



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА І КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ

ІV ЛІТНЯ ШКОЛА ДЛЯ СТУДЕНТІВ ВИЩИХ ЮРИДИЧНИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ

ЗБІРКА МАТЕРІАЛІВ
ДО ЛЕКЦІЙ ПРОФ. М. САВЧИНА

Львів – 2015

Political Parties and Terrorism: Why ban *Batasuna*?

By Angela K. Bourne

Politics, School of Humanities, University of Dundee, Dundee
DD1 4HN

a.bourne@dundee.ac.uk, phone: +44(0)1382 388628

**Paper presented at
Elections, Public Opinion and Parties Annual Conference
University of Exeter, 9-11 September 2010**

Abstract

This article examines the 2003 ban of radical Basque nationalist parties *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* and *Batasuna* for their integration in the terrorist group *Euskadi Ta Askatasuna*. It does so by examining the political context in which proscription took place and testing two hypotheses developed from the broader literature on party bans addressing the question: Why do democracies ban political parties? Case study analysis on Spain supports the two hypotheses - that democracies ban anti-system parties when alternative forms of marginalization are not effective and that 'intolerant democracies' are more likely to ban political parties than 'tolerant democracies'.

Introduction

In 2003, the Spanish Supreme Court banned *Herri Batasuna* (HB), *Euskal Herritarrok* (EH) and *Batasuna*, three Basque separatist parties linked to the terrorist group *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA). Since then, the return of *Batasuna* - effectively successor to both HB and EH - to electoral politics under a different guise has been repeatedly blocked by the courts. The effects of proscription are far-reaching. A banned party may no longer contest elections, loses all entitlements such as access to state funding, and its assets are to be confiscated and sold off by the state (Vír gala, 2003-4: 622).

Prior to proscription, ETA's political wing (henceforth *Batasuna*) contested elections over some twenty years. At its peak, it was able to win up to five parliamentary seats (231,722 votes) in Spanish general elections (HB, 1982) and fourteen seats (224,001 votes) in the Basque parliament (EH, 1998). In 2011 municipal elections, the electoral coalition *Bildu*, widely identified with radical Basque nationalists but formally composed of independents and candidates from two legal parties, won 1,137 councillors in the Basque Country and Navarre and became second most voted party in the Basque Country with 26% of the vote.

The long wait to ban HB, EH and *Batasuna* raises the question: *What changed to make policymakers later consider proscription appropriate?* The case also permits examination of hypotheses addressing the broader question: *Why do democracies ban political parties?* Political parties are endowed with primary representative functions and embody fundamental rights of association and expression. A decision to ban a party is therefore a grave decision, even if justified by supporters as necessary to defend liberal values and democracy itself. In this context, it is pertinent to ask *why* democracies ban political parties; even more so, given that not all democracies deal with the extremist parties by banning them.

There is an extensive literature on the illegalization of political parties. It is dominated by law (Kirchheimer, 1961; Gordon, 1986; Fox and Nolte, 2000; Sajó, 2004; Karvonen, 2007; Corcuera *et al*, 2008) and political philosophy, where the dilemma of 'tolerating the intolerant' has been an issue for centuries (Locke [1689] 1991, Mill [1859] 1998, Rawls, 1972; Waldren, 1981; Scanlon, 2003). Political scientists have mostly focused on the impact of proscription and its effectiveness in relation to alternatives like marginalization of extremists through the electoral system, ostracism and collusion by mainstream parties (Husbands, 2002; Hainsworth, 2008; Norris, 2005; Bale, 2007). In this literature, official justifications for proscription tend to be taken at face value and there has been no systematic, comparative attempt to look behind official rationales. Nevertheless, existing studies permit development of plausible hypotheses that help to explain why democracies ban political parties in general and why Spain banned HB, EH and *Batasuna* in particular.

After a brief introduction on ETA, its political wing and the legal framework for the proscription of political parties in Spain, I identify possible explanations for the Spanish state's change of policy on proscription. I discuss the political context in which proscription occurred in Spain. I then consider the validity of two hypotheses developed from the broader literature to explain the proscription of EH, HB and *Batasuna* in 2003, namely that democracies ban parties when alternatives are not effective and that 'intolerant democracies' ban parties.

ETA, Batasuna and the radical Basque nationalist left

Euskadi Ta Askatasuna (ETA, Basque Homeland and Freedom) was founded in 1959 during – and as a response to the repression of - the dictatorship of General Francisco Franco. ETA was formed by a small group of Basque youths dissatisfied with the civil war generation of Basque nationalists and the dominant *Partido Nacionalista Vasco* (Basque Nationalist Party, PNV). The group sought to establish an independent socialist state, encompassing Basque provinces in Spain and France (Jáuregui, 2002; Muro 2005, 571-89). General Franco's death in 1975 and the ensuing democratic transition prompted one faction - ETA *político military* (ETA political military) - to form a political party, *Euskadiko Ezkerra* (Basque Left), which took part in democratic elections, constitutional and Basque autonomy statute debates, and eventually renounced violence (de la Granja, 2003: 136).

The largest faction – ETA *militar* (ETA military) – continued to conceive the Basque Country as an occupied territory and pursued armed struggle to achieve national liberation. Soon known simply as ETA, it rejected new democratic institutions established in the 1978 Constitution for not recognizing a Basque right to self-determination, and a 1979 Autonomy Statute devolving political power to new Basque institutions for being an obstacle to independence. In response it mounted a massive campaign of terror against the democratization process. Since its first confirmed killing in 1968, ETA has killed 829 people and has injured kidnapped and extorted thousands of others.

In the early 1960s, ETA pursued revolutionary war and military defeat of state security services in Basque territories (Ibarra, 1987: 58-61). By 1965, it adopted a 'spiral of violence' (or action-repression) strategy, where violence was used to provoke increased state repression and eventually popular insurrection against the Spanish state (ibid). Consolidation of democracy and significant support for new institutions of Basque self-government¹ prompted a new strategy where violence was employed to force state authorities to negotiate from a weak position and accept demands of the *Alternativa KAS*, including: total amnesty; expulsion of state security services from Basque territory; improved living and working conditions for Basques; recognition of Basque national sovereignty, right to self-determination and independent statehood; and adoption of the Basque language (*Euskera*) as official and primary language (ibid, 99-100).

This orientation to violence is grounded on an interpretation of Spanish democracy as repressive and 'anti-Basque' (Muro, 2005: 584-5; Mata, 1993: 279-287). Spanish democracy is seen as a continuation of Francoism and at best a 'pseudo-democracy': For the paramilitaries and their supporters, dictatorship and democracy contained strong anti-Basque elements with real power, including the Church, army and mass media (Muro, 2005: 584-5; Mata, 1993: 280-2). While the utility of violence is now openly disputed in the radical Basque nationalist movement more generally, in the first decades of the democratic period, it was widely seen as an effective instrument for pushing the government to negotiate independence; shaping broader political, economic and social conditions in the Basque Country; communicating the intensity of dissatisfaction with the status quo; and keeping the Basque nationalist project alive through constant agitation and consciousness-raising (Mata 1993: 279-83). These views led many radical

Basque nationalists to rationalize ETA's violence by comparing it with violence employed by state (Ibid, 285-6).

In 1975, radical Basque nationalists established the *Koordinadora Abertzale Sozialista* (KAS, Patriotic Socialist Coordinator) (Llera 1992; Mata, 1993: 95-131). Although it initially involved both ETApM and ETAm, disputes about participation in the 1977 elections prompted ETApM and supporters to leave (Domínguez 2006: 335). KAS came to include the movement's leading political party (*Herriko Alderdi Sozialista Iraultzailea*, HASI, dissolved in 1992), trade union, youth and women's organizations. KAS was to establish the line of action for participating groups, for *Herri Batasuna* (HB) and the whole social tapestry of groups supporting ETA - religious, cultural, ecological, women's, students' and among others. In 1978, a coalition of parties, including HASI, formed HB as a vehicle to represent ETA and the *izquierda abertzale* in elections. *Euskal Herritarrok* (EH) emerged in 1998 as an electoral coalition, dominated by HB. It was refounded as *Batasuna* in 2001.

Collectively, ETA and this wide circle of supporters was known as the *Movimiento de Liberación Nacional Vasco* (Basque National Liberation Movement, MLNV) or more generally, the *izquierda abertzale* (radical nationalist left) (Domínguez, 2006: 274; Llera, 1992: 183-6). It was both a social movement and an instrument by which ETA sought to achieve independence through negotiation with the Spanish state (Mata, 1993: 95-131). Its presence could be felt in many spheres of social life – including sports, Basque language schools and bars (*Herriko Tabernas*) (Mata, 1993: 104). Various scholars have associated the movement's radical nationalism with 'political religion' observed in an elaborate set of symbols, liturgy and rituals, including public commemoration of the so-called *gudari* (Basque soldier) who sacrificed life or personal freedom for Basque independence (Casquete, 2009, see also Isaskun, 2002).

ETA was its catalyst, theorist, source of cohesion and enforcer, a power which, according to Mata, derived from a legitimacy, or the 'symbolic capital', generated by its life and death struggle with state security forces; its ability to intimidate dissenters; and tight control over the composition of key bodies, including HB (1993: 112). The MLNV embodied a division of labour (*desdoblamiento*), where ETA remained the military vanguard but others held different roles (Mata, 1993: 111). HB was to represent the MLNV in the electoral arena (Mata, 1993: 124). However, its role was not so much to pursue power through access to public office, although HB and its successors won many votes and governed in various municipalities.² Rather, HB was conceived as a tactical instrument pursuing the 'accumulation of forces' (*acumulación de fuerzas*): Its principal *raison d'être* was to strengthen the MLNV and the cause of independence by taking on various social grievances and becoming a focal point for Basque radicalism of all kinds (Mata, 1993, 124-7). The 'symbiotic relationship' between HB, KAS and ETA was reflected in the presence of ETA in KAS; the presence of KAS organizations in the directorate (*mesa nacional*) of HB; and the presence of various ETA convicts among HB, EH and *Batasuna's* leadership, elected representatives and candidates (Mata, 1993: 123-7; Muro, 2008: 127-31)

The proscription of political parties in Spain

The Spanish Constitution does not explicitly permit the dissolution of political parties. However, article 6 requires that, while parties can be freely created, they must 'respect

the Constitution and the law' and be 'democratic in their internal structure and functioning'. Furthermore, as a specific form of association, political parties are subject to article 22 which explicitly prohibits secret and paramilitary associations and declares that 'associations which pursue ends or use means classified as crimes are illegal'. Illicit associations, defined in article 515 of the Spanish Penal Code, includes terrorists, other violent groups and those promoting or inciting hate, violence or discrimination against others (de Otto, 1985: 67-8, Esparza, 2004: 117-20).

The Organic Law on Political Parties (LOPP) adopted in June 2002 sets out three grounds for banning parties: illicit association as defined in the Penal Code, non-democratic internal functioning and structure; and conduct threatening to undermine the liberal democratic system.³ This last justification for proscription – soon used to ban HB, EH and *Batasuna* - permitted the courts to dissolve parties which 'violated democratic principles in a repeated and grave form, or aimed to undermine or destroy the regime of liberties, or injure or eliminate the democratic system' (LOPP, article 9.2). Conduct deemed to violate democratic principles, outlined in article 9.2a-c, was:

- promoting, justifying or excusing of attacks on people's life or integrity, or exclusion or persecution of people because of their ideology, religion or beliefs, nationality, race, sex or sexual orientation
- Encouraging, promoting or legitimizing violence as a means to achieve political goals, or destroying conditions necessary for democracy, pluralism and political liberties
- Complementing or supporting politically, the activities of terrorist organizations which aim to subvert the constitutional order, gravely alter public peace, create a climate of fear, or enhance the effects of fear and intimidation generated by terrorist violence (article (9(2) a-c)).

In the 1980s, the judiciary overruled government attempts to exclude HB from the political arena by denying it formal registration as a political party (Esparza, 2004: 145). The 2003 ban on HB, EH and *Batasuna* was therefore the first time democratic Spain had banned parties. The government and Public Prosecutor sought to establish that these parties were subject to strategy and mandates of ETA (VÍrgala 2003-4: 614).⁴ A special chamber of the Supreme Court, which has jurisdiction in cases where parties violate democratic principles, concurred. It ruled that HB, EH and *Batasuna*, or its leading members, had explicitly or tacitly supported, excused or minimized the significance of terrorist actions; tried to neutralize and isolate opponents of terrorism; used terrorist symbols; collaborated with organizations supporting terrorism; and promoted or participated in acts of homage to terrorists (Tajadura and VÍrgala, 2008: 70-2). This ruling was later endorsed by both the Spanish Constitutional Court and the ECHR.

To block successor parties, the Supreme Court subsequently denied registration to two parties (*Abertzale Sozialisten Batasuna* and *Sortu*); dissolved to parties (*Acción Nacionalista Vasca* and *Partido Comunista de las Tierras Vascas*); and disqualified the two party lists for particular elections (*Accion Nacionalista Vasca* and *Askatasuna*) (Pérez-Cruz and Ferreiro 2009; Tajadura and VÍrgala, 2008). Some five hundred lists of candidates presented by electoral groupings have been disqualified for local, provincial, autonomous community and European Parliament elections (including *Autodeterminaziorako Bilgunea*, *Herritarren Zerrenda*, *Aukera Guztiak*, *Abertzale Sozialistak*, *Democracia Tres Millones*) (Iglesias 2008; Pérez-Moneo 2005). In 2009 and 2011 respectively, the Constitutional Court rejected Supreme Court rulings that

Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad Entre los Pueblos and *Bildu* were instruments of ETA, but endorsed all other rulings against the mentioned successor parties, coalitions and electoral groupings.

Why Ban *Batasuna* in 2003?

Regimes in transition from authoritarianism to democracy, such as Spain after Franco's death in 1975, face challenges which make party bans more compelling (Bourne, forthcoming). Transitions are typically characterised by political tension, polarisation and uncertainty, and the threat of counter-revolution or takeover by anti-democratic forces (Karl and Schmitter, 1991; Huntington, 1991: 109-164). This has led some new democracies, such as Germany, Italy, Austria, Russia and Latvia, to ban parties associated with the old regime or other potentially destabilising forces (Bourne, *ibid*). Other new democracies, however, elected not to do so, including Spain in the 1970s and early 1980s.

Studies on party bans in Africa (Hartmann and Kemmerzell, 2010: 648) and Huntington's comparative work on democratic transitions (1991: 211-231) suggests 'modes of transition' may account for different orientations to proscription: Party bans are *more* likely in transitions involving opposition-led change and installation of a new set of political rulers and *less* likely in more consensual transition process. In the latter, 'more parties are involved in the transition itself and are stakeholders that cannot be excluded by legal fiat' (Hartmann and Kemmerzell, *ibid*).

Spanish practice accords with this hypothesis. Democratization has been widely characterised as consensual, founded on compromise between regime reformers, led by Prime Minister Adolfo Suárez and Franco's appointed successor King Juan Carlos, and opposition socialist, communist and predominantly Catalan minority nationalists (Carr and Fusi, 1981; Preston, 1987). Even though radical Basque nationalists associated with ETAm actively and violently sought to undermine the democratization process (Domínguez, 2006) transition leaders explicitly rejected constitutional provisions which might endorse a 'militant' approach to the proscription of extremist parties (Blanco, 1990: 124-9). Ferreres explains this preference as 'a reaction against forty years of dictatorship, during which all political parties were illegal' and as a protection against the 'wishes of some conservative forces during the transition to democracy who would have liked to exclude the communist party and other leftist organisations from the new democracy' (2004: 141). However, by the time HB, EH and *Batasuna* was banned, Ferreres argued, there had been a paradoxical reversion to an 'underlying tendency to repression in [Spanish] culture...as memory of Franco's dictatorship recedes' (2004: 153). Vidal also associates the decision not to ban the parties with the conditions of democratization, suggesting that earlier 'excessively tolerant attitude(s)' to 'enemies of democracy [like *Batasuna*]' reflected Spain's weak democratic tradition (2009: 249).

The political context of Basque politics changed significantly in years prior to the proscription. In the mid-1990s, ETA and its supporters unleashed a wave of violence on the streets of the Basque Country and widened the targets of terrorist attacks beyond police and security service personnel to journalists, civil servants, judges, academics and politicians from the main political parties (Muro, 2008, 155-7). It aimed to 'socialize the pain' of nationalist struggle, create social tensions and force Basque citizens to openly take sides (*ibid*). However, the brutal kidnapping and assassination of

Popular Party councilor, Miguel Ángel Blanco mobilized millions in the Basque Country and beyond against ETA, bolstered a Basque peace movement and prompted closer cooperation between mainstream parties on security policy (ibid). With the support of the opposition Socialists, the Popular Party government of José María Aznar took a tougher line on ETA and its supporters, culminating in the 2000 Agreement for Liberties and Against Terrorism, and ultimately the LOPP.

Furthermore, in 1995 ETA adopted a new strategic framework, the *Alternativa Democrática*, heralding a period of sharp polarization in Basque politics (Domínguez, 2006: 410-11, 431; Muro 2008). The new strategy opted to advance sovereignty through joint action with other Basque nationalist parties and groups, later formalized in the 1998 Lizarra Agreements. This produced a short-lived Basque ‘nationalist front’, involving both radicals and moderates, produced a temporary ETA ceasefire but deepened tensions with the so-called ‘constitutionalists’, who were intent on maintaining the status quo against the nationalists’ independence agenda. It also ended a decade-long period of cohabitation between the statewide Socialists and moderate Basque nationalists in the government of Basque institutions. According to Blanco, the Lizarra process convinced Spanish political elite that it was no longer realistic to hope for integration of extremists through the electoral process (2004: 48).

The consolidation among policy-makers and the judiciary of a new, more comprehensive concept of ‘the terrorist’ is also relevant (Esparza, 2004: 19; Tajadura and Vírgala, 2004: 53-5). Prior to proscription of HB, EH and *Batasuna*, Judge Baltazar Garzón led the *Audiencia Nacional* (a tribunal empowered to try important cases including terrorism) in the development and application of a new conception of ETA as a ‘complex structure’ integrating both terrorist commandos *and* supporting organizations and networks (Aviles 2010: 48; Tajadura and Vírgala 2008: 53). Application of the concept led to closure of the radical Basque nationalist daily newspaper *Egin* and radio station *Egin Irratia* in 1998 and the illegalization of the youth groups, *Jarrai/Haika and Segi*, for integration in ETA in 2005. The coordinating body, KAS and its successor, EKIN, were banned, in 1998 and 2001 respectively, for forming part of a terrorist group, as were the international affairs association *Xaki*, and the ETA prisoners’ lobby, *Gestoras Pro Amnistía*. Moreover, prior to the application of the LOPP and judicial suspension of HB, EH and *Batasuna* in the Supreme Court, the *Audiencia Nacional* suspended all of *Batasuna*’s political activity for three years (later extended to five) as a precautionary measure during investigations into its involvement in ETA.⁵ The breakdown of ETA’s 14 month ceasefire in 1999 and September 11 2001 attacks in the United States and helped harden attitudes on terrorism (Esparza, 2004: 19).

Such context-specific or local variables undoubtedly contribute to a deeper understanding of the reasons why a specific democracy bans political parties. To explain variation across democracies, however, it is necessary to formulate hypotheses that shine light on why some democracies ban parties but others do not. In the following two sections, I develop two such hypotheses to assess their utility for explaining proscription of HB, EH and *Batasuna* in Spain.

Democracies ban parties when alternatives are not effective

Many have cautioned against the use of proscription. The authoritative *Guidelines on the Proscription and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures* drawn up in 1999 by Venice Commission, for instance, sees it as ‘a particularly far-reaching measure [which] should be used with utmost restraint’ and urges governments to consider using ‘less radical measures’. Nor is it not certain that proscription is an effective instrument. While some argue that proscription may be punishing for the targeted party (Tilly, 2005: 218), others argue that it may lead to radicalisation, a growth of militancy and readiness to use violence (Minkenberg, 2006: 36). The party is not a suitable mechanism for the ‘civic re-education’ of extremists (Husbands, 2002: 64).

Moreover, there are many measures short of a ban which democrats use against those who challenge the political status quo (Husbands, 2004; Capoccia, 2001; Pedahzur, 2004; Hainsworth, 2008). If willing to tolerate participation of anti-system parties in the public sphere, and particularly in elections, mainstream parties may collude to keep extremists out of political office, prevent their members from obtaining employment in sensitive civil service positions and criminalize controversial or offensive speech acts and symbols. Electoral rules, party funding, and media access regimes may be designed to disadvantage new and small parties, including anti-system parties. Competitors may try to steal their policies, members and even elected representatives. The state may support (financially or otherwise) civil society initiatives against messages and activities of anti-system parties or implement longer-term educational and social initiatives, such as anti-racism campaigns and ‘civics’ classes. Strategies of integration may also be employed: A realistic prospect of participation in government, or some form of influence over state policy, may provide incentives for anti-system parties to soften its party line. Authorities may address their grievances and thereby limit their electoral appeal.

Electoral rules may be a particularly potent tool for marginalising anti-system parties. Various authors have observed, for instance, that proscription of anti-system parties may be more necessary in countries like Israel - which uses proportional representation, a single nationwide constituency and low threshold (1.5%) - than in countries where small parties face higher hurdles to win seats, such as in the United States, with its plurality, single member district system, or Germany, which employs a 5% threshold for parliamentary representation (Navot, 2008: 747; Gordon, 1987: 395). Similarly, the marginalising effects of the double ballot system on the electoral fortunes of the National Front in France have also been widely noted (eg Hainsworth, 2008: 124; Norris, 2005: 107). Observations about the effects of electoral rules on anti-system party success have been confirmed for a larger set of cases in Norris’ work on electoral systems and the far right (Norris, 2005). In addition to obstacles at the nomination stage, Norris argued that electoral system type (majoritarian, combined or proportional) was critical in constraining the legislative influence of extreme right parties (ibid: 114). Legal thresholds also exerted a critical effect on legislative representation.

Some have even argued that alternatives to proscription may be more effective than, or have an equivalent effect to proscription. Sartori has argued that in some instances electoral thresholds, plurality electoral systems and small electoral constituencies may have an effect equivalent to that of a party ban (2001: 99). Husbands’ suggests that ‘criminal prosecution and imprisonment of individual members of the leadership [may be] more effective or may by default amount to the same thing [as proscription]’ (2002:

61). In the case of party bans in Belgium, Bale has argued that withholding state funds may be as effective as proscription (2007: 114).

These considerations the following hypothesis to explain the proscription of political parties, namely:

1. Parties are banned only if alternative forms of marginalization are not effective.

Effectiveness can be defined in two ways. Anti-system parties may undermine the legitimacy of democratic regimes (Sartori, 2001, 132-3), but they pose their greatest threat when able to influence or control government. Or in other words, they are most dangerous when they have what Sartori calls ‘coalition potential’: they actually govern, enter a coalition government and/or support a government, enabling it to take office or stay in office (ibid: 123). More subtle effects of anti-system parties on mainstream parties are captured by the concept ‘blackmail potential’, which occurs ‘whenever [a party’s] existence, or appearance, affects the tactics of party competition...of governing oriented parties’ (ibid, 123). Blackmail potential can be measured by an anti-system party’s ‘veto power’ or its ability to vote down legislation in parliament (ibid, 123-4). In short, measures other than proscription can be considered effective if they prevent targeted parties from obtaining ‘coalition potential’ or ‘blackmail potential’ at state or other territorial levels with significant lawmaking powers.

A second measure of effectiveness focuses on the evolution of the targeted party’s ideological programme and orientation to violence. Anti-system parties can and do change their spots, as the evolution of various West European communist parties and the notable transformation of Italy’s two mass parties of the extremes attests (Ignazi, 2004). In short, measures other than proscription, particularly strategies of mainstream parties to isolate, exclude or neutralize the targeted party, can be considered effective if they lead the targeted party to moderate its programmatic objectives, unambiguously eschew violence and accept the legitimacy of liberal democratic institutions (at least in the medium term).

How effective were alternatives to proscription in Spain?

As Table 2 demonstrates, the electoral system has not prevented HB, EH or *Batasuna* from obtaining ample representation in Basque political institutions and at least a modest presence in the Spanish parliament.

**Table 2: Electoral Results, HB, EH, Batasuna and PCTV
Spanish parliament (Congress of Deputies)**

Elections	Votes	% votes	seats
1979	172.110	0,96%	3
1982	210.601	1%	2
1986	231.722	1,15%	5
1989	217.278	1,06%	4
1993	206.876	0,88%	2
1996	181.304	0,72%	2

Basque parliament

Election Year	Votes	% votes	Seats
---------------	-------	---------	-------

1980	151.636	16,55%	11
1984	157,389	14.65%	11
1986	199,900	17,47%	12
1990	186.410	18,33%	13
1994	166.147	16,29%	11
1998 (EH)	224.001	17,91%	14
2001 (EH)	143.139	10,12%	7
2005 (PCTV- EHAK)	150.644	12,44%	9

Election of the 350 deputies in Spain's lower chamber, the Congress of Deputies, occurs using a closed list variant of proportional representation (Gunther *et al*, 2009). There are 52 multimember constituencies corresponding to provincial boundaries and a three percent threshold applied at constituency level. In addition to the relatively large number of constituencies, proportionality is reduced by the d'Hondt method of seat allocation and large differences in constituency size. However, disproportionality largely affects the left, rather than minority nationalist parties, like HB, which tend to have a geographically concentrated support bases.

Since the first democratic elections in 1977, minority governments have been formed at state level in six out of ten parliaments, mostly supported by minority nationalist and regionalist parties. Despite its small share of the vote, HB could be considered politically relevant because during four of the five parliamentary terms where it contested elections, parliamentary arithmetic gave HB at least a theoretical ability to veto legislation (blackmail potential, in Sartori's terms). However, ETA's strategic decision not to participate in legislative institutions derived from the 1978 Spanish Constitution meant it did make use of this opportunity (Domínguez, 2006: 279).

The 75 Basque parliament deputies are elected using a closed list variant of proportional representation with multimember constituencies based on three historic territories (Álava, Guipúzcoa and Vizcaya) (Llera, 1999). Each historic territory returns 25 deputies to the parliament, which reflects historic, foralist traditions of provincial autonomy, but which also produces great inequality of votes given large differences in population among them (Llera, 1999: 7). Nevertheless, 'the Basque electoral system is the most competitive, most open to opportunities for small parties and the least disproportionate [in Spain]' (ibid: 9). In the context of a highly fragmented and polarized party system, HB (or EH or *Batasuna*) had little difficulty coming second after the first electoral contest, in third place after the next five elections and fourth in the last two elections it contested.

In the Basque Autonomous Community, HB influence mostly took the form of 'blackmail potential', until 1999-2009 when it took the form of 'coalition potential'. A radicalization of moderate Basque nationalist parties in the context of the Lizarrar process led moderate nationalists (principally the PNV) to abandon a pattern of coalition government formation cutting across the Basque nationalist – non-Basque nationalist political cleavage in favour of predominantly Basque nationalist coalition government. In this period, the parties linked to ETA became 'a "referee" in many parliamentary votes, at times blocking bills and projects and thus virtually paralyzing the Basque parliament' (Mata 2005, 85) and a partner of governing nationalist parties.

During the late 1980s and early 1990s, Spanish parties achieved an unusual degree of unity on core issues of state terrorism policy and Basque self government and this led to a sustained period of political isolation for ETA and HB (Domínguez 2006; Mees, 2003). Agreement was articulated in a series of pacts, the most important of which was the 1988 Pact of *Ajuria Enea*, which was signed by all Basque political forces except HB. The significance of this pact for ETA-HB was the distance marked by PNV, which was ETA and HB's most effective ally in any Basque nationalist front (Dominguez, 2006: 340-5 and 361-2). However, in the long-term, collaboration among Basque nationalist and state-wide parties to isolate ETA and HB was unsustainable. In 1998, ETA reached a secret agreement with the PNV and another Basque nationalist party, *Eusko Alkartasuna* (Basque Solidarity, EA) – later formalized in the 1998 Lizarra pact - where in exchange for an ETA ceasefire, mainstream Basque nationalist parties would cut ties with statewide parties, abandon acceptance of the institutional status quo and pursue new sovereign institutions for the Basque Country (Mees, 2003:139-164). The Basque nationalist front was short lived, but damage to relations between Basque and non-Basque nationalist parties meant there has been no return to the era of *Ajuria Enea*.

In sum, the electoral system has not served as an effective alternative to proscription. ETA's political wing has been successful in elections at various territorial levels. It has had many opportunities to influence public policy through parliamentary politics, but has not always chosen to exercise this influence. Efforts to isolate *Batasuna* politically have not been sustainable in the longer-term, due to deep divisions between state-wide and Basque nationalist parties.

As the political wing of a terrorist group, the political fate of *Batasuna* has been closely linked to the effectiveness of state security operations against ETA. In the early 1980s, the *Grupos Antiterroristas de Liberación* (GAL, Antiterrorist Liberation Groups), a group later shown by the courts to be the creation of senior figures in the interior ministry and security services, assassinated 29 people they believed to be members of ETA (Bew *et al*, 2009: 200-205; Domínguez, 2006: 312-4). More conventional methods included major security service operations in Anglet (1987), Sokoa (1986) and Bidart (1992), which led to the detention of hundreds of alleged ETA members and the capture of crucial information about its finances and organization. More recently, police were able to shut down most commandos responsible for a wave of ETA attacks in 2000-1 and dismantled ETA's logistics network and found major stores of weaponry in 2004 (Domínguez, 2006: 412-18). The capture in February 2010, of Ibon Gogeoaskoetxea, leader and military head of ETA, was the fifth time in 2 years that the police were able to dismantle ETA's leadership.⁶ Cooperation with France since the mid-1980s has been crucial for achieving these results.

As mentioned above, the proscription of *Batasuna* coincided with the illegalisation of many other organizations linked to ETA and the incarceration of many leaders of the radical Basque nationalist left. Furthermore, Spanish central governments have tried to initiate, or have responded to overtures from ETA for a negotiated end to violence. In 1981, government negotiations with one faction of ETA – *ETA politico-militar* – led it to renounce violence and to channel its political activities through the political party, *Euskadiko Ezkerra* (Mees 2003: 62-66). However, all other attempts at dialogue have so far failed to bring ETA to abandon violence (Bew *et al*, 2009: 206-237; Dominguez 2006). Notable efforts at dialogue include around a dozen meetings between 1986-9, culminating in the 'Algerian conversations'; a series of meetings between 1998-9

leading to the ‘Zurich conversations’; and most recently, a series of meetings in 2005-7 between Spanish government and ETA representatives, and between Basque parties (PNV, Basque socialists and *Batasuna*). During these encounters, ETA has always insisted that recognition of a right to self-determination for Basque citizens in France and Spain was a precondition for a permanent cessation of violence. Hitherto, this is a condition the central government has been unwilling to accept. Dialogue has also faltered over ETA’s willingness to initiate or sustain a ceasefire (ibid).

Together, these measures appear to have led to a significant decline in ETA’s capacity to conduct acts of violence. Successive police and security operations have, by almost all accounts, undermined ETA’s military capabilities (Alonso 2010; Buesa 2009; Bew *et al* 2009: 230). More importantly, there has been a decline in positive evaluations of ETA in Basque society more generally (Llera, 1999) and the legitimacy of violence is being increasingly questioned in the radical Basque nationalist left itself. For most of the democratic period, ETA has been able to maintain its leading role over the radical Basque nationalist left (Domínguez, 2006; Muro 2008). However, critiques emerging from dissidents in HB and among some ETA activists in prison – over conduct of various negotiations, rapprochement with PNV, use of prisons privileges and specific high profile attacks, such as the kidnap and assassination of PP councilor Miguel Ángel Blanco – have been harder to suppress (Domínguez, 2006).

Nevertheless, the detrimental effects of counter-terrorism measures, declining support and internal crises, did not lead ETA or its political wing to unambiguously eschew violence before 2003 when HB, EH and *Batasuna* were banned. Up until then, ETA had declared ceasefires of varying duration on eight occasions -1981, 1988, 1989, 1992, 1996, 1997, 1998, 1999 (Buesa, 2009: 245) - mostly coinciding with efforts to initiate or conduct negotiations with the central government. None of these produced an agreement whereby ETA or HB, EH or *Batasuna* were willing to abandon violence. This supports the hypothesis that proscription was a measure taken when other measures had not been effective.

‘Intolerant’ democracies ban political parties

In 1995 (republished in 2000) Gregory H Fox and Georg Nolte, developed a distinction between ‘tolerant’ and ‘intolerant’ democracies based on a) prevailing conceptions of democracy embedded in state constitutional and legal orders and b) practice in relation to party bans. In their theory, a distinction between ‘procedural’ and ‘substantive’ democracy is central. A ‘procedural model’ draws on Schumpeter’s (1947) conception of democracy as an institutional arrangement for choosing leaders and determining the political preference of majorities. The views of all citizens are given equal consideration and the primacy of majority rule as a basis for legitimacy limits state authority to select among competing views. The individual’s capacity for reason, a continual process of self-examination and knowledge of alternatives strengthen public commitment to democracy, but cannot ensure it will always emerge victorious. In the procedural model, tolerance is a transcendent norm of democratic society. This ‘rough approximation of actual state practice’ (ibid: 406) takes more concrete form in specific characteristics of democratic legal-constitutional systems, the most important of which is the absence of substantive limits on Acts of Parliament, or absence of restrictions on the scope of constitutional change (see table 1 below) (Ibid 406-8.)

In a ‘substantive democracy’, by contrast, democratic procedure is principally seen as a means for creating a society where citizens enjoy core rights and liberties. It draws on Mill ([1859] 1998), Rawls (1972) and others in its insistence that rights cannot be used to abolish other rights, and that a democracy need not tolerate the intolerant when its core values are at stake. An unalterable democratic core deserves special protection against possible incursions. The most important characteristic of a substantive democracy’s legal constitutional system is the inclusion of specific prohibitions on amending core constitutional commitments to democracy or other core features of the constitutional order (see table 1 below).

Table 1: Procedural versus Substantive Democracies

Procedural	Substantive
No substantive limits on Acts of Parliament; or	Specific constitutional prohibitions on amendment of core constitutional commitments to democracy or other fundamental features of constitutional order; or
No restrictions on the scope of constitutional amendment; or	Constitutional duty for political parties to respect the principles of democracy; or
Most constitutional scholars will consider proscription of parties unconstitutional	Constitutional provisions explicitly permitting restrictions on core rights of association when necessary to protect fundamental democratic principles or other core features of the constitutional order

Secondly, Fox and Nolte distinguish between states which actively (or militantly) employ measures against such actors and those which do not (passive or tolerant), even when their legal system may permit them to do so. When combined with the above-mentioned distinctions between active-militant and passive-tolerant state practices, four categories emerge: *tolerant procedural*, *militant procedural*, *tolerant substantive* and *militant substantive* democracy. The model is summarized in Figure 1.

Figure 1: Fox and Nolte’s Model of ‘Tolerant’ and ‘Intolerant democracies’

	Procedural democracy	Substantive democracy
Passive-tolerant	Tolerant procedural democracy <i>Britain, Botswana, Japan</i>	Tolerant substantive democracy <i>France, Canada, India</i>
Active-militant	Militant procedural democracy <i>United States (1940s, 1950s)</i>	Militant substantive democracy <i>Germany, Israel, Costa Rica</i>

Fox and Nolte’s analysis provides the most developed and influential classification of democratic state orientations to party bans. Its principal advantage is that it generates the hypothesis and, on the basis of empirical case studies, the prediction, that procedural

democracies are less likely to ban political parties. The very definition of a procedural democracy seems to lead to the conclusion that this type of democracy is unlikely to ban a political party, given a commitment to ‘open debate and electoral competition among all ideological factions...as a touchstone of legitimacy’ (ibid, 389). In contrast, alternative approaches associated with concepts like ‘militant’ or ‘defending’ democracy are useful descriptive devices but have limited utility for explaining party bans.⁷

The concept of ‘militant democracy’ is usually traced to Karl Loewenstein’s (1937) appeal for robust responses to fascism in Europe. Over the postwar period, the meaning of this term has tended to expand from a narrow focus on measures to prevent fascist and communist parties using democratic entitlements to gain control of the state (eg, Loewenstein, 1937; Kommers, 1976: 238) into shorthand for a much wider range of measures employed against all kinds of extremist threats (eg. Sajó, 2004; Thiel, 2009; Macklem, 2010). Various scholars have rejected militant democracy as an explanatory concept, on the grounds that it is too vague, too imprecise or too narrow in its predominant focus on legal instruments (Mudde, 2004: 197-201; Pedahzur, 2004: 109-10; Thiel, 2009, 384). However, in the study of party bans, the most significant problem with the concept of militant democracy in much current usage is that it has been stretched (Sartori, 1970) to such a degree that it is no longer possible to identify an alternative, non-militant democracy. In other words, if all democracies are in some sense militant democracies, as some explicitly state but many imply (Thiel, 2009:384; Vidal, 2009: 260), efforts to explain variation in the choice of measures employed against political extremism cannot be explained by the fact of their so-called militancy.

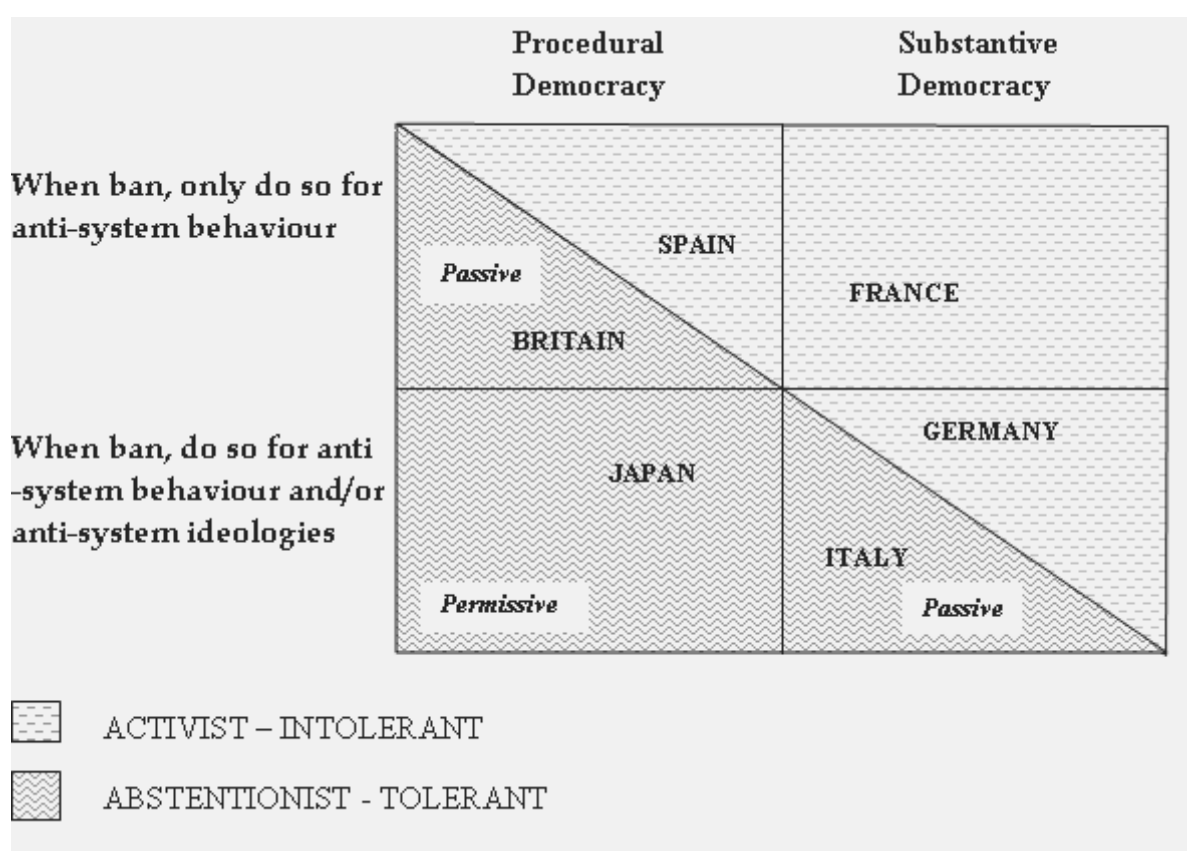
Ami Pedahzur’s work on ‘defending democracies’ provides a more elaborate and comprehensive approach distinguishing between more belligerent ‘militant’ responses to extremism and less-belligerent ‘immunized’ responses (Pedahzur, 2004: 111). An ‘immunized’ route will deal with subversive acts in a more comprehensive and liberal manner, will renounce extensive use of legal and administrative restrictions on extremists, will try to involve civil society groups and to inculcate democratic values through education (ibid: 115-16). In contrast, a state taking a ‘militant’ route is willing to employ measures which may undermine democratic standards, will make extensive use of special police and security services and has little interest in promoting the democratic socialisation of citizens through education or providing opportunities for civil society initiatives (ibid). While one might reasonably expect a state taking the ‘militant’ route to be more likely to ban a party because of its preference for high intensity and narrowly focused measures, Pedahzur’s case study analysis clarifies that this is not the case: Ban proceedings in Germany and Israel were conducted in accordance with strong commitments to liberal values, and for that reason were characteristic of an ‘immunized’ response to extremism (ibid: 119-120).

Nevertheless, there are problems with Fox and Nolte’s model which suggest the need for further development along the lines of Figure 2 below. In the first place, combination of the two variables – procedural *versus* substantive and inactive-tolerant *versus* active-militant – generate inconsistent expectations about political outcomes. As noted above, the definition of procedural democracy as ‘open to debate and electoral competition among all ideological factions’ (Fox and Nolte, 2000: 389) generates the expectation that procedural democracies are less likely to ban political parties. And yet an orientation of active-militancy acknowledges the empirical reality that procedural

democracies do in fact ban parties. This problem is particularly apparent in Fox and Nolte's category of militant procedural democracy (see figure 1 above). Another problem is a form of what Sartori calls mislabelling (1991: 247-8). Fox and Nolte's use of the term 'tolerant' as a synonym for a passive orientation to proscription produces an uncomfortable dissonance when associated, for instance, with French practice (tolerant procedural) which has frequently proscribed parties and groups in the postwar period (ibid, 412). This example is not consistent with common sense or philosophical notions of tolerance which involves at the very least 'putting up with what you oppose', even when another person's life choices or actions may shock, enrage, frighten or disgust us (McKinnon2006: 4).

Fox and Nolte's model can however be reworked to address these problems (see Figure 2 below) (see Bourne, 2011 for more details).

Figure 2: Tolerant and Intolerant Democracy



This new typology retains Fox and Nolte's categories of procedural and substantive democracy which take concrete form in distinctive legal-constitutional arrangements (see table 1). However, it introduces a new variable which distinguishes between states that may a) ban parties *only* for anti-democratic or anti-system *behaviour* and b) those which may *also*, or *only*, ban parties for holding anti-democratic or anti-system *ideologies*. The line between what constitutes anti-system ideology and anti-system behaviour may sometimes be rather fuzzy. Nevertheless, it is not unusual for scholars to contrast measures employed against extremist parties according to those that address: the 'Sein or 'being' of a party of group – the ideological character of the party... – and its *Handeln* or 'acting' – which mainly regards unconventional, illegal or violent nature of political behaviour and strategies (Capoccia, 2001: 13; See also Mudde, 2004: 196 and Issacharof, 2007: 1409-10.).

The principal advantage of this addition is that it provides a more nuanced understanding of the conditions under which a procedural democracy can ban a political party and yet continue to claim that all political programmes, even anti-democratic ones, ought be aired in the course of democratic competition. It is also important to be aware that this distinction entails a caveat, 'when they do ban parties' democracies will do so for either anti-system behaviour etc.... This caveat helps retain the integrity of a model which explicitly accounts for the fact that either procedural or substantive democracies may choose not to ban political parties.

Cross cutting the vertical and horizontal axis is a third variable which retains Fox and Nolte's distinction between states which actively employ available legal rules to ban extremist political parties on the one hand, and those which have no such rules or have them but do not implement them in practice. In Figure 2, this variable is indicated by contrasting background patterns. However, the new model does away with Fox and Nolte's confusing associations between inaction and tolerance by relabeling categories. It distinguishes between democracies that *actively* employ the tool of proscription against extremist parties and those that that *abstain* from employing this tool. The second, *abstentionist* category includes two subcategories: democracies that adopt a *permissive* stance by choosing not to adopt or use measures permitting proscription of extremist parties at all; and democracies that remain *passive* in the face of extremist parties, even though equipped with legal instruments for proscription.

