** Раніше до Канта, спираючись на традиції обмеження влади короля та гарантій від довільних арештів та вилучення майна від приватних осіб в Англії у результаті Славетної революції, було ухвалено Біль про права 1689 р. Згідно усталеної традиції 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

<sup>37</sup> Кант И. (1965) *Метафізика нравов*. Сочинения: в 6 т. Т.4, Ч.1 Москва. 140.



(jurisprudence constant) дозволило досягти розуміння прав людини як певний універсальних засад. Універсальний характер прав людини стверджується нормативно у Французькій декларації прав людини і громадянина 1789 р., яка наголошувала навіть у власній назві про скасування станового поділу та визнання всіх французів громадянами, що посвідчувало рівний масштаб захисту їх свобод.

Говорячи про моральну та нормативну (імперативну) природу прав людини, Джек Донеллі визначає такі їх особливості<sup>38</sup>:

*«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 добивалася 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: соціальна цінність; рівна міра; природний, невідчужуваний і невід'ємний характер; вираження приватної автономії особи; нормативність; гарантованість у рамках належної правової процедури.

## 5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єеса і Руссо

**5.1. Дискусія між прибічниками концепцій національного і народного суверенітету.** Після утвердження ідей державного суверенітету, що є заслугою насамперед Жана Бодена, у практиці абсолютистських

<sup>38</sup> Донеллі Джек (2004) *Права людини у міжнародній політиці*. Львів: Кальварія 35.



монархій на порядок денний вийшла проблема обмеження прерогатив монарха. Це стало актуальним під час подій Громадянської війни і пов'язаної із нею протекторату Олівера Кромвелля 1642—1648 рр. та Славетної революції 1688—1689 рр. в Англії, оскільки не було вироблено механізмів запобігання зловживання 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.

При розгляді цієї проблематики через призму народного суверенітету впадає у вічі невизначеність поняття народу — 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 між етнічними, релігійними та іншими спільнотами 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 — народного суверенітету).

**5.2. 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 при використанні прерогатив у сфері зовнішньої політики, зокрема, з питань схвалення чи розірвання міжнародних договорів. Уряд на це не володіє належними прерогативами, бо від імені Корони, згідно із принципом суверенності парламенту, такі рішення має ухвалювати парламент. При цьому суд по-

слався 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 на відміну від того, як суди впроваджують інші закони<sup>39</sup>.

У свою чергу, Верховний Суд Англії висловився так у справі *Brexit*<sup>40</sup> 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 в статут, яким санкціонує референдум. Статут, яким було санкціоновано проведення референдуму 23 червня 2016 року, передбачав лише проведення референдуму без точного визначення шляхів реалізації його наслідків. Зміна в закон, 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 наступним чином:

*Національний суверенітет = політичний суверенітет (голосування народу) + юридичний суверенітет (ухвалення рішення уповноваженою легіслатурою), де парламент є зв'язаний рішеннями народного голосування та який 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 парламентаріїв 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.

**5.3. Основні засновники сучасної доктрини суверенітету.** Жан Боден, обґрунтовуючи доктрину державного суверенітету, апелює до монарха, що потім втілиться у практики освіченого абсолютизму. Однак на-

<sup>39</sup> *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).

<sup>40</sup> *Brexit Case* ([2017] UKSC 5 On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85.

справді 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 порядку<sup>41</sup>:

*«...вони готували Революцію не лишень руйнуванням того, що стояло на її шляху, в її 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 не має небезпечнішого прикладу, ніж приклад насильства, що чиниться людьми із здоровим глуздом і задля доброї мети».*

Завдяки Англійським революціям, національно-визвольній війни 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 християнську етику та аристотелівську етику, ідеї щодо обмеження свавільного правління задля забезпечення загального блага знаходять сприятливий ґрунт у природно-правовій доктрині. Згідно із доктриною природного права народ складає із правителями соціальний контракт, згідно з яким держава набуває певних повноважень, натомість вона має гарантувати здійснення прав і свобод людини.

Дебати щодо практичного втілення ідей соціального контракту певною мірою узагальнює Жан Жак Руссо та розглядає в якості оптимальної форми 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 усупільнення власності. Тут закладається фундамент для тоталітарних практик, коли більшість ухвалювала рішення, яка грубо порушувала 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

<sup>41</sup> Алексіс де Токвіль. (2000) *Древній порядок і революція*, Київ: Юніверс 163.

Фрідріхом Вільгельмом Геґелем інтелектуальним джерелом сучасних тоталітарних ідеологій.

Інший, вже 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 до влади 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 навіть посаді рейхсканцлера надзвичайні повноваження, зупинивши чинність низки положень Конституції Веймарської республіки. Така загроза також існувала і в Франції у 1936 р. і лише об'єднання демократичних сил дало змогу запобігти до влади прибічників нацистів. Отже, проблема впирається у якість народного представництва та кризи розуміння та інтерпретації базових принципів демократії. З цієї точки зору важливими є висновки Роберта Даля<sup>42</sup>:

*«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 блага та інтересів, тобто для того, щоб бути повнокровним громадянином демосу. Коли ухвалюються зобов'язальні рішення, то вимоги громадян до закону, правилам чи політики, що ухвалюється, 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 у силу зростання ролі медіа у ході демократичних процедур, а також кризи партій як організацій 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.

## 6. Парламентаризм та юдикатура: Федераліст та американська система

**6.1. Основна дилема сучасного конституціоналізму.** Забезпечення захисту основоположних конституційних цінностей пов'язане із захистом

<sup>42</sup> Даль Роберт (2001) Демократия и ее критики. Москва.

конституційної ідентичності. Такий захист забезпечується через співвідношення між суверенітетом парламенту та судовим конституційним контролем. З цією дилемою зіштовхнулася Англія ще на початку XVII ст. При розгляді справи доктора Бонема суддя Едвард Коук зазначив<sup>43</sup>:

*«...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».*

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 бути придатними до застосування і забезпечувати конституційні цілі. Це проблеми цілком усвідомлював Александер Гамільтон, який у листі № 51 Федераліста писав так<sup>44</sup>:

*«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 як якнайменше стосунку до призначення посадових осіб на службі іншої. При строгому дотриманні даного принципу необхідно, щоб всі призначення на вищі посади у виконавчих, законодавчих і судових органах виходили з першоджерела влади — від народу і не йшли по сполученням між собою каналами».*

Джуліан Кокотт і Мартін Каспар виділяють боротьбу між суверенітетом парламенту (*sovereignty of parliament*) та судовим конституційним контролем як ключову проблему у правовому захисті конституції<sup>45</sup>. Ця дискусія має свої витоки від поглядів Алберта Венна Дайсі, який визначав дві ключові опори британського конституціоналізму другої половини XIX ст. як суверенітет парламенту та загальне право судів<sup>46</sup>.

Виділяючи роль парламенту у забезпеченні верховенства конституції Кокотт і Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, що на-

<sup>43</sup> Dr Bonham's Case (1610) 8 Co Rep 114.

<sup>44</sup> Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей (1998) *Федераліст*. Київ: Сфера. 261.

<sup>45</sup> Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). (2003) *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 796—798.

<sup>46</sup> Dicey Albert Venn. (1924) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London.

лежать парламенту, який володіє найвищим ступенем представництва народу<sup>47</sup>. Знамениті застереження стосовно співвідношення верховенства парламенту та судовим конституційним контролем є насправді пропозиціями щодо вирішення дилеми із забезпечення балансу між більшістю і меншістю. Так, американський конституціоналіст Томас Бейкер зазначає з цього приводу таке<sup>48</sup>:

*«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».*

**6.2. Законодавство у світлі верховенства права за Альбертом Дайсі та британський конституціоналізм.** Верховенству права, на думку Алберта 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 права<sup>49</sup>. На цій підставі Дайсі визначає такі вимоги до якості законодавства:

- 1) відсутність в уряді довільних повноважень карати громадян чи вчиняти дії, спрямовані проти життя і власності;
- 2) підпорядкування будь-якої людини, незалежно від її стану і положення, загальному закону країни та судам загальної юрисдикції;
- 3) панування духу законності в англійських інститутах завдяки тому, що загальні принципи англійської конституції є результатом судових рішень... в той час як в багатьох зарубіжних конституціях гарантії особистих прав впливають із загальних (абстрактних) принципів конституції.

Британська модель конституціоналізму відображає ідею суверенітету законодавчого органу при визнанні автономної правотворчої ролі судової влади. Конкуренція ідей конституціоналізм *versus* парламентаризм є

<sup>47</sup> Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. 798—799.

<sup>48</sup> Baker, E. Thomas. (2004) *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 80—81.

<sup>49</sup> Dicey Albert Venn (1924) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 205—233.

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 британського 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 між конституційним та іншим законодавством. 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 актами<sup>50</sup>.

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»<sup>51</sup>.

**6.3. 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 рамках належної правової процедури дають тлумачення основоположним конституційним цінностям. Власне, діяльність Верховного суду США під головуванням Воррена втілила положення цієї теорії у практичну площину<sup>52</sup>. 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

<sup>50</sup> Медушевский А. (2003) *Теория конституционных циклов*. Москва. 51.

<sup>51</sup> Кросс Рупперт. (1985) *Прецедент в английском праве*. Москва: Юрид. лит-ра.

<sup>52</sup> John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (Eds.) (1994) *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 3—4.



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)<sup>53</sup>. Теорія «дуалістичного конституціоналізму» (Б. Акерман) виходить із ідей про те, що конституція встановила демократичне правління, яке обмежене власне конституцією. При цьому правління засновано на тяглоті правової традиції, оскільки законодавче творення права (*higher lawmaking*) засноване на конституції, а з іншого боку, існує традиційне для англо-американської системи судове творення права (*judgment*)<sup>54</sup>.

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 четвертей легіслатур. У самій американській конституції відповідно до правової традиції закладено модель сильної і незалежної судової влади. Така система зумовлює соціальну активність суду щодо інтерпретації конституції, що забезпечує її еволюційний розвиток на відміну від європейської практики конституційних реформ або розриву континуїтету. Відповідно Верховний суд США є головним інститутом, який володіє монополією щодо визначення критеріїв конституційності законів, що приймаються Конгресом. Еволюція практики Верховного суду США зазнала боротьбу між прихильниками юридичного нейтралітету та політичного тлумачення права. Прихильники юридичного нейтралітету стоять на позиції, відповідно до якої Конституцію США необхідно тлумачити виходячи із 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 більше спостерігається розрив 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 пар-

<sup>53</sup> Дворкін Р. (2001) Серйозний погляд на права. Київ: Основи, 47—70, 114—124.

<sup>54</sup> John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (eds.) (1994) *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3<sup>rd</sup> Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 41—53.



ламентського 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<sup>55</sup>.

## 7. Криза ліберальної демократії та Карл Шмітт

**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. 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 застереження<sup>56</sup>:

*«Ця дефініція може бути справедливою для поняття суверенітету тільки як граничного поняття... Відповідно, його дефініція повинна бути прив'язана не до нормального, але лише крайнього випадку... Те, що надзвичайний стан у вищому ступені придатний для юридичної дефініції суверенітету, має систематичну, логічну правова 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 абсолютноного винятку і, отже, не здатна також цілком обґрунтувати рішення про те, що даний 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 укладено на фоні революційних подій в Німеччині та зречення з трону імператора Вільгельма. Це поклато початок перемогам, у результаті яких був укладений Версальський мирний договір від 28 червня 1919 року. Веймарський синдром позначає не лише приниження

<sup>55</sup> Fisher L. (ed.) (1990) American Constitutional Law. 3rd ed. Durham: Carolina Academic Press.

<sup>56</sup> Шмітт Карл. (2000) Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете. *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц» 15.

нації ззовні, також позначає внутрішню зраду з боку певних кіл, що стало джерелом антисемітизму у нацистській Німеччині та ревізіоністських 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 влади<sup>57</sup>. Саме цілком у дусі 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 застереження, що зміст суверенітету полягає не настільки у застосуванні надзвичайних заходів, наскільки 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<sup>58</sup>. Загалом, держава у Шмітта є ефективною, якщо вона спроможна боротися із ворогом.

## 7.2. Концепція *militant democracy* та конституційний порядок.

У 1937 р. у своєму есе німецький політолог, конституціоналіст Карл Льювенштайн ввів поняття демократії, спроможної до самозахисту<sup>59</sup> (*militant democracy*, *wehrhafte/streitbare Demokratie*), яке пізніше склало ідеологічну основу Основного закону ФРН. При цьому концепція войовничої демократії цілком узгоджується з іншою інституційною засадою — принципом партійної держави, яка визнається як фундаментальна конституційна цінність авторитетним виданням Дональда Комерса з проблем німецького конституціоналізму<sup>60</sup>.

У сучасному розумінні концепція войовничої демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із

<sup>57</sup> Там само 17—18.

<sup>58</sup> Шмітт Карл. (2000) *Политическая теология* 30—47.

<sup>59</sup> Loewenstein K. (1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights*, 31 *American Political Science Review* 417, 618.

<sup>60</sup> Kommers, Donald P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> Ed. Durham and London: Duke University Press 31.

демократією<sup>61</sup> та в якості превентивного засобу 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 службовців<sup>62</sup>.

На думку німецького компаративіста-конституціоналіста Гюнтера Франкенберга<sup>63</sup>, який бере за основу концептуальні положення дослідження П. Нізена та інших авторів<sup>64</sup>, 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, яку як принцип у вітчизняній теорії конституціоналізму є засадничим принципом конституційної держави. Дана концепція передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед судового конституційного контролю. Прикладом, цього є практика Федерального конституційного суду Німеччини щодо визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та

<sup>61</sup> Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 4; Sajo A(ed.) (2004) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International, 2004.

<sup>62</sup> Шайо А. Самозащита конституционного государства 5—9.

<sup>63</sup> Франкенберг Г. (2004) Обучающийся суверен, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 20—25.

<sup>64</sup> 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 on 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.

практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках ФКС було проаналізовано цілі марксистсько-ленінської ідеології та на близько 180 — цілі саме КПН, які несумісні із цінностями Боннського Основного закону) по суті визнав її такою, що суперечить демократичним цінностям і прирівняв її до теорії і практики нацизму за цілями і методами політичної боротьби за владу: «позиція Основного закону щодо політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби з цією тоталітарною [нацистською — М.С.] системою»<sup>65</sup>. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначають рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Негативний республіканізм передбачає формування таких рамок врядування та політичної практики, яка б звузила можливості зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я. У контексті дискурсу вітчизняного 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.

## 8. Перехідні державні системи і конституціоналізм.

**8.1. Особливості конституціоналізму перехідного (пострадянського) періоду.** До основних характеристик конституціоналізму молодих демократій постсоціалістичних країн можна віднести:

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

<sup>65</sup> BVerfGE 5, 85/138.

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 забезпеченні рівність 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 права 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).

**8.2. Постсоціалістичні країни Центральної та Східної Європи.** Це 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 відзначити, що Україна, як і інші країни регіону ЦСЄ, подолала тоталітаризм і колоніальну залежність і перед нею виникли схожі для цих країн проблеми розвитку конституційних явищ і процесів.

Слід також відзначити, 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 пев-

ний культурний шок як на інтелектуальному, так й інституційному рівні, що виражається у неприйнятності авторитарних і тоталітарних практик правління<sup>66</sup>. 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.)<sup>67</sup>. 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 передували прийняття так званих «малих» конституцій, тобто до конституцій «соціалістичного зразка» вносилися зміни принципового характеру щодо організації та діяльності органів публічної влади. Перетинання процесу реформування влади в Україні в бік її деконцентрації було ускладнено своєрідною «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 процес трансформації політичних систем, однак політичні партії протягом тривалого часу були нерозвинутими<sup>68</sup>. Тому сьогодні система конституціоналізму є незавершеною, оскільки політичні системи цих країн ще перебувають у стадії становлення. Результати останніх парламентських виборів у Польщі, Словаччині, Угорщині та Чехії також свідчать про практику клієнтелізму та партикулярності політичних інтересів. Це зумовлює створення урядів «національної єдності», «коаліційних урядів» на найширшій політичній основі, елементи якої частіше всього перебувають у перманентній конкуренції.

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,

<sup>66</sup> Гузіна Д. (ред.) (2003) *У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи*. Київ: Ай Бі.

<sup>67</sup> Бруннер Георг. (1994) *Конституційнодавчий процес у Німеччині та Східній Європі*. Кельн; Balcerovicz, Leszek (1994) *Understanding Postcommunist Transitions. Journal of Democracy* 5 (Oktober 1994); Lijphart, Arend. *Democratization and Constitutional Choices in Czechoslovakia, Hungary and Poland, 1989—91. Journal of Theoretical Politics* 4 (1992).

<sup>68</sup> 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..

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, порівняно у короткі строки зуміли істотно реформувати свої конституційні системи на позиціях класичного конституціоналізму. Це було пов'язано, з тим, що не зважаючи 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 становлять переважна більшість балканських країн, в яких відбулася низка неоднозначних процесів, пов'язаних із міжетнічними конфліктами, які ще були закладені міжнародною системою на рубежі XIX—XX ст. і практикою державного управління комуністичними урядами. Для цих країн до періоду формування прорадянських маріонеткових урядів історично більш характерним було авторитарне, аніж демократичне правління. Тому формування конституційних систем згідно із 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 рр.) субсидії із бюджету ЄС на розвиток владної та ринкової інфраструктури в 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 із його складу акцентували увагу на поновленні своєї державності. Реформування інститутів влади у країнах Балтії відбулося на позиціях класичного конституціоналізму, оскільки в його основу було покладено захист основоположних прав і свобод людини як головний критерій ефективності владних інститутів та функціонування політичної системи суспільства.

Четверта група країн 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 кіл<sup>69</sup>.

## 9. Сучасні тенденції конституціоналізму: супранаціоналізм та конституційний патріотизм

**9.1. Наднаціональність у праві.** Наднаціональність у праві є результатом передачі частини суверенних повноважень держави наднаціональним інститутам, прикладом чого слугує Європейський Союз. Воно має наслідком становлення глобального права і воно 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, різномірного, комплексного, регулюючого механізму, заснованого на конституційно-правових відносинах — конституційно-правового забезпечення<sup>70</sup>. 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 носити 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 суверенітету<sup>71</sup>:

<sup>69</sup> Савчин М. В. (2007) Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму, 4 *Часопис Київського університету права* 123—125.

<sup>70</sup> Волошин Юрій. (2010) Конституційне забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти. Київ: Логос 131—132.

<sup>71</sup> Богданді, Арнім фон. (2014) Демократия, глобализация, будущее международного права: общий обзор. 14 *Дайджест публичного права и международного права* 187.



*«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».*

Таким чином, зроблено 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 Суду 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 держави<sup>72</sup>. У цьому контексті фактично розкривають можливість держави відстоювати національні інтереси, що зводиться саме до інституційної спроможності держави. Американський політолог Ніклас Спайкман визначає в якості маркерів геополітичної держави такі критерії: територія, природа кордонів, населення, наявність природних ресурсів, економічний і технологічний розвиток, фінансова допомога, етнічна однорідність, рівень соціальної інтеграції, політична стабільність, національний дух<sup>73</sup>. На цих же речах наголошує і Збігнєв 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 із проблемою розповсюдження ядерної зброї. Надбання, пов'язане із довкіллям, охоплює геополітичні наслідки керування водними ресурсами, Арктикою та зміною клімату<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> 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».

<sup>73</sup> Spykman, Nicholas John. (1970) *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books.

<sup>74</sup> Бжезінський Збігнєв. (2012) *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис 91.

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

Наднаціональності, а тому і глобалізацію доповнює доктрина конституційного патріотизму, яка робить акцент на конституційній ідентичності та обмеження впливу авторитарних і популістських тенденцій на національне право. На думку Карла Ясперса та Яна-Вернера Мюллера, доктрина конституційного патріотизму народилася як рефлексія<sup>75</sup> на наслідки нацизму в Німеччині та необхідності перенесення колективної відповідальності німців за злочини нацизму і забезпечення єдності (*Gemeinsamkeit*) у суспільстві. Тому формування правил у рамках обмеженого правління та недопущення тоталітарних практик є неприпустимим на майбутнє. Доктрина конституційного патріотизму поряд із доктриною обороноздатної демократії служить інтелектуальною пересторогою щодо небезпеки приходу до влади популістів до влади, 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 демократії<sup>76</sup>.

**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 трансакційними видатками, які компенсують надмірний формалізм у праві, відсутність верховенства права та гарантій прав і свобод людини, надаючи процесуальну економію в ухваленні рішень та доступ до ресурсів.

Обґрунтованість втручання публічної влади у вільний і відповідальний вибір особи (те, що прийнято називати приватною автономією) є серйозною проблемою сучасної юриспруденції у силу інфляції законодавства та посилення ролі регуляторних органів (концепту *Administrative State*). Проблема полягає згідно із Юргеном Габермасом у гідності демократичної легітимації інститутів влади. Задля цих цілей відкриті і прозорі процедури

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> Mueller Jan-Werner (2007) *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press.

формування органів влади є основою такої легітимації, особливо зважаючи на зростання ролі *Administrative State* та розширення регуляторної практики урядів та незалежних агентств держави. Так само, з точки зору демократичної легітимації, долається дилема юдикатури та парламентаризму, адже конституційні суди репрезентують відповідно до соціальних структур представників юриспруденції на посадах суддів, як і депутати парламенту — представників народу.

Справа полягає в 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 у якості власника чи мажоритарного володільця 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 користуються вагомим авторитетом та демонструють повагу до верховенства права та гідності людини.

**9.3. Кіберправо і права четвертого покоління.** 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 при електронній фіксації фактів та обставин про певну особу, вони потенційно можуть стати миттєво доступними для третіх осіб і тут виникає небезпека зловживання з боку посадовців при оперуванні такими даними без відома цієї особи. Водночас кіберзлочини та зловживання через електронні мережі та засоби зв'язку засвідчують вразливість електронного урядування, яке може бути піддано хакерським атакам. Прикладами цього можуть служити кібератаки на Естонію в квітні 2007 р. та на сервери Демократичної партії та державної установи в США влітку-восени під час президентських виборів 2016 р., які йшли переважно від серверів, підконтрольні 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 при їх прийнятті.

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*» (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 якого 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.

**9.4. Напрями конституційної трансформації та глобалізація права.** Тут коротко буде окреслено двосторонній рух, який характеризує зворотній 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 сторону захисту прав людини, які протистоїть дилема тероризму. Сам тероризм є антитезою прав людини, оскільки є цілеспрямованою діяльністю, направленою проти гідності та безпеки особи, адже нагнітання атмосфери страху та безпорадності у суспільстві має за мету дискредитація 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 світлі 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).

## Тема 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).

### 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 певну ступінь втілення їх положень у життя — ні більше, ні менше. На сьогодні у конституційній доктрині поширеними є наступні 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).

**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 другого, а також засади організації самої держави та її відносин зі світовим співтовариством. Зокрема, конституцію розкривають як<sup>77</sup>

*«...установчий правовий акт, основний закон держави, що приймається в ускладненому порядку, володіє у сучасних умовах особливим об'єктом регулювання, вищою юридичною силою і є юридичною базою для правотворчості, правозастосування і правосвідомості».*

<sup>77</sup> Хабриєва Т. Я., Чиркин В. Е. (2005) *Теория современной конституции*. Москва: НОРМА 39.

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 відмінному від законодавчої процедури порядку.

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, адресованої політичним підлеглим, а тому значна увага приділяється відповідальності (Томас Гобс, Джеремі Бентам);*
- *заперечення ідеї об'єктивних і моральних цінностей у праві;*
- *механіцизм — право забезпечується державою як механізм примусу, а держава розглядається як апарат;*
- *волюнтаризм — право виражає волю народу/класу/стану.*

Загалом юридичний позитивізм апелює до носія суверенітету, який визначає 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».*

**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 конституція<sup>78</sup>. Разом з тим накопичення народом практики

<sup>78</sup> Монтеск'є Ш.-Л. (1999) *О духе законов*. Москва: Мысль.



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 Жак Руссо в основі суспільного договору лежить ідея наділення владними повноваженнями органів влади з метою забезпечення безпеки за рахунок обмеження прав людини на засадах народного суверенітету<sup>79</sup>. 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 формулювати 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 гріх; 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 Атонах; 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 наступного: 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.

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 основоположних принципам системи позитивного права; 2) відповідність закону моральним засадам добросовісності, справедливості. Такі висновки стали реакцією на формальну нацистську законність та на сумнозвісні Нюрнберзькі закони, які передбачали можливість переслідувати

<sup>79</sup> Руссо Ж.-Ж. (1998) Об общественном договоре, или Принципы политического права. *Об общественном договоре. Трактаты* (пер. с фр.) Москва: КАНОН-пресс 208—209.



за ознакою приналежності до певної меншини за расовою, національною, політичною ознакою та статевою/гендерною ознаками.

**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. Виходячи із цього, важливим є судовий конституційний контроль над законодавством та правозастосуванням. Судовий контроль 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 зводиться до наступних моментів<sup>80</sup>:

- Права людини виражають межі діяльності держави та їх 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 належне обґрунтування рішень, щоб забезпечити авторитетність та демократичну легітимність конституційної юстиції.
- Захист прав людини у діяльності конституційної юстиції забезпечується шляхом розгляду конституційних скарг, *amparo*, *habeas corpus* чи за допомогою аналогічних інститутів.

Таким чином, конституційне судочинство забезпечує захист прав людини шляхом перевірки щодо конституційності правових актів та розгляду конституційних скарг чи за допомогою аналогічних процедур.

**1.4. Синтетизм (правовий плюралізм).** Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмежен-

<sup>80</sup> Шевчук Станіслав (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. Київ: Український центр правничих студій 35—48.

ня владної сваволі. Це є класична формула ліберального конституціоналізму<sup>81</sup>, яка впливає 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 механізмах 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 синтетичної підходу у розумінні конституції зводяться до наступних 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;
  - 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) легітимацію публічної влади; г) межі втручання публічної

<sup>81</sup> Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК.

влади у приватну автономію особи; д) правовий механізм міжнародного співробітництва держави. Таким чином, конституція за змістом є певним типом соціального порядку, заснованого на визначенні легітимних рамок правління з метою забезпечення суспільного блага (балансу публічних і приватних інтересів).

## 2. Поняття конституції:

конституція символічна, номінальна та реальна.

**2.1. Дуалістична природа конституції.** Конституція поєднує в собі формальний та матеріальний аспект; 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;*

*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 зазначених 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 захистові.*

Тепер згідно усталеної конституційної доктрини<sup>82</sup> розглянемо коротко символічні, номінальні та реальні конституції.

**2.2. Конституція символічна (фальшива)** є набором символів, знаків, яка фактично не відображає реальний процес 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

<sup>82</sup> Giovanni Sartori. (1962) Constitutionalism: A Preliminary Discussion 4(56) *The American Political Science Review* 853—864.

символів, за допомогою чого влада прикриває практику зневаги 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 тоталітарних засад 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 і сферу приватної автономії індивіда.

**2.3. Конституція номінальна** — це така конституція, яка реально не обмежує владу і містить лише декларований «каталог» прав людини, що не є її справжніми цілями. Насправді її положення лише частково реалізовано, оскільки вона виконує насамперед функцію легалізації влади, а не настільки захист основоположних правових цінностей і принципів. Такий стан конституцій є 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 здійсненню 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.

**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 владних рішень 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 акту. 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 конституційних цінностей і принципів, які зумовлюють зміст конституційних інститутів, процедур і правил, які динамічно розвиваються;

*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.

**2.5. Конституція формальна і матеріальна.** *З формальної точки зору* конституцію розглядають в якості закону, 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 при відсутності письмового документу держава має конституцію, а якщо такий документ є, то його положення не охоплюють всієї конституції»:

*i) соціальна обумовленість конституції.* Конституцію не можна зводити до лассалівської формули про «співвідношення політичних сил». Таке твердження є не завжди вірним навіть на момент прийняття конституції, оскільки навіть на цьому етапі складно забезпечити реальне політичне представництво (принцип мажоритарності може мати наслідком втрати 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 має місце 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, викладене 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
i) конституція як основоположний закон;	i) конституція як певний тип правопорядку;
ii) верховенство конституції;	ii) конституювання владних відносин та легітимація публічної влади;
iii) стабільність конституції	iii) завдання по обмеженню владної сваволі та захисту основних прав і свобод.

