© Михайло Савчин, д.ю.н., проф., директор,

НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,

Ужгородський національний університет

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. Президенціалізм та змішані моделі.
7. Виконавча влада: концепція Regulatory State.

Література

1. Barak A. (1989). Judicial Discretion, New Haven : Yale University Press.
2. Garvey/ Aleinikoff (1994), Modern Constitutional Theory: A Reader. 3rd Ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.
3. Де Токвіль А. (2000), Давній порядок і революція, Київ.
4. Лок Дж. (2001), Два трактати про врядування, Київ, Основи.
5. Сарторі Дж. (2001), Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів, Київ : АртЕк.
6. Хайек Ф. А. фон (2006), Право, законодательство свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики, Москва.
7. Шайо А. (2001), Самоограничение власти (краткий курс конституционализма), Москва : БЕК.
8. Шаповал В.М. (2005) Сучасний конституціоналізм. Київ: Юридична фірма «Салком».

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[1], 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

[1] 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.

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, не зважаючи 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[2]. Така багаторівневість є продуктом відтворюваних практик правління, які удосконалюються та модернізуються з урахуванням розвитку кібер-права, електронного урядування та збільшення ступеня відкритості ухвалення рішень. Згаданий тренд визначається як елемент правового стилю германського права, в якому також в епоху Середньовіччя виробилися традиції дорадчості, згідно з якими імператори та курфюрсти Священної римської імперії германської нації були зв'язані рекомендаціями своїх радників та рішеннями станово-представницьких інституцій. Так само в англосаксонській традиції інститут парламенту розвивався із визнання привілеїв крупних феодалів – баронів та містян в обмін на визнання прерогатив монарха збирати податки із наступною його трансформацією в законодавчий орган.

Згідно з доктриною багаторівневого конституціоналізму, яка обґрунтована зокрема у працях Інґольфа 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 алгоритму 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

[2] Токвіль Алексіс де, 2000. *Древній порядок і революція*. (Київ, Юніверс).

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[3]. 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.

---

[3] Martinico G., Pollicino O. (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, 10.

З урахуванням конституційно-правових реалій України, окреслимо, що 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 тягаря відповідальності між рівнями публічної влади залежить від масштабу та природи завдань, а також ресурсів для досягнення відповідних цілей публічного урядування.

3. Критерієм визначення завдань і функцій є додержання процедур демократичних консультацій щодо визначення конкретної сфери предмета відання і повноважень відповідного рівня публічної влади, що зумовлено усталеними соціальними структурами, правилами і процедурами. Для досягнення таких цілей має бути достатньо матеріальних і фінансових ресурсів, гарантована безпека і свобода розвитку особистості.

4. У світлі розуміння адміністративного права як форми конкретизації конституційних цінностей і принципів та правового регулювання, принцип субсидіарності насамперед зумовлює належну деталізацію питань організації та порядку діяльності відповідних інститутів публічної влади.

5. Вимоги підзвітності і прозорості діяльності органів публічної влади передбачають певний механізм консультацій між органами місцевого самоврядування та державними органами стосовно визначення сфери повноважень відповідного рівня влади та належного забезпечення їх ресурсами. Якщо на місцевий рівень влади покладається більший тягар повноважень і відповідальності, це має супроводжуватися відповідною передачею ресурсів.

6. У разі скорочення видатків на певні завдання та здійснення владних повноважень законодавство має передбачати певний механізм консультацій щодо секвестру асигнувань із державного бюджету за ініціативою уряду. Такий механізм має полягати у консультаціях між парламентом та місцевими радами протягом розумного періоду часу (3-4 тижні) для визначення, можливого відповідно до засад пропорційності скорочення видатків та певні функції і завдання відповідного рівня публічної влади. При цьому секвестр публічних фінансів не може посягати на сутність повноважень ОМС щодо здійснення відповідних функцій і завдань.

У рамках розуміння територіальної організації публічної влади та розподілу повноважень між поверхами влади 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 контролю 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 умова держава бере на себе зобов’язання по забезпеченню прав національних меншин.

іі) Унітаризм та права національних меншин. Забезпечення прав національних меншин в умовах унітарної держави може стати дражливою 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.

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 Британія також свідчить про її регіоналізацію – розширюються автономні права Шотландії та Вельсу. Про деволюцію як основоположну конституційну засаду вказав Верховний суд Англії[4]. 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,

[4] *H v Lord Advocate* [2012].

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.

і) 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. 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 видачі каперських свідоцтв[5]. 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 розподілу регуляторних повноважень у сфері економіки між штатами та федерацією як союзною державою. Якщо йде мова про автономію, то коло прерогатив значно вужчий і така держава не може розглядатися як союзна держава. В автономії має місце деволюція деяких державних функцій на регіональний рівень, який має ширше коло прерогатив, аніж органи місцевого самоврядування.