This model has several advantages. It permits elaboration of a more meaningful conception of what constitutes a broadly 'tolerant', and a broadly 'intolerant' response on the matter of banning extremist parties. Thus, a 'tolerant democracy' includes states taking an *abstentionist* stance, including either passive or permissive orientations, while an 'intolerant democracy' is one taking an *activist* stance by actually banning parties either for anti-democratic actions or ideas.

More importantly, the model generates predictions about conditions under which a democracy will ban an extremist party. The model shows that intolerant democracies are more likely to ban political parties than tolerant democracies. Thus:

- 2a. A procedural democracy will ban a party which can be shown to undertake anti-system or anti-democratic behaviour (such as violence)

2b. A substantive democracy will ban a party which can be shown to undertake anti-system or anti-democratic behaviour and/or espouse anti-system or anti-democratic ideologies.

Is Spain an 'intolerant' democracy?

As mentioned above, Article 6 of the Spanish constitution requires that political parties must 'respect the Constitution and the law' and be 'democratic in their internal structure and functioning'. Fox and Nolte described Spain as a substantive democracy (2000: 418-19). However, the majority of Spanish legal scholars characterize the Spanish constitutional order as an 'open' or 'procedural' democracy, rather than a 'substantive one'. Four arguments articulated by Jiménez Campo (1981) and de Otto Pardo (1985) has been particularly influential in establishing this position. Firstly, during parliamentary debates on the draft 1978 Spanish constitution deputies explicitly rejected establishing a 'substantive model' of democracy along the lines of the German Basic Law. Secondly, the constitution contains no express provisions authorising measures against unconstitutional parties. Thirdly, according to article 168, the Constitution is open to 'total' revision. It would not, therefore, be logical to prohibit efforts to attain what the constitution ultimately permits. This means parties wanting to change the constitution, including those who wanted to destroy its liberal democratic character, can articulate this preference without violating the constitution. Finally, a decision to place limits on political parties would undermine constitutional commitments to equality (article 14), especially equality among those citizens who chose to participate in politics through parties and those who did not. Measures imposing limits on parties – and not imposing parallel limits on public powers – would also contravene article 9.1 requirements for equal subjection to the Constitution and the Law. This ideological liberty, however, did not mean parties are free to act as they choose. Early Constitutional Court rulings established that political parties must pursue their objectives through means permitted by the Constitution (de Otto, 1985: 45).

Parliamentary approval of the LOPP reopened debate on this question. One issue was whether the Constitution permitted proscription of political parties for activities other than those spelt out in the Penal Code (article 22.X) or a party's undemocratic internal structure and functioning (article 6 of the constitution). Pérez Royo, for instance, argued that these were the only grounds for banning a party and that proscription of parties for conduct threatening to undermine the liberal democratic system, spelt out in article 9.2 of the LOPP (see above) had no constitutional basis.⁸ In contrast, Blanco (2004) considered the LOPP to be in accordance with earlier Constitutional Court jurisprudence permitting dissolution of parties for such activities and the accepted and unchallenged provisions of the previous law on political parties (Law 54/1978) permitting dissolution of parties for activities contrary to democratic principles. Nor did he think that it contradicted the logical intuition that democratic activity was by its nature activity 'respectful' of the constitution and the law and thus constituted an appropriate application of article 6 of the Spanish Constitution (Ibid, 54).

Forced to address the question in 2003, the Constitutional Court confirmed the view that the Spanish legal order was an open or procedural order and that the LOPP did not transform it into a substantive one. One of the principal justifications for this view was based on the distinction between the prohibition of anti-democratic (or anti-system) *ideologies* and anti-democratic (or anti-system) *behaviour*. The Constitutional Court argued that Spain was not a substantive democracy because only 'conduct' were

contemplated as grounds for proscription, not a party's ultimate objectives.⁹ In so doing, the Constitutional Court endorsed the position of legislators written into the Preamble of the LOPP that 'any project or objective is compatible with the Constitution, so long as it is not defended by an activity which violates democratic principles or fundamental rights of citizens'. In sum, Spain ought to be regarded as a 'tolerant' democracy of the *passive* kind until it banned HB, EH and *Batasuna* in 2003, when it became an 'intolerant' democracy.

Conclusion

The illegalisation of parties presents a dilemma for democracies and may have profound consequences for the enjoyment of liberties, representation and political competition. In the postwar period, however, it is an instrument that has often been used against extremists challenging democratic institutions and values. In this paper, I have examined the political context in which Spanish authorities decided to ban HB, EH and *Batasuna* in 2003 and sought to develop two hypotheses derived from other studies on the proscription of political parties to address the more general question, why do democracies ban political parties.

I conclude that while the conditions of democratization in Spain in the 1970s were not conducive for proscription, from the mid-1990s, an intensification of ETA-directed street violence and broader range of terrorist targets, increased polarization among Basque and state-wide political parties and the consolidation of a conceptualization of the 'terrorist' among policy-makers and the judiciary provided a new political context in which proscription was considered more appropriate by policymakers. The hypothesis that democracies ban parties when alternatives are not effective helped explain the proscription of HB, EH and *Batasuna* in 2003: The electoral system at state and Basque levels was not an effective tool of marginalization; efforts to politically isolate HB, EH and *Batasuna* were only successful until the late 1990s, and various counter-terrorist measures which weakened ETA did not lead this organization or its political wing HB, EH and *Batasuna* to renounce violence prior to proscription in 2003. The hypothesis that intolerant democracies ban political parties, or more specifically that procedural democracies ban parties which can be shown to undertake anti-system or anti-democratic behaviour also helped explain the Spanish case: The Spanish Constitutional Court confirmed, despite the view of some Spanish jurists, that Spain was an 'open' or 'procedural' democracy which permitted parties to pursue any political ideas, including those that sought to revise the democratic core of the Constitution, so long as these ideas were pursued using democratic means. The Courts accepted that HB, EH and *Batasuna* were an integral part of the terrorist group, ETA.

Further research is needed to confirm the relevance of these hypotheses. There is no shortage of further case studies. In the post war period, many democratic states – including Germany, Greece, The United States, the Netherlands, Bulgaria, Latvia, Lithuania, Russia, Turkey and Israel - have banned either communist, fascist, racist, ethnic, religious or separatist parties for threatening the liberal democratic system, national security or the territorial integrity of the state.

References

Alonso, Rogelio (2010) 'Escenarios ante el final del terrorismo: ¿Qué política Antiterrorista frente a ETA y Batasuna?', Cuadernos de Pensamiento Político: 35-58.

Avilés, Juan (2010) *El Terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*. Madrid: Arco Libros.

Bale, Tim (2007) 'Are Bans on Political Parties Bound to Turn Out Badly?', *Comparative European Politics* 5: 141-157.

Bew, John, Martyn Frampton and Inigo Gurruchaga (2009) *Talking to Terrorists: Making Peace in Northern Ireland and the Basque Country*. New York: Columbia University Press.

Blanco, Roberto L. (2004) 'La nueva ley de partidos y la defensa del Estado', in Luis López and Eduardo Espín (eds) *La Defensa del Estado Valencia: Tirant lo blanch*.

Bosco, Anna (2001) 'Four Actors in Search of a Role: The Southern European Communist Parties' in P. Nikiforos Diamandouros and Richard Gunther eds. *Parties, Politics and Democracy in the New Southern Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Bourne, Angela (2011) *From Herri Batasuna to Bildu: The proscription of parties and the problem with 'militant democracy'*, CSEPP Online Working Paper Series, 3/2001 (www.dundee.ac.uk/politics/research/csepp)

Bourne, Angela (forthcoming) 'Democratization and the Illegalization of Political Parties in Europe', *Democratization*.

Buesa, Mikel (2009) 'Peldaños de la violencia terrorista: ETA en la tregua de 2006–2007', *Revista de Psicología Social* 24:2: 241-259.

Capoccia, Giovanni, (2001) 'Repression, Incorporation, Lustration, Education: How Democracies React To Their Enemies: Towards a Theoretical Framework for Comparative Analysis of Defence of Democracy', Paper presented to ECPR Joint Sessions of Workshop, Grenoble, 6-11.

Casquete, Jesús (2009) *En el nombre de Euskal Herria* (Madrid: Tecnos)

Ferreres, Víctor (2004) 'The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna', in Andrés Sajó (ed.) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International Publishing.

Carr, Raymond and Juan Pablo Fusi (1981) *Spain: From Dictatorship to Democracy*. London: Allen and Unwin

Corcuera, Javier, Javier Tajadura and Eduardo Vírjala (eds.) (2008) *La Ilegalización de Partidos Políticos en las Democracias Occidentales*. Madrid: Dykinson

de Otto, Ignacio (1985) *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Domínguez, Florencio (2006) 'El Enfrentamiento de ETA con la Democracia', in Antonio Elorza (ed) *La Historia de ETA*, pp. 273-372. Madrid: Temas de Hoy

Gregory H. Fox and Georg Nolte (2000) 'Intolerant Democracies', in Gregory H. Fox and Brad R. Roth (eds) *Democratic Governance and International Law*. pp. 389-435. Cambridge: Cambridge University Press:

Gordon, Daniel (1987) 'Limits on Extremist Political Parties: A Comparison of Israeli Jurisprudence with that of The United States and West Germany', *Hastings International and Comparative Law Review* 10: 347-400.

Gunther, Richard and José Ramon Montero (2009) *Politics of Spain*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hartmann, Christof and Jörg Kemmerzell (2010) 'Understanding Variation in Party Bans in Africa', *Democratization* 17: 642-665.

Hainsworth, Paul (2008) *The Extreme Right in Western Europe*. London: Routledge.

Husbands, Christopher (2002) 'Combating the Extreme Right with the Instruments of the Constitutional state: Lessons from Experiences in Western Europe', *Journal fur Konflikt – und gewaltforschung* 4:51-73.

Huntington, Samuel (1991) *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press.

Ibarra, Pedro (1987) *La Evolución Estratégica de ETA*. San Sebastián, Kriselu.

Iglesias, Mercedes (2008) *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Comares.

Ignazi, Pierro (2004) *Extreme Right Parties in Western Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Issacharof, Samuel (2007) 'Fragile Democracies', *Harvard Law Review* 120: 1405-1466.

Jáuregui, Gurutz (2002) 'ETA: Orígenes y evolución ideológica y política', in Antonio Elorza et al (eds.) *La Historia de ETA*. Madrid: Temas de Hoy.

Jímenez, Javier (1981) 'La Intervención Estatal del Pluralismo', *Revista Española de Derecho Constitucional* 1: 161-183

Karl, Terry and Philippe Schmitter, 'Modes of transition in Latin America, Southern and Eastern Europe', *International Social Science Journal* 128: 269-84.

Karvonen, Lauri (2007) 'Legislation on Political Parties: A Global Comparison', *Party Politics* 13: 437-455.

Kirchheimer, Otto (1961) *Political Justice*. New Jersey: Princeton University Press.

Kommers, Donald (1976) *Judicial Politics in West Germany*. London: Sage.

Llera, Francisco (1992) 'Ejército Secreto y movimiento social', *Revista de Estudios Políticos* 78: 161-193.

Llera, Francisco J. (1999) 'Pluralismo y gobernabilidad en Euskadi', Working Papers, Institut de Ciències Polítiques I Socials, Universitat Autònoma de Barcelona 162, Barcelona.

Locke, J [1689] (1991) 'A Letter Concerning Toleration', in John Horton and Susan Mendus, *A Letter Concerning Toleration in Focus*. London: Routledge.

Loewenstein Karl (1937) 'Militant Democracy and Fundamental Rights I', *The American Political Science Review* 31: 417-432

Macklem, Patrick (2010) 'Guarding the Perimeter: militant democracy and Religious Freedom in Europe' Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1660649>.

Mata, José M. (1993) *El Nacionalismo Vasco*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

McKinnon, Catriona (2006) *Toleration*. Oxon: Routledge.

Mill, J. S [1859] (1998) 'On Liberty', in John Gray, *On Liberty and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press.

Minkenberg, Michael (2006). "Repression and Reaction: Militant Democracy and the Radical Right in Germany and France", *Patterns of Prejudice* 40: 25-44.

Montilla, José Antonio (2003-4) 'Algunos Cambios en la concepción de los partidos', *Teoría y Realidad Constitucional* 12-13: 559-585

Mudde, Cas (2004) 'Defending democracy and the extreme right,' in Roger Eatwell and Cas Mudde (eds) *Western Democracies and the Extreme Right Challenge*. London: Routledge.

Muro, Diego (2005) 'Nationalism and nostalgia: the case of radical Basque nationalism', *Nations and Nationalism* 11: 571-89.

Muro, Diego (2008) *Ethnicity and Violence*. London: Routledge.

Navot, Suzie (2008) 'Fighting Terrorism in the Political Arena: The Banning of Political Parties', *Party Politics* 14: 745-762,

- Pedahzur, Ami (2004) 'The defending democracy and the extreme right: A Comparative Analysis'. in Roger Eatwell and Cas Mudde (eds) *Western Democracies and the New Extreme Right Challenge*. Routledge: London.
- Pérez, Agustín-Jesús and Ferreiro, Xulio (2009) 'La ilegalización de D3M y Askatasuna', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 4: 68-77.
- Pérez-Moneo, Miguel (2005) 'Aukera Guztiak y la sucesión de Batasuna', *Revista Española de Derecho Constitucional* 74: 395-414.
- Preston, Paul (1987) *The Triumph of Democracy in Spain*. London: Routledge.
- Norris, Pippa (2005) *Radical Right: Voters and Parties in the Electoral Market* Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, John (1972) *A Theory of Justice* Oxford: Oxford University Press.
- Sartori, Giovanni (1970) 'Concept Misformation in Comparative Politics', *The American Political Science Review* 64: 1033-1053.
- Sartori, Giovanni (1991) 'Comparing and Miscomparing', *Journal of Theoretical Politics* 3: 247-8.
- Sartori, Giovanni (2001) 'The Party Effects of the Electoral System', in Larry Diamond and Richard Gunther (eds) *Political Parties and Democracy*. Baltimore: John Hopkins Press.
- Sáez, Izaskun (2002) *El Movimiento de Liberación Nacional Vasco, Una Religión de Sustitución* (Bilbao: Desclée Brouwer)
- Sajó, András (ed) (2004) *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International Publishing.
- Scalon, Thomas (2003) *The Difficulty of Tolerance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schumpeter, Joseph (1947) *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Allen and Unwin.
- Thiel, Markus (ed) *The 'militant democracy' principle in modern democracies*. Surrey, Ashgate.
- Tilly, Charles (2005) 'Repression, Mobilization and Explanation', in Christian Davenport et al (eds) *Repression and Mobilization*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Vidal, Carlos (2009) 'Spain' in Markus Thiel (ed.) *The 'militant democracy' principle in modern democracies*. Surrey: Ashgate.
- Vírgala, Eduardo (2003-4) 'La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de *Batasuna*', *Teoría y Realidad Constitucional* 12-13: 609-629

Waldren, Jeremy (1981) 'A right to do wrong', *Ethics* 92: 21-39.

¹ In the 1979 referendum on the Basque autonomy statute 94.6% voted yes, but with abstention rate of 41.14%.

² Before it was banned, *Batasuna* ran 49 municipalities and had 891 local councilors in the Basque Country and Navarre.

³ This replaced the earlier Law 54/1978 passed just before the new 1978 constitution.

⁴ Supreme Court Sentence of 27 of March 2003.

⁵ In 1997, the entire leadership of HB was sentenced to seven years prison for collaborating with an armed group, although the sentence was later annulled. HB had tried to broadcast a video elaborated by ETA during the 1996 election campaign (Esparza 2004: 146).

⁶ *El Mundo* "Detenido en Francia Ibon Gogekoetxea, máximo jefe del 'aparato' militar de ETA", 28 February 2010

⁷ Thiel makes a similar point (2009: 389)

⁸ Javier Pérez Rojo, "El Derecho de Batasuna a no condenar", *El País*, 20 August 2002, 9-10.

⁹ Sentence of the Spanish Constitutional Court 48/2003 of 12 March



CHAPTER 1

THE NATURE OF WAR AND ARMED CONFLICT

War is not an affair of chance. A great deal of knowledge, study and meditation is necessary to conduct it well.

Frederick the Great

War and Armed Conflict

War and armed conflict are often treated as synonymous terms. War can be described as the extreme form of armed conflict and usually takes place between states.¹ Armed conflict implies the pursuit of objectives through violence. The Red Cross definition of armed conflict is: “*any difference between two states leading to the intervention of the members of the armed forces is an armed conflict.*” Although the international community consists of sovereign states, in the contemporary strategic environment armed conflict may occur between sub-state groups attempting to impose their will on another group or faction. Therefore, the boundaries between peace, war, armed conflict, conflict, terrorism and crime are increasingly blurred. As a result, the transition from war to peace may not be clear cut. Crises are frequent and often lead to armed conflict, yet formal declarations of war are rare. Nevertheless, the laws of armed conflict still apply whether or not war has been declared.²

The Nature of War

Waging war is the business of governments. Clausewitz described war as: “*the continuation of policy by other means.*”³ If war is an essential instrument of policy, it follows that political objectives shape military objectives and the scope and intensity of military operations. The nature of war and armed conflict contains certain essential characteristics which are fundamental to the success of military operations in pursuit of political objectives. Despite advances in technology, war remains an act of violence. Violence injects elements of emotion, uncertainty and improbability, which can affect the conduct of military operations. The fog of war combined with human danger and stress can make the most simple task difficult. War is waged by people; as a result, human emotions can shape the conduct of war. The cohesion, passion and determination of people and groups of people will shape the outcome and can, in turn, be shaped by inspired leadership. This subject is covered in greater detail in Chapter 2. War within states becomes a matter for the people. In a democratic state, a significant war effort cannot be sustained in the face of public hostility and so public support is vital.

¹ See *British Defence Doctrine for a more detailed description of the taxonomy of conflict*. BDD offers a definition of war: “*When differences between states reach a point at which both parties resort to force, or one of them does acts of violence, which the other chooses to look on as a breach of the peace, the relation of war is set up in which the combatants may use regulated violence against each other until one of the two has been brought to such terms as his enemy is willing to grant.*” This Manual employs the term war and armed conflict synonymously and abbreviates the term armed conflict to conflict.

² See Annex B of BDD for a short description of the Laws of Armed Conflict.

³ See C von Clausewitz ‘On War’, P. Paret, Sir Michael Howard (trans), Princeton 1976, p.121 for further details.

War and armed conflict tend to be chaotic and unpredictable. Human imperfections and inefficiency, logistic limitations, weather, geography and hostile terrain can complicate and frustrate straightforward tasks. Moreover, in the modern world, we are likely to undertake military operations in concert with allies, friends and partners in alliance or coalition. The need to maintain unity of effort within coalitions can become a dominant factor, particularly if the actions of the enemy attempt to disrupt the cohesion of the coalition. Clausewitz described this combination of factors as the friction of war: *“in war it is difficult for normal efforts to achieve even moderate results, friction is the force that makes the apparently easy difficult.”*⁴

The Levels of Warfare

The levels of warfare as recognised by the UK are explained in British Defence Doctrine.

Grand Strategy

Grand Strategy is the application of national resources to achieve national policy objectives. Grand strategy is concerned with the overall conduct of the war and involves economic, industrial, political and military components.

Military Strategy

Military Strategy is the application of military resources to help achieve grand strategic objectives. Military strategy is formulated from political direction and guidance. Military strategy is concerned with military actions, the resources to be allocated and the constraints to be applied.

The Operational Level

The Operational Level is concerned with the direction of military resources to achieve military strategic objectives. It is the level at which campaigns and major operations are directed, planned and sequenced. The operational level commander, typically the joint force or joint task force commander, is responsible for the overall campaign plan and offers the crucial link between the setting of military objectives and the employment of military forces at the tactical level.

The Tactical Level

The Tactical Level involves the direction of military resources to achieve operational objectives. The tactical level is the level at which engagements are planned, forces are deployed and battles are fought. The tactical level is primarily the concern of component commanders.

⁴See 'On War' Ibid.

Interaction

These levels overlap and interact, reflecting the dynamic nature of war and conflict. Political and diplomatic activity at the grand strategic level will help to frame and shape activity at the military strategic level. The military strategic level will issue guidance and exercise the strategic command function. At the operational or theatre level, forces are prepared, deployed and commanded; such activities may involve considerable interaction with both the military strategic level and the tactical level. Depending on the nature and intensity of the conflict, tactical military operations may influence activity and campaign planning at both the operational and strategic levels.

The Dimensions of Armed Conflict

During the Cold War, armed conflict was generally portrayed as a graduated linear model encompassing general nuclear and limited war. Now, armed conflict embraces a wide range of situations in which military forces may be required to operate from peace to nuclear war. Although this variety defies simple categories, recurring factors emerge. They include the degree of national interest involved, the nature and extent of any limitations imposed, the character of forces engaged, the level of intensity and the projected or actual duration. Each of these factors can vary in scale according to the circumstances. But they determine the dimensions and character of a particular conflict at a certain time. During the course of a conflict, circumstances or policy may change thereby altering the relationship between factors. For example, a conflict which is regarded as a war of national survival by one participant, may be viewed as an opportunistic border dispute by another. Level of interest in a conflict can vary from the extreme case where the very survival of the state is clearly threatened, to a situation where the interest at stake only marginally justifies the use of force. This distinction between what is perceived by one government to be a conflict of choice and by another to be a conflict of necessity is an important one. With regard to the participants, the relative national power of state participants can have a profound influence on the shape, scale and intensity of a particular conflict. Inter-state conflict may involve formal alliances or adhoc coalitions on either side. In intra-state conflicts, on the other hand, there may be several factions involved in a struggle for power. If, during a conflict, an insurgent group manages to establish control over an area of territory which achieves recognition as a sovereign state, the nature of the conflict can change from intra-state to inter-state. For example, the recognition of Croatia in 1992 changed the nature of the conflict in the Former Republic of Yugoslavia.

Limitations on the scale of conflict may be imposed by the selection of objectives, restrictions on the types of forces and weapons involved, how they can be employed, and by confining operations to specific geographic areas. They can be articulated as a set of rules of engagement, which detail by means of prohibitions and permissions the

degree and manner in which force may be applied, or they may appear as constraints set out in strategic guidance to the forces involved. Limited objectives are pursued by limited means. In a war of national survival there may be little strategic choice in the objectives which must be pursued. In alliance or coalition operations, however, the political and military objectives need to be agreed by all the members, which may constrain what is achievable. In most conflicts the degree of force employed will be influenced by what is considered acceptable by public or international opinion, which in turn may shape military objectives. Geographic limits may be defined in an attempt to ensure that the conflict does not draw in other participants or involve neutral parties. Certain areas may be designated out of bounds to avoid civilian casualties or damage to sites of cultural or religious significance. In the air, “no fly zones” are increasingly used as part of control regimes imposed by the United Nations. See Chapter 5 for details.

The nature of the forces involved in military operations can vary widely. The principal factors involved are size, training, equipment, leadership and motivation. These factors can vary between and within individual services. Intensity describes the frequency and the degree of violence encountered in conflict, and is a measure of the rate of consumption of resources. Intensity can be high when violence occurs often or when the encounters are particularly violent. It is likely to vary during a particular conflict. During a long conflict there may be protracted periods of relatively low intensity operations interspersed with large, high intensity engagements.

Conflict in the Modern World

Conflict remains commonplace in the modern world with little clear distinction between war and peace. Even localised conflicts may have implications for world peace, stability and trade. Therefore many nations not directly engaged in conflict are involved in efforts to monitor, manage and resolve actual or potential conflicts. A feature of modern conflict is the increasingly stark asymmetry between the opponents. This is characterised by states with modern, powerful, well-equipped forces set against opponents who are less or much less well equipped, but who are unwilling to accept the norms of international law and show scant regard for life and property. In the case of insurgent or terrorist groups, asymmetry in scale can grow dramatically, with groups or factions adopting limited strategies, unconventional operations or ‘hit and run’ tactics.

Modern conflict is likely to be fought in the spotlight of the news media. The speed of media transmission can magnify the importance of relatively minor incidents and influence public opinion before political or military authorities can fully analyse the facts. As a result, tactical actions can have strategic impact. This trend may place additional pressure on political and military leaders and can influence the overall conduct of a campaign. Equally, however, the media can also be a powerful conduit for positive information to sustain public support and boost national morale.

Types of Conflict

Conflict defies simple categorisation. Dividing lines are often blurred, categories are not exclusive and individual conflicts may spread across the boundaries. Thus each crisis or conflict needs to be addressed in terms of its specific circumstances.

General War

General war is conflict between major powers in which their vital interests, perhaps even survival, are at stake. All the national resources of the belligerents are likely to be harnessed to the war effort and the conflict is likely to have few restrictions; indeed it may become less restricted as it continues. The Second World War was the last example of general war; today, a full-scale attack on a number of fronts against the territorial integrity of NATO members would be classified as general war. General war might be limited to the use of conventional forces initially, but could escalate at any time to the use of weapons of mass destruction. NATO has made it clear that, if Alliance vital interests are threatened, it would be prepared to use nuclear weapons in order to bring the conflict to an end. Nuclear warfare is defined as any conflict which involves the employment of nuclear weapons. Nuclear warfare is prevented by the maintenance of a credible nuclear deterrent. Should deterrence fail, the use of nuclear weapons changes the nature of a conflict and would have far-reaching implications. The proliferation of nuclear, biological and chemical weapons remains a major policy concern for the British Government.⁵ In the current strategic environment few nations have the capacity to initiate such a war and it seems likely that there would be a significant period of warning before one could occur.

Limited Conflict

During the Cold War, the classification limited war was used to describe international conflict short of general war, in which there would be no recourse to the use of nuclear weapons. The Korean War is probably the best example of a limited war during that period. In practice, as discussed above, virtually all conflict is limited in some way, and armed forces will almost invariably be subject to constraints involving the objectives to be achieved and the means by which they may be pursued.

Regional Conflict

The term regional conflict describes a limited conflict arising out of regional issues. The conflict may be contained within the region, but the political and economic effects could reach beyond the region. There could be involvement from non-belligerents supplying military equipment, advisers or volunteers. There might be military intervention under the authority of a United Nations' mandate to resolve or terminate the conflict. There will not necessarily be any constraint on the size of the forces deployed, the types of

⁵ See Cm 3999, *The Strategic Defence Review*, p.17.

weapon used or the duration and ferocity of fighting. From the United Kingdom perspective, a war in another region which does not involve UK Dependent Territories or access to national strategic resources is unlikely to threaten national survival or vital interests. However, it may threaten secondary or humanitarian interests and, therefore, require action to contain and resolve it. Such action would normally be collective, with legitimacy provided by the United Nations or a similar International Organisation.



OPERATION ALLIED FORCE - Gioia Del Colle, Italy 1999

Civil War

Civil War is conducted largely within the boundaries of a state in which a significant part of the population is associated with opposing sides. Typically, the contest would be to determine the government of a state, regional autonomy or secession. One or both sides may have external help.

Insurgency

Insurgency describes the actions of a minority group within a state (or in some instances a majority group which lacks power) intent on forcing political change by means of a mixture of subversion, propaganda and military pressure. The intent is to persuade or intimidate the broad mass of the people to accept such change. Again, each side may have help from outside. There is not a clear distinction between civil war and insurgency.

Indeed, a successful insurgency may pass through a phase of civil war. At its most anarchic, insurgency may see the collapse of the state in any form. Insurgent forces tend to seek to avoid conventional engagements between large forces while seeking the active support of the population at large. Such campaigns can be protracted.

Terrorism

Terrorism may be defined as premeditated, politically motivated violence perpetrated by groups or individuals and usually intended to influence an audience wider than that of its immediate victims. In one form, terrorism may be an element of insurgency. In another, it may be employed for objectives short of the overthrow of the state. It may also be used by one state against another.

Types of Military Operations

The contemporary types of military operations are described below. They vary from war as described above, through varying elements of diplomacy, to peace support operations and post-conflict activity.

Preventative Diplomacy

If peace is threatened in a particular area or zone of crisis, the international community will step up its efforts to prevent the eruption of conflict in what is termed preventative diplomacy. Preventative diplomacy is defined by the UN as:

*“Diplomatic action taken in advance of a predictable crisis to prevent or limit violence.”*⁶

At this stage of a dispute, external intervention is likely to involve increased readiness and deterrent postures to prevent disputes from escalating into conflict. Intervention forces may be deployed for surveillance purposes near the zone of crisis, to poise or carry out a show of force.

Conflict Prevention and Defence Diplomacy

The UK Government highlights conflict prevention as a core defence activity. Conflict prevention initiatives range from fact-finding missions, consultation, warnings, inspections and monitoring. If diplomatic initiatives fail, forces may be deployed to prevent disputes from escalating into armed conflict or spreading into other regions. Within the framework of conflict prevention, preventative deployment is defined in UK Joint Doctrine as:

*“The deployment of operational forces possessing sufficient deterrence capability to avoid a conflict.”*⁷

⁶ *The Blue Helmets, 4th Edition, UN Press 1997, p.5.*

⁷ *Peace Support Operations, JWP 3-50, p.1-2.*

Within UK defence tasks, the wider mission type of conflict prevention is described as Defence Diplomacy. Defence Diplomacy includes arms control, non-proliferation and security building measures, wider military assistance and training for overseas countries. Defence Diplomacy is defined as follows:

“To provide forces to meet the varied activities undertaken by the Ministry of Defence to dispel hostility, build and maintain trust and assist in the development of democratically accountable Armed Forces (thereby making a significant contribution to conflict prevention and resolution).”⁸

Peace Support Operations

Peace Support Operations are designed to achieve a long-term political settlement. The deployment of forces may be authorised in a variety of ways. Most intervention operations will have some form of UN Security Council Mandate, either under Chapter VI (non-mandatory), Chapter VII (mandatory) or Chapter VIII (Regional Security Organisation). Legitimacy could also be provided by other multilateral organisations of which the UK is a member, such as the OSCE, WEU or NATO. Such arrangements could be bilateral, multilateral or as part of an ad hoc coalition. Peace Support Operations are defined in UK Joint Doctrine as follows:

“Peace Support Operations are multi-functional operations conducted impartially in support of an appropriate legal authority, involving military forces and diplomatic and humanitarian agencies.”

Peacekeeping

If diplomatic action fails to resolve a crisis, the deployment of peacekeeping forces may be required. Peacekeeping operations are generally mandated under Chapter VI of the UN Charter and involve the deployment of inter-positional forces to monitor and, possibly, to implement a peace or cease-fire agreement. The key factor is consent. Peacekeeping operations require the consent of all major parties or factions involved in the preceding conflict. Peacekeeping operations are defined in UK joint doctrine as follows:

“Peacekeeping operations are generally undertaken under Chapter VI of the UN Charter with the consent of all the major parties to a conflict. Peacekeeping operations may involve the requirement to monitor and facilitate the implementation of a peace agreement.”⁹

⁸ Cmd 3999, *The Strategic Defence Review, 1998, p.14.*

⁹ JWP 3-50 *Peace Support Operations.*



Peace Support Operations in Bosnia

Peace Enforcement

If a crisis deteriorates further or a humanitarian catastrophe develops, the mandate may be changed to authorise the use of force, typically via a UN Chapter VII mandatory Security Council Resolution.¹⁰ Such use of force is described as peace enforcement, and requires compliance with a mandate to secure peace and restore international security. Peace enforcement operations are undertaken to establish and maintain peace when consent may be lost or uncertain. Peace enforcement operations are, thus, coercive. Peace enforcement is defined as follows:

“Peace Enforcement operations are coercive in nature and undertaken under Chapter VII of the UN Charter when the consent of any of the major parties to the conflict is uncertain. They are designed to maintain and re-establish peace or enforce the terms specified in the mandate.”¹¹

¹⁰ See UN Charter, Chapter VII.

¹¹ JWP 3-50 Peace Support Operations.

Post-Conflict Activity and Peace Building

Following conflict, military forces may have to remain in place to monitor the peace. A post-conflict agreement may need to be monitored to ensure compliance. Forces may need to remain in an area of conflict long after fighting has ceased to monitor the situation and to prevent renewed fighting. In such operations, boundaries between military and civilian activity may be particularly blurred. This activity has been described as peace building and can be defined as follows:

*“Peace building covers actions which support political, economic, social, and military measures and structures, aiming to strengthen and solidify political settlements in order to redress the causes of conflict.”*¹²

Humanitarian Operations

Humanitarian operations are conducted to relieve human suffering. They may be carried out with a UN mandate or with the unilateral authority of the British Government.¹³ Military humanitarian activities may encompass several role and mission types and may be carried out with, or in support of, non-governmental and other civilian organisations.

Principles for the Use of Military Force

The key principles for the use of military force by the United Kingdom are highlighted in BDD. They are:

- To support a legitimate purpose and be lawful under international law.
- The use of force must be under democratic control at all times, exercised by the elected Government answerable to Parliament.
- An organised structure is required to produce and apply force.

Military force can be employed to meet the following objectives:

- **Deterrence.** Deterrence aims to persuade an opponent from resorting to a particular course of action by convincing him that the costs will outweigh the gains. The threat implicit in deterrence must be credible and clear to the opponent. Deterrence has a psychological element and, in addition to credible forces, can be strengthened by resolute policy, demonstrated military capability, the will to use force and a readiness to escalate should deterrence fail.

¹² JWP 3-50 Peace Support Operations.

¹³ Legal opinion is divided over the customary principle of humanitarian intervention in international law. If in doubt seek military legal advice.

- **Deployment with Consent.** If deployment of forces is authorised and directed by the Government, military forces may deploy in a single service, joint or multinational capacity to friendly bases in or near the zone of crisis. Alternatively, forces may poise near an area of crisis onboard aircraft carriers. If bases are not available, aircraft could be operated from friendly home bases, but such operations may impose a logistic penalty and slow speed of response. Forward deployed forces would be able to respond much more rapidly in the event of a deterioration in the situation.
 - **Coercion.** Coercion includes the active use of force in a measured way in order to compel an opponent to undertake a particular course of action. BDD defines coercion as: “*the use of force, or threat of force to persuade an opponent to adopt a certain pattern of behaviour against his wishes.*” Coercion requires a clear understanding of the behaviour of target groups and an unambiguous signal of intent and may depend on a blend of physical and psychological factors. Coercion may be needed to compel an opponent to restore the *status quo ante* or desist from further aggression. Coercion involves risk in that it may precipitate conflict or lead an opponent to underestimate the risk to him. Moreover, a coercive strategy may need time to work and may require clear political objectives to be matched to achievable military goals. Coercion should, therefore, be initiated as a deliberate policy consistent with an overall strategy.
 - **Destruction.** Destruction may involve the use of military force to destroy an opponent’s military capability and supporting infrastructure in order to bring about his defeat. The gradual attrition of an opponent’s military capability takes time and endurance. For example, the attrition of the Iraqi Army in 1991 during the Air Campaign is an example of a destructive strategy of attrition to shape the battlespace in preparation for a ground offensive. The strategic bombing offensive against Germany in 1944 is an example of a destructive strategy aimed at the supporting military infrastructure to create the conditions for defeat.
 - **Denial.** Military equipment can be denied to an opponent by destruction. In addition to physical destruction, however, the threat or use of force can deny an opponent access to something he values. For example, a critical bridge could be blocked rather than destroyed. Military denial operations could include the enforcement of sanctions by blockade, patrol or ‘No Fly Zones’.
 - **Disruption.** Disruption is the use of physical or non-physical force to shatter the cohesion of an opponent or group of opponents by destroying the ability to command and control forces or to shatter morale through the use of decisive force at a place where he least expects it. Disruption is an essential element of information operations and command and control warfare which is described in greater detail in Chapter 4.
-

Strategic Considerations

The object of strategy is to achieve and maintain freedom of action whilst limiting that of the opponent with the purpose of gaining his submission. Field Marshal Alanbrooke described the art of strategy as: *“to determine the aim, which should be political: to derive from that aim a series of military objectives to be achieved: to assess these objectives as to military requirements they create, and the pre-conditions which the achievement of each is likely to necessitate: to measure available and potential resources against the requirements and to chart from this process a coherent pattern of priorities and a rational course of action.”*¹⁴ Military strategy aims to create a desired pattern to events where the ends, ways and means are brought into balance despite the efforts of the opponent to disrupt that balance.

Ends

Military strategy must be linked to the achievement of political ends. When national survival is not threatened, it may be necessary to tailor the political objective to what can be achieved with the forces available. Strategic considerations will include political and legal constraints such as international law and the proportionate use of force. National decisions to intervene may be influenced by the military feasibility of achieving the political end. Military objectives should be expressed in terms of the desired end-state. This may be tangible, such as the degrading of Iraq's weapons of mass destruction capability in Operation DESERT FOX, or intangible, as in the breaking of an opponent's will. Despite the military wish for clear, unambiguous end-states, political realities suggest the need for consensus and compromise might dictate otherwise. Nonetheless, when operational and strategic circumstances change, military objectives will need to be reviewed and, if necessary, changed.

Ways

There are many ways of conducting military strategy. Clausewitz highlighted the need to identify an opponent's centre of gravity, which BDD defines as: *“that characteristic, capability or location from which a military force, nation or alliance derives freedom of action, physical strength or will to fight.”* Examples could include the mass of an army, national infrastructure, command and control or national will. In coalition operations, the cohesion of the coalition may well be the centre of gravity. During the Gulf War, many commentators believe that Iraqi Scud attacks against Israel were launched in an attempt to divide the coalition. Therefore, the corollary is to identify and protect one's own centres of gravity whilst attacking those of the opponent. Moreover, identified centres of gravity must be accessible; if not, critical vulnerabilities which lead to the centre of gravity need to be identified. In the case of a long campaign, centres of gravity may change and may need to be reviewed.

¹⁴ See David Fraser, *“Alanbrooke”*, London, 1982, p.215.

Successful commanders need to be able to seize and maintain the initiative to force the opponent to react on terms favourable to own forces. Although traditionally this has been viewed as being best achieved through offensive action and manoeuvre, political strategic factors may require a defensive posture to be adopted. In any case, an offensive must be designed to succeed before the attacker can respond. Further details of campaign planning tools and techniques are contained in Chapter 6 of this manual and in UK Doctrine for Joint and Multinational Operations, JWP 0-10.

Means

Military success will often be determined by having better awareness and knowledge than the opponent. To be effective, information and intelligence need to be gathered and fused to concentrate upon the opponent's capabilities and intentions, with the volume of information controlled so as not to swamp commanders. This requirement to exploit information effectively is a core capability of air power and is covered in Chapter 4. Once a strategy is determined and campaign planning conducted, forces are the tools which a commander employs to achieve his military objectives. Forces need to be adequate to achieve the mission, properly trained and equipped and able to be sustained for the duration of the mission. Forces in a campaign may be joint and multinational. Furthermore, certain key groups of force may be held at high readiness so that they can respond rapidly to short notice tasking and breaking crises.¹⁵ As campaigns develop and operations continue, force balances may have to be adjusted and reinforcements deployed. In addition to the general principles outlined earlier in this Chapter, the use of force by UK forces is governed by Rules Of Engagement. They are formulated by military and political staff, approved by Ministers and reviewed in the light of changing political and military circumstance. In multinational operations, rules of engagement need to be harmonised with allies or coalition partners. Further general details on rules of engagement are contained in BDD. Considerations for air operations are contained in Chapter 6.

Operational Art and Campaign Planning

The successful employment of military force requires the application of operational art by a commander. The development of operational art is a complex process and requires commanders to exercise a blend of experience, wisdom, judgement and moral courage. Clausewitz called this "the genius of command". Although modern information and data systems can assist and enable the command and control process, technology is not a substitute for the exercise of command. Similarly, campaign planning requires application of judgement and sound analysis within an operational context. Campaign planning tools can help commanders and their staffs by providing a common set of terms and methods, but they should not be viewed as a means to an end. Further details on campaign planning tools are contained in Chapter 6 and JWP0-10. Von Moltke's observation that "no plan survives contact with the enemy", has endured; therefore, an

¹⁵ See BDD Chapter 3 and Cmd 3999, the Strategic Defence Review, p.23 for further details.

essential element of campaign planning is to be prepared to change the plan. An understanding of operational art and campaign planning is thus not simply a matter of technical and tactical understanding, it is the key to success in command.

Targeting

The carefully directed attack on key target sets can have a profound impact on a military campaign. Given the potential importance and complexity surrounding targeting issues, policy and direction of UK targeting is retained at the strategic level. Operational and tactical targeting decisions should, therefore, fit within overall strategic direction. Although targeting is carried out for maximum military effectiveness, target selection must be in accordance with international law, abiding by the customary principles of distinction, military necessity, proportionality and cultural protection. Destructive or lethal targeting should aim to minimise collateral damage. Detailed study and analysis of key target nodes may be required to determine potential effects upon an opponent's centre of gravity. Thus targeting is a complex process which relies on political approval, timely intelligence, accurate delivery and efficient combat assessment. An understanding of targeting for effect is essential to the understanding of the effective employment of air power. Further details are in Chapter 6.

Sustainability

The feasibility of undertaking military operations may be determined by the sustainability of deployed forces. Sustainability is more than logistics; it encompasses the needs of forces to be matched by trained personnel and a robust national or multinational supply organisation. Details are in Chapter 10. Strategic considerations could include timely political decisions to apply national industrial capacity within the appropriate warning time. Strategic planning must strike a careful balance between operational and logistic risk, with the joint commander retaining control over key decisions.

The Importance of Doctrine

A knowledge of doctrine and its application enables the resolution of complex activity and aids clarity of thought in the chaos of crisis and war. Sound doctrine provides a common way of thinking, which is not bound by prescriptive rules. The importance of military doctrine is that under the stress of crisis or combat an understanding of doctrine enables a subordinate to act in accordance with his commander's recommended course of action within the scheme of manoeuvre and overall campaign. Doctrine also encompasses organisation, command and control and guides the use of force at all levels of warfare. Doctrine is relevant across the range of joint and multinational operations. Further details of the doctrine process are in Chapter 11. This Chapter has set the strategic framework for the understanding of environmental doctrine. The next Chapter explains the environmental considerations which apply to air power.

Global Constitutionalism

<http://journals.cambridge.org/GCN>

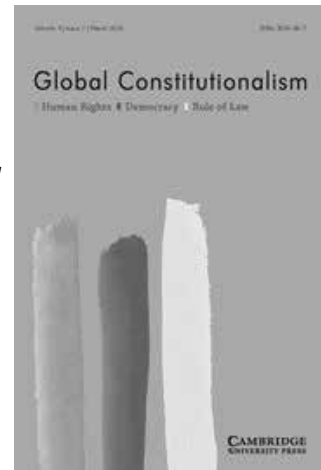
Additional services for ***Global Constitutionalism***:

Email alerts: [Click here](#)

Subscriptions: [Click here](#)

Commercial reprints: [Click here](#)

Terms of use : [Click here](#)



Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court

NIELS PETERSEN

Global Constitutionalism / Volume 4 / Issue 01 / March 2015, pp 49 - 80

DOI: 10.1017/S2045381714000173, Published online: 30 January 2015

Link to this article: http://journals.cambridge.org/abstract_S2045381714000173

How to cite this article:

NIELS PETERSEN (2015). Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. *Global Constitutionalism*, 4, pp 49-80 doi:10.1017/S2045381714000173

Request Permissions : [Click here](#)

Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court

NIELS PETERSEN

Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Straße 10, 53113 Bonn, Germany

Email: petersen@coll.mpg.de

Abstract: Many critics of the proportionality principle argue that balancing is an instrument of judicial self-empowerment. This contribution argues that the relationship between balancing and judicial power is more complex. Balancing does not necessarily create judicial power, but it presupposes it. This argument is confirmed through a case study of the German Federal Constitutional Court. The analysis shows that the German Constitutional Court was very reluctant to base decisions, in which it overturned legislation, on balancing in the first two and a half decades of its jurisprudence. However, in the late 1970s, once the Court had strengthened its own institutional position, it increasingly relied on balancing when declaring laws as incompatible with the constitution. Then, balancing developed into the predominant argumentation framework of constitutional review that it is today in the Court's jurisprudence.