### 3. Установча влада та конституція

**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 С'єсом. Сьогодні ця доктрина втілюється через інститути безпосередньої (референдум) або представницької демократії (суверенітет парламенту) або при їх поєднанні. 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 при додержанні, зрозуміло, правил стосовно способу, встановленого Конституцією».

**3.2. Критерії легітимності процесу прийняття конституції.** Конституційні норми володіють верховенством 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. У відповідності до загальних принципів 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 демократичних засад суспільства. Процедури по встановленню чи внесенню 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 служать основою так званих «передконституційних норм».* На перший план у даному випадку виходить політична активність народу, різного роду політичних організацій. У відповідності до цих вимог проект конституції повинен бути підготовлений із залученням спеціалістів у галузі конституційного права; цей проект повинен стати предметом широкої громадської дискусії, у якій важливу роль по формуванню політичної волі громадян повинні відігравати політичні партії.

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 суспіль-



них 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 повинно бути врегульовано порядок прийняття або внесення змін до конституції. У випадку відсутності законодавчого забезпечення існує проблема гарантій представництва основних політичних сил суспільства. Незабезпеченість юридичними процедурами прийняття конституції веде до порушення її юридичної форми, порушення прав основних суб'єктів конституційних правовідносин.

**3.3. Форми прояву установчої влади та світова практика.** До основних способів ухвалення конституцію відносять: i) конституанта (установчі збори/конституційний конвент/асамблея); ii) референдум; iii) парламентська процедура; iv) окроювання; 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. Шарля де Голль добився перегляду ст. 90 Конституції IV Республіки шляхом голосування за вотум довіри урядові готувати відповідний проект конституції. Також було переглянуто конституційний закон № 58-7233, яким ініціатива на перегляд конституції належала урядові, обговорювалася у Раді міністрів після слухання висновку Державної ради. Поправки до конституційного закону містили принципи, які визначали параметри майбутнього проекту конституції. Остаточо 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, промльована Президентом Коті та схвалена на референдумі 17 668 790 голосів (72%) проти 4 624 511 голосів (20,8%) виборців. Легітимність прийняття конституції посилюється й тим, що Шарль де Голль на президентських вибо-



рах здобув 77,5% голосів електоральної колегії. Таким шляхом також була прийнята за результатами референдуму від 12 грудня 1993 р. 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'єра 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 політичних сил, представлених у парламенті.

*Модель конституційної асамблеї.* Досить поширеною є практика прийняття конституції через установчі збори, конституційну асамблею. Ідея конституанти полягає в тому, що конституцію приймає конституційна асамблея (установчі збори), яка скликається у разі необхідності прийняття конституції чи її ревізії. Така практика була реалізована на основі ідей Емануеля Жозефа С'єса 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 гідності людини, належних гарантіях прав людини й основоположних свобод, поділі влади як механізму недопущення концентрації та зловживання нею.

*Модель консоціативної демократичної легітимації.* Прийняття Конституції Іспанії 1978 р. було результатом компромісу між різними соціальними, політичними, владними інститутами; зокрема, їх учасниками були екстремістські політичні рухи. Компроміс іспанської моделі також полягав

у поступовій еволюції конституційної моделі державного устрою від унітаризму та регіоналізму, що передбачав надання широких самоврядних прав автономіям, які були створені на договірній основі провінціями.

*Парламентська модель із елементами субсидіарної консоціативної легітимації.* За німецькою моделлю внесення змін до Основного закону є прерогативою парламенту — Бундестагу та органу участі земель у законодавстві та управлінні федерацією — Бундесрату, які ухвалюють відповідне рішення не 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 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 при здійсненні конституційного контролю над міжнародними договорами, до яких приєднується Німеччина, і вони стосуються засад конституційного ладу, що також визначає засади участі земель у виробленні політики на рівні федерації та ЄС у контексті забезпечення конституційного ладу Німеччини. Зокрема, необхідно виділити роль ФКС у забезпеченні легітимності приєднання Німеччини до установчих договорів Європейського Союзу та процесу ратифікації Бундестагом Лісабонського договору<sup>83</sup>.

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

Подібною є процедура перегляду румунської Конституції. Однак для її перегляду обов'язковою є попередня перевірка Конституційним судом конституційності ініціативи про перегляд Конституції. При позитивному рішенні Конституційного Суду Палата депутатів і Сенат схвалюють законопроект

<sup>83</sup> BvE 2/08 (Lisbon Case)

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 переглядові положення Конституції, які встановлюють національний, незалежний, єдиний і неподільний характер румунської держави, республіканську форму правління, територіальну цілісність, незалежність правосуддя, політичний плюралізм та офіційну мову.

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

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

#### 4. Інтерпретація конституції та принципи її тлумачення: загальні засади, автономне, динамічне, оригіналістське (текстуальне)

**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 характер монополії по вирішенню відповідних конституційно-правових спорів.

Згідно концепції 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 носять процесуальний характер. Зміст належної правової процедури втілюється у процесуальному режимі. Процесуальний режим виражає процесуальні права та обов'язки учасників, способи та засоби їх реалізації, порядок їх набуття та вступу у процесуальні відносини, юридичні наслідки вирішення конкретної юридичної справи шляхом винесення обґрунтованого рішення у відповідності до вимог процесуальної форми.

Необхідність тлумачення конституції зумовлена такими чинниками:

- загальний і абстрактний характер конституційних норм;
- принцип самообмеження конституційного суду;
- доктрина «політичного питання».

Конституція є актом установчої влади народу, 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 традиційні та динамічний способи тлумачення конституції. Слід відзначити про особливості розуміння окремих традиційних способів тлумачення. Зокрема, німецька конституційна доктрина розглядає історичний спосіб тлумачення не лише через призму з'ясування волі конституцієдавця, а також у світлі визначення особливостей конкретної історичної ситуації в момент прийняття Основного Закону та через динаміку практики держави<sup>84</sup>. У якості традиційного тлумачення також розглядається конформний до європейської юриспруденції (Європейського суду з прав людини та Європейського палацу справедливості).

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 при вирішенні конституційно-правових спорів<sup>85</sup>, що виключає неправомірність прогалин

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> Хесце, К. (1982) *Основы конституционного права ФРГ*. Москва 59.

у законодавстві, оскільки це не відповідає конституційним цілям та «керівній ідеї розподілу свободи» як засад німецького конституціоналізму<sup>86</sup>.

Як свідчить досвід конституційних судів більшості країн Центральної та Східної Європи, які запозичили германську модель конституційної юстиції, вони також схильні до здійснення динамічного тлумачення конституції<sup>87</sup>. Згідно з американською правовою доктриною застосовують різноманітні методи при тлумаченні конституції, які є мінливими, що часто залежить від складу Верховного суду США, поглядів суддів на форми та обсяг судової активності, структури конституціоналізму у конкретно-історичній обстановці. Ф. Боббіт визначає, що тлумачення конституції зумовлено модальностями у діяльності Верховного суду (історичної, текстуальної, розсудливості (*prudential*), доктринальної, етичної)<sup>88</sup>. Тлумачення конституції розглядається через призму концепції інтерпретивізму<sup>89</sup>, нейтральних засад тлумачення<sup>90</sup>, з'ясування волі конституцієдавця (*original understanding, originalism*)<sup>91</sup>, винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*<sup>92</sup>, розвитку конституційного права<sup>93</sup>, концепції зважування (*balancing*)<sup>94</sup>. 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 інтерпретації Конституції змінюються в залежності від конкретно-історичної обстановки, складу суду, суспільних дебатів щодо подальшого розвитку конституційної доктрини і судової практики.

<sup>86</sup> Deutsches Staatsrecht 58—63.

<sup>87</sup> Гарлицкий, Л. Л. (2000) Польский Конституционный Трибунал и социальные права, 1 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 157—161; Шеппель К. Л. (2000) Новый венгерский Конституционный суд, 1 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 21—25.

<sup>88</sup> Bobbitt, Phillip. (1991) *Constitutional Interpretation*. 12—22.

<sup>89</sup> Grey, Thomas C. (1975) Do we have an unwritten Constitution? 27 *Stanford Law Revue*. 703—717.

<sup>90</sup> 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 Revue* 9—35.

<sup>91</sup> Brest, Paul. (1980). The misconceived quest for the original understanding, 60 *B.U.L. Revue*. 204—234.

<sup>92</sup> Monaghan, Henry P. (1988). *Stare decisis* and constitutional adjudication, 88 *Columbia Law Revue*. 723—753.

<sup>93</sup> Tushnet, Mark V. (1983). Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles, 96 *Harvard Law Revue*. 781—824.

<sup>94</sup> Aleinikoff, Alexander T. (1987). Constitutional law in the age of balancing, 96 *Yale Law Revue*. 943—992.

**4.2. Основні правила тлумачення конституції.** Тлумачення конституції ґрунтується на юридичному силогізмі, згідно правил 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 наступні основні правила тлумачення конституції: 1) тлумачення конституційного тексту як цілісного; 2) урахування взаємних зв'язків між конституційними положеннями та зворотних відсилань; 3) практична значущість у контексті ефективності захисту прав людини; 4) забезпечення ефективності виконання рішень та обмеження влади.

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 основу судового прецеденту. У *континентальній Європі* формування офіційної доктрини конституційних судів має таку логіку: 1) формулювання 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 з метою: 1) забезпечення ефективного та дієвого захисту прав людини; 2) наявність більш якісного механізму захисту прав людини, які випливають із рішень міжнародних юрисдикційних установ; 3) істотної зміни обставин застосування конституційних положень у світлі 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 істотної шкоди 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.

**4.3. Основні методи інтерпретації конституції.** Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної матерії шляхом динамічного тлумачення конституції. Це жодним чином не відкидає традиційні способи тлумачення правових норм, оскільки їх інтенсивно застосовують відповідно до конкретно історичної обстановки. Такі питання також до-

сліджуються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак уже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження виходячи із 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/правових актів. Застосування історичного способу тлумачення традиційно пов'язується із 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. Іншими словами, 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'язано із застарілістю законодавства, конфліктом/колізією правових норм, динамічним розвитком суспільних відносин і нездатністю політичних інститутів адекватно вирішувати ці своєрідні правові виклики. Це також може бути пов'язано із обструкцією у парламенті необхідності деяких соціальних реформ, внаслідок чого поточне законодавство не надає адекватної відповіді на питання щодо захисту прав людини й основоположних свобод. Динамічне тлумачення може застосовуватися судовими установами та у доктрині. Таким чином, його сутністю є подолання розриву між положеннями правових актів та практикою його застосування шляхом тлумачення неоднозначних положень законодавства, звертаючись до соціальних цінностей, принципів права, закладених у конституції. Досить часто динамічне тлумачення застосовується Європейським судом з прав людини з метою забезпечення гнучкого застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

При застосуванні методики динамічного тлумачення граматичний та системний спосіб тлумачення має значення для виявлення існуючих проблем, зокрема прогалин у позитивному законодавстві. Тому при його застосуванні насамперед акцентується увага переважно на телеологічний та функціональний способи тлумачення. У такому разі інтенсивно застосовується науковий апарат і доробок конституційної доктрини, принципи конституційного права, які не завжди є позитивно закріплені



(наприклад, принцип пропорційності, довірливості, правової визначеності, недопущення владної сваволі, субсидіарності тощо). Досить часто при динамічному тлумаченні використовується історичний спосіб тлумачення для того, щоб з'ясувати особливості еволюції певного конституційного інституту, принципу, норми у контексті розвитку соціальних, політичних чи владних інститутів.

*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 нормам<sup>95</sup>. 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 із 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 *Pl. US 48/95* 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 predpisu) 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»<sup>96</sup>.

Конституційно конформне тлумачення є дискусійним з точки зору легітимності судового активізму<sup>97</sup>, оскільки виражає правотворчу функцію конституційної юстиції у випадках правової невизначеності. Згідно

<sup>95</sup> Klima K. (2008) *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen: Ales Cenek..

<sup>96</sup> 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>

<sup>97</sup> 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.



із засадами конституційності у діяльності органів конституційної юстиції конформне тлумачення має базуватися на засадах поділу влади і не може містити потенціальне 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 юриспруденції<sup>98</sup>. 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 наступні 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 даному разі зусилля конституційної юрисдикції з інтерпретації Конституції далеко не завжди дають можливість забезпечити реальний захист основних прав і свобод. У цьому сенсі конституційні 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 прав<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Геберле П. (2001) Загальні проблеми конституційного права та юрисдикції конституційного суду на матеріалі «німецької моделі» і з погляду на Україну, *Вісник Конституційного Суду України* 59—72; Рижков Г. (2008) *Принцип правової держави в Основному Законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального Конституційного суду ФРН*. Київ: Книги для бізнесу.

<sup>99</sup> Ш. Госепат та Г. Ломанн (ред.). (2008) *Філософія прав людини*. Київ: Ніка-Центр 188—189.

## 5. Основні моделі правового захисту конституції

**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 властей 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.

**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 в якості правових засобів захисту основного закону виділяють: а) особливий порядок внесення змін до конституції; б) відповідальність вищих посадових осіб за порушення конституції та в) здійснення конституційного правосуддя (юстицію). Німецький вчений К. Гессе виділяє також превентивні і репресивні гарантії (позбавлення основних політичних прав, можливість заборони політичних партій, інститут надзвичайного стану)<sup>100</sup>.

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) імпічмент вищих посадовців; з) надзвичайні засоби (інститути надзвичайного, воєнного стану, пряме президентське правління, федеральне втручання тощо).

<sup>100</sup> Хессе К. (1981) *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс 54.

**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 другого боку, акти парламенту є об'єктом конституційного контролю, що визначає власне конституційні рамки свободи політичного розсуду парламенту при прийнятті законів. Конституційна юстиція виникає як альтернатива права народу на повстання проти несправедливих законів. Тобто основним покликанням конституційної юстиції є контроль за відповідності законів та інших актів публічної влади конституційним цінностям і принципам.

Роль конституційної юстиції у правовому захисті конституції характеризується рядом переваг, серед яких можна виділити: 1) інцидентний характер, тобто на відміну від глави держави органи конституційної юстиції здійснюють ці функції лише за зверненням уповноваженої особи; 2) заснованість дій конституційної юстиції на конституційних положеннях (конституційна юриспруденція, тобто інтерпретація конституції конституційними судами дає змогу забезпечити повноту конституційного регулювання, оскільки в «конституції немає прогалин та суперечностей; 3) правова 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 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 при вирішенні спору 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 пра-

вовим 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 покликано забезпечити верховенство конституції як основи національної правової системи, захищати основні права і свободи, дотримання принципу поділу влад 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 касаційну інстанцію). Зазвичай формами захисту прав людини у конституційному суді чи аналогічному інституті виступають конституційна скарга, *amparo*, *habeas corpus*, *mandamus*.

**5.4. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю.** Певний спосіб подолання цієї дилеми є критично важливим для перехідних демократій. Це підтверджується досвідом конституційного переходу країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, Ондраш Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту<sup>101</sup>, який має витоків 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 2009 року мало наслідком прийняття Конституції Угорщини, яка передбачає низку інструментів концентрації влади урядом, послаблюючи Конституційний суд Угорщини<sup>102</sup>.

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 із ідеєю репрезентації — однак це так лише

<sup>101</sup> Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК.

<sup>102</sup> Jakab A., Sonnevend P. (2012) *Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz*, 72 *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 81—85.

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.

**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 акту, 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 спрямовано 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»<sup>103</sup>. Конституція створює 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»<sup>104</sup>.

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 володіють виключним

<sup>103</sup> Речицкий В. (1998) *Свобода и государство*. Харьков. 73.

<sup>104</sup> Кирххоф/Изензее (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 1. Москва: ИГП РАН 311.

правом 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 володіють більшим ступенем самостійності (зокрема, самостійно приймати регламент своєї роботи або вирішувати питання про звільнення з посади суддів із 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 виконує Канцлер юстиції, який може ініціювати перевірку конституційності правових актів щодо забезпечення сутнісного змісту конституційних прав і свобод.

## б. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State)

**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, територіальній цілісності та економічного добробуту держави відповідно до засад верховенства права та вимог належної процедури, які потребують невідкладного та негайного втручання.

*Англо-американська система надзвичайного захисту конституції.* Країни класичної ліберальної демократії знають порівняно мало надзвичайних елементів захисту конституції, чому сприяє їхнє географічне положення. Система заснована на ідеї парламентського контролю за використанням збройних сил та спецслужб при здійсненні 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 перехід 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»<sup>105</sup>

<sup>105</sup> Albert Venn Dicey (1924) *Introduction in the Law of Constitution*. London 314.

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, при 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 в 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 ордера (аффідевітом). Вивчивши клопотання та опитавши працівника, суддя повинен переконатися, що дійсно є 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 піддаються неодноразовій критиці, які порушують систему конституційних гарантій в рамках *habeas corpus*.

*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 ст., 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 ув'язненнями імператора про власні прерогативи та судовий контроль його дій, оскільки в силу німецького звичаєвого права легітимність влади короля (імператору) була зумовлена результатами наради зі своїми 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 Кон-



трольним Комітетом (*Parlamentarisches Kontrollgremium*) і здійснює в ФРН контррозвідувальну діяльність.

Основне завдання ФСЗК спостереження за організаціями, які, з точки зору влади, загрожують «вільному і демократичному конституційному порядку» Німеччини. Спецслужба публікує щорічні річні звіти. У зоні уваги служби перебувають ультраправі, в тому числі неонацистські партії, ультраліві, ісламістські і інші екстремістські організації іноземних громадян, розвідки іноземних держав і саєнтологи. 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, в 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 самих секретних матеріалів відомства з охорони Конституції, мають право вето, коли йдеться про прослуховування телефонних розмов та інших конспіративних операцій. 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 про місію 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.

**6.2. Поняття і типологія тероризму.** Як правило, при вчиненні терористичних атак та у разі військової агресії виникає 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 на початкове політичне значення<sup>106</sup>.

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

Обстоюючи доктрину обороноздатної (войовничої) демократії, угорський 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 має мати ефективні механізми попередження зловживання владою та недопущення надмірного обмеження конституційних прав і свобод<sup>107</sup>.

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 організацій<sup>108</sup>.

**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

<sup>106</sup> Стрімска Максиміліан. (2002) Субверзивний політичний тероризм у сучасних демократичних державах: вступні студії, *Журнал І*, 25.

<sup>107</sup> Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 2(47) *Сравнительное конст. обозрение* 2—3.

<sup>108</sup> Роч К. (2004) Антитерроризм и воинствующая демократия 2 (47). *Сравнительное конст. обозрение* 27.

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 захисту<sup>109</sup>. Слід зазначити, що в Україні діє парламентська модель запровадження надзвичайних заходів захисту Конституції.

*Виконавча модель* заснована на наділенні носіїв виконавчої влади широкої 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 при здійсненні надзвичайних повноважень. За такої системи Президент має лише провести консультації із високопосадовцями та взяти до уваги висновки 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

<sup>109</sup> Dawood J.M. (1994) *The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan*. Karachi: Royal Book Company 442—443.

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 цих цілях 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 людини<sup>110</sup>. 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 при запровадженні певних обмежувальних заходів у зоні проведення антитерористичної операції.

Ідея судового контролю у ході застосування заходів із забезпечення конституційного порядку при надзвичайній ситуації отримала свою підтримку на практиці, зокрема у ході переслідування у США організаторів теракту 11 вересня 2001 р. Зокрема, таку позицію зайняла 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

<sup>110</sup> Згідно із положеннями статті 15 ЄКПЛ:

«1. Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати 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 вжиті нею заходи і причини їх вжиття. Вона також повинна повідомити Генерального секретаря Ради Європи про час, коли такі заходи припинили застосовувати, а положення Конвенції знову застосовуються повною мірою».

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, зазначили, що Хамді як громадянин США має право на гарантії *habeas corpus*.

У якості конституційних заходів щодо попередження конфліктів у доктрині розглядають: а) забезпечення прав меншин; б) подолання посттоталітарного 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 по забороні дискримінації та стандартів *habeas corpus*; г) диференціація правового регулювання різних адміністративних режимів (воєнного стану, надзвичайного стану та інших гібридних режимів).

**6.5. Система надзвичайних засобів захисту конституції.** *Воєнний стан* запроваджують при воєнній загрозі чи акті 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 обставини, 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 підсудні. Стосовно 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 політичних влад. Не будучи підзвітною виборцям у порівнянні із двома іншим гілками, судова гілка влади найбільш непридатна для ухвалення рішень щодо застосування військової сили. Навіть один суд зазначив у цьому відношенні таке: «стратегії і тактики, застосовувані на полі бою явно не підлягають розгляду в судовому порядку»<sup>111</sup>.

Специфіка надзвичайного характеру заходів у рамках *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

<sup>111</sup> 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.

досягнення легітимної мети та (7) бути невідкладними і відповідати критерію процесуальної економії. Стан економічної необхідності є системою застосування невідкладних заходів щодо забезпечення економічного добробуту держави відповідно до вимог належної правової процедури та засад правової визначеності, правомірних очікувань, поваги до прав людини та пропорційності. З цією метою може запроваджуватися бюджетний секвестр — спеціальний механізм, який запроваджується у випадках, коли при виконанні 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.

*Змішані правові режими* (режим антитерористичної операції, стан оборони тощо). При їх застосуванні доволі складно визначитися із ступенем того, в яких межах влада буде обмежувати права людини при особливих правових режимах. Адже при їх запровадженні у відповідних правових актах необхідно визначити, які права людини підлягають обмеженню та в яких межах. Змішані правові режими по забезпеченню 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.

---

## Тема 4

# ОСНОВОПОЛОЖНІ ЦІННОСТІ І ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ

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

### 1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві

**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 Імануїл Кант у своїх працях і розглядав їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах<sup>112</sup>.

До основних рис принципів права належать: 1) надпозитивний характер; 2) конституція як «відкрита» нормативна система визначається їх абстрактністю; 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 багатуокладному суспільстві; 6) принципи є формалізованим вираженням конституційних цінностей як правові універсалії.

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

---

<sup>112</sup> Кант І. (2006) *Обґрунтування метафізики моралі*, Київ : Основи.

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 володіють верховенством стосовно актів законодавства та визначають зміст судової практики. Як принципи права людини визначають сутнісний зміст (*Wesensgehalt*) здійснення державою обов'язку захисту, яке часто має стосунок до вирішення колізій між правами людини та іншими принципами права, що особливо впливає на діяльність конституційного суду<sup>113</sup>.

**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.

**1.3. Інституційні конституційні цінності.** Конституційні цінності інституційного характеру визначають засади конституційного порядку і служать 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 при ухваленні 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 результату вільного змагання та конкуренції думок, коли в результаті суспільно-політичних дебатів перемагає одна із них і така покладається в основі владних рівень; 2) *консенсусна демократія* передбачає наявність певної одностайності при досягненні згоди, її вираженням є функціонування коаліційних урядів; 3) *консолідована демо-*

<sup>113</sup> Lothar Michael, Martin Morlok (Hbg.). (2017) *Grundrechte*. 6. Auflage. Nomos Verlagsgesellschaft 45—48.



*кратія* 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. Адже у демократичних системах частка дозвільних норм, які ґрунтуються на ідеях свободи, складає понад 80 відсотків. Тому у конституційній демократії згідно із П'єром Розанвалом виділяють такі види демократичної легітимності: 1) *установча легітимність* як певну організацію та порядок реалізації установчої влади народу та здійснення законодавчої влади, які установча влада делегує відповідні 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 до їх діяльності зовні, систему стримувань і противаг. Розуміючи складність цього питання Ондраш Шайо з посиланням на Листа № 71 Федераліста пише так<sup>114</sup>:

*«Амбіцію може приборкати тільки амбіція». Навіть найчіткіше проведена межа не в змозі зупинити худобу, що відбилася від стада; на це здатна тільки собака, що гавкає в сусідньому маєтку. Главам окремих гілок влади потрібно допомогти знайти засоби, необхідні для запобігання втручання в їх компетенцію. Чи є спокуса сильнішою, 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 в ухваленні владних рішень.

**1.4. Інтерпретація конституційних принципів.** Конституційна догматика ґрунтується на засадах цілісності, коли конституційні положення трактуються в єдності взаємних логічних зв'язків із застосуван-

<sup>114</sup> Андраш Шайо. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 77—78.



ням логічних прийомів юридичної аргументації. За таких вимог у тексті Конституції не міститься суперечностей. Завданням її інтерпретатора є забезпечення внутрішньої узгодженості, конкордації положень, виходячи із її загальної мети — утвердження прав людини. Зі стандарту конкордації конституційних положень випливає вимога додержання засад юридичного силогізму, що передбачає дослідження фактичного та юридичного складу.

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 засадами 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 передбачувати наслідки своєї діяльності без надмірних обмежень та обтяжень, а застосування закону не має бути занадто формальним та свавільним (*arbitrary*).

При інтерпретації конституційних принципів слід додержуватися вимог юридичного силогізму, 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 біля 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 про 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» України<sup>115</sup>. 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.

## 2. Принцип верховенства права

**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 близький за змістом до терміна «правовладдя», який нещодавно запропоновано Сергієм Головатим. Приаманні континентальній традиції права доктрини *Rechtsstaat, Estado de Dirijo, Estado di Diritto, 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 слабе і сильне верховенство права говорить про перехід від авторитарного («примусова державна влада») до правного правління, зокрема через «політичних агентів та фахівців з розвитку» як динамічну концепцію верховенства права<sup>116</sup>.

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 від радянської спадщини є розуміння відмінності верховенства права від верховенства закону. Насправді радянська цілком по духу формалістична 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 змістовні 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) незалеж-

<sup>115</sup> Ірина Скачко. Незаконне збагачення: наслідки скасування закону. Сайт Харківської правозахисної групи. URL: <http://khp.org/index.php?id=1551789474>.

<sup>116</sup> Гаудер Пол (2018) *Верховенство права в реальному світі*. Харків: Право 33, 258.

ність і безсторонність суду; 4) повага до прав людини; 5) заборона свавілля; 6) рівність і заборона дискримінації.

**2.2. Законність.** Традиційно у радянській та пострадянській літературі законність як принцип права пов'язувався із ієрархією правових актів, які встановлюють певну систему правових норм, тобто це була доктрина формальної законності. Натомість лорд Бінгем визначає законність як<sup>117</sup>:

*«...всі особи і органи влади в державі як публічні, так і приватні мають 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 наступні: 1) наявність ієрархії правових актів: конституція — міжнародні договори — закони; 2) прийняття законів відповідно до встановленої процедури і визначених конституцією рамок; 3) наділення законом повноваженнями органів влади і яким чином вони здійснюються; 4) принцип *nulla poena sine lege*.

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 наведено видно відмінність принципу законності від формального розуміння у радянські часи як 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, що<sup>118</sup>:

*«...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

<sup>117</sup> Томас Бінгем. *Верховенство права*. Лекція URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

<sup>118</sup> *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1029 (Court of Common Pleas).

або його 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 законодавства<sup>119</sup>. У цьому ключі важливий висновок Пола Гаудера про верховенство права як регулятивний принцип для держав, який має створювати щонайменше застосовні вимоги щодо його дотримання<sup>120</sup>.

**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 відповідальність органів влади<sup>121</sup>. Лорд Бінгем з цього приводу висловився так<sup>122</sup>:

*«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, у відповідності з яким 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 закону<sup>123</sup>:

*«Згідно із встановленою практикою Суду, однією з вимог, які впливають із фрази «встановлене законом», є можливість передбачити*

<sup>119</sup> Таманага Браян (2007) Верховенство права: Історія. Політика. Теорія. Київ : Київ.-Могілян. академія 107, 126—127.

<sup>120</sup> Гаудер Пол (2018) *Верховенство права в реальному світ*. Харків: Право 86.

<sup>121</sup> Таманага Браян (2007) Верховенство права: Історія. Політика. Теорія 211—212.

<sup>122</sup> Томас Бінгем. *Верховенство права*. Лекція URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

<sup>123</sup> *Rekvenyi vs. Hungary*, [1999] ECHR 31, 25390/94, Judgment on 20 May 1999.

