

© **Михайло Савчин**, д.ю.н., проф., директор,
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,
Ужгородський національний університет

ТЕМА 2. ІСТОРІЯ ТА ОСНОВНІ ІДЕЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

1. Поняття та структура конституціоналізму.
2. Зародження традиції верховенства права та лібералізму: від Magna Charta до Славної революції
3. Від демістифікації тіла короля до ідеї суверенітету: тіло короля, Франція та Московія (епоха Смути).
4. Утвердження ідеї прав людини: Гуго Гроцій, Біль про права людини та універсалізм прав людини.
5. Народний суверенітет та представницька демократія: дискусія С'єєса 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

Література

- Гамільтон/Медісон/Джей (1994), Федераліст, Москва.
- Канторович (2005), Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии, Москва
- Лок (2001), Два трактати про врядування, Київ, Основи.
- Руссо (2001), Про суспільну угоду або принципи політичного права, Київ, Port-Royal.
- Савчин (2009), Конституціоналізм і природа конституції, Ужгород.
- Савчин (2018), Сучасні тенденції розвитку конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму, Ужгород.
- Таманага (2007), Верховенство права: історія, політика, теорія, Київ, Вид-во НАУКМА.
- Де Токвіль (2000), Давній порядок і революція, Київ.
- Шайо (2001), Самоограничение власти (краткий курс конституционализма), Москва.
- Шевчук (2001), Основи конституційної юриспруденції, Харків.
- Шмітт (2000), Политическая теология, Москва, Канон-Пресс-Ц.

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 А. Крусян, яка виділяє інституціональний (нормативна і публічно-владна основа) і функціональний рівень конституціоналізму [263, с. 89].

Угорський вчений А. Шайо вважає, що «конституціоналізм – це сукупність принципів, порядку діяльності та інституційних механізмів, які традиційно використовуються з метою обмеження державної влади»¹, 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»². 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»³. Загалом, якогось вичерпного визначення конституціоналізму складно дати.

¹ Шайо Андраш. *Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма)*, Москва, 2001, с. 14.

² Там само, с. 20.

³ Там само, с. 24.

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»⁴. На думку Чарлза МакІлвейна, конституціоналізм слід розглядати через призму верховенство права, розуміючи під конституціоналізмом юридичне обмеження держави та повну протилежність свавільному правлінню⁵.

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"⁶.

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..."⁷.

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 функцій⁸. Італійський компаративіст Дж. Сарторі до структурних елементів ліберального конституціоналізму відносить: верховенство права; судовий контроль над діями органів влади; незалежність

⁴ Александр Гамильтон. Федералист №78. *Теория и практика демократии. Избранные тексты* (пер. с англ. В.Л. Иноземцева, Б.Г. Капустина), Москва: Ладомир, 2006, с.172.

⁵ McIlwain Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1940. p. 21

⁶ Аллан Т.Р.С. *Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права* (пер. з англ. Р. Семків). Київ: Видавничий дім "Києво-Могилянська академія", 2008. с. 24.

⁷ Монтескье Ш.Л. *О духе законов*. Москва: Мысль, 1999. с. 138-139.

⁸ Henkin L. A new Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. *Cardozo Law Review*, 1992. p. 535-536.

судових установ та суддів від законодавчої політики; справедливий і чесний процес (*due process*), можливість судової влади творити право відповідно до встановленої процедури⁹.

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 захист¹⁰.

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 звичайному 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 договорі. В основі цього договору 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.

⁹ Сарторі Дж. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк, 2001. с. 309.

¹⁰ М. Савчин. Право на справедливий суд і конституційна юрисдикція: окремі аспекти згідно з синтетичною теорією конституції. *Вісник Конституційного Суду України*. 2013. №2. С. 97-98.

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 юрисдикції.