Keywords: balancing; judicial activism; judicial review; legitimacy; proportionality

I. Introduction: Balancing and its critique

The rise of proportionality in constitutional law is a puzzling phenomenon. On the one hand, the principle enjoys enormous popularity around the world.¹

¹ See A Stone Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 73, 75; S-IG Koutnatzis, 'Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee' (2011) 44 *Verfassung und Recht in Übersee* 32; A Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012) 181–210; J Saurer, 'Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes' (2012) 51 *Der Staat* 3; K Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press, Oxford, 2012) 178; V Perju, 'Proportionality and Freedom' (2012) 1 *Global Constitutionalism* 334, 334; F Becker, 'Verhältnismäßigkeit' in H Kube *et al.* (eds), *Leitgedanken des Rechts: Band I* (CF Müller, Heidelberg, 2013) 225, sections 12–27.

Many courts use it as the central doctrinal tool of constitutional review.² The US Supreme Court is probably the only major exception that still resists the explicit acknowledgement of proportionality as an instrument of constitutional review.³ On the other hand, proportionality has faced fierce criticism in the scholarly literature across various jurisdictions. This criticism focuses primarily on the last step of the proportionality test, the balancing of the individual right and the competing public interest.⁴ As the

² See Barak (n 1) 182; M Cohen-Eliya and I Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) 10–14. But see also J Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013), who argues that balancing has different ‘local meanings’ in different jurisdictions.

³ However, some authors argue that even the American constitutional law doctrine implicitly also contains elements of proportionality, see ET Sullivan and RS Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions* (Oxford University Press, New York, 2009) 53–66; J Mathews and A Stone Sweet, ‘All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing’ (2011) 60 *Emory Law Journal* 102, 117–40. But see also RH Pildes, ‘Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law’ (1994) 45 *Hastings Law Journal* 711; RH Pildes, ‘Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism’ (1998) 27 *Journal of Legal Studies* 725, who argues that what looks like balancing in the jurisprudence of the US Supreme Court is only a means to identify illegitimate goals.

⁴ See B Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht* (Duncker & Humblot, Berlin, 1976); TA Aleinikoff, ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’ (1987) 96 *Yale Law Journal* 943; PW Hogg, ‘Section 1 Revisited’ (1991) 1 *National Journal of Constitutional Law* 1, 23–4; J Habermas, *Between Facts and Norms* (MIT Press, Cambridge, MA, 1996) 259; S Woolman, ‘Out of Order? Out of Balance? The Limitation Clause of the Final Constitution’ (1997) 13 *South African Journal of Human Rights* 102, 114–121; M Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1999) 206–60; L Blaauw-Wolf, ‘The ‘Balancing of Interests’ with Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of *Güterabwägung* – A Comparative Analysis’ (1999) 14 *SA Public Law* 178, 210; H Botha, ‘Rights, Limitations, and the (Im)possibility of Self-Government’ in H Botha, A Van der Walt and J Van der Walt (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press, Stellenbosch, 2003) 13, 21–3; E-W Böckenförde, ‘Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken’ (2003) 42 *Der Staat* 165, 190; K-H Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2004); JT Gunn, ‘Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis’ (2005) 19 *Emory International Law Review* 465; F Raue, ‘Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?’ (2006) 131 *Archiv des öffentlichen Rechts* 79; B Çali, ‘Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions’ (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 251; M Jestaedt, ‘Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen’ in O Depenheuer, M Heintzen, M Jestaedt and P Axer (eds), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee* (CF Müller, Heidelberg, 2007) 253, 260–75; R Christensen and KD Lerch, ‘Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr’ (2007) 62 *Juristenzeitung* 438; S Woolman and H Botha, ‘Limitations: Shared Constitutional Interpretation, an Appropriate Normative Framework & Hard Choices’ in S Woolman and M Bishop (eds), *Constitutional Conversations* (Pretoria University Law Press, Pretoria, 2008) 149, 157–60; A Fischer-Lescano, ‘Kritik der praktischen Konkordanz’ (2008) 41 *Kritische Justiz* 166; I Porat, ‘Some Critical Thoughts on Proportionality’ in G Bongiovanni, G Sartor and C Valentini (eds), *Reasonableness and Law* (Springer, Dordrecht, 2009) 243; S Tsakyrakis, ‘Proportionality: An Assault on Human Rights?’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 468;

balancing exercise often requires the comparison of incommensurable values, some authors claim that balancing is ‘arbitrary’.⁵ They argue that it allows courts to second-guess policy evaluations and thus to overstep the boundary from the legal to the political realm.⁶

Some legal scholars even take the critique one step further. They argue that balancing is a tool for judicial self-empowerment.⁷ It provides them with a doctrinal structure that allows them to veil political decisions behind legal terms.⁸ This paper suggests that the relationship is more complex: Balancing does not necessarily create judicial power; it rather presupposes it. The argument will be developed in two steps. First, the paper will develop a theoretical framework. We will see that a doctrinal

GCN Webber, *The Negotiable Constitution* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009) 87–115; B Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2009) 64–76; D Susnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers* (Martinus Nijhoff, Leiden, 2010); GCN Webber, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 179, 194–8; JZ Benvindo, *On the Limits of Constitutional Adjudication* (Springer, Berlin, 2010); J von Bernstorff, ‘Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen’ (2011) 50 *Der Staat* 165, 184–90; C Hillgruber, ‘Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren’ (2011) 66 *Juristenzeitung* 861, 862–3; JJ Moreso, ‘Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism’ (2012) 25 *Ratio Juris* 31; P Sales, ‘Rationality, Proportionality and the Development of the Law’ (2013) 129 *LQR* 223; R Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik* (Duncker & Humblot, Berlin, 2013); G Huscroft, ‘Proportionality and Pretence’ (2013) 29 *Constitutional Commentary* (forthcoming); F Müller and R Christensen, *Juristische Methodik: Band I* (Duncker & Humblot, Berlin, 2013) section 72; J von Bernstorff, ‘Proportionality without Balancing – Why Judicial ad hoc-balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination’ in L Lazarus, C McCrudden and N Bowles (eds), *Reasoning Rights* 63 (Hart, Oxford, 2014).

⁵ Habermas (n 4) 259.

⁶ See Schlink (n 4) 190; E-W Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz* (Carl Friedrich von Siemens Stiftung, Munich, 1989) 54; B Schlink, ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’ in P Badura and H Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Zweiter Band* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2001) 445, 461; Webber, *The Negotiable Constitution* (n 4) 147–8; Hillgruber (n 4) 862; Sales (n 4) 225; Camilo de Oliveira (n 4) 223–31; Bernstorff, ‘Proportionality without Balancing’ (n 4). However, some critics of balancing point to the opposite direction: They do not complain that courts interfere too much with the legislative branch, but they believe that balancing is too deferential towards the legislature: see, e.g., Tsakyrakis (n 4); Rusteberg (n 4).

⁷ See W Leisner, *Der Abwägungsstaat* (Duncker & Humblot, Berlin, 1997) 170–3; U Haltern, ‘Integration als Mythos: Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts’ (1997) 45 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 31, 69; CD Classen, ‘Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen’ in M Sachs and H Siekmann (eds), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern* (Duncker & Humblot, Berlin 2012) 651, 653; Benvindo (n 4) 31–81; Huscroft (n 4).

⁸ Christensen and Lerch (n 4) 440.

structure that is as severely criticized as the doctrine of proportionality is not able to legitimize contested court decisions. A weak court that bases the unconstitutionality of a law on balancing as an argumentation framework would jeopardize its own institutional position.

Second, these theoretical considerations will be confirmed by a case study that analyses the development of balancing as a doctrinal tool in the fundamental rights jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. The German Constitutional Court was the first court to use proportionality as an instrument of constitutional review.⁹ For this reason, it has a long history to study and from which to draw lessons. If we look at the development of the proportionality principle in the German jurisprudence, we see that the German court initially was very reluctant to base its decisions on balancing in situations, in which it held that a statute was inconsistent with the constitution. However, this changed after two and a half decades of the Court's existence. Since the late 1970s, balancing is the central doctrinal tool of the Court when it overturns statutes. This development suggests that the Constitutional Court first had to gain institutional strength before it could use balancing as an argumentation framework when confronting the legislature.

II. Balancing and institutional constraints on constitutional judges

Balancing between flexibility and activism

The popularity of proportionality among courts is easy to explain: Proportionality offers judges a formal argumentation structure to resolve conflicts between individual rights and competing rights or public interests. Courts can avoid expressing abstract preferences for one value over another and thus refrain from establishing hierarchies of competing values.¹⁰ This non-hierarchical approach has two advantages: On the one hand, it gives courts room for manoeuvre.¹¹ They can confine themselves to resolving the case at hand without setting precedents for future situations that are difficult to predict.¹² On the other hand, it expresses respect for the

⁹ Stone Sweet and Mathews (n 1) 74.

¹⁰ Stone Sweet and Mathews (n 1) 88.

¹¹ See T Roux, 'Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa' (2009) 7 *ICON* 106, 133–4; A Voßkuhle, 'Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung: Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das BVerfG' (2009) 64 *Juristenzeitung* 917, 922; O Lepsius, 'Die maßstabsetzende Gewalt' in M Jestaedt, O Lepsius, C Möllers and C Schönberger (eds), *Das entgrenzte Gericht* (Suhrkamp, Berlin, 2011) 159, 205.

¹² A Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press, Oxford, 2000) 142; UKranenpohl, 'Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts' (2009) 49 *Der Staat* 387, 401. On the importance of judicial flexibility, see also D Robertson, *The Judge as Political Theorist* (Princeton University Press, Princeton, 2010) 282.

position of each of the parties.¹³ It does not fundamentally discredit the abstract legitimacy of one of the positions. Instead, the ruling is based on the circumstances of the individual case.¹⁴

However, the critique of balancing suggests that balancing has a fundamental methodological deficit. A doctrinal instrument that grants judges flexibility may also open the door for judicial activism. That is why many scholars argue that balancing is an instrument of judicial self-empowerment.¹⁵ But this critique is usually not based on a systematic analysis of the judicial practice. At best, it refers to individual cases as anecdotal evidence. Furthermore, it assumes that the open analytical structure of balancing automatically leads to judicial activism. However, this argument overlooks the fact that courts face not only methodological, but also institutional constraints.¹⁶

Judicial power and judicial legitimacy

When courts exercise constitutional review, they cannot implement their own judgments.¹⁷ They have no sword that could force politics to comply with their rulings. It is told that the former US president Andrew Jackson once said after the US Supreme Court had handed down a decision of which he disapproved: ‘John Marshall has made his decision, now let him enforce it.’¹⁸ Moreover, the refusal to implement a court decision is not the only potential sanction that the political branch has against a court.¹⁹ Depending on the institutional framework, it can also narrow the court’s

¹³ Stone Sweet and Mathews (n 1) 90; W Sadurski, ‘Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics’ in G Bongiovanni, G Sartor and C Valentini (eds), *Reasonableness and Law* (Springer, Dordrecht, 2009) 129, 140.

¹⁴ See DM Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford University Press, Oxford, 2004) 169–71.

¹⁵ See n 7.

¹⁶ On the role of institutional constraints, see BE Friedman, ‘The Politics of Judicial Review’ (2005) 84 *Texas Law Review* 257, 316–20.

¹⁷ See J Isensee, ‘Bundesverfassungsgericht – quo vadis?’ (1996) 51 *Juristenzeitung* 1085, 1086; H Klug, ‘Introducing the Devil: An Institutional Analysis of the Power of Constitutional Review’ (1997) 13 *South African Journal of Human Rights* 185, 189; H Schulze-Fielitz, ‘Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists: Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation’ (1997) 122 *Archiv des öffentlichen Rechts* 1, 27; R Lhotta, ‘Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur’ (2003) 9 *Swiss Political Science Review* 142, 143; A Lang, ‘Wider die Metapher vom letzten Wort: Verfassungsgerichte als Wegweiser’ in D Elser *et al.* (eds), *Das letzte Wort: Rechtsetzung & Rechtskontrolle in der Demokratie* (Nomos, Baden-Baden, 2014) 15.

¹⁸ Cited after JE Smith, *John Marshall: Definer of a Nation* (Henry Holt, New York, 1996) 518.

¹⁹ See H Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß* (JCB Mohr, Tübingen, 1968) 167–9.

competencies, cut the budget or redesign the election rules for judges in order to guarantee that a majority of judges are favourable to the government's policies.

For this reason, courts are to a certain extent dependent on the cooperation of the political branch when they exercise constitutional review.²⁰ On the one hand, they can secure this cooperation by exploiting institutional conflicts within the political branch. Such institutional conflicts occur primarily in federal systems. Here, the state governments and legislatures may see the court as a guarantee against a disproportionate concentration of power on the federal level.²¹ At the same time, the court may equally help the federal institutions to implement their policy goals within the individual states.²²

On the other hand, courts can also confront the political branches directly. In such a case, their judicial power depends on the legitimacy that they enjoy.²³ The stronger the public acceptance of a court, the more politicians have to fear losing electoral support if they openly refuse to implement judicial decisions.²⁴ If a court enjoys a high degree of legitimacy, non-compliance is usually perceived as a violation of the fundamental rules of democracy.²⁵ In contrast, if a court lacks acceptance, politicians who oppose the implementation of judgments

²⁰ G Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005) 6.

²¹ See D Herrmann, 'Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten' in H Vorländer (ed), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 141, 166.

²² See BE Friedman and EF Delaney, 'Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy' (2011) 111 *Columbia Law Review* 1137, 1152–9.

²³ Vanberg (n 20) 49–53; WF Murphy and J Tanenhaus, 'Publicity, Public Opinion, and the Court' (1990) 84 *Northwestern University Law Review* 985; L Epstein, J Knight and O Shvetsova, 'The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government' (2001) 35 *Law & Society Review* 117, 125; C Engel, 'Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?' (2001) 157 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 187, 213; CJ Carrubba, 'A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems' (2009) 71 *Journal of Politics* 55, 65; S Kneip, *Verfassungsgerichte als politische Akteure* (Nomos, Baden-Baden, 2009) 199; S von Steinsdorff, 'Verfassungsgerichte als Demokratie-Versicherung? Ursachen und Grenzen der wachsenden Bedeutung juristischer Politikkontrolle' in KH Schrenk and M Soldner (eds), *Analyse demokratischer Regierungssysteme: Festschrift für Wolfgang Ismayr* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010) 479, 492.

²⁴ G Vanberg, 'Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zum politischen Spielraum des Bundesverfassungsgerichts' in S Ganghof and P Manow (eds), *Mechanismen der Politik* (Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2005) 183, 188; A Brodocz, *Die Macht der Judikative* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2009) 99.

²⁵ Vanberg (n 20) 74.

do not jeopardize electoral approval. Legitimacy is thus a central source of judicial power.²⁶ Only significant public support enables courts to take decisions that are costly for the government and the parliamentary majority.

The legitimacy of courts relies on the perception that courts are neutral arbiters that base their decisions on legal considerations.²⁷ One of the principal lines of defending the legitimacy of constitutional review in continental Europe is to stress the different rationality of legal decisions of constitutional courts when compared to political decisions of the legislature.²⁸ If a court were perceived as a political actor with its own political agenda, this would undermine its legitimacy and thus weaken its institutional position.²⁹

Certainly, one cannot expect the general public to follow the methodological intricacies of the constitutional jurisprudence closely. The daily business of courts usually flies under the radar of public attention. In high-profile cases, public opinion focuses more on the result than on the reasoning. Over time, however, a dubious methodological approach may nevertheless affect the public reputation and thus the general acceptance of a court. The link between the court's legitimacy and its style of argumentation is provided by the legal academy. If the vast majority of legal academics disapproved the methodological approach of the court and accused the latter of judicial activism, the image of the court as a neutral arbiter would be severely damaged. For this reason, the effectiveness of a specific doctrine presupposes that it is accepted as a legal argument within constitutional law scholarship.

²⁶ H Vorländer, 'Deutungsmacht: Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit' in H Vorländer (ed), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 9, 24; BE Friedman, *The Will of the People* (Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009) 375.

²⁷ Stone Sweet (n 12) 199–200; M Shapiro, 'The Success of Judicial Review and Democracy' in M Shapiro and A Stone Sweet (eds), *On Law, Politics, and Judicialization* (Oxford University Press, Oxford, 2002) 149, 165; U Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010) 409; see also O Bassok, 'The Two Counter-majoritarian Difficulties' (2012) 31 *St. Louis University Public Law Review* 333, 370; U Sieberer, 'Strategische Zurückhaltung von Verfassungsgerichten: Gewaltenteilungsvorstellungen und die Grenzen der Justizialisierung' (2006) 16 *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 1299, 1308.

²⁸ See J Ferejohn, 'Judicializing Politics, Politicizing Law' (2002) 65 *Law & Contemporary Problems* 45; Robertson (n 12) 383; C Möllers, 'Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts' in M Jestaedt, O Lepsius, C Möllers and C Schönberger (eds), *Das entgrenzte Gericht* (Suhrkamp, Berlin, 2011) 281, 328.

²⁹ GA Caldeira, 'Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court' (1986) 80 *American Political Science Review* 1209.

Legitimacy and balancing

Consequently, constitutional courts will be sensitive to the methodological problems of balancing. They have to develop strategies to dissipate the suspicion that they are taking political decisions when they are applying the proportionality test. When analysing the potential harm that balancing may cause to judicial legitimacy, we have to distinguish three situations. If a court wants to confirm a piece of legislation, balancing does not pose any legitimacy issues. Certainly, confirming the constitutionality of a statute can be highly political. But it does not evoke an institutional conflict. The court confirms a legislative decision and thus does not interfere with the political branches. It cannot be accused of being activist or having an independent political agenda. If the court reverses decisions of lower courts without implicitly reviewing the statutory basis of these decisions, there is a conflict between courts. This may also involve a conflict about the scope of the competencies of the competing courts, and there are often political considerations at stake. From an institutional perspective, however, the constitutional court does not transgress the border to the political branches.³⁰

If a court wants to strike down legislation as unconstitutional, it comes into conflict with the legislature. If it bases such a decision on the balancing stage of the proportionality test, it has to justify why its valuation of the competing interests at stake is superior to the valuation of the legislature. For this reason, we should expect courts to be particularly guarded about using balancing in such a situation. They will try to base their decisions on alternative arguments or to rationalize the balancing exercise in order to signal that they refrain from making a political judgment.

This does not mean that courts totally refrain from balancing. However, the likelihood of courts recurring to balancing when reviewing legislation depends on two factors. First, a court will balance more often the stronger its institutional position is. If a court enjoys widespread public support, it has less political and methodological constraints. A weak court, in contrast, will try to avoid an argumentation framework that appears to be ‘political’ and that could undermine its legitimacy. Second, the use of balancing considerations depends on the level of acceptance of balancing as a ‘legal’ argument in the legal discourse. The more balancing is accepted as a doctrinal instrument, the more the constitutional court will rely on balancing when reviewing legislative decisions.

³⁰ See F Ossenbühl, ‘Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit’ in R Stödter and W Thieme (eds), *Hamburg – Deutschland – Europa: Festschrift für Hans Peter Ipsen* (JCB Mohr, Tübingen, 1977) 129, 129; Schlink (n 6) 461; C Möllers, *Gewaltengliederung* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2005) 144; similarly also B-O Bryde, *Verfassungsentwicklung* (Nomos, Baden-Baden, 1982) 325.

III. The historical development of balancing

In this section, I will retrace the historical development of balancing as a legal argumentation framework in the jurisprudence of the German Constitutional Court. The analysis is based on a quantitative assessment of the different arguments on which the Constitutional Court has based the constitutional incompatibility of statutes. In the following, I will first describe the analysed data. In a second step, I will discuss the results of the quantitative analysis, which shows a historical trend in the use of balancing. While the German Constitutional Court was very reluctant to base a decision, in which it overturned a piece of legislation on balancing considerations in the first 25 years of its jurisprudence, balancing developed into the predominant argumentation framework from 1978 onwards. The final two subsections exemplify the characteristics of the jurisprudence of the Court in the pre- and the post-1978 period.

The analysed data

The analysis comprises 238 decisions, the last of which was rendered in December 2012. It includes all decisions in which the German Constitutional Court held that a piece of legislation was incompatible with the German constitution and which were published in the official reports of the Federal Constitutional Court up to volume 132. The study is limited to decisions, in which a law is held to be unconstitutional because these decisions evoke an institutional conflict with the legislature. Decisions, in which the Court confirms a law or reverses the decision of a lower court, may also be highly political. But they do not involve an institutional conflict between judiciary and legislature.

Certainly, the distinction between correcting lower courts and confronting the legislature is not always clear-cut. Notably, the interpretation of a statute according to the values of the constitution (*verfassungskonforme Auslegung*) may ultimately lead to an interpretation of a statute that contradicts the explicit intention of the legislature.³¹ However, it is assumed that the *verfassungskonforme Auslegung* is not primarily an instrument to correct the legislature. Functionally, the interpretation according to the values of the constitution was developed as an instrument to discipline lower courts. The German Constitutional Court is no supreme court that can review all legal aspects of a lower court decision. Rather, its

³¹ See, in particular, the critique of U Lembke, *Einheit aus Erkenntnis? – Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation* (Duncker & Humblot, Berlin, 2009) (arguing that the *verfassungskonforme Auslegung* violates the separation of powers between judiciary and legislature).

standard of review is limited to constitutional issues. The *verfassungskonforme Auslegung* is thus the only instrument for the Constitutional Court to correct the interpretation of lower courts without invalidating the underlying statute.

Other than focusing on decisions, which overturn a piece of legislation, the case selection has been qualified in two further respects. On the one hand, the analysis focused on the jurisprudence concerning fundamental rights. On the other hand, the German fundamental rights doctrine distinguishes between ‘liberty’ and ‘equality’ rights. The study only focused on the former category of rights. Judgments not related to liberty rights were not examined because the constitutional court does not usually rely on the proportionality test in these cases.

Consequently, five categories of cases were excluded. This concerns, first, all decisions that were taken on formal grounds. Thus, cases in which the Court overturned a statute because the legislature lacked the formal competency or because the decision-making procedure was deficient were not considered. Second, judgments concerning the guarantee of municipal autonomy were not included as these decisions, in principle, concern the distribution of competencies between the German states and the municipalities.

Third, all judgments which were exclusively based on the prohibition of discrimination, as laid out in section 3 of the German Constitution, were excluded. Even though the Court sometimes relies on proportionality considerations in these cases, the doctrine is markedly different from the Court’s approach regarding liberty rights, so that the respective case law merits an independent analysis.³² Fourth, decisions concerning the organization of the political process were excluded, as the principle of proportionality does not play a significant role in these cases.³³ Finally, this is also true for judgments concerning the taxing power of public authorities, which were equally excluded.

³² On the extent and limits of the application of the proportionality test in the context of equal protection guarantee, see, e.g., K Hesse, ‘Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung’ (1984) 109 *Archiv des öffentlichen Rechts* 174, 188–92; R Wendt, ‘Der Gleichheitssatz’ (1988) 7 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 778; S Huster, *Rechte und Ziele* (Duncker & Humblot, Berlin, 1993); C Brüning, ‘Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit’ (2001) 56 *Juristenzeitung* 669.

³³ For a detailed analysis of the case law, see, e.g., U Volkmann, *Politische Parteien und öffentliche Leistungen* (Duncker & Humblot, Berlin, 1993); S Issacharoff and RH Pildes, ‘Politics As Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process’ (1998) 50 *Stanford Law Review* 643, 690–9; M Morlok, ‘Parteienrecht als Wettbewerbsrecht’ in P Häberle, M Morlok and V Skouris (eds), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos* (Nomos, Baden-Baden, 2003) 408; N Petersen, ‘Verfassungsgerichte als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses’ in D Elser *et al.* (eds), *Das letzte Wort: Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie* (Nomos, Baden-Baden, 2014) 59.

In the study, balancing was understood as a residual category.³⁴ All decisions that were based on proportionality considerations, but could not be assigned to any of the other three steps of the proportionality test, i.e. the determination of a legitimate purpose, the rational connection or the less-restrictive-means test, were classified as balancing decisions. The coding of the analysed decisions is represented in the table in the annex to this paper.

The historical trend

Figure 1 shows the evolution of the balancing argument in the case law of the German constitutional court in cases where the court overturned a piece of legislation. Based on this graph, we can identify a historical trend. For two and a half decades after the foundation of the Court, balancing only played a marginal role when the Court justified the constitutional incompatibility of a statute. From 1951 to 1977, the Court struck down a law only four times because it deemed the law to be disproportionate. If the Court resorted to proportionality arguments, it usually based its decision on the lack of a rational connection between means and end or the existence of a less restrictive means. This picture changes toward the end of the 1970s. In the 35 years from 1978 to 2012, the Court based about one-third of its decisions in which it overturned a piece of legislation on balancing considerations. In relative terms, balancing became the most important argumentation framework from the 1980s onwards.

The pre-balancing period

Unlike the Canadian Supreme Court or the South African Constitutional Court, the German Constitutional Court has not developed proportionality in one paradigmatic judgment. There is neither an *Oakes*³⁵ nor a *Makwanyane*³⁶ judgment in the German case law. Instead, the development was more gradual. The most important step in this development was the pharmacy

³⁴ Similarly Möller (n 1) 137–40; M Kumm and AD Walen, ‘Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing’ in G Huscroft, B Miller and G Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law* 67, 69 (Cambridge University Press, New York, 2014); see also SE Gottlieb, ‘The Paradox of Balancing Significant Interests’ (1994) 45 *Hastings Law Journal* 825, 839, who believes that balancing is indefinable.

³⁵ *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103.

³⁶ *S v Makwanyane and Another* (CCT 3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

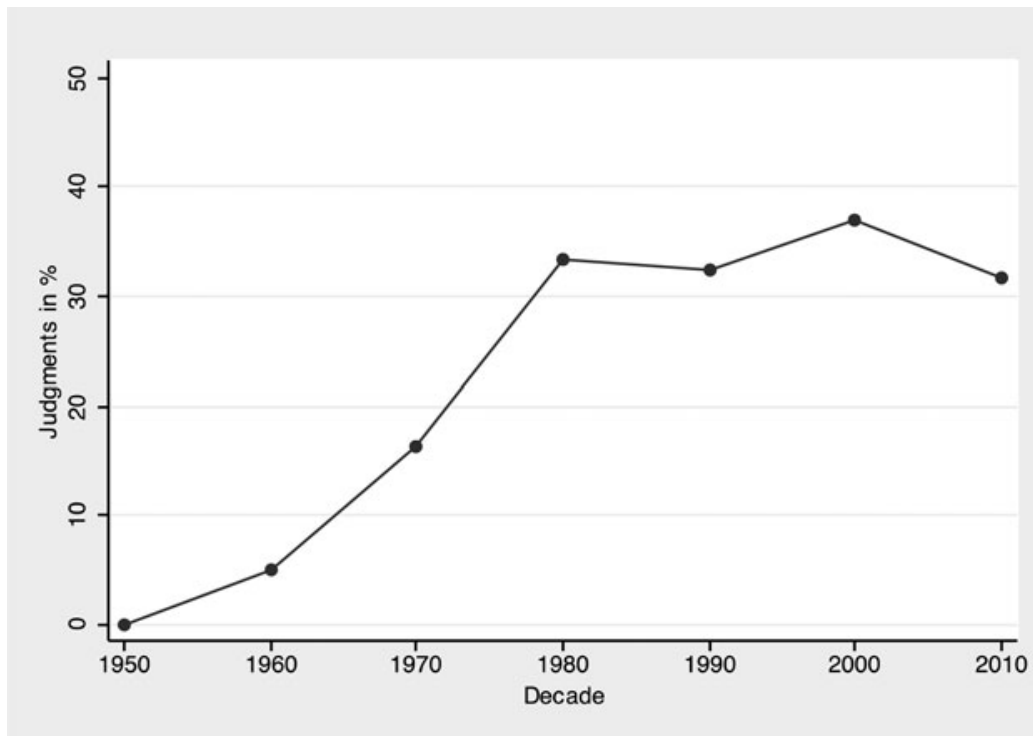


Figure 1. The evolution of balancing in Germany

judgment,³⁷ which the Court handed down in 1958.³⁸ In this case, the Court held that a licensing scheme for pharmacies in the state of Bavaria was incompatible with the constitutional freedom of profession. The applicant had intended to open a pharmacy in the Bavarian village of Traunreut. The administrative authority had denied the request because the establishment of a new pharmacy was not in the public interest. The already existing pharmacy was supposed to be sufficient to serve the inhabitants of Traunreut with the necessary medical drugs.

³⁷ BVerfGE 7, 377.

³⁸ See E Grabitz, 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts' (1973) 98 *Archiv des öffentlichen Rechts* 568, 569–70; K Stern, 'Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots' in P Badura and R Scholz (eds), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens* (CH Beck, Munich, 1993) 165, 172; S Heinsohn, *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Dissertation, Münster, 1997) 69; H Schulze-Fielitz, 'Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen' in P Badura and H Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Erster Band* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2001) 385, 396; D Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Jurisprudence' (2007) 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 385; Stone Sweet and Mathews (n 1) 108; M Jestaedt, 'Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist' in M Jestaedt, O Lepsius, C Möllers and C Schönberger (eds), *Das entgrenzte Gericht* (Suhrkamp, Berlin, 2011) 77, 122; C Hillgruber, 'Grundrechtsschranken' in J Isensee and P Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland: Band IX* (CF Müller, Heidelberg, 2011) ch 201, section 52.

There are two interesting points to note about this case. First, the Constitutional Court had cautiously raised the suspicion that the scheme was actually set up to protect the existing pharmacies against competition. It qualified the licensing scheme as a quantitative access restriction and argued that in such circumstances

[t]here is a significant danger of [the legislative decision] being influenced by *illicit motives*; in particular, it seems likely that the access restriction is supposed to protect those who are already part of the profession against competition – a motive that, according to common opinion, cannot justify an infringement of the freedom of profession.³⁹

The Court did not draw the consequence of checking the motivation of the legislature. Instead, it used this observation to justify a particularly strict standard of scrutiny for the legislative scheme.⁴⁰

Second, while framing the standard of review in the abstract, the Court recurred to balancing rhetoric. It argued that the freedom of profession was supposed to protect individual liberty, while the limitations clause of the provision aimed to protect the public interest.⁴¹ It continued:

If one tries to accommodate both objectives, which are equally legitimate in a social constitutional democracy, as effectively as possible, the resolution can only be found *through a thorough balancing* of the importance of the opposite and possibly competing interests.⁴²

However, in the further course of the judgment, the Court avoided basing its reasoning on a balancing of the competing interests. Instead, it used a combination of less-restrictive-means and coherency arguments. The Bavarian government had argued that an unrestricted freedom to establish new pharmacies would lead to fierce competition between the pharmacies and compromise their economic soundness.⁴³ In such an environment, the pharmacies might be inclined to violate obligations

³⁹ BVerfGE 7, 377, 408 (emphasis added) (translation by the author. The German original reads as follows: ‘Die Gefahr des Eindringens sachfremder Motive ist daher besonders groß; vor allem liegt die Vermutung nahe, die Beschränkung des Zugangs zum Beruf solle dem Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen dienen – ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte.’).

⁴⁰ See also A-B Kaiser, ‘Das Apothekenurteil des BVerfG nach 50 Jahren: Anfang oder Anfang vom Ende der Berufsfreiheit?’ (2008) 30 *Juristische Ausbildung* 844, 850.

⁴¹ BVerfGE 7, 377, 404.

⁴² Ibid, 405 (emphasis added) (translation by the author. The German original reads as follows: ‘Sucht man beiden – im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen – Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in sorgfältiger Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden.’).

⁴³ See *ibid*, 413–14.

concerning prescriptions, quality control of the medical drugs and training of personnel in order to increase their revenue. Furthermore, an excessive supply of medical drugs might increase the consumption of these drugs and enhance addiction.

The Constitutional Court rejected these arguments. First, it found that the access restriction was not necessary to secure the economic soundness of the pharmacies.⁴⁴ To justify this less-restrictive-means argument, the Court relied on a simple economic consideration: The establishment of a pharmacy required a significant initial investment. For this reason, a pharmacist usually made an economic assessment as to whether the investment would pay off before he established a new pharmacy.⁴⁵ Therefore, an abundant increase of pharmacies was unlikely. Instead, the market already took care of the problem that the licensing scheme was supposed to address. The Court supported these theoretical considerations with a reference to the situation in Switzerland: The Swiss had not restricted the establishment of new pharmacies, and the system was working just fine.⁴⁶

With regard to the argument that pharmacists might violate their professional obligations when faced with fierce competition, the Constitutional Court countered with a coherency argument. If there was a danger of members of the professions not complying with their professional obligations, this danger should occur with equal likelihood in other liberal professions. Nevertheless, the legislature had not deemed it necessary to establish access restrictions for doctors or other comparable professionals.⁴⁷ Furthermore, the Court argued that violation of professional obligations did not only occur in situations of economic need. Mere greed might be a sufficient motivation, and greed could also be observed in a regulated environment.⁴⁸ The Court thus found that strengthening the supervision of pharmacies and decreasing unnecessary administrative burdens for pharmacists would have been a less restrictive and more effective means to pursue the same ends.⁴⁹

In the pharmacy judgment, the German Constitutional Court started to develop a formal argumentation framework to resolve conflicts between individual rights and competing public purposes. The judgment is characteristic for many early decisions in which the Court overturned legislation.

⁴⁴ Ibid, 415–21.

⁴⁵ Ibid, 420.

⁴⁶ Ibid, 415–16.

⁴⁷ Ibid, 429–30.

⁴⁸ Ibid, 430.

⁴⁹ BVerfGE 7, 377, 438–42.

The Court used balancing rhetoric, but refrained from a comparison of the value of the competing interests. Instead, it placed an emphasis on the empirical questions underlying the economic regulation. In the end, it overturned the legislation because it had serious doubts about the effectiveness of the chosen regulatory scheme.

In many early decisions of the Court, the argumentation patterns followed the general lines that we have observed in our analysis of the pharmacy judgment. When it applied the principle of proportionality, the Court predominantly used rational-connection and less-restrictive-means arguments.⁵⁰ Moreover, it often relied on consistency and coherency arguments⁵¹ or challenged the lack of protection of legitimate expectations.⁵² An example that further illustrates this early approach is the COD ruling, in which the Constitutional Court overturned a law prohibiting the cash-on-delivery shipment of living animals.⁵³ The challenged statute aimed to protect animal health. It was supposed to avoid long transport times that could occur if the purchaser refused to accept the delivered animal.

The Court substantially based its verdict on two principal arguments. On the one hand, it found that the legislation was overbroad because it targeted even those shipments that did not involve a considerable danger of harm for the animals.⁵⁴ Furthermore, an empirical assessment of the situation had shown that only a tiny fraction of all shipments had been returned to the sender.⁵⁵ Not all of the shipments had been returned because the purchaser had rejected the animal. Some were due to other reasons, e.g., false mailing addresses or the absence of the addressee.⁵⁶ For these reasons, the Court found that there was no sufficient rational connection between measure and purpose.⁵⁷ On the other hand, the Court made a coherency argument. The legislature had extended the prohibition of cash-on-delivery even to express shipments. At the same time, it had

⁵⁰ See, e.g., BVerfGE 7, 320, 325–26; 7, 377, 419–23 and 439–41; 9, 39, 52–55 and 58–62; 11, 30, 46–47; 11, 168, 188; 12, 144, 148–150; 13, 290, 315–17; 17, 269, 277–80; 17, 306, 315–16; 19, 330, 338–40; 21, 261, 268–70; 21, 271, 283; 30, 1, 31–32; 30, 227, 245–46; 30, 336, 354–55; 34, 71, 79; 34, 165, 198; 36, 47, 60 and 63; 36, 146, 166; 40, 371, 383; 41, 378, 396–97.

⁵¹ See, e.g., BVerfGE 8, 1, 26–27; 25, 236, 251–52.

⁵² See, e.g., BVerfGE 2, 380, 403; 13, 206, 213; 13, 261, 270–71; 15, 167, 209; 18, 429, 439; 24, 75, 97–103; 30, 367, 385–91; 31, 94, 99; 31, 275, 293; 32, 1, 28; 43, 242, 288; 43, 291, 393–94.

⁵³ BVerfGE 36, 47.

⁵⁴ *Ibid.*, 60.

⁵⁵ *Ibid.*, 61–62.

⁵⁶ *Ibid.*, 63.

⁵⁷ *Ibid.*

not demanded that all deliveries be expedited. The Court noted that the transport time for non-express shipments often exceeded the total time of returned express deliveries. Therefore, it found the legislation to be inconsistent.⁵⁸

Finally, the Court supported its substantial arguments by an inquiry into the legislative process. It noted that the prohibition of COD shipments had been introduced in the legislation without giving the concerned professions the opportunity to state their views.⁵⁹ Furthermore, it highlighted that some of the reasons that were mentioned in the legislative procedure to justify the prohibition had subsequently proven to be wrong.⁶⁰ For this reason, the legislature could not have considered all relevant factors in the balancing process and had thus been guided by incomplete and inaccurate considerations.⁶¹

The argumentation structure of the decision is similar to the one that we have observed in the pharmacy judgment. On the one hand, the Court highlighted failures of the legislative procedure. The legislature had not made a sufficient factual inquiry, nor had it considered all relevant factors. On the other hand, it showed how these deficiencies of the legislative process affected the substance of the legislation by pointing out that it was overbroad and inconsistent.

Balancing decisions were very rare in the first twenty-five years of the Court's jurisprudence. The first decision came in 1962, when the Court overturned a law that extended the limit on shopping hours to vending machines.⁶² These vending machines were only profitable when they operated 24/7. At the same time, a 24-hour operation did not compromise the existence of competing shops. For this reason, the Court held that the law imposed a disproportionate burden on the operators of vending machines.⁶³ Before 1978, there were only three more rulings in which the Constitutional Court overturned a law based on balancing considerations.⁶⁴ As in the vending machine case, the stakes for the legislature in these decisions were fairly low. The change of direction came in 1978 and 1979, when the Court used balancing in four judgments⁶⁵ – i.e., exactly as many as in the 27 years before.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid, 60.

⁶⁰ Ibid, 61.

⁶¹ Ibid, 64.

⁶² BVerfGE 14, 19.

⁶³ Ibid, 23–24.

⁶⁴ See BVerfGE 21, 173, 182–83; 31, 229, 243–44; 34, 165, 198.

⁶⁵ See BVerfGE 47, 285, 322–35; 49, 382, 400–02; 52, 1, 36; 52, 357, 366.

The second period: balancing as the predominant argumentation framework

From 1978 onwards, balancing has become the predominant argumentation framework. Relatively speaking, the Court has relied on balancing to overturn a law more often than on any other argument.⁶⁶ The confidence of the Constitutional Court in utilizing balancing considerations is particularly evident in a decision on the status of transsexuals from May 2008.⁶⁷ In this decision, the Court balanced even though the case seemed to be a textbook example for the less-restrictive-means test. The applicant, who was born in 1929, had been married since 1952. For a long time, he had felt that he belonged to the female gender. Therefore, he underwent a sex reassignment surgery to transform his sex from male to female in 2002. However, she was denied a respective change of her civil status because the civil status could, according to the law that was applicable at the time, only be changed if she got divorced before.

With this provision, the legislature had intended to prevent the matrimony of same-sex couples. However, in 2001, the legislature had passed a new law that allowed a civil union of same-sex couples. Since then, the legislative purpose could have been attained through a less restrictive means: the transformation of the matrimony into a civil union at the couple's request. Nevertheless, the Court recurred to balancing in its reasoning. It argued that the divorce requirement imposed a disproportionate burden on the applicant and thus violated her right to privacy.⁶⁸ When the Court discussed the possible consequences, however, it explicitly advised the legislature of the possibility to transform the matrimony into a civil union as one possible option.⁶⁹

Even if balancing has become the predominant argumentation framework in today's jurisprudence, it is not the only one. In many cases, the German Constitutional Court even combines balancing considerations with other

⁶⁶ See BVerfGE 47, 285, 322–35; 49, 382, 400–02; 52, 1, 36; 52, 357, 366; 53, 257, 302–04; 53, 336, 349–50; 55, 134, 143; 58, 137, 149–50; 61, 291, 318; 62, 117, 152; 68, 155, 173–75; 69, 209, 219; 72, 51, 63–64; 74, 203, 216–17; 77, 308, 337; 78, 58, 75; 78, 77, 86–87; 79, 256, 272–73; 81, 156, 197–99; 84, 133, 156; 85, 226, 235–37; 87, 114, 148–49; 90, 263, 273; 92, 26, 45; 93, 1, 21–24; 97, 228, 262–63; 99, 202, 212–14; 100, 226, 243; 100, 313, 384–85; 101, 54, 99–100; 104, 357, 368; 108, 82, 109–20; 109, 279, 347–49; 112, 255, 266–68; 113, 348, 387–88; 115, 1, 20–24; 117, 202, 229–39; 119, 59, 87–89; 120, 274, 326–31; 121, 30, 64–67; 121, 175, 194–202; 121, 317, 360–68; 125, 39, 90–95; 125, 260, 329–30; 128, 109, 130–36; 128, 157, 177–83; 130, 372, 395–97.

⁶⁷ BVerfGE 121, 175.

⁶⁸ Ibid, 194–202.

⁶⁹ Ibid, 203.

arguments. One example is the telecommunications surveillance judgment from 1999.⁷⁰ In the judgment, the Court reviewed a statute that authorized the German intelligence agency to monitor certain international calls and to pass the obtained data to the public prosecution authority. It acknowledged that the aim to prevent and to prosecute criminal actions was a legitimate goal that was, in principle, suitable to justify an infringement of the right to secrecy of telecommunications, guaranteed by section 10 of the Constitution.⁷¹

However, the Court found several flaws in the legislation. To identify these flaws, it used different forms of argumentation: It resorted to balancing, consistency and procedural arguments, arguing that the law was, in part, overly indeterminate. The Court used balancing when it examined the conditions for the telecommunications surveillance.⁷² The legislature had established a catalogue of criminal offences as a condition for monitoring calls. The Court held that telecommunications surveillance was only justified when the targeted criminal offence was sufficiently severe.⁷³ It found that the offence of counterfeiting did not fulfil this requirement. The degree of severity was significantly lower than that of any of the other offences listed in the catalogue.⁷⁴

The Court also found flaws with regard to the utilization of the data that had been obtained through the monitoring of the calls. First, the statute had provided for an obligation of the intelligence agency to report to the federal government. The Court agreed that such an obligation was necessary, but found that the statute was overly indeterminate. In particular, it did not limit the purposes for which the government could use the data.⁷⁵ Second, the statute authorized the intelligence agency to pass on the data to public prosecution authorities under certain conditions. The Court held that these conditions were insufficient. Passing on data should only be allowed if the severity of the criminal offence outweighed the interest in the protection of the data.⁷⁶ The Court found that the offences listed in the catalogue and the standards for the necessary evidence did not all meet these requirements.⁷⁷ It supported its findings with a coherency argument, referring to a different provision of the German

⁷⁰ BVerfGE 100, 313.

⁷¹ Ibid, 373.

⁷² Ibid, 375–85.

⁷³ Ibid, 382.

⁷⁴ Ibid, 384–85.

⁷⁵ Ibid, 387–88.

⁷⁶ Ibid, 392.

⁷⁷ Ibid, 393–95.

criminal procedure law, which authorized public prosecution authorities to monitor telecommunication, but imposed stricter conditions on the authorities.⁷⁸

Finally, the Constitutional Court required the legislature to impose certain procedural safeguards. It demanded a recording of the data that was passed on to the public prosecution authorities in order to guarantee effective control of the executive action.⁷⁹ Moreover, it postulated more stringent notice requirements. The challenged provision had only required informing the monitored person of the surveillance if the data had been stored for more than three months. The Constitutional Court held that the notice requirement was a fundamental guarantee because it enabled the concerned individual to seek a legal remedy. Therefore, a notice to the monitored person should only be held back in exceptional circumstances.⁸⁰

IV. Balancing and the review of decisions of civil and criminal courts

In the previous section, we have seen that the Constitutional Court was reluctant to use balancing considerations in the first two and a half decades of its existence when it overturned a law. However, that does not mean that the Court totally refrained from balancing in this early period. On the contrary: Even in the time from the 1950s to the late 1970s, we find many decisions in which the Court recurred to balancing. First, the Court balanced when it confirmed the constitutionality of a law.⁸¹ For two reasons this is not surprising. On the one hand, balancing is a necessary step in the doctrine of the proportionality test when the law has passed the first three steps of the test. On the other hand, we have already seen that balancing does not raise the suspicion of the Court interfering with the political sphere in these cases as the Court confirms the legislative decision.⁸²

⁷⁸ Ibid, 393–95.

⁷⁹ Ibid, 395–96.

⁸⁰ Ibid, 397–99.