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 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 законів у життя, якими вони керуються, таким чином, щоб сприяти узгодженості права, включаючи впровадження їх законів у спосіб, який узгоджується з конституційними міркуваннями та іншими фундаментальними цінностями<sup>124</sup>. Це впливає із засади законних очікувань. У свою чергу, Європейський суд з прав людини поширив ці вимоги і на практику застосування та тлумачення законів<sup>125</sup>:

«175. Проте, Суд визнає, що в деяких областях може бути важко сформулювати закони досить точно, і певна ступінь гнучкості може бути навіть бажаною для того, щоб національні суди застосовували закон у світлі своєї оцінки необхідних заходів з урахуванням конкретних обставин кожної справи (див. *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 33, Reports 1996 II). Це логічно впливає з принципу, що закони повинні мати загальне застосування, а формулювання законодавчих актів мають бути не завжди точні. Необхідність уникати надмірної жорсткості і враховувати мінливі обставини означає, що багато законів неминуче сформульовані в більшій чи меншій мірі невизначено. Тлумачення і застосування таких законів залежать від практики (див. *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004 I)».

**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:

<sup>124</sup> Stack, Kevin M. (2015) *An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State*. 115 *Columbia Law Review* 7.

<sup>125</sup> *Volkov v. Ukraine*, App. no. 21722/11, Judgment on 9 January 2013.

*«Є загальноновизнаним, що для забезпечення верховенства права та збереження свободи важливо, щоб особи, які постраждали від застосованих виконавчою владою юридичних заходів, мають мати справедливу можливість оскаржити ці заходи та відстоювати свої права в судочинстві».*

Верховний Суд США наголосив на важливості незалежності суду та важливості функції суду у добудові права у разі, коли позитивне право не надає достовірної відповіді при розв'язанні певних проблемних питань права<sup>126</sup>:

*«Наша конституційна система розвивається так, що люди не зобов'язані чекати змін в законодавстві, щоб відстоювати свої фундаментальні права. Двері судів в нашій країні відкриті для всіх, кому завдано збитків, хто входить в 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 яких би то ні було 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 щиро та добре обґрунтовано, вирішити, коли і за яких обставин інтереси особи повинні бути підпорядковані інтересам суспільства в цілому». За таких вимог, політичні демонстрації, промислові дії та інші форми бойової активності іноді можуть спровокувати реакцію влади винятково для того, щоб вжити належні і законні заходи. Це має важливе значення для забезпечення національних інтересів, особливо у світлі досвіду протистояння поліції та спецслужб України проти підривної діяльності.

### 3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи

#### **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

<sup>126</sup> Obergefell v. Hodges 576 U.S.(2015) 83 U.S.L.W. 4592.

своє закріплення у міжнародному праві. Зокрема, у Преамбулі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права прямо вказується, що «права впливають з властивої людські 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 беззмістовною і вподібнювати до неї». Згідно із *морально-етичним підходом* Імануїла Канта людина має розглядатися як мета, а не засіб. *Інтегративний підхід* акцентує увагу насамперед на самовизначенні особи, гарантованого юридичними засобами, що є серцевиною розуміння людської гідності. На думку вітчизняної правознавчині Оксани Грищук, в основі людської гідності лежить приватна автономія, під якою мається на увазі<sup>127</sup>:

*«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 особистості у всіх її проявах. 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 самовираження<sup>128</sup>. 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 акту; 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

<sup>127</sup> Грищук Оксана (2007) *Людська гідність у праві: філософські проблеми*. Львів 66—67.

<sup>128</sup> 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.



процес, підтримуваний даним міжнародним правовим актом<sup>129</sup>. Водночас зводиться 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.

**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 в якості провідної цінності. У свою чергу, Аарон Барак наголошує на відносному (релятивному) характері людської гідності як цінності, що зумовлено особливостями різних цивілізацій<sup>130</sup>. Така дискусія впирається у систематику юридичної аргументації актів конституційної юстиції та правила визнання, які лежать в основі демократичної легітимності законодавства.

У конституційній доктрині людська гідність розуміється дуально як цінність та суб'єктивне публічне право. Про це також указано в рішенні Конституційного Суду України № 5-р/2018, в якому було також розмежовано соціальні права від привілеїв і 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*.

<sup>129</sup> Рабінович П. М. (ред.) (2006) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ 170—171.

<sup>130</sup> 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 посідає «провідне значення» (*set of values, human dignity is of paramount importance*)<sup>131</sup>.

**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:

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

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

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 однопорядкові щодо людської гідності, оскільки вони походять від неї або навіть можуть служити критерієм її обмеження (безпека).

## 4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля

**4.1. Структура свободи.** Проблема свободи у конституційному праві виражає ступінь втручання держави у суверенний вибір особи. Це презюмує особистий і відповідальний вибір бажаного і оптимального варіанта

<sup>131</sup> BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus case, 1969).

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 явного незаконного чи злочинного наказу, вона має вибір: виконати його, подати у відставку з посади, доповісти про таке розпорядження на вищий щабель влади чи інформувати громадськість про це. У конституційному сенсі свобода має наступні 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.

При дилемі 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 держав<sup>132</sup>. У кінцевому результаті це сприяє створення нових ареалів свобод та можливостей вільного розвитку індивіда.

**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 у силу певної 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

<sup>132</sup> Бек Ульріх. *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична екологія*. Київ: Ніка-Центр, 2015, с. 115.

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 повнокровним індивідом. Таким чином, свобода тісно пов'язана із відповідальним вибором варіанта поведінки. 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 легітимацію правил. Така передбачає максимізацію правового 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 при інтерпретації свободи<sup>133</sup>:

*«...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». Швидше 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.

**4.3. Поняття негативної свободи згідно з Ісайєю Берліном.** Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію виражає принцип пропорційності<sup>134</sup>. За цим принципом держава не повинна

<sup>133</sup> Обергефелл проти Годжеса

<sup>134</sup> Погребняк С.П. (2008) *Основні положення принципів 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*.

накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутнісний зміст права і перевищували межі необхідності, що впливають 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. Поняття свободи у рішенні КСУ № 2-рп/2016.** У практиці Конституційного Суду України питання свободи виникає періодично, із запровадження конституційної скарги це питання стоятиме ще гостріше. На цей час КСУ вже заклав методологічні засади розуміння свободи у справі про поміщення особи в психіатричний заклад. Пов'язавши процедуру поміщення особи в психіатричний заклад із конституційною заборонаю довольного обмеження без судового контролю, Суд акцентував на цінність свободи у вільному демократичному конституційному порядку наступним чином:

*«Право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно 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 Україна зв'язана згідно засад поваги до міжнародних стандартів захисту прав людини, мінімальні вимоги захисту яких держава має додержуватися у своєму національному законодавстві.

## 5. Принцип пропорційності: балансування і зміст трискладового тесту

**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 й основоположних свобод (*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 у якості 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 при досягненні 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 припущень<sup>135</sup>. 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.

---

<sup>135</sup> Alexy Robert (2005) Balancing, constitutional review, and representation, 3 *International Journal of Constitutional Law* 575.

**5.2. Пропорційність і трискладовий тест.** Широке розуміння принципу пропорційності, яке ще називається трискладовим тестом, ґрунтується на аналізові правового масиву за основними трьома критеріями:

*а) законність — легітимність мети.* Втручання в здійснення основного права має ґрунтуватися на повноваженнях, чітко визначених у законі. 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;

*б) необхідність у демократичному суспільстві.* Запроваджувані заходи мають бути нагальними, вирішувати невідкладно важливу суспільну проблему, забезпечуючи баланс інтересів у неоднорідному суспільстві. 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 індивідуалізовані<sup>136</sup>. При цьому запроваджувані 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.

### **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 конституції<sup>137</sup>. У свою чергу, Лоуренс К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній

<sup>136</sup> Юлія Євтошук, (2015) *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Дис. к.ю.н. Київ: Університет економіки і права «Крок» 101.

<sup>137</sup> 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.

зі своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист, зазначивши, що при запровадженні певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між застосовуваними засобами та метою, яка досягається<sup>138</sup>. Це вимагає балансування у правовідносинах, зокрема, в ході законодавчого регулювання, так і в адміністративній та судовій практиці. Як пише Марк Ташнет<sup>139</sup>:

*«Балансування являє собою метод, в якому суд описує всі міркування щодо визначення межі — в якому ступені урядовий інтерес змінює призначення правового регулювання у сторону 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 Шайо<sup>140</sup>. 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 визначати 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 згубні наслідки згідно із Віц та Шайо, хоча вони справедливо наголошують при цьому на небезпечності владної сваволі, яка може породити відповідні проблеми при розгляді 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.

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

<sup>139</sup> Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». 2 *Сравнительное конституционное обозрение* 71.

<sup>140</sup> Уитц Р. (2007) Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии, 2(59) *Сравнительное конституционное обозрение* 79—124.



## 6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини

**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. Як додаткове джерело обґрунтування прав людини служать 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 (адресата) 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 забезпечення 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 розглянуто у наступній темі.

**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 (с. 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.

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



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

Під цією заборонаю насправді приховується, 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 згадуваному 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 при особливих випадках чи нагальній необхідності при обмеженні 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 вартою:

*«У разі нагальної необхідності запобігти злочині 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 вручено вмотивованого 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'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.»*

v) Вимога 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.»*

**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'єднання. На прикладі ст. 39 Конституції України з урахуванням конституційної юриспруденції та практики ЄСПЛ можна окреслити такі специфічні риси формулювання права на мирні зібрання.

*i) Конституція визначає основні риси зібрань:* а) мирний характер; б) безбройний 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.

*ii) Вимога попереднього сповіщення.* Якщо риси а)-в) мають цілком очевидний характер і вони 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. Поштовій 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.* В якості форм 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, які 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.

*v) Обов'язок захисту.* Держава несе 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; не застосування 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 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 при перевищенні повнова-

жень і непропорційного застосування сили до учасників зібрань з боку поліції чи сил спецпризначення.

**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 винятки 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* права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають 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 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 наступних 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 внутрішньоорганізаційних питань відомства у сфері соціального захисту;
- 2) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду 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, ви-

ходячи 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 соціальні допомоги та соціальні послуги, виходячи із засад соціальної держави та правомірних (законних) очікувань, необхідно додержуватися таких вимог:*

- 1) уряд може ініціювати процедури секвестру шляхом зверненням 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 законопроект на розгляд парламенту відповідно до визначеною резолюцію про параметри 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 має носити тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

## 7. Рівність і заборона дискримінації

**7.1. Зміст принципу недискримінації.** У конституційному праві принцип рівності трактується двояко як принцип визнання, так і розподільчий принцип. Розуміння рівності як розподільчого принципу важливе для юридичного обґрунтування нормативності (зобов'язального характеру) соціальних прав, пряма дія яких має специфічну природу<sup>141</sup>. У свою

---

<sup>141</sup> Савчин М.В. (2015) Права людини у світлі конституційної, *Український журнал міжнародного права. Спецвипуск. Міжнародне право і Конституція України* 69.

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 «discriminatio» (розрізнення) і означає обмеження або позбавлення прав певних категорій громадян за різними ознаками: расової або національної приналежності, статі, соціального походження, політичних поглядів тощо<sup>142</sup>.

Формулювання сутнісного змісту прав людини у конституційних текстах зумовлено певними стандартами, які, зокрема, впливають із вимоги рівного ставлення (поводження) тієї чи іншої групи носіїв цих прав<sup>143</sup>. Оскільки права людини мають невичерпний характер, а їхнє конституційне формулювання є додержання 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.

Заборона дискримінації поглиблює стандарти захисту прав людини і спрямовує заходи публічної влади на недопущення чи хоча би обмеження свавільного поведження 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 поведження. У 1954 році у справі Brown v Board of Education врешті-решт дійшов висновку, що така диференціація містить у собі ознаки дискримінації, а тому розмежування окремих навчальних закладів за своєю сутністю є нерівними.*

**Таким чином, дискримінація** втілюється в таких ознаках:

- наявність будь-якої відмінності, виключення, 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 особам.

<sup>142</sup> Дашковська О. (2005) Дискримінація за ознакою статі: деякі загальнотеоретичні аспекти, 3 (42) *Вісник Академії правових наук України* 219.

<sup>143</sup> Mark Tushnet (Ed.). (2014) *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Cheltenham, UK — Northampton, MA, US 71.

Звідси, сутнісна характеристика принципу рівності і заборони дискримінації полягає у забезпечення рівності ставлення до різних категорій осіб із дотриманням таких умов:

- 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.

**7.2. Пряма і непряма дискримінація.** Виділення дискримінації на пряму та непряму має значення для визначення ступеня порушення прав і свобод людини і 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 положенні. Свідченням прямої дискримінації є наявність ознак, відповідно до яких носій 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 положенні, 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)<sup>144</sup>.

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. Відсутністю таких підстав зумовлено їх суперечності легітимній меті, яка має досягатися за допомогою адекватних засобів.

*ii) Непрямою дискримінацією* вважається однакове, формально рівне поводження із особами різного положення, що фактично призводить до несприятливого положення одну групу осіб у порівнянні із іншою. Непряма дискримінація є наслідком застосування нейтрально сформульованого

<sup>144</sup> Дикман С. С. и др. (2009) *Защита личности от дискриминации*. В 3 т. Т. 1. Москва: Новая юстиция 353.



(тобто такого, що 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 непрямой дискримінації:

*«Загальний політичний курс або заходи, що непропорційно упереджено впливають на певну групу, не вважаючи 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 соціалізації та зниженням рівня освіти.

*Заявники, школярі циганського походження, були поміщені в «спеціальні школи», призначені для дітей з утрудненнями в придбанні знань, і не мали можливості відвідувати «звичайні» школи.*

*Заявники стверджували, що поміщення їх у спеціальні 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 почали 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 невідгідне 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 особами<sup>145</sup>.

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 співмірно обмежує права і свободи; (2) пропорційність покладеній меті.

**7.3. Позитивна дискримінація та стверджувальні дії (*affirmative action*) держави.** Позитивна дискримінація передбачає певну активність держави щодо вирівнювання правового положення особи у разі, якщо нерівність має наслідком обмеження у здійсненні прав певною категорією осіб, які, як правило, складаю меншину. 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 неможливою<sup>146</sup>:

*«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 якби, всупереч фактам, не існувало прав з позитивним змістом, усе б 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

<sup>145</sup> Христова Г. (2015) *Питання заборони та протидії дискримінації*. Київ: Рада Європи 38.

<sup>146</sup> Шу Г. (2008) *Права людини та культурні відмінності* в: Ш. Госепат та Г. Ломанн (ред.) *Філософія прав людини* Київ: Ніка-Центр 268.

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 положення 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 установа 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 сьогоднішню генерацію, яка вже може бути позбавлена цих стереотипних уявлень (*Fullilove v Klutznick*).

Для того, щоб встановити наявність або відсутність дискримінації, при узагальненні практики 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 («законна мета», *proportionality test*).

## 8. Демократія

**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 впливає із принципу рівності. Люди володіють однаковою здатністю до самовизначення або до раціональних дій чи планування власного життя<sup>147</sup>. Відповідно встановлюються демократичні процедури формування органів публічної влади та громадського контролю за здійсненням.

<sup>147</sup> Бітем Д. (ред.) (2005) *Визначення і вимірювання демократії*. Львів 17—18.

Принцип демократії полягає у забезпечення періодичних і чесних виборів органів публічної влади різного рівня. Сутність цього принципу полягає у забезпечення 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 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.

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 по волевиявленню 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 народу<sup>148</sup>. Диференціація в суспільстві служить 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 розрізняє суспільство (форма співжиття, заснованого на диференції) від спільнот (тобто примітивних форм людського співжиття)<sup>149</sup>.

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 зумовлене попередженню політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> Хессе К. (1981) *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс 72.

<sup>149</sup> Володимир Старосольський (2018) *Принцип більшості*. Львів: Літопис 102, 106.

<sup>150</sup> Бенетон Ф. (2002) *Введение в политическую науку*. Москва: Издательство Весь мир. 312—324.

**8.2. Поліархія Роберта Алана Далья.** Згідно із поглядами Роберта Далья демократія спирається на свідомого громадянина, який поважає республіканську традицію. Далья рівною мірою поширює традицію республіканізму і на конституційні монархії, оскільки він акцентує увагу на підзвітність і підконтрольність 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 у силу періодичних і прозорих виборів. 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 життя<sup>151</sup>:

*«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.* Далья 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

<sup>151</sup> Далья Роберт (2003) *Демократия и ее критики*. Москва: РОССПЭН 93.

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 при ухваленні 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 в ухваленні рішень, забезпеченні контрбалансів між інститутами влади.

**8.3. Консоціативна демократія Арендта Лійпгарта.** Відомий голландський науковець Арендт Лійпгарт відомий своєю доктриною консоціативної демократії, яка пояснює закономірності узгодження воель у багатокладному 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, при якій сторони знаходяться в очевидному протистоянні і такі переваги будуть ними просто ігноруватися, а саме: i) коли учасники «гри» не сприймають спільні переваги, або коли знаходяться у стані безмежної війни; ii) коли тільки що вони досягатимуть згоди щодо спільних переваг, то вони 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 запроваджені 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 еліт потенційних загроз політичної фрагментації, що загрожує розколом<sup>152</sup>.

Така система ухвалення рішень стала притаманною для країн 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

<sup>152</sup> Lijphart A. (1969) Consociational Democracy. 2(2) *World Politics* 215, 216.

підтверджують правило про те, що система конституційних цінностей і принципів певним чином корелюється із станом додержанням 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.

**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 перелік<sup>153</sup>. 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 демократичної легітимації поверхів влади та передачі повноважень, а також демократичної легітимації інститутів Європейського Союзу. Як важливу складову цього механізму Габермас вбачає принцип дорадчості в ухвалюванні 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 рішення. Процес демократичної легітимації передбачає розуміння соціального контексту, що зумовлює рефлексивність при ухваленні владних рішень. Задоволення інтересів якомога широкого кола суб'єктів потребує реагування на постійні запити та очікування народу щодо рішень, що ухвалюються. Тому владні рішення мають задовольняти критеріям зваженості і збалансованості інтересів. Насамкінець парламентську демократію не можна тлумачити як всездозволеність більшості, звідси висновок про те, що конституційна юстиція покликана забезпечувати права меншості, що є важливим у забезпеченні конституційної демократії.

**8.5. Доктрина делегативної демократії Гілгермо О'Доннелла.** Доволі екстравагантна доктрина делегативної демократії акцентує увагу на природу перехідних державних систем до конституціоналізму, акцентуючи увагу на специфіку авторитарних режимів Латинської Америки

<sup>153</sup> Габермас Юрген (2008) *Залучення іншого. Студії з політичної теорії*. Львів: Астролія.



та їх переходу до демократії<sup>154</sup>. Зважаючи на фрагментованість партій та політичної системи у перехідних демократіях, яким притаманно 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, якого роздирають протиріччя, протистояння та суперечності, що унеможливають ухвалювати збалансовані та виважені рішення. 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.

**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 інтересів між рядовими членами та керівною верхівкою партій. 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 свою чергу відкриває соціальні ліфти для рядових членів партій. Однак така динаміка партій 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.

## 9. Основні концепції та моделі держави

**9.1. Основні сучасні тенденції розвитку державності.** Сучасна державність зазнала еволюцію через ланцюжок: *politeia* — *kingdom* — *state*. Сучасне поняття держава (*d'Etat*) вперше зустрічається у французькій літературі XVII—XVIII ст.; британському праву того періоду воно (*State*) не відоме — там більше відомий термін, що вживався Джоном Локом —

<sup>154</sup> O'Donnell Guillermo (1994) Delegation Democracy? 5(1) *Journal of Democracy* 55—69.

*commonwealth*. В англо-американську традицію вживання терміна *State* входить із заснуванням США (*United State*). Врешті-решт пишуть, що юридична концепція поняття «державна» є неоднорідною від одного правового порядку до іншого. Але в кінцевому підсумку можна вважати, що<sup>155</sup>:

«... в конституційному праві існують традиції, в яких поняття держави не є центральною ознакою. Можливо, ми не ризикуємо навіть тим, що в деяких країнах просто немає поняття про державу?».

Еволюція того, що ми називаємо тепер «державна» пройшло 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*<sup>156</sup> (прерогативи правителя, управління) та *jurisdiction* (влада, яка поширюється на громадян) і їхнє розмежування мало значення для визначення видатків зловживання повноваженнями та узурпації влади.

У період Просвітництва отримали свого 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). Напротивагу позитивістам раціоналізована державність Макса Вебера побудована на ідеях формулювання безсторонніх і раціоналізованих правил, яка має свою опору на законності та підтримці громадян.

**9.2. Правова держава.** Доктрина правової держави пройшла шлях своєї еволюції від формальної до матеріальної<sup>157</sup>.

Формальна теорія правової держави містить такі елементи: 1) «правова держава» на противагу державі з феодалним ладом («*Ständestaat*»);

<sup>155</sup> Rosenfeld Michel, Sajo Andras (ed's). (2003) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University press 270.

<sup>156</sup> У латинян був вираз «*hic ille naufragus ad gubernaculum accessit, etnavi, quoad potuit, est opitulatus*», 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».

<sup>157</sup> Тут мною використані матеріали презентації проф. Університету Людвіга Максиміліана, Мюнхен, ФРН Яна Філіпа Шефера «Верховенство права у конституційному праві Німеччини: огляд», які були оприлюдненні на міжнародній конференції «Тлумачення і застосування принципу верховенства права в Україні та ЄС» (Київ, 2018, 8 червня).

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.

*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 значимість 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 задовольнятися такими критеріями: 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).

**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 основні доктрини, які пояснюють, яким чином вступає держава у правовідносини. Згідно із *теорією юридичної особи* держава забезпечує публічний інтерес і покликана захищати своїх громадян<sup>158</sup>. 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 надана здатність володіти волею і діяти на юридичних підставах»<sup>159</sup>. 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 прийшов до влади у результаті виборів (сталість права).

<sup>158</sup> The State as Legal Entity. In: *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2009, p. 267.

<sup>159</sup> 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 побудова стратегія захисту у Високому суді Лондона справа 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.

**9.4. Форми державності.** З урахуванням форми правління, державного устрою та державного режиму нижче буде дана характеристика формам сучасних держав. Критерій розмежування держав є інтегральний, 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 влад, системи стримувань і противаг, взаємозалежності і взаємодії влад;

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) в тому чи іншому об'ємі 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 псевдodemократичними методами, які служать лише прикриттям фактичного єдиновладдя;

2) в територіальній структурі держави інтереси центру домінують над периферією, хоч остання може бути представлена «державними утвореннями»;

3) в діяльності органів держави або 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 при виробленні реформ часто доводилося приймати не дуже ефективні рішення, що в свою чергу гальмує перетворення і не сприяє вдосконаленню правової системи.

---

## Тема 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.

### 1. Поняття та покоління прав людини

**1.1. Виникнення концепції основних прав і свобод.** Історично складно визначити, коли були 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 гарантувалося 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 про-

відний 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.

**1.2. Покоління прав людини.** У становленні та розвитку прав людини прийнято виділяти три хвили 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 право на гідність, свободу людини та її особисту недоторканність, а також відповідні процесуальні гарантії (*habeas corpus*, недоторканність житла тощо). У політичній сфері визнавалося свобода совісті і віросповідання, слова і друку, виборче право.

Наприкінці XIX ст. в Англії та Німеччині запроваджується соціальне страхування та соціальне забезпечення окремих категорій населення. У першій половині XX ст., як правило, у країнах «соціалістичного табору» з'являються права соціально-економічного характеру, які за своєю природою є програмними положеннями, а не керівництвом до конкретних юридично значущих дій. У країнах Західної Європи та Північної Америки визнається у цій якості 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 досягнення науки і культури, право на інформацію, гарантії захисту результатів творчої та інтелектуальної діяльності тощо.

У силу 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.

**1.3. Сучасні концепції прав людини.** Сьогодні в світі можна виділити кілька підходів щодо розуміння правового статусу особи: ліберальний, соціальний та соціетальний.

Згідно *ліберальної концепції* 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.

В 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 концепції «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.

Основні права і свободи визнаються сьогодні надпозитивними цінностями, які складають фундамент конституціоналізму і сучасних конституцій. Саме основні права виступають головним критерієм при перевірці 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 грані у різноманітних сферах життя індивіда. Комплексне трактування прав людини через людську гідність, рівність і свободу як цілісної системи є основою *соціетальної 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.

**1.4. Поняття прав людини.** Основні права належать не окремому колу осіб, вони не визначають 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 свавілля<sup>160</sup>:

*«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, наділеною 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, не зважаючи на високу роль природного права у становленні інституту прав і свобод людини, інститутів правового захисту особи, воно ніколи не може замінити позитивних законів<sup>161</sup>. Таким чином, позитивне право знаходить свій ґрунт, наповнюється цінностями та основоположними ідеями, які набувають універсальний характер.

Права людини визначають такі основні параметри:

- універсальний характер — соціальна цінність, що зумовлює її зважування у системі інших конституційних цінностей (рівність, свобода, 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);

<sup>160</sup> Шайо А. (2001) *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва: БЕК 243.

<sup>161</sup> Lauterpracht H. (1960) *International Law and Human Rights*. London 98.

- нормативність — зумовлює певні межі свободи вибору і відповідальність особи: право = (межі вільного вибору (свобода волі) + гідність (вираження людської природи)) / (відповідальність + співмірність);
- гарантованість = належна правова процедура.

Тому при встановленні конституції права людини носять цілком зрозумілий і очевидний характер для загалу, що служило обґрунтуванням для перетворення Генеральних штатів в Установчі збори чи повноважень Філадельфійського конвенту ухвалювати Конституцію США, хоча вони на це і не були формально уповноважені.

**1.5. Вертикальна структура прав людини.** Вона характеризує відносини між державою та індивідом, у силу яких 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 по ній 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 забезпеченні 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.

**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 даному 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. Горизонтальна 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. В силу цього законодавець пов'язаний основними правами всюди, в тому числі при виданні приватноправових приписів. Він зобов'язаний формулювати їх таким чином, щоб конституційно захищені права не втратили свого значення. У протилежному випадку

правопорядок прийде в стан нескінченних суперечностей<sup>162</sup>. Концепція горизонтального ефекту прав окрім трудового, сімейного права сьогодні також починає застосовуватися у забезпеченні прав людини у відносинах із транснаціональними корпораціями, при захисті прав споживачів тощо<sup>163</sup>.

## 2. Поняття сутнісного змісту прав людини: втручання та приватна автономія

**2.1. Якість закону у світлі 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) об'єм законодавчої компетенції парламенту, (3) розподіл правотворчої компетенції між парламентом та іншими органами держави, а також (4) вимоги 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 вправі відмовляти індивіду у захисті порушеного права, посилаючись на недоліки чи прогалини поточного законодавства. Оскільки каталог основних прав є невичерпним, відмова у правовому захистові є порушенням фундаментальних правових принципів статусу особи.

Таким чином, дія основних прав і свобод тісно пов'язана із чинністю конституційних положень, за допомогою яких вони інституціоналізуються. Однак в умовах сучасної держави є важливим своєчасне законодавче регулювання організаційних та процедурних гарантій основних прав і свобод. Законодавче регулювання повинно бути достатнім і ґрунтуватися істотних моментів здійснення основних прав і свобод. Закон не повинен бути голослівним 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

<sup>162</sup> Изензее К., Кирххоф Й. (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. Москва: ИГП РАН 231.

<sup>163</sup> 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.

мати законодавче упушення (*legislative omission*). У цьому відношенні є цікавим твердження К. Екштайна<sup>164</sup>:

*«Збалансоване законодавство регулює найбільш істотні питання, встановлюючи свого роду рамки. В середині 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 суперечить принципу довіри (принципу стабільності): громадянин вправі зважати на те, що прийнята норма залишається незмінною. Та і небезпека суперечностей у регулюванні може бути присутньою».*

**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 ліберальної традиції держава уявляється як необхідне зло, або згідно етатистської — держава покликана втручатися у особисте життя індивіда з метою забезпечення суспільного порядку, або згідно соціальної — держава покликана піклуватися про соціальне благополуччя і регулювати з цією метою соціальні процеси. Разом з тим держава існує завжди для конкретної людини, 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 являються і виправданням для державної влади, і межами її виконання. У якості вимог, 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 межі<sup>165</sup>. При цьому держава покликана діяти у відповідності до засад верховенства права і справедливості.

Відомий мислитель Гуго Гроцій вважав, що справедливість є необхідною ознакою права, яке повинно відповідати критеріям розумності, природному станові 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,*

<sup>164</sup> Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской конституции и Европейской Конвенции*. Москва: NOTA BENE 30.