іі) Наднаціональність – імперія – композитний конституціоналізм ЄС. Наразі маємо єдиний емпіричний досвід делегування повноважень на наднаціональний рівень у

[5] Практика видачі каперських свідоцтв (англ. *Letter of Marque and Reprisal*, фр. *Lettre de course*) мала місце, коли держави залучали піратів для боротьби на морі з іншими державами, а також використовувалися на перший погляд цивільні судна для захоплення суден іноземних держав («дане сувереном право застосовувати силу проти підданих ворожої держави для відшкодування шкоди, завданої ворожою армією»). Вперше застосовано у законі, виданого англійським монархом Едвардом III у 1354 р. Каперську практику доволі інтенсивно застосовував знаменитий Френсіс Дрейк у такий спосіб отримуючи захист законів воєнного часу.

рамках Європейського Союзу. Тут зіграли два основних чинників, які є визначальними для становлення ЄС як наднаціонального об'єднання.

1) Роль франко-німецького протистояння. Таке протистояння спостерігалося чи не з часів розпаду імперії Шарлеманя (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 країнами – поступово утворювалися супранаціональні об'єднання Євроатому, Об'єднання вугілля і сталі та Європейського економічного співтовариства.

2) Традиція Священної римської імперії. Інституціональна компонента ЄС багато що запозичила у своїй функціональній спрямованості традиції Священної римської імперії германської нації. Традиція обмеження влади була закладена в механізмі обрання Рейхстагом як станово-представницького інституту імператора, прерогативи якого були підконтрольні судовим інститутам – Імперського камерального суду та Вищої надвірної ради. Хоча остання утворювалася як противага Імперському камерального 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 авдиторів, 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. Розрізнять 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 випливає 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 партикулярізм, відсутність належних юридичних гарантій єдності статусу суб'єктів федерації, у юридичному відношенні порівняно слабко розвинуті інститути федерального втручання, правових процедур забезпечення верховенства федерального права. Російська конституція запозичила німецьку модель розмежування компетенції між федерацією та суб'єктами федерації – існує виключна компетенція федерації, сфера конкуруючої (спільної) компетенції федерації та суб'єктів федерації та остаточна сфера повноважень суб'єктів федерації на основі принципу верховенства федерального права. Однак сфера повноважень федерації трактується надмірно широко, на найвищому рівні ставиться питання про забезпечення "вертикалі виконавчої влади", що є сумнівним у федерації, оскільки суб'єкти федерації є вільними по відношенню здійснення власної компетенції і відповідальні перед федерації 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[6]. 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[7].

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 sinae 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[8]. 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

---

[6] Колісник В. Національний суверенітет та право націй на самовизначення. *Вісник Академії правових наук України*. 2001. № 1(24). С. 33-39.

[7] Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. Oxford University Press, 2014. P. 2.

[8] Allen Buchanan, *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Qwbec*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1991; Lee C. Buchheit, *Secession: The Legitimacy of Self-Detennition*. New Haven: Yale University Press, 1978.

у свою чергу здійснити відділення через територіальну дезінтеграцію або інші причини; 4) займає територію, повністю замкнуту кордонами існуючої держави; 5) займає територію, яка є культурно, економічно або військово важливою для існуючої держави; 6) займає площу, яка має непропорційно високу частку економічних ресурсів існуючої держави[9]. Однак такі міркування спростовуються наявністю малих держав (Ватікан, 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 життєвоздатні інститути публічного урядування. Як відзначає Сюзанна Манчіні в авторитетному компаративному дослідженні[10]:

> *«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 певним умовам. Йде мова про базові речі – можливість створювати сталий уряд на засадах верховенства права, який би відстоював права людини та міг ефективно контролювати та управляти 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[11].

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

---

[9] Harry Beran, A Liberal Theory of Secesion, *Political Studies*, 1984, p. 21-31.
[10] Rosenberg Michel, Sajo Andras. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2004. P. 481.
[11] Там само. С. 482.

миритися[12]. З цієї точки зору слід ставити питання, наскільки держава пригнічує своїх громадян, що служить 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 у залежності 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 із 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 демократія, що забезпечує справедливу процедуру досягнення колективних і індивідуальних рішень щодо політики уряду. У разі порушення таких демократичних засад та вимог процедури, сецесія служить 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[13].