⁸¹ See, e.g., BVerfGE 9, 338, 346; 10, 89, 103–07; 13, 97, 113–22; 13, 181, 187–90; 14, 263, 282–84; 15, 235, 243–44; 16, 147, 174–83; 21, 245, 259–60; 23, 50, 59–60; 25, 1, 22–23; 27, 1, 8; 28, 191, 200; 30, 1, 32–33; 32, 54, 75–76; 33, 367, 378–82; 37, 1, 22–23; 38, 61, 92 and 94–95; 39, 210, 234; 50, 290, 350–51 and 365.

⁸² See above section II.

Second, the Constitutional Court balanced when it reviewed decisions of lower courts.⁸³ The seminal case is the *Lüth* judgment, which was issued in January 1958 – five months before the pharmacy judgment.⁸⁴ The case concerned a statement of Erich Lüth, who, at the time, was the director of the Hamburg press office. Lüth had called for a boycott of the latest film by the director Veit Harlan, who had produced several anti-Semitic movies in Nazi Germany. After the producer and the distributor of Harlan’s film had obtained an injunction against Lüth, which ordered him to refrain from calling for a boycott against the film, Lüth turned to the Constitutional Court. He argued that the injunction violated his freedom of expression.

The judgment is of seminal importance for two reasons. On the one hand, the Court extended its own jurisdiction to the review of decisions of civil courts even if these decisions were not based on an unconstitutional law.⁸⁵ It argued that fundamental rights not only contained obligations for the legislature, but also bound private law courts when they decided on conflicts between individuals.⁸⁶ On the other hand, it resorted to a ‘balancing of the fundamental right contained in section 5 para. 1 sent. 1 of the Constitution [i.e., the freedom of expression] and the rights and values that restrict its exercise’ for the resolution of the conflict between the applicant’s freedom of expression and Harlan’s professional reputation.⁸⁷ On both sides of the equation, it considered the extent to which the competing interests were affected. On the one hand, it analysed the motives of Lüth’s statement, and, on the other, it examined the intensity of the restriction of Harlan’s rights.

The Court found that Lüth had intended to protect the reputation of the German film industry abroad and to fend off any Nazi influences.⁸⁸

⁸³ See, e.g., BVerfGE 7, 198, 215–29; 12, 113, 124–27; 16, 194, 203; 17, 108, 118–20; 22, 114, 123–24; 24, 278, 282–88; 34, 238, 248–51; 35, 202, 221–38. The Constitutional Court does not always engage in balancing itself. In many decisions, it frames its argument as a mere review of whether the lower court has considered all relevant factors in the balancing test. However, the level of scrutiny varies. In some decisions, the Constitutional Court simply states that the civil or criminal court has failed to assess the scope of a fundamental right properly, but leaves the final balancing decision to the court of first instance; see, e.g., BVerfGE 27, 72, 82–88; 27, 344, 352–53. But in the vast majority of cases, the Constitutional Court predetermines the result of the balancing test in its decision. This applies, in particular, to the initially cited cases.

⁸⁴ BVerfGE 7, 198, 215–19.

⁸⁵ See R Wahl, ‘Lüth und die Folgen’ in T Henne and A Riedlinger (eds), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht* (Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005) 371, 375; H Vorländer, ‘Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts’ in RC van Ooyen and MHW Möllers (eds), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 189, 190; Robertson (n 12) 50; Jestaedt (n 38) 93.

⁸⁶ BVerfGE 7, 198, 203–12.

⁸⁷ Ibid, 215.

⁸⁸ Ibid, 216–18.

It qualified the applicant's concern for the German reputation as 'significant'.⁸⁹ Furthermore, it acknowledged that it was necessary to interfere with Harlan's interests in order to pursue this purpose.⁹⁰ On the other hand, the Court argued that statement did not infringe the core of Harlan's identity as an artist.⁹¹ Lüth had exercised neither physical nor legal force, and Harlan was not denied the opportunity to continue working in the film business.⁹² For this reason, the Court held that the injunction violated the applicant's freedom of expression.

In the *Lüth* judgment, the Court thus displayed a typical balancing test. It evaluated and compared the importance of the competing interests and the intensity with which they were affected. The *Lüth* judgment was no exception in the early years.⁹³ Moreover, the Court did not only apply balancing considerations while reviewing the decisions of civil courts. Instead, it also overturned several decisions of criminal courts, in which it found measures of criminal procedure to be disproportionate.⁹⁴ In one decision, the Constitutional Court reversed a decision to investigate an accused by means of a pneumoencephalography, an extremely painful procedure that allowed reproducing the structure of the brain on an X-ray image.⁹⁵ As the applicant was accused of a misdemeanour, the Court held that the severity of the bodily harm caused by the measure was disproportionate regarding the severity of the crime.

In a different decision, the Constitutional Court overturned a high court judgment, in which the high court had based a conviction on audio tape recordings as evidence.⁹⁶ The Constitutional Court argued that the high court had not sufficiently justified why it believed that the criminal offence had been so severe that it outweighed the right to privacy of the accused.⁹⁷ These examples show that the Constitutional Court widely used balancing as a doctrinal instrument in some of its early landmark decisions when reviewing lower court decisions, even though it was rather reluctant to use balancing when declaring a law as unconstitutional.

⁸⁹ Ibid, 216 (In the original, it says: 'eine für das deutsche Volk sehr wesentliche Frage').

⁹⁰ Ibid, 217.

⁹¹ Ibid, 220–21.

⁹² Ibid, 221.

⁹³ See n 79.

⁹⁴ See, e.g., BVerfGE 16, 194, 203; 17, 108, 118–20; 22, 114, 123–24; 34, 238, 248–51; 35, 35, 39–40.

⁹⁵ BVerfGE 17, 108, 118–20.

⁹⁶ BVerfGE 34, 238.

⁹⁷ Ibid, 251.

V. Balancing and the institutional strength of the Constitutional Court

These observations confirm the predictions of the theoretical framework, which had hypothesized that the likelihood of a court balancing depended on two factors.⁹⁸ On the one hand, a court is more likely to use balancing considerations the stronger its institutional position is. On the other hand, it will lean on balancing more heavily the more balancing is accepted as a doctrinal argument in the legal community.

The institutional strength of a court is not constant. Instead, it develops over time. Constitutional Courts need to gain the trust of the citizenry in order to increase their public support.⁹⁹ Some studies in political science show that the legitimacy of constitutional courts – all other factors being equal – in principle increases over time, as courts have had more opportunities to attract public support.¹⁰⁰ Particularly in the first years of their existence, constitutional courts are usually in a rather precarious situation and still have to establish their authority.

The German Constitutional Court is no exception in this respect. In the 1950s, the Court faced severe political pressure from the Adenauer government. When the Court was deciding about the constitutionality of Germany's participation in the planned European Defense Community, the government feared that the court could be a serious obstacle to their foreign policy agenda. For this reason, Adenauer's Minister of Justice, Thomas Dehler, repeatedly tried to damage the authority of the court.¹⁰¹ Furthermore, the government entertained reform plans that would have given it much greater influence with regard to nominating of judges to the Court.¹⁰²

Even though these plans did not succeed in the end, they show that the position of the Court was much more tenuous in the 1950s than it is today.¹⁰³

⁹⁸ See above section II.

⁹⁹ G Vanberg, 'The Will of the People: A Comparative Perspective on Friedman' (2010) 2010 *Michigan State Law Review* 717, 720–1.

¹⁰⁰ JL Gibson, GA Caldeira and VA Baird, 'On the Legitimacy of National High Courts' (1998) 92 *American Political Science Review* 343, 355.

¹⁰¹ See M Baldus, 'Frühe Machtkämpfe – Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts' in T Henne and A Riedlinger (eds), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht* (Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005) 237, 241–2; OW Lembcke, 'Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer – vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität' in RC van Ooyen and MHW Möllers (eds), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 151, 156–7.

¹⁰² See Laufer (n 19) 169–206; R Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (Duncker & Humblot, Berlin, 1994) 40–47; Lembcke (n 101) 158.

¹⁰³ See B-O Bryde, 'Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung der Bundesrepublik' in RC van Ooyen and MHW Möllers (eds), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 321, 323.

By the late 1970s, the Court had consolidated its position. It enjoyed widespread public support,¹⁰⁴ and its institutional position was much stronger than in the 1950s, when the court developed the proportionality test. Consequently, when the Court started to use balancing as an argumentation framework to overturn legislation more consistently from 1978 onwards, it had gained sufficient institutional strength and self-confidence for such a doctrinal move.

Furthermore, it is no new phenomenon that courts develop doctrinal frameworks in situations where they target less powerful actors, and then turn them against more powerful ones once the doctrine has been accepted in the legal discourse. Barry Friedman and Erin Delaney have shown in a study that the US Supreme Court developed certain doctrinal tools initially when reviewing state measures.¹⁰⁵ In these cases, the Court backed the Federal government against the states. However, once the doctrines were established and accepted, the Court also turned them against the Federal government.¹⁰⁶

Similarly, the German Constitutional Court developed the balancing doctrine when reviewing the decisions of lower courts and confirming pieces of legislation. When it confirmed legislation, it confirmed the decision of the political branches. When it reviewed decisions of civil or criminal courts, the review of these decisions was arguably in the interest of the political elites. There had been a deep suspicion against the general judiciary among the delegates of the Parliamentary Council that drafted the German constitution.¹⁰⁷ The judiciary had played a crucial role in the Third Reich, stabilizing and supporting the regime by interpreting the existing laws through the lens of the Nazi ideology.¹⁰⁸ This was one of the reasons why the Constitutional Court, which was not part of the traditional judicial hierarchy, was awarded the exclusive competency to overturn laws that it found to be unconstitutional.¹⁰⁹ Furthermore, among the first judges who had been elected to the

¹⁰⁴ See H Vorländer and A Brodocz, 'Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht: Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage' in H Vorländer (ed), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006) 259.

¹⁰⁵ Friedman and Delaney (n 22).

¹⁰⁶ Ibid, 1188–92.

¹⁰⁷ DP Kommers, *Judicial Politics in West Germany* (Sage, Beverly Hills, 1976) 75.

¹⁰⁸ Seminal B Rüter, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1968).

¹⁰⁹ Kommers (n 107) 75.

Constitutional Court, a considerable number had openly resisted the Nazi regime.¹¹⁰

When the Constitutional Court ceased the authority to review decisions of the civil courts by extending the scope of fundamental rights to private relations in *Lüth*, it dealt with a case that catered to the suspicion against the general judiciary. *Lüth* was thus ideal for claiming the review authority and to introduce balancing as a doctrinal tool.¹¹¹ The applicant was a prominent state official who had spoken up against a film director with a significant Nazi past. When the civil courts issued an injunction against *Lüth*, they trivialized Harlan's role in the Third Reich. The Constitutional Court could thus emphasize its role as the guardian of the fundamental values of post-war Germany. It could also introduce the balancing framework and develop it without undermining its own legitimacy.

In the late 1970s, when the Court extended the use of the doctrine, balancing was predominantly accepted as a doctrinal instrument of fundamental rights review in constitutional law scholarship.¹¹² It was so much part of the arsenal of doctrinal instruments in constitutional law that the shift was barely noticed in the legal academy.¹¹³ The Constitutional Court could thus apply the balancing test to the review of legislation without having to fear a significant critical scrutiny of this move in the legal scholarship.

¹¹⁰ R Ley, 'Die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichtes' (1982) 13 *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 521, 532; B-O Bryde, 'Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen' in JJ Hesse, GF Schuppert and K Harms (eds), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen* (Nomos, Baden-Baden, 1999) 197, 201; C Schönberger, 'Anmerkungen zu Karlsruhe' in M Jestaedt, O Lepsius, C Möllers and C Schönberger (eds), *Das entgrenzte Gericht* (Suhrkamp, Berlin, 2011) 9, 30; M Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Vierter Band* (CH Beck, Munich, 2012) 147–54.

¹¹¹ See also Lepsius (n 11) 192 on the significance of the Nazi background of the case.

¹¹² See P Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (CF Müller, Karlsruhe, 1962) 31–9; M Gentz, 'Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen' (1968) 21 *Neue Juristische Wochenschrift* 1600, 1604–5; P Wittig, 'Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes' (1968) 21 *Die Öffentliche Verwaltung* 817; Grabitz (n 38) 575–81; C Starck, 'Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?' in C Starck (ed), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Zweiter Band* (JCB Mohr, Tübingen, 1976) 480, 482; J Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (Habilitationsschrift, Darmstadt, 1977) 319–23; P Badura, F Rittner and B Rüthers, *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz* (CH Beck, Munich, 1977) 196; R Wendt, 'Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot' (1979) 104 *Archiv des öffentlichen Rechts* 414, 455–6; R Alexy, 'Zum Begriff des Rechtspinzips' in W Krawietz, O Kazimierz, A Peczenik and A Schramm (eds), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* (Duncker & Humblot, Berlin, 1979) 59.

¹¹³ The only exception I am aware of is Schlink (n 6) 463, who observes that the decisions in which the Court had fundamentally relied on balancing had increased 'over the years'.

Certainly, the preceding analysis provides no detailed proof of the causal relationship between balancing and institutional strength. We only observe a correlation, no causality. In particular, the study cannot explain why balancing took off precisely in the late 1970s and not a few years earlier or later. Institutional developments are often caused by a combination of macro- and micro-factors. This paper focused on the institutional framework, the macro-environment. If we want to explain the precise date, we would have to look into the micro-factors as well. One likely explanation might be a change in the composition of the judges. However, a precise assessment of causality would require a more detailed quantitative analysis of the data, which would be beyond the scope of this paper. To bridge the gap between correlation and causality, we have to rely on the plausibility of the theoretical argument. If the theory is correct, the case study suggests that institutional strength was a precondition for even balancing-minded judges to perform the observed doctrinal shift.

VI. Conclusion

Doctrinal argumentation frameworks are not discovered, but constructed. However, contrary to what critics sometimes argue, courts are not unconstrained in the development of their doctrinal tools. Instead, they face institutional constraints. Courts have neither sword nor purse to implement their own decisions. Consequently, they need public support if they want to take decisions that impose costs on government and legislature. Their legitimacy depends on being perceived as neutral arbiters who decide according to legal rather than political considerations. If they are perceived as activist, they jeopardize their legitimacy. Thus, they have to choose the doctrinal tools they use carefully in order to dissipate the suspicion of having a political agenda.

To substantiate this hypothesis, this contribution analysed the development of the proportionality test in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. In particular, the last step of the test is often severely criticized.¹¹⁴ Balancing is seen as an arbitrary exercise that lacks rational standards and is thus suspicious of being a veil for political considerations in legal decision-making. For these reasons, some authors even argue that balancing is an instrument of judicial self-empowerment.¹¹⁵

However, the German Constitutional Court was sensitive to the methodological problems of balancing when it developed the proportionality test in the late 1950s. Initially, it was very reluctant to base judgments on

¹¹⁴ See n 4.

¹¹⁵ See n 7.

balancing considerations when it overturned a piece of legislation. Instead, it resorted to balancing when it overturned decisions of lower courts or when it confirmed legislative decisions. In these cases, referring to balancing did not pose any legitimacy issues because the court did not second-guess political considerations of the legislature.

Starting in the late 1970s, the Court's approach changed. It increasingly relied on balancing when overturning legislation. This change was due to two reasons. On the one hand, the institutional position of the Constitutional Court in the late 1970s was much stronger than in the 1950s. The Court did not have to fear that an increasing reliance on balancing would immediately undermine the level of legitimacy that it had built up over the previous two and a half decades.

On the other hand, balancing was not a new concept in the Court's jurisprudence anymore. As the Court had applied balancing considerations in other circumstances, balancing was by then widely accepted as a legal argumentation framework. Consequently, the court did not run into danger to be suspected of hiding political considerations behind legal terms. Certainly, this development does not completely disprove the argument of the critics. Once accepted as a doctrinal tool, balancing could still be used as an instrument of judicial self-empowerment. However, this analysis suggests that the relationship is at least more complex than commonly assumed. Courts cannot simply choose doctrinal tools as they wish. Instead, they gradually need to develop the instruments of judicial review to impose effective constraints on the legislature.

Acknowledgements

I am indebted to Or Bassok, Bruce Cain, Christoph Engel, Stephen Gardbaum, Dieter Grimm, Valéria Guimarães de Lima e Silva, Gianluca Parolin, Pasquale Pasquino, Samuel Issacharoff, Arie Rosen, Re'em Segev, Emanuel Towfigh, Joseph Weiler, and two anonymous reviewers for comments, advice and inspiration.

Annex: The classification of the decisions of the German Federal Constitutional Court

The following table lists all decisions, in which the German Constitutional Court declared a statute as unconstitutional (taking into account the limitations discussed under section III). The column BAL indicates whether the Court based its decision on balancing considerations.

Ref.	Year	BAL
2, 380	1953	
4, 331	1955	
6, 55	1957	
7, 320	1958	
7, 377	1958	
8, 1	1958	
8, 71	1958	
9, 39	1958	
9, 83	1959	
9, 268	1959	
10, 118	1959	
10, 200	1959	
11, 30	1960	
11, 168	1960	
11, 203	1960	
12, 81	1961	
12, 144	1961	
13, 206	1961	
13, 261	1961	
13, 290	1962	
14, 19	1962	1
14, 174	1962	
14, 254	1962	
15, 167	1962	
15, 275	1963	
15, 328	1963	
16, 94	1963	
16, 203	1963	
17, 148	1963	
17, 269	1964	
17, 306	1964	
18, 97	1964	
18, 429	1965	
19, 206	1965	
19, 226	1965	
19, 242	1965	
19, 268	1965	

(continued)

Annex. (*Continued*)

Ref.	Year	BAL
19, 330	1965	
20, 150	1966	
21, 139	1967	
21, 173	1967	1
21, 261	1967	
21, 271	1967	
22, 42	1967	
22, 49	1967	
22, 163	1967	
22, 180	1967	
24, 75	1968	
24, 104	1968	
25, 236	1969	
26, 79	1969	
27, 355	1970	
28, 324	1970	
29, 57	1970	
30, 1	1970	
30, 227	1970	
30, 292	1971	
30, 336	1971	
30, 367	1971	
31, 94	1971	
31, 229	1971	1
31, 275	1971	
32, 1	1971	
33, 303	1972	
34, 71	1972	
34, 165	1972	1
35, 79	1973	
36, 47	1973	
36, 146	1973	
38, 1	1974	
38, 61	1974	
39, 1	1975	
40, 371	1975	
41, 378	1976	
43, 242	1977	
43, 291	1977	
44, 249	1977	
45, 393	1977	
47, 46	1977	
47, 285	1978	1
48, 127	1978	

(continued)

Annex. (*Continued*)

Ref.	Year	BAL
48, 376	1978	
49, 382	1978	1
50, 265	1979	
51, 193	1979	
51, 356	1979	
52, 1	1979	1
52, 357	1979	1
53, 135	1980	
53, 257	1980	1
53, 336	1980	1
53, 366	1980	1
54, 159	1980	
54, 301	1980	
55, 134	1980	1
55, 159	1980	
56, 192	1981	
57, 295	1981	
57, 361	1981	
58, 137	1981	1
59, 302	1982	
61, 210	1982	
61, 291	1982	1
61, 358	1982	
62, 117	1982	1
62, 374	1982	
63, 88	1983	
63, 131	1983	
64, 323	1983	
64, 367	1983	
65, 1	1983	
68, 155	1984	1
68, 272	1984	
69, 209	1985	1
71, 1	1985	
71, 183	1985	
71, 255	1985	
72, 9	1986	
72, 51	1986	1
72, 155	1986	
72, 200	1986	
72, 278	1986	1
73, 118	1986	
74, 33	1986	
74, 203	1987	1

(continued)

Annex. (*Continued*)

Ref.	Year	BAL
74, 297	1987	
75, 40	1987	
75, 166	1987	
75, 284	1987	
77, 308	1987	1
78, 58	1988	1
78, 77	1988	1
78, 179	1988	
78, 364	1988	
78, 374	1988	
79, 256	1989	1
81, 156	1990	1
81, 242	1990	
81, 363	1990	
82, 60	1990	
83, 238	1991	
84, 133	1991	1
84, 168	1991	
85, 226	1992	1
85, 360	1992	
86, 81	1992	
87, 114	1992	1
87, 153	1992	
88, 203	1993	
90, 60	1993	
90, 128	1994	
90, 263	1994	1
91, 1	1994	
92, 26	1995	1
92, 158	1995	
93, 1	1995	1
93, 362	1995	
94, 372	1996	
95, 193	1997	
97, 228	1998	1
98, 17	1998	
98, 169	1998	
98, 265	1998	
99, 202	1998	1
99, 216	1998	
99, 246	1998	
99, 300	1998	
99, 341	1999	
100, 1	1999	

(continued)

Annex. (*Continued*)

Ref.	Year	BAL
100, 226	1999	1
100, 313	1999	1
101, 54	1999	1
101, 106	1999	
101, 397	2000	
102, 197	2000	1
103, 1	2000	
104, 357	2002	1
105, 135	2002	
106, 181	2002	
107, 104	2003	
107, 150	2003	
107, 186	2003	
107, 395	2003	
108, 82	2003	1
108, 150	2003	
109, 64	2003	
109, 256	2004	1
109, 279	2004	1
110, 33	2004	
111, 191	2004	
112, 255	2005	1
113, 273	2005	
113, 348	2005	1
114, 1	2005	
114, 73	2005	
114, 371	2005	
115, 1	2005	1
115, 118	2006	
115, 259	2006	
115, 276	2006	
116, 96	2006	
117, 163	2006	1
117, 202	2007	1
117, 372	2007	
118, 45	2007	
118, 168	2007	
119, 59	2007	1
119, 181	2007	
119, 247	2007	
120, 125	2008	
120, 274	2008	1
120, 378	2008	
121, 30	2008	1

(continued)

Annex. (*Continued*)

Ref.	Year	BAL
121, 175	2008	1
121, 205	2008	
121, 317	2008	1
123, 148	2009	
123, 267	2009	
125, 39	2009	1
125, 175	2010	
125, 260	2010	1
127, 1	2010	
127, 31	2010	
127, 61	2010	
127, 87	2010	
127, 132	2010	
128, 109	2011	1
128, 157	2011	1
128, 282	2011	1
128, 326	2011	
129, 269	2011	1
130, 131	2012	
130, 151	2012	
130, 263	2012	
130, 318	2012	
130, 372	2012	1
132, 134	2012	
132, 302	2012	

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Михайло Савчин,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри адміністративного,
фінансового, інформаційного та
європейського публічного права
Ужгородського національного університету

УДК 342.565.2: 340.131.5

Конституційний Суд України та реалізація Конституції України

Постановка питання про взаємозв'язок Конституційного Суду України із реалізацією конституції є традиційною, хоча вона не притаманна конституційній юстиції. Це пов'язано з тим, що конституційна юстиція забезпечує насамперед інтерпретацію конституції, зокрема шляхом вирішення конституційно-правових спорів і захисту прав людини й основоположних свобод. А вже питання реалізації конституції, на перший погляд, є питанням суспільно-політичних дебатів і законодавчого регулювання, конституційної культури і свідомості тощо.

Ми виходимо з робочої гіпотези, що нормативність конституції пов'язана не стільки з її текстом (хоча екзегеза, *inter alia*, семіотика тексту також важлива, особливо при конституційному дискурсі), скільки з реальним змістом конституційної доктрини та юриспруденції органу конституційної юстиції. Власне, суспільно-політичні дебати щодо стратегічних і тактичних цілей реалізації конституції є симулякром, якщо вони не ви-

ражають певні напрями конституційної доктрини, апробованої через конституційну юриспруденцію чи установлені конституційні традиції або звичаї. Відсутність сталих конституційних звичаїв є згубною для парламентаризму, оскільки складно собі уявити, зокрема, належний процес формування уряду і реалізацію останнім законодавчої політики без довіри парламенту і системи неформальних домовленостей політичного характеру, які становлять своєрідні *courtesy rules* (правила гречності, стриманості) і забезпечують стабільність правової системи.

У цій статті досліджується вплив конституційної юстиції на процес реалізації конституції. У першій частині йдеться про сутність і структуру реалізації конституції, у другій розкрито дилему верховенства парламенту та судового конституційного контролю, третя частина присвячена формам впливу юдикатури на процес суспільно-політичних дебатів та конкретизацію і деталізацію конституції, а також стратегії юдикатури у світлі



природи конституційної юриспруденції, *inter alia, res judicata* актів конституційних судів.

1. Сутність і структура реалізації конституції. Механізм реалізації конституції у літературі розглядається як складний і суперечливий. Конституція та її норми отримують належну реалізацію насамперед у позитивній діяльності публічної влади, яка покликана забезпечити гідність індивіда та його правовий захист. Залежно від політичного курсу парламенту конституційні норми наповнюються реальним змістом, конкретизуються в актах поточного законодавства.

Реалізація положень конституції зумовлена її основоположним характером. На думку Ю. Тодики, механізм реалізації конституції має два компоненти: а) нормативний – власне як реалізації конституційних норм; б) інституційний – як діяльність уповноважених суб'єктів конституційних відносин. Соціальні, економічні, політичні, культурні фактори є соціальним середовищем реалізації конституції [1, с. 386–388]. Однак найчастіше реалізацію конституції розуміють як реалізацію конституційних норм, що є не одне й те саме.

Чеський конституціоналіст К. Кліма виокремлює такі способи впровадження конституційних приписів у життя: ухвалення законів; правові рішення, які виражають арбітражні функції глави держави; контроль; прийняття рішень про конституційність правових актів; поведінка індивідів, корпорацій та інших неурядових суб'єктів відповідно до конституції; поведінка конституційних органів влади відповідно до конституційних приписів. Також складовою процесу впровадження конституції, на думку науковця, є конституційно-правові дебати щодо визначення на пряму політики конституційних органів влади, регіональних органів влади та органів місцевого самоврядування, а також конституційні механізми вирішення конфліктів та

захисту прав людини [2, с. 76]. Російський конституціоналіст В. Лучин виділяє такі форми реалізації конституції: пряму дію конституції, конкретизацію конституційних норм у законодавстві, реалізацію конституційних норм [3, с. 58-108]. Також він розглядає соціальні фактори, відповідальність та організаційно-правове забезпечення реалізації конституції. Аналіз наведених положень зумовлює виокремлення макрорівня реалізації конституції, оскільки його складно належним чином визначити лише через стан реалізації конституційних норм; він ніби синтезує основні форми юридично значущої поведінки уповноважених суб'єктів щодо належного втілення положень конституції у життя. У власному розумінні ми виокремлюємо три рівні реалізації конституції: мікро-, мезо- і макрорівень.

Мікрорівень реалізації конституції становить реалізація конституційних положень і норм. Зокрема, вирізняють групу конституційних норм, які мають загальний характер (норми-принципи, норми-цілі, норми-визначення тощо), та норми, які визначають правосуб'єктність учасників конституційних правовідносин. Тому правовий режим реалізації цих конституційних норм є відмінним.

Мезорівень реалізації конституції становлять суспільно-політичні дебати щодо шляхів впровадження положень конституції, конституційна культура і свідомість, правові режими (ліберальний, ліберально-демократичний, соціетальний та перехідний), конституційна відповідальність.

Макрорівень реалізації конституції становлять пряма дія конституційних норм, стан поточного законодавства та механізм соціального захисту. Серед основних форм реалізації конституції можна виокремити здійснення основних прав і свобод, ефективну законодавчу політику парламенту та соціальну політику уряду.

Як впливає з наведеної структури реалізації конституції, роль



юдикатури, тобто конституційної юстиції, виявляється насамперед на мезорівні. Ступінь судового активізму у світлі поглядів щодо стратегій конституційної юстиції, які будуть розглянуті нижче, визначає дилему сучасного конституціоналізму – верховенство парламенту та конституційної юстиції. При цьому роль конституційної юриспруденції є важливою, оскільки вона вводить політичний процес у правові межі. Особливо слід наголосити на поширеній тезі про нібито недовершеність структури конституційної норми, у якій переважно відсутня санкція. Однак це винятково нормативістський підхід, який не верифікується емпірично. Адже дуальний вплив конституційної юстиції свідчить про протилежне:

– по-перше, КСУ при конституційному контролі визнає правові акти конституційними або неконституційними, а також може констатувати неконституційність бездіяльності органу публічної влади, що є нічим іншим, як конституційною санкцією; при цьому питає вага цієї санкції найзначніша серед конституційних санкцій порівняно з іншими галузями;

– по-друге, пряма дія конституційних положень матеріалізується саме через активізм конституційної юстиції шляхом інтерпретації конституційних положень, основним критерієм якого є конституційні цінності і принципи, якими пов'язані законодавець та уряд під час реалізації певних політичних цілей та суспільно-політичних дебатів.

2. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю. Подолання цієї дилеми є критично важливим для перехідних демократій. Це підтверджується досвідом країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, А. Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту [4], який має витоків в ідеях загальної волі Ж.-Ж. Руссо, оскільки вона, як правило, завершується нав'язуванням волі більшості меншості інколи всупереч основним правам. Це прямо суперечить засадам

демократичної конституційної державності. Так, наявність кваліфікованої більшості голосів в угорському парламенті у партій Фідес та Йоббік за результатами парламентських виборів 2009 року мала наслідком прийняття Конституції Угорщини, що передбачає низку інструментів концентрації влади урядом, послаблюючи Конституційний Суд Угорщини [5, с. 81-85; 6].

Доктрина суверенітету парламенту має важливим аргументом ступінь легітимності і репрезентативності волі народу, який уособлює саме парламент, а інститут конституційного контролю виступає своєрідним клубом консерваторів від права. Тому слід ці аргументи проаналізувати детальніше.

Парламент є представницьким інститутом і репрезентує певний спектр політичних сил, який склався у суспільстві. На перший погляд, конституційний суд жодним чином не пов'язаний з ідеєю репрезентації – однак це лише на перший погляд; насправді ситуація значною мірою подібна до парламенту. Малоімовірно, що голосування у парламенті ідентичне тому, як до питань суспільного значення ставиться громадськість. Тут має вплив конституційний дискурс і перебіг політичних процесів, результатом чого є певні закони як відображення компромісу.

Приблизно таку саму репрезентативну природу має конституційний суд. Адже сьогодні існують дві основні моделі його формування, які консенсусні за природою. За таких умов формування складу конституційного суду зумовлено досягненням компромісу в парламенті у разі формування його складу парламентом при внесенні кандидатур главою держави; така репрезентативність ще яскравіше виражена при паритетній моделі формування, як це має місце при формуванні Конституційного Суду України.

Другий аргумент стосується змісту функцій парламенту та конституційного суду. Тут йдеться про розподіл функцій, схожих за природою,

бо і парламент, і конституційний суд при наявній кодифікованій конституції, як це має місце в Україні, здійснюють конкретизацію і деталізацію її положень. Однак вони здійснюють ці прерогативи різними способами: Верховна Рада України формулює абстрактні положення, які регулюють типові життєві обставини, розраховані на невизначене коло осіб і невизначену кількість випадків; КСУ, 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 впливає із системного та телеологічного тлумачення статей 3, 8, 22, 64 Конституції України. Як і парламент, так і конституційна юстиція творять право, але вони творять право у відмінний спосіб, що є нічим іншим, як реалізацією конституції.

Однак існує відмінність у сутності процедури. По-перше, парламентська процедура попри зв'язаність парламенту правом (статті 3, 8, 22 Конституції України) надає Верховній Раді свободу розсуду при регулюванні залежно від конституційної вимоги щодо його інтенсивності (щільності). По-друге, ухвалення закону є завжди певним політичним компромісом і визначається певною моделлю втручання (від ліберальної до етатистської), що саме по собі є об'єктом конституційного контролю на предмет відповідності конституційним цінностям і принципам. Як і у Верховній Раді, рішення у КСУ ухвалюється більшістю від його загального складу, однак вимоги до рішень органу конституційної юстиції жорсткіші: Суд зв'язаний правом, вимогами належної конституційної процедури і юридична сила його рішень ґрунтується переважно на силі аргументів, а не аргументі сили чи певних політичних прерогатив.

Конституційна юстиція імплементавана на мезорівень реалізації кон-

ституції безпосередньо, адже цей процес для фізичних осіб і юридичних осіб приватного права починається з моменту набрання чинності конституцією, оскільки конституційні права людини й основоположні свободи мають пряму дію. У разі відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції України як безпосередньо чинне право. Судові установи не вправі відмовити у захисті основного права, посилаючись на недоліки поточного законодавства в ролі обґрунтування неможливості застосування відповідних приписів Конституції України.

Пряма дія конституційних норм визначає основні параметри їх застосування у діяльності органів державної влади, яке, зокрема, забезпечується примусовою силою права. Не завжди у діяльності органів влади забезпечується додержання положень Конституції і законів України, зокрема у сфері прав людини і основоположних свобод.

Доктрина розглядає права людини і основоположні свободи, визнані в Конституції України, як безпосередньо діюче, найвище право [7, с. 423-425], тому права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрями діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. Федеральний Конституційний Суд Німеччини з цього приводу сформулював правову позицію, відповідно до якої основні права є об'єктивними нормами, що встановлюють ціннісний правопорядок, який являє собою фундаментальний конституційний порядок в усіх галузях права [8, с. 208], в чому і виявляється горизонтальний вплив конституційних прав на чинне законодавство.

Такий горизонтальний ефект конституції пов'язаний з тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у

поточному законодавстві, а в деяких випадках – під час здійснення конституційної юрисдикції [9, с. 12].

Таким чином, публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України на наукових засадах, на основі загальних цілей та завдань Основного Закону. Зокрема, це втілюється у законодавчій діяльності парламенту, який відповідно до свого конституційного статусу покликаний забезпечувати ефективне законодавче регулювання. Відсутність законодавчого регулювання загрожує правовій безпеці суспільства чи окремого індивіда, вносить елементи свавілля у діяльність органів публічної влади і є неконституційним явищем [10].

Об'єктивно виконуючи функцію обмеження сваволі органів публічної влади, закон як формальний акт парламенту повинен визначати правові засади легітимного втручання та застосування примусу у разі порушення правових норм. Тому законодавче упущення (недогляд) є неконституційним і має наслідком звуження сутнісного змісту основного права (частини друга, третя статті 22 та частина друга статті 157 Конституції України).

3. Вплив конституційної юстиції на суспільно-політичні дебати і суддівський розсуд. Належне законодавче регулювання створює сукупність правил, необхідних для здійснення основних прав. Оскільки конституція

доручає законодавцю за підсумками суспільно-політичних дебатів визначити модель правового регулювання реалізації основних прав, то закон має забезпечувати необхідну гнучкість регулювання.

Наприклад, Федеральний Конституційний Суд Німеччини у справі Калкар сформулював доктрину щільності (інтенсивності) законодавчого регулювання: «Згідно з судовими рішеннями, використання невизначених правових понять у принципі не викликають сумніву з точки зору конституційного права. При відповіді на запитання, які вимоги повинні висуватися в окремих випадках, необхідно враховувати особливості відповідного предмета регулювання, а також інтенсивність регулювання. Менш жорсткі вимоги слід висувати передусім при різноманітності обставин справи або при можливості швидкої зміни обстановки» [11].

За таким умов важливою видається взаємодія між доктриною¹ і конституційною юриспруденцією². Конституційна доктрина є гнучкішою від конституційної юриспруденції, оскільки відображає певні тенденції у конституційній культурі і свідомості, на що має належним чином реагувати конституційний суд, спираючись у власних актах також і на доктринальні висновки.

У своїй діяльності конституційна юстиція має три основні стратегічні моделі в межах суддівського розсуду:

¹ Йдеться про панівні теорії і концепції у праві, положення яких становлять суспільно-політичний дискурс та/або закладаються у зміст певних правових актів органів публічної влади. Тому як негативну ми розглядаємо практику Конституційного Суду України, коли він в описовій частині рішення лише перераховує юридичні вищі навчальні заклади або наукові заклади, які надіслали наукові висновки, не надаючи їм своєї правової оцінки (аргументи щодо погодження з цими правовими аргументами чи їх неприйнятність). Адже наукові висновки у справах за запитами конституційних суддів виступають своєрідними *amicus curiae*, які нагадують *responsa prudentium* у римському праві. А належна оцінка і врахування досягнень сучасної доктрини конституційного права є критично важливою для обґрунтованості рішень і висновків Конституційного Суду України. Водночас критично важливим для такої демократичної комунікації є гарантії академічної свободи.

² Термін «конституційна юриспруденція» у вітчизняний правовий дискурс введено С. Шевчуком [12]. На нашу думку, цей термін найбільш адекватно відображає правотворчу природу актів Конституційного Суду України, які за своєю природою є правозастосовними актами. В одному зі своїх актів (ухвала № 15-у/2010) Конституційний Суд України помилково зазначив, що Суд не здійснює правозастосовної діяльності, а лише офіційне тлумачення. Хоча правозастосування охоплює інтерпретацію та ухвалення правових актів органами публічної влади, до яких також належать і акти судової влади.

стримування, нейтральність та активізм. Залежно від обраної моделі роль конституційної юриспруденції є різною, але принаймні при судовому активізмі конституційні суди чи аналогічні установи схильні до зміни своєї юриспруденції шляхом її перегляду або динамічного тлумачення конституції.

Зокрема, розглядаючи справу про Римський Статут, КСУ зробив висновок [13], що Міжнародний кримінальний суд доповнює національну систему кримінальної юстиції, що є нічим іншим, як субсидіарністю у сенсі частини четвертої статті 55 Конституції України. На підставі таких висновків КСУ визнав, що ратифікація Римського Статуту можлива лише після внесення відповідних змін до Конституції України. оскільки «на відміну від міжнародних судових органів, передбачених частиною четвертою статті 55 Конституції України, які за своєю природою є допоміжними засобами захисту прав і свобод людини і громадянина. Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції». На наш погляд, якщо міжнародна юрисдикційна установа доповнює національну систему судів, то вона має субсидіарний характер.

КСУ може переглянути свої правові положення стосовно необхідності

внесення змін до Конституції України (як необхідної умови ратифікації парламентом Римського Статуту). За такої ситуації КСУ може застосувати такий спосіб обходу прецедентного права, як перегляд своїх правових положень у зв'язку з їх помилковістю, оскільки на момент ухвалення висновку у 2001 році доктрина міжнародного права визнавала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду як субсидіарну, тобто таку, що доповнює національну систему кримінальної юстиції, на відміну від наднаціональної. Також КСУ може застосувати прийом *prospective overruling*, згідно з яким Суд позбавлятиметься вочевидь невігідних для правової системи правових положень, які накладають на неї надмірний тягар [14, с. 339-347]. Саме з посиланням на ці підходи можна змінити зміст юриспруденції КСУ стосовно Римського Статуту, і у такий спосіб закон про його ратифікацію набуває чинності автоматично, про що має зазначити Суд у своєму висновку. Для цього потрібне звернення або Президента України, або Кабінету Міністрів України.

Прикладами суддівського активізму КСУ можуть слугувати справи про порушення конституційної процедури ухвалення змін до Конституції України 2010 року¹ та так звані кримські справи.

¹ На нашу думку, у цій справі КСУ (Рішення від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010) не володів належною юрисдикцією, що ґрунтується на трьох міркуваннях: 1) закони, передбачені пунктом 1 частини першої статті 85 Конституції України, ухвалюються відповідно до вимог розділу XIII і жодним чином не статтями 93 і 94 Конституції України, які регулюють порядок ухвалення та промульгації звичайних законів; КСУ імплементований у механізм установчої влади, до якої окрім нього входять народ України, Верховна Рада України, Президент України, Центральна виборча комісія (оскільки покликана забезпечити національний референдум щодо внесення змін до Конституції України), звідси Суд не може ставати над установчою владою; 2) конституція є вираженням консенсусної демократії, що у діяльності КСУ виразилося в застосуванні положень Конституції у редакції від 8 грудня 2004 року протягом чотирьох років – якби були сумніви у КСУ щодо додержання конституційної процедури ухвалення Закону № 2222, він мав би це питання вирішити невідкладно при розгляді будь-якої справи, керуючись правилом «зв'язаності ініціативи» на підставі частини третьої статті 61 власного статусного Закону № 422/96-ВР, тому у такий спосіб КСУ порушив державний і правовий континуїтет, загрозу розриву якого лише зняла Революція гідності; така практика КСУ також не відповідає сталому розумінню у праві поняття строків давності; 3) конституційні суди не пишуть конституцій; вони можуть лише вирішувати конкретні конституційні спори, пов'язані зі змістом окремих конституційних положень, їх застосування іншими органами публічної влади чи інтерпретацією, стоячи на сторожі конституційних цінностей і принципів. Насамкінець, КСУ не навів переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції або через правило *overruling*, або визнання помилки.



Кримські справи прикметні оцінкою Судом суверенітету і територіальної цілісності, які поряд із фундаментальною конституційною цінністю – повагою до гідності людини (стаття 3), а також із непорушністю прав і свобод людини належать до так званої тріади цінностей (стаття 157).

Конституційний Суд України оперативно зреагував на порушення територіальної цілісності України¹, визнавши неконституційною Постанову Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму», оскільки питання призначення референдумів вирішує Верховна Рада України і такий референдум має бути націона-

льним, а не регіональним. Тим самим Суд констатував², що Верховна Рада Автономної Республіки Крим вийшла за межі своїх повноважень, порушивши принцип територіальної цілісності України Постановою, якою передбачено входження до складу Російської Федерації як її суб'єкта, зведення до Президента Російської Федерації та до Лещавної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації про початок пропелуди входження до складу Російської Федерації як суб'єкта Російської Федерації, винесення на референдум цих питань. Щоправда, КСУ не зазначив у своєму рішенні, що Автономна Республіка Крим не володіє міжнародною правосуб'єктністю³.

¹ Слід зазначити, що КСУ перебував тоді у непростій ситуації, оскільки з його складу було звільнено з посади кількох суддів за порушення присяги і призначено інших суддів на підставі Постанови Верховної Ради України від 24 лютого 2014 року «Про реагування на факти порушення судьями Конституційного Суду України присяги судді».

² Рішення КСУ від 14 березня 2014 року № 2-рп/2014. На думку одних авторів, КСУ не мав юрисдикції розглядати цю справу, оскільки конституційне подання було внесено неналежним суб'єктом – в. о. Президента України. Як вони вважають, Голова Верховної Ради О. Турчинов не міг тимчасово виконувати повноваження Президента, оскільки відсторонення від посади В. Януковича було здійснено у спосіб, не передбачений Конституцією, – самоусунення від виконання своїх конституційних повноважень. Справді, парламент ухвалив Постанову від 22 лютого 2014 року про усунення В. Януковича від виконання повноважень глави держави, оскільки цього дня сплинув строк виконання Президентом умов Угоди про подолання політичної кризи, згідно з якими В. Янукович як глава держави мав промудлувати закон про відновлення чинності Конституції України у редакції від 8 грудня 2004 року з урахуванням положень Рішення КСУ від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010. В умовах гострого протистояння у суспільстві, що супроводжувалося розстрілом протестуючих на вулиці Інститутській у Києві, повного колапсу влади, яка взагалі не реагувала на численні випадки кіднепінгу та катувань учасників масових протестів, потураючи діяльності парамілітарних структур (які фактично виступали у такій іпостасі як державні агенти), необхідно було виконувати елементарні заходи, спрямовані на поновлення легітимності влади та консенсусу в суспільстві – конституційного порядку. Тому такі міркування мають цілком позитивістський зміст, ігноруючи реальний стан із забезпечення фундаментальних прав і свобод – свободи зібрань, свободи вираження поглядів як основи сучасного демократичного порядку. Тому КСУ як захисник Конституції мав оперативно реагувати на факти зазіхання на територіальну цілісність України.

На думку інших у КСУ була відсутня юрисдикція у цій справі, оскільки Суд мав дослідити фактичні обставини ухвалення зазначеної Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим, хоча така була офіційно оприлюднена. Слід зазначити, що в цьому випадку КСУ здійснив абстрактний конституційний контроль, а не інцидентний чи каузальний контроль норм, тому такі доводи є просто неприйнятними.

³ Про це КСУ зазначив у Рішенні від 20 березня 2014 року № 3-рп/2014, вказавши на відсутність в Автономній Республіці Крим міжнародної правосуб'єктності та повноважень ухвалення декларацій про сецесію, які можуть належати лише суб'єктам федерації у разі визначення механізму сецесії у федеральній конституції. В унітарних державах адміністративно-територіальні одиниці не володіють правом сецесії. Пізніше КСУ ухвалив рішення про припинення дії Меморандуму про розвиток співпраці з Конституційним Судом Російської Федерації, який у порушення норм міжнародного права визнав такими, що відповідає федеральній конституції, міжнародний договір між Російською Федерацією та «Республікою Крим», прийняття до Російської Федерації цього утворення, створення у складі Російської Федерації нових суб'єктів (Рішення КСУ від 17 квітня 2014 року № 10-р/2014).