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 феодалного 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 практика 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., одна 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 питання фінансів та оподаткування, парламенти поступово починають залучатися до процесу правотворчості монархів з метою підвищення рівня легітимності королівського права. Таке делегування правотворчих повноважень поступово надає легітимності діям парламенту як законодавчого органу, тим більше в силу традиції необхідності узгодження монархом своїх рішень із підданими. Тому у Сполученому Королівстві монарх є невід’ємною частиною парламенту і донині.

2.3. Джон Лок та питання довіри і легітимності влади. Як вже зазначалося, таке ускладнення відносин між станами та між монархом та легіслатурою підіймає низку проблем, пов’язаних із ступенем легітимності влади, тобто її визнання та підтримки у суспільстві. Станово-представницька монархія з її наданням переваги ієрархічному принципу містила в собі суперечності. Ускладнення структури національної економіки та упровадження раціоналізованої бюрократії при становленні модерної державності такі парламенти ставали на перепоні впровадження реформ. Суспільство вже потребувало раціональну організації публічної влади, заснованої на нейтральних правових принципах і нормах, на відміну від Старого порядку, який був заснований на персоналізації влади та станових привілеях. На іншій стороні Європейського континенту, виборна монархія, станово-представницька демократія та *liberum veto*¹¹ стають інституціональним могильником Речі Посполитої, яка впаде внаслідок трьох поділів (1772, 1793, 1795 рр.) між Прусією, Австрійською та Російською імперіями

¹¹ Право кожного шляхтича голосувати проти рішення Сейму та блокувати його ухвалення.

Тому виникає проблема легітимності влади монарха та неприпустимість посягання з його боку на діяльність парламенту, який визнається вже легіслатурою. Про це Джон Лок писав так¹²:

«...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 влади монархом. Отже, таким чином виникає два питання: 1) про якість 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.) і таких прикладів можна наводити багато. Яким чином долався цей порядок речей і яке воно має значення для сучасного конституціоналізму?

У якості інституційних 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

¹² Лок Джон. *Два трактати про врядування*. Київ: Основи. с. 250.

стосовно проблеми ототожнення держави із монархом, необхідно розрізнати політичне і природне тіло монарха¹³:

«...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, яке 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, 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 воєн¹⁴ 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. 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 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.

¹³ Edmund Plowden, *Commentaries or Reports* (London, 1816)

¹⁴ Наприклад, війна між Червоною і Білою Трояндами надихнула Джорджа Р.П. Мартіна написати знаменитий цикл романів «Пісня льоду і полум'я», який інсценізовано у серіалі «Гра престолів»

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.

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 правителя¹⁵ – шведський канцлер Оксеншерна буде будувати бюрократію на раціональних засадах вже пізніше:

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

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

¹⁵ Плохій (2015), *Походження слов'янських націй. Домодерні ідентичності в Україні, Росії та Білорусі*, Київ: Критика, 247

У свою чергу ріксканцлер Аксель Оксеншерна (1612-1654) став ініціатором модернізації Шведського королівства. Пакет його законів, спрямовані на побудову державного апарату на засадах раціоналізації та розподілу повноважень, були підтримані та впроваджені у 1634 р. ріксдагом (загальнодержавним парламентом). Це заклало інтелектуальну основу для закладення науки камералістики. Німецькі мислителі та державні діячі Файт Людвіг фон Зекендорф і Генріх Готліб фон Юсті обгрунтували засади функціонування державного управління з метою забезпечення економічного блага на раціональних засадах з розподілом повноважень щодо збором, 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 правил сприяло 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)¹⁶:

«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 навіюванню 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».

Ці висновки є важливими з огляду на формулювання вимог неприпустимості довільного втручання будь-якого 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.

¹⁶ Гуго Гроцій, *Про право війни і миру*, Москва: Ладомир, 1994.