На сьогодні визнається, що спільнота, яка виділяється в окрему державу із рамок існуючої має мати можливістю брати на себе зобов'язання перед іншими державами і міжнародним співтовариством[14]. Про це також свідчить у юридична практика[15]:

> *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.*

---

[12] Robert W. McGee. Secession Reconsidered. *Journal of Libertarian Studies*. Fall 1994. P. 19.
[13] Rosenberg Michel, Sajo Andras*. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. P. 486.
[14] Sergey Sayapin and Evhen Tsybulenko (eds.). *The Use of Force against Ukraine and International Law. Juas ad Bellum, Jus in Bello Jus Post Bellum*. Springer, 2018. Pp. 17-18.
[15] ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, p. 267; ICJ, *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)*, p. 472

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 sinae qua non*, згідно з якими сецесія є крайнім способом забезпечення ідентичності певних спільнот. У ній лише дещо дисонує справа про Косово.

і) 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[16]. Це питання є гострим у доктринальній дискусії, якій присвячено значний матеріал[17]. Попри наявність у 1960/70-і роки екстремістського Руху визволення Квебеку, який застосовував практики терору і що стало причиною оголошення воєнного стану у провінції у 1972 р. внаслідок викрадення та утримання як заручника британського торгового посланника, франкофонна провінція часто ставить питання про виділення зі складу Канади і 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 Гартвіґ говорить про прогнозованість цього конфлікту у Косово[18]:

---

[16] Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217, 1998 CanLII 793 (SCC)

[17] Roya M. Hanna. Right to Self-Determination In Re Secession of Quebec. *Maryland Journal of International Law*. 1999. Vol. 23. Issue 1. P. 214-246; Edward Canuel, Note, Nationalism, Self-Determination, and Nationalist Movements: Exploring the Palestinian and Quebec Drives for Independence, 20 B.C. *INTL. & COMP L. REV*. 85, 85 (1997); Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

[18] Маттиас Гартвиг. Консультативное Заключение Международного Суда ООН по вопросу о декларации о независимости Косово – предыстория и критика судебного «постановления». *Дайджест публичного права и международного права*. 2013. № 2. С. 123.

«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 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 промульгував розпорядження 1999/1 Місії ООН в Косово (МООНК), згідно з яким «всі законодавчі та виконавчі функції щодо Косово, включаючи функції по здійсненню правосуддя» покладалися 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»[19].

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

[19] Маттиас Гартвиг. Указ. соч. С. 144-145.

незалежності від Республіки Сербія. Отже, декларація незалежності не порушила резолюцію 1244 (1999) Ради Безпеки»[20]. Цей висновок став проблемним, оскільки у сучасному міжнародному праві є усталеним принцип легітимності правила про надання права на сецесію[21], а в конституційному праві принцип територіальної цілісності є іманентною характеристикою державності, а право сецесії має бути врегульовано належним чином. Слід відзначити, що у 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. Як вказує Матіас Гартвіґ, Міжнародний 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[22]. 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*)»[23]. 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) 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 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.

---

[20] 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/l/Add.5*. С. 163.

[21] Marc Weller. Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion. *Leiden Journal of International Law*. 2011, с. 127, 134

[22] Маттиас Гартвиг. Указ. соч. С. 146, 147.

[23] Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. P. 25.

2.4. Справа про місцевий референдум у 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[24].

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[25]:

> *«Конституційний Суд України наголошує, що принципи цілісності і недоторканності території України в межах існуючого кордону, поширення суверенітету України на всю її територію встановлені Конституцією України. Звуження меж існуючого кордону України, виведення будь-якого суб'єкта адміністративно-територіального устрою України з її складу, зміна конституційно закріпленого статусу адміністративно-територіальної одиниці, зокрема Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, як невід'ємної складової частини України шляхом проведення місцевого референдуму суперечать зазначеним конституційним принципам».*

Конституційний Суд України виходив із усталених конституційних і міжнародних принципів, згідно з якими право на 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

---

[24] Задорожній О.В. *Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права*. Київ: К.І.С., 2015. С. 98

[25] Рішення КСУ № 2-рп/2014 від 14 березня 2014 р.

складно говорити про те, що в Криму вже існувала спільнота, яку можна кваліфікувати як «народ», який володіє правом на сецесію[26]. 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»[27].*

Зовсім інакше у силу домінуючих ірендентистських поглядів ця справа отримала оцінку у Російській Федерації, в якій Конституційний Суд цієї країни на порушення норм і принципів міжнародного права та конституційного права[28] 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 уклади «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»[29].

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[30], 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»[31]. 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

---

[26] Anne Peters. 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, 2015. P. 281.

[27] Задорожній О.В. (ред.). *Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право*. Київ: К.І.С., 2014. С. 528.

[28] Марусяк О.В. *Анексія Криму Російською Федерацією як злочин агресії проти України: міжнародно-правові аспекти*. Чернівці: Місто, 2016. С. 121-132.

[29] Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. P. 298.

[30] Oleksandr Merezhko. Crimea's Annexation in the Light of International Law. A Critique of Russia's Legal Argumentation. Kyiv-Mohyla Law & Polotics Journal. 2 (2016). P. 48.