Висновки. Реалізація конституції не може у суто позитивістському стилі полягати лише у реалізації правових норм. Конституція виконує функцію обмеження влади та гарантування прав людини, а тому важлива реальна дія інститутів та процедур, які приводять цей механізм у дію. Власне кажучи, реалізація конституції зводиться до дієвих гарантій прав людини та забезпечення конституційного порядку. Необхідними елементами цього є конституційна свідомість, культура та конституційна відповідальність. Центральним елементом цієї системи відносин є конституційна юрисдикція, яка у механізмі поділу влади здійснює правотворчу функцію, конкретизуючи положення конституції шляхом інтерпретації її положень. Критично важливим для легітимності конституційної юстиції є вільна комунікація з академічною спільнотою, яка в ролі

amicus curiae має залучатися у конституційне судочинство, надаючи наукові висновки у стилі *responsa prudentium* з окремих аспектів справи, що мають отримати належну оцінку в рішенні. На прикладі справи про Римський Статут та кримських справ яскраво виявляються стратегії КСУ – від стримування до судового активізму. Це саме ті випадки, коли політичні засоби, суспільно-політичні дебати, законодавство чи соціальна політика уряду, президентський арбітраж вичерпують свою дію і належне застосування конституції забезпечується за допомогою засобів конституційної юстиції. За таких ситуацій критично важливими є обґрунтованість рішень та адекватна рефлексивність конституційної юстиції на суспільно-політичну обстановку і стан конституційної доктрини в академічному середовищі.

Список використаних джерел

1. *Тодыка Ю. Н.* Конституция Украины – основной закон государства и общества : учеб. пособие / Ю. Н. Тодыка. – Х. : Факт, 2001. – 280 с.
2. *Klima K.* Constitutional Law of the Czech Republic / K. Klima. – Plzen : Ales Senek, 2008. – 346 p.
3. *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации / В. О. Лучин. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 687 с.
4. *Шайо А.* Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А. Шайо ; пер с англ. – М., 2001. – 292 с.
5. *Jakab A., Sonnevend P.* Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz // Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. – 2012. – № 72. – P. 75-78.
6. *Sheppelle K. L.* Hungarian's Constitutional Revolution [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2011/12/19/hungarys-constitutional-revolution/>
7. *Курс конституционного права Украины.* – Том 1. Общая часть: Основы теории конституционного права : учебник / под ред. М. А. Баймуратова и А. В. Батанова. – Харьков : Одиссей, 2008. – 672 с.
8. *Шевчук С.* Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2006. – 640 с.
9. *Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та зарубіжний досвід* / [О. М. Максименко, І. О. Мазурок, В. В. Навроцький, М. В. Савчин, П. А. Трачук] ; за ред. М. В. Савчина. – Ужгород : Мистецька лінія, 2008. – С. 12.



10. Бирмонтене Т. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов / Т. Бирмонтене, Э. Ярашюнас, Э. Спруогис // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. – 2008. – Вып. 2–3. – Ереван : Центр конституционного права Республики Армения, 2008. – С. 70–245.

11. *BVerfGE* 49, 89.

12. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції / С. В. Шевчук. – К. : Український центр правничих студій, 2001. – 294 с.

13. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01.

14. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с англ. – М. : НОРМА, 1999. – Ч. I. – 376 с.

Савчин М. В. Конституційний Суд України та реалізація Конституції України

У статті розкрито взаємозв'язок між конституційною юстицією і реалізацією конституції. Досліджується взаємний вплив конституційної юриспруденції та конституційної доктрини з точки зору забезпечення недоторканності конституційних цінностей і принципів як фундаментальної основи реалізації конституції.

Ключові слова: *amicus curiae*, конституційна юриспруденція, конституційна юстиція, реалізація конституції, *responsa prudentium*.

Савчин М. В. Конституционный Суд Украины и реализация Конституции Украины

В статье раскрыта взаимосвязь между конституционной юстицией и реализацией конституции. Исследуется взаимное влияние конституционной юриспруденции и конституционной доктрины с точки зрения обеспечения неприкосновенности конституционных ценностей и принципов как фундаментальной основы реализации конституции.

Ключевые слова: *amicus curiae*, конституционная юриспруденция, конституционная юстиция, реализация конституции, *responsa prudentium*.

Savchyn M. Constitutional Court of Ukraine and Implementation of Constitution of Ukraine

The article deals with the relationship between constitutional justice and the implementation of the constitution. We study the mutual influence of constitutional law and constitutional doctrine in terms of integrity constitutional values and principles as the fundamental framework for implementing constitutions.

Key words: *amicus curiae*, constitutional jurisprudence, constitutional justice, the implementation of the constitution, *responsa prudentium*.



УХВАЛЕННЯ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ У СВІТЛІ ДОКТРИН КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЛЕГІТИМНОСТІ ТА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Конституційна легітимність рішень органів конституційної юстиції зумовлює додержання вимог верховенства права під час їх ухвалення. Цю проблему проаналізовано у контексті конституційної аксіології, онтології та праксеології, зважаючи на інституціональні гарантії незалежності конституційних судів.

Ключові слова: верховенство права, конституційна легітимність, рішення конституційних судів, незалежність суддів, правовий стиль.

Судові рішення мають задовольняти вимоги правової визначеності, тобто мають бути викладені у такій формі, щоб для приватної особи був зрозумілим і очевидним висновок суду по суті конституційного спору. Важливою складовою цього є належна правова аргументація судового рішення, яке має ґрунтуватися на всебічному, об'єктивному і повному аналізі всіх істотних правових аспектів справи, зокрема правових позицій сторін процесу, експертів. Легітимність рішень конституційних судів також підвищується за послідовного обстоювання засадничих конституційних цінностей, оскільки неухильне слідування їм свідчить про високий авторитет конституційної юстиції. Ухвалення рішень конституційними судами зумовлено конституційною традицією, правовим стилем, процедурою та інституціональними гарантіями судової незалежності.

А. Вплив конституційної традиції на ухвалення рішення конституційними судами. Ухвалення кожного рішення органом конституційної юстиції є важливою віхою політико-правового життя країни і виражає ступінь незалежності судової влади, авторитету і суспільного впливу судів на суспільні процеси, тяжіння суддівського співтовариства до засадничих конституційних цінностей та їх зважування у площині лібералізм – комунітаризм, свобода – солідаризм тощо. Залежно від цього може змінюватися характер аргументації рішення конституційних судів, що бачимо на прикладі рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2009 у справі про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною [1], яке ґрунтувалося на солідаристському підході, хоча троє суддів висловили окремі думки, основані на ліберальному підході.

Проявом відхилення від конституційної традиції є різка зміна юриспруденції Конституційного Суду України (далі – КСУ) при вирішенні

питання щодо відповідності статей 157 і 158 Конституції Закону № 2222-IV, коли протягом двох років було змінено його підхід від відмови у розгляді цього питання до його формального конституційного контролю в аспекті додержання вимог установчого процесу, врегульованого Розділом XIII Конституції України. Якщо в основі процесуальної ухвали № 6-у/2008 [2] лежав нормативістський підхід, то не можна розглядати рішення № 20-рп/2010 [3] у рамках динамічного тлумачення конституції. Адже динамічне тлумачення конституції передбачає принаймні додержання вимог конституційної легітимності, визнання чіткої диференціації між установчою та законодавчою владою, функцій суддів КСУ утверджувати конституційні цінності в силу їх обов'язку «захищати конституційний лад», визначення відставання стану законодавчого (але не конституційного!) регулювання від соціальної дійсності. Спроби тлумачення конституції через положення поточного законодавства, яке суперечить їй, не можна розглядати як динамічне тлумачення, а як зловживання владою.

Зважування конституційних цінностей КСУ у площині лібералізм – комунітаризм в умовах реалізації своєї установчої (як офіційного тлумача конституції) та рефлексивної легітимності (як захисника конституційних цінностей у конкретно-історичній обстановці) є засобом конституційної модернізації. За таких умов КСУ має забезпечувати легітимність втручання публічної влади у сферу приватної автономії індивіда та публічний інтерес з метою забезпечення балансу у системі поділу влади.

Саме на такій методологічній основі конституційні суди формують свою юриспруденцію, яка може мати як доктринальне значення, так і впливати на подальший розвиток поточного законодавства.

Б. Правовий стиль рішень конституційних судів. Компаративний аналіз свідчить про очевидні переваги німецького та європейського правових стилів, оскільки вони передбачають розлогу, повну і всебічну аргументацію судових рішень конституційних судів, що істотно підвищує ступінь їх легітимності. Зрозуміло, що не всі судові рішення супроводжуються розлогою аргументацією, оскільки часто розглядаються подібні справи, і суди звертаються до попередньо ухвалених рішень як засобу їх аргументування. Багато в чому це залежить від запровадження класифікації справ на зразок Систематичного Тезаурусу Version 20 [4], розробленого й опублікованого під егідою Венеціанської комісії CDL-JU(2008)031, що дає можливість краще орієнтуватися у масиві рішень органів конституційної юстиції. На правову аргументацію рішень також істотно впливає чи розкривається взаємозв'язок ухваленого рішення із: а) попередніми рішеннями; б) рішеннями Європейського суду з прав людини; в) рішеннями Європейського суду справедливості (у контексті гармонізації законодавства із правом Європейського Союзу); г) рішеннями судів загальної юрисдикції (постановами Пленуму Верховного Суду та узагальненням судової практики вищими спеціалізованими судами в Україні); г) рішеннями органів конституційної юстиції зарубіжних країн.

Важливу роль у легітимності рішень конституційних судів відіграють логіко-лінгвістичні елементи їх викладу. Урахування цих моментів дає змогу викласти рішення у доступнішій формі. З цією метою конституційні суди, як правило, взаємодіють із лінгвістичними науково-дослідними установами, які сприяють виробленню оптимальних підходів щодо забезпечення викладу їхніх рішень у доступніший, більш зрозумілий спосіб для звичайних громадян. Зазвичай найоптимальнішого результату досягають, якщо до такої діяльності залучають фахівця з освітою правника та лінгвіста.

Важливу роль у розв'язанні спору відіграє резолютивна частина рішень органів конституційної юстиції, яка зазвичай викладається на початку. Це дає змогу зорієнтувати заінтересовану особу із сутністю висновків, яких дійшов суд при вирішенні спорів по суті. Водночас правовий стиль КСУ, як і конституційних судів пострадянських країн, тяжіє до викладу резолютивної частини рішення наприкінці, оскільки за такою логікою вона підсумовує результати аргументації конституційного суду.

Специфіка конституційної юриспруденції полягає в тому, що резолютивна частина рішення тісно пов'язана із мотивувальною, без якої воно не може бути придатним і може втратити ознаки своєї нормативності (обов'язковості). Адже у

мотивувальній частині міститься детальний виклад правової аргументації суду щодо висновків, наведених у резолютивній частині рішення. Для досягнення логічного зв'язку між цими частинами судового рішення велике значення має всебічний аналіз принаймні таких елементів: а) дослідження правових позицій учасників процесу судочинства; б) дослідження правових позицій експертів (*amicus curiae*); в) дослідження питань права і фактів. Вони мають бути належним чином піддані аналізу у судовому рішенні, особливо питання права і фактичних обставин.

В. Особливості процедури ухвалення рішень конституційних судів. Ухвалення рішень КСУ здійснюється у формі закритої частини пленарного засідання, яке розпочинається одразу після закінчення відкритої частини пленарного засідання. Саме на закритій частині пленарного засідання формується як концепція, так і остаточна редакція рішення КСУ, тобто він приймає рішення колективно. Водночас у кожній справі призначається суддя-доповідач, на якого покладено обов'язок готувати матеріали справи, зокрема проект судового рішення. Участь інших суддів в опрацюванні проекту рішення обґрунтовується принципом рівності суддів КСУ, хоча він може обмежитися написанням окремої думки, якщо він не згоден із правовою аргументацією та/чи резолютивною частиною рішення. Як показує емпіричний досвід, така техніка ухвалення рішень КСУ безпосередньо впливає на ступінь його обґрунтованості, а, отже, і легітимності. Як правило, ці колективні дебати між суддями призводять до скорочення мотивувальної частини рішення, від чого понижується ступінь правової аргументації власне резолютивної частини рішення; правові висновки КСУ в окремих випадках стають неочевидними, що є проблемою з погляду правової визначеності як компонента верховенства права. Проблемним з точки зору конституційної легітимності є процедури прийняття рішень на пленарному засіданні. Воно має прийматися у режимі таємної наради суддів, для чого необхідно внести відповідні зміни до Закону про КСУ.

Натомість зарубіжний досвід (Німеччина, Словаччина, Чехія) свідчить, що основне навантаження на підготовку проекту судового рішення лежить на судді-доповідачеві та його службі, до складу якої входять наукові консультанти. При призначенні судді-доповідача враховують як його спеціалізацію, так і його наукових консультантів. При підготовці проекту судового рішення наукові консультанти складають розлогий висновок по суті справи згідно з переліком проблемних питань, які визначає суддя-доповідач. Остаточне рішення щодо затвердження концепції та змісту висновку залишається за суддею-

доповідачем. Потім положення цього висновку покладаються в основу судового рішення, визначення змісту якого остаточно встановлює суддя-доповідач. Рішення приймають шляхом опитування суддів. Якщо окремі судді незгідні із рішенням, вони вправі опублікувати свою окрему думку, яка може виражати: а) незгоду із рішенням, б) погодження із рішенням, але містити зауваження щодо його обґрунтування у мотивувальній частині, або в) лише часткову згоду із його змістом і заперечення щодо іншої його частини. Така методика не лише гарантує принцип рівноправності суддів, а й підвищує ступінь легітимності рішень конституційних судів. Треба також зауважити, що конституційні суди розглядають справи у складі палат і судді кожної палати можуть ставити питання про ухвалення рішення у складі пленуму, якщо між суддями виникають істотні розбіжності щодо його змісту або розгляд справи має принципове значення. Такий стиль ухвалення рішень впливає на зміст рішень конституційних судів зарубіжних країн, які часто є великими за обсягами (наприклад, рішення Конституційного суду Чеської республіки щодо конституційності Лісабонського договору викладено майже на 48 сторінках, рішення ФКС Німеччини щодо заборони Комуністичної партії – більш ніж на 220 сторінках тощо).

Щодо набрання чинності рішення КСУ є суперечливий момент, оскільки воно набирає чинності з моменту його прийняття, хоча офіційно публікується його текст дещо пізніше. У цьому контексті заслуговує на увагу порядок набрання чинності рішення Конституційного суду Чеської республіки. Так, в офіційному виданні «Збірник законів» публікується лише його резолютивна частина й ті основні положення мотивувальної частини, на яких воно ґрунтується. Конституційний суд може прийняти рішення не публікувати своє рішення, якщо визнаний ним неконституційним правовий акт не було опубліковано у «Збірнику законів». Однак якщо рішення має загальне значення, то Суд може вирішити про його оприлюднення у «Збірнику законів». Рішення Суду публікуються у повному обсязі у щорічнику «Збірник висновків і рішень Конституційного суду». За таким підходом є чітко зрозумілим підхід Конституційного суду Чеської республіки при вирішенні конституційного спору, оскільки сам Суд зі свого рішення виділяє положення своєї конституційної юриспруденції (власне, свою правову позицію).

Г. Висновки, або Інституціональні гарантії незалежності суддів КСУ у контексті верховенства права. Прийняття рішень конституційними судами є процесом реалізації функції правосуддя, яке виключає вчинення будь-якого впливу на суддів, що передбачає адекватні інституціональ-

ні гарантії. Натомість Конституція України закладає своєрідні «інституціональні пастки» під незалежність суддів.

По-перше, конституційний припис про те, що судді КСУ можуть бути звільнені з посади за порушення присяги тим органом, який їх призначив (стаття 126). При цьому немає чітких законодавчих правил, які б визначали процедуру розслідування обставин порушення присяги суддями КСУ. Це надає можливості вчинення тиску на суддів КСУ та широкий простір для розсуду цих органів, що може вплинути на результати голосування суддів під час прийняття рішення. Натомість у більшості європейських країн судді органів конституційної юрисдикції звільняються з посади у разі порушення присяги, неналежної поведінки тощо на підставі саме його рішення, яке ухвалюється за результатами розслідування дисциплінарним сенатом (палатою) суду. На час розслідування суддя відсторонюється від здійснення конституційного судочинства. Таку модель відповідальності конституційних суддів слід запровадити в Україні, за яким правило пунктів 4 і 5 частини п'ятої статті 126 Конституції України має застосовуватися формально в силу конституційної заборони будь-якого впливу на суддів (частина друга статті 126). За таких правил конституційної відповідальності конституційних суддів чинну модель формування КСУ має бути збережено як таку, що найбільше відповідає вимогам конституційної легітимності. Адже емпіричний досвід (1993–1995 та 2005–2006 роки) свідчить, що завжди є загроза обструкції призначення суддів чи прийняття ними присяги у парламенті.

По-друге, в Україні необхідно посилити вимоги до суддів КСУ, оскільки недостатніми є в якості кваліфікаційних вимоги щодо наявності вищої юридичної освіти і десятирічного стажу роботи за спеціальністю. Конституційні суди в силу свого конституційного статусу та суспільно-політичного значення мають бути представлені переважно професорами права із значним авторитетом в юридичній та академічній спільноті. Водночас мають бути інституціональні гарантії забезпечення представництва у складі КСУ суддів, які добре обізнані у галузі процесуального права. Досі так і немає вимог до кандидатів на посаду конституційних суддів чи загальних суддів щодо бездоганної поведінки, високих моральних і ділових якостей, які має встановлювати за об'єктивними методиками незалежний орган сприяння судівництву.

По-третє, КСУ має забезпечувати легітимність своїх рішень таким чином, щоб не було звинувачень його у надмірному судовому активізмі. Згідно із критеріями самообмеження конституційного суду найкращим варіантом є

застосування конформного тлумачення конституції, за яким за неоднозначного тлумачення закону суд бере до уваги лише відповідне до конституції тлумачення закону, а інші аспекти його тлумачення не застосовує і таким чином відкидає, фактично визнаючи нечинними. У такий спосіб складно буде звинуватити КСУ у підміні законодавця, оскільки як орган судової влади він застосовуватиме закон винятково в його конституційно-правовому розумінні. За своєю природою така діяльність КСУ є не чим іншим, як однією із форм конституційної модернізації. В силу *res judicata* рішень КСУ вони не можуть визнаватися засобом здійснення конституційної реформи, тобто перегляду конституції. Іншими словами, засоби конституційної юрисдикції є неналежними засобами реалізації установчої влади.

По-четверте, при розробці Закону про КСУ брали до уваги німецький досвід діяльності конституційної юстиції, за яким питання процедури

розгляду справ регулюються у його Регламенті. Такий підхід зазнав критики, оскільки посягає на засади конституційної легітимності КСУ. Натомість аналіз положень Регламенту свідчить, що правила процедури розгляду справ також належним чином не врегульовано. Правила процедури розміщені у ньому хаотично, Регламент також не усуває лакуни законодавчого регулювання процедури окремих категорій справ (наприклад, щодо надання висновків стосовно відповідності конституційного законопроекту вимогам статей 157 і 158 Конституції України, щодо відповідності правових актів Верховної Ради АРК вимогам Конституції і законів України тощо). Емпіричний досвід свідчить, що КСУ не здійснює системної роботи щодо якісної ревізії положень свого Регламенту, не кажучи вже про інституціональну неспроможність Верховної Ради України протягом тривалого часу внести системні зміни до Закону про КСУ на засадах конституційної легітимності.

1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=38610>.
2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=14649>.

3. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=122407>.
4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU\(2008\)031-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU(2008)031-e.pdf).

M. Savchyn

THE ADOPTION OF THE DECISION OF CONSTITUTIONAL COURTS IN LIGHT OF DOCTRINES OF CONSTITUTIONAL LEGITIMACY AND RULE OF LAW

The constitutional legitimacy of the decisions of constitutional justice leads observance of the rule of law in the course of their adoption. This problem is considered in the context of constitutional axiology, ontology and praxeology, despite at the institutional guarantees of independence of constitutional courts.

Keywords: rule of law, constitutional legitimacy, decisions of constitutional courts, judicial independence, legal style.

УДК 342.4:321.7(477)

КОНСТИТУЦІЙНА ТРАДИЦІЯ В УКРАЇНІ ТА ПЕРЕХІД ДО МОДЕРНІЗАЦІЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Савчин Михайло Васильович,
кандидат юридичних наук, доцент

Проаналізовано особливості конституційної традиції України та перспектив розвитку конституціоналізму в контексті континуїтету і дисконтинуїтету.

Ключові слова: конституційна традиція, континуїтет, дисконтинуїтет, демократія, лібералізм, комунітаризм.

Вступ

В умовах кризи політичних інституцій та глобальної економічної кризи здається, що трансформація конституційної системи в Україні набуває дедалі більш невизначеного характеру. Криза політико-правових інституцій в Україні насамперед пов'язана зі зниженням рівня легітимності влади та лояльності населення до влади, що спричинює згортання зворотних зв'язків між населенням і владними інститутами, а отже, порушує права людини.

Якщо розглядати цю проблему, поєднуючи системний, синергетичний та цивілізаційний підходи, необхідно говорити про певний стан конституційної традиції в Україні, її трансформації в умовах кардинальних змін економічного порядку, трансформації права, процесів глобалізації та інтеграції на світовому рівні. За таких умов варто також говорити про континуїтет і дисконтинуїтет, оскільки вони виражають наступність конституційного ладу, в основі якого лежить певна конституційна традиція.

Таким чином, ця дилема полягає в таких питаннях: які правові традиції покладено в

основу українського конституціоналізму? Чи це російська традиція права, чи то радянська «правова спадщина», чи це власні здобутки і надбання, що ідентифікують Україну на різноманітній карті світового конституціоналізму? Даючи відповідь на них, можна визначити питання інтеграції України у світовий правовий простір, забезпечення прав людини, народного суверенітету, обстоювання державою своєї незалежності на світовій арені.

Конституційна традиція та модернізація в Україні:

дилема континуїтету і дисконтинуїтету

Таким чином, існує проблема тягlosti конституційної традиції в Україні. Конституція України відображає національні традиції, усвідомлення фізичних та юридичних осіб, органів публічної влади щодо її призначення та ролі у суспільному житті, що безпосередньо впливає на ступінь втілення конституційних положень у життя. При цьому Конституція є вираженням системи соціальних цінностей, щодо яких склався суспільний консенсус. Тому наступність та/або розрив конституційної тра-

диції слід розглядати через призму континуїтету. Поняття континуїтету більше розроблене у міжнародному праві, однак воно вживається інтенсивно і в конституційній доктрині [1].

Загалом проблема континуїтету пов'язана з безперервністю правової системи, а звідси й державності. Зокрема, Конституція Чеської республіки у преамбулі покликається на «добрі традиції історичної державності земель Корони чеської та чехословацької державності» як юридичну підставу її континуїтету. Чеський конституціоналіст К. Кліма розглядає конституційний континуїтет у трьох аспектах – державному, територіальному і правовому [2].

Преамбула Конституції України також визнає континуїтет і визначає його як «багатовікову історію українського державотворення», яке було втілене в життя шляхом реалізації Українським народом права на самовизначення. Таке втілення континуїтету було оформлене прийняттям 24 серпня 1991 року Верховною Радою Акта проголошення незалежності України, ухваленого 1 грудня того ж року за результатами голосування на всеукраїнському референдумі.

Згідно із Законом про правонаступництво № 1543-ХІІ від 12 вересня 1991 року Україна визнала себе правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами СРСР, що не суперечать інтересам Конституції України та інтересам республіки. Цим республіка відзначала тяглість своєї міжнародної правосуб'єктності як держави-засновниці ООН. У цьому Законі також визначалися правові засади діяльності органів публічної влади до прийняття нової Конституції України, правового статусу державних кордонів, верховенства права України щодо правових актів СРСР та законів, прийнятих в УРСР до проголошення незалежності України.

Розпад Радянського Союзу, оформлений Біловезькими домовленостями, дав змогу остаточно вирішити питання набуття незалежності союзними республіками правовим шляхом.

Власне, прийняття Конституції 28 червня 1996 року завершило процес оформлення державності в Україні відповідно до статті 4 Закону № 1543-ХІІ водночас з усіма іншими атрибутами континуїтету. Зокрема, згідно з Перехідними положеннями Конституції визначалися правила функціонування інститутів влади на перехідний період (державний континуїтет) і передбачалися терміни чергових виборів до органів публічної влади, порядок формування нового складу уряду та діяльнос-

ті місцевих державних адміністрацій після набрання чинності Конституцією. Водночас Основний Закон передбачав перехідний період для реформування інститутів юстиції [3].

Конституцією було закладено засади подальшої модернізації національної правової системи, що впливає насамперед з її характеристики як Основного Закону суспільства і держави (правовий континуїтет, правонаступність) [4].

Конституція визначила, що суверенітет України поширюється на всю її територію, яка у межах наявного кордону є цілісною і недоторканою (територіальний континуїтет). Стаття 17 Конституції забороняє розташування іноземних військових баз на території України [5]. Згідно з Будапештським меморандумом про гарантії безпеки від 5 грудня 1994 року у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї підтверджено гарантії суверенітету і територіальної цілісності України у випадку посягання на них з боку третіх держав, а також підтверджено зобов'язання Російської Федерації, Сполученого Королівства та США не здійснювати такого роду дій [6]. Водночас події п'ятиденної війни між Росією та Грузією, охолодження відносин між Україною та Росією, криза ефективності інституцій НАТО, пов'язана з присутністю в Афганістані, свідчать про неоднозначність механізмів гарантій безпеки України, передбачених Будапештським меморандумом [7].

Континуїтет будь-якої країни ґрунтується на національній конституційній традиції, яка визначає усталені погляди на природу конституції, її призначення у суспільстві, відповідну конституційну культуру та свідомість. Континуїтет частково пояснює сутність конституційних трансформацій, зокрема логіку конституційних реформ і проблему самоідентифікації нації на правовій географії світу.

Конституційну традицію складають соціальні цінності, щодо яких у суспільстві склався консенсус і щодо яких еліта суспільства впроваджує певні політичні заходи, спрямовані на забезпечення її безперервності. Водночас конституційна традиція України тісно пов'язана з проблемою континуїтету і дисконтинуїтету, на яку впливає тривалий суспільний дискурс [8] між авторитаризмом і демократією.

Континуїтет у конституційному праві пов'язаний з ідеями безперервності, компонентами якої є правонаступність, народний суверенітет і територіальна цілісність України. Відповідно

дисконтинуїтет є порушенням тяглості таких елементів конституційного устрою.

У цьому контексті континуїтет в Україні насамперед пов'язаний з обстоюванням прав і вольностей, з демократичними традиціями, традиціями народоправства, ідеями доступу до справедливого і безстороннього суду, балансом між лібералізмом і комунітаризмом.

Обстоювання прав і свобод у власному, автентичному досвіді є якісною рисою українського конституціоналізму. До прикладу, досвід обстоювання прав і свобод у складі Речі Посполитої чи під час спроб формування власної державності у формі Гетьманщини (1648–1659) свідчать про згортання таких можливостей у складі Московії, яка пізніше трансформувалася у Російську імперію та СРСР. Емпіричний досвід функціонування Російської імперії та СРСР свідчить про насторожене ставлення влади до ідеї прав і свобод, домінування ідей патерналізму та комунітаризму, які за умов відсутності гарантій приватних, індивідуальних прав та інтересів, у чистому вигляді несумісні з конституційним устроєм.

Демократичні конституційні традиції в Україні тісно пов'язані з парламентським правом та ідеєю представництва народу. Традиції парламентського права та адекватного представництва народу завжди супроводжувалися суспільними дискусіями щодо забезпечення рівності народу до участі у здійсненні справ публічного значення. Незабезпечення адекватного народного представництва завжди ставало чинником підриву демократичних традицій, що цілком відображає нинішнє виборче законодавство України, і часто мало наслідком дисконтинуїтет державності.

Серцевиною конституційної традиції України є засади обмеженого правління, що зумовлюють організацію публічної влади. Такі засади інституційно були запроваджені у «*Пактах і Конституціях законів і вольностей Війська Запорозького*» (Конституція Пилипа Орлика) 1710 року, які вперше у світовій практиці конституціоналізму закріпили фактично механізм поділу влади, обмеживши можливості для свавільного правління гетьмана як глави держави.

Місцеве самоврядування та гарантії безпосередньої участі громадян у вирішенні питань публічного значення є наріжним чинником української конституційної традиції. Однією з причин невдачі сучасної конституційної моделі є відсутність дієвих гарантій самодостатності місцевого самоврядування в Україні.

Стратегічні пріоритети, №2(15), 2010 р.

За умов відсутності таких гарантій та відповідної культури здійснення самоврядних прав громадами є неконструктивними думки про запровадження федерального устрою, наслідком чого стане домінування бюрократії на рівні проміжних і регіональних властей, що має мало спільного з ідеями народоправства.

Ідея доступного і справедливого правосуддя завжди мала важливе суспільне значення в Україні. Навіть за відсутності офіційного схвалення у Російській імперії українськими судами застосовувалися як чинне право *Права, за якими судиться малоросійський народ*, які містили юридичні гарантії прав і свобод людини. Цей правовий документ *per se* можна вважати своєрідним українським варіантом *Habeas corpus act*, оскільки містив подібні до англійського зразка гарантії основоположних свобод. Також цінним для України є досвід судової реформи 1861 року в Російській імперії на противагу використанню права як інструменту політики у радянській практиці правління.

У сфері захисту прав і свобод людини завжди точиться дискусія між індивідуалізмом та комунітаризмом [9]. Однак видається, що поєднання ідей індивідуальних свобод (лібералізм) і популярність ідей державної опіки (патерналізм), колективних прав (комунітаризм) пов'язане із запровадженням засад субсидіарності, що стимулює особисту відповідальність та ініціативність людини, взаємодію та співпрацю між різними спільнотами, зростання довіри усередині суспільства та посилення ролі інститутів громадянського суспільства.

В основі модернізації лежать уявлення про гарантії гідності людини, що включає персональну відповідальність та ефективний правовий захист прав і свобод, до якого слід сьогодні включати також і соціальний захист на адресній основі. За таких умов права людини слід розуміти як суб'єктивні права, які виражають право вимоги захисту, що висувається до держави. Ця ідея визнається статтею 3 Конституції України, за якою держава несе певні обов'язки перед особою, котра визнається найвищою цінністю у суспільстві.

Визначення людських прав як можливості особи вимагати від держави забезпечення її захисту зумовлює соціальний вимір права. Це дає змогу через принцип субсидіарності поєднати ідеї лібералізму та комунітаризму. За таких умов громадянські й політичні права набувають характеристики негативних, оскільки

для їх здійснення не потрібно певних активних дій держави, навпаки – ці права передбачають утримання держави від втручання у приватну автономію. У свою чергу, соціальні, економічні, культурні, колективні права є позитивними, оскільки їх реалізація пов'язана з виконанням позитивних обов'язків держави – їх конкретизації на рівні поточного законодавства та здійснення урядом політики адресної соціальної допомоги.

Забезпечення людських прав складають надійні підвалини легітимності влади. Влада є легітимною за умов виконання своєї головної функції – забезпечення безпеки індивіда та стійкого розвитку суспільства. Також слід ставити питання щодо вироблення культури лояльності до влади як у ліберальній традиції права [10], так і в комунітарній, яка має тяглість, до прикладу, в ісламській традиції права (Коран: Сура 8:46) [11], зважаючи на тривалий досвід відсутності власної державності в Україні. Це є припустимим за однієї умови – безумовної поваги держави до гідності індивіда і неприпустимості посилення на існування певних перешкод щодо реалізації основних прав і свобод індивіда як на виправдання політики звуження та порушення їх сутнісного змісту у діяльності органів влади та посадових осіб.

Тривала відсутність власної державності в Україні породжує проблеми забезпечення солідарності у суспільстві. Субстантивно солідарність можна розглядати як потужність України у різноманітності своїх регіонів, що закладає великий потенціал у становленні спільноти, подоланні інерції розвитку суспільно-політичних інститутів. Процедурно солідарність тісно пов'язана із засадами толерантності у суспільстві, необхідною умовою якої є забезпечення балансу інтересів української нації та національних меншин, їх вільного розвитку на засадах вільного демократичного діалогу та пошуку консенсусу у змісті соціальних цінностей.

Гарантованість права індивіда на доступ до справедливого і безстороннього суду пов'язана з реальним введенням інституту мирових суддів, можливості розгляду окремих кримінальних справ (до прикладу, при звинуваченні особи за вбивство тощо) судом присяжних, посилення незалежності суддів та їх дисциплінарної відповідальності. Важливим є також підвищення ролі адміністративної юрисдикції та введення інституту конституційної скарги як безпосереднього засобу захисту Консти-

туційним Судом порушених конституційних прав органами публічної влади.

Забезпечення реального представництва народу є важливою передумовою побудови довірчих відносин між народом і публічною владою. За сучасних умов його можна забезпечити у парламенті за допомогою пропорційної виборчої системи з відкритими регіональними списками або формування парламенту частково за цією виборчою системою та мажоритарною системою. Вибори до місцевих рад краще здійснювати за мажоритарною виборчою системою, а вибори голів міст – у два тури голосування.

Формування волі народу на засадах транспарентності та вільного демократичного дискурсу створює передумови для здійснення політичної діяльності у правових рамках. Це означатиме, що процес прийняття владних рішень переміщається у правову площину та мінімізує вплив політичної кон'юнктури, іншими словами юридизації політики. Формування і вираження політичної волі народу передбачає публічне застереження політиків щодо наявності конфлікту інтересів та публічної служби, що може мати місце з минулою підприємницькою діяльністю особи, призначеної на публічну службу чи обраної до парламенту [12]. Такі положення необхідно закріпити і в Конституції України, що стане основою для розмежування бізнесу і врядування та сприятиме формуванню національної еліти та культури відповідального парламентського правління. За таких умов парламент має відігравати основну роль у здійсненні контролю над урядом.

Сучасні парламенти виконують роль політичного форуму нації, що передбачає посилення ролі парламентських комітетів у законотворенні, а також посилення його контрольних функцій. За таких умов зростає роль парламентської опозиції, оскільки її діяльність спрямована на здійснення контрольних функцій та пропонування альтернативних шляхів вирішення суспільних проблем. Зокрема, при вирішенні питань щодо делегування частини суверенних повноважень держави супранаціональним інститутам ключову роль повинен виконувати саме парламент як представницький орган влади.

Сучасна епоха передбачає трансформацію природи публічної влади. У соціальних паттернах [13] публічна влада є процедурою узгодження владних рішень за допомогою вертикальних і горизонтальних шляхів з використанням мережі

think tanks. Модель процедурної плюралістичної демократії передбачає можливість реального впливу з боку експертного, наукового співтовариства на процес прийняття владних рішень, який передбачав би як операційні, так і їх стратегічні наслідки. Відповідно поділ влади у сучасних умовах набуває дифузних форм, водночас це не означає, до прикладу, можливість здійснення виконавчої влади паралельно урядом і главою держави, оскільки така модель є дисфункціональною та конфліктною. Сучасна модель легітимації влади передбачає наявність певних консенсусних інструментів прийняття управлінських рішень на засадах взаємних компромісів, відкритого публічного дискурсу щодо проблем суспільного значення. Власне такою уявляється модель поділу влади по горизонталі.

Публічне управління по вертикалі поступово інституціоналізується через принцип субсидиарності. Сфера компетенції повинна визначатися масштабом завдань, наявними ресурсами органів публічної влади відповідного рівня. При цьому здійснення повноважень має бути максимально наближеним до народу. Це передбачає розширення прав місцевого самоврядування, однак в українських реаліях воно вимагає комуналізації – укрупнення територіальних громад, що дасть змогу сконцентрувати їх фінансові та матеріальні ресурси з метою вирішення публічних справ місцевого значення.

Такий процес полягає у розширенні процедур демократії участі (*participatory democracy*), зокрема громадських слухань, громадських ініціатив, вироблення самоврядної культури шляхом участі громади у культурно-мистецьких, просвітницьких, спортивних заходах, в облагородженні територій, об'єднання зусиль громади щодо забезпечення добробуту громади. Формування самоврядної культури впливає на динаміку демократичного процесу в масштабах країни, оскільки саме на цьому рівні формуються основні навички щодо пошуку консенсусу під час прийняття владних рішень.

У демократичному суспільстві зростає роль політичних партій, які сприяють формуванню і вираженню політичної волі народу. Саме самоврядна культура дозволяє побудувати політичні партії за певними інтересами, які репрезентували б прихильників певної ідеології та політичної програми дій. Задля такої мети партія повинна мати легальні джерела фінансування, щоб попередити випадки їх фінансування з-за кордону чи залежності від вузького кола бізнесових кіл [14]. Цього вимагає комплекс реформ, які також можуть

Стратегічні пріоритети, №2(15), 2010 р.

полягати у введенні внутрішньопартійного арбітражу для вирішення суперечок всередині партії, обмеження партійного вождизму, посилення юридичної відповідальності партій. Не виключено, що до юрисдикції Конституційного Суду необхідно віднести вирішення питання щодо конституційності діяльності партій та можливого їх розпуску.

Формування реального народного представництва тісно пов'язане із становленням парламентського права та практики конвенційних угод. Зокрема, конвенційні угоди є важливою інституційною гарантією при формуванні парламентської більшості, участі парламенту у формуванні та затвердженні програми діяльності уряду [15]. Практика конвенційних угод повинна мати як операційні, так і стратегічні цілі. Необхідною умовою легітимності таких угод є відкритий характер суспільної дискусії та формування за її підсумками порядку денного діяльності уряду, який таким чином був би зв'язаний та підзвітний парламенту.

Самодостатність публічної влади в умовах глобалізації та посилення інтеграційних процесів зумовлені народним суверенітетом та потугою держави. Народний суверенітет полягає у забезпеченні демократичності процедури делегування державою своїх окремих суверенних повноважень супранациональним органам через обмеженість ресурсів держави чи масштаб завдань (захист екології, боротьба із злочинами проти людства і миру). Могутність держави зумовлена якісним станом армії, ефективністю діяльності спецслужб щодо забезпечення національної безпеки, забезпеченням економічної самодостатності та конкурентоспроможності країни. Тому на конституційному рівні можна ставити питання про деталізацію положень щодо правового захисту конституції, діяльності спецслужб, особливостей здійснення воєнного і надзвичайного стану зважаючи на те, що така інституалізація тісно пов'язана із сутнісним змістом прав людини й основоположних свобод.

Висновки

Конституційна традиція тісно пов'язана з основними правами і свободами людини через зв'язаність держави правом, за якого пріоритетом владних рішень є правова безпека індивіда, визначеність його правового положення, стабільність і визначеність законодавства, заборона свавільного його застосування.

Конституційну традицію становлять соціальні цінності, щодо яких у суспільстві склав-

ся консенсус і щодо яких еліта суспільства впроваджує певні політичні заходи, спрямовані на забезпечення її безперервності. Конституційна традиція України має перехідний характер, ознаками якого є:

- поєднання лібералізму та комунітаризму у сфері прав людини;
- демократизація політичної системи суспільства із слабкими інститутами громадянського суспільства, що розвивається;
- спостерігається поєднання авторитарної традиції поряд із формуванням демократичних засад діяльності органів публічної влади;
- виникнення нових конституційних інститутів, серед яких слід виділити зростання ролі парламенту та виникнення конституційної юстиції; конституційна юстиція поступово забезпечує захист конституційності від політичних дій органів публічної влади;
- перехідний стан юридичної науки від юридичного позитивізму, заснованого на марксистсько-ленінській ідеології, до плюралізму юридичних шкіл; окремі спроби відтворення традиції автономії університетів.

Тому проведення конституційної реформи має сенс лише за умови розширення гарантій основних прав і свобод людини. Варіанти прийняття нової Конституції в рамках процедури, визначеної розділом XIII Основного Закону, чи прийняття спеціального закону про Конституційну Асамблею передбачає наявність засад консолідованої демократії, процес формування яких в Україні ще перебуває у зародковому стані.

Якщо промоделювати варіанти проведення конституційної реформи, то можна прослідкувати такі тенденції. Варіант зі створенням Конституційної Асамблеї пов'язаний із внесенням змін до Конституції України за жорсткою процедурою, що передбачає схвалення такого закону двома третинами голосів народних депутатів конституційного складу парламенту з остаточним схваленням на всеукраїнському референдумі.

За другим варіантом Верховна Рада створює Конституційну комісію, яка формулює стислу, доступну для розуміння населення,

концепцію конституційної реформи. Вироблена концепція конституційної реформи могла би виноситися на всенародне обговорення, за результатами якої Конституційна комісія опрацювала б проект закону про внесення змін до Конституції/ревізії Конституції з наступним схваленням конституційного законопроекту відповідно до процедури, передбаченої розділом XIII Основного Закону.

Третій варіант здається більш прагматичним, оскільки він передбачає планомірне прийняття законів, які так і не прийняті на сьогодні за прямим приписом чинної Конституції. Таке удосконалення чинної Конституції можливе у сторону розширення прав місцевого самоврядування, посилення ролі політичних партій, оптимізації системи поділу влади шляхом введення елементів відповідального парламентського правління, введення інституту конституційної скарги. При цьому важливим чинником є реформа виборчого та референдного законодавства.

Четвертий варіант передбачає можливість звернення уповноваженого суб'єкта до Конституційного Суду України щодо перевірки конституційності Закону № 2222-IV, яким було внесено зміни до Конституції 8 грудня 2004 року, що не виключає вірогідності наступної ревізії Конституції. Водночас Закон № 2222-IV сьогодні є невід'ємною частиною Конституції України і тому виникає дилема: за яким критерієм оцінювати конституційність чинного Основного Закону?

Тому сьогодні є важливим неухильне додержання чинної Конституції всіма суб'єктами конституційних правовідносин. Насамкінець конституція будь-якої країни є відображенням відповідної конституційної традиції. Порушення таких засад призводить до розриву між номінальною конституцією та фактичним станом правовідносин. Тоді конституція лише перетворюється на видимий фасад номінального конституціоналізму, за лаштунками якого спостерігається масова практика порушення конституційних приписів, зловживання владою, практика ігнорування та порушення прав людини й основоположних свобод.

Список використаних джерел

1. Термін «континуїтет» трактується у третьому томі юридичної енциклопедії як спадкоємність у праві, правонаступництво держави у міжнародному праві, пов'язане із соціальною революцією, виникненням нової держави та, як правило, парламентської процедури. Див.: Юридична енциклопедія. В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 2001. – С. 318.

Континуїтет у міжнародному праві власне розуміють як правонаступництво держави-продовжувача, за яким вона визнає себе пов'язаною міжнародними зобов'язаннями іншої держави, наступником якої вона виступає. Раніше у конституційному праві під континуїтетом мали на увазі правило парламентської процедури, за якою не ухвалений протягом чергової сесії законопроект продовжували розглядати на наступній сесії на відповідній стадії законодавчого процесу, не перериваючи його розгляд.

2. *Klíma, K. Constitutional Law of the Czech Republic. – Plzen: Ales Cenek, 2008. – P. 125–129.*

3. Конституція визначила п'ятилітній термін для реформування судової системи, порядку арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи, для чого на той час було достатньо санкції прокурора, що не відповідало гарантіям та міжнародним зобов'язанням України, які випливали з Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Конституція також заклала правило щодо скасування інституту прокурорського нагляду та досудового слідства «до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів, та до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування».

4. *Перехідні* положення Конституції передбачають, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття нею чинності, є чинними у частині, що не суперечить їй. Це накладало обов'язок на парламент забезпечити систематичне приведення поточного законодавства відповідно до Конституції України. Разом з тим узгодження поточного законодавства з конституційними положеннями є тривалим процесом, який також, як потім і показала практика, залежить від особливостей політичного процесу. Це зумовило те, що на момент прийняття змін до Конституції 8 грудня 2004 року так і не було прийнято близько сорока законів, які безпосередньо передбачені Конституцією, не говорячи вже про приведення поточного законодавства у відповідність з її положеннями. Таким чином, у випадку суперечності між положеннями Конституції та поточного законодавства має застосовуватися Конституція, оскільки її норми мають пряму дію у національній правовій системі.