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 вважалося 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 наслідком можливість 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 століть 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 основі глобального світу. Сформульований ним категоричний імператив якраз спирається на категоричний імператив як на певну універсалію, 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-універсалій 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 свободи¹⁷:

«Позитивне поняття свободи є тим самим, що і здібності чистого практичного розуму. Але це не можливо, крім підпорядкування максими 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 у 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 (*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 особливості¹⁸:

«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»

¹⁷ Кант І. *Метафізика нравов*. Сочинения: в 6 т. Т.4, Ч.1 Москва, 1965. С. 140.

¹⁸ Донеллі Джек. *Права людини у міжнародній політиці*. Львів: Кальварія, 2004, с. 35.

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 милітаристська 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 милітаристської 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'єса 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 монархій на порядок денний вийшла проблема обмеження прерогатив монарха. Це стало на порядок денний під час подій Громадянської війни і пов'язаної із нею протектору Олівера Кромвеля 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 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 послався на те, що Сполучене Королівство є конституційною демократією, обмеженою юридичними правилами та цілями верховенства права. Суди наділені конституційним фундаментальним обов'язком керуватися правом у демократичній державі, впроваджуючи правила конституційних законів у відмінний спосіб на відміну від того, як суди впроваджують інші закони¹⁹.

У свою чергу, Верховний Суд Англії висловився так у справі Brexit²⁰ 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 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

¹⁹ *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).

²⁰ Brexit Case ([2017] UKSC 5 On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85.

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 насправді Старий порядок за влучним виразом Алексіса де Токвіля готував ґрунт для революції, оскільки спорадичні дії монархів Франції у державному управлінні задля навіть благої мети призводили до підриву політичної інтеграції суспільства, що є основою будь-якого конституційного порядку²¹:

«...вони готували Революцію не лишень руйнуванням того, що стояло на її шляху, в їй 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 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. Для 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. Відомий мислитель Карл Поппер вважає Жан Жака Руссо поряд із Платоном та Фрідріхом Вільгельмом Геґелем інтелектуальним джерелом сучасних тоталітарних ідеологій.

²¹ Алексіс де Токвіль. *Древній порядок і революція*, Київ: Юніверс, 2000, с. 163.

Інший 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 Даля²²:

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

Даль орієнтує 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 конституційної ідентичності. Такий захист забезпечується через співвідношення між суверенітетом парламенту та судовим конституційним контролем. З цією дилемою зіштовхнулася Англія ще на початку XVII століття. При розгляді справи доктора Бонема суддя Едвард Коук зазначив²³:

«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».

²² Даль Роберт. Демократия и ее критики. Москва, 2001.

²³ Dr Bonham's Case (1610) 8 Co Rep 114.

Саме ця думка заклала ідею судового контролю над актами парламенту, оскільки такі мають відповідати певним фундаментальним принципам, зокрема обґрунтованості та придатності до виконання. Тобто акти парламенту не можуть бути декларативними та теоретичними за змістом, а бути придатними до застосування і забезпечувати конституційні цілі. Це проблеми цілком усвідомлював Александер Гамільтон, який у листі № 51 Федераліста писав так²⁴:

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 сполученим 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 конституції²⁵. Ця дискусія має свої витоки від поглядів Алберта Венна Дайсі, який визначав дві ключові опори британського конституціоналізму другої половини XIX століття як суверенітет парламенту та загальне право судів²⁶.

Виділяючи роль парламенту у забезпеченні верховенства конституції Кокотт і Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, що належать парламенту, який володіє найвищим ступенем представництва народу²⁷. 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 так²⁸:

«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

²⁴ Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей. *Федералізм*. Київ: Сфера, с. 261.

²⁵ Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 796-798.

²⁶ Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edn. London, 1924.

²⁷ Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. P. 798-799.

²⁸ Baker, E. Thomas. 2004. *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 80-81.

загальному праву (common law), яке застосовується судами загального права; результатом дії загального права є норми конституційного права²⁹. 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 випивають 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 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 актами³⁰.

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»³¹.

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)

²⁹ Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. P. 205-233.

³⁰ Медушевский А. *Теория конституционных циклов*. Москва, 2003. С. 51.