[31] Christian Walter, Antje von Ungern-Sternberg and Kavus Abushov (Eds.). *Self-Determination and Secession in International Law*. P. 300.

умов «Республіку Крим» складно уявити суб'єктом, що відповідає всім критеріям державності (*all criteria for statehood*)[32]. Тим більше, у силу дискримінаційних практик у Криму протягом 1991-2014 рр. збоку 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 вжиття низки заходів щодо часткової ізоляції Конституційного Суду РФ у рамках Світової Конференції конституційних судів, що відбулася у 2016 році у Вільнюсі та Європейської конференції конституції. Така діяльність КСУ за ініціативи його Голови Станіслава Шевчука здійснюється також у рамках Асоціації конституційного правосуддя країн регіону Балтійського та Чорного морів.

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[33]. 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 Кондорс'є. 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 публічновладних 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 –

[32] Ibid. P. 300.
[33] Лок Джон. Два трактати про врядування. Київ : Основи, 2001. С. 207-220.

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 розглядатися 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 ухвалювати рішення, які йдуть всупереч основоположним конституційним цінностям і принципам, модеруючи політичний процес та маргіналізуючи конституційний суд.

Вимога обмеження свавілля визначає функціональний, організаційний та кадровий аспект поділу влади, який згідно із Соботовою полягає у такому[34]:

> *«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 здійснюють відповідну владу. Пов'язані з кадрами питання торкаються проблеми сумісності різних посад (несумісність, «свобода від конфліктів»)».*

[34] Катаріна Соботова. Принцип правної держави. Київ: ВАІТЕ, 2013. С. 94.

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»[35]. 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. Якщо 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:

> *«…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**[36]».*

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.

і) 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

---

[35] Андраш Шайо. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва: БЕК, 2001. С. 84.

[36] «…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.

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 звільненні з посади за результатами дисциплінарного розслідування лише в разі порушення вимог політичної нейтральності та наявності конфлікту інтересів, а також згідно із обвинувальним вироком 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 певної правового регулювання, то регуляторні акти є конкретизацією законів. Природа регуляторних актів полягає в тому, що політики довіряють професійним службовцям конкретизувати певні сфери життєдіяльності, щодо яких на політичному рівні не склався консенсус і його вирішення потребує фахової дискусії та формулювання правил або такі правила мають технічних 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 президенціалізмі) 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. Стрижнем конституційної архітектоніки, 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.

4.1. Основні засади. 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[37].

Ступінь судового активізму визначають дилему 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;

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.

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[38], 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 «короною правової держави»[39]: «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

---

[37] Alder John. *Constitutional and Administrative Law.* 10th Ed. Palgrave Law Masters, 2015, P. 381

[38] Андраш Шайо. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва: БЕК, 2001. С. 47-52.

[39] Ebers G.J. Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich. *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet*. München, 1952. S. 269, 271.

свобод людини набуває універсального характеру, в силу чого суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві.

Що стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду, то ця проблема тісно пов'язана 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 – керуючись конституційними цінностями і принципами, пристосовує абстрактні конституційні приписи до конкретних життєвих обставин або дає оцінку абстрактним положенням законодавства на предмет легітимності втручання у приватну автономію відповідно до трискладового тесту, що випливає із системного і телеологічного тлумачення конституції. Як парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у відмінний спосіб, що є нічим іншим як реалізацією конституції. Як справедливо зазначає Ондраш Шайо, існує необхідність збалансування втручання законодавця у суспільні відносин:

> *«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»*[40].

У залежності від типу конституціоналізму виділяють дві моделі співвідношення юдикатури та парламентаризму:

і) 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)[41]. Пізніше вона буде поглиблена у справі Бонема:

> *«…у багатьох випадках на основі загального права контролюються парламентські закони, які час від часу оголошуються повністю нечинними. Якщо закон суперечить загальному праву (*common law*) і здоровому глузду або виконання його неможливо, він підпадає під дію загального права, згідно з яким такий закон нечинний»*[42].

---

[40] Там само. С. 208.
[41] *Keighly Case* [1607] 10 Co Rep 139.
[42] Dr. Bonham's Case, (1610), 8 Co. Rep.