<sup>165</sup> Там само 38.

*що не суперечить справедливості. Суперечить справедливості те, що огидне природі істот, які мають розум»<sup>166</sup>.*

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 його 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»<sup>167</sup>:

*«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 індивіда<sup>168</sup>:

*«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, при якій всі особи цього суспільства володіють найбільшою свободою 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

<sup>166</sup> Гроций Г. (1956) *О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права.* Москва 68.

<sup>167</sup> Bentham J. (Bowring ed. 1838—43). *Anarchical Fallacies.* Works 501.

<sup>168</sup> Кістяковский Б. (1990) В защиту права (интеллигенция и правосознание), 3 *Вестн. МГУ. Сер. 7. Философия* 56.

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»<sup>169</sup>.

**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 прецедентного права 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, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, має здійснюватися на основі закону.

Критерієм оцінки адміністративних дій на предмет їх відповідності закону є міркування про те, що важливим є не лише наявність самого закону, а цей закон повинен сам регулювати всі істотні моменти, а не передавати їх вирішення виконавчій владі. Заснованість на законі стає заснованість на рішенні парламенту, у відповідності до чого законодавець не лише зобов'язаний уповноважувати виконавчу владу діяти в сферах, значущих для основних прав, але і повинен сам вирішувати всі істотні питання<sup>170</sup>. Також проблема заснованості адміністративних рішень може стосуватися випадків делегування законодавчих повноважень, яке повинно відповідати критеріям здійснення «на законі» або «на основі закону».

**2.4. Сутнісний зміст прав людини та вимоги до органів публічної влади.** Сутнісний зміст права (*the very essence of the right*) полягає у наявності 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 унеможливили досягнення цілей, які складають його предмет (матеріальні чи духовні блага, охоронюваний інтерес). Сутнісний зміст права можна виразити через наступну схему:

<sup>169</sup> Кістяковский Б. (1996) *Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права*. Москва. 505.

<sup>170</sup> Рихтер И., Шупперт Г. Ф. (2000) *Судебная практика по административному праву*. Москва: БЕК 24—25.



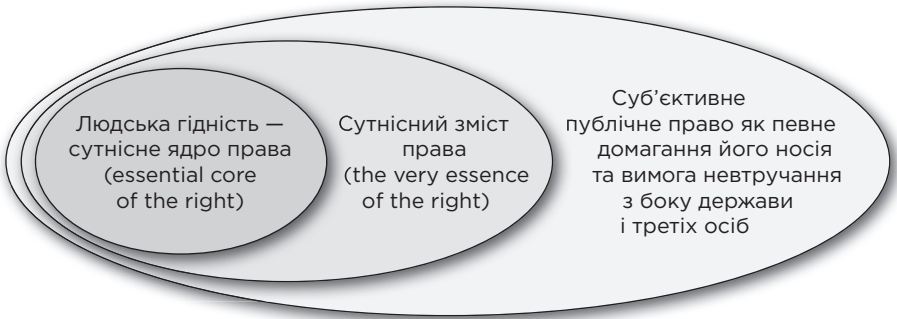


Рис. Сутнісний зміст права та людська гідність

Це положення однаковою мірою стосуються 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, при використанні 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 обґрунтовано у письмовому вигляді, має бути зрозумілим. При ухваленні 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 впливають з публічного інтересу<sup>171</sup>. Відповідно у

<sup>171</sup> 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.

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.

*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 «вводиться» судами із засад гідності людини, рівності і свободи.

**2.5. Поняття втручання.** Під терміном втручання мається на увазі легітимний вплив у сфері приватної автономії здійснюване 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 методіку 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 влади<sup>172</sup>. Також робиться висновок, що для судів є органічною функція формулювання «керівних принципів права», що також характерно для більшості країн континентальної Європи<sup>173</sup>. Та-

<sup>172</sup> Циппеліус Р. (2004) *Юридична методологія*. Київ: Реферат 176.

<sup>173</sup> Цвайгерт Конрад, Кетц Ганс. (1998) *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т 1. Основы*. Москва: Межд. Отношения 395—396.

кож інтерпретація конституції розглядається у контексті її нормативної природи, яка зв'язує законодавця<sup>174</sup>. Конрад Гессе розглядає конституційно-конформне (діалектичне) тлумачення як засіб узгодження змісту конституції та актів парламенту<sup>175</sup>.

**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 визнанню 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 законі; 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)<sup>176</sup>.

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 по усуненню шкоди, довкіллю. Також право захисту особистості означає попередження і усунення випадку неправомірного втручання у приватне життя з боку органів державної влади при здійсненні ними функцій управління.

Право на захист — це передумова свободи громадян, що утверджена державою і спрямована на те, щоб зберегти від неправомірних посягань з боку держави<sup>177</sup>. Це право особи впливає з гарантій свободи розвитку особистості, що включає заборону державного примусу у сфері

<sup>174</sup> Изензее И., Кирххоф П. (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. 315—316

<sup>175</sup> Хессе К. (1981) *Основы конституционного права ФРГ*. Москва: Прогресс 54—57.

<sup>176</sup> Экштайн К. Указ. соч. 39.

<sup>177</sup> Изензее И., Кирххоф П. Указ. соч. 188.

приватного життя. Таким чином, держава виступає противником громадян у приватному житті. Тому законодавче закріплення основних прав визначає їх межі, а не встановлює 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 визнається у науковій думці, що практично всі основні права в тому чи іншому ступені інтенсивно взаємопов'язані з організаційною структурою держави та процесуальними нормами<sup>178</sup>. Фундаментальні права і свободи людини, які визнаються державою в якості основних, 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 наступній 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».*

### 3. Обмеження прав людини: основні критерії

Відповідно до принципу верховенства права сутність обмежень фундаментальних прав людини полягає у забезпеченні легітимного втручання

<sup>178</sup> Изензее И., Кирххоф П. Указ. соч. 184.

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.

**3.1. Обмеження на основі закону.** Допускається обмеження фундаментальних прав виключно на основі закону, оскільки таке повноваження народ делегує виключно парламентові 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. При правовому регулюванні свободи набуває ваги система стримувань і противаг, що<sup>179</sup>:

*«спонука[є] необхідність юридичних визначень. Будь-яке визначення є заперечення — отже, вирішальне значення має те, хто дає визначення, тобто визначає заперечення і виключення. 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.

**3.2. Відповідність легітимній меті.** Правовою основою обмеження прав людини є загальне визнання його суспільної необхідності, існування нагальної потреби визначення меж здійснення 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 рамках парламентської процедури прийняття закону. Якщо парламент делегує такі повноваження уряду, така делегація повинна бути ясною, чіткою і однозначною. Гарантією конституційності обмежень фундаментального права є судовий контроль над конституційністю закону, що їх запроваджує.

<sup>179</sup> Шайо А. Указ. соч. 251.

**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 невідворотна 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.

*і) 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 особистих інтересів особи. В одному із 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 усталеної практики Європейського суду з прав людини обмеження прав людини повинно кореспондуватися із інтересами демократичного суспільства, тобто таке обмеження повинно бути забезпечено 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 змісту<sup>180</sup>:

*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 посту Президента атакувала демократичний конституційний порядок і права інших громадян Литви<sup>181</sup>:

<sup>180</sup> *Paksas v. Lithuania*, App. № 34932/04, Judgment on 6 January 2011.

<sup>181</sup> Рішення КС Литви від 25.05.2004 у справі Паксаса.

*Конституція забезпечує таке правове регулювання, відповідно до якого особа, мандат члена Сейму якого 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 або судді Апеляційного суд за грубе порушення Конституції або порушення присяги, відповідно до Конституції не може бути обрано 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 виключних випадках обмеження здійснення деяких прав людини. Таке обмеження ґрунтується на надзвичайному характерові 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 служити припинення масових заворушень, якщо 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. Даний критерій обмеження не може застосовуватися таким чином, щоб створювати істотні перепони у здійсненні суб'єктивного публічного права. Зокрема, виходячи із інтересів публічної служби Європейський суд з прав людини конкретизував критерій громадської безпеки у справі *Olujić 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 конклюдентних дій (законної вимоги припинити вчинення дій, якими вчиняються перешкоди правам і свободам інших людей, або затримання особи у невідкладних випадках при вчиненні 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 в залежності від обставин конкретної справи. Питання моральності є 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 служити 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 публікації про особисте життя судді, що розглядає справу), може бути застосовано обмеження суб'єктивного права, яке визначено 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 із 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 служити критерієм щодо обмеження доступу до правосуддя<sup>182</sup>:

*«...державо-відповідач може посилатися на наявність у заявника статусу державного службовця з метою виключення застосування*

<sup>182</sup> *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], App. No. 63235/00, Judgment on 19 April 2007.

*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 зазначену особливий зв'язок».*

#### 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 на випадки такої абсолютної заборони підпадає бездіяльність держави, яка потурає тим чи іншим формами розглянутим формам поведження з боку третіх осіб. У такому разі 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 поведження, що принижує людську гідність, а також доведення інших осіб до рабства чи підневільного стану. Вказане становище постраждалим атакує ядро їхньої людської сутності, людську гідність як форму вираження людяності індивіда.

**4.1. Заборона катування, нелюдського та поведження, що принижує людську гідність.** Основними міжнародними актами щодо заборони катувань є Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поведження та покарання 1984 р. та Європейська Конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або принижуючому гідність поведженню та покаранню 1987 р. Про абсолютний характер заборони катування також підкреслює практика ЄСПЛ<sup>183</sup>:

*«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, поведження 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 суспільної небезпеки, яка ставить під загрозу життя нації».*

Існують міжнародні механізми попередження катувань і нелюдського та такого, що принижує гідність, поведження або покарання. До них насам-

<sup>183</sup> Aksoy v. Turkey, App. no. 100/1995/606/694, Judgment on 18 December 1996.

перед належать Комітет по правам людини, Комітет по забороні катувань, Комітет по попередженню катувань 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». В ст. 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 чітко визначення терміну можна знайти в Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання:

*«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 катувань відносяться застосування тортур у вигляді «ластівки» (підвішування за завернуті назад кінцівки) (*Aksoy v. Turkey*), зґвалтування (*Aydin v. Turkey*), завдання тривалих надзвичайно сильних фізично і психічно страждань (*Selmouni v. France*), застосування електрошоку (*Mikheyev v. Russia*), побиття та інші форми фізичного та психічного тиску поліцейськими до молоді дівчини (*Menesheva v. Russia*) тощо<sup>184</sup>.

Одним із критеріїв для визначення поводження 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 поводження, 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 поводження, що свідчить про намір за допомогою

<sup>184</sup> Ахтирська Н. М. та ін. (2011) *Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності: науково-практичний посібник для суддів*. Київ: К.І.С. 22—23.

цієї різниці затаврувати у Конвенції навмисне нелюдське поведження, яке завдає тяжких та жорстоких страждань<sup>185</sup>.

ЄСПЛ у своїй практиці визначив основні критерії кваліфікації поведження або покарання в якості як такого, що вважає, що це — поведження або покарання, яке викликає значні фізичні і психічні страждання. Поведження або покарання, що принижує гідність — це поведження або покарання, яке викликає у потерпілого почуття страху, хвилювання і неповноцінності, що здатні принизити і образити його або зламати його фізичний чи моральний опір.

Як цілком слушно зазначає Олександр Водянніков<sup>186</sup>:

*«Сучасний міжнародно-правовий дискурс є одностайним 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 послуговатися 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. У разі вчинення виправданих дій, то суб'єкт їх здійснення звільняється від їх вчинення, однак треті особи мають ухилитися від їх звільнення, а надання допомоги у їх здійсненні має бути караним<sup>187</sup>. На цій основі базуються наразі механізми виправданості заходів у разі боротьби проти тероризму.

**4.2. Заборона рабства та підневільного стану.** Рабство як соціальний інститут протягом всієї історії людства до епохи модерну вважався природним. Насправді він зводить людину до майна і таким чином заперечує людську гідність. Лише під впливом ідей Просвітництва, зокрема поглядів Джона Лока, Вольтера, Дені Дідро та інших. Скасування рабства також було одним із ключовим факторів Громадянської війни у США 1861—

<sup>185</sup> Буценко 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.

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> Greenawalt K. (1984) *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*. 4(84) *Columbia Law Review* 1900.

1865 рр. 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 епідемія чуми всередині XIV ст. у Західній і Центральній Європі мала наслідком зменшення населення більше наполовину, що призвело до конкуренції на ринку робочої сили, що стало причиною звільнення селянства із положення кріпацтва. Лише у період з XVI ст. у Речі Посполитої, 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. За своїм характером і метою, котра 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 умовах<sup>188</sup>.

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 даної діяльності. Ці обставини дозволяють відрізнити «примусову працю» від роботи, якої можна розумно вимагати у рамках сімейної або сусідської взаємодопо-

<sup>188</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. no. 25965/04, Judgment on 7 January 2010.

моги. У цьому випадку Суд, зокрема, застосував поняття «непропорційний тягар», аби встановити, чи адвокат-стажер може бути примушений до обов'язкової праці, якщо від нього вимагається на добродійній основі здійснити захист клієнтів у якості державного захисника<sup>189</sup>. Загалом, ЄСПЛ напрацьовані нормативи оцінки того, що може вважатись нормальним у розумінні обов'язків, під які підпадають 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 такий обов'язок ґрунтується на концепції суспільної солідарності, і чи був накладений тягар диспропорційним.

## 5. Негативні права

### А. Свобода вираження та свобода совісті

**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 ст. Для конституційного визнання свободи совісті відіграли важливу роль Нантський едикт 1589 р. та сформульований німецьким правознавцем і державним діячем *Joachim Stephani* під час укладання Аугсбурзького миру 1555 р. принцип «*cujus regio — ejus 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 абортів до народження, проте відхилив таке право на триместрі на основі обмежень держави обмежують наявність абортів на користь більш гнучкого медичного визначення життєздатності. У рішенні було підтвердже-

<sup>189</sup> *Van der Musselle v. Belgium*, App. no. 8919/80, (1983) 6 EHRR 16.

но, що джерело права на приватність, яке підпадає під дію жіночого права на вибір аборт, впливає 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, віровчення 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 в якості основи соціальної структури. Зокрема, це проявляється у арабських країнах, які визнають іслам в якості основи організації суспільства і в них важливу роль приділяється проблемам арабської форми державності (у суннитів халіфату, шиїтів імамату) та арабської общини (умми), принципам дорадчості у ісламській державі (аш-шура). Халіф у Саудівській Аравії одночасно виступає в якості глави держави монарха, а також глави общини.



ни правовірних мусульман (духовний лідер нації). В Ірані згідно преамбули Конституції Факіх (Керівник) стоїть вище Президента, він виступає гарантом дотримання, державними органами та установами приписів ісламу. Факіх формує Раду по дотриманню конституції, призначає Генерального прокурора, голову Верховного суду, інших вищих посадових осіб.

*б) Модель домінуючої державної релігії при певних гарантіях релігійних свобод.* В окремих країнах, наприклад, в Греції, Болгарії, Росії відмічається особливе положення релігії та церкви. Англійську церкву в Зокрема, прикладом привілейованого положення православ'я серед інших країн може служити Греція, проти якої Європейський суд з прав людини розглядає порівняно значну кількість справ у сфері свободи віросповідання, у яких переважно жертвами виступають представники Свідків Єгови. У Росії доктрина «русского мира» має свої витoki в ідеології російського православ'я, яка ототожнює Москву зі своєрідним «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 при гарантіях релігійних свобод (Данія, Сполучене Королівство).* Зокрема, у Сполученому Королівстві визнаються державними англійська 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 в цілому ширші, охоплюють загальносуспільні стереотипи поведінки, традиції, цінності.

*г) Свобода релігії та відділення держави від церкви.* При визнанні свободи віросповідання у демократичних державах закріплюється поліконфесійність. Статус релігійних громад деталізується поточним законодавством. У Франції згідно Закону про відділення церкви від держави 1905 р. Республіка не визнає та не субсидіює її служителів. В 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 служити Радянський Союз до 1944 р. та Албанія під час правління Енвера Ходжи. У Радянському Союзі православна церква була поновлена під чітким наглядом НКВД-МВД-КГБ. Свідченням того було те, що священник міг отримати приход та рухатися по церковній ієрархії при узгодженні із політичною поліцією. При окремих

тоталітарних чи авторитарних режимах релігія і церква переслідуються з боку держави. Зокрема. У деяких країнах Латинської Америки у 1960-х рр. католицька церква включилася у опозицію до офіційного політичного курсу уряду. Ліворадикальний католицизм створив християнські громади, демократичну народну церкву. У цих громадах так звана «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 зіграли важливу роль у зруйнуванні військової диктатури, стали по суті першими демократичними інститутами, які поклали початок політичним партіям та профспілкам, ввійшовши у їх склад.

**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 при додержанні конкретних критеріїв (національна безпека, права інших людей, авторитет правосуддя тощо).

*i) 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 право на свободу думки полягає у забезпеченні захисту від можливого нав'язування особі певного способу мислення та підпорядкування її думки думці інших людей. Іншими словами реальними правовими гарантіями свободи 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 ціліс-

ності 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», яку складають академічна свобода, літературна свобода, свобода досліджень, мистецтва тощо. На основоположний характер 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]е є основою будь-якої свободи, «матрицею», неодмінною умовою майже кожної іншої форми свободи».*

Свобода вираження відіграє чи не головну роль у демократичному суспільстві та відіграє 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 здійснено в вакуумі ... і це обов'язково має на увазі використання фізичного простору з метою задоволення своїх базових цілей».*

Європейський суд з прав людини 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 толерантність<sup>190</sup>.

Свобода вираження має і іншу грань — право на отримання інформації. У цьому відношенні свобода вираження деякою мірою стосується і питань приватності, зокрема інформаційного аспекту приватності. У даному випадку мають на увазі ситуації із журналістським розслідуванням чи розслідувань детективами та адвокатами, що передбачає збережен-

<sup>190</sup> *Lingens v. Austria*, № 9815/82, Judgment on 08.07.1986; *Incal v. Turkey*, № 22678/93, Judgment on 09.06.1998.

ня 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 ст. 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 перекладених на просту німецьку мову 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-шопу 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.* При забезпеченні балансу інтересів між свободою вираження та конкуруючими цінностями виникає проблема подолання такого явища, як мови ненависті. Загалом можна виділити три основні моделі боротьби із мовою ненависті (*hate speech*) — американську, канадійську та європейську моделі. *Американська модель* більш схильна до якомога широкго захисту свободу 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 ширше 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 правопорядок<sup>191</sup>. Тому організаційні заходи щодо висвітлення максимально прозоро, доступно і повно про суспільно значимі події є надійним інструментом протистояння в інформаційних війнах, які мають на меті підрив довіри до суспільних та державних інституцій, дестабілізації обстановки в країні, що може мати наслідком підрив легітимності уряду (довіри до нього та викликати сумнів у законності методів управління країною).

## Б. Належна правова процедура та процесуальні гарантії прав людини

**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*<sup>192</sup>, яка гарантувала суд рівних та гарантії від свавільного позбавлення волі та майна. Ця юридична конструкція сьогодні фактично закладено і 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 належної правової процедури, яке було сформульовано 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) справедливість 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 від-

<sup>191</sup> Thornton, Rod (2015) The Changing Nature of Modern Warfare, *The RUSI Journal* 42, 46.

<sup>192</sup> 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].*

повідати критеріям легітимності, оптимальності, ефективності та здійснюватися за допомогою таких засобів, які пропорційно співвідносяться із переслідуваною метою та мінімально обмежують основні права, гарантовані конституцією<sup>193</sup>.

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 рішень<sup>194</sup>.

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 окремії думці зазначив таке:

*«Належна правова процедура», на відміну від деяких правових норм, це не технічна концепція з фіксованим змістом, що не відносяться до часу, місця і обставин. Висловлюючи, як це робить у своєму кінцевому підсумку щодо узаконеного для цього справедливого поводження, яке було розвинене протягом багатьох століть англо-американської конституційної історії та цивілізації, «належний процес» не може бути поміщений у в'язницю підступно в межах будь-якої формули. Представляючи глибоке відношення справедливості між людьми, а більш конкретно — між особистістю і державою, «належний процес» 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.

<sup>193</sup> Шевчук С. (2001) *Основи конституційної юриспруденції*. К.: Український центр правничих студій 70—71.

<sup>194</sup> Там само.

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».*

**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 служать 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 процесі<sup>195</sup>.

Процесуальні процедури за своєю природою є механізмом реалізації основних прав і свобод. Приведенні 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. Наприклад, 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 індивідуаль-*

<sup>195</sup> Изензее К., Кирххоф Й. (ред.) (1994) *Государственное право Германии*. Т. 2. Москва: ИГП РАН 184.



ний 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 при передачі даних іншим сторонам; 6) обставини, в яких перехоплені дані можуть або повинні бути стерті або знищені<sup>196</sup>.

Конституційна юрисдикція має троякий вплив на правозастосування у сфері кримінальної юстиції, яка полягає у здійсненні: а) перевірки конституційності нормативних актів; б) офіційного тлумачення конституції; в) вплив 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 служити 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 трактування 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. Поняття приватності.** Право на приватність прийшло із американського конституційного права і в якості суб'єктивного публічного права визнано 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 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:

<sup>196</sup> *Roman Zakharov v. the Russian Federation*, App. No. 471543/06 [GC], 4 December 2015.

«29. Суд не вважає, що можливо чи необхідно дати вичерпне визначення поняття «особистого життя». Було б занадто суворим обмеженням його інтимною сферою, де кожен може жити своїм власним особистим життям, як він бажає, і тим самим цілком виключити зовнішній світ з неї. Повага особистого життя повинна також включати до деякої міри право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми».

Більше того, здається, немає принципових підстав, щоб поняття «особистого життя» виключало професійну діяльність і діяльність ділового характеру; саме у своїй роботі більшість людей має велику можливість розвивати відносини з зовнішнім світом»<sup>197</sup>.

У справі X проти Нідерландів (1986) ЄСПЛ визначив «особисте життя» як «поняття, що охоплює фізичну і моральну недоторканність особи, включаючи її статеве життя». Було встановлено, що дане визначення поширюється на питання сексу, сексуальності і сексуальної орієнтації, а також особистого життя в сфері професійної діяльності. ЄСПЛ у *Belgian Linguistic Case* наголосив, що: «Є довільним (*arbitrary*) втручанням уряду у приватне життя сім'ї визначити спосіб і форму освіти дітей». ФКС Німеччини у справі про Мікроцензи<sup>198</sup> вказав на межі втручання держави у сферу приватності:

*«Держава не має права пробивати [захист] сфери приватного життя шляхом перевірки особистих справ своїх громадян. Для людини має залишитися 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:

*«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 направлено проти громадського інтересу».*

Якщо узагальнити міжнародно-правові акти, національні конституції та юриспруденцію національних та міжнародних судів приватність зво-

<sup>197</sup> (2001) Европейский Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. Т. 1. Москва 769—770.

<sup>198</sup> *Microcensus Case*, BVerfGE 27, 1.

диться 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 необґрунтованого вторгнення в приватне життя з боку іншої людини та ... інтерпретувати законодавство таким чином, яке дозволяє досягти такого результату».

**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 наступні сфери приватності.

*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 вільного згоди медичних, наукових, а також вжиття певних медикаментозних, болісних чи безболісних засобів тощо. При здійсненні 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 недоторканності повинно бути передбачено законом, здійснюватися в інтересах суспільства і бути співмірним покладаєній меті (пропорційним).

*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 служить 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, сиворотки правди та інших методів встановлення істини, оскільки тим самим особа примушується до заяв або дій проти власної волі<sup>199</sup>. Вона також означає

<sup>199</sup> Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы* 84.

захищеність особи від можливих погроз їй або членам своєї сім'ї, шантажування та інших форм впливу на свідомість чи підсвідомість людини.

У своєму поєднанні фізіологічна і психологічна приватність породжує у держави здійснювати обов'язок захисту життя і здоров'я особи. Втручання у зазначенні сфери приватності є допустимі 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 позитивний обов'язок по забезпеченню якісних медичних послуг для малозабезпечених 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.* Даний 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 кормить 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 поведіння, 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 захисту<sup>200</sup>.

В якості свавільного обмеження волі ЄСПЛ розцінює примусове поселення, тримання у центрах утримання іноземців, що очікують депортації, насильне утримання особи в готелі, віддання до дисциплінарного

<sup>200</sup> Буценко 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.

підрозділу є найбільш суворим покаранням за військовим дисциплінарним законом, поміщення особи у в'язниці, у витверезнику, поміщення особи у лікарню пов'язаної із обмеженням контактів та можливостей пересування.

*iv) Комуникативна 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 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 Гросса влітку 2005 р. стало опублікування в ЗМІ даних про те, що він купив квартиру в елітному районі Праги загальною вартістю близько 180 тисяч євро. При цьому Гросс не зміг чітко пояснити походження своїх доходів, які дозволити купити таке дороге житло. Таким чином, одержання інформації про особу щодо джерел її доходів може стосуватися такого критерію, як економічний добробут.*

Конституційний Суд України відносить до конфіденційної інформації свідчення про особу (освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дата і місце народження, майновий стан та інші персональні дані). Особа може оскаржити до суду протиправні дії органів публічної влади і посадових осіб, політичних партій, інших об'єднань громадян, засобів масової інформації.

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 може бути виправданим з мотивів суспільної необхідності, зважаючи на «технічні досягнення засобів шпionажу і відповідно засобів спостереження» і «розвиток тероризму в Європі за останні роки». Тому можливо, що «діяльність або небезпека, проти якої спрямована низка заходів спостереження, може тривати роками, навіть десятиліттями після зупинення цих заходів». Подальше повідомлення особи про заходи стеження «може у значному ступені поставити під загрозу дострокову мету, яка першопочатково вважалася причиною ведення спостереження»<sup>201</sup>.

<sup>201</sup> Рішення ЄСПЛ у справі Клас проти Німеччини. В: (2001) *Європейський Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. Т. 1.* Москва 175, 178.

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*<sup>202</sup>, яке визначає критерії правомірності здійснення таємного стеження за приватними особами з боку поліції та спецслужб, зважаючи на гарантії недоторканності приватності.

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 становленням авторитаризму в тій чи іншій формі.

## 6. Громадянство та принцип рівності

**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 із його інститутом рабства громадянство мало інший зміст, як це сьогодні прийнято вважати. У феодальній 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

<sup>202</sup> *Big Brother Watch and Others v. UK*, App. No. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 13 September 2018.

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, активним учасником здійснення суверенної влади народу.

На сьогодні прийнято вважати, що громадянство служить 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»<sup>203</sup>.

**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 у силу 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 невідомі.

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 в 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 крові, 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*,

<sup>203</sup> Richard Bellamy, (2008), *Citizenship: A Very Short Introduction* 52.



тобто надання органами державної влади громадянства особі, яка про це просить. При цьому, прийняття до громадянства даної країни не обов'язково тягне за собою втрату попереднього громадянства. Національні правопорядки деяких країн допускають множинність громадянства і не завжди набуття нового громадянства служить підставою для припинення відносин громадянства із державою свого походження. Натуралізація має місце також при утворенні нової держави, в силу чого особи, що проживають на відповідній території набувають прав і обов'язків новоствореної держави.

*Оптация* (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 українські, росіяни та білоруси, що проживали на території ЧСР згідно новими міжнародними домовленостями протягом року приймали рішення про вибір громадянства. У випадку, якщо вони приймали рішення при переході до громадянства СРСР, то їм забезпечувалося компенсація вартості майна та затрат на проїзд по новому місцю 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 чи 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 *communauté*, особливо принципу рівності між чоловіками і жінками». Однак пізніше Конституційна рада відмовилася від цього підходу, посилаючись на принцип рівності та заборону дискримінації.

**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 катувань 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, заборонене 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 совісті<sup>204</sup>.

ЄСПЛ констатував, що очікування смертного вироку, який був предметом побоювань зі сторони заявника, було визнано фактором, який автоматично приводить в дію механізм ст. 3 Конвенції. Крім того, Суд звернув увагу, що з врахуванням 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 Конвенції<sup>205</sup>. Факти причетності поліції до вбивств та викрадень, суттєвих порушень зі сторони сил безпеки країни може привести до реального ризику поводження, яке заборонено ст. 3 ЄКПЛ<sup>206</sup>.