³¹ Кросс Рупперт. *Прецедент в английском праве*. Москва: Юрид. лит-ра, 1985.

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 площину³². Процесуальна теорія черпає свої корені у розмежуванні питань політичного та правового характеру як необхідної умови прийняття виважених і обґрунтованих судових рішень. Теорія прав людини (Р. Дворкін, Г.Р. Монаган) ґрунтується на припущенні, що конституція захищає основні права і свободи від необдуманих рішень більшості, які можуть бути мінливими та упередженими. Ця теорія оперує принципами права, які є основою для застосування правил у разі правової невизначеності, виходячи із свободи суддівського розсуду (дискреційного права)³³. 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*)³⁴.

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

³² John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff (Eds.) *Modern Constitutional Theory: A Reader*. 3rd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994. P. 3-4.

³³ Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А. Фролкіна. – К.: Основи, 2001. – С. 47 – 70, 114 – 124.

³⁴ *Modern Constitutional Theory: A Reader*. / 3rd Ed. By John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff. – St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994. – S. 41 – 53.

зв'язані правом і, відповідно, все менше піддаються впливу з боку законодавчих приписів. В умовах відсутності системи парламентського контролю за діями виконавчої влади це сприяє концентрації влади в руках виконавчої влади. Тому, незважаючи на закріпленій у Конституції США принцип поділу влади, вельми складно провести розмежувальну лінію між законодавчою та виконавчою владою і визначити межі їхньої юрисдикції³⁵.

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 застереження³⁶:

«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 абсолютного 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 перемовинам, у результаті яких був укладений Версальський мирний договір від 28 червня 1919 року. Веймарський синдром позначає не лише приниження нації ззовні, також позначає внутрішню зраду з боку певних кіл, що стало джерелом антисемітизму у нацистській Німеччині та ревізійністських інвектив нацистського режиму.

Шмітт розігрує відому експоненту права, яка полягає у розумінні примусу як кардинального засобу забезпечення його загальнообов'язковості. Хоча в реальному житті нормативність права ґрунтується більшою мірою на правилі визнання. Насправді є важливим формулювання та відтворення паттернів, які забезпечують задовільні умови

³⁵ American Constitutional Law. 3rd ed. / Ed. by L. Fisher. Durham: Carolina Academic Press, 1990.

³⁶ Шмітт Карл. Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете. *Политическая теология. Сборник* (пер. с нем. А. Филиппова). Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 15.

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 влади³⁷. 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 [9, с. 30-47]. 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 Льовенштайн ввів поняття демократії, здатної до самозахисту³⁸ (*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 конституціоналізму³⁹.

У сучасному розумінні концепція войовничої демократії спрямована на боротьбу із радикальними політичними партіями, проти зловживань із демократією⁴⁰ 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 службовців⁴¹.

³⁷ Там само, с. 17-18.

³⁸ Loewenstein K. *Militant Democracy and Fundamental Rights, American Political Science Review*. 1937. Vol. 31. P. 417, 618.

³⁹ Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 31.

⁴⁰ Шайо А. Самозахиста конституційного государства, *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2004. № 3. С. 4; Sajo A(ed.). *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International, 2004.

⁴¹ Шайо А. Самозащита конституційного государства, С. 5-9.

На думку німецького компаративіста-конституціоналіста Гюнтера Франкенберга⁴², який бере за основу концептуальні положення дослідження П. Нізена та інших авторів⁴³, 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 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»⁴⁴. 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

⁴² Франкенберг Г. Обучающийся суверен, *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2004. № 3. С. 20-25.

⁴³ Niesen P. 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, 2003, pp. 249-268; Meier H. *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretationen und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden, 1993; Guenther K. 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, 1999.

⁴⁴ BVerfGE 5, 85/138.