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[43]. 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[44]. Пізніше вже Ганс Кельзен обґрунтує нормативну модель ієрархії норм, на вершині якої знаходяться конституція, що потребує окремого механізму правового захисту через спеціалізовану судову установу[45]. У силу специфіки конституційної композиції конституційний судовий перегляд у багатьох конституційних моделях континентальної Європи є фактично виведеним поза межі тріади законодавчої, виконавчої та судової влади. Це пов'язано із тим, що конституційна юстиція покликана забезпечувати верховенство конституції, на підставі чого акти парламенти 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[46]:

> *«Велика мета правосуддя, – писав відомий французький дослідник американської демократії, – полягає в заміні ідеї насильства ідеєю права, в установленні правової перешкоди між урядом і силою, що ним використовується».*

Запровадження правосуддя здійснюється з метою запобіганню 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 йде мова про наявність арбітра, який може за

---

[43] Alder John. *Constitutional and Administrative Law.* 10th Ed. Palgrave Law Masters, 2015, P. 381.
[44] Водянніков Олександр. Трибунал для демократії. Виникнення і розвиток концепції органу конституційної юрисдикції в демократичній державі. *Публічне право*. 2018. Спецвипуск. С. 47.
[45] Ганс Кельзен. *Чисте правознавство*. Київ: Основи, 2003.
[46] Токвиль Алексис де. *Демократия в Америке*. Москва: Прогресс., 1992. С. 120.

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[47]:

– 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 їх суддів є інакший, ніж загальних судів. Така відмінність у їх статусі полягає у тому, що конституційній 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 кандидатури висуває Національна Рада за пропозицією Президента, фракцій парламенту, представників судової влади, адвокатів та академічної спільноти. Такого роду відносини є в інших країнах і вони по суті визначають негласні правила парламентської гри – на композицію органів конституційної юстиції впливають результати консультацій між парламентськими фракціями. За принципом консенсусу у складі органу конституційної юстиції забезпечується представництво парламентської більшості та опозиції. Однак оскільки судді конституційних суддів призначаються на значно більший термін (6-12 років), ніж парламенти (4-5 років), то зазначені міркування не завжди є визначальними В Україні суддів Конституційного Суду призначають Президент, Верховна Рада та З'їзд суддів, а з 2016 р. – за результатами конкурсу з метою зменшення впливу зазначених політичних чинників. Загалом повноваження суддів можуть бути припиненні окрім досягнення граничного віку лише за результатами дисциплінарного розслідування за недостойну поведінку або за конфлікт інтересів.

---

[47] Козюбра М.І. Принципи верховенства права та правова держава: єдність основних вимог. *Наукові записки НаУКМА*, 2007. Том 64. Юридичні науки. С. 7.

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[48].

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[49]. 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[50].

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.

---

[48] Рекомендація CM/Rec (2010)12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 12. С. 37-38.

[49] Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press. P. 19.

[50] Ermacora F. *Grundriss der Menschenrechte in Österreich.* Manzsche Verlag, 1988. S. 30.

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 становить водночас його силу та слабкість: вільної інтерпретації Конституції»[51]. 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*) [52]. Як справедливо визнає Карл Санстейн[53], 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 розсуд парламентом при законодавчому регулюванні; г) відносини між вищими інститутами влади, що випливають 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

---

[51] Вей С. Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді. *Вісник Конституційного Суду України*. 2002. № 2. С. 59.

[52] Шевчук Станіслав. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2007. С. 153-211.

[53] Санстейн К.Р. Легитимность конституционных судов: заметки о теории и практике. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 1997. № 2 (17). С. 31-33.

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 розгляду судом загальної юрисдикції вищої інстанції конкретного спору про право. Прикладом такої системи є модель конституційної юстиції США. Завдання загального суду полягає насамперед у розв'язанні конкретного спору між сторонами і якщо при цьому виникає питання про конституційність правового акту, суд повинен також 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[54]. 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)[55]: 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 попереджувальні заходи 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 щодо вирішення конституційних спорів: позбавлення основних прав, конституційності політичних партій,

---

[54] Козыринка А.Н. и Штатина М.А. (ред.) *Административное право зарубежных стран*. Москва. Спарк, 2003. С. 214.

[55] Constitution of Brazil. URL: http://www.v-brazil.com/government/laws/constitution.html

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[56]. 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[57].

Згідно з Конституцією Словацької республіки Конституційний суд наділений широкими повноваженнями, оскільки у цій країні запровадження німецька модель конституційної юрисдикції. З урахуванням унітарного устрою Словацької республіки наділений широкою сферою повноважень щодо здійснення конституційного контролю, зокрема (статті 125, 127а Конституції):

1) приймає рішення про відповідність (стаття 125):

a) законів – Конституції, конституційним законам і міжнародним договорам, на укладення яких надала згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом,

b) розпоряджень Уряду, загальнообов'язкових правових актів міністерств та інших центральних органів державної адміністрації – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, на укладення яких дав згоду Національна рада Словацької Республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом, і законам;

c) загальнообов'язкових розпоряджень, що видаються відповідно до статті 68 [Конституції], – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, на укладення яких надала згоду Національна рада Словацької республіки і які були ратифіковані і оприлюднені у порядку, встановленому законом, і законам, якщо рішення по них не приймає інший суд;

d) загальнообов'язкових правових актів місцевих органів державної адміністрації та загальнообов'язкових розпоряджень органів територіального самоврядування, що видаються відповідно до абзацу 2 статті 71 [Конституції], – Конституції, конституційним законам, міжнародним договорам, 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

---

[56] Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London: Duke University Press, 1997. S. 10.