Згідно зі ст. 1 Конвенції про статус біженців і Протоколом 1967 р. біженцями можна вважати осіб, які: а) знаходяться поза державою свого походження, громадянства або постійного проживання; не можуть або не бажають користуватися захистом цієї держави і не можуть та не бажають повертатися в цю державу; 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 переконаннях<sup>207</sup>.

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> Рішення ЄКПЛ у справі Сьорінг проти Сполученого Королівства. В: *Европейский суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. Т. 1*. Москва: Норма, 2001. С. 637—659.

<sup>206</sup> Рішення ЄКПЛ у справі Чахал проти Сполученого Королівства. В: *Европейский суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. Т. 2*. Москва: Норма, 2001. С. 60—296.

<sup>207</sup> Буроменьський М. В. (ред.) *Міжнародний і національний захист прав людини та права біженців*. Харків, 2004. С. 55.

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 катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження 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 в силу міжнародно-правових зобов'язань України повинні отримати певний захист. Зокрема, до таких осіб можна віднести осіб, які можуть по-боюватися тортур у країні свого постійного проживання; зазнавати переслідувань в зв'язку із військовими діями; у результаті стихійного лиха чи катастрофи національного масштабу. Це також може поширюватися на осіб, які не можуть набути статус біженця, однак їх вислання може розцінюватися як порушення Конвенції ООН проти катувань.

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 підпадають під категорію біженців *de facto*, але не користуються 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.

## 7. Право на участь та політичний процес

Людина у політичній сфері вступає у правовідносини пов'язані із здійсненням влади. Політична сфера діяльності людини є багатогранною: участь у формуванні органів публічної влади, заміщення представниць-

кого 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 одноособово здійснити неможливо.

**7.1. Право на петиції.** Право 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 із свободою вираження поглядів. Спочатку право на подання петиції слугувало як індивідуальне правове відшкодування, яке в Англії з чотирнадцятого 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 Біллю про права 1689 року<sup>208</sup>.

*ii) Право на звернення з петиціями (колективними зверненнями).* Це право є важливим напрямом демократичного розвитку держави і суспільства. Воно 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 при розгляді звернень посадова особа повинна вжити всіх заходів щодо забезпечення належної процедури прове-

<sup>208</sup> Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.). (2003) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 950.

дення 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 при розгляді 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 практикується 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.

**7.2. Право на участь: свобода зібрань та асоціацій.** Дані свободи розглядаються як фундаментальні політичні права, які характеризують участь громадян у політичному процесі та вплив на ухвалення владних рішень

*і) 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, зібрання невизначеної тривалості (вахта миру, наметове містечко, пікетування, голодування тощо) також підпадають під конституційний захист. Головним 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 це властиво політичний характер цього права та його зв'язок з принципом народного суверенітету<sup>209</sup>:

*«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».*

<sup>209</sup> John D. Inazu, (2010) The Forgotten Freedom of Assembly 84 *Tulane Law Review* 565, 571ff.

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. Головним 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 збиратись без попереднього повідомлення, вимоги на дозвіл або будь-яких інших умови, 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 приводу Європейський суд з прав людини висловився так<sup>210</sup>:

*«загальноновизнано, 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, фак-

<sup>210</sup> *Shmushkevych v. Ukraine*, App. No. 3276/10, Judgment on 14 November 2011.

тично підтримавши наявне регулювання у вигляді декілька законів про місцеве самоврядування, Національну поліцію, Службу безпеки України, яке склалося на сьогодні.

*ii) Свобода асоціацій* сьогодні визнається «як фундаментальний принцип, що визнається законами республіки» (рішення у справі про асоціації Конституційної Ради Франції). 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, закон встановлює вимогу наявності територіальних осередків, що свідчить про значний громадський вплив організації, наявності зворотних зв'язків із населенням, широких можливостей представництва інтересів населення перед органами публічної влади і посадовими особами. 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 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.

## 8. Економічні права: право власності та свобода вибору професії і роду заняття

**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.



і) *Обсяг права власності*. Розуміння сутнісного змісту права власності зазнав своє еволюції від концепту *lasses-faire* до певних соціетальних концептів, згідно з якими на власника також накладаються певні обов'язки у силу нерівномірного характеру 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 із своїх рішень Верховний суд США наголосив<sup>211</sup>:

*«У силу природи 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 ст. в Британській та Німецьких імперіях. Це не було заперечення 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 знайшла 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 повинно здійснюватися з мотивів суспільної необхідності, бути пропорційним і не посягати на сутнісний такого права, здійснюватися на основі закону з дотриманням 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 захистові: 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,*

<sup>211</sup> *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

*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<sup>212</sup>.*

Як компонент позитивного обов'язку держави розглядається оподаткування, оскільки воно є інструментом акумуляції ресурсів (формування публічних фінансів) та перерозподілу благ.

*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 їх переходу із публічної у приватну власність на основі відкритого конкурсу або відкритої процедури розпаювання тощо; 5) заборона використання власності на шкоду довкілля, 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 при розгляді справ 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 суспільства<sup>213</sup>.*

*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.*

**8.2. Економічні права: свобода вибору професії і роду заняття.** Радянський Союз фактично зберіг традиційний інститут Московської держави

<sup>212</sup> *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Judgment on 27 July 2002.

<sup>213</sup> Рішення ЄСПЛ у справі Споронг і Лоңрот проти Швеції від 23.09.1982 р. В: (2001) *Європейський Суд по правам человека. Избранные решения: В 2-х т. Т.1.* Москва 398.

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 кримінальною відповідальністю за 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 заперечення сутності його змісту, приховуючи підневільний стан переважної більшості своїх жителів. Такий стан речей був справжньою атакою на людську гідність, зокрема на самовизначення особи та вибору 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 аспект<sup>214</sup>.* 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 повинно 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 в якості державних агентств, 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 в якості суб'єкта підприємницької діяльності без

<sup>214</sup> Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE 339—341.

додаткових перешкод та будь-яких ознак дискримінації. У цьому відношенні індивідуальні права можна трактувати як свободу вибору професії, виду професійної діяльності, визначення мети, програми і напрямків своєї підприємницької діяльності, вступ підприємців в асоціації для захисту своїх інтересів. Також важливе значення заборона примусової праці.

*iii) Публічний аспект свободи підприємницької діяльності* пов'язаний із публічним економічним порядком, заснованим на обмеженні монополізму, захистові конкуренції, здійснення реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності на єдиних правових засадах та ліцензування 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.* 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 працею, 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 Лохнера<sup>215</sup> 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, що<sup>216</sup>:

*«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 сили. У свою чергу, свобода вибору професійної діяльності накладає на державу позитивні обов'язки у створенні відповідних умов для

<sup>215</sup> *Lochner v New York* 198 US 45, 57 (1905).

<sup>216</sup> *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

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 силу цього накладаються обов'язки щодо виплати винагороди у розмірі, необхідній для забезпечення людської гідності та права особи на вільний розвиток як індивіда.

в) *Право на об'єднання у професійні спілки та захист трудових прав.* В епоху масових громадських рухів та об'єднань на рубежі XIX—XX ст. 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. Одна 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 стоїть допустимі обмеження свободи договору, які визначають умови контракту між працівником та роботодавцем. На перший план виходить юридична грамотність контрагентів по контракту та гарантії поваги людської гідності. Зокрема, У Бельгії повага людської гідності охоплює «право на справедливі умови праці та справедливу 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 справедливу заробітну плату (Бельгія)<sup>217</sup>.

Сьогодні роль профспілок змінюється, оскільки доволі значний сегмент працівників працюють на засадах фрілансу чи аутсорсингу, коли вони працюють не за 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 технології обробки цифрових даних).

## 9. Доктрина стверджувальних дій та соціальні права

**9.1. Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій (*affirmative action*).** Оскільки основні права мають надпозитивний характер, вони носять т.зв. «негативний характер», що передбачає

<sup>217</sup> Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2003. P. 1044.

мінімальне державне втручання у сферу приватної автономії. З іншого боку держава повинна піклуватися про гідне життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда шляхом задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних та подібного роду потреб. Фактично, ступінь забезпеченості соціально-економічних прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципові соціальної держави. Як стверджується в одному дослідженні<sup>218</sup>:

*«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 сторону думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканного і тим самим як один із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, — вони є рівнозначними і рівноцінними.

Тому вважають, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнається статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не можуть бути захищені у судовому порядку. Такий режим є характерним для Німеччини, Австрії, а в Іспанії з цих же підстав конституційний суд не приймає скарги з приводу соціально-економічних прав<sup>219</sup>.

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 антро-

<sup>218</sup> Т. Н. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1964), 72.

<sup>219</sup> Ледях И. А. Защита прав человека как функция конституционного правосудия. *Современная защита прав и свобод человека*. Москва, 1994. С. 45—46.

пологічний 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 благ<sup>220</sup>.

Здійснення соціальних прав пов'язано 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.

**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 служить 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.

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 значимості громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження минулих, радянських стереотипів поведінки, в силу яких положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захистові<sup>221</sup>.

<sup>220</sup> Г'осепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини. В: Г'осепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр, 2008. С. 138.

<sup>221</sup> Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение*. 2000. № 1. С. 150.



Конституційний Суд України у рішенні 5-р/2018 сформулював підхід, згідно з яким соціальний захист не охоплює пільги та компенсації, оскільки вони встановлюють виключення 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 в якості забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно конституційних принципів, цілей та цінностей<sup>222</sup>. 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 захист. Як відзначив Конституційний Суд Литви від 8 серпня 2006 р. прогалини у законодавстві на можуть бути свідченням належного правового регулювання — на 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 при вирішенні 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 положенні: при винесенні рішення він зна-

<sup>222</sup> Гарлицкий Л. Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права. Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2000. № 1. С. 157—161.

ходився у виборі між винесенням економічно не виконуваного рішення та відступлення 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 носять характер необґрунтованих привілеїв. Конституційний Суд України вже у згадуваному рішенні № 5-р/2018 наголосив на важливості забезпечення сутнісного змісту соціального захисту та забезпечення життєвого рівня, сумісним із людською гідністю, при скороченні 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.»*

**9.3. Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави.** Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру:

*i) Горизонтальна структура* зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають 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 наступних заходів:

- а) 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;

- б) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захист, 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;
- 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.

---

## Тема 6

# ПОЛІТИЧНІ ІНСТИТУТИ ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ

1. Конституційні моделі політичних систем та доктрина *militant democracy/streitbahre Demokratie*.
2. Політичні партії, популізм.
3. Референдум та гарантії народного волевиявлення.
4. Конституційна інженерія та виборчі системи.

### 1. Конституційні моделі політичних систем та доктрина *militant democracy/streitbahre Demokratie*

**1.1. 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 служити належним критерієм при здійсненні 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 визначальну цінність. Тому меншість повинна безумовно підпорядкуватися законіві, хоча і надалі може відстоювати свою точку зору і після голосування, так як сам факт її поразки не знижує цінність її думки<sup>223</sup>.

На думку німецького вченого Конрада Гессе, принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного ладу. Він дає таке його визначення: це «такий державно-правовий спосіб правління, який, включаючи будь-яке насилля і сваволю, заснований на самовизначенні народу по волевиявленню більшості, на свободі і рівноправності». До основних ознак вільного демократичного ладу вчений відносить: повага 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

---

<sup>223</sup> Демишель А. и др. (1977) *Институты и власть во Франции*. Москва: Прогресс 11.

опирається на закон, принцип багатопартійності і рівності можливостей для всіх політичних партій з правом, відповідно до конституції, на оформлення і діяльність опозиції.

Демократія тлумачиться Конрад 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 народу<sup>224</sup>. У цьому контексті структура політичної системи суспільства має такі складники: а) служить 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 наступні 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, подоланні 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, яке базується на визначенні її функцій. До функцій політичної

<sup>224</sup> Хессе К. (1981) *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс 72.

системи відносять: упорядкування політичних процесів, політичну символізацію та міфологізацію, функцію легітимації<sup>225</sup>.

Взаємодія між політичними інститутами та публічною владою є центральною проблемою конституційного права. Конституційне право не може надмірно втручатися у регулювання політичної системи, яка є саморегульовною та самоорганізуючою. Достатньою є функція соціального контролю, у відповідності 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 у суд з метою 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»<sup>226</sup>.*

**1.2. 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

<sup>225</sup> Панов М. І., Герасіна Л. М. (2005) *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність*. Київ.: Ін Юре 76—86.

<sup>226</sup> Рішення КСУ № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р.

яких входять політичні партії та неполітичні асоціації (профспілки, асоціації підприємців, релігійні організації тощо), які суттєво 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 в якості основи 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 високо диференційованого суспільства. Більше того, лише уряд наділений правом діяти у контексті досягнення цілей від імені всього соціетального колективу (суспільства, заснованому на лояльності, взаємоповазі та високій ступені взаємодії його компонентів). Всяка інша організація, яка претендує на це, ipso facto здійснює революційний акт»<sup>227</sup>.*

На визначення політичної системи в залежності від виборчої системи вказує також і американський вчений Ларрі Деймонд. Вибори служать 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, з метою створення перепон правління народу та його контролю над діяльністю уряду:

*«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 багатопар-*

<sup>227</sup> Парсонс Т. (1998) Система современных обществ. Москва 35.



*тійними 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 тестові 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 раніше»<sup>228</sup>.*

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 політехнології (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 йдеться про визначення стійкої тенденції до виборчої або ліберальної демократії. Передчасним також буде висновок в 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 служили б орієнтиром для політичних рішень на рівні законодавства та діяльності уряду.

**1.3. 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 реа-

<sup>228</sup> Деймонд Л. (2005) *Вибори без демократії* 1 *Український журнал про права людини* 14.

лізується 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 участі* розглядається як важливий засіб забезпечення широкої участі народу при 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 «партиципаторною» державою. Американський юрист Сейдман вважає<sup>229</sup>:

*«Без демократичної участі, незалежно від існуючої державної ідеології, уряди будуть, очевидно, займатися не бідністю і беззладдям, а насамперед відповідати тим, хто володіє владою і привілеями».*

3) *Принцип політичного плюралізму* органічно впливає з конституційних положень. У болгарській конституції він закріплений чітко: «Політичне життя в Республіці Болгарія засноване на принципі політичного плюралізму» (ст. 11). Згідно румунської конституції «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 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.

<sup>229</sup> Seidman A. (1993) Participation and the Law. 12 *Third World Legal Studies*. Valparaiso 1.

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 влад на законодавчу, виконавчу, судову та виділення особливостей функціонування місцевого самоврядування. Деякі конституції (Молдова, Казахстан) заклали положення про взаємодію гілок влад. 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 безпосередньо 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.

б) *Принцип самоврядування колективів* (асоціацій та територіальних громад) не формулюється безпосередньо в основних законах. Деякі конституції встановлюють, що партії повинні бути організовані та діяти у відповідності 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 у відповідності 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 із доктриною політичного питання у перебіг цих процедур також не втручаються органи конституційної юстиції, окрім випадків грубих порушень вимог процедури та фундаментальних прав і свобод.

**1.4. Доктрина обороноздатної демократії (*militant democracy, streitbahre Demokratie*).** У сучасному розумінні концепція обороноздатної демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із демократією<sup>230</sup> та в якості превентивного засобу 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 службовців<sup>231</sup>.

Доктрина обороноздатної демократії передбачає недопущення функціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед судового конституційного контролю. Прикладом, цього є практика Федерального конституційного суду Німеччини визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках ФКС було проаналізовано цілі марксистко-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»<sup>232</sup>. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначають рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Європейський суд з прав людини одноголосно вирішив, що не було ніякого порушення статті 11 Євроконвенції, і постановив, що держава має

<sup>230</sup> Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства, 3 *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* 4; Sajo A. (ed.). (2004) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International.

<sup>231</sup> Шайо А. (2004) Самозащита конституционного государства 5—9.

<sup>232</sup> BVerfGE 5, 85/138.

право вживати профілактичні заходи для захисту демократії. Суд зазначив, що події, організовані рухом *Magyar Garda Egyesulet*, мали наслідком реальну небезпеку насильства і розбратів, 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 Вону, організовував демонстрації, які трансливали 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 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 одному з підстав для ліквідації згідно ЗпПП, а саме надання політичної підтримки діяльності терористичних організацій для досягнення цілей підриву конституційного порядку або створення серйозної соціальної напруженості. У цій справі національні суди прийшли до 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 ETA».*

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, інкримінованих партіям-заявникам, в 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 в якості відповідного «невідкладної суспільної необхідності», навіть з урахуванням вузьких меж розсуду, яким користуються держави, Європейському Суду залишається упевнитися, чи було оскаржуване втручання пропорційно 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.

## 2. Політичні партії та популізм

**2.1. 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 пожертвовувачів 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 таких загроз класичної 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 *caucus* (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, яка спирається та свої територіальні осередки. Якщо масова політич-

на 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 *saucus'om* партії та її основним фінансовим донором. Маргіналізація масової політичної партії можлива у випадку, якщо її керівні органи та *saucus*, стають закритими організаційними структурами, порушуються зворотні вертикальні зв'язки у партії, відсутній контроль рядових членів партії над її керівництвом та внутрішньопартійний арбітраж.

**2.2. 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 патріотизму<sup>233</sup>. Засновником цієї концепції є відомий німецький філософ, теоретик комунікативної демократії Юрген Габермас<sup>234</sup>, а також німецький політолог Дітмар Штернбергер<sup>235</sup>. Концепт конституційного патріотизму є відповіддю на постмодерністський дискурс в умовах кризи ідеології народного суверенітету<sup>236</sup>, 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 посилання, що в умовах модерну саме на політичних партіях лежить основна функція по забезпеченню нормального ходу формування та легітимації органів публічної влади, здійснення контролю над владою та забезпечення механізму її

<sup>233</sup> Mueller J.-W. (2006) On the Origins of the Constitutional Patriotism. 6 *Contemporary Political Theory* 278—296.

<sup>234</sup> Habermas J. (1976) Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden? In: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt aM: Suhrkamp. 92—126.

<sup>235</sup> Sternberger D. Verfassungspatriotismus. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1979, 23<sup>th</sup> May.

<sup>236</sup> На питання конституційного патріотизму також існує скептична точка зору, оскільки це перешкоджає становленню колективної самосвідомості європейців як громадян ЄС. Див.: Hanschmann. Comment on Mueller: A negative version of constitutional patriotism at the European level?



підзвітності й підконтрольності народу. Конституційному регулюванню статусу політичних партій не вистачає визначення критеріїв демократичності партій: колегіальність 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 для одного фінансового донора. Невирішеність цих питань переміщує ведення виборчих кампаній у формальну сторону із фактичними фінансовими зловживаннями, домінуванні керівництва партій у висуванні кандидатів на представницькі мандати, вироблення тактики і стратегії політичної боротьби переважно авторитарного змісту, що в кінцевому результаті призводить до викривлення політичної волі народу та 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 механізмі 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.

**2.3. 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 структуру 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 для одного фінансового донора. При цьому партія може досягати власних політичних цілей лише законними і легітимними методами, які не можуть підривати засади конституційного порядку. Про це також наголосив Європейський суд з прав людини у справі Соціалістичної партії проти Туреччини<sup>237</sup>:

<sup>237</sup> *Socialistic Party & others v. Turkey*. В: (2001) *Європейський Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 2*. Москва: НОРМА 503, 504.

*«45. Суд і раніше стверджував, що однією із основних характерних рис 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 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, при умові, 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 симпазантами — не членами партії, які на виборах стійко голосують за партії або їх кандидатів. В якості базових елементів політичних партій розглядають: 1) територіальні осередки; 2) секцію, ланку, комітет; 3) територіальні структури та громадський вплив політичних партій. Після комуністичних і нацистських практик вожизму 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 парламентаріїв від партії; 3) статус керівних органів партії — з'їздів, конференцій тощо.

**2.4. 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 із провідних функцій політичних партій; якщо протягом певного часу партія не бере участь 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.

### 3. Референдум та гарантії народного волевиявлення

**3.1. Поняття референдуму.** Як інститут конституційного права референдум не являється універсальним. У деяких країнах він не застосовувався ні разу або використовувався лише в поодиноких випадках (Нідерланди, Бельгія, Велика Британія). Причому його використовували, маніпулюючи громадською думкою, інколи з метою проведення по суті рішень 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. Бойєр вважає, що в правовому аспекті референдум являється зобов'язуючим рішенням, ухваленим народом, яке повинно знайти відображення в законі або діях уряду, а плебісцит є формалізоване вираження громадської думки, яка може служити 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 народного суверенітету. Однак подібно до французьких послідовників Руссо, вони розуміли народну волю як віддалене джерело і найвищу санкцію права, чинну ще до вираження волі народу, шукали у його закон-

них представників, вважаючи, що й для самого народу корисніше, якщо його волю виражають обрані і більш умілі<sup>238</sup>.

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.

**3.2. 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 думкою<sup>239</sup> або думка населення щодо певних проблем суспільного розвитку може кардинально змінюватися<sup>240</sup>. 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 глав держав за допомогою референдуму в Єгипті (1982 — 2004), Узбекистані (1995, 1997)<sup>241</sup>.

Використання інституту референдуму є ефективним при вирішенні питання про прийняття конституції, вступу держави у наднаціональ-

<sup>238</sup> Новгородцев П.И. (2000) *Введение в философию права. Кризис современного правосознания*. Санкт-Петербург: Лань 153- 187.

<sup>239</sup> 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.

<sup>240</sup> 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.

<sup>241</sup> 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.

ні 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.

**3.3. Формула референдуму.** Формула референдуму включає в себе предмет референдуму, який, як правило, тлумачиться звужувальне, 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, повинні бути роз'яснені народам; г) якщо на референдум виносяться закон, то він повинен носити «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.

**3.4. 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 даний інститут виник в окремих штатах США у XIX ст., а надалі він отримав поширення в ряді 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 помилування. 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. Даний підінститут розглядається як факультативний, оскільки він насамперед пов'язаний із статусом осіб, які наділяються певними публічними функціями на рівні місцевого самоврядування. Так, згідно Положення про общини землі Баден-Вюртемберг<sup>242</sup> 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 чий-небудь домагання чи інтереси, спрямовані всупереч общини, якщо він не діє в якості представника закону. Зокрема, общиною може бути покладено виконання громадських робіт, пов'язаних з муніципальними виборами чи іншими важливими соціально-побутовими роботами. Дане положення орієнтує на дисциплінованість та відповідальність жителів общини під загрозою заходів адміністративної відповідальності (абз. 3 § 16 Положення).

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 служать важливим засобом участі громадян у здійсненні різноманітних самоврядних функцій, виступають методом підвищення рівня відповідальності у здійсненні місцевого самоврядування, вираження ініціативи, підвищення політичної культури.

<sup>242</sup> Ясюнас В. Л. (1998) *Основы местного самоуправления*. Москва: Ось-89 124—146.

## 4. 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 урядом<sup>243</sup>. 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).

**4.1. 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.

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

<sup>243</sup> Можна також виділити окремі дослідження, які 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.



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. При нестабільній виборчій системі 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.

При системі 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» дозволяє визначити ті політичні сили, цілі та програми яких подібні і в разі формування ними уряду не буде значних відмінностей при 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 служити 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 преференцій 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 громадами<sup>244</sup>. Тому цю виборчу систему вірно 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, при їх застосуванні беруть до уваги такі міркування<sup>245</sup>: вони дають змогу сформувати у парламенті стійку урядову більшість; вони зменшують партійну роздробленість і в разі послідовного їх застосування на протязі ряду виборчих кампаній призводять до появи двопартійної виборчої системи; вони забезпечують безпосередній зворотній зв'язок між виборцями і їхніми представниками<sup>246</sup>; вони підвищують якість обраних посадових осіб.

**4.2. 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 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

<sup>244</sup> Після місцевих виборів 2006 р. в деяких областях змінилось до чверті сільських і селищних голів.

<sup>245</sup> Сарторі Дж. (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структури, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк, 2001. 53.

<sup>246</sup> Так, голова впливової громадської організації Комітету виборців України І. Попов вважає, що перехід до пропорційної виборчої системи в Україні загрожує втратою стійких зворотних зв'язків між партіями та виборцями. На пропозицію КВУ щодо налагодження роботи депутатів з виборцями в регіонах на кінець серпня 2006 р. відгукнулася лише Партія регіонів, інші партії, представлені у парламенті, не визначилися із своєю стратегією щодо роботи із виборцями. Див.: Як далеко вони від народу! 2006 *Експрес* 103 (2954).

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 про 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 носило суперечливий характер, оскільки Універсал був підписаний Комуністичною партією із застереженнями, які підривали інституційну єдність цієї політичної угоди. З іншого боку, для вітчизняного істеблішменту маловідомий феномен конституційних угод<sup>247</sup>, 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 здійснено на хиткій інституційній основі; практика її здійснення засвідчила про проблеми узгодження політичних стратегій та досягнення консенсусу щодо соціальних цінностей. Розмитість соціальних цінностей та політичної платформи стало деструктивним фактором 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 контроверсійними політичними цілями в єдину політичну систе-

<sup>247</sup> Marshall G. (1984) *Constitutional Conversations. The Rules and Forms of political Accountability*. Oxford: Clarendon Press.

му. Насамкінець при пропорційній виборчій системі непотрібним є повторне голосування, оскільки його підсумки підводяться за результатами голосування у виборчому окрузі в цілому<sup>248</sup>.

Для того, щоб скоригувати недоліки пропорційних виборчих систем у багатьох країнах застосують різноманітні методи. Вони спрямовані на забезпечення інституціоналізації, 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.

*і) 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 стійкості демократії є також критичною межа нижче трьох відсотків, оскільки у неструктурованих політичних системах це є причиною нестабільності парламентської більшості 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 викривлює 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 неконституційним<sup>249</sup>.

<sup>248</sup> Романюк А., Шведа Ю. (2005) *Партії та електоральна політика*. Львів: Літопис 154.

<sup>249</sup> 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. URL: [http://dpp.mpil.de/03\\_2014/03\\_2014\\_285\\_324.pdf](http://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf).

«...запровадження виборчого бар'єру в 3% після визнання не-дійсним виборчого бар'єру 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'єру встановити оспорюваний тривідсотковий бар'єр не лише вже внаслідок обов'язкової юридичної сили рішення від 9 листопада 2011 року згідно § 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 застосують різні способи голосування за виборчі списки партій. За цим критерієм виділяють зв'язані (закриті) та вільні списки. При *закритих списках* 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 на процес висунування 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 (в 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.

**4.3. 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 системами, 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 одномандатним виборчим округам. Вибори у липні 2006 р. в Угорщині засвідчили, що результати голосування були майже ідентичні як за пропорційною, так і за мажоритарною системою. Тобто ми маємо справу фактично із пропорційною виборчою системою.

Інакший стан справ був в Україні за результатами парламентських виборів 2002 р. Не зважаючи на перевагу партії Наша Україна при голосуванні за пропорційною системою, результати голосування у одномандатних округах за мажоритарною системою показали відмінні результати. 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 непередаваного 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.

*і) Країни із нестійкими виборчими системами.* Ця група країн характеризується мінливістю виборчих систем, що зумовлено політичним проти-

стоянням 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 із 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 при системному структуруванні і розсіюванні у виборчому окрузі призводять до двопартійного формату; якщо є структурування при 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; при системному структуруванні, пропорційне представництво одержує знижувачий ефект. Тобто чим більша неоднорідність пропорційного представництва, тим вищі затрати для дрібних партій, і, навпаки, чим менша неоднорідність, тим слабший знижувачий ефект<sup>250</sup>. Пропорційна система відкриває дорогу для середніх і дрібних партій, що дозволяє представити більш широкий політичний спектр у парламенті; при мажоритарній системі виборчий корпус не дробиться і можливо сформувати стальний уряд<sup>251</sup>.

**4.4. Проблеми вибору виборчих систем.** Це питання тісно пов'язано 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. При обранні в певній країні виду 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 настільки у вираженні громадської думки представницьким органом, як у здатності уряду проводити самостійну політику з метою досягнення загального блага.

Справедливість передбачає адекватне представництво політичних сил та забезпечення рівних умов для впливу різних політичних сил на

<sup>250</sup> Романюк А., Шведа Ю. (2005) *Партії та електоральна політика*. Львів 43—44.

<sup>251</sup> Чиркин В. Е., Ковлер Е. В., Юдин Ю. А. (ред.). (1996) *Сравнительное конституционное право*. Москва 398.