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;

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, пододала 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 певний культурний шок як на інтелектуальному, так й інституційному рівні, що виражається у неприйнятності авторитарних і тоталітарних практик правління⁴⁵. 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.)⁴⁶. 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. Перетікання процесу реформування влади в Україні в бік її деконцентрації було ускладнено своєю «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 нерозвинутими⁴⁷. 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

⁴⁵ Гузіна Д (ред.) У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи. Київ: Ай Бі, 2003.

⁴⁶ Бруннер Георг. *Конституційнодавчий процес у Німеччині та Східній Європі*. Кельн, 1994; Balcerovicz, Leszek. 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).

⁴⁷ Див.: *Демократическое правовое государство и гражданское общество в странах Центрально-Восточной Европы* Москва: Наука, 2005; Страшун Б.А. *Конституционные перемены в Восточной Европе. 1989–1990*. Москва.: Юрид. лит., 1990.

трансформаційні процеси відбулися по-різному. На зміну моністичної форми держави необхідно було формувати нові інституції, які характерні для полікратичної форми держави. Тому можна виділити особливості розвитку чотирьох груп країн регіону.

До першої групи країн можна віднести Польщу, Словаччину, Словенію, Угорщину, Чехію. Вони були сателітами Радянського Союзу і, відновивши власні демократичні традиції, 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 століть 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 років) 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. Формі держави Грузії у порівнянні з Україною, притаманно більше елементів монократичності, 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 кіл⁴⁸.

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, різнорівневого, комплексного, регулюючого механізму, заснованого на конституційно-правових відносинах – конституційно-правового забезпечення⁴⁹. Такий підхід спирається на концепт національної державності, який за становлення світового громадянського суспільства та глобального конституціоналізму вочевидь буде розвиватися завдяки насамперед мережі співпраці, яка може носити вертикальний, горизонтальний та змішаний характер. При цьому відносини субординації також можуть розвиватися, 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 суверенітету⁵⁰:

«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

⁴⁸ Савчин М.В. Конституційна система України: від номінального до класичного конституціоналізму, *Часопис Київського університету права*. 2007. № 4. С. 123–125.

⁴⁹ Волошин Юрій. *Конституційне забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти*. Київ: Логос, 2010, с. 131-132.

⁵⁰ Богданді, Арнім фон. *Демократия, глобализация, будущее международного права: общий обзор. Дайджест публичного права и международного права*. 2014. № 14, с. 187.

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 держави⁵¹. 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 дух⁵². На цих же речах наголошує і Збігнев Бжезінські, який виділяє стратегічне надбання людства та те, що пов'язане із довкіллям. До стратегічного надбання Бжезінські відносить море, повітря, космос і віртуальний простір, а також ядерний простір, що пов'язано із проблемою розповсюдження ядерної зброї. Надбання, пов'язане із довкіллям, охоплює геополітичні наслідки керування водними ресурсами, Арктикою та зміною клімату⁵³.

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 рефлексія⁵⁴ 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

⁵¹ Щербанюк О.В. *Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави*. Київ: Логос, 2013; Буткевич Володимир. Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу. *Право України*. 2012, № 3-4, с. 12–20; Мартен Домінік, Мецжер Жан-Люк, П'єр Філіп. *Соціологія глобалізації*. Київ: Видавничий Дім «КМ Академія, 2005». 302 с.

⁵² Spykman, Nicholas John. *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power*. Archon Books, 1970.

⁵³ Бжезінський Збігнев. *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади*. Львів: Літопис, 2012, с. 91.

⁵⁴ Mueller Jan-Werner, On the Origins of Constitutional Patriotism, *Contemporary Political Theory*, 2006, 5, 278–296; Jaspers, K. (1946) *Die Schuldfrage: Ein Beitrag zur deutschen Frage*, Zurich: Artemis

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 чином універсальні конституційні цінності діють у національному правопорядку з точки зору ліберальної демократії⁵⁵.

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 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.

⁵⁵ Mueller Jan-Werner, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, 2007.

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 року та на сервери Демократичної партії та державної установи в США влітку-восени під час президентських виборів 2016 року, 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, направленої 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).