[57] Савчин М.В. *Конституціоналізм і природа конституції*. Ужгород: Поліграф центр «Ліра», 2009. С. 42.

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 здійснення контролю над його діяльністю. У цьому огляді піде мова про 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 статути були переглянуті наступними актами[58].

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[59].

Таке взаємовідношення традиційно доповнюється системою конвенційних норм, які склалися у політичній практиці у відносинах між парламентом та урядом. Конвенційні угоди розглядаються як важлива складова політичної діяльності, яка базується на повазі до правової традиції та системи прецедентів. Їх особливістю є те, що конвенційна практика не відстоюється у судах загального права; їх авторитетність ґрунтується на політичній придатності та ефективності. Таким чином, у Великій Британії існує своєрідне звичаєве право як частина конституційного права і воно забезпечується силою свого авторитету. Конституційний звичай (конвенція) може бути змінений через суспільний консенсус: якщо хоча б одна із сторін не погоджується на його зміну, продовжує чинність попередній звичай[60]. Британська система парламентаризму побудована на збалансованості влади – жодне примусове зупинення законів або виконання законів королівською владою без згоди парламенту є незаконним[61].

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»[62].

Доволі наочно характеризує це співвідношення *Brexit Case*, в якому як Верховний суд Лондона, так і пізніше Верховний суд Англії наголосили на важливості доктрини

---

[58] Медушевский А. Н. *Теория конституционных циклов.* Москва. : Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2005. С. 51.
[59] Russell M. *Reforming the House of Lords. Lessons from Overseas*. Oxford : Oxford University Press, 2000. С.276-278.
[60] Marshall G. *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford : Claredon Press, 1984.
[61] Буквально: «The pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal».
[62] Кросс Р. *Прецедент в английском праве*. Москва : Юридическая литература, 1985. С. 25.

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 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[63]. 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[64]. 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

---

[63] Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd Ed. Durham and London : Duke University Press, 1997. С. 31.
[64] Там само.С. 31-32.

від довільних рішень більшості; в) наявність конструктивного вотуму – відставка канцлера не приймається, допоки Бундестаг не схвалить кандидатуру нового канцлера; г) представницькі функції Федерального президента. Оскільки уряд може бути відправлений у відставку при конструктивному вотумі поряд із сильним конституційним судом, то німецьку модель ще можна охарактеризувати як раціоналізований парламентаризм. Подібного роду модель парламентаризму діє в Іспанії та Італії, а німецька модель стала прототипом для багатьох моделей парламентаризму постсоціалістичних країн Східної Європи (Словаччини, Чехії, Хорватії, Угорщини до 2011р.).

В Основному законі Німеччини не 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»[65]. По суті рішення приймаються поза стінами парламенту політичними партіями; парламент відіграє роль національного форуму, на якому ці рішення узгоджуються, про 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 йде мова про відповідальність окремого міністра, то це не може потягнути відставку уряду у повному його складі, - у відставку йде тільки федеральний міністр. Міністри несуть відповідальність за галузевим принципом.

5.3. Угорська міністеріальна модель парламенту. ~~.~~ Після доволі тривалого періоду (1989~~-~~–~~-~~2011 рр.) Угорщина залишалася ~~одним із~~ одним із ~~взірцем~~ взірців конституційної

[65] Röhring Hans-Helmut, Sontheimer Kurt. *Handbuch des deutschen Parlamentarismus*. Piper, 1970. S. 101.

демократії у постсоціалістичних країнах. Однак і її~~Угорщину~~ не оминула хвиля консервативного популізму. Після перемоги на парламентських виборах у 2010 р.~~оці~~ В.~~іктора~~ 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[66].

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 з~~З~~акону, 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 К~~к~~омісія у своєму Висновку зазначила, що розробка проекту і прийняття конституції були проведені зі~~із~~ значним браком транспарентності, короткостроковими дебатами між парламентською більшістю та~~і~~ опозицією, що не сприяло адекватності дебатів між ними~~опозицією і більшістю~~, і ~~що знизило~~ значно знизило рівень легітимності цього процесу[67].