політику уряду. Необхідною умовою справедливості представництва є невторчання адміністрації у виборчий процес, відсутність тиску з боку адміністрації на процес висунення кандидатів, наявність розгалуженої мережі територіальних осередків партій та наявність у них фінансових і людських ресурсів.

При визначенні у певній країні виборчої системи існує взаємозв'язок із формою правління. Парламентське правління передбачає, як правило, мажоритарну виборчу систему або пропорційну виборчу систему із значним виборчим бар'єром<sup>252</sup>. 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 парламентської більшості, на яку спирається уряд. При президентській формі 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 про 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 лозунгами, які прийшлося 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 із 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 пар-

---

<sup>252</sup> Жакке Ж.-П. (2002) *Конституционное право и политические институты*. Москва 87—88.

тіям належить пройти хороший вишкіл на предмет відповідального формування та вираження політичної волі народу. Тому головний вихід 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 їх витрат тощо.

**4.5. Народне представництво і природа представницького мандату.** Сучасна демократія є поєднанням інститутів безпосередньої і представницької демократії. Невід'ємною складовою демократії є його 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 має за своїм походженням цивільно-правовий інститут представництва, згідно з яким принципал наділяє довірену особу певними повноваженнями, а в 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 доктринальним 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 у президенціалізмі та семіпрезиденціалізмі (змішаному правлінні) вимоги несумісності мандата депутата парламенту є жорстокою вимогою щодо їх статусу — це впливає із принципу поділу влади.

---

## Тема 7

# ІНСТИТУЦІЙНИЙ ДИЗАЙН ТА КОНСТИТУЦІЙНІ МОДЕЛІ ВЛАДИ

1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм.
2. Право на самовизначення та сецесія.
3. Поділ влади та система стримувань і противаг.
4. Судовий конституційний контроль та незалежність суду.
5. Парламентаризм і парламентські моделі.
6. Президентіалізм та змішані моделі.
7. Виконавча влада: концепція *Regulatory State*.

### 1. Принцип субсидіарності та територіальна організація влади: унітаризм та федералізм

**1.1. Основоположні засади.** Згідно з постулатами багаторівневого конституціоналізму та плюралістичного розуміння правопорядку традиційні уявлення про організацію публічної влади як системи ієрархічних зв'язків виглядає вже не так безсумнівно. Зокрема, у соціології та конституціоналізмі є низка досліджень, які цілком переконливо доводять<sup>253</sup>, що бюрократичні, централізовані конструкції національної державності за результатами Вестфальського миру були накладені на структури феодального суспільства, яке було багаторівневим із притаманними кожному із цих шарів горизонтальними зв'язками. Цілком очевидно доводить 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. Адже 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 II<sup>254</sup>. 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 пра-

<sup>253</sup> 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.

<sup>254</sup> Токвіль Алексіс де, (2000) *Древній порядок і революція*. Київ, Юніверс.

вового 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.

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 в 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 передбачуваного 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 в 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 правил, які продукуються на місцевому та регіональному рівні влади, якщо вони не вторгаються у сферу компетенції національного рівня та відповідають загальним конституційним принципам і цінностям. Принаймні національний рівень влади також має запроваджувати механізм консультацій із 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 наступні 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 в якості інструменту 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 правило<sup>255</sup>. При цьому наголошується на тому, що зміст принципу пропорційності має переважно процедурний зміст. Надалі вироблені критерії значним чином вплинули на розвиток конституціоналізму у багатьох країнах-членів ЄС у сторону 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 вони не порушують 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.

<sup>255</sup> 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.

З урахуванням конституційно-правових реалій України принцип субсидіарності зводиться до наступних матеріальних та процедурних вимог розподілу владних повноважень по вертикалі.

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 у залежності від рівня публічної влади. Розподіл повноважень і тягара 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 буде нижче розглянуто унітаризм та федералізм, а також перехідна між ними регіоналістська держава. Окрема увага буде приділена ЄС.

**1.2. Унітаризм.** *Унітарні держави* є простими за своїм устроєм, оскільки вони складаються із простих адміністративно-територіальних одиниць — громад і регіонів, — і можуть мати дво-, тричленну структуру. Організація публічної влади при унітаризмі заснована на поєднанні децентралізації і деконцентрації публічної влади, в якості державних агентів 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 носить 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 вирішенню спору в органах адміністративної юстиції, а у випадку нездатності муніципальної ради здійснювати управління місцевого значення — вона може бути розпущена за рішенням президента.

*і) Ідея політичної єдності (нації) та унітаризм.* Для унітарних держав як певного інституту важливим є забезпечення політичної єдності. Ця проблема вирішується переважно у залежності 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. При концепті етнічному надають перевагу доктрині політичної нації, відповідно до якого 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 у 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, воєводи), 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 в якості 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 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 Англії<sup>256</sup>. Водночас, для регіоналістських держав завжди існує потенційна загроза сепаратизму, який прикривається під 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.

**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 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 листі «Федераліста», авторство яких приписують Александеру Гамільтону, порівнюються переваги і недоліки конфедерації і федерації.

<sup>256</sup> *H v Lord Advocate* [2012].

Аргументи на користь федерації полягають у реальній здатності робити 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 видача каперських свідоцтв<sup>257</sup>. 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 розподіл 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 йдеться про автономію, то коло прерогатив значно вужче і така держава не може розглядатися як союзна держава. В автономії має місце деволуція деяких державних функцій на регіональний рівень, який має ширше коло прерогатив, аніж органи місцевого самоврядування.

*ii) Наднаціональність — імперія — композитний конституціоналізм ЄС.* Наразі маємо єдиний емпіричний досвід делегування повноважень на наднаціональний рівень у рамках Європейського Союзу. Тут зіграли два основні 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 шляхом міжнародних перемовин було вирішено про інтеграцію економіки Франції та Німеччини для зняття протистояння між краї-

<sup>257</sup> 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, виданому англійським монархом Едвардом III у 1354 р. Каперську практику доволі інтенсивно застосовував знаменитий Френсіс Дрейк, у такий спосіб отримуючи захист законів воєнного часу.

нами — 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 з традиції Священної римської імперії германської нації. Традиція обмеження влади була закладена в механізмі обрання Рейхстагом як станово-представницького інституту імператора, прерогативи якого були підконтрольні судовим інститутам — Імперського камерального суду та Вищої надвірної ради. Хоча остання утворювалася як протиположна Імперському камеральному суду, але за законами функціонування будь-яких бюрократичних установ задумка імператора як стримуючої інституції обернулася проти нього, а тому поступово ця Рада втратила своє значення. Подібне має місце при значному розпорошенні 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 7).

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 федеральному 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.

*v) 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 захистові; згідно ст.79 принцип федералізму переглядові 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 остаточно 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 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.

## 2. Право на самовизначення та сецесія

**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 самовизначення<sup>258</sup>. 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 в якості офіційно визнаного права — завдяки ініціативам у січні 1917 р. Президента США Вудро Вільсона. Як відзначається 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 війни<sup>259</sup>.

Однак тут є одна особливість, яка пов'язана із історією Першої Речі Посполитої та громадянською війною США. Йдеться 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 так<sup>260</sup>:

*«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 заповіданих 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

<sup>258</sup> Колісник В. (2001) Національний суверенітет та право націй на самовизначення. 1(24) *Вісник Академії правових наук України* 33—39.

<sup>259</sup> Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). (2014) *Self-Determination and Secession in International Law*. Oxford University Press 2.

<sup>260</sup> Норман Дейвіс. (2008) *Боже ігрище. Історія Польщі*. Київ: Основи 298.



або соціального контракту. Поряд із цим польське ленне право знало з *rokosz*, тобто бунтом. 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 рр. Правда, це вже інша історія, пов'язана із спробою сецесії окремих штатів, які чинили спротив заходам федеральної влади США щодо скасування рабства афроамериканців.

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 із 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 було 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.

**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 служити крайнім засобом відстоювання прав меншин і не посягати на життєздатність існуючої держави<sup>261</sup>. 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 себе, 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 непропор-

<sup>261</sup> Allen Buchanan, (1991) *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Qwbec*. Boulder, Colo.: Westview Press; Lee C. Buchheit, (1978) *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*. New Haven: Yale University Press.

ційно високу частку економічних ресурсів існуючої держави<sup>262</sup>. 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 дослідженні<sup>263</sup>:

*«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 зміцненні чеснот останнього. Ця внутрішньо притаманна подвійність відображена в правовому регулюванні, що пов'язана із сецесією. 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 певні умови. Йдеться про базові речі — можливість створювати сталий уряд на засадах верховенства права, який би відстоював права людини та міг ефективно контролювати та управляти територією. 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 одне 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 права<sup>264</sup>.

<sup>262</sup> Harry Beran, (1984) A Liberal Theory of Secesion, *Political Studies* 21—31.

<sup>263</sup> Rosenberg Michel, Sajo Andras. (2010) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 481.

<sup>264</sup> Там само 482.

У ліберальній традиції стверджуються, 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 миритися<sup>265</sup>. 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 закладено 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» і існування відносин між нею і певною територією, яку вона посідає. 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 таку однорідність складно досягти без шкоди правам іншим групам 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 і 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 ресурсів<sup>266</sup>.

На сьогодні визнається, що спільнота, яка виділяється в окрему державу із рамок існуючої, повинна мати можливість брати на себе зобов'я-

<sup>265</sup> Robert W. McGee. (1994) Secession Reconsidered. *Journal of Libertarian Studies*. Fall 19.

<sup>266</sup> Rosenberg Michel, Sajo Andras. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 486.

зання перед іншими державами і міжнародним співтовариством<sup>267</sup>. Про це також свідчить і юридична практика<sup>268</sup>:

*«Загальновідомо, що декларації, зроблені шляхом односторонніх актів, що 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 нав'язати його згідно з його умовами, це наголошує на декларації характер юридичного заходу, згідно з якою держава з цього часу юридично зобов'язана додержуватися поведінки, відповідно до декларації».*

**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.

*i) Справа про Аландські острови.* Дана 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<sup>269</sup>. Це питання є гострим у доктринальній дискусії, якій присвячено значний матеріал<sup>270</sup>. 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.

<sup>267</sup> 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.

<sup>268</sup> ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)* 267; ICJ, *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)* 472.

<sup>269</sup> Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217, 1998 CanLII 793 (SCC).

<sup>270</sup> Roya 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. & COMP L. REV.* 85; Cassese, Antonio. (1995) *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.

внаслідок викрадення та утримання як заручника британського торгового посланника, франкофонна провінція часто ставить питання про виділення зі складу Канади і до тепер. 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.* Дана справа є чи не найскладнішою в інтерпретації права на самовизначення у силу доволі інтенсивної двосторонньої практики насилля з боку союзної влади Югославії та сепаратистського руху Косово, що супроводжувалося низкою злочинів проти людяності і миру. Справа Косова є прямим наслідком жорстоких воєн за вихід союзних республік зі складу соціалістичної Югославії, коли розпочався колапс комуністичної системи. Німецький правознавець Матіас Гартвіг говорить про прогнозованість цього конфлікту у Косово<sup>271</sup>:

*«В Югославії це мало наслідком війни за відділення, які велися особливо жорстоко і нещадно. Сербія, в 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 було покладено 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

<sup>271</sup> Маттиас Гартвіг. (2013) Консультативное Заключение Международного Суда ООН по вопросу о декларации о независимости Косово — предыстория и критика судебного «постановления». 2 *Дайджест публичного права и международного права* 123.

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 (*jus cogens*) міжнародного права. По суті, ситуація у Косово мала багато що 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 рамки, які врегульовували політичні відносини в Косово. Резолюція 1244 (1999) заснувала в Косово міжнародні цивільну присутність і присутність з безпеки, що володіли всіма цивільними і політичними повноваженнями і одноосібно були відповідальними за управління Косово. 25 липня 1999 року Спеціальний представник Генерального секретаря ООН промуглював розпорядження 1999/1 Місії ООН в Косово (МООНК), згідно з яким «всі законодавчі та виконавчі функції щодо Косово, включаючи функції по здійсненню правосуддя» поклалися на МООНК, а здійснювати їх треба було Спеціальному представникові. Це розглядалося як тимчасовий правовий режим по стабілізації політичної ситуації в Косово, який замінював сербський правопорядок. У свою чергу, Конституційні рамки (*Constitutional Framework*) функціонували як частина правопорядку, створеного на виконання Резолюції 1244 (1999), що застосовувався лише в Косово, і мали 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 Гартвіґа, «більшість Міжнародного Суду зайшла настільки далеко, що з метою підкріпити свою правову позицію вони вдалися до попросту контрфактичних тверджень»<sup>272</sup>.

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»<sup>273</sup>. Цей висновок став проблемним, оскільки у сучасному міжнародному праві є усталеним принцип легітимності правила про надання права на сецесію<sup>274</sup>, а в конституційному праві принцип територіальної цілісності є іманентною характеристикою державності, а право сецесії має бути врегульовано належним чином. Слід відзначити, що у

<sup>272</sup> Маттиас Гартвіг. Указ. соч. С. 144—145.

<sup>273</sup> 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.

<sup>274</sup> Marc Weller. Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion. *Leiden Journal of International Law*. 2011, с. 127, 134.

справі Косово мала місце аналогічна ситуація, як і в справі про Аландські острови, коли меншина питала про можливість виходу зі складу держави при 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 Косово<sup>275</sup>. Слід наголосити на тому, що Міжнародний суд так і не надав належної оцінки ситуації в Косово в аспекті *remedial secession*, що заслуговувало на якомога ретельну 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 території, оскільки такий контроль імпліцитно включає в себе гарантії прав і свобод людини. Крістіан Вальтер також пише, що Міжнародному суду слід було більш ретельно дати аналіз ситуації з точки зору «незаконного застосування сили або інших грубих порушень норм загального міжнародного права, зокрема тих, що мають імперативний характер» (*ius cogens*)<sup>276</sup>. 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 певної етнічної групи, 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, підтвержене конституційним закріпленням»<sup>277</sup>. Так, відповідно до ч. 1 ст. 111 Конституції Республіки Молдова, Гагаузія —

<sup>275</sup> Маттиас Гартвіг. Указ. соч. С. 146, 147.

<sup>276</sup> Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. P. 25.

<sup>277</sup> Курінний О. В. (2012) Право на самовизначення (сецесію) в національних законодавствах Узбекистану й Молдови як пострадянських держав 129 *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки* 151.



«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 нестабільності стало те, що в умовах політичного плюралізму останніх років радянського періоду історії Молдови з'явився і здобув велику популярність Народний Фронт Молдови (НФМ), який буз зорієнтований на поступову інтеграцію з Румунією. Третім фактором нестабільності на Лівобережжі Дністра стала російська військова присутність, яка уособлюється із залишками 14-ї армії та російським миротворчим контингентом, розташованим у Придністров'ї<sup>278</sup>. 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, орієнтацію НФМ на інтеграцію Молдови до Румунії хоч і спровокували 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. Скоріше 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.

у) *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 працівниками спецслужб Російської Федерації відбулися військові заворушення в окремих районах Донецької і Луганської областей (ОРДІЛО). Сьогодні тут

<sup>278</sup> 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.

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 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 людей<sup>279</sup>.

Тому, на думку Ю. Конторовіча, основний тягар щодо забезпечення економічної діяльності на території Криму та ОРДІЛО несуть відповідно незаконні владні формування та Російська Федерація, яка фактично ними керує<sup>280</sup>. Подібне правило сформульовано Європейським судом з прав людини у справі Мозер проти Молдови та Росії, згідно з яким «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]»<sup>281</sup>. 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.

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. Він був визнаний нелегітимним Конституційним Судом Іспанії, оскільки

<sup>279</sup> 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).

<sup>280</sup> Eugene Kontorovich. (2015) Economic Dealing with Occupied Territories. 53 *Columbia Journal of Transnational Law* 588.

<sup>281</sup> *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia [GC]*, no. 11138/10, Judgment on 23 February 2016.

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 при одному, що утримався, проголосував за введення в дію ст. 155 Конституції Іспанії, яка регламентує порядок встановлення прямого правління з Мадриду.

**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 під риторикою захисту прав російськомовних прав громадян та ніби «державного перевороту» в Києві. Хоча Олександр Задорожній відзначав, що жодних реальних правових підстав для силового захисту «співвітчизників» за кордоном (на території Криму) в російського керівництва не було<sup>282</sup>.

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 держаних установ у Криму і лояльна 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, зазначивши зокрема<sup>283</sup>:

*«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*

<sup>282</sup> Задорожній О. В. (2015) *Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права*. Київ: К.І.С. 98.

<sup>283</sup> Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 р.

*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 сецесію може здійснювати 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 сецесію<sup>284</sup>. 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»<sup>285</sup>.*

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, окупованого Росією, права кримських татар є найбільш вразливими<sup>286</sup>.

Зовсім інакше у силу домінуючих ірентентистських поглядів ця справа отримала оцінку у Російській Федерації, в якій Конституційний Суд цієї країни на порушення норм і принципів міжнародного права та конституційного права<sup>287</sup> легалізував анексію Криму. Після «проголошення» незалежності Криму вже ввечері 17.03.2014 р. Президент РФ В. Путін прийняв указ № 147, який «визнав Республіку Крим», а вже на наступний день 18 березня Президент РФ та голови незаконних утворень в АР Крим та місті Севастополі укла-

<sup>284</sup> 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.

<sup>285</sup> Задорожній О. В. (ред.). (2014) *Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право*. Київ: К.І.С. 528.

<sup>286</sup> 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.

<sup>287</sup> Марусяк О. В. (2016) *Анексія Криму Російською Федерацією як злочин агресії проти України: міжнародно-правові аспекти*. Чернівці: Місто 121—132.

ди «Договір» між РФ і «Республікою Крим», яким оформлялася анексія Криму РФ. Цілком слушно Крістіан Вальтер характеризує цей весь процес, що «у випадку з Кримом відділення не було інструментом досягнення незалежної державності, а в якості перехідного кроку у процесі інтеграції в Росію»<sup>288</sup>.

Оскільки Конституція РФ передбачає певну попередню процедуру включення у склад федерації нових суб'єктів федерації, то така форма вирішення питання було сумнівна 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. Мережко відзначає, що анексувавши Крим, Росія при цьому порушила принцип естоппеля<sup>289</sup>, який пов'язаний із системою відносин щодо кордонів між Україною та Росією. Крістіан Вальтер відзначає, що проведення місцевого референдуму недержавними акторами на території, що підлягає потенційному виходу (*possibly seceding territory*), «виходить за рамки міжнародного принципу територіальної цілісності»<sup>290</sup>. Далі він зазначає, що Росія і її актори в Криму діяли у два кроки: 1) відокремлення і створення «Республіки Крим» як нової держави; 2) її вступ та інкорпорація у склад РФ. За фактичних умов «Республіку Крим» складно уявити суб'єктом, що відповідає всім критеріям державності (*all criteria for statehood*)<sup>291</sup>. Тим більше, у силу дискримінаційних практик у Криму протягом 1991—2014 рр. з боку місцевої публічної адміністрації щодо кримських татар та українців (на півострові існувало лише декілька десятків 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 життя 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 зло-

<sup>288</sup> Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). (2014) *Self-Determination and Secession in International Law* 298.

<sup>289</sup> Oleksandr Merezko. (2016). Crimea's Annexation in the Light of International Law. A Critique of Russia's Legal Argumentation. 2 *Kyiv-Mohyla Law & Politics Journal* 48.

<sup>290</sup> Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law* 300.

<sup>291</sup> *Ibid.* P. 300.

чин агресії та анексувала цей півострів від України, за що її вищі посадовці мають понести міжнародно-правову відповідальність.

### 3. Поділ влади та система стримувань і противаг

**3.1. 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 рішень<sup>292</sup>. Насамкінець, захист прав людини забезпечується у 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.

Основні елементи поділу влади сформульовані Джоном Локом, Шарлем Луї Монтеск'є, маркізом Кондорсьє. Структура конституційного порядку збалансована через наступні елементи, які мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

Згідно із фундаментальним правовим принципом суспільство немає 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 при монархіях 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.

Взагалі, ідея поділу державної влади на окремі інституції з притаманними їм функціями законодавства, управління та правосуддя може розгля-

<sup>292</sup> Лок Джон (2001) *Два трактати про врядування*. Київ : Основи 207—220.

датися у широкому і вузькому розумінні. В 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 влади, незалежності суду. У вузькому розумінні ідея поділу влад 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 настільки спеціалізація, диференціація владних функцій, наскільки забезпечення балансування і взаємного контролю у системі публічної влади. Це є ключове призначення 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 є небезпечною концентрація влади у парламентської більшості, яка концентрує у своїх руках кваліфіковану більшість мандатів та ухвалює 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 такому<sup>293</sup>:

*«З функціональної точки зору кожна з трьох гілок у принципі є компетентною у власній, визначеній сфері завдань: законодавцеві належить волевиявлення держави, від яких Основний Закон вимагає форми закону або які повинні змістовно врегулювати за допомоги права певну галузь державної діяльності. Виконавча влада уповноважена на виконання та конкретне застосування цих норм. Судочинство приймає рішення щодо конкретних справ на основі законодавчих настанов та за допомоги спеціальної техніки юриспруденції. З організаційної точки зору поділ державної влади на три частини проявляється у принциповій незалежності та відокремленості комплексу органів, які здійсню-*

<sup>293</sup> Катаріна Соботова. (2013) *Принцип правової держави*. Київ: ВАІТЕ 94.



*ють відповідну владу. Пов'язані з кадрами питання торкаються проблеми сумісності різних посад (несумісність, «свобода від конфліктів»).*

Вирізнення 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 у сфері публічного урядування стратегічне планування, здійснення регулювання певних сфер суспільного життя та здійснення регуляторної політики на основі закону. 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 принаймні втілюється через: 1) організаційну незалежність (у тому числі в кадрових питаннях); 2) незалежність у прийнятті рішень»<sup>294</sup>. Визначення конституційного статусу органів влади залежить від визначення предмета відання органів влади.

**3.2. Система стримувань і противаг.** Диференціація владних інститутів об'єктивно передбачає гарантії незалежності та безсторонності відповідного інституту влади. Якцо такий процес диференціації по горизонталі виражає поділ влади, тобто владних функцій, то диференціація по вертикалі є складнішою у силу принципу субсидіарності, тобто визначення масштабу повноважень певних рівнів публічної влади. З цього приводу Медісон зазначав так<sup>295</sup>:

*«...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 іншим... Амбіції мають реалізовуватися так, щоб протидіяти честолюбству».*

<sup>294</sup> Андраш Шайо (2001) Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва: БЕК 84.

<sup>295</sup> «...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.

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 по ухваленню текстів законів в ідентичній редакції обома палатами та процедура узгодження відповідних рішень — чи повторного схвалення, чи створення паритетної комісії палат по узгодженню тексту закону — підвищують якість законотворення та стримують політичні пристрасті народних представників. Також, вочевидь, не існує прямої кореляції між унітаризмом та федералізмом як причини запровадження бікамералізму. Якщо бікамералізм є чи не універсалією 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, при якій дається оцінка результатам політичної діяльності посадовця. Також до них може бути застосована процедура інтерпеляції — запиту до відповідального міністра, обговорення звіту якого може мати навіть наслідком вотум недовіри і розпуск уряду. 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 із обвинувальним вирок суду при вчиненні 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 вони 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 певного 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 становища 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 при здійсненні зовнішньополітичних прерогатив. Доволі часто при цьому пост міністра закордонних справ обіймає представник головного партнера по парламентській коаліції, що сформувала уряд. З цих питань акти президента підлягають контрасигнації прем'єр-міністром і міністром закордонних справ. При *президентській формі правління* зовнішньополітичні питання є прерогативою глави держави, а функція міністра закордонних справ є однією із ключових у президентській адміністрації. При *семипрезиденціалізмі* загалом також зовнішньополітичні питання 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. Ключовим тут виступає необхідність невідкладного використання главою держави (при президенталізмі) чи прем'єр-міністром (при парламентаризмі) прерогатив щодо відвернення прямої загрози національному суверенітету у разі зовнішньої агресії чи настання природних катаклізмів або техногенної катастрофи. Задля забезпечення конституційного порядку при використанні надзвичайних прерогатив важливим є парламентський та судовий конституційний контроль за вжитими заходами.

#### 4. Судовий конституційний контроль та незалежність суду

**4.1. Основні засади.** Стрижнем конституційної архітекτονіки, яка забезпечує реальний поділ влади, є судовий конституційний контроль. 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 влади<sup>296</sup>.

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 рамки. Вплив конституційної юстиції на розвиток правової системи є дуальний:

а) по-перше, при конституційному контролі 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, які не підлягають застосуванню на майбутнє. При цьому питома вага цієї санкції найзначніша серед конституційних санкцій у порівнянні з іншими галузями;

<sup>296</sup> Alder John. (2015) *Constitutional and Administrative Law*. 10<sup>th</sup> Ed. Palgrave Law Masters 381.

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 парламенту<sup>297</sup>, 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., яка передбачає низку інструментів концентрації влади урядом, 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 «коронаю правової держави»<sup>298</sup>:

*«Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, йому надається можливість звернутися в суд. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення в суд загальної юрисдикції».*

У такий спосіб захист прав і свобод людини набуває універсального характеру, в силу чого суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві.

<sup>297</sup> Андраш Шайо. (2001) Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва: БЕК 47—52.

<sup>298</sup> Ebers G. J. (1952) Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich. *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet*. München 269, 271.

Що стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду, то ця проблема тісно пов'язана із змістом процедури їх здійснення. Тут має місце розподіл функцій, які є подібні за природою, бо, як би не було, і парламент, і конституційний суд при наявній кодифікованій конституції, як це має місце у країнах із писаною традицією, здійснюють конкретизацію і деталізацію її положень. Однак вони здійснюють ці прерогативи у відмінний спосіб: парламент — формулює абстрактні положення, які регулюють типові життєві обставини, розраховані на невизначене коло осіб і невизначену кількість випадків; конституційний суд — керується 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 впливає із системного і телеологічного тлумачення конституції. Як парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у відмінний спосіб, що є нічим іншим як реалізацією конституції. Як справедливо зазначає Ондраш Шайо, існує необхідність збалансування втручання законодавця у суспільні відносини<sup>299</sup>:

*«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 гноблення краще, ніж непередбачуваність».*

У залежності від типу конституціоналізму виділяють дві моделі співвідношення юдикатури 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)<sup>300</sup>. 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*

<sup>299</sup> Там само. 208.

<sup>300</sup> *Keighly Case* [1607] 10 Co Rep 139.

здоровому глузду або виконання його неможливо, він підпадає під дію загального права, згідно з яким такий закон нечинний»<sup>301</sup>.

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 парламенту<sup>302</sup>. Таким чином, при судовій перевірці 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 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 судів<sup>303</sup>. Пізніше вже Ганс Кельзен обґрунтує нормативну модель ієрархії норм, на вершині якої знаходяться конституція, що потребує окремого механізму правового захисту через спеціалізовану судову установу<sup>304</sup>. У силу специфіки конституційної композиції конституційний судовий перегляд у багатьох конституційних моделях континентальної Європи є фактично введеним 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 у цілому або в частині можуть бути визнані антиконституційними. У такий спосіб конституційна юстиція переслідує двоєдину мету — захист конституційних цінностей та захист прав меншості від довільних рішень більшості.

**4.2. Незалежність суду та юдикатура.** У свій час про роль незалежного правосуддя Алексіс де Токвіль писав так<sup>305</sup>:

*«Велика мета правосуддя полягає в заміні ідеї насильства ідеєю права, в установленні правової перешкоди між урядом і силою, що ним використовується».*

<sup>301</sup> Dr. Bonham's Case, (1610), 8 Co. Rep.

<sup>302</sup> Alder John. (2015) *Constitutional and Administrative Law*. 10th Ed. Palgrave Law Masters 381.

<sup>303</sup> Водянніков Олександр. (2018) Трибунал для демократії. Виникнення і розвиток концепції органу конституційної юрисдикції в демократичній державі. *Публічне право*. Спецвипуск 47.

<sup>304</sup> Ганс Кельзен. (2003) *Чисте правознавство*. Київ: Основи.

<sup>305</sup> Токвіль Алексіс де (1992) *Демократія в Америці*. Москва: Прогресс 120.