5. У *Перехідних* положеннях Конституції передбачається, що використання існуючих військових баз на території України для тимчасового перебування іноземних військових формувань можливе на умовах оренди на основі міжнародного договору, ратифікованого Верховною Радою.

6. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=998_158

7. *Про це* також зазначають вітчизняні експерти у сфері національної безпеки В. Бадрак, В. Горбулін, О. Литвиненко / В. Бадрак, В. Горбулін. Конквістадор у панцирі залізнім // Дзеркало тижня. – 2009, 12 – 18 вересня [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dt.ua/1000/1550/67168/>; Горбулін, В. Великий сусід визначився. Що Україні робити далі? / В. Горбулін, О. Литвиненко // Дзеркало тижня. – 2009, 19 – 25 вересня Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://www.dt.ua/1000/1600/67194/>

8. *Мається* на увазі не лише дискусія ідеологічного чи доктринального характеру, а також певна послідовність дій, спрямована на впровадження таких ідей в життя, використовуючи їх як певний інструмент у політичному процесі, юриспруденції тощо. Див. про природу дискурсу у політико-правових процесах: Дем'янков В. З. Политический дискурс как предмет политологической филологии // Политическая наука. Политический дискурс: История и современные исследования. – 2002. – № 3. – С. 32–43.

9. *Слободянюк, Л.* Розуміння автономії та спільноти: лібералізм та комунітаризм [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.anthropos.org.ua/dspace/handle/123456789/219>; Красногорова, Ю. Дилема лібералізму та комунітаризму [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/814/>

10. *Так*, британський конституціоналіст Т. Р. С. Аллан визнає основою легітимності влади визнання з боку індивіда існуючого порядку речей на основі певних моральних імперативів про належне. Див.: Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. – К. : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2008, розділ III.

11. У *Сурі* 8:46 зазначено таке: «Підкоряйтеся Аллаху і Його посланнику у настановах про дозволене і заборонене, не вступаєте у суперечки і неузгодженості між собою. Це лише втрата сили і причина слабкості та невдач! Мужньо переносіть тяготи сутічок. Воїстину, Аллах допомагає терплячим, стоїть на їх стороні і нагороджує доброю нагородою».

12. *Такі* положення містяться у більшості конституцій країн Європи. Адже формулювання у Конституції України (стаття 78) щодо заборони займатися підприємницькою діяльністю народним депутатам є невизначеною, що не перешкоджає їм впливати на прийняття владних рішень, пов'язаних з наданням певних преференцій у галузях економіки, окремим суб'єктам підприємницької діяльності, в яких вони можуть володіти корпоративними правами.

13. *Згідно* з постмодерним підходом паттерни впливають на процес прийняття владних рішень, що приймаються на основі горизонтальних і вертикальних суспільних зв'язків. З метою забезпечення демократичного процесу прийняття рішень, які мали б легітимний характер, необхідно його проводити відкрито і гласно. Слід зауважити, що в Україні згідно з дослідженнями міжнародних організацій Freedom House, Transparency International одне з найбільш динамічних громадянських суспільств, від якого ступінь розвитку політичної системи суспільства значно відстає.

14. *Можна* звернути увагу на аналітичне дослідження гарантій забезпечення прозорих механізмів фінансування політичних партій та обмеження корупції: Концепція змін до законів України щодо підвищення прозорості фінансування політичних партій та виборчих кампаній в Україні // Часопис Парламент. – 2009. – № 2. – С. 4–22.

15. *Див.*: Marshall G. Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability. – Oxford: Clarendon Press, 1984; Дайси, А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции / под. ред. П. Г. Виноградова. Издание второе. – М., 1907.

Внесення змін до
Конституції
України.
Права людини



Михайло Савчин

Права людини у світлі конституційної реформи

У статті розкривається природа прав людини у співвідношенні принципу рівності, свободи, поваги до людської гідності, на основі чого формулюється низка пропозицій щодо внесення змін до Конституції України. Формулюється юридичний склад негативних і позитивних обов'язків держави у цій сфері у світлі принципу пропорційності.

Ключові слова: гідність людини, держава, права людини, пропорційність, рівність, свобода

В статье раскрывается природа прав человека в соотношении с принципом равенства, свободы, уважения человеческого достоинства, на основе чего формулируется ряд предложений о внесении изменений в Конституцию Украины. Формулируется юридический состав негативных и позитивных обязанностей государства в этой сфере через принцип пропорциональности.

Ключевые слова: государство, достоинство человека, права человека, пропорциональность, равенство, свобода

The article reveals the nature of human rights in relation to the principle of equality, freedom, respect for human dignity, based on which formulated a number of proposals for amendments to the Constitution of Ukraine. Legal structure of negative and positive obligations of the state in this area in the light of the principle of proportionality is formulated.

Key words: equality, freedom, human dignity, human rights, proportionality, the state

Вступ. Права людини доволі проблематично визначені у структурі Конституції України, оскільки вони є дивним гібридом ліберальної та соціалістичної концепції прав людини. Це закладає внутрішній конфлікт у семантику конституційного тексту, підриваючи засади його цілісного тлумачення. На виході ми отримуємо блокування ефективності прямої дії конституційних приписів, що підриває авторитет Конституції України. Проблема пов'язана також із дискусією стосовно універсального характеру прав людини чи їх відносним характером у залежності від структури суспільства (культурний релятивізм). Насправді питання доволі складне, адже, на перший погляд, навіть федеральний апеляційний суд 7-у округу трактував питання hate speech у справі *Collin v. Smith* (1978)¹ через призму культурного релятивізму, посиляючись на структуру суспільства, але обґрунтовуючи ідею захисту свободи вираження поглядів, він стоїть на універсалістських позиціях [1].

Ми у нашій статті: розглянемо (1) основні підходи, що склалися, у розумінні прав людини; (2) розглянемо людську гідність у структурі прав людини, а також яким чином ця структура (3) визначається статтею 3 Конституції України. Далі нами буде розкрито (4) поняття сутності змісту основоположного права у співвідношенні із (5) принципом пропорційності як легітимної основи втручання публічної влади у сферу приватної автономії, з метою (6) з'ясування у світлі доктрини горизонтального ефекту конституції рівного масштабу впливу конституційних цінностей і принципів на публічне і приватне право, що має значення для визначення обсягу захисту конституційних

¹ Американська система свободи вираження поглядів полягає у переважанні надання їй захисту, оскільки свобода як така не підлягає обмеженню, оскільки складає фундамент демократичного порядку. У справі *Collin v. Smith* (7th Circuit 1978) Апеляційний суд США 7 округу дав таку характеристику hate speech у сенсі Першої поправки до Конституції США, яка встановлює гарантії свободи вираження, та обставин заяв і проведення масових заходів Націонал-соціалістською партією Америки у містечку Скокі, штат Іллінойс, спрямованих на

прав. Предметом розгляду статті також стане (7) структура прав людини через призму поділу влади, зокрема, ролі судового конституційного контролю, критеріїв інтенсивності законодавчого регулювання та збалансованої регуляторної та соціальної політики уряду.

1. Поняття прав людини у сучасній доктрині: основні підходи

1.1. Обґрунтування прав людини у правовій традиції. Права людини обґрунтовуються у правовій доктрині через моральний аспект, головним критерієм якого виступають обґрунтування індивідуальної свободи. Наступним підходом є процедурний аспект, в основу якого покладено гарантії рівного доступу до матеріальних і духовних благ, які забезпечуються юридичним захистом. Третім підходом є сутнісний підхід, оскільки примирює суперечливі аспекти морального та процедурного підходів і розкриває права людини в контексті людської гідності.

1.2. *Права людини та індивідуальна свобода.* Моральне обґрунтування прав людини, як правило, здійснюється через їхнє визначення як певної міри свободи. Моральне обґрунтування прав людини пов'язується із рівним масштабом врахування інтересів усіх у контексті того, як права кореспондуються із обов'язками [2, с. 64]. Так само з точки засад справедливості Джон Ролз формулює своє два знамениті принципи свободи як (а) масштаб рівних можливостей і (б) балансування таких можливостей у суспільстві².

i) свобода як здатність особи до вільного вибору. У цьому контексті свобода трактується можливість суверенного вибору індивіда. Водночас за таких умов слід зважати на масштаби вибору, оскільки свобода є «(1) свободою певного носія свободи, (2) від чогось (певних перешкод), (3) для чогось (предмет свободи)» [4, с. 144]. Такий вільний вибір має об'єктивні межі, які пов'язані із відповідальністю вільного індивіда. За таких умов моральних засад обґрунтуванні прав людини недостатньо.

ii) свобода як відповідальний вибір. Відповідальність як аспект свободи сприяє юридизації цього явища, переносючи такий вибір в окремих випадках у процедурно-процесуальну площину. Вибір оптимального варіанту поведінки зумовлюється у логікою колективних дій та соціальної взаємодії, на основі чого й ґрунтуються сучасні доктрини раціональної поведінки особи. Зокрема, Юрген Габермас заперечує моральні засади прав людини, оскільки право і мораль слід чітко розмежувати³, а тому на його думку правило визнання зумовлено легітимністю процесу закріплення прав у конкретному суспільстві, тобто на основі поєднання національного суверенітету і прав людини [5, с. 112]. Чим би не завершувалася ця дискусія, але формалізація прав пов'язується із юридичною відповідальністю⁴, на чому потім ґрунтуються аргументи стосовно правової визначеності. Але оскільки Габермас розглядає права людини у контексті домагань, то він також визнає моральний вимір, що зумовлює конкретні вимоги якості до діяльності органів публічної влади.

1.3. *Права людини та рівність.* На практиці принцип рівності доволі часто служить засобом вирівнювання можливостей індивідів, які наділені різними здатностями і кожен по своєму є унікальним.

заперечення факту Голокосту, водночас роблячи наголос на відмінну структуру американського суспільства від суспільного укладу життя в Третьюму Райху:

«Законодавство всупереч змісту дії Першої поправки, проте, спрямовує уряд на слизький і нестійкий шлях: перш за все, Перша поправка означає, що уряд не має право обмежувати вираження поглядів, їх ідеї, предмет або зміст Це не означає, звичайно, що зміст законодавства як такий є недійсний. При дуже обмежених обставинах, уряд може заборонити їх зміст на підставі безпосередньої небезпеки тяжкого базового зла. Але аналіз змісту обмежень повинен розпочинатися із здорової поваги до істини, якщо вони є найбільш прямою загрозою для життєздатності прав, що гарантуються Першою поправкою».

² У своїй «Теорії справедливості» Джон Ролз обґрунтовує принцип свободи наступним чином [3, с. 102]:

«Перше формулювання двох принципів буде таке.

Перший принцип: кожна особа повинна мати рівне право на щонайширший план рівних основних свобод, і цей план має бути сумісним із подібною схемою свобод для інших.

Другий принцип: соціальні й економічні нерівності слід залагоджувати таким чином, щоб а) можна було розсудковій сподіватися на їхню корисність для кожного й б) вони пов'язувалися з відкритими для всіх посадами й постами».

³ Юрген Габермас наводить таке міркування стосовно характеристики юридизації прав людини, що тісно пов'язано із його розумінням свободи: «сучасне сформульоване право, що виступає з домаганням на систематичне обґрунтування, а також загальнообов'язкову інтерпретацію і подальшу реалізацію» [5, с. 106].

⁴ Стосовно юридичної відповідальності як визначення об'єктивних меж вільного вибору дає доволі яскравий аналіз Рональд Дворкін при обґрунтованості моральних засад юридичної відповідальності за порнографію чи гомосексуалізм, які він спростовує, спираючись на розуміння приватності, приватної автономії індивіда [6, с. 326 - 349].

Принцип рівності припускає рівне ставлення до кожного. Однак не завжди рівне ставлення до кожного гарантує рівні можливості індивідів щодо забезпечення доступу до матеріальних і духовних благ. Рівність має (1) стверджувальний та (2) антидискримінаційний аспект. Про складність і суперечливість цього підходу цілковито служить судова практика.

i) *стверджувальна рівність*. Рівний масштаб реалізації прав людини зумовлений однаковим поведінням при однакових обставинах. Важливим також є порівняння однакового ставлення стосовно певних категорій осіб – у разі ігнорування цього положення ми отримуємо порушення рівності і за такої ситуації – фактичне невизнання правомірних домагань з боку окремої категорії осіб. Хоча ці особи відносяться до спорідненої категорії, однак нерівне ставлення до них призводить до фактичного заперечення права, а тому – до дискримінації⁵.

ii) *недопущення дискримінації*. Станіслав Погребняк стверджує, що принцип рівності визначається формальною та фактичною рівністю. До формальної рівності вчений відносить: рівність перед законом; рівність перед судом; рівність прав і свобод людини і громадянина; рівність обов'язків людини і громадянина. До фактичної рівності можливостей належать: диференціація правового регулювання та принцип позитивної дискримінації [9, с. 82-88]. Рівність імпліцитно включає в себе і диференціацію через певні якості людини як соціального індивіда, тому існує потреба у визначенні рівномірності розподілу соціальних благ з метою забезпечення потреб та інтересів індивіда. Тобто принцип рівності є тісно пов'язаний із справедливістю. Зокрема, процесуальна справедливість тісно пов'язана із реалізацією права на судовий захист. Слід відзначити, що положення статті 24 Конституції України стосовно розуміння принципу недискримінації слід привести у відповідність до міжнародно-правових актів.

1.4. *Гідність людини та права людини*. Нами гідність розглядається як принцип, що інтегрує в собі рівність і свободу, тобто примирює юридичний і моральний аспект прав людини. Водночас він точніше передає антропологічний та соціогуманітарний вимір права, не зводячи його до конституційної декларації. Тому для країни із домінуючим юридичним позитивізмом є критично важливою чітко сформульована конституційна формула щодо зобов'язуючого характеру гідності людини для діяльності публічної влади.

1.5. *Питання юридичної техніки та права людини у світлі основоположних конституційних цінностей*. Стаття 3 Конституції у цьому аспекті вкрай невдало сформульована, оскільки поєднує у собі різнопорядкові соціальні цінності, які забезпечуються юридичним захистом. Такі положення мають формулювати конкретні зобов'язання держави перед особою, а не перетворювати конституційні формули у певні декларації про політичні наміри, що є несумісним із нормативною природою конституції як основоположного закону, положення якого мають пряму дію. У світлі означених критеріїв є достатньою і доречною формула у силу якої:

«Гідність людини недоторканна. Захист гідності людини забезпечується всіма засобами Української Республіки».

⁵ В останній час доволі суперечливі, дискримінаційні по суті, рішення ухвалює Верховний Суд України. Наприклад, Верховний Суд України визнав правомірною практику судів (висновок від 10.03.2015 р. у справі № 21-615a14), згідно з якою жінка, яка спільно проживала і вела спільне господарство із чоловіком, але не перебувала із ним в шлюбі, не володіє правом на отримання пенсії в зв'язку зі смертю годувальника. Логіка Суду полягає в тому, що таке спільне проживання і ведення господарства «без шлюбу» ще «не є підставою для виникнення прав і обов'язків подружжя», а тому: «В окремих сферах правовідносин (житлових, цивільно-майнових, сімейних, трудових та інших) такі відносини можуть підпадати під поняття сім'ї, а її учасники визнаватися членами сім'ї, яким з огляду на об'єктивну відмінність їх змісту у відповідних галузях законодавства надаються або не надаються (обмежуються) відповідні права та обов'язки» [7]. Як видно, Суд себе не морочить бодай якимись притомними аргументами на користь такої диференціації правового регулювання, хоча така диференціація мала би бути обґрунтована з огляду на особливості осіб, що перебувають у шлюбі та у фактичних зв'язках, оскільки складають сім'ю. Це відверте дискримінаційне формулювання Верховного суду не витримує критики хоча б на практику Європейського суду з прав людини в означеній сфері [8].

⁶ Конституційний Суд України поки що не схильний до судового активізму, він демонструє стриманість, оскільки у випадках явного дискримінаційного законодавства, Суд рекомендує Верховній Раді внести зміни у законодавство з метою усунення занадто дискримінаційних положень. Наприклад саме таким чином Конституційний Суд рекомендував парламентові встановити граничні межі неустойки та пені для споживчих кредитів для фізичних осіб, хоча таке обмеження діє з 1996 року для юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців (Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.).

2. Гідність людини у структурі прав людини

2.1. *Засади розуміння людської гідності.* Концепція гідності людини ґрунтується на християнській етиці [10], категоричному імперативі Імануїла Канта [11] та модерному трактуванню людської свободи як форми вираження гідності, яка заперечує утилітарне призначення прав і свобод людини, які раніше розглядалися у контексті певних результатів їх здійснення [12, с.36 - 38]. Тому права людини визначають якість позитивного права.

2.2. *Християнська етика про людську гідність.* Згідно із засадами християнської етики людська гідність є самодостатньою соціальною цінністю, оскільки людина розглядається як вінець Творця, створеного за Його подобою [13, с. 80 - 81]. «Людину, яка не розуміє своєї гідності, – зазначав св. Августин, – можна порівняти зі скотиною беззмістовною і вподібнювати до неї» [14, с. 198]. Природничо-правова теорія розглядає гідність як наділене природою фундаментальне право людини, яке має вічну природу і покликане реалізувати її здібності у суспільстві.

2.3. *Морально-етичні засади гідності людини.* Згідно із категоричним імперативом І. Канта людська гідність розглядається через призму вартості людини у суспільстві: людину слід розглядати як мету і ніколи не можна не сприймати як засіб. Відповідно до цього перелік прав людини слід розглядати як політичне трактування, яким чином людина розглядається як мета [15, с. 90]. Професор П. Рабінович розглядає гідність людини як моральну категорію, яка визначає її самоцінність як родової біосоціальної істоти, зумовленої існуючими суспільними відносинами та іншими факторами людського буття; абсолютною, об'єктивно недоторканою, яка не може бути об'єктом порушення [16, с.8 - 9]. У кінцевому результаті гідність виражає гарантовану правовими засобами здатність людини реалізувати свої здібності як індивіда, що вступає у суспільні відносини. Загалом поняття людської гідності має своє ціннісне навантаження і зумовлює метаюридичне трактування цього поняття [17, с. 169 - 186].

2.4. *Конституційні конструкції.* Конституція України двояко підходить до визнання людської гідності як соціальної цінності. Згідно зі статтею 3 Конституції визнається гідність людини у якнайширшому розумінні через формулу «найвищої соціальної цінності». Особливістю техніки викладу юридичної конструкції в статті 3 Конституції є те, що вона окрім гідності людини охоплює й окремі засадничі права людини (право на життя, право на здоров'я, право на особисту недоторканність, які гарантують безпеку індивіда). Стаття 28 Конституції гарантує гідність людини у вузькому значенні як суб'єктивне право особи висувати вимоги до держави захистити її від катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує її гідність, поводження чи покарання. Також встановлюється заборона проведення медичних, наукових чи інших дослідів над людиною без її вільної згоди.

2.5. *Конституційна юриспруденція і поняття гідності людини.* Виходячи із визнання гідності людини як найвищої соціальної цінності в Конституції України конкретизується її сутність як через принцип свободи розвитку особистості (стаття 23), так і конкретні права і свободи, які гарантуються за допомогою конституційних засобів. КСУ розглядає гідність людини через призму зв'язаності держави правом, за яким держава несе обов'язки перед людиною за свою діяльність, про що він неодноразово зазначав у своїх рішеннях шляхом прямого звернення до формули частини першої статті 3 Конституції України. Таким чином, у конституційній юриспруденції гідність людини інтерпретується як принцип права, який переплітається із верховенством права і є найвищою конституційною цінністю. Формула про людську гідність як найвищу конституційну цінність сформульована у юриспруденції ФКС Німеччини⁷. Якщо ж порівнювати спосіб закріплення гідності як конституційної цінності, він є відмінним в Україні у порівнянні із конституціями деяких європейських країн⁸.

⁷ У справі про мікроцензи Федеральний конституційний суд Німеччини визнав як посягання на гідність особи положення федерального закону, який зобов'язував інформувати виконавчу владу главу про місце і тривалість «святкових поїздок та поїздок на відпочинок» під страхом сплати адміністративного штрафу у розмірі 100 дойчмарок, як такий, що посягає на гідність людини та сферу приватного життя членів, вказавши, що гідність людини в системі конституційних цінностей посідає «провідне значення» (set of values, human dignity is of paramount importance) (BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus case, 1969)).

⁸ Наприклад, Конституція Іспанії проголошує людську гідність як «основу політичного порядку і соціального миру» (стаття 10.1), Основний Закон Німеччини: «(1) Людська гідність недоторканна. Поважати і захищати її обов'язок всякої державної влади. (2) У силу цього німецький народ визнає непорушними і невідчужуваними права людини як основу будь-якого людського співтовариства, миру і справедливості у світі» (стаття 1); угорська Конституція визнає людську гідність як природне право, якого ніхто не може позбавити свавільно (стаття 54 (1)). Інші конституції визначають конституційні гарантії людської гідності подібно до Конституції України.

3. Структура прав людини згідно із змістом речення третього частини другої статті 3 Конституції України як основоположної конституційної норми

3.1. *Загальні положення про структуру прав людини.* Зазначене вище конституційне положення Конституції України звучить так:

«Утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина є головним обов'язком держави».

Цю конструкцію слід розглядати з точки зору відносин між приватною особою і державою і воно стосується суто суб'єктивного публічного права. Алгоритм цього відношення виглядає наступним чином:

3.2. *Право людини як правомірний вимога до публічної влади.* Приватна особа⁹ звертається до органу публічної влади з метою забезпечення доступу до певного матеріального чи духовного блага, яке забезпечуються юридичними засобами, або щодо захисту охоронюваного законом інтересу. На засадах довіри таке звернення принаймні має бути розглянуто, тобто має бути формально відкрито процедура провадження на підставі цього твердження. Згідно з принципом розслідування орган публічної влади має встановити істотні обставини справи і вирішити справу по суті; у разі, якщо порушене питання не належить до його повноважень, має скерувати відповідне звернення приватної особи до компетентного органу публічної влади чи незалежного агентства/установи, яке в силу закону наділено вчиняти відповідні публічно-владні функції і повноваження.

3.3. *Обов'язок захисту публічної влади.* Орган публічної влади несе обов'язок захисту відповідно до питань, які порушені у зверненні та складають предмет домагань (правомірних вимог) приватної особи, які згідно із засадами довіри визнаються правомірними. До предмету розсуду органу публічної влади належить вирішувати лише те, чи належить до його компетенції розгляд питань, порушені у зверненні приватної особи.

3.4. *Диференціація обов'язку захисту.* Ці питання слід диференціювати у залежності від складу негативних чи позитивних обов'язків держави:

i) *обов'язок захисту і негативні права.* У разі захисту негативних прав у держави виникає обов'язок захисту шляхом забезпечення права на справедливий суд та додержання вимог належної правової процедури у разі реалізації свободи розсуду публічною адміністрацією у ході конкретизації положень законів чи вчинення актів індивідуальної дії;

ii) *обов'язок захисту і позитивні права:*

1) *позитивні права і інтенсивність законодавчого регулювання у світлі поваги гідності особи.* Законодавець відповідно до принципу поваги гідності людини (це теж положення статті 3 Конституції, яке у переліку поряд із іншими соціальними цінностями, має певне сутнісне навантаження і юридичні механізми захисту) має належним чином, якісно врегулювати певну сферу правовідносин, пов'язану із реалізацією набутих прав;

2) *зв'язаність свободи розсуду законодавця та адміністрації гідністю особи.* Законодавець та уряд несе позитивний обов'язок забезпечити функціонування належної соціальної інфраструктури (медичне страхування, страхування у разі безробіття, каскадну систему страхування у разі виходу на пенсію чи втрати годувальника, чи часткової/повної втрати працездатності);

3) *збалансованість адміністративних заходів у світлі гідності особи.* Збалансоване фінансування відповідних соціальних заходів на засадах субсидіарності, що передбачає ініціативу та підтримку можливих ризиків, пов'язаних із системою різнопорядкового і різнотипового соціального страхування.

4) *Предмет захисту у структурі прав людини.* Предметом захисту є певні матеріальні і духовні блага, захищені юридичними засобами, або охоронювані законом інтереси. На цій основі орган публічної влади набуває підстав для втручання у приватне життя. Втручання держави/публічної влади у приватне життя здійснюється згідно із принципом пропорційності, який застосовується диференційовано, що насамперед пов'язано із природою негативних і позитивних прав та структури позитивних і негативних обов'язків держави, при запровадженні певних заходів, які передбачені в законі є нагально необхідними задля забезпечення балансу публічних і приватних інтересів, є достатніми і доречними у контексті легітимної мети, визначеної в законі (рішення КСУ № 3-рп/2015).

У світлі означеного речення друге частини другої статті 3 Конституції аж ніяк не можна розглядати як якусь декларацію, це є імперативна, основоположна норма Конституції, яка закладає власне підвалини конституційного порядку в Україні в цілому.

⁹ Юридична конструкція «людина і громадянин» виглядає дещо архаїчно і вона більшою мірою стосувалася періоду визнання всієї повноти прав за третім станом в епоху буржуазних революцій, про що власне і було означено у знаменитій Французькій декларації прав людини і громадянина 1789 р.

4. Сутність змісту права людини як фундаментальна категорія у правовій системі

4.1. *Інтегративна основа розуміння прав людини* Основоположна конституційна норма визначає принцип, який є надпозитивним, тобто визначає критерії якості писаного права – встановлює критерії якості закону¹⁰, який за ніяких умов не може посягати на реальну здатність особи забезпечити доступ до матеріальних чи духовних благ або захистити законний її інтерес. У структурі конституційного порядку категорія «гідність людини» є «відкритим положенням», яке у ході конкретизації та інтерпретації законодавства наповнюється змістом і надає обґрунтування стосовно забезпеченню особи рівних можливостей для вільного розвитку своєї індивідуальності. Таким чином ми формулюємо первинний постулат, згідно з яким сутність змісту права людини полягає у можливості особи робити суверенний і відповідальний вибір стосовно розвитку своєї індивідуальності у відкритому суспільстві¹¹. Це передбачає (1) правило визнання та (2) повагу до прав людини

4.2. *Правило визнання певного домагання-вимоги особи як правомірного* проявляється дуально:

i) *правило визнання та сутність змісту прав людини*. Цей принцип ґрунтується на презумпції, згідно з якою вимога особи у державно організованому суспільстві є правомірною, а держава покликана забезпечити належне вирішення питання пов'язаного із забезпеченням чи захистом порушеного права і не посягати на можливість його реалізації¹²;

ii) *юрідизація прав людини та допустимі обмеження прав людини*. Юридизація прав людини забезпечується через засади пропорційності, які визначають допустимі межі втручання у суверенний вибір особи – сферу приватної автономії індивіда. Іншими словами, принцип пропорційності поєднує в собі природно-правовий та юридичний вимір права.

4.3. *Повага до прав людини* насамперед означає, що законодавство має належним чином врегулювати обсяг і зміст прав людини і основоположних свобод. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування виконавчою владою і судами, означає відсутність законодавчого регулювання¹³. Звідси випливає вимога до якості публічного управління як процесу вирішення питань суспільного значення.

4.4. *Конституційна семантика: сутність змісту прав людини та дозвільний принцип*. Конституція тлумачиться цілісно і в ній немає внутрішніх суперечностей; положення статті 3 є основоположним принципом стосовно дозвільного принципу статті 19 Конституції, який визначає вимоги щодо

¹⁰ Термін «закон» ми вживаємо суворо у тому значенні, як це вжито у Доповіді Венеційської комісії про верховенство права [18], під яким мається на увазі все законодавство, міжнародні договори та ustalена судова практика. Це потребує зміну традиційних поглядів на закон, яке склалося у нашому суспільстві. Як буде наведено нижче вітчизняне розуміння поняття «закон» не витримує критики з точки зору інтенсивності правового регулювання та розуміння свободи розсуду, а також функції адміністрації та правосуддя стосовно конкретизації та інтерпретації законодавства. Багато проблем у забезпеченні прав людини пов'язано із формалістичним трактуванням законодавства через призму дещо архаїчної категорії «верховенство закону».

¹¹ Так, Петер Коллер характеризує три моделі, які визначають обсяг значущості прав людини: а) модель розділених; б) модель всеохоплюючого світового суспільства; в) модель взаємозалежних національних суспільств [19, с. 100 - 102]. Ця модель є цілком задовільною, оскільки вона враховує диференціацію різних типів правової традиції та їхньої взаємодії стосовно розуміння прав людини.

¹² Зокрема, Конституційний Суд України у своєму рішенні № 3-рп/2015 вказав таке:

«...обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрунтованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права».

¹³ Наприклад, встановивши дискримінаційність відсутності обмеження щодо встановлення граничних меж штрафів та неустойок для фізичних осіб – споживачів у порівнянні із наявністю такого обмеження для юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців Конституційний Суд України у справі Дмитра Козлова вказав на відповідне упущення законодавця і рекомендував врегулювати цей недолік (Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.):

«...умови договору споживчого кредиту, його укладання та виконання повинні підпорядковуватися таким засадам, згідно з якими особа споживача вважається слабкою стороною у договорі та підлягає особливому правовому захисту з урахуванням принципів справедливості, добросовісності і розумності. Виконання державою конституційно-правового обов'язку щодо захисту прав споживачів вимагає від неї спеціального законодавчого врегулювання питань, пов'язаних із забезпеченням дії зазначених принципів у відносинах споживчого кредитування, зокрема щодо встановлення справедливого розміру неустойки за прострочення виконання грошових зобов'язань позичальниками – фізичними особами.»

допустимих меж діяльності приватних осіб та органів публічної влади. З точки зору сутності змісту прав людини загальний дозвільний принцип у частині першій статті 19 Конституції слід сформулювати за класичною формулою: «Особа може вчиняти будь-які дії на власний розсуд, якщо це прямо не заборонено в законі». Чинна конституційна формула натомість є надмірно етатистською за змістом і має принаймні тлумачитися з точки зору гідності людини (стаття 3) та свободи розвитку індивіда (стаття 23). Частина друга статті 19 Конституції встановлює основні параметри законності дій органів публічної влади.

4.5. *Сутність змісту прав людини та вимоги до органів публічної влади.* Це положення однаковою мірою стосуються всіх органів влади за аналогією, як це формулює боннський Основний закон 1949 року: «законодавство є зв'язане правом, а управління та правосуддя – правом і законом».

i) *неприпустимість зловживань.* Правові акти адміністрації та судової влади видаються на основі закону. Такі акти видаються на виконання конкретних приписів закону або вони конкретизують його зміст, що передбачає передбачають розсуд, при використанні якого завжди існує потенційна загроза свавільного застосування права. Адміністративний акт чи судове рішення, які ухвалені відповідно до визначених формальностей, має юридичну силу закону у межах юрисдикції органу (його повноважень, території поширення влади, процедури прийняття), що прийняв цей акт. Однак у судовому порядку адміністративні акти можуть бути оспорені і визнані нечинними згідно певних правових критеріїв. Важливою умовою неприпустимості свавілля є обґрунтованість рішень. Рішення повинно бути обґрунтовано у письмовому вигляді, має бути зрозумілим. При ухваленні рішення особі повинно бути роз'яснено про можливість його оскарження.

ii) *неприпустимість надмірних обмежень у реалізації прав людини.* За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутність змісту основного права і перевищували межі необхідності, що впливають з публічного інтересу¹⁴. Відповідно у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

iii) *неприпустимість надмірного формалізму.* Встановлення вимог стосовно форми заяви чи скарги, форм оплати судового збору тощо не може служити перепорою для реалізації конкретної процедури. Заінтересованій особі має бути надане право стосовно реалізації належного їй суб'єктивного публічного права.

4.5. *Права людини і баланс інтересів.* Ця дилема вирішується через принцип пропорційності, що в даному випадку виглядає як принцип балансування: направлення роти солдат для затримання просування противника, щоб полк міг зайняти кращі позиції і зберегти свою боєздатність; стосовно публічних службовців діє правило стосовно неправомірності наказів, відданих з перевищенням повноважень чи з порушенням процедури тощо.

У силу таких положень права людини і основоположні свободи є за своєю природою суб'єктивними публічними правами, що визначає особливості правового стилю їхнього конституційного регулювання, яке є «відкрите», оскільки «каталог» цих прав є невичерпним і вони можуть «виводитися» судами із засад гідності людини, рівності і свободи.

¹⁴ На момент написання цієї статті [20] Верховною Радою у першому читанні було ухвалено законопроект, який передбачає істотне збільшення розміру судових зборів. Розмір судових зборів має пряму кореляцію із доступом до правосуддя, в т.ч. і щодо оскарження судових рішень. Надмірні судові збори є класичним прикладом встановлення законодавцем надмірних обмежень, що посягають на сутність змісту прав людини, у нашому прикладі – права на справедливий суд; інколи ці розміри є перепорою для доступу до правосуддя. Законодавець замість запровадження мирових судів, які би розглядали дрібні спори, встановлює різного роду штучні перепони; деякі представники судового корпусу вважають такий підхід правильним, оскільки ніби то він «відсіює» неякісні заяви чи скарги до суду та дисциплінує учасників процесу. Насправді все стає доволі банальним – встановлення надмірних обмежень для доступу до правосуддя.

¹⁵ З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання» [21, с. 81]. Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини (BVerGE, 71, 183 (191)), згідно з яким: «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права».

5. Принцип пропорційності як методологічна основа для визначення легітимних меж втручання публічної влади у приватну автономію особи

5.1. *Поняття втручання у приватну автономію.* З точки зору систематики юридичних засобів втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону¹⁵. Ідея втручання як легітимного впливу у сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава¹⁶, одночасно являючись найпотенційнішим їх порушником.

5.2. *Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи.* У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити у негативному розумінні – свобода означає ніщо інше, як неприпустимість свавільного втручання публічної влади в особистий вибір особи щодо різноманітних аспектів недоторканності вільного вибору поведінки особистості. Тому можна виділити індивідуальну, фізіологічну, статеву та психічну свободу людини [23, с. 172].

5.3. *Стаття 64 Конституції та межі втручання у приватну автономію.* Конституція України у статті 64 містить пряме застереження щодо допустимих меж втручання у приватну автономію індивіда, відповідно до якого конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених нею. Зазначене положення не містить конкретних критеріїв обмеження прав і свобод людини. Лише визначається коло конституційних прав і свобод, які не підлягають обмеженню в умовах воєнного або надзвичайного стану. Для цього необхідно визначити особливості конституційного регулювання окремого основного права, гарантованого Конституцією¹⁷.

5.4. *Конституційна юриспруденція про легітимність втручання та стаття 22 Конституції України.* Для визначення легітимності втручання держави у приватну автономію Конституційний Суд використовує формулу частини третьої статті 22 Конституції України. Якісні і кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини є поширеними у вітчизняній конституційній доктрині¹⁸. Зокрема, такий підхід по суті ґрунтується на підході, раніше сформульованому професором Петром Рабіновичем [16, с. 7]:

«...поняття змісту прав людини можна визначити як умови та засоби, що вони складають можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку.

Кількісні показники прав людини можуть відображатися... поняттям обсягу прав людини. ...обсяг прав людини – це їх суттєва властивість, яка відображається показниками відповідних можливостей, виражених у певних одиницях виміру».

Такий методологічний підхід щодо зважування цінностей обсягу та змісту прав і свобод людини, здається, поєднує ознаки концепцій «сутнісного змісту основного права» та принципу пропорційності. Водночас юридична конструкція частини третьої статті 22 Конституції орієнтує лише на стан правового регулювання у сфері прав і свобод, який не повинен знижувати мінімальні стандарти їх гарантій.

5.5. *Виправдання втручання та трискладовий тест.* Зміст принципу пропорційності [26, с. 72 - 78] визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають наступні компоненти.

і) на основі закону. Запроваджувані заходи мають ґрунтуватися на законі задля оптимального досягнення легітимної мети. Такі заходи мають бути вимушені і без їхнього запровадження мета

¹⁶ Про це також говорить Аннерс [22, с. 10 51], стверджуючи, що в Європі на Півдні право послужило засобом забезпечення стабільності домовленостей, а пізніше контрактів у силу ділової активності, а на Півночі – засобом для примирення і пошуку шляхів спільного вирішення життєво важливих питань між ворогуючими кланами і племенами, які мали обмежений доступ до ресурсів.

¹⁷ Це пов'язано, як зазначають дослідники, з тим, що при розробці проекту Конституції у статті 64 також містилося положення, яким закріплювався принцип пропорційності, який потім у зв'язку із політичними обставинами був вилучений [24, с.279]. Конституція Пилипа Орлика також містила положення, подібні до змісту принципу пропорційності у вигляді застереження про те, що уряд не повинен накладати на рядовий і простий народ «надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог» [25].

¹⁸ Конституційна юриспруденція в Україні визначає межі такого втручання за якісними (зміст) та кількісними (обсяг) характеристиками конституційних прав і свобод:

«Звуження змісту прав і свобод людини означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру та кількості благ чи будь-яких інших кількісних вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики» (Рішення КСУ № 8-рп/2005 від 11.10.2005 р.).

на буде досягнута, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут.

ii) *необхідність у демократичному суспільстві*. Запроваджені заходи мають бути нагальними і мінімально можуть обмежувати права людини і вони мають «передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у рамках яких відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань» [21, с. 92].

iii) *достатність і доречність засобів*. Застосування заходів має бути розумним, адекватним і в рамках процесуальної економії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутність змісту права людини. Наприклад, при застосуванні заходів юридичної відповідальності орган влади має застосувати більш м'який захід впливу¹⁹.

5.6. *Юридично-технічні питання, пов'язані із принципом пропорційності*. У світлі конституційної реформи ця проблема є подвійною:

i) *конституційне закріплення*. Деякі положення Конституції абсолютно не²⁰, тому є необхідність визначити універсальний підхід у визначенні принципу пропорційності як частину другу статті 64 наступним чином:

«Обмеження прав людини можуть впроваджуватися на основі закону в зв'язку із суспільною необхідністю у демократичному суспільстві для забезпечення національної безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я населення та прав і свобод інших людей. У залежності від природи конкретного права можуть запроваджуватися інші обмеження, передбачені Конституцією Української Республіки».

ii) *адміністративна та судова практика*. Якщо ми говоритимемо про правомірність дій публічної адміністрації та правосуддя, то принцип пропорційності як би пронизує своїм змістом їхню діяльність. Проблема тут переміщається у площину розсуду. Тому доволі небезпечною є вітчизняна юридична риторика стосовно наявності у праві «політичної доцільності» чи «політичної волі», оскільки вони вносять у правовідносини свавілля.

6. Горизонтальний ефект конституції та права людини

6.1. *Пряма дія конституції і права людини*. Права людини й основоположні свободи мають пряму дію. У разі відсутності закону, який конкретизує конституційні права і свободи, органи державної влади і місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції України як безпосередньо чинне право. Судові установи не вправі відмовити у захистові основного права, посилаючись на недоліки поточного законодавства в якості обґрунтування неможливості застосування відповідних приписів Конституції України.

Пряма дія конституційних норм визначає основні параметри їх застосування у діяльності органів державної влади, яке, зокрема, забезпечується примусовою силою права. На думку німецького конституціоналіста Райнгольда Ципелюса: «Особливість гарантованого державою права полягає в особливій техніці його втілення в життя, а саме – у тому, що воно (право) в разі крайньої потреби буде реалізоване за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, а коли це необхідно – то через сам примус (якщо ті, чия поведінку регулює та чи інша норма, не виконають вимогу останньої добровільно)» [27, с. 18]. Таким чином, справедливо порушується питання, що не завжди у діяльності органів влади забезпечується додержання положень Конституції і законів України, зокрема у сфері прав людини і основоположних свобод.

¹⁹⁶ Наприклад, Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу «Швидка проти України» (заява № 1788812, п'ята секція, рішення від 30.10.2014 р.) констатував, що хоча за формальними ознаками у заявниці був юридичний склад дрібного хуліганства, однак накладення судом на неї адміністративного арешту до 10 діб був явно не сумірним із легітимною метою у світлі особи заявниці та особливостей оскарження такого роду судових постанов, яке позбавлено сенсу, і таким чином порушує сутність змісту права на справедливий суд (в Україні постанови в адміністративних справах, що стосуються накладення арешту на майно та адміністративного арешту виконуються негайно після їх ухвалення, однак вони можуть бути оскаржені в порядку апеляції).

²⁰ Абсолютно неприйнятним є підхід, який відображений у статті 33 Конституції, яка визначає зміст права на свободу пересування і поселення, одночасно всупереч статті 64 (яка чітко встановлює, що можуть запроваджуватися обмеження прав лише на підставі, які прямо вказані у Конституції) визначає, що обмеження цього права встановлюються законом. Для встановлення допустимих меж обмежень цієї свободи слід звертатися до практики Європейського суду з прав людини, оскільки свобода пересування і поселення стосується просторового аспекту приватності, що гарантується статтею 8 Європейської конвенції з прав людини.

6.2. *Поняття горизонтального ефекту.* Права людини й основоположні свободи визначають зміст і магістральні напрями діяльності держави, оскільки утвердження та забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави. ФКС Німеччини з цього приводу сформував правову позицію, відповідно до якої основні права є об'єктивними нормами, що встановлюють ціннісний правопорядок, що являє собою фундаментальний конституційний порядок в усіх галузях права [28, с. 203], в чому і проявляється горизонтальний ефект конституційних прав на поточне законодавство. Такий горизонтальний ефект Конституції пов'язаний з тим, що фундаментальні права і свободи людини потребують конкретизації у поточному законодавстві, а в деяких випадках – у ході здійснення конституційної юрисдикції [22, с.12].

Таким чином, публічна влада несе відповідальність за планомірний і раціональний розвиток положень Конституції України, виходячи із загальних цілей та завдань Основного Закону. Зокрема, це втілюється у законодавчій діяльності парламенту, який у силу свого конституційного статусу покликаний забезпечити ефективне законодавче регулювання. Права людини зумовлюють якість змісту законодавства і в залежності від їхньої природи, конституційні цінності і принципи пронизують всю правову систему, рівною мірою поширюючись на публічне і приватне право. Це наповнює новим змістом природу правове регулювання, зокрема законодавчу діяльність та конкретизацію законів публічною адміністрацією та судами.

7. Структура конституції та поділ влади

7.1. *Цінності і структура конституції.* 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 [29, с. 207 - 220]. Насамкінець, захист прав людини забезпечується у організованому у державу суспільстві. Тому структура конституційного порядку має бути збалансована через наступні елементи, які мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

7.2. *Судовий конституційний контроль у світлі прав людини.* Стрижнем конституційної архітектури, який забезпечує реальний поділ влади, є судовий конституційний контроль. Парламентський контроль є ефективним за умов гарантій діяльності опозиції, що в кінцевому результаті все одно впирається в ефективний конституційний контроль.

У світлі забезпечення балансу повноважень та гарантій прав людини потребує удосконалення модель Конституційного Суду через гарантії незалежності конституційних суддів і розширення його повноважень щодо:

- а) перевірки законів щодо їх відповідності Конституції України та міжнародним договорам, а інших правових актів – Конституції, міжнародним договорам і законам України, що дасть змогу подолати колізію конституційної та адміністративної юрисдикції;
- б) розгляду конституційних скарг приватних осіб;
- в) перевірки законів за зверненням судів загальної юрисдикції у порядку інцидентного конституційного контролю;
- г) перевірки результатів парламентських і президентських виборів;
- д) перевірки результатів всеукраїнського референдуму;
- е) перевірки конституційності рішень про визнання політичних партій неконституційними та їх розпуск;
- є) розгляду звернення органів місцевого самоврядування про порушення прав місцевих територіальних колективів.

7.2. *Права людини та інтенсивність правового регулювання* полягає у таких основних моментах.

i) *якість закону.* Закон повинен регулювати усі 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, як це має місце у статтях 28 - 32 чинної Конституції.

ii) *неконституційність законодавчого упуцнення.* 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.

iii) законодавство і соціальні права. У сфері соціальних прав законодавство конкретизує інституціональні та процесуальні заходи щодо їх забезпечення. Задля цього відповідні положення Конституції України слід відредагувати, керуючись положеннями Європейської соціальної хартії (переглянутої). Конституція України має конкретизувати положення цієї Хартії, що стосуються:

а) критеріїв конкретизації положень Конституції і Хартії у технічних і фітосанітарних правилах, правилах безпеки тощо;

б) позитивних обов'язків держави забезпечувати належну діяльність соціальної інфраструктури, зокрема, достатньої мережі відповідних закладів на засадах довірчості і доступності;

в) впровадження програм соціального і медичного страхування, підтримки дієвості мережі відповідних публічних і приватних закладів та дієвості надання соціальної допомоги;

г) визначити основні критерії поняття «достатній життєвий рівень» відповідно до принципів субсидиарності та пропорційності.

iv) парламентський контроль. 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. У силу непропорційності практики застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою та прослуховування розмов, перегляду кореспонденції особи за рішеннями суду, такі процесуальні гарантії дадуть змогу деякою мірою подолати негативні тенденції і проблеми щодо забезпечення права людини на повагу її гідності, як у широкому (стаття 3), так і вузькому значенні (стаття 28).