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 ~~також~~ за кордоном, який включає також заходи щодо підтримки і розвитку угорських громад, збереженн~~ю~~я їх угорської ідентичності, сприяє~~нню~~ створенню громадського самоврядування, що доволі органічно вплітається у мереживну структуру Європейського Союзу (ст.~~аття~~ D). Також можна відзначити набагато краще оформлений каталог прав людини й~~і~~ основоположних свобод. Водночас зазнало критики з боку європейських інституцій положення Конституції про те, що шлюб – це~~складає~~ «заснований на вільному рішенні союз чоловіка і жінки» (ст.~~аття~~ L), однак угорці тут посилаються на власну «конституційну історію». Важливою конституційною новелою є введення інституту автономних регуляторних органів, статус яких визначається органічними (в Угорщині вживається термін «кардинальні») законами (ст.~~аття~~ 23). З другого ~~іншого~~ боку, послаблено роль Конституційного суду, оскільки він здійснює переважно функції превентивного конституційного контролю; ~~, а також~~ уряд отримав надмірні повноваження з питань оподаткування і бюджету, які належним чином не можуть бути проконтрольовані, оскільки вони не є~~ці питання вже не можуть бути~~ 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 ~~у значній долі~~ така традиція є притаманною.

Загалом, ухвалення Основного закону Угорщини ~~від~~ 25 квітня 2011 р.~~оку~~ із наступними п'ятьма поправками є суперечливим. З одного боку, його ухвалення сприяло

---

[66] Jakab A., Sonnevend P. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht.* 2012. № 72. pp. 81–85.

[67] Opinion European Commission for Democracy thorough of Law (Venice Commission) on the New Constitution of Hungary CDL-AD(2011)016 http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)016-E.aspx.

утвердженню авторитарного режиму прем'єра В.~~іктора~~ Орбана, а цей основоположний документ в~~по~~містив положення, несумісні із демократичними засадами. З другого~~іншого~~ боку, ухвалення Основного закону ознаменувало завершення перехідного етапу ~~в Угорщині~~ 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. Президенціалізм та змішані моделі

6.1. Президентські системи. Згідно із Джованні Сарторі ми отримуємо модель президенціалізму у чистому вигляді за умови додержання наступних умов: і) президент обирається на основі загальних виборів; іі) протягом встановленого терміну перебування на посаді парламент не може його змістити з посади; ііі) президент призначає і очолює уряд[68]. 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 президенціалізм; латиноамериканський та російський суперпрезиденціалізм.

і) Американський президенціалізм характерний жорстким поділом влади, який включає наступні компоненти. Обрання президента здійснюється за непрямими виборами, які поєднують принцип мажоритарності та федералізму. Ідея таких виборів полягає в тому, щоб забезпечити поєднання загальнонаціонального представництва та засад федералізму, яке доповнюється композицією Конгресу як загальнонаціональної легіслатури. З цією метою запроваджено ротацію Сенату щодва роки на третину і переобрання Палати представників щодва роки. За таких умов запроваджено жорсткий поділ влади між Президентом і Конгресом, що виключає можливість 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 років 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

[68] Сарторі Джованні. *Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів*. Київ: АртЕк, 2001. С. 80.

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 закріплений 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 становленням 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[69]:

> *«…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[70]:

> *«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».*

---

[69] «…many constitutions permitted the executive branch to introduce bills into congress, and in some countries, only the president could initiate legislation». Див.: Rosenberg Michel, Sajo Andras. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2004. P. 1178.

[70] Сарторі Дж. Вказ. праця. С. 87.

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 недаремно Хуан Лінц говорить про жорсткість президентських систем, яким бракує гнучкості при подоланні конституційних криз[71].

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 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. Йде мова про існування фактичного суперпрезиденціалізму, який виходить за рамки французького прототипу семіпрезиденціалізму, про який піде мова 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 напівпрезиденціалізму 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[72]. Далі Сарторі виділяє такі ознаки напіпрезидентського правління[73]:

(I) Глава держави (президент) обирається на основі всенародних виборів, прямим чи непрямим голосуванням на визначений термін.

---

[71] Linz Juan. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*. 1990. (I), 1, p. 51-69.
[72] Сарторі Дж. Вказ. праця. С. 121.
[73] Сарторі Дж. Вказ. праця. С. 125.

(II) Глава держави розділяє виконавчу владу з прем'єр-міністром таким чином, що це призводить до структури двоїстої вади, чиї 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 влади за суворого дотримання умови, що існує «потенціал автономності» кожного елемента виконавчої влади.

і) Модель V Французької республіки. У Франції сильні доволі 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 і 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 семіпрезиденціалізму 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 семіпрезиденціалізм давав змогу більш витончено забезпечити взаємодію між парламентом та урядом. У постсоціалістичних країнах характерною рисою семіпрезиденціалізму 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 повсякденности" пострадянського простору та семипрезиденціалізм (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 Дмітрія Мєдвєдєва 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. Проблематика легітимності регуляторних атків держави виникає у зв'язку із делегуванням законодавчих повноважень парламентом уряду та ефективністю судовим 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-домагань та повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні мають бути вичерпно передбачено 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[74].