Запровадження правосуддя здійснюється з метою запобігання свавіллю 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 викликає 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. Адже 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 України у відставці Миколи Козюбри, незалежність суду полягає принаймні у таких елементах<sup>306</sup>:

— 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 при здійсненні 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 інакший, ніж загальних судів. Така відмінність 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 Президенту не менше двох кандидатур на відкриту вакансію судді Конституційного Суду. Такі канди-

<sup>306</sup> Козюбра М. І. (2007) Принципи верховенства права та правова держава: єдність основних вимог. 64 *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки 7.

датури 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 досягнення граничного віку лише за результатами дисциплінарного розслідування за недостойну 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 право 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 законі<sup>307</sup>.

ii) *Незалежність суду та доктрина політичного питання*. Інший інструмент 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 нормативних 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 рамках<sup>308</sup>. Тому завданням конституційної юстиції є вирішення питання конституційності, тобто забезпечення верховенства конституції як акту установчої влади народу. Попри все, за справедливим міркуванням Ермакори, ефективність конституційної юстиції вимірюється за трьома критеріями: застосовності, легітимності та гарантованості<sup>309</sup>.

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 при вирішенні питання конституційності правових приписів перевіряє їх на предмет: відповідності Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам; чи не порушують вони права людини й основоположні свободи. Якщо такий правовий акт заподіює шкоду правам і свободам людини, Конституційний суд може прийняти рішення про зупинення його дії на час розгляду справи (§ 38 Закону Народної ради Словацької республіки про організацію Конституційного Суду Словацької республіки, його процедуру та статус суддів).

Як вважає член Конституційної ради Франції С. Вей, «самообмеження конституційного судді є виразом його бажання боротися проти всього, що

<sup>307</sup> Рекомендація CM/Rec (2010)12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. 2012 (12) *Вісник Верховного Суду України* 37—38.

<sup>308</sup> Mark Tushnet. (2009) *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press 19.

<sup>309</sup> Ermacora F. (1988) *Grundriss der Menschenrechte in Österreich*. Manzsche Verlag 30.

становить водночас його силу та слабкість: вільної інтерпретації Конституції»<sup>310</sup>. 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 «захищених прав»; доктриною позитивних обов'язків держави (*Drittwirkung, Horizontal Effect*)<sup>311</sup>. Як справедливо визнає Карл Санстейн<sup>312</sup>, важливою складовою верховенства конституції є забезпечення легітимності діяльності конституційних судів. Легітимність конституційної юрисдикції по забезпеченню верховенства Конституції лежить у площині співвідношення між межами самообмеження судової активності та концепції верховенства парламенту.

Таким чином, самообмеження конституційних судів зводиться до того, що суди обережно вирішують наступні категорії питань: а) зовнішньої політики; б) щодо підстав застосування надзвичайних засобів захисту конституції; в) щодо реалізації конституційного розсуду парламентом при законодавчому регулюванні; 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 вони порушують права і свободи людини. У такий спосіб конституційні суди дистанціюються від гострих питань перебігу політичного процесу.

**4.3. Моделі судового конституційного контролю.** Різноманітність моделей конституційного перегляду актів законодавчої і виконавчої влади зумовлено наступними факторами: а) особливостями організації судової системи; б) особливостями спеціалізації у судовій системі; в) наявності 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.

*і) Децентралізована модель.* Дана модель конституційної юстиції полягає у вирішенні конституційно-правових спорів у формі розгля-

<sup>310</sup> Вей С. (2002) Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді. 2 *Вісник Конституційного Суду України* 59.

<sup>311</sup> Шевчук Станіслав. (2007) *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат 153—211.

<sup>312</sup> Санстейн К. Р. (1997) Легітимність конституційних судів: заметки о теорії і практиці. 2(17) *Конституційне право: східноєвропейське обозрение* 31—33.

ду 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 вирішити його. З іншого боку, як засоби забезпечення основних прав розглядаються процедури *habeas corpus*, *writ of mandamus* тощо.

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 порушується 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 актів<sup>313</sup>. 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) захисту основних прав і свобод за процедурами *habeas corpus*, *habeas data*, *mandato de suguranca* та *mandato de seguranca coletivo*; г) позовів 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 посилення 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

<sup>313</sup> Козыринка А. Н. и Штатаина М. А. (ред.) (2003) *Административное право зарубежных стран*. Москва. Спарк 214.

щодо вирішення конституційних спорів: позбавлення основних прав, конституційності політичних партій, перевірки результатів виборів, імпічменту федерального президента, спорів між вищими державними органами, абстрактного судового контролю, конкретного судового контролю, конфліктів між федерацією та землями, зміщення з посади судді, конституційних спорів між землями, дій у сфері міжнародного публічного права, повноважень конституційних судів земель, застосування федерального права, розгляду конституційних скарг, інших спеціальних спорів згідно із законом<sup>314</sup>. 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 Німеччини<sup>315</sup>.

Згідно з Конституцією Словацької республіки Конституційний суд наділений широкими повноваженнями, оскільки у цій країні запроваджена 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):

а) 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,

б) розпоряджень Уряду, загальнообов'язкових правових актів міністерств та інших центральних органів державної адміністрації — Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, на укладення яких дав згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом, і законам;

с) 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;

<sup>314</sup> Kommers, Donald P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London: Duke University Press 10.

<sup>315</sup> Савчин М. В. (2009) *Конституціоналізм і природа конституції*. Ужгород: Поліграфцентр «Ліра» 42.

d) загальнообов'язкових правових актів місцевих органів державної адміністрації та загальнообов'язкових розпоряджень органів територіального самоврядування, що видаються відповідно до абзацу 2 статті 71 [Конституції], — Конституції, конституційним законом, міжнародним договором, оприлюдненими в порядку, встановленому законом, законам, 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 інше неконституційне або незаконне втручання у справи територіального самоврядування, якщо про їх захист не приймає рішення іншого суду.

Слід також врахувати 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 із 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.

## 5. 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 висвітлено три основні парламентські моделі: вестмінстерську, міністеріальну та раціоналізованого парламенту.

**5.1. Вестмінстерська система.** Британська модель відображає ідею суверенітету законодавчого органу при визнанні автономної правотворчої ролі судової влади. Конкуренція ідей конституціоналізм *versus* парламентаризм є специфічним феноменом в англо-американській правовій



традиції. Британський парламентаризм ґрунтується на суверенітеті парламенту, який наділяє повноваженнями уряд, який є підзвітний і відповідальний 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 володіли найвищою юридичною силою, 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 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 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 актами<sup>316</sup>.

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 білей шляхом визначення спікером так званих фінансових білей. Тому такий підхід пропонується генералізувати щодо розмежування законодавства, що може втілитися при наділенні спікера владою щодо визначення білей як конституційних<sup>317</sup>.

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

<sup>316</sup> Медушевский А. Н. (2005) *Теория конституционных циклов*. Москва: Изд. Дом ГУ ВШЭ 51.

<sup>317</sup> Russell M. (2000) *Reforming the House of Lords. Lessons from Overseas*. Oxford: Oxford University Press 276—278.

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 із сторін не погоджується на його зміну, продовжує чинність попередній звичай<sup>318</sup>. Британська система парламентаризму побудована на збалансованості влади — жодне примусове зупинення законів або виконання законів королівською владою без згоди парламенту є незаконним<sup>319</sup>.

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»<sup>320</sup>.

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, що чи міг британський уряд безпосередньо керуватися результатами голосування на національному референдумі, який схвалив вихід зі складу Європейського Союзу Сполученого Королівства. Суди підкреслили, що уряд має отримати належні повноваження 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 кранах вважається британський монарх, якого представляє генерал-губернатор. Інвеститура генерал-губернатора є формальною, оскільки британський монарх затверджує на

<sup>318</sup> Marshall G. (1984) *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford : Clarendon Press.

<sup>319</sup> Буквально:

«*The pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal*».

<sup>320</sup> Кросс Р. (1985) *Прецедент в английском праве*. Москва : Юридическая литература 25.

цей пост кандидатуру, запропоновану прем'єр-міністром, який репрезентує парламентську більшість.

### 5.2. Німецька модель раціоналізованого парламентаризму.

Німецька конституційна традиція ґрунтується на трьох основних цінностях-ідеях: класичному лібералізмі, соціалізмі та християнському природному праві<sup>321</sup>. 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 права<sup>322</sup>. Відповідно до Основного закону ці історично антагоністичні партії сформували дивовижну систему погодження інтересів, яка дозволяє враховувати спектр громадської думки при здійсненні політичних заходів. При такій системі ВДП відстоює класичні ліберальні права і свободи, СДПН — принцип соціальної держави шляхом утвердження соціальної функції власності та соціалізації економічних ресурсів, християнська традиція — шляхом примноження громадських (*communal*) гарантій системи заходів (урядового курсу) щодо захисту шлюбу і сім'ї, права батьків на освіту їхніх дітей, інституційні прерогативи традиційних церков. 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 низки проблем, які накопичуються — екологічні питання та збереження довкілля, міграційне питання та нерівномірний розподіл економічних зобов'язань у рамках ЄС тощо.

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 довірливих 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 при конструктивному вотумі поряд із сильним конституційним судом, то німецьку модель ще можна охарактеризувати як раціоналізований парламентаризм. Подібного роду модель

<sup>321</sup> Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 31.

<sup>322</sup> *Ibid.* 31—32.

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 закріплено 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 володіє найвищим ступенем легітимності в механізмі державної влади Німеччини. Підкреслюється, що парламент являється «інституційним центром політичного життя ФРН»<sup>323</sup>. По суті рішення приймаються поза стінами парламенту політичними партіями; парламент відіграє роль національного форуму, на якому ці рішення узгоджуються, що підкреслює Теодор Маунц. В 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 ФРН являється федеральний уряд. Уряд не пов'язаний директивами інших органів. Формування Федерального уряду здійснюється за процедурою конструктивного вотуму, оскільки Бундестаг може бути розпущено президентом. Бундестаг на основі сформованої більшості пропонує кандидатуру канцлера, яку затверджує президент. Парламентська відповідальність уряду обмежена конструктивним механізмом згідно 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 йдеться 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.

<sup>323</sup> Röhring Hans-Helmut, (1970) Sontheimer Kurt. *Handbuch des deutschen Parlamentarismus*. Piper 101.

**5.3. 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 консерватизму<sup>324</sup>.

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 проект 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 проекту 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 легітимності цього процесу<sup>325</sup>.

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 вплітається у мереживну структуру Європейського Союзу (ст. D). Також можна відзначити 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 посиляються 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 другого боку, послаблено роль Конституційного суду, оскільки він здійснює переважно функції превентивного конституційного

<sup>324</sup> Jakab A., Sonnevend P. (2012) Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. 72 *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 81—85.

<sup>325</sup> 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).

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 покладені 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 другого 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 відзначити розширення можливостей щодо захисту прав людини за допомогою конституційної скарги. Це відкриває широкі можливості для можливості контролю Прем'єр-міністром над діяльністю однопалатних Національних зборів. На відміну від Німеччини в Угорщині немає таких запобіжників авторитаризму, як двопалатний парламент та сильний конституційний суд.

## 6. Президентіалізм та змішані моделі

**6.1. Президентські системи.** Згідно із Джованні Сарторі ми отримуємо модель президентіалізму у чистому вигляді за умови додержання наступних 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 уряд<sup>326</sup>. Слід також додати, що президент не може розпустити легіслатуру (Конгрес), а також доволі сильні позиції конституційної юрисдикції. До основних президентських моделей слід віднести наступні: американський президентіалізм; латиноамериканський та російський суперпрезидентіалізм.

*i) Американський президентіалізм* характерний жорстким поділом влади, який включає наступні 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

<sup>326</sup> Сарторі Джованні (2001) *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк 80.

доповнюється композицією Конгресу як загальнонаціональної легіслатури. З цієї 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 розпуск 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 рр. корегує зовнішній політичний курс Президента Дональда Трампа.

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 закріплені 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. У силу специфіки 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 переважанні ролі президенства у механізмі публічної влади вона рухається у сторону суперпрезидентства. Зокрема, це проявляється у надмірних законодавчих повноваженнях президента, що яскраво характеризує наступний вираз<sup>327</sup>:

<sup>327</sup> Rosenberg Michel, Sajo Andras. (2010) *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».



*«...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 часті виконавча влада допускає маніпуляції складом верховних судів, які здійснюють функції конституційного правосуддя за американським взірцем. Слабкі політичні партії, якими маніпулює виконавча влада, переважно демонструють клієнтелізм та підкуп виборців.

Стосовно особливостей функціонування латиноамериканських моделей Джованні Сарторі наголошує, що<sup>328</sup>:

*«Завжди ризиковано відокремлювати політику від її економічної, соціальної і культурної основи. І у випадку з Латинською Америкою... складнощі 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 служать джерелами конституційних криз, які породжені приходом до влади популістів, на що їхні системи правління не мають наразі адекватних механізмів вирішення в силу слабкості інститутів конституційної юстиції та патрон-клієнтської практики політичних партій, що лише заохочує корупцію в урядових структурах. Тому марно Хуан Лінц говорить про жорсткість президентських систем, яким бракує гнучкості при подоланні конституційних криз<sup>329</sup>.

*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 «виведений» із системи законодавчої, виконавчої та судової влади на нього покладаються функції по забезпеченню 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

<sup>328</sup> Сарторі Дж. Вказ. граця 87.

<sup>329</sup> Linz Juan. (1990) The Perils of Presidentialism. 1 *Journal of Democracy* 51—69.

традиції, така влада володіє порівняно високим ступенем 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 Президентом свідчить про надзвичайно гіпертрофовану роль інституту президента у механізмі публічної влади РФ. Йдеться про існування фактичного суперпрезидентціалізму, який виходить за рамки французького прототипу семіпрезидентціалізму, про який зазначено нижче.

**6.2. 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 країнах. Насправді першим прототипом напіпрезидентціалізму є Веймарська республіка, якій були притаманні такі риси: i) 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 Рейхстагом<sup>330</sup>. Далі Сарторі виділяє такі ознаки напіпрезидентського правління<sup>331</sup>:

*(I) Глава держави (президент) обирається на основі всенародних виборів, прямим чи непрямым 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 виконавчої вла-*

<sup>330</sup> Сарторі Дж. Вказ. праця. 121.

<sup>331</sup> Сарторі Дж. Вказ. праця. 125.

*ди 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 деліберативна 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 служити відносини між Президентом Франсуа Міттераном та Прем'єр-міністром Жаком Шираком).

Для французького семіпрезидентціалізму характерна дорадча модель Конституційної ради. Зокрема при перевірці президентських ордонансів, що мають силу закону, застосовується 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 семіпрезидентціалізм давав змогу більш витончено забезпечити взаємодію між парламентом та урядом. У постсоціалістичних країнах характерною рисою семіпрезидентціалізму 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 володіє низкою 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 Палати представників Хорватського Сабору.

iii) *«Структури повсякденності» пострадянського простору та семіпрезидентціалізм (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 при Ісламі Керімові) чи зняттям конституційного положення про обмеження перебування однієї особи на посаді (Білорусь, Казахстан), або використання формули про заборону однієї особи перебувати на посаді два строки підряд (таку формулу використовує у Росії Владімір Путін з 2000 р. дотепер, який здійснює сьогодні свою каденцію вчетверте з перервою на одну каденцію в якості 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 до тепер). Зважаючи на ці особливості, ці країни часто характеризують як суперпрезидентські республіки.

## 7. Виконавча влада: концепція Regulatory State

**7.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному праві.** Даний 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 доволі є 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.

*і) 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 досягається 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. В 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 упущення (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 кореспонденції та інших засобів комунікації приватних осіб є важливою конституційною гарантією. Це 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 влади<sup>332</sup>.

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. При конкретизації законів чи виконання вимог органу вищого рівня має бути ухвалене рішення, яке засновано на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутність змісту основного права не може бути порушено при здійсненні 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, у залежності від соціальної інфраструктури публічна адміністрація, наприклад Пенсійний фонд України, має конкретизувати по-

<sup>332</sup> Див.: *Klass and Others v. Germany, Big Brother Watch v. UK.*

ложення закону, спрямовані на забезпечення функцій соціального забезпечення. Наприклад, у разі настання надзвичайних економічних обставин можна визначити наступний 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, 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'язано 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 розсуду<sup>333</sup>.

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 регулювання<sup>334</sup>:

*«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*

<sup>333</sup> Ріхтер І., Шупперт Г. Ф. (2000) *Судебная практика по административному праву*. Москва: Юристъ 127.

<sup>334</sup> 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.



*так само треба дотримуватися й у прийнятті постанов або адміністративних приписів. Також у відношенні до 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 регуляторних органів держави, а тому потребують здійснення за використанням цих прерогатив парламентського контролю з метою недопущення зловживань та попередження і припинення порушень прав людини.

Вирішальним при цьому стає, як пише Ебергардт Шмідт-Ассманн<sup>335</sup>, 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 інтересами держави;

д) процедурній забезпеченості компетентних органів держави у досягненні цілей забезпечення економічного добробуту населення.

**7.2. 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.

<sup>335</sup> Там само. 236, 232—234.

*i) 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.

*ii) Делегування повноважень, визначене у законі.* Тут йдеться про закони, які мають переважно рамковий характер, доручаючи виконавчій владі врегульовувати 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 є важливим 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 по контролю за діяльністю агентства. Вони можуть віддати перевагу, щоб адміністрування агентств підлягало судовому контролю, зокрема шляхом подання приватними особами позовів проти агентств.

По-друге, делегація є способом передачі завдання по складному 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 впевненому, що підтримуюча коаліція в законодавчому органі зазвичай вносить урядові законопроекти<sup>336</sup>.

**7.3. 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 політика — адміністрація заснована на ідеї демократичного контролю та принципові 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 скоріше 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.

<sup>336</sup> Michel Rosenberg and Andras Sajó (2010) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press 673—674.

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 груп<sup>337</sup>.

Незалежна публічна адміністрація запроваджується для ухвалення рішень регуляторного характеру на конкретизацію і деталізацію положень законів. Це може бути зумовлено необхідністю надання свободи розсуду публічній адміністрації для врегулювання економічних питань, які потребують залучення експертного середовища та пов'язаних із досягненням наукового-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 при умови додержання стандартів ретельного розслідування обставин порушення ними стандартів безсторонності і незалежності при ухваленні рішень. Також має значення регулювання в законі або в кодексі адміністративних процедур порядку розробки та розгляду проектів регуляторних актів, їх прийняття та оприлюднення. У зв'язку із цим має існувати задовільна система оскарження та судового перегляду регуляторних актів.

**7.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава.** Оскільки регуляторна діяльність пов'язана тісно із 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 отримав назву конституційної економіки згідно із Джеймсом Б'юкененом.

*і) Концепція трансакційних видатків Річарда Коуза.* Дана теорія<sup>338</sup> 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

<sup>337</sup> Т. Верхейн (ред). (2001) *Политико-административные отношения: кто стоит у власти?* Москва: Права человека 6—7.

<sup>338</sup> Коуз Р. (1993) *Фирма, рынок и право.* Москва : Дело.

економічної діяльності, квотуванням виробництва певних видів продукції, надання дозволів на будівництво чи сертифікацією товарів, послуг. Згідно з цією теорією втручання держави має бути 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. Познером<sup>339</sup> 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 Тоуфай<sup>340</sup>, які розглядають в такій якості конституційні цілі по обмеженню влади та гарантій прав людини, як критерій 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 порушено. 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 адміністрації<sup>341</sup>. Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі

<sup>339</sup> Познер Р. (2004) *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. Санкт-Петербург 829—838.

<sup>340</sup> Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. (2015) *Economic Methods and legal reasoning*. University of Muenster 1—17.

<sup>341</sup> 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.

економічний розвиток в рамках економічних циклів<sup>342</sup>. На циклічній природі економічних процесів наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв<sup>343</sup>. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоетичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що служить запобіганням випадків ентропії у формулюванні правил<sup>344</sup>, 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 взаємодоповнюваними<sup>345</sup>.

**7.5. Судовий контроль та регуляторна держава.** Саме заснування незалежних регуляторних агентств передбачає, що суперечності щодо законодавчого регулювання та його конкретизації у регуляторних актах визначаються через судовий перегляд відповідних правових актів. Це доволі складне питання поглиблюється різноманітністю моделей конституційного контролю та організації судів загальної юрисдикції. При континентальній системі 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.

<sup>342</sup> 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.

<sup>343</sup> 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.

<sup>344</sup> Луман Ніклас. (2004) *Общество как социальная система*. Москва: Логос 29, 67.

<sup>345</sup> Томаш Седлачек, (2017) *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева.

---

## Тема 8

# СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

1. Співвідношення національного та 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.

### 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 за захистом до міжнародних правозахисних установ зумовлюють орієнтацію національних держав на загальновизнані принципи і норми міжнародного права.

**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»<sup>346</sup>, а такий спір є «загалом нереальним, штучним і далеким від суті»<sup>347</sup>. При характеристиці такого 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

---

<sup>346</sup> Маланчук П. (2000) *Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом*. Харків: Консум.

<sup>347</sup> Fitzmaurice G. (1957) *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of Rule of Law*. RdS.



два відносно самостійні правопорядки і для того, щоб міжнародне право могло виконувати свої завдання, воно «постійно повинно звертатися за допомогою 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 шляхом 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.

Також можливий вплив національного права на міжнародне через звичаєве право окремих держав. Згідно ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН міжнародний звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми» у випадку, коли його визнали два або більше держав при вирішенні 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 відношення до міжнародного звичаєвого права «було ще більш настороженим». Лише з 1960-х рр. в СРСР поступово почали визнавати перевагу норм міжнародного договірною 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 рішень 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. У залежності 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 було зумовлено 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 скоріше як виняток, як певний «правовий феномен», як чужорідне тіло.

Зарубіжні доктрини визнають міжнародне право в якості «включеної» частини 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).

**1.2. Механізм трансформації міжнародного права у національну правову систему.** Аналіз приведених думок свідчить, що дуалістична і моністична доктрини співвідношення міжнародного права та національного права не маже 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 та 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 міжнародного співробітництва, політики взаємності держав. Відповідно до ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів держава-учасник «не може посылатися на положення свого внутрішнього права для виправдання своєї неспроможності виконати договір». Аналогічне правило сформульовано у судовому прецедентному праві. Зокрема, у справі про вільні зони (1995) Постійна палата міжнародного правосуддя заявила: «Не може бути ніяких сумнівів у тому, що Франція не може спиратися на власне внутрішнє законодавство, щоб обмежити обсяг своїх міжнародних зобов'язань».

Також національні конституції та поточне законодавство 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 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 норм і загальноновизнаних 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.

Із цих причин виникають гострі проблеми, які необхідно вирішити, а саме: сумісності суверенітету держави та природи влади наддержавних об'єднань і міжнародних організацій; допустимість обмеження суверенітету держави і відмова від ідеї абсолютного суверенітету; механізми забезпечення інтересів різних держав у контексті загальнолюдських інтересів; ефективність норм та процедур міжнародного права тощо.

Вплив міжнародного права на національні правові системи визначається насамперед через конституційний механізм визнання чинності його норм. Відповідно до цього норми міжнародного права стають невід'ємною частиною національного законодавства. Разом з тим, існує специфіка визнання юридичної сили міжнародного договірного (статутного) права та загальновизнаних принципів міжнародного права.

Відповідно до Заключного акту НБСЕ 1975 р. принцип добросовісного виконання зобов'язань по міжнародному праву при здійсненні своїх суверенних прав, в т.ч. право встановлювати закони та адміністративні правила, держава узгоджує свої дії та рішення зі своїми міжнародно-правовими зобов'язаннями. Згідно цих положень 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, при умові, що порушення було явним і стосувалося норми його внутрішнього права особливо важливого значення.

Таким чином, міжнародне право накладає на держави лише обов'язки, а порядок їх реалізації визначається національним правом, якщо інше не застережене у міжнародній правовій нормі. 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 визначається 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 пе-

ретворення норм міжнародного права у норми національного права називають трансформацією. Відповідно до цього нормі міжнародного права надають статус національного права.

Існують механізми прямої та відсильної трансформації норм міжнародного права. При прямій трансформації, яку ще іменують інкорпорацією, міжнародний договір підлягає ратифікації і він набуває чинності з моменту офіційного опублікування. У випадку відсильної трансформації у законі говориться, що ті чи інші його положення будуть застосовуватися відповідно із певним договором і що у визначених випадках необхідно застосувати певний закон. Наприклад, у ст. 16 Конституції Португалії передбачено: «Правила, що містяться у Конституції і законах і стосуються основних прав громадян, повинні тлумачитися відповідно до Загальної декларації прав людини».

**1.3. Інтернаціоналізація конституційного права та конституціоналізація міжнародного права: основні тренди.** При цій взаємодії акцент здійснюється на реалізацію та гарантії прав людини, які є головним критерієм визнання, чинності та ефективності інститутів, правил і процедур.

*і) Вертикальна структура.* Вертикальна структура конвергенції зумовлена цілями конституції по обмеженню влади та забезпеченню 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 сторону 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 за різними інструментами — федералізм, автономізація, права корінних народів. Адже 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 скоріше притаманна для *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 достойно 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 зворотній 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).

## 2. Багаторівневий конституціоналізм ЄС та конституційний патріотизм

**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 другого боку, *Лісабонський договір заснований на повазі до національної конституційної традиції* (28 національних конституцій і сам Лісабонський договір), про що йдеться у статті 6 Договору про функціонування ЄС.

Водночас, глобалізація та регіоналізація цілком розкрила інституційну та функціональну кризу ЄС. З інституційної точки зору, є проблемним наявність трьох законодавчих інститутів — Європарламенту, Ради ЄС і Єврокомісії, що сприяє надмірній забюрократизованості 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, громадянства у конституційних демократіях

забезпечує ідентичність та консолідацію суспільства. Вони мають бути якомога скоріше 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 володіє верховенством 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 ЄС.

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 при творенні Конституції для Європи, яка зазнала невдачі в зв'язку із діалогом правових культур у рамках Співтовариств, що пізніше переросло в установчий процес, наслідком якого стало ухвалення Лісабонського договору 2008 року.

**2.2. Мереживо-центрична 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 важливим 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. Дане 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 ЄС<sup>348</sup>. 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 засадами конституційного порядку. Критично важливим має значення конституційна юриспруденція, яка у сенсі прецедентного права ЄСПЛ визнається в якості складової національних засобів правового захисту (*domestic remedy*) при умові існування інституту конституційної перевірки індивідуальних скарг (*amparo, Verfassungsbeschwerde*). При відсутності казуального контролю норм законодавства засоби конституційної юрисдикції не розглядаються в якості інструмента *domestic remedy*. У будь-якому разі, попри різні дискусії стосовно співвідношення національних конституцій та положень Конвенції, конституційні суди схильні до міжнародно-конформного тлумачення конституційних положень<sup>349</sup>.

Багаторівневий конституціоналізм є викликом національній конституційній традиції, він виступає інколи антитезою національної правової ідентичності, що послужило джерелом приходу до влади у низці європейських країн крайніх правих та консерваторів. Ці чинники нагнітають невизначеність 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 р. німецький Федеральний конституційний суд у

<sup>348</sup> Грицаєнко Л. Л. (2011) Юридичні механізми приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 597. *Правознавство* 61.

<sup>349</sup> Бірмонтъєне Т. (2013) Значення судового конституційного контролю для розвитку права. З *Вісник Конституційного Суду України* 130—145; В. Кампо, М. Савчин, Н. Сергиєнко. (2010) Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года и Конституционный Суд Украины (отдельные аспекты международно-конформного толкования Конституции Украины). З *Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь*. 144—156.

*Maastricht case* сформулював доктрину 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) поділу влади по вертикалі та субсидіарності; б) поділу влади по горизонталі та забезпечення 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.

**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 у силу поєднання міжнародно-правово-

го 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. У силу такої системи відносин складається багаторівневий конституціоналізм, який ґрунтується на субсидіарності, децентралізації влади та вирівнюванні 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.* При вступі держав у певні міждержавні чи наднаціональні інституції виникає низка питань, пов'язаних із реалізацією національного суверенітету та здійсненням зовнішньополітичного курсу національних держав у контексті багаторівневого конституціоналізму<sup>350</sup> чи конституційного плюралізму. У цьому відношенні знаменним є аналіз проф. Райнера Арнольда стосовно співвідношення юрисдикцій Федерального конституційного суду ФРН, Європейського палацу правосуддя та ЄСПЛ, що передбачає урахування певних економічних, політичних, соціальних та культурних факторів в ухваленні юридичних рішень<sup>351</sup>.