7.3. Права людини та регуляторна і соціальна політика уряду.

i) 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 вищестоящего органу 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.

ii) 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. Кабінет Міністрів ініціює слухання у Верховній Раді про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Кабінет Міністрів щоквартально має звітувати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини. Матеріали звіту підлягають невідкладному оприлюдненню в офіційних виданнях України.

iii) роль незалежних агентств та установ. Є низка установ, які задля досягнення своїх з легітимних цілей, будучи незалежними і не входячи до структури виконавчої влади, складають поряд із нею систему публічної адміністрації. Тому існує необхідність включити у Конституцію України розділ «Конституційні гарантії», в якому визначити статус таких інститутів:

а) омбудсманів із цивільних і політичних прав, соціальних прав та прав на розвиток, прав на інформацію та свободи преси, з питань національної безпеки, з прав територіальних громад;

б) врегулювати статус Рахункової палати (Аудиторського суду), який є незалежним органом, формується парламентом за поданням глави держави із числа фахівців із вищою юридичною та/або економічною освітою і здійснює контроль за витратами коштів Державного бюджету;

в) Національного банку, який забезпечує збалансовану грошово-кредитну політику держави і очолюється головою, який обирається парламентом.

Висновки

Наведений нами аналіз прав людини та їх конституційного регулювання ґрунтується на визнанні гідності людини як фундаментальної цінності, яка має вирішальне значення для ухвалення рішення державою у форму актів законодавства, управління чи правосуддя. Забороняється таке втручання у здійснення суверенного вибору особою, якщо це не суперечить однопорядковому інтересу чи інтересу вищого порядку відповідно до засад пропорційності. Тому положення Конституції України мають бути більш виважені стосовно розуміння принципів поваги гідності людини, свободи, рівності і недискримінації, пропорційності, визначення кола позитивних і негативних обов'язків держави. Конкретизація і деталізація Конституції України зумовлює якісно нові підходи у ході здійснення функцій законодавства, управління та правосуддя.

1. Case Collin v. Smith (7th Circuit 1978) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/fttrial/conlaw/collinvsmith2.html>
2. Ломанн Г. Права людини між мораллю і правом / Г. Ломанн // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – 320 с. – (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13). С. 59-86.
3. Ролз Дж. Теорія справедливості / Дж. Ролз; пер. з англ. О. Мокровольський. – К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. – 822 с.
4. Госепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини / Ш. Госепат // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – 320 с. – (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13). С. 129-162.
5. Habermas J. Faktizitaet and Geltung / J. Habermas. – Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
6. Дворкин Р. О правах всерьез / Р. Дворкин; пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. 392 с.
7. Верховний Суд зробив висновок щодо пенсії у зв'язку із втратою годувальника [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://ius.ua/view_news.html?id=594
8. Запрещение дискриминации в рамках Европейской конвенции о защите прав человека (статья 14) : Руководство для юристов. – Страсбург: Interights, 2009. – 127 р.
9. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): моногр. / С. П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – 240 с.
10. Сергійко В.Ф. Соціально-етичне вчення християнства: тенденції розвитку, конфесійні особливості: Автореф. дис. ...канд.филос.наук: 09.00.11 / В.Ф. Сергійко; Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України. – К., 2003. – 20 с.
11. Кант І. Обґрунтування метафізики моралі / І. Кант. – К. : Основи, 2006.
12. Доннелі Дж. Права людини у міжнародній практиці / Дж. Доннелі; пер. з англ. Т. Завалій [наук. ред. П. Рабінович]. – Львів: Кальварія, 2004. – 279 с.
13. Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення / Йоган Гьофнер [пер. з нім.] – Львів : Свічадо, 2002. – 304 с.
14. Августин Блаженний. О граде Божиим / Августин Блаженний. – Минск : Харвест; М. : АСТ, 2000. – 548 с.
15. Кант И. Основы метафизики нравственности / И. Кант // Критика практического разума. Изд. 3-е, стереотип. – СПб. : Наука, 2007. – 1471 с.
16. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) / П. М. Рабінович. – Харків: Право, 1997. – 64 с.
17. Права людини: соціально-антропологічний вимір. Колективна монографія. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва і місцевого самоврядування Академії правових наук України / редкол. : П.М. Рабінович (гол. ред.) та ін. – Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 13. – Львів: Світ, 2006. – 280с.
18. Report of the Rule of Law: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) CDL-AD(2011)003rev. – Strasbourg, 4 April 2011. – 19 р.
19. Коллер П. Сфера значущості прав людини / П. Коллер // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – 320 с. – (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13). С. 87-109.
20. Проект закону № 2862 від 15.05.2015 р. про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55145
21. Шмідт-Ассманн Г. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права / Г. Шмідт-Ассманн; пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. – Вид. 2-е, переробл. та доп. – К. : Вид-во «К.І.С.», 2009. – 552 с.
22. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс. – М. : Наука, 1994. – 398 с.
23. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації: дис... д.ю.н.; спеціальність 12.00.02 – конституційне право, муніципальне право / М.В. Савчин; Національний університет внутрішніх справ. – К., 2013. – 564 с.
24. Конституція незалежної України: У 3 кн. Кн. І: Документи, коментарі, статті. – К., 1995. – 380 с.
25. Орлик Пилип. Конституція, маніфести та літературна спадщина. Вибрані твори / Пилип Орлик. – К. : МАУП, 2006. – 736 с.

26. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції / С. В. Шевчук. – К. : Український центр правових студій, 2001. – 302 с.
27. Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус. – К. : Тандем, 2001. – 300 с.
28. Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2006. – 640 с.
29. Лок Дж. Два трактати про врядування / Джон Лок [пер. з англ. О. Терех, Р. Думець]. – К. : Основи, 2001. – 264 с.

Human Rights in the Light of the Constitutional Reform

Summary

The article reveals the nature of human rights in relation to the principle of equality, freedom, respect for human dignity, based on which formulated a number of proposals for amendments to the Constitution of Ukraine. Legal structure of negative and positive obligations of the state in this area in the light of the principle of proportionality is formulated.

Human rights are analyzed through the prism of individual freedom as the ability of certain responsible choice; through the prism of equality of opportunity and non-discrimination; human dignity as a decisive solution to the state in sphere of human rights that are established at values of the individual. On this basis, proposed in Article 3 of the Constitution of Ukraine the new wording duties of the state to protect human dignity.

In the context of the duty of the State to protect the human rights are reveals of the content essence of human rights. Human right is a legitimate requirement for of the State on the basis of which the state has negative and positive duties concerning protection interference in the private sphere, which is restricted under the principles proportionality. That interference is not encroach upon the essence of the content of human rights, restrictions must be balanced and not to impose arbitrary obstacles under which human right was difficult to implement or their implementation lost its useful effect.

Horizontal effect of the Constitution are disclosed, which defines the quality of legislation in the field of public and private law, acting on understanding the essence of the content of a fundamental right. On this basis are formulated requirements for the quality of legislation, administration and justice, as well as proposals on the content of certain provisions of the Constitution of Ukraine.

Політико-правові гарантії демократії в Україні

Забезпечення проведення демократичних виборів і референдумів згідно з вимогами Конституції має триєдину мету: контроль народу над владою; легітимацію інститутів влади, а також рівність і справедливість у волевиявленні громадян. Відповідність засобів визначеній меті є сутністю виборчих процедур у механізмі конституційної держави.



Михайло САВЧИН,
завідуючий кафедрою
Закарпатського
державного
університету
(Ужгород),
доцент,
кандидат
юридичних наук

Формування політичної волі народу залежить від багатьох факторів: місця і ролі партій у суспільно-політичному житті, рівня свободи вираження поглядів у суспільстві, ступеня розвитку політичної системи суспільства, політичної і правової культури громадян, системи конституційних цінностей тощо. У сучасних умовах дедалі більшої ваги набуває забезпечення політичної інтеграції в суспільстві, балансу розвитку української нації та національних меншин, збереження та примноження їх національних цінностей. Порушення такого балансу призводить до виникнення різного роду маргінальних політичних сил, які під популістськими гаслами намагаються прийти до влади та провести певні радикальні заходи. У випадку, коли такі партії своїми цілями або діяльністю загрожують засадам конституційного ладу, необхідно вживати адекватних заходів. Така система захисту демократичних цінностей у компаративній літературі отримала назву «войовничої демократії», феномен якої необхідно дослідити, виходячи з вітчизняних умов та реалій.

Гарантії демократії виражаються також через судовий механізм. Тому окрему увагу буде приділено питанням забезпечення демократичного ладу системою конституційної та адміністративної юстиції. У цьому контексті важливим є питання можливості перевірки результатів парламентських виборів Конституційним Судом України, що тягне за собою безпеку політизації цього органу.

1. Загальна характеристика гарантій демократії

Гарантії демократії мають дієвий характер лише в тому випадку, коли вони створю-

ють цілісний механізм забезпечення реального народного волевиявлення у вирішенні справ публічного значення. Вітчизняні вчені В. Погорілко та В. Федоренко, досліджуючи референдум як форму безпосередньої демократії, виділяють загальні (за сферами конституційного ладу – політичні, економічні, соціальні, духовні) та спеціальні (нормативно-правові та організаційно-правові) гарантії демократії [1]. На думку російського вченого О. Зинов'єва, гарантії виборчого права можна поділяти на політичні, організаційні та матеріальні гарантії, а також правові санкції [2].

Гарантії демократії – це сукупність нормативно-правових, інституційних та процедурних форм і методів, засобів і способів забезпечення вільного і рівного народного волевиявлення з питань публічного значення та суспільного управління. Відповідно до цього гарантії поділяються на нормативно-правові (система непорушних правових принципів), інституційні (політичні, фінансового та організаційного контролю, громадського та судового контролю) та процесуальні (звернення за захистом порушеного права до суду чи омбудсмена, парламентські контрольні процедури). Доповнює систему гарантій демократії юридична відповідальність за вчинення перешкод у здійсненні окремих форм безпосередньої демократії, що закріплено чинним законодавством.

Сьогодні гарантії вільного демократичного ладу розглядаються у компаративній літературі через призму концепції «войовничої демократії», яка була закладена в Боннському Основному Законі і послідовно втілюється у практиці Федеративним конституційним судом (ФКС) Німеччини. Однею з останніх крок у наближенні до

Сьогодні гарантії вільного демократичного ладу розглядаються у компаративній літературі через призму концепції «войовничої демократії», яка була закладена в Боннському Основному Законі і послідовно втілюється у практиці Федеративним конституційним судом (ФКС) Німеччини. В основу концепції «войовничої демократії» покладено реакцію на нелюдську практику правління Націонал-соціалістичної партії (НСДАП) Німеччини.

концепції «войовничої демократії» зробила Іспанія, де прийнято новий органічний закон про політичні партії, внаслідок ді якого Верховний Суд Іспанії прийняв рішення про примусовий розпуск баскської партії Батасуна. Цей вердикт Верховного Суду визнано Конституційним судом Іспанії як такий, що не порушує права людини й основоположні свободи [3].

В основу концепції «войовничої демократії» покладено реакцію на нелюдську практику правління Націонал-соціалістичної партії (НСДАП) Німеччини. Як відомо, НСДАП прийшла до влади цілком парламентським шляхом і за допомогою референдних процедур узаконила надзвичайне законодавство, яке закріплювало принцип фюрерства, ліквідувало федеральний земельний устрій, передбачало можливість істотних обмежень основних прав і свобод на рівні адміністративних рішень. Тому при розробці Боннського Основного Закону 1949 року було вирішено визначити якісні критерії та межі діяльності політичних партій, а питання перевірки конституційності їх діяльності було передано до відання ФКС. Сьогодні концепція «войовничої демократії» використовується і як засіб боротьби з тероризмом [4].

Іспанський конституціоналіст Е.Л. Бофіль до складових елементів войовничої демократії відносить: 1) обмеження щодо внесення поправок до Конституції; 2) оголошення політичних партій поза законом; 3) обмеження права голосу; 4) обмеження свободи об'єднань; 5) обмеження свободи слова; 6) здійснення освітніх заходів у відповідності до конституційних цінностей [5]. Таким чином, концепція «войовничої демократії» звужує спектр діяльності об'єднань громадян та можливості їх висловлювань щодо політичних програм лише в рамках західної концепції демократії. У рамках цієї концепції було також прийнято рішення Європейського Суду з прав людини у справі *Refah v. Turkey*, винесеного 31 липня 2001 року і затвердженого пленумом Суду 13 лютого 2003 року. В основу рішення було покладено таку правову позицію, відповідно до якої політична партія може здійснювати свою діяльність при дотриманні наступних умов: по-перше, засоби, що використовуються, мають бути законними і демократичними; по-друге, пропонувані партією зміни повинні відповідати фундаментальним де-

мократичним принципам. Однак не тільки засоби, а й мета, що переслідується партією, можуть бути обмежені державою.

Як правило, такі заходи спрямовані проти маргінальних партій і, на думку окремих дослідників, немає гострої потреби реагувати так жорстко на їх діяльність. Ці міркування обґрунтовуються тим, що державний примус розширює коло прихильників певних політичних напрямів чи рухів, які можуть мати екстремістський, націоналістичний, расовий та іншого роду характер.

Разом із тим, формальне запозичення окремих елементів концепції «войовничої демократії» може бути спрямоване проти демократичного ладу. Так, у Російській Федерації законодавство про екстремізм у поєднанні з високим виборчим бар'єром до парламенту (7 відсотків) є одним з інструментів влади щодо згортання демократичних процесів та запровадження концепту так званої суверенної демократії.

Концепція «суверенної демократії» ґрунтується на формально-догматичному тлумаченні конституційних принципів демократії та державного суверенітету. Цей термін запровадили президент Російської Федерації В. Путін, новообраний президент РФ Д. Медведєв [6] та відомий російський учений-юрист В. Зорькін [7]. Цей термін є калькою і дослівним перекладом англійського терміну *sovereign democracy* [8], який скоріше за все можна трактувати як незалежність (самодостатність) демократії, тобто свободу здійснення демократичних процедур та наявність відносно незалежних центрів влади у суспільстві. При цьому окремі російські громадські діячі, політологи посилаються навіть на праці К. Шмітта [9], відомого німецького юриста, який вніс сумнівний вклад у легітимацію нацистського режиму А. Гітлера і якого нищівно критикували відомі конституціоналісти А. Шайо та Ф. фон Гаек [10].

Так, аналізуючи причини кризи концепту нації-держави, яка є основою Вестфальської системи світового порядку, з урахуванням впливу транснаціональних корпорацій на механізм прийняття владних рішень, посилення діяльності терористичних організацій, пов'язуючи явища глобалізації і фрагментації з проблемами ефективності влади, В. Зорькін доходить висновку щодо необхідності формування системи консолідації суспільства. Ця ідея також неоднора-

Згідно з частиною 1 статті 37 Конституції України закладено елементи «войовничої демократії» щодо діяльності політичних партій: «Утворення та діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються».

зово ставала предметом щорічних послань В. Путіна [11].

Спекулюючи на проблемі ефективності та потужності державної влади, концепція «суверенної демократії» фактично трактується як своєрідний механізм волевиявлення народу. Консолідація ж суспільства, ймовірно, базується на певних колективістських цінностях, що вже саме по собі ставить під сумнів наріжний камінь, квінтесенцію демократії – забезпечення відкритих процедур узгодження індивідуальних, колективних (корпоративних) та суспільних (публічних) інтересів.

Таким чином, концепція «суверенної демократії» не має нічого спільного з концепцією «войовничої демократії», а скоріше є формою легалізації авторитарного режиму, забезпечення видимого «фасаду» номінального російського конституціоналізму.

В Україні також існує проблема ефективності держави та її могутності (powerful). З точки зору ефективності влади постає питання про забезпечення балансу в системі влади та напрацювання усталених відкритих процедур формування політичних рішень органами публічної влади. Відповідно, для того щоб ці рішення були компетентними та адекватними поточній ситуації, необхідний зворотний зв'язок із населенням. Концепція «суверенної демократії» не передбачає цього, а навпаки – веде до колапсу ефективності влади, зокрема до зрощення бюрократії з іншим сектором (бізнес-середовищем), монополізації влади. Влада спирається переважно на силові структури та монопольний капітал (наприклад, сьогодні в Російській Федерації впроваджується також концепція «корпоративної держави»). Наявність спадщини колективізму, орієнтування населення на державний протекціонізм, характерний прояв поведінки більшості населення як «свободи від» виражається у владній сваволі та частих випадках правового нігілізму. Всі ці речі є безпосередніми загрозами і одночасно викликами демократії, і вони фрагментарно також проявляються й у нас.

В Україні закладено правові основи забезпечення вільного демократичного ладу. Насамперед, це виражається у конституційній забороні узурпації влади та легітимній можливості зміни конституційного ладу виключно з волі народу. У свою чергу, існує система конституційних ціннос-

тей: по-перше, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність визнаються найвищою соціальною цінністю; по-друге, Конституція не може бути змінена в бік звуження або обмеження основоположних прав і свобод, ліквідації державного суверенітету та порушення територіальної цілісності України; по-третє, положення розділів I, III та XIII Конституції, які, власне, і складають засади конституційного ладу України, переглядаються остаточно за рішеннями всеукраїнського референдуму. Ревізія Конституції потребує досягнення суспільного консенсусу, оскільки попереднє схвалення конституційного проекту передбачає не менше двох третин від конституційного складу Верховної Ради з остаточною його схваленням на референдумі.

Згідно з частиною 1 статті 37 Конституції України закладено елементи «войовничої демократії» щодо діяльності політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються». Такі питання вирішуються адміністративним судом і не підвідомчі Конституційному Суду України. Проблема, чи навіть дилема концепції «войовничої демократії» рано чи пізно стане актуальною і в Україні, бо можуть виникнути спроби вирішення конституційності діяльності політичних партій. Оскільки концепція «войовничої демократії» стосується вірогідності внесення певних змін до Конституції України чи визначення меж здійснення основоположних прав і свобод людини, ця проблема є, безумовно, актуальною і заслуговує на ширше дослідження.

Таким чином, ми бачимо кілька зрізів конституційних гарантій вільного демократичного ладу. Зокрема, серед них можна виділити: гарантії свободи політичної діяльності у співвідношенні з концепцією «войовничої демократії»; гарантії демократичного ладу та діяльність засобів масової інформації; роль політичних партій у демо-

Політичні партії становлять основу структури політичної системи, вони сприяють структуруванню парламенту шляхом утворення фракцій та коаліції більшості, яка отримує право формувати уряд. Такі сучасні конституційні засади діяльності партій дають змогу зробити висновок, що в Україні партії перебувають на перехідній стадії реформування з партій електорального до парламентського типу.

кратичному процесі; проблеми забезпечення фінансового та організаційного контролю у процедурах народного волевиявлення; судовий захист права народу на вільне волевиявлення та справедливе і чесне голосування.

2. Гарантії демократичного ладу та політичні партії

Демократія передбачає запровадження громадських інститутів, які дають змогу забезпечити громадський контроль за діяльністю публічної влади. Канали такого контролю забезпечуються через функціонування політичних партій та громадських організацій. Інституціоналізація політичних партій є першим ступенем інтеграції у суспільстві й державі, а другий ступінь інтеграції відображає безпосередню діяльність політичних партій з приводу заволодіння, утримання та використання публічної влади за допомогою легітимних засобів.

У політичній системі суспільства політичні партії сприяють формуванню та вираженню волі громадян, що опосередковується через структурування політичної системи, участь у періодичних демократичних виборах та мобілізацію виборців при голосуванні на референдумі.

Політична система суспільства розглядається в якості «першого сектора» цього суспільства, який концентрує в собі механізм легітимації публічної влади шляхом визначення демократичного порядку заміщення посад представниками народу та забезпечення рівного доступу до публічної служби. Конституційний статус політичних інститутів визначається шляхом визнання загальних принципів їх правового положення та встановленням демократичних стандартів їх організації.

Тут виникає питання про межі державного втручання у внутрішню діяльність організації політичних інститутів. Воно також тісно пов'язане зі співвідношенням конституційних та корпоративних норм організації. Державне втручання у внутрішні справи політичних організацій допустиме через законодавство та правосуддя. Виконавча влада може лише звернутися до суду з метою встановлення фактів порушення правових норм, на підставі чого суд може застосувати відповідні санкції до організації-правопорушника.

Конституційний Суд України частково вирішив цю дилему. Оскільки законо-

давство встановлює заборону втручання у внутрішню діяльність політичних партій і об'єднань громадян, окрім випадків, встановлених законом, таке втручання повинно бути легітимним:

« ... внутрішня організація, взаємовідносини членів об'єднань громадян, їх підрозділів, статутна відповідальність членів цих об'єднань регулюються корпоративними нормами, встановленими самими об'єднаннями громадян, які базуються на законі; визначаються питання, які належать до їх внутрішньої організації або виключної компетенції і підлягають самостійному вирішенню. Отже, втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб у здійснювану в рамках закону діяльність об'єднань громадян не допускається.

(...) Визначення належності питань до внутрішньоорганізаційної діяльності або виключної компетенції об'єднання громадян у кожному конкретному випадку вирішує суд у разі оскарження громадянином актів і дій таких об'єднань» [12].

Політичні партії становлять основу структури політичної системи, вони сприяють структуруванню парламенту шляхом утворення фракцій та коаліції більшості, яка отримує право формувати уряд. Такі сучасні конституційні засади діяльності партій дають змогу зробити висновок, що в Україні партії перебувають на перехідній стадії реформування з партій електорального до парламентського типу. Утворення партій парламентського типу накладає на них додатковий обов'язок забезпечення демократичних стандартів народного волевиявлення під час виборів і референдуму. Передбачувані позитивні або негативні наслідки рішень партій повинні адекватно доводитися до відома виборців. При цьому має надзвичайно важливе значення відповідність демократичних засад організації і діяльності політичних партій конституційним застереженням і обмеженням (стаття 37 Конституції). У ході виборчого процесу згідно з виборчим законодавством на партії лягає основний тягар щодо формування виборчих комісій середньої і нижчої ланок, які утворюються на період виборів. Партії повинні володіти достатніми організаційними та матеріальними ресурсами, щоб бути здатними навчити людей та забезпечити склад цих виборчих комісій кваліфікованими працівниками, оскільки їх

Щороку передбачається виплата коштів з державного бюджету на кожну політичну партію, що одержала представництво у Верховній Раді, виходячи з відсотка голосів виборців, отриманих нею за результатами парламентських виборів. Загальний розмір фінансування статутної діяльності партій, що одержали представництво у парламенті, становить 0,01 мінімальних заробітних плат, помножених на кількість виборців, включених до списків виборців на останніх парламентських виборах. Кожна політична партія зобов'язана офіційно оприлюднювати звіт про джерела їх фінансування та витрачання коштів.

формування є гарантією вільних, чесних і демократичних виборів.

Буде помилкою для політичної партії при виробленні її стратегії і тактики в ході виборчого процесу та в період між виборами маніпулювати громадською думкою або спиратися на неосвічену масу невігласів. Це суперечить сучасним тенденціям суспільного розвитку, в якому все більшу роль відіграють мас-медіа.

Основна функція партій у цьому сенсі полягає у проведенні адекватних освітніх заходів щодо висвітлення своїх програмних цілей та завдань, їх переваг тощо. Тут, безперечно, значну роль відіграє законодавче регулювання реклами, порядку ведення передвиборної агітації та юридична відповідальність за дифамацію.

Необхідним компонентом сучасної тенденції розвитку інституту політичних партій є їх фінансування з державного бюджету з метою не допустити фінансування партій кримінальними чи напівкримінальними структурами, фінансування з-за кордону чи маніпулювання партіями з боку бізнесових кіл. Згідно з чинним законодавством [13] забезпечується посилення ролі парламентських партій через їх фінансування з державного бюджету. Щороку передбачається виплата коштів з державного бюджету на кожну політичну партію, що одержала представництво у Верховній Раді, виходячи з відсотка голосів виборців, отриманих нею за результатами парламентських виборів. Загальний розмір фінансування статутної діяльності партій, що одержали представництво у парламенті, становить 0,01 мінімальних заробітних плат, помножених на кількість виборців, включених до списків виборців на останніх парламентських виборах. Кожна політична партія зобов'язана офіційно оприлюднювати звіт про джерела їх фінансування та витрачання коштів.

Саме роль політичних партій як інтегративних структур у відносинах демократичного суспільства забезпечує вплив громадян на публічну владу. Відокремлення політичних партій від публічної влади, їх діяльність відповідно до конституційних засад (частина перша статті 37 Конституції) є основою легітимної діяльності політичної системи як інституційної структури. Система відносин демократії повинна насамперед забезпечити наступність публічних влад, а також їх поступове удосконалення саме через інститу-

ційні відносини. Необхідно підкреслити, що суспільно-політичні інститути формуються на основі певних правил життя, які, власне, складають сутнісний зміст будь-якого політичного інституту.

Легітимність діяльності політичних партій полягає у можливості прагнення ними досягти певних політичних цілей, які інколи суперечать засадам конституційного порядку. Однак такі цілі та засоби діяльності партій повинні відповідати засадам демократичного ладу. В цьому контексті Європейський Суд з прав людини у справі *Socialistic Party & others v. Turkey* зазначив таке:

«45. Суд і раніше стверджував, що однією з основних характерних рис демократії є можливість, яку вона відкриває для вирішення проблем країни через діалог, не схильючись до насильства, навіть коли цей діалог викликає роздратування. Демократія процвітає в умовах свободи висловлювання думок. З цієї точки зору не може бути ніякого виправдання створенню перепон політичній групі виключно лише тому, що вона намагається обговорювати публічно ситуацію, що стосується частини населення держави, і брати участь у політичному житті, щоб, керуючись демократичними правилами, знайти рішення, здатні задовольнити кожну заінтересовану людину.

На думку Суду, той факт, що така політична програма [вимога Соціалістичної партії про забезпечення «курдської нації» на самовизначення та її право на «відділення», на думку Суду, є намаганням «підкреслити, що запропонована федеративна система не може виникнути без вільно вираженої згоди курдів через референдум»] оцінюється не як несумісна з існуючими принципами та структурами Турецької держави, не робить її несумісною з принципами демократії. Сутність демократії полягає в тому, щоб дозволити висувати та обговорювати різноманітні політичні програми, навіть ті, які піддають сумніву той порядок, відповідно до якого організована у цей час держава, при умові, що вони не наносять шкоди самій демократії» [14].

3. Основні форми контролю за проведенням виборів та референдумів

Легітимність функціонування органів публічної влади, правонаступність її інститутів значною мірою обумовлюється закон-

Порушені виборчі права не завжди можуть бути належним чином захищені та поновлені. З огляду на те, що підставою для поновлення виборчих прав є, як правило, суттєве порушення виборчих процедур, що безпосередньо впливає на результати виборів, в більшості випадків суд лише обмежується констатацією факту наявності порушення.

ністю їх формування, а отже, процедури організації підготовки та проведення виборів та референдумів.

Саме тому особливу роль у забезпеченні належної організації виборів та референдумів відіграють засоби контролю за їх проведенням. До них, зокрема, належать: 1) організаційно-методичне забезпечення ходу виборів виборчими комісіями; 2) фінансовий контроль за формуванням та використанням виборчих фондів кандидатів, політичних партій, виборчих блоків політичних партій установами банків та органами фінансового контролю; 3) громадський контроль за виборами представниками кандидатів, політичних партій (виборчих блоків політичних партій) та офіційних спостерігачів.

Відповідні засоби контролю здійснюються на всіх етапах виборчого процесу, починаючи від утворення виборчих комісій, висування та реєстрації кандидатів і закінчуючи підрахунком голосів виборців, встановленням підсумків голосування та результатів виборів, а тому можна стверджувати, що вони мають універсальний характер. Такі засоби покликані забезпечити законність фінансування виборчої кампанії, проведення передвиборної агітації, додержання гарантій діяльності кандидатів, політичних партій (виборчих блоків політичних партій), які конкурують на виборах, а відтак законність самих виборів та правомірність їх результатів.

Функціонування системи контролю забезпечує Центральна виборча комісія, яка відповідно до Закону України «Про Центральну виборчу комісію» як колегіальний державний орган: забезпечує реалізацію і захист виборчих прав громадян України та права на участь у референдумах, дотримання передбачених Конституцією та законами України принципів і засад виборчого процесу та процесу референдуму, однакове застосування законодавства України про вибори і референдуми на всій території України; здійснює контроль за додержанням вимог законодавства України про вибори і референдуми, консультативно-методичне забезпечення діяльності виборчих комісій та комісій з референдумів, приймає обов'язкові для використання в роботі виборчих комісій та комісій з референдумів роз'яснення і рекомендації з питань застосування законодавства України про вибори і референдуми; здійснює контроль за дотриманням

політичними партіями (виборчими блоками політичних партій), іншими суб'єктами виборчого процесу та процесу референдуму вимог законодавства про вибори і референдуми, контроль за цільовим використанням коштів, виділених з Державного бюджету України на підготовку і проведення виборів та референдумів; контролює порядок надходження, обліку та використання коштів виборчих фондів політичних партій, виборчих блоків політичних партій, кандидатів у порядку та в межах, встановлених законом; здійснює інші повноваження відповідно до Закону України «Про Центральну виборчу комісію», виборчих законів та законодавства України про референдуми.

Крім Центральної виборчої комісії, організацію підготовки та проведення виборів забезпечують відповідні окружні та дільничні виборчі комісії з виборів Президента України, народних депутатів України, а також комісії з всеукраїнського референдуму, які в межах відповідних територій забезпечують організацію підготовки та проведення виборів і референдумів, здійснюючи при цьому контроль за неухильним додержанням і правильним застосуванням виборчого та референдного законодавства.

У свою чергу, фінансовий контроль за надходженням, обліком і використанням коштів виборчих фондів кандидатів, політичних партій (виборчих блоків політичних партій) здійснюється Центральною виборчою комісією та установою банку, в якій відкрито рахунок виборчого фонду кандидата, політичної партії (виборчого блоку політичної партії) відповідно до порядку, встановленого Центральною виборчою комісією спільно з Національним банком України та уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі зв'язку.

Кандидати, політичні партії (виборчі блоки політичних партій) призначають двох (не більше двох) розпорядників виборчого фонду, які мають виключне право на розпорядження коштами з накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата, політичної партії (виборчого блоку політичної партії) та зобов'язані вести облік надходження та використання цих коштів. Розпорядники коштів накопичувального рахунку виборчого фонду повинні подавати до Центральної виборчої комісії фінансовий звіт про надходження та використання коштів виборчого фонду.

Діалектика між основними правами та принципом суверенітету народу обумовлена наявними демократичними інститутами, існуючими традиціями демократії, ступенем розвитку політичної системи. Тому проблема судового захисту виборчих та референдних прав, а також деяких інших політичних прав потребує свого окремого дослідження, оскільки засоби судової влади в цьому випадку обмежені.

Виборчі фонди формуються за рахунок власних коштів кандидатів, коштів політичних партій (виборчих блоків політичних партій), а також добровільних внесків фізичних осіб. Забороняється робити добровільні внески до виборчого фонду іноземцям та особам без громадянства, анонімним жертводавцям.

Законодавство визначає порядок безспірного перерахування до Державного бюджету України коштів виборчих фондів кандидатів, політичних партій (виборчих блоків політичних партій), якщо такі кошти залишилися фактично невикористаними на момент офіційного оприлюднення результатів виборів та щодо них не надійшло у встановлений строк заяв відповідних суб'єктів щодо їх перерахування на рахунки цих суб'єктів.

Громадський контроль за виборами здійснюється представниками кандидатів, політичних партій (виборчих блоків політичних партій) та офіційними спостерігачами. Законодавство України виділяє три групи офіційних спостерігачів: від політичних партій (виборчих блоків політичних партій); від кандидатів; від іноземних держав і міжнародних організацій.

Процедури захисту виборчих прав.

Порушені виборчі права не завжди можуть бути належним чином захищені та поновлені. З огляду на те, що підставою для поновлення виборчих прав є, як правило, суттєве порушення виборчих процедур, що безпосередньо впливає на результати виборів, в більшості випадків суд лише обмежується констатацією факту наявності порушення. Так, до прикладу, у випадку ведення «інформаційної війни» проти певного кандидата, яка заподіє істотну шкоду його репутації, суд констатуватиме факт дифамації та забезпечить відшкодування заподіяної моральної шкоди, що, на жаль, не дасть змоги досягти цілей судового захисту – забезпечення рівних можливостей ведення виборчої кампанії та рівного доступу до виборної посади. Таким чином, ця проблематика переміщується в площину політичного процесу.

На думку судді ФКС ФРН К. Грасгофа, сфера цього суб'єктивного публічного права включає в себе право на участь у виборах, право громадян на участь у політичному житті, індивідуальне право громадянина наполягати на дотриманні належних строків

виборів і належного терміну повноважень парламенту чергового скликання. Оскільки проблема належного захисту цього права не розроблена, сьогодні в більшості випадків доводиться рахуватися лише з можливістю констатації порушення суб'єктивного виборчого права [15].

Наприклад, у ФРН Бундестаг здійснює перевірку результатів виборів до парламенту, і лише за ініціативою депутатів Бундестагу Федеральний конституційний суд правомочний здійснити перевірку конституційності виборів. Згідно з французькою моделлю Конституційна рада здійснює реєстрацію кандидатів у Президенти та перевірку виборів до парламенту, а також виборів Президента. Розгляд такого роду спорів на загальнонаціональному рівні дає змогу учасникам політичного процесу безпосередньо впливати на народне волевиявлення. Таким чином, діалектика між основними правами та принципом суверенітету народу обумовлена наявними демократичними інститутами, існуючими традиціями демократії, ступенем розвитку політичної системи. Тому проблема судового захисту виборчих та референдних прав, а також деяких інших політичних прав потребує свого окремого дослідження, оскільки засоби судової влади в цьому випадку обмежені.

Виборчим законодавством України визначено особливості розгляду скарг учасників виборчого процесу на рішення, дії або бездіяльність виборчих комісій, їх членів до комісій вищого рівня. Відповідно, оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, їх членів до Суду здійснюється виключно на засадах, визначених у Кодексі адміністративного судочинства.

Захист виборчих прав громадян здійснюється опосередковано Конституційним Судом України шляхом здійснення конституційного контролю за актами виборчого законодавства та актами про призначення чергових і позачергових виборів.

4. Захист демократії судами загальної юрисдикції

Суди загальної юрисдикції є основним гарантом базових прав і свобод, які розглядають скарги фізичних і юридичних осіб на дії та рішення органів публічної влади (органів державної влади та органів місцевого самоврядування), якими порушуються основні права і свободи. Суди загальної юрисдик-

Принцип верховенства права вимагає від адміністративних суддів відійти від традиційного позитивістського праворозуміння, відповідно до чого закон трактувався буквально, згідно з його «буквою»; суддя насамперед повинен виходити з мети законодавчого регулювання та головної мети діяльності публічної влади – забезпечення основних прав і свобод громадянина (стаття 3 Конституції).

ції не наділені повноваженнями відмови у розгляді фактів порушення прав людини й основоположних свобод (положення частини третьої статті 8 та частини другої статті 124 Конституції України). Суди зобов'язані застосовувати норми Конституції як норми прямої дії, оскільки їх юрисдикція поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Основний тягар з вирішення виборчих та референдних спорів лежить на адміністративній юстиції.

Адміністративна юстиція забезпечує захист прав і свобод людини від порушень з боку органів публічної влади, а також інших суб'єктів при здійсненні ними управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень (стаття 2 КАС). Основне покликання адміністративної юстиції полягає в забезпеченні незалежного і неупередженого контролю за актами органів публічної влади як індивідуального, так і нормативного характеру. КАС визначає критерії правового змісту актів органів публічної влади (частина третя статті 2), зокрема пропорційність, добросовісність, неупередженість, розсудливість, обґрунтованість, своєчасність. Судовий контроль за додержанням законності в діях органів виконавчої влади та місцевого самоврядування (далі – публічної адміністрації) [16] за позовною заявою приватної особи забезпечує якісно нові умови для захисту основних прав і свобод в Україні.

У статті другій КАС визначено завдання і засади адміністративного судочинства. Адміністративні суди перевіряють дії і рішення суб'єктів владних повноважень на предмет їх відповідності певним правовим критеріям. Завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі – на виконання делегованих повноважень.

Враховуючи те, що в Україні не прийнято Кодекс поведінки публічних службовців, значення положень частини третьої статті 2 КАС також полягає в тому, що на їх основі можна визначити критерії правомірності рішень і дій суб'єктів владних повноважень.

Відповідно до частини третьої статті 2 КАС у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони у відповідності до вимог закону.

Згідно зі статтею 8 Конституції України визнається принцип верховенства права, функціональна спрямованість якого пов'язана зі справедливістю, тобто результат адміністративного процесу повинен бути спрямований на досягнення справедливості, однакового і передбачуваного застосування правових норм. У взаємозв'язку зі статтею 3 Конституції України принцип справедливості зобов'язує суб'єктів владних повноважень забезпечувати основні права і свободи.

Стаття 8 КАС пов'язує зміст принципу верховенства права з обов'язком адміністративних судів додержуватися прецедентного права Європейського Суду з прав людини [17]. Це досить оригінальна юридична конструкція, яка, мабуть, пов'язана з функціями ЄСПЛ щодо захисту основоположних прав і свобод людини, які гарантує Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року. Відповідно до принципу верховенства права закони повинні задовольняти такі критерії: а) ефективність та дієвість законів; б) закон повинен відповідати принципів мінімальної достатності правового регулювання; в) формулювати нормативні приписи, регулювати правила поведінки шляхом встановлення певних рамок; г) відповідати критеріям чіткого й однозначного викладу змісту положень закону як нормативної гарантії однакового і правильного застосування закону; д) бути обґрунтованим і забезпеченим фінансовими та ресурсними засобами.

Відповідно до прецедентного права ЄСПЛ принцип верховенства права включає в себе такі положення: а) захист від свавілля; б) додержання вимоги доступу до Суду; в) правової визначеності; г) невторгання законодавчої влади у сферу правосуддя; д) обов'язковості судових рішень.

На думку цього Суду, з виразу «передбачено законом» випливають наступні дві вимоги. По-перше, право повинно мати відповідну до обставин можливість орієнтуватися в тому, які правові норми застосовуються до цього випадку. По-друге, норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з достатнім ступенем точ-

У чинному законодавстві діє колізія щодо вирішення питань про скасування реєстрації кандидата на пост Президента України. Це пов'язано з тим, що природа подібних спорів має публічно-правовий характер, і його регулювання належить до сфери саме КАС як акту найвищого ступеня систематизації цієї сфери правовідносин – кодифікації. У випадку законодавчого неврегулювання проблеми існує загроза з боку окремих недобросовісних учасників виборчого процесу блокування вирішення цієї категорії виборчого спору.

ності, що вимагає від громадянина контролю за своєю поведінкою: він повинен мати можливість передбачати наслідки, які можуть потягнути за собою неправочинні дії. «Ці наслідки необов'язково передбачати з абсолютною впевненістю: досвід показує, що це недосяжно. Більше того, хоча визначеність вельми бажана, вона може супроводжуватися рисами окаменілості, тоді як право повинно володіти здатністю йти в ногу із змінюючими обставинами. Відповідно, багато законів неухильно користуються термінами, які в більшому або меншому ступені розпливчасті: їх тлумачення і застосування – завдання практики» [18].

Таким чином, принцип верховенства права вимагає від адміністративних суддів відійти від традиційного позитивістського праворозуміння, відповідно до чого закон трактувався буквально, згідно з його «буквою»; суддя насамперед повинен виходити з мети законодавчого регулювання та головної мети діяльності публічної влади – забезпечення основних прав і свобод громадянина (стаття 3 Конституції).

З іншого боку, адміністративний суд ухвалює рішення виключно на основі законів України. При цьому суд повинен виходити з мети і завдань законодавчого регулювання. Стаття 9 КАС визначає вимоги до дій суду, який повинен узгоджувати свої рішення відповідно до визначеної ієрархії нормативно-правових актів, зокрема міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою. У випадку, якщо суд виявить невідповідність Конституції України нормативно-правового акта, що підлягає застосуванню у справі, він повинен звернутися до Верховного Суду України для вирішення питання щодо внесення конституційного подання до Конституційного Суду України.

Принцип законності означає, що суд не правомочний відмовити в захисті, якщо закон містить прогалини. У такому випадку суд застосовує аналогію права або аналогію закону. На підставі цього, виходячи з конкретної ситуації, суд виводить правило поведінки, яке, наприклад, зобов'язує учасників публічно-правових відносин діяти належним чином з приводу забезпечення прав біженців.

До юрисдикції адміністративних судів належить вирішення публічно-правових спорів, які пов'язані із здійсненням влад-

них функцій у сфері публічної адміністрації. Предметна сфера адміністративних судів у сенсі положень статті 2 КАС пов'язана з якістю публічних послуг, зокрема у сфері виборчих прав. Безпосередньо захист виборчих прав здійснюється судами загальної юрисдикції у порядку адміністративного судочинства. Згідно з главою 6 розділу III КАС адміністративні суди розглядають наступні види виборчо-правових спорів (статті 172–179 КАС): 1) щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, членів цих комісій; 2) щодо уточнення списків виборців; 3) щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їх посадових і службових осіб, творчих працівників ЗМІ, які порушують законодавство про вибори; 4) щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності кандидатів, їхніх довірених осіб, партії (блоку), місцевої організації партії (блоку місцевих організацій партій), їх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу.

Підсудність виборчих спорів має свої особливості, оскільки вона покликана забезпечити максимальну незалежність суду від політичного впливу [19]. До підсудності Вищого адміністративного суду віднесено спори щодо: 1) оскарження рішень, дій або бездіяльності ЦВК, члена цієї Комісії щодо встановлення нею результатів виборів чи всеукраїнського референдуму; 2) скасування реєстрації кандидата на пост Президента України (стаття 176 КАС).

Однак у чинному законодавстві діє колізія щодо вирішення питань про скасування реєстрації кандидата на пост Президента України. Згідно зі статтею 56 Закону України «Про вибори Президента України» № 474-XIV від 5 березня 1999 року [20] передбачена юрисдикція Верховного Суду України з цієї категорії. Виходячи з принципу *clausula generalis*, така колізія вирішується на користь КАС. Це пов'язано з тим, що природа подібних спорів має публічно-правовий характер, і його регулювання належить до сфери саме КАС як акту найвищого ступеня систематизації цієї сфери правовідносин – кодифікації. У випадку законодавчого неврегулювання проблеми існує загроза з боку окремих недобросовісних учасників виборчого процесу блокування вирішення

Існує дискусійне питання щодо можливості скасування результатів виборів. Якщо таке питання виникає, то воно повинно вирішуватися в судовому порядку. В американській судовій практиці визначено певні критерії підсудності спорів щодо результатів виборів: позивач повинен довести, що порушення, якщо вони мали місце, дійсно могли вплинути на результати виборів; звинувачення в таких порушеннях мають підкріплюватися належними доказами; той факт, що згідно з підрахунком різниця в набраних голосах невелика, є недостатньою підставою для заперечення клопотання про відхилення позову щодо оскарження виборів.

цієї категорії виборчого спору. У випадку такого законодавчого упущення за наявності виборчого спору щодо реєстрації кандидата у Президенти України не виключений варіант прийняття процесуальної ухвали Верховним Судом України про відмову у відкритті провадження у справі за невідповідністю, роз'яснивши при цьому, що можна звернутися з відповідним адміністративним позовом до Вищого адміністративного суду.

Окружним адміністративним судам підсудні виборчі спори щодо: 1) оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій територіального рівня щодо підготовки та проведення парламентських, президентських виборів, всеукраїнського референдуму, а також членів цих комісій (частина четверта статті 172 КАС) – за місцем знаходження цієї комісії; 2) оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів виконавчої влади, їх посадових чи службових осіб, що порушують законодавство про вибори і референдум – до місцевого загального суду як адміністративного суду за їхнім місцезнаходженням; 3) оскарження дій чи бездіяльності кандидатів у народні депутати, у депутати обласних, районних, районних у місті рад, їхніх довірених осіб, партій (блоків), їх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу, що порушують законодавство про вибори і референдум, – за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена.

Спеціальна підсудність закріплена за окружним адміністративним судом, юрисдикція якого поширюється на місто Київ. У рамках спеціальної підсудності передбачено вирішення виборчих спорів щодо: 1) оскарження рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена цієї Комісії (окрім рішень щодо встановлення результатів виборів та всеукраїнського референдуму); 2) оскарження дій або бездіяльності кандидата на пост Президента України, ініціативних груп всеукраїнського референдуму та інших суб'єктів його ініціювання, що порушують законодавство про вибори і референдум.

Існує дискусійне питання щодо можливості скасування результатів виборів. Якщо таке питання виникає, то воно повинно вирішуватися в судовому порядку. В американській судовій практиці визначено певні критерії підсудності спорів щодо результа-

тів виборів: позивач повинен довести, що порушення, якщо вони мали місце, дійсно могли вплинути на результати виборів; звинувачення в таких порушеннях мають підкріплюватися належними доказами; той факт, що згідно з підрахунком різниця в набраних голосах невелика, є недостатньою підставою для заперечення клопотання про відхилення позову щодо оскарження виборів [21]. Виборче законодавство фрагментарно вирішує питання про критерії підсудності позовів про скасування або не скасування результатів виборів.

Прийняття Верховним Судом України рішення у справі Ющенко проти Центральної виборчої комісії має вплив на розвиток правової системи України подібно до загальновідомих рішень американського Верховного суду у справі *Merbury v. Madison* (1803), Конституційної ради Франції у справі про асоціації (1972). Активізація судової влади у забезпеченні принципу верховенства права має непересічне значення для функціонування громадянського суспільства в Україні.

В основі правової позиції Верховного Суду України у справі за скаргою довіреної особи кандидата на пост Президента України Ющенка В.А. в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі по виборах Президента України Катеринчука М.Д. на бездіяльність Центральної виборчої комісії, дії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України 24 листопада 2004 року та на рішення про оголошення Президентом України Януковича В.Ф. на поновлення порушеного права на вільні вибори лягли положення статей 8, 71, 103, частини другої статті 124 Конституції України [22] та статті 13 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод [23]. Суд відступив від догматичного тлумачення нормативно-правових актів і дав динамічне тлумачення змісту правових актів. Суд керувався необхідністю визначення реального стану правовідносин. Встановивши факти неможливості «достовірно встановити результати дійсного волевиявлення виборців», Верховний Суд України повинен був визначити способи поновлення порушеного права на вільні вибори. Тому він став на позицію, що необхідно «поновити права суб'єктів виборчого процесу шляхом повторного голосування...»

Сьогодні політичний процес немислимий без партій, які виконують функції політичної інтеграції нації. Разом із тим, відсутність розгалуженої мережі територіальних структур унеможливує тісний зв'язок партій із виборцями. З іншого ж боку, партії, що мають на меті антиконституційні цілі або займаються антиконституційною діяльністю, повинні стати об'єктом судової перевірки як такі, що загрожують засадам конституційного ладу.

Правова позиція Верховного Суду України в подальшому вплинула на діяльність інститутів публічної влади в Україні. Насамперед, рішення Верховного Суду стало юридичною основою для застосування парламентських контрольних процедур до Центральної виборчої комісії. Рішення Верховного Суду дало змогу внести зміни до Закону України «Про вибори Президента України», які мінімізували можливості фальсифікації результатів голосування, а також поставили під сумнів діяльність виборчих комісій, які допустили такі фальсифікації. Це дало змогу на новій юридичній основі сформувати виборчі комісії, що більш якісно забезпечило баланс інтересів учасників виборчого процесу.

5. Захист демократії Конституційним Судом України

На конституційному рівні важливу роль відіграє діяльність Конституційного Суду України щодо гарантування основних прав і свобод. Орган конституційної юрисдикції здійснює захист основних прав безпосередньо та опосередковано. Опосередковано КСУ захищає основні права у формі конституційного контролю за нормативно-правовими актами глави держави, парламенту, уряду та представницького органу Автономної Республіки Крим. Безпосередньо Судом захищаються основні права шляхом здійснення інцидентного контролю. Детально така процедура врегульована главами 12, 13 Закону України «Про Конституційний Суд України». При вирішенні такого роду спорів рішення Конституційного Суду України мають преюдиційне значення, які можуть лягти в основу для перегляду попередніх рішень адміністративних органів та судів загальної юрисдикції.

Розгляд спорів, пов'язаних із здійсненням виборів, референдуму, права народної ініціативи відноситься до компетенції судових органів. Предметом такого роду спорів є, як правило, перевірка конституційності виборів до вищих органів державної влади, насамперед президента та виборів у парламент. Вибори визнаються недійсними лише в тих випадках, якщо помилки або порушення в ході виборів фактично вплинули на їх результат.

У цілому, спеціальні повноваження конституційних судів з контролю за процедурами в рамках безпосередньої демократії набу-

ли поширення в більшості країн колишнього СРСР. Такі справи поділяють на обов'язкові та факультативні [24]. Обов'язково контроль виборів та референдуму здійснюється незалежно від наявності спору, а при факультативному контролі – за зверненням уповноважених осіб.

В Україні діє модель нормативного конституційного контролю за правовими актами про призначення виборів, всеукраїнського референдуму чи місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим (глава 11 Закону про КСУ). Предметом перевірки є акти Верховної Ради України, Президента України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Такий нормативний контроль не передбачає перевірку результатів виборів, референдуму. Предметом розгляду КСУ є вирішення питання додержання меж повноважень органом влади при призначенні такого роду процедури, додержання процедури винесення правового акта, відповідність їх Конституції України. При здійсненні такого повноваження КСУ можна виділити конституційний контроль за правовими актами про призначення: а) виборів глави держави, парламенту, місцевих виборів; б) референдуму всеукраїнського чи місцевого в Автономній Республіці Крим; в) референдуму за народною ініціативою. Особливістю такої процедури є те, що уповноважені особи мають право звернутися до КСУ про вирішення конституційності таких правових актів протягом одного місяця від їх офіційного оголошення, дати призначення, відміни або відстрочки. При розгляді таких справ КСУ покликаний забезпечити захист засад демократичного ладу, наступність інститутів публічної влади.

Безпосередньо Конституційний Суд України таку форму нормативного контролю застосував при призначенні Президентом України референдуму за народною ініціативою згідно з Указом від 15.01.2000 року № 65/2000. КСУ зіткнувся в цьому випадку з правовою невизначеністю, оскільки безпосередньо в Законі України від 03.07.91 р. № 1286-12 про всеукраїнський та місцеві референдуми [25] не було врегульовано реалізації права народної ініціативи щодо внесення змін до Конституції України в контексті положень розділу XIII Основного Закону. КСУ став на позицію гарантування такої форми безпосередньої демократії, вказавши на мож-

ливість проведення цієї процедури відповідно до чинного законодавства України. Одночасно у висновку було підкреслено про можливість народу України визначати та змінювати конституційний лад через поєднання засобів безпосередньої та представницької демократії. При надходженні народної ініціативи до компетентних органів публічної влади Президент України, Центральна виборча комісія володіють правом розсуду визначати конституційність питань, що виносяться, і зобов'язані здійснити таку попередню перевірку. При внесенні змін до Конституції України встановлено співвідпорядкованість дій глави держави, народних депутатів, парламенту в цілому, тобто їх збалансованість та взаємодію з метою реалізації волі народу як єдиного носія суверенної влади [26].

Рішення Конституційного Суду з питань здійснення референдуму, виборів мають преюдиційне значення. Оскільки Суд здійснює перевірку конституційності актів законодавства про вибори і референдуми та актів про призначення цих процедур, рішення КСУ з цієї категорії справ накладають обов'язки на Верховну Раду України щодо приведення змісту законів України до відповідних правових позицій Суду; подібним чином рішення КСУ зв'язують діяльність Центральної виборчої комісії та виборчих органів нижчого рівня і мають пряму дію.

Висновки

Формування політичної волі народу можливе в умовах вільного дискурсу з важливих питань суспільного значення. Тому свобода вираження поглядів та обмеження монополізму в діяльності ЗМІ є важливими складовими сучасної моделі комунікативної демократії. Відсутність доступу до об'єктивної інформації, як правило, завжди спотворює вільне волевиявлення народу.

Сьогодні політичний процес немислимий без партій, які виконують функції політич-

ної інтеграції нації. Разом із тим, відсутність розгалуженої мережі територіальних структур унеможливує тісний зв'язок партій із виборцями. З іншого ж боку, партії, що мають на меті антиконституційні цілі або займаються антиконституційною діяльністю, повинні стати об'єктом судової перевірки як такі, що загрожують засадам конституційного ладу. У цьому контексті зважене застосування елементів «войовничої демократії» заслуговує на увагу. Санкції, які накладає Суд на партії-деліквенти, є важливим засобом забезпечення режиму конституційності та гарантією демократичного ладу.

Партії сьогодні виступають основним суб'єктом виборчих та референдних процедур. Саме партії можуть реалізувати всі необхідні ресурси для формування виборчих адміністрацій, підготовки своїх представників для роботи в цих органах. Партії доводять до відома населення зміст позитивних та негативних наслідків владних рішень. Представницька демократія втілює це у відносинах між правлячою більшістю та опозицією, що є додатковим механізмом контролю та елементом у системі гарантій демократичного ладу.

Судовий контроль у ході виборчих та референдних процедур не завжди ефективний через їх швидкоплинність. Однак судовий контроль дає змогу з високою вірогідністю забезпечити одну з цінностей демократичного процесу – рівність і справедливість при волевиявленні громадян, що, власне, і довів Верховний Суд України, винісши рішення у справі Ющенко проти Центральної виборчої комісії 3 грудня 2004 року.

Перспективи подальшого розвитку інституту гарантій демократичного ладу в Україні можуть розвиватися в двох напрямках: запровадження судового конституційного контролю за результатами парламентських виборів та посилення механізму юридичної відповідальності за порушення виборчих і референдних прав і свобод індивіда.

Література

1. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Референдуми в Україні: історія та сучасність. – К., 2000. – С. 140–149.
2. Зиновьев А.В. Гарантии свободы выборов представительных органов // Государство и право. – 1995. – № 7.
3. Комелла В.Ф. Новый порядок регули-

рования деятельности политических партий в Испании и решение о запрете Батасуны // Сравнительное конституционное обозрение. – 2004. – № 3.

4. Роч К. Антитерроризм и воинствующая демократия // Сравнительное конституционное обозрение. – 2004. – № 2; № 3.

5. Бофилль Э.Л. Запрет политических партий как один из признаков «воинствующей демократии» // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 1.
6. Сохранить эффективное государство в существующих границах // Суверенитет. Сборник / сост. Н. Гараджа. – М.: Издательство «Европа», 2006. – С. 25–42.
7. Див.: Зорькин В. Апология Вестфальской системы // Российская газета. – 2006, 22 августа; Российская газета. – 2006, 6 сентября.
8. Иванов В. Суверенная демократия и sovereign democracy // Известия. – 2006 – № 161.
9. Зокрема, це часто спостерігається в різних публікаціях лідерів Молодіжного євразійського союзу, які обґрунтовують навіть ідею диктатури правителя, посилаючись на сумнівну спадщину К. Шмітта. Див., наприклад: Верховный комиссар РФ. Возможна ли в России демократическая модель диктатуры // Время новостей. – 2007. – № 84. Особливістю поглядів К. Шмітта були роздуми про надзвичайні повноваження правителя і надзвичайне законодавство, яке потім у руслі юридичного позитивізму легалізувало нелюдський нацистський режим у Німеччині.
10. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). – М., 1998; Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – М., 2006.
11. Див.: Суверенитет. Сборник / сост. Н. Гараджа. – М.: Издательство «Европа», 2006.
12. Рішення КСУ у справі щодо конституційності статті 2483 ЦПК України № 6-рп/2001 від 23.05.2001 р. // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. – Кн. 2. – С. 388 (надалі позначатиметься це видання так – 2:388 та подібним чином).
13. Закон України від 27.11.2003 р. № 1349-IV // ВВРУ. – 2004. – № 15. – Ст. 218.
14. Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. – Т. 2. – М.: НОРМА, 2001. – С. 503, 504.
15. Грасхоф К. Право на вільні вибори (Додатковий протокол № 1 до Європейської конвенції з прав людини, стаття 3) // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 60–61.
16. Термін «публічна адміністрація» є ustalеним терміном в європейському праві та поступово вводиться у вітчизняну правову доктрину. Про демократичні стандарти діяльності публічної адміністрації див.: Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Наукова думка, 2007. – С. 7–83.
17. Стаття 237 КАС передбачає можливість скасування Вищим адміністративним судом рішень адміністративних судів у випадку незастосування рішень Європейського Суду з прав людини. Це є ознакою прецедентної природи рішень ЄСПЛ, однак вони володіють всіма ознаками судового прецеденту. Лише в своїй сукупності рішення ЄСПЛ у конкретних справах можна вважати судовим прецедентним правом. Також про природу юриспруденції Європейського Суду з прав людини як судового прецедентного права див.: Буроменський М.В. Захист прав людини у Європейському суді з прав людини. – Х.: Факт, 1998; Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К.: Український центр правничих студій, 2001; Він же. Суддівська правотворчість. – К.: Реферат, 2007.
18. Закон України «Про вибори Президента України» із змінами і доповненнями // ВВРУ. – 1999. – № 14. – ст. 81; Офіційний сайт Верховної Ради України: www.rada.gov.ua/
19. Основи адміністративного судочинства в Україні / За заг. ред. Александрової Н.В., Куйбіди Р.О. – К.: Конус-Ю, 2006. – С. 179.
20. Рішення ЄСПЛ у справі Санді Таймс проти Сполученого Королівства // Европейский Суд по правам человека: Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – М., 2001. – С. 201–202.
21. Футей Б. Становлення правової держави в Україні: 1991–2005. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 157.
22. «Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі».
23. «Кожен, чий права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи».
24. Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – М., 2002. – С. 124.
25. ВВРУ. – 1991. – № 33. – Ст. 443.
26. Див.: ВКСУ. – 2000. – № 3; Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. – Кн. 2. – К., 2002. – С. 37 і наст.

Політичні партії та виборчі системи: спроби конституційної інженерії у контексті сучасного конституціоналізму

Сама по собі конституційна інженерія може свідчити як про процеси модернізації конституційної системи, так і про спроби політичного істеблішменту свавільно впливати на хід розвитку суспільно-політичних інституцій без урахування закономірностей їх розвитку.



Михайло САВЧИН,
кандидат юридичних
наук, доцент,
завідуючий кафедрою
Закарпатського
державного
університету

Виборчі системи часто розглядають як засіб конституційної інженерії [1], який дозволяє модифікувати політичну систему суспільства та вплинути на функціонування інститутів влади. У вітчизняній літературі цим питанням присвячено праці О. Барабаша, В. Кампа, Ю. Ключковського, В. Ковтунця, І. Кресіної, Р. Максакової, Є. Перегуди, В. Погорілка, М. Рябова, М. Ставнійчук, В. Співака, В. Федоренка та інших. У зарубіжній літературі цим проблемам приділено увагу в працях Ф. Бенетона, Ю. Габермаса, К. Гессе, М. Дюверже, К. Лійпгарта, Х. Лінца, А. Ліпсета, К. Льовенштайна, Г. Маєра, Я.-В. Мюллера, П. Нісена, Дж. Сарторі, Г. Франкенберга, А. Шайо та інших. Сама по собі конституційна інженерія може свідчити як про процеси модернізації конституційної системи, так і про спроби політичного істеблішменту свавільно впливати на хід розвитку суспільно-політичних інституцій без урахування закономірностей їх розвитку тощо.

До цієї проблеми у вітчизняній конституційній доктрині підходять по-різному¹. Можна виділити, принаймні, такі основні підходи дослідження проблем ефективності і справедливості виборчих систем у контек-

сті сучасної доктрини конституціоналізму: 1) позитивістський підхід (Р. Максакова, В. Погорілко); 2) політико-правовий (В. Ковтунець, І. Кресіна, Є. Перегуда, М. Рябов); 3) інтегративної юриспруденції (О. Барабаш, В. Кампо, В. Ковтунець) або спроб відходу від позитивізму останнім часом (М. Ставнійчук, В. Федоренко).

Аналіз таких взаємопов'язаних феноменів, як свобода політичної діяльності партій та виборчі системи у контексті демократичних стандартів врядування, зумовлює використання не лише інструментарію позитивістської доктрини права, котра переважно ще панує в Україні. Використання інструментарію природно-правової, соціологічної, етичної конституційних доктрин дає змогу комплексно підійти до проблеми сумісності функціонування політичних і виборчих систем відповідно до цінностей та принципів сучасного конституціоналізму. У контексті постмодерного дискурсу проблематика конституційної інженерії політичної демократії лежить у площині вирішення таких дилем: 1) прав людини та суверенітету народу; 2) ефективності і могутності публічної влади та демократичних засад змагальності (кон-

¹ Слід відмітити тенденцію розширення комплексного дослідження інститутів безпосередньої демократії відомими вітчизняними конституціоналістами та політологами. Див. напр. праці: *Виборче право України. Навчальний посібник* / За ред. В.Ф. Погорілка, М.І. Ставнійчук. – К.: Парламентське видавництво, 2003; *Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики*. – К.: ІДП НАН, 2001; *Основи демократії* / За ред. А. Колодія. – К., 2002; Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. *Референдум в Україні: історія та сучасність*. Монографія. – К.: ІДП НАН, 2000; Романюк А., Шведа Ю. *Партії та електоральна політика*. – Львів, 2005 тощо.

В умовах процесу здійснення влади існують династичний, корпоративний та демократичний різновиди політичного наступництва. Відповідно до цього політична система постійно адаптується до нових соціальних цілей та створює нові інститути, що забезпечують канали зворотних зв'язків між урядом і населенням. У складно стратифікованому (політичному) суспільстві існують різні форми вирішення суперечностей – модернізація, трансформація, модифікація. У точці біфуркації динаміки політичної системи такі механізми бувають недостатніми, що може стати причиною політичного конфлікту у формі революції, політичної кризи, реформи.

курентції) політичних партій; 3) забезпечення підзвітності і підконтрольності публічної влади та легітимності механізму формування і вираження політичної волі народу.

Після Помаранчевої революції в Україні спостерігаються процеси трансформації політичної системи. Сьогодні виборчі системи аналізують з точки зору ефективності та дієвості. Під ефективністю виборчої системи розуміють її вплив у контексті конституційної інженерії – посилення структуризації політичної системи суспільства, забезпечення реального представництва різних верств населення, формування ефективно діючого уряду та системи ефективного контролю народу над урядом. Під дієвістю виборчої системи розуміють забезпечення чесних і відкритих виборів, результати яких повинні встановлюватися відповідно до європейських демократичних стандартів.

У цій статті автор має намір проаналізувати ефективність та дієвість виборчих систем з точки зору верховенства права, верховенства прав людини й основоположних свобод, забезпечення функціонування ефективного та підконтрольного народові уряду.

Демократія та політична система у контексті концепції конституціоналізму

На думку французького політолога Ф. Бенетона, ліберальна демократія будується на основі свободи кожного, а тому вона передбачає рівний доступ кожного до процесу управління, чому найкраще відповідає мажоритарний принцип. Обмеженість політичного правління сприяє попередженню політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії [2].

В умовах процесу здійснення влади існують династичний, корпоративний та демократичний різновиди політичного наступництва. Відповідно до цього політична система постійно адаптується до нових соціальних цілей та створює нові інститути, що забезпечують канали зворотних зв'язків між урядом і населенням. У складно стратифікованому (політичному) суспільстві існують різні форми вирішення суперечностей – модернізація,

трансформація, модифікація. У точці біфуркації динаміки політичної системи такі механізми бувають недостатніми, що може стати причиною політичного конфлікту у формі революції, політичної кризи, реформи [3]. Тому важливим здається конституювання політичної системи та політичних інститутів у вигляді формального закону, найвищим ступенем нормативності якого слугує саме конституція.

Таким чином, справедливим вбачається підхід німецького конституціоналіста К. Гессе, який вважає, що в сучасних умовах принцип мажоритарності в структурі демократичного устрою зумовлений підпорядкуванням політичного процесу праву (режиму конституційності), тобто цілям «раціоналізації політичного процесу», який здійснюється за чіткими, стійкими і передбачуваними правилами.

За такої умови учасники політичного процесу зв'язані конституційним порядком у тому сенсі, що цей процес повинен відбуватися гласно, відкрито та відповідати критеріям наочності, що створює засади державної легітимації. Легітимація влади більшістю здійснюється таким чином, щоб забезпечити рівні можливості і захист меншості (опозиції), свободу і гласність політичного процесу. Сьогодні політичний процес звужується певними політичними рамками, зумовленими необхідністю виконання державою певних соціальних зобов'язань, якими вона зв'язана конституцією та поточним законодавством [4].

Принцип мажоритарності (більшості) як основи прийняття зобов'язуючих колективних рішень необхідно доповнювати критерієм компетентності. Згідно з формулою компетентності прийняття більшістю правильного рішення прямо залежить від рівня їх компетентності. І тут спостерігається пряма кореляція: якщо рівень компетентності більшості становить умовно нижче середнього 0,5, то чим більше проголосувало за це рішення, тим більше воно наблизитиметься до нуля за рівнем своєї компетентності, і навпаки². Рівень компетентності владних рішень сьогодні впливає на ступінь легітимності влади.

² Спираючись на думку французького філософа і математика графа Кондорсе, Р. Даль наводить таку формулу рівня компетентності за Д. Блеком: $vh-k/(vh-k+eh-k)$, де $h+k$ – це сукупність членів, що приймають рішення, а v (verite) і e (erreur) – імовірність того, що кожний член правий або помиляється, при $e+v=1$. Ця формула нижче дасть змогу визначити рівень компетентності рішення Верховної Ради щодо конституційного закону № 2222-IV.

Значна концентрація фінансових і людських ресурсів у політичних партіях призводить до виникнення своєрідної сервільної культури серед політичних діячів, які нехтують суспільними інтересами, обмежуючись корпоративними інтересами представників лише конкретної партії, політичного угруповання чи клану. Такий технократичний характер здійснення влади навіть втілюється в концепції керованої демократії, відповідно до якої держава впливає на хід формування уряду та забезпечення представництва народу в парламенті.

На думку вітчизняного конституціоналіста О. Фрицького, легітимність державної влади та розподілу в ній функціональних ролей виражає єдність узгоджених волей багатьох, здатності влади «на прикладах підпорядкування виховувати волю до автономної погодженості і наповнити духом цієї добровільної координації таку форму державності, як субординація» [5]. Як форма державного правління демократія, безумовно, впливає на зміст і ефективність функціонування державної влади і в цілому – на державно організоване суспільство. Проте, сама по собі демократія як форма правління не гарантує свободи в суспільстві, ефективності функціонування ані владних, ані юридичних відносин, зокрема цивільно-правових.

Взагалі, в основі принципу демократії лежить припущення (яке давно набуло характеру переконання), що рішення, прийняте внаслідок публічного обговорення, шляхом проголошення і зіставлення різноманітних альтернатив і пропозицій, найчастіше буває найбільш прийнятним, виваженим і таким, що відповідає здоровому глуздові. Спільна воля і спільні зусилля ніби допомагають подолати обмеженість і слабкість кожного окремо. Це надає особливої сили і значущості спільному рішення. На цьому ґрунтується один із принципів демократії – принцип влади більшості, коли загальнообов'язковим вважається рішення, за яке віддала свої голоси більшість тих, хто брав участь у голосуванні. Однак принцип мажоритарності у прийнятті владних рішень базується на консенсусі. Принцип мажоритарності є ефективним за умови, якщо в суспільстві існує консенсус з приводу базових моральних і правових цінностей, котрі не можуть стати предметом ревізії під впливом мінливої політичної кон'юнктури. Механізмом і одночасно гарантією консенсусної демократії виступає конституційна вимога щодо ревізії (перегляду) Конституції України кваліфікованою більшістю при остаточному затвердженні за результатами голосування на всеукраїнському референдумі.

В умовах розвитку засобів масової інформації, які в нашому повсякденному житті здатні визначати стереотиби нашої поведінки, існує небезпека маніпулювання громадською думкою. Така загроза маніпулювання посилюється, коли владні структури здатні прямо або опосередковано контролювати ЗМІ і таким чином визначати «інформаційні приводи», на які реагує громадськість, та замовчувати або неповно висвітлювати ті факти, які мають надзвичайно важливе значення для суспільного життя. Зокрема, в ході парламентських виборів 1998 року в Україні експерти виділяли такі основні образи-міфи, які поширювалися партіями в період виборчої кампанії: етологічні, владно-номенклатурні, конспіративні, технократичні, народні, колективного культурного героя, мисливця, жертви боротьби за справедливість, трікстера тощо [6]. По суті, цей постмодерністський дискурс, до якого не була готова політична система України, заклала в основи її деволуції та стагнації, яку ми спостерігаємо тепер. Зокрема, вибори міського голови Києва та депутатів Київської міської ради з урахуванням досвіду парламентських виборів 2007 року засвідчили стійкий тренд партій спілкуватися з виборцями на основі певних міфів, образів, сигналів вербального або візуального характеру, чим викривляється сутність політичної діяльності, розмиваються справжні політичні цілі партій, які часто складно ідентифікувати з точки зору переслідування й відстоювання ними певних соціально значущих цінностей.

Значна концентрація фінансових і людських ресурсів у політичних партіях призводить до виникнення своєрідної сервільної культури серед політичних діячів, які нехтують суспільними інтересами, обмежуючись корпоративними інтересами представників лише конкретної партії, політичного угруповання чи клану. Такий технократичний характер здійснення влади навіть втілюється в концепції керованої демократії, відповідно до якої держава впливає на хід формування уряду та забезпечення представництва народу в парламенті.

³ Про конституційну державу детальніше див.: Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Изд-во «Зерцало», 2004. – С. 3–208; Кампо В.М. Чи є Україна конституційною державою? // День. – 1999. – 18 листопада. – С. 4; Кампо В.М. Ідея конституційної держави // Суспільство і право: 2004–2006. Роздуми українського вченого-конституціоналіста. – К., 2007. – С. 20–22; Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: проблеми формування та розвитку в Україні: Монографія / Автор. кол.: Ващук О.М., Мазурок І.О., Навроцький В.В., Савчин М.В. (керівник автор. кол.), Трачук П.А. – Ужгород, 2008. – 348 с.

Інституційні механізми сучасної демократії та межі свободи політичної діяльності у контексті конституціоналізму

Демократичний вимір функціонування конституційної держави³ забезпечується через мережу політичних партій парламентського типу, які сприяють формуванню і вираженню політичної волі народу. Така політична воля є результатом досягнення суспільного консенсусу між цими інституціями. Для демократичного дискурсу партій важливим є мінімізація становлення та поширення політичних течій популістського та радикального спрямування. Відкритий демократичний дискурс між партіями передбачає межі суспільного консенсусу – права меншості. Таким чином, концепт народного суверенітету, що базується на ідеях консенсусу, в основі якого лежить думка більшості, входить у суперечливий конфлікт із правами людини.

Отже, існує необхідність інституційного обмеження проявів сваволі більшості, яке інколи ефемерно видається за прояв дійсного народного суверенітету, як це було під час радянського режиму. Засобом такої верифікації слугують конституційні гарантії прав людини й основоположних свобод – вимога належної правової процедури, доступ до справедливого і безстороннього правосуддя тощо. З іншого боку, існує небезпека зловживання правами шляхом використання правових процедур задля захисту інтересів популістських чи маргінальних політичних сил, посиляючись на принцип політичного та ідеологічного плюралізму. Такий стан речей може призвести до тимчасового паралічу інститутів демократії, яка не буде здатною захищатися.

Зазначені питання мають методологічний характер для з'ясування засобів конституційної інженерії при виборі певних моделей виборчих систем, структуризації політичної системи суспільства, забезпечення принципу конституційної держави (ефективного і справедливого врядування демократичної держави, зв'язаної правом, що надає доступні управлінські послуги населенню). Інакше можна довго блукати в нетрях юридичного позитивізму та продукування правових актів на кшталт деталізованих виборчих інструкцій, на що скидається чинне виборче законодавство України.

У 1937 році у своєму есе німецький політолог-конституціоналіст К. Льовенштайн ввів поняття «войовничої демократії» [7]

(militant democracy, wehrhafte/streitbare Demokratie), яке пізніше склало ідеологічну основу Основного Закону ФРН. При цьому концепція войовничої демократії цілком узгоджується з іншою інституційною засадою – принципом партійної держави, яка визнається авторитетним виданням Д. Комерса з проблем німецького конституціоналізму [8] фундаментальною конституційною цінністю.

У сучасному розумінні концепція войовничої демократії спрямована на боротьбу з радикальними політичними партіями, проти зловживань демократією [9] та як превентивний засіб проти тероризму. На думку К. Льовенштайна, не лише радикальні партії становлять загрозу демократії, він цю проблему трактував дещо ширше, вважаючи, що відвертий популізм може стати інституційною основою авторитарних режимів, що має наслідком небезпеку сповзання до тоталітаризму. Серед засобів авторитаризму виділяють прояви націоналізму, створення на постмодерний кшталт образу зовнішнього ворога, залякування чи навіть застосування насильства. Відповідно, влада розглядається як інститут, який необхідно утримувати будь-якими засобами та використовувати у власних інтересах, маніпулюючи громадською свідомістю. З цього аналізу А. Шайо виводить такі структурні елементи войовничої демократії: розпуск політичних партій; конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед – належна правова процедура; конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій (об'єднань), зібрань, вираження поглядів; лояльність державних службовців [10].

На думку німецького компаративіста-конституціоналіста Г. Франкенберга [11], який бере за основу концептуальні положення дослідження П. Нізена та інших авторів [12; 13; 14], цю проблему треба розглядати з іншого ракурсу. Напроту між народним суверенітетом та правами людини у системі демократичного врядування необхідно долати через призму концепцій антиекстремізму, негативний республіканізм, моральність громадянського суспільства.

Концепція антиекстремізму найбільше пов'язана з ідеями толерантності, яку як принцип у вітчизняній теорії ліберально-демократичного конституціоналізму автор цього дослідження розглядає як засадничий принцип конституційної держави [15]. Дана концепція передбачає недопущення функ-

Для демократичного дискурсу партій важливим є мінімізація становлення та поширення політичних течій популістського та радикального спрямування. Відкритий демократичний дискурс між партіями передбачає межі суспільного консенсусу – права меншості. Таким чином, концепт народного суверенітету, що базується на ідеях консенсусу, в основі якого лежить думка більшості, входить у суперечливий конфлікт із правами людини. Отже, існує необхідність інституційного обмеження проявів сваволі більшості, яке інколи ефемерно видається за прояв дійсного народного суверенітету, як це було під час радянського режиму.

Останні тенденції діяльності політичних партій в Україні орієнтують їх на захоплення переважно технологією боротьби за владу, що вихолощує суть політики як мистецтва, можливого задля досягнення суспільного блага та захисту прав та інтересів своїх членів. Тому партії в Україні все більше стають популістськими і схиляються в бік авторитаризму. Аналіз демократичних параметрів політичних партій висвітлює істотні вади чинного законодавства України про політичні партії, оскільки воно лише фрагментарно зачіпає ці аспекти, та й то лише в загальній формі.

ціонування партій екстремістського типу за допомогою юридичних засобів, насамперед – судового конституційного контролю. Прикладом цього є практика Федерального конституційного суду Німеччини визнання неконституційними НСДАП та Комуністичної партії Німеччини (КПН). Визнаючи неконституційною комуністичну ідеологію та практику політичної боротьби КПН, ФКС шляхом складної та розлогої аргументації (на 50 сторінках було проаналізовано цілі марксистсько-ленінської ідеології та на близько 180 – цілі саме КПН, несумісні з цінностями Боннського Основного Закону) по суті визнав її такою, що суперечить демократичним цінностям, і прирівняв її до теорії і практики нацизму за цілями і методами політичної боротьби за владу: «позиція Основного Закону щодо політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби з цією тоталітарною [нацистською – М.С.] системою» [16]. Формалізація конституційних застережень щодо цілей діяльності політичних партій визначає рамки їх легітимності з нормативної точки зору.

Негативний республіканізм передбачає формування таких рамок врядування та політичної практики, які б звузили можливість зловживання демократією та загрози переходу до безправ'я. У контексті дискурсу вітчизняного пострадянського конституціоналізму демократичне врядування інколи розглядається як система з розмитими соціальними цінностями, широкою кулурною практикою формування партійних структур, авторитаризмом партійної організації (як правило, з харизматичним типом політичного лідерства), непотизму, відвертим заграванням із виборцями як з бездумним натовпом. Однак це не має ніякого відношення до демократії, оскільки така політична практика межує з олігархією та охлократією. По суті, концепція негативного республіканізму передбачає конституційну заборону функціонування партійних структур тоталітарного характеру та правові механізми боротьби зі зловживанням правом. Також із неї випливає необхідність визначення прозорого механізму фінансування партій, насамперед шляхом їх періодичної звітності щодо джерел фінансування та їх витрат, заборони фінансування партій за рахунок анонімних пожертвувачів чи наявності джерел фінансування з-за кордону.

Побоювання щодо відродження партій тоталітарного типу також обґрунтовуються міркуваннями небезпеки маніпулювання такими партіями громадською думкою. Тому з метою запобігання подібних загроз класичної демократії чинне законодавство може передбачати зв'язки партій із виборцями на засадах вільного або фіксованого членства. У першому випадку партія парламентського типу забезпечує зв'язок з виборцями через парламентаріїв, які через свій *saucis* (актив) проводять систематичну роботу з виборцями. Таким чином, модель вільного членства політичних партій орієнтуватиметься на мажоритарні або змішані виборчі системи; вона також частково сумісна з пропорційною виборчою системою з елементами преференцій.

Система фіксованого членства орієнтована на масові політичні партії і спирається на свої територіальні осередки. Якщо масова політична партія побудована за професійним (виробничим) критерієм, то вона може набути авторитарного або навіть тоталітарного характеру, оскільки рядові члени партії завжди знаходяться під загрозою маніпулювання з боку своєї адміністрації, яка, як правило, є *saucis*'ом партії та її основним фінансовим донором. Маргіналізація масової політичної партії можлива у випадку, якщо її керівні органи та *saucis* стають закритими організаційними структурами, порушуються зворотні вертикальні зв'язки у партії, відсутній контроль рядових членів партії над її керівництвом та внутрішньопартійний арбітраж. Останні тенденції діяльності політичних партій в Україні орієнтують їх на захоплення переважно технологією боротьби за владу, що вихолощує суть політики як мистецтва, можливого задля досягнення суспільного блага та захисту прав та інтересів своїх членів. Тому партії в Україні все більше стають популістськими і схиляються в бік авторитаризму.

Аналіз цих демократичних параметрів політичних партій висвітлює істотні вади чинного законодавства України про політичні партії, оскільки воно лише фрагментарно зачіпає ці аспекти, та й то лише в загальній формі.

Концепція громадянського суспільства має моральні витоки, оскільки воно визнає необхідною умовою легітимності діяльності політичних партій ведення боротьби за владу належними, демократичними методами. Досягнення своїх політичних цілей партія-

Пов'язавши питання конституційності припинення діяльності КПУ з проблемою причетності цієї партії до путчу ГКЧП 19–21 серпня 1991 року, Конституційний Суд України ухилився від дослідження питання сумісності комуністичної ідеології та організації Компартії із засадами конституційного ладу України. Це є важливим з міркувань інтересів національної безпеки, громадянського миру, соборності, толерантності, державного суверенітету, територіальної цілісності, прав людини й основоположних свобод, поваги до прав національних меншин як фундаментальних цінностей конституційного ладу України.

ми можливе ненасильницькими методами, шляхом відкритої демократичної дискусії, з використанням правових процедур, методів переконання, роз'яснення, просвіти тощо. Відповідно, держава може втручатися в автономію політичних партій з міркувань суспільної необхідності та на основі закону. Коли таке втручання є необхідним і пропорційним відповідно до поставленої мети, рішення потрібно приймати з урахуванням принципу субсидіарності, правил ступінчастої толерантності та взаємного визнання [17].

По суті, конституційна держава повинна поєднувати ліберальний підхід із протекціонізмом, захищаючи конституційні цінності шляхом моніторингу відповідної політичної практики партій та адекватно реагуючи на виклики і загрози конституційному порядку. Звідси демократична вимога щодо методів і засобів політичної діяльності партій. Зокрема, на цій методологічній основі були побудовані відомі рішення Європейського Суду з прав людини у справах *Refah* та *Socialistic Party and others*.

У практиці Конституційного Суду України довелося вирішувати питання про конституційність діяльності Комуністичної партії⁴. Після спроби путчу ГКЧП в Москві 19–21 серпня 1991 року як реакція на ці події та з метою розслідування обставин причетності до них діяльність КПУ була тимчасово зупинена згідно з Указом Президії Верховної Ради України від 26 серпня 1991 року.

Конституційний Суд не досліджував ідеологічних та організаційних засад діяльності КПУ, оскільки це не було предметом звер-

нення. Керуючись доктриною відмови від дослідження фактичних обставин справи⁵, Суд визнав як преюдиціальний факт правову позицію прокуратури, яка не вбачала «кримінальних звинувачень керівництва Компартії України у підтримці своїми діями державного перевороту 19–21 серпня 1991 року і сприянні тим самим його здійсненню на території України»⁶. Пов'язавши питання конституційності припинення діяльності КПУ з проблемою причетності цієї партії до путчу ГКЧП 19–21 серпня 1991 року, Конституційний Суд України ухилився від дослідження питання сумісності комуністичної ідеології та організації Компартії із засадами конституційного ладу України. Це є важливим з міркувань інтересів національної безпеки, громадянського миру, соборності, толерантності, державного суверенітету, територіальної цілісності, прав людини й основоположних свобод, поваги до прав національних меншин як фундаментальних цінностей конституційного ладу України.

Сьогодні Конституційний Суд розвинув свою правову позицію щодо критеріїв легітимності цілей та діяльності політичних партій. Орган конституційної юрисдикції вважає цілком легітимним з міркувань суспільної необхідності у демократичному суспільстві можливість обмеження свободи політичної діяльності партій, виходячи з конституційних критеріїв (статті 36, 37 Основного Закону) та керуючись принципами пропорційності, допустимості обмежень, збереження сутнісного (основоположного) змісту прав людини⁷. Оскільки відповідність

⁴ Див.: Рішення КСУ № 20-рп/2001 від 27.12.2001 р. у справі про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 року.

⁵ Див. критику такого підходу органів конституційної юрисдикції у праці німецького конституціоналіста Г. Штайнбергера «Моделі конституційної юрисдикції», яка вийшла під егідою Венеціанської Комісії Ради Європи (Страсбург) у 1993 р. Оскільки основним завданням конституційних судів є забезпечення тлумачення конституцій, то це завдання складно виконати без вивчення фактичних обставин справи. Відмова від досліджень фактичних обставин справи та пов'язаність із правилами преюдиціальності знижує авторитет конституційного правосуддя, знижує рівень обґрунтованості (і навіть легітимності) рішень конституційної юстиції, оскільки суди загальної юрисдикції не спеціалізуються з питань конституційного права, які часто мають складний філософсько-правовий, теоретико-правовий характер і пов'язані з соціологією, етнологією, політологією та іншими соціальними науками.

⁶ Про цю методологічну помилку вказував у своїй окремій думці до Рішення КСУ № 20-рп/2001 від 27.12.2001 р. суддя Конституційного Суду В.Є. Скомороха. Зокрема, він розлого аргументує свою позицію тим, що Конституційному Суду слід було аналізувати відповідні укази Президії Верховної Ради не на предмет конфлікту компетенцій (оскільки в цій частині Конституція 1996 р. не володіє зворотною силою), а саме за змістом діяльності Компартії. Дуже істотне його зауваження стосується того, що конституційному ладу України загрожує залежність будь-якої партії від зарубіжних структур, «її прагнення підпорядкування України волі іншої держави» (абз. 8 п. 5 окремої думки).

⁷ Див.: Рішення КСУ № 2-рп/2007 від 12.06.2007 р. у справі про утворення політичних партій в Україні. Зважаючи на складну суспільно-політичну обстановку, за якої Конституційний Суд України приймав це рішення, я вважаю, що це рішення поклато початок серії рішень вітчизняного органу конституційної юстиції, яке дало змогу поступово відновити авторитет конституційного судочинства в Україні.

Конституційному регулюванню статусу політичних партій не вистачає визначення критеріїв демократичності партій: колегіальність вищих партійних органів, недопустимість функціонування організаційних структур авторитарного й тоталітарного типу, заборона формування організаційних структур за місцем роботи членів партії, наявність внутрішньо-партійного арбітражу, прозорість механізму публічного звітування про джерела та напрями фінансування політичних партій, обмеження щодо максимального розміру фінансування з боку одного фінансового донора.

діяльності політичних партій конституційним цілям, цінностям і принципам є важливою засадою конституційного ладу України, функції щодо визначення конституційності партій та їх окремих територіальних структур повинен вирішувати Конституційний Суд України. Засобів адміністративної юстиції для цього недостатньо, оскільки ці питання мають комплексний, як правовий, так і соціологічний, етнологічний, політологічний та інший характер.

Можна визнати, що в політичній діяльності партій у ході виборчих кампаній досить поширена практика використання традиційних інструментів боротьби за владу та її утримання, що скоріше можна охарактеризувати як інфраправо в політичній діяльності. При цьому слід зазначити, що не завжди суб'єкти політичного процесу спрямовують свою діяльність на досягнення загального права шляхом компромісу між собою і досягнення консенсусу з принципових владних рішень. На думку вітчизняного конституціоналіста В. Кампа, досить часто в діяльності політичних партій правові аспекти витісняються традиційними та авторитарними елементами, на що впливає колоніальна і тоталітарна спадщина розвитку політичної системи України [18].

Конституційна заборона партіям використовувати неправові способи здобуття та здійснення політичної влади спрямована на формування поваги до конституційних цінностей, які лежать в основі демократичного правового порядку: права людини та її гідність, повага до прав національних меншин та інших соціальних спільнот, толерантність (ідеї релігійної, соціальної, культурної терпимості), політичний, економічний та ідеологічний плюралізм тощо. Така концепція у філософії права отримала назву конституційного патріотизму [19]. Засновником цієї концепції є відомий німецький філософ, теоретик комунікативної демократії Ю. Габермас [20], а також німецький політолог Д. Штернбергер [21]. Концепт конституційного патріотизму є відповіддю на постмодерністський дискурс в умовах кри-

зи ідеології народного суверенітету⁸, що пов'язано з інтеграційними процесами та тенденцією делегування суверенних повноважень держави супранациональній владі (Supranational Power), яка насамперед ототожнюється з Європейським Союзом.

Перш ніж перейти до аналізу переваг і недоліків тих чи інших виборчих систем, необхідно визначити деякі основні моменти щодо сутнісного змісту свободи політичної діяльності партій. Насамперед, треба виходити з того методологічного посилання, що в умовах модерну саме на політичних партіях лежить основна функція щодо забезпечення нормального ходу формування та легітимації органів публічної влади, здійснення контролю над владою та забезпечення механізму її підзвітності й підконтрольності народу. Конституційному регулюванню статусу політичних партій не вистачає визначення критеріїв демократичності партій: колегіальність вищих партійних органів, недопустимість функціонування організаційних структур авторитарного й тоталітарного типу, заборона формування організаційних структур за місцем роботи членів партії, наявність внутрішньопартійного арбітражу, прозорість механізму публічного звітування про джерела та напрями фінансування політичних партій, обмеження щодо максимального розміру фінансування з боку одного фінансового донора. Невирішеність цих питань переміщує ведення виборчих кампаній у формальну сторону з фактичними фінансовими зловживаннями, домінуванні керівництва партій у висуванні кандидатів на представницькі мандати, вироблення тактики і стратегії політичної боротьби переважно авторитарного змісту, що в кінцевому результаті призводить до викривлення політичної волі народу та неадекватного представництва політичних сил в органах публічної влади. Власне, це і спостерігається нині в Україні.

Основні виборчі системи: аналіз переваг і