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 менших 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 положення 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

[74] Див.: Klass and Others v. Germany, Big Brother Watch v. UK.

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 І. Ріхтер та Г.Ф. Шуперт виділяють такі загальні критерії правового змісту актів адміністрації: а) принцип законності, з якого випливає верховенство закону та заснованість правових актів адміністрації на законові 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[75].

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[76]:

> *«Якщо нормотворення здійснюють органи, які з юридичного погляду належать до організаційної сфери держави, то до процедури принципово застосовуються ті самі вимоги принципів законності, наявності легітимації та пов'язаної з ними вимоги прозорості й зваженості, яких так само треба дотримуватися й у прийнятті постанов або адміністративних приписів. Також у відношенні до вагомої 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.

---

[75] Рихтер И., Шупперт Г.Ф. *Судебная практика по административному праву*. Москва: Юристъ, 2000. С. 127.
76 Ебергард Шмідт-Ассманн. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні завдання та засади систематики адміністративного права*. 2-е вид. Київ: «К.І.С.», 2009. С. 379-380.

Вирішальним при цьому стає, як пише Ебергардт Шмідт-Ассманн[77], 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.

і) Законодавче делегування. Якщо має місце делегування законодавчих повноважень парламенту, то акт про делегування має передбачати принаймні такі елементи: а) обсяг та предмет делегування; б) адресат та порядок здійснення ним делегованих повноважень; в) строк і порядок припинення делегованих повноважень; г) контроль та звітування щодо здійснення делегованих повноважень. Таке делегування найчастіше здійснюється урядові. Наприклад, воно часто практикується у Франції, Сполученому Королівстві.

іі) Делегування повноважень, визначене у законі. Тут йде мова про закони, які мають переважно рамкових 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 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.

---

[77] Там само. С. 236, 232-234.

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[78].

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,

---

[78] Michel Rosenberg and Andras Sajo. *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2010. pp. 673-674.

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.

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[79].

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. Більшість 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[80] 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

---

[79] Т. Верхейн (ред). *Политико-административные отношения: кто стоит у власти?* Москва: Права человека, 2001. С. 6-7.

[80] Коуз Р. *Фирма, рынок и право*. Москва : Дело,1993.

регулювання теорія трансакційних видатків Коуза означає принаймні такі речі: а) правове регулювання контрактів та гарантії їх додержання, зокрема реєстрацію операцій з нерухомістю; б) правове регулювання, пов'язане із ліцензуванням певних видів економічної діяльності, квотуванням виробництва певних видів продукції, надання дозволів на будівництво чи сертифікацією товарів, послуг. Згідно з цією теорією втручання держави має бути збалансованих, 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[81] 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 хору їх правової визначеності та додержання вимог процедури.

На подібній позиції також стоять Нільс Петерсен та Емануель Тоуфай[82], які розглядають в такій якості конституційні цілі по обмеженню влади та гарантій прав людини як критерію втручання в економічні свободи з боку держави. Принцип пропорційності розглядається ними як сутнісна характеристика ступеня втручання держави в економічні свободи, наслідком чого є визначення сутнісного змісту економічних свобод, який за жодних умов не може бути 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[83]. Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в рамках економічних циклів[84]. На циклічній природі економічних процесів

---

[81] Познер. Р. *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2004. Т. 2. С. 829-838.

[82] Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. *Economic Methods and legal reasoning*. University of Muenster, 2015. p. 1-17.

[83] James M. Buchanan. *Between Anarchy and Leviathan*. Chicago University Press, 1977; Geoffrey Brennan and James M. Buchanan. *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. Academic, 2008.

[84] Йозеф А Шумпетер, *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* (Видавничий дім «Києво-Могилянська академія» 2011). 21 і наст., 203 і наст.

наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв[85]. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоєтичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що служить запобіганням випадків ентропії у формулюванні правил[86], 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[87].

7.5. Судовий контроль та регуляторна держава. Саме заснування незалежних регуляторних агентств передбачає, що суперечності щодо законодавчого регулювання та його конкретизації у регуляторних актах визначається через судовий перегляд відповідних правових актів. Це доволі складне питання поглиблюється різноманітністю моделей конституційного контролю та організації судів загальної юрисдикції. 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.

---

[85] Фернан Бродель, *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст*. Том 3: Час світу. Київ: Основи, 1997; Н.Д. Кондратьев, *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды*. Москва, Экономика 2002.

[86] Луман Никлас. *Общество как социальная система*. Москва: Логос, 2004. С. 29, 67.

[87] Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева, 2017.