За таких умов питання національного суверенітету набуває нових сенсів, оскільки держава не завжди здатна належно забезпечити гідність індивіда, зважаючи на обмежений доступ до ресурсів та підвищення вимог сталого розвитку суспільства, яке вступає в стадію розвитку високих інформаційних технологій, з якими пов'язані якості послуг, зокрема і публічних послуг, за якість яких несе відповідальність публічна влада. Звідси, впливають вимоги якості до законодавства, управління і правосуддя. Також є різною вага інститутів судового конституційного контролю, яким доволі часто приходиться конкурувати із традиційними проявами доктрини суверенітету парламенту.

*ii) Конституційні засади міжнародного співробітництва України (статті 17, 18 Конституції України).* Відповідь на питання про межі

<sup>350</sup> Pernice, Ingolf. (2009) The Treaty of Lisabon: Multilevel Constitutionalism in Action. 3(15) *Columbia Journal of European Law* 349—407.

<sup>351</sup> 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.

можливих поступок України при укладанні міжнародних договорів України та вирішення питання про ступінь делегування частини суверенних повноважень держави опосередковано визначає Основний Закон. Хоча Конституція і прямо не встановлює процедури делегування таких повноважень, однак хоча б критерії меж його здійснення визначено у загальних рисах.

Насамперед, необхідно звернути увагу на те, що при укладанні міжнародних договорів 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 при використанні 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 «ліквідація незалежності» держави. Оскільки згідно зі статтею 159 Конституції України законопроект про внесення змін до Конституції перед розглядом парламентом підлягає попередньому конституційному контролю, дана 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 третя скоріше за все — ні, оскільки доктрина кооперативного федералізму означатиме реалізацію Україною власного суверенітету через інституції ЄС — для цього може бути достатньою інтерпретація Конституції у світлі 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 висунення територіальних претензій. Право на самооборону також включає заходи щодо поновлення територіальної цілісності України.

Згідно з Конституцією територія України у межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною. 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 внутрішньополітичними факторами, що ставить перед державою завдання по формуванню ефективних владних інституцій, формування єдиної, гнучкої правової системи, яка містила б механізми її зближення із загально-визнаними принципами і нормами міжнародного права, а також механізми її уніфікації у відповідності 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 політичній 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 в якості обов'язкового 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 при здійсненні 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 при ухваленні висновку № 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 служать 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 європейської інтеграції Закон № 2680-VIII визначає цілі державної політики, орієнтуючи зовнішньополітичний курс на «підтвер-



дж[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 рамках 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 даному випадку реалізація європейського курсу інтеграції України цілком залежатиме від бажання Європейського Союзу включити у свій склад України, 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'язано із трактуванням змісту національного суверенітету. Для України вирішення цього питання можливе у рамках трьох доктрин природи ЄС як асоціації суверенних держав, наднаціонального об'єднання *suī generis* та кооперативного федералізму. Згідно 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 засад субсидіарності при прийнятті 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 ДпФЄС 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 в склад ЄС залежатиме від результатів суспільно-політичних дебатів, зміст яких певною мірою наповнюватиме доктрина конституційного і міжнародного права в Україні.

**2.4. Концепція Solange і допустимі межі самообмеження суверенітету держави.** 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 зворотній вплив на інститути захисту прав людини в рамках Ради Європи та ЄС. З точки зору конституційної систематики, багаторівневості та мереживності 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.

### 3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції

**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 оперува-

ти 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 прогалин у законодавстві, оскільки така відмова є ніщо іншим як запереченням сутнісного змісту основного права. Таким чином, природа конвергенції судових юрисдикцій насамперед полягає у застосуванні загальних принципів права в якості інструмента аргументації судових рішень. Принципи права закладають певні загальні і спільні стандарти в інтерпретації норм права. Вони служать засобом подолання колізій і прогалин у законодавстві, оскільки у багатьох національних правопорядках закріплені формули, згідно з якими суд не може відмовити у правосудді навіть при наявності певних недоліків законодавства — він має при цьому керуватися загальними принципами права.

Принципи права служать своєрідним містком обміну кращими практиками судових рішень певних правничих проблем. Така конвергенція може здійснюватися 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 соціальний 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 совіцького та нацистського режимів із їх чисельними 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 при здійсненні судового конституційного контролю.

**3.2. Конкуренція судових юрисдикцій.** Конвергенція також породжує і конкуренцію між судовими юрисдикціями. У залежності від особливостей національної правової системи суди по різному схильні зважувати конституційні цінності та принципи. Конкуренція юрисдикцій може виникати по різних лініях, 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 в залежності 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. Імплицитно 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 у національну правову систему. 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 ставлення до міжнародних договорів при тлумаченні 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 усталено підходу ЄСПЛ при 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 при вирішенні справи і скоріше 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, усунутої з посади президента у порядку імпічменту. Тому при вирішенні таких спірних питань і наданні пріоритету певним підходам в ухваленні юридичних рішень, вимоги поваги до гідності людини мають мати вирішальне значення для формування спільної 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.

**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 би здійснювали додатковий контроль додержання державами своїх обов'язків у сфері прав людини. У контексті права міжнародних договорів суверенні держави при ратифікації договору 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 в якості 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 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 в якості 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.

*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*).

*Міжнародно-конформне тлумачення Конституції та принцип дружнього ставлення до ЄКПЛ та практики ЄСПЛ.* Відповідно до принципу верховенства Конституції (стаття 9) міжнародні договори, згода на

обов'язковість яких надана Верховною Радою, є невід'ємною частиною національного законодавства. Водночас, згідно зі статтею 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів держава не може посила-тися на недоліки поточного законодавства як на підставу неможливо-сті невиконання власних зобов'язань згідно із вимогами міжнародних договорів. Звідси випливає 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 практи-ки ЄСПЛ. Так, КСУ при розгляді справи про **судовий контроль за госпі-талізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу (рішення КСУ № 2-рп/2016)** аналізував ситуацію із загальною конституційною клаузулою про заборону свавільного позбавлення свободи особи (стат-тя 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 світлі чого і має інтерпретувати відповідне конституційне положення:

*«Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнарод-них договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжна-родними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, зокрема Європей-ським 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 при розгляді 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 до-говору через призму інтерпретації КСУ Конституції у своїх рішеннях.

## 4. Нові технології, біоетика та права людини

**4.1. Вплив біоетики на сутнісний зміст прав людини.** Гідність демо-кратичної легітимації передбачає повагу прав меншин у контексті принци-пу 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 прин-

ципом 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). Таким вимогам має 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 якого 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.

*і) Нормативний та ціннісний виміри.* Принцип заборони «*medical experimentation without consent*» є основоположним у світлі гідності людини, оскільки він спрямований на забезпечення фізіологічної та психологічної цілісності індивіда. Принцип згоди є вирішальним при опануванні 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 Лавацца<sup>352</sup>:

*«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 у психіатричний заклад (рішення № 2-рп/2016), в якому наголосив про те, що особу не може бути позбавлено свободи свавільно, а у разі наявності в неї психічного захворювання, то 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 її у такий заклад та застосування адекватних методів лікування. У цьому аспекті також говорять про психологічну цілісність

<sup>352</sup> Lavazza A (2018) Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis. *Frontiers in Neuroscience*. 12:82. P. 3. doi: 10.3389/fnins.2018.00082.



особи як неприпустимість неправомірного впливу на нейронний рівень розрахунків людини<sup>353</sup>:

*«Має бути забезпечено конкретний нормативний захист від потенційного неврологічного втручання, що передбачають несанкціоновану зміну нейронних розрахунків людини та потенційно призводять до прямої шкоди потерпілому»*

За таких ситуацій йдеться 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 по дослідженню геному людини з метою складання загальної карти та збору бази даних якомога широкого 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 детальної інформації про структуру, організацію та функціонування повного набору людських генів. Цю інформацію можна розглядати як основний набір успадкованих «інструкцій» для розвитку і функціонування людини<sup>354</sup>. 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 евгеніку шляхом формування чистої «арійської нації». Натомість згідно зі ст. 8 Загальної декларації біоетики та прав людини, яка визначає, що:

*«В 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»*

<sup>353</sup> Ienca, M., and Andorno, R. (2017). Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sci. Soc. Policy* 13:5. doi: 10.1186/s40504-017-0050-1.

<sup>354</sup> National Human Genome Research Institute. URL: <https://www.genome.gov/12011238/an-overview-of-the-human-genome-project/>.

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 групами<sup>355</sup>. У якості реакції 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 Таліта де Мораїш та Педру Монтейру вразливість людини походить від латинського терміна «*vulnerabilis*», який означає «щось, що є викликає пошкодження, травму». На цьому побудована ідея цілісності особи (інтегративності, *untouched, integral*), що визначає певні якості поведінки із особистістю<sup>356</sup>, 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 згоди<sup>357</sup>. Це передбачає виконання принципу автономії як спроможність до самовизначення та відкидання патерналістського протекціонізму. Як зазначає Джонатан Герінг та Джес Волл, при лікуванні 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 його<sup>358</sup>.

*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 сторону ефективного та дієвого захисту прав людини. Відповідно до цієї концепції ніякі положення Конвенції не можуть тлумачитися чи застосовуватися у таких спосіб, щоб вони порушували сутнісний зміст конвенційних прав. Основними орієнтирами при цьому служать 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

<sup>355</sup> Олександр Водяніков (2018) Генеалогія поняття людської гідності в конституційному праві 9 *Право України* 46—47.

<sup>356</sup> Talata CavalcanteArruda de Moraes, Pedro Sadi Monteiro (2017) Concepts of human vulnerability and individual integrity in bioethics. 25 *Rev. Bioet.* 2 <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252191> URL: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422017000200311&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422017000200311&script=sci_arttext&tlng=en).

<sup>357</sup> Beauchamp TL, Childress JF. (2012) *Principles of biomedical ethics*. 7<sup>a</sup> ed. New York: Oxford University Press.

<sup>358</sup> Jonathan Herring, Jesse Wall (2017) The Nature and Significance of the Right to Bodily Integrity. 76(3) *The Cambridge Law Journal* 566—588.

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 ствольними клітинами і ряд інших<sup>359</sup>.

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 при проведенні наукових досліджень, так і при поданні та використанні їх результатів, повинна бути предметом особливої уваги, коли йдеться 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 розладами, зокрема, у залежності від віку — думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи.

#### **4.2. Сучасна юриспруденція стосовно сутнісного змісту біоетики.**

Згідно з концепцією живого права міжнародні суди універсальної та регіональної юрисдикції притримуються підходів, в яких закладено захист уні-

<sup>359</sup> Г. Ю. Гулевська, С. М. Сергеева (2011) Біоетика та права людини: міжнародно-правовий аспект. *Форум права* 3.

версальних цінностей неприпустимості свавільного втручання у цілісність особистості; подібних позицій притримуються 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 при здійсненні права на аборт, не порушуючи при цьому вміщеного у статті 8 права вагітної жінки на приватне життя (*Брюггеманн 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 р. французький Центр репродуктивних прав подав скаргу до Європейського суду з прав людини у справі *Vo* проти Франції. Справа виникла через інцидент із французьким лікарем, який помилково 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 р., 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 ембріону людини. Чоловік і жінка уклали контракт, згідно з яким 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 при вирішенні справи 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 договірної права в галузі репродуктивних наук, які були схвалені судовими інстанціями Сполученого Королівства та ЄСПЛ, оскільки «вони можуть перекривати 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*)<sup>360</sup>.

*ii) Питання абортів та штучного запліднення у судовій практиці.* Су-перечливе конституційне питання щодо абортів пройшло складну еволюцію від кримінальної відповідальності за аборти до захисту приватної автономії при 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 життя<sup>361</sup>. Це загалом складні питання, які стосуються як 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 свобода віросповідання, які цілком можуть бути застосовані до цього випадку. У цій справі у вагітної 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, при якій людина не може повноцінно розвиватися. У цій справі ЄСПЛ наголосив:

*«...тут був цілий ряд недвозначних 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 тижневу 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 вона повинна була думати про те, як вона та*

<sup>360</sup> 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.

<sup>361</sup> Michel Rosenfeld, Andras Sajó (2010) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press. 1065, 1071.

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 технологій<sup>362</sup>. 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 світлі конституційних цінностей. У першій третині у США, а також у нацистській Німеччині евгеніка та пов'язані із нею засоби (стерилізація, певні узгоджені цивільні союзи тощо) розглядалися 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 привести інші приклади, які стосувалися подібних проблем. Після засудження злочинів проти людяності і миру нацистів 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. При розгляді справи *Roe v Wade* було сфор-

<sup>362</sup> Michel Rosenfeld, Andras Sajó (2010) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. 1146.

мульоване правило щодо захисту життя вагітної у першому триместрі та застосування абортів. Справа *Hecht v Superior Court* стосувалася розмежування між народженням *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»<sup>363</sup>. Однак попри визнання та законодавче регулювання евтаназії в окремих країнах (Нідерланди, Данія), не існує певної тенденції до можливості застосування припинення підтримки життя людини навіть при невиліковній хворобі, яка може приносити особі нелюдські страждання, або призводити життя особи до умовного овочу, що є малосумісним із людською гідністю. Такі ситуації також можна охарактеризувати як своєрідне «рішення Бога».

Європейський суд з прав людини у справі *Pretty v United Kingdom* (2002) сформулював підхід, згідно з яким подібні дилеми вирішуватимуться при 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 воно 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 би дозволяла припиняти підтримку для особи, яка страждала 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 набути 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.

<sup>363</sup> Deryck Beylveled and Roger Brownsword, (1998) *Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics*. 61 *Modern Law Review* 661.



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, кріозберігаючих технологій. Згідно із концепцією *fiduciary duties* (фідучіарних обов'язків) та принципом поінформованої згоди у біомедичних дослідженнях, сформульованих 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.

## 5. Конституціоналізм та перехідна юстиція

**5.1. Традиційні стандарти забезпечення перехідної юстиції у світі ліберального верховенства права.** Після падіння військових дикатур 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 минулі їх злочини, скоєні ними під час диктатури в умовах молодої 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 наступне:

*«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 такого), а також окремі дії з судового переслідування, відшкодування шкоди, встановлення фактів, інституційної реформи, попереднього огляду та припинення справ, або поєднання вищеписаних дій».*

Стенфордська філософська енциклопедія під перехідною юстицією розуміє наступне<sup>364</sup>:

«...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 минулих несправедливостей і на шляху до (пере)утворення гідного громадського порядку».

В якості елементів перехідної юстиції ця Енциклопедія передбачає життя таких заходів: 1) створення надійних баз даних про минулі порушення прав людини; 2) створення функціональної, професійної бюрократії та публічної служби; 3) допомога жертвам переслідувань у реабілітації їх життя; 4) припинення насильства та зміцнення стабільності. Попри різне прочитання розуміння перехідної юстиції існує консенсус стосовно базових речей, які стосуються поновлення порушених фундаментальних прав та забезпечення якісних змін у сфері здійснення правосуддя на засадах безсторонності та незалежності.

*і) 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, 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, то це змінює стан справ, однак їх запровадження здійснюється за принципом компліментарності. Юрисдикція міжнародного трибуналу запроваджується у разі неспроможності або свідомого ігнорування вимоги незалежного

<sup>364</sup> Stanford Encyclopedia of Philosophy. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-transitional/>.

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 щодо 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, служили підставою для їх притягнення до відповідальності.

Створення комісій правди або люстраційних комісій спрямовано 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 послужити підставою для тимчасового обмеження доступу їх до певного кола публічних посад, перелік який визначено законом.

ii) *Відшкодування збитків*. Як свідчить досвід країн Латинської Америки, відшкодування збитків пов'язано 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 при переході до демократії новообраний президент Рауля 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 тисяч сторінок, резюме *Nunca Mas* якої стало символічним<sup>365</sup>.

iii) *Інституційні реформи*. Відмова від практики утисків та переслідувань за політичні та інші переконання можлива при умові проведення реформ, спрямованих на становлення незалежного і безстороннього правосуддя. З метою захисту молодій демократії можуть формувати незалежні інституції з національного примирення (ПАР), комісії правди (Латинська

<sup>365</sup> Джек Донеллі (2004) *Права людини у міжнародній політиці*. Львів: Кальварія. С. 68—69.

Америка) чи люстраційні комісії (посткомуністичні країни). Прототипом всіх згаданих заходів служить денацифікація Німеччини, хоча її взірцем не можна назвати, 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.

**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 включають наступні заходи: 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; в) право на відшкодування жертвам грубих порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права; та (d) обов'язок держави запобігати, через різні заходи, повторення таких злочинів у майбутньому<sup>366</sup>.

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 при розробці Боннського Основного Закону 1949 р. було вирішено визначити якісні критерії та межі діяльності політичних партій, а питання щодо перевірки конституційності їхньої діяльності було передано до відання ФКС. Сьогодні концепція *militant democracy* використовується також як засіб боротьби проти тероризму<sup>367</sup>.

На думку К. Льовенштайна, не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше. На його думку,

<sup>366</sup> *Transitional Justice and Economic, Social and Cultural Rights*. New York and Geneva, 2014. P. 5.

<sup>367</sup> Роч Кен (2004) Антитероризм и воинствующая демократия 2,3 *Сравнительное конституционное обозрение*.

відвертий популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму<sup>368</sup>. 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 контролю<sup>369</sup>. Негативний республіканізм передбачає формування таких рамок врядування та політичної практики, яка б звузила можливості зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я.

*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 забезпечити їх політичну нейтральність, 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: здачі екзаменів і проходження тестів; співставлення послужних списків кандидатів на посаду. При створенні нового корпусу, призначенні на вищі посади (префекти, послы та ін.), а також на деякі нижчі посади конкурс не проводиться. Важливу роль і підготовці 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 зайняти керівну, експертну або управлінську 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.

<sup>368</sup> Loewenstein Karl (1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights* 31 *American Political Science Revue* 417.

<sup>369</sup> Савчин М. В. (ред.) *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: проблеми формування та розвитку в Україні*. Ужгород: Мистецька лінія, 2008.

**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 би у прискореному і спрощеному порядку вирішували б 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 і інші заходи у рамках перехідної юстиції, названі вище, складно віднести до ознак надзвичайного суду. Люстрація визначається через скринінг, оприлюднення інформації та виключення доступу до публічних посад представників *ancient regime*<sup>370</sup>. Люстраційні заходи у посткомуністичних країнах по суті є подібними до заходів денацифікації у поствоєнній Німеччині.*

На думку проф. Станіслава Шевчука<sup>371</sup>:

*«З 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 відбудови на їх місці інститутів демократичного суспільства у спосіб, який унеможливує виникнення феномену, який було окреслено професором Шандором як «привід 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

<sup>370</sup> Наталія Міненкова. (2016) Люстрація як наукова проблема сучасних зарубіжних і вітчизняних досліджень 3(4) *Europsky Politicky a Pravny Diskurz* 93.

<sup>371</sup> Шевчук Станіслав (2006) Люстрація та ретроактивна справедливість: європейські стандарти захисту прав людини при переході до демократичного правління. 2 *Юстиніан* 68—81.

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 переписки, що фактично означало його 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 р. і полягало завдання у подоланні наслідків цих звірств і при цьому встановити істину та зміцнити верховенство права<sup>372</sup>.

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 прямиий чи опосередкований захист демократичної системи від загроз подібних рецидивів та носіїв таких загроз і серед цих засобів він вбачає люстрацію<sup>373</sup>.

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 наступні 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 в силу свого положення;

3) люстрація не може використовуватись для покарання або помсти — покарання може бути призначене тільки за минулі 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, розвідки, в судовій владі та прокуратурі;

<sup>372</sup> 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.

<sup>373</sup> Станіслав Шевчук. Там само.



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 шкоду;

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, право на захисника і захищати себе, право на відкритий процес, якщо цього вимагає суб'єкт, право на оскарження до незалежного судового органу тощо<sup>374</sup>.

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 минулих комуністичних тоталітарних систем».

Загалом, люстраційні заходи мають відповідати принаймні таким стандартам:

---

<sup>374</sup> Herman Schwartz (1994) Lustration in Eastern Europe. 1(2) *Parker School Journal of East European Law* 141—171.

1) Діяльність незалежних люстраційних комісій має бути організаційно та процедурно незалежними. 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 від вплив представників *ancient regime* та чи можуть бути вони забезпечені 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 мають носити тимчасовий характер (5—10 років у залежності 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 при застосуванні 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 із 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.

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 минулого співробітництва із *ancient regime*, і це впливатиме на здійснення ним владних функцій; це саме стосується виявлення таких фактів у публічних службовців, на підставі чого він звільняється із займаної посади.

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 по демобілізації передбачають скорочення армії, її професіоналізацію у сторону 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, важливим 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 працевлаштування з відповідною соціалізацією відповідно до нових життєвих реалій.

*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 у силу певних стереотипів, що склалися у попередні періоди, не завжди виконують належно функції перегляду владних рішень у разі порушення ними права людини. У даному 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.

## 6. Конституціоналізм, суверенні борги та запозичення держави

**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 власності держава користується імунітетом щодо себе і своєї власності від юрисдикції судів інших держав. У силу цієї Конвенції держава зобов'язана утримуватися від здійснення юрисдикції у своїх судах справ, порушених проти інших держав, і забезпечувати з цією метою, 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 в силу міжнародного договору, письмового контракту чи заяви в суді або письмового 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 ухвалено в силу надання згоди РФ згоди на його юрисдикції 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*»)<sup>375</sup>, 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, забезпеченням стійкості

<sup>375</sup> 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 21<sup>st</sup> century*. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Council of Europe Publishing, Strasbourg 136.

національної валюти чи оздоровленням 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 таке спрямоване на обмеження можливості зловживання публічними фінансами при здійсненні 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, усталених практик і підходів прийняття регуляторних актів, які визначають ступінь економічної свободи, умов доступу до ведення економічної діяльності чи її припинення, режиму оподаткування та перерозподілу ресурсів через державний бюджет, загалом додержання стандартів належного урядування.

**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 носить 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 підставах<sup>376</sup>. Це має важливе значення для визначення обсягу право- і дієздатності держави, яка вступає у правовідносини на засадах представництва.

<sup>376</sup> Жакке Ж.-П. (2002) *Конституционное право и политические институты*. Москва : Юристъ 39.

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) відповідно до покладених на них завдань і функцій <...>»<sup>377</sup>. Виходячи з вищенаведеного, держава реалізує власну дієздатність виключно через органи державної влади, які мають діяти на підставі, у межах їхньої компетенції та у спосіб, встановленими Конституцією і законами України.

Це яскраво видно на юридичному спорі, який розпочався у лютому 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, по 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. Нами вбачається такого роду діяльність трасті-структур, кінцевим бенефіціаром яких виступає російська компанія із значною долею у структурі власності державного капіталу, системною діяльністю по 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.

**6.3. Засади деліберативної демократії та здійснення запозичень та надання позик державою.** Такий порядок означає необхідність спочатку ухвалити рішення про підвищення лімітів зовнішніх запозичень

<sup>377</sup> Кисіль Л. Є. (2010) Публічна правосуб'єктність органів виконавчої влади України. 4 *Часопис Київського університету права*. 125.

вище показників, аніж 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 служити критерієм для подальшого парламентського контролю за витрачанням цих коштів, так і проведенням відповідного аудиту зовнішніх запозичень Рахунковою палатою.

Таким чином, ухвалення рішення про підвищення граничного рівня державних зовнішніх запозичень мають здійснюватися за умови попередніх парламентських слухань їх необхідності та додержанням вимог законодавчої процедури, на підставі чого уряд та міністр фінансів набувають повноважень здійснювати такі запозичення на зовнішніх фінансових ринках.

При здійсненні 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 у залежності від строків запозичення з урахуванням розрахованого на майбутнє навантаження на державний бюджет, пов'язаного із обслуговуванням зовнішніх боргів держави.

Відповідно до таких засад ст. 36(4) Основного закону Угорщини забороняє Національним 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, та контроль за окремими законодавчими актами, які стосуються публічних фінансів (ст. 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 ст. N 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, що мають додержуватися цих засад у своїй діяльності. Фактично, за таких умов Конституційний суд позбавлений повноважень по перевірці законів у сфері публічних фінансів. Основне навантаження по забезпеченню збалансованості та прозорості публічних фінансів лежить на Бюджетній раді, 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 ст. 180 Конституції Королівства Бельгія питаннями публічних фінансів піклується Рахункова палата, склад якої формується Палатою представників — нижньою палатою парламенту. Рахункова палата стежить за недопущенням випадків перевищення статей видатків бюджету та недопустимості переведення з однієї до іншої статей видатків державного бюджету. До предмета її відання також відносяться питання щодо встановлення та надходження податків до бюджету.

Зазначені приклади є свідченням про відмінність підходів у забезпеченні 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 публічні аудиторські інституції щодо формування та розпорядження публічними фінансами. Відповідно до таких засад формується також і регуляторна політика уряду.

**6.4. Основні напрями державної політики у сфері зовнішніх запозичень та сталий економічний розвиток.** З іншого боку, ключовим питанням при суверенних запозиченнях та обслуговуванні 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 при визначенні певних умов для отримання 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. При нераціональному використанні публічних фінансів, що загрожує до **неможливості 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 при вирішенні надання фінансування для розвитку національних економік. Це також служило орієнтиром для вжиття заходів Європейським банком для врятування національної економіки Греції від дефолту, які було вжито інституціями ЄС у 2010. Водночас, ця фінансова криза засвідчила інституційну слабкість ЄС у сфері політики оподаткування, публічних фінансів та єдиної валюти, що не вирішено і по цей час. Станом на кінець 2017 р. загальний державний борг України становив 2 141 674,4 грн, що склало 71,8 відсотка національного ВВП. На кінець 2018 р. Протягом 2018 р. доля державного боргу знизилася на 2 122 476 грн, тобто майже на один відсоток<sup>378</sup>.

Стосовно України, то доля запозичень наразі по відношенню до національного ВВП досягає критичного значення. Постійне зростання суверенного боргу України має мати наслідком введення більш адекватних заходів щодо його скорочення, оскільки це зачіпає здійснення суверенних прерогатив держави у силу невеликого масштабу національної економіки навіть у порівнянні із такими невеликими країнами ЄС, як Чехія, Угорщина чи Португалія.

---

<sup>378</sup> 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.
- Capeletti 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*. / 3<sup>rd</sup> Ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.
- Hirschl R. (2016), From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, 1(11) *Int'l J'nl of Constitutional Law* 1—12.
- Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2<sup>nd</sup> 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.) (2003), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Sajo A. (ed.). (2004). *Militant Democracy* Utrecht : Eleven International.
- The Transformation of nation-state in Europe at the dawn of the 21<sup>st</sup> century. European Commission for Democracy through Law. Collection: Science and technique of democracy, No. 22. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998.
- 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). Дуальная природа права, 11 *Право Украины*, 45—58.
- Берлин И. (2001) *Философия свободы*. Европа, Москва: Новое литературное обозрение.
- Бітем Д. (ред.) (2005), *Визначення і вимірювання демократії*, Львів, Літопис.
- 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.
- 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 Л. (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.

Наукове видання

САВЧИН Михайло Васильович

# ПОРІВНЯЛЬНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

*Навчальний посібник*

Шеф-редактор В. С. Ковальський,  
доктор юридичних наук, професор

Юрінком Інтер — редакція  
наукової та навчальної літератури

Відповідальна за випуск *О. Б. Доценко*  
Редактор *М. І. Ромась*  
Комп'ютерна верстка *К. С. Бабич*  
Художнє оформлення *О. Б. Доценко*

Підписано до друку 18.03.2019. Формат 60 × 90/16.  
Умовн. друк. арк. 20,5. Обл.-вид. арк. 20,88.  
Наклад 300 пр. Зам. № .

Видавнича організація ТОВ «Юрінком Інтер»  
04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31б, тел. 411-64-03, 411-69-08.  
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 3954 від 13.01.2011

Віддруковано з готових діапозитивів в друкарні ТОВ «7БЦ»  
07400, Київська обл., м. Бровари, б-р Незалежності, 2, кв. 148  
e-mail: 7bc@ukr.net, тел: (044) 592-00-80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 5329 від 11.04.2017

З питань придбання літератури звертатися  
до видавництва «Юрінком Інтер» за адресою:  
04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31б, тел. 411-64-03, 411-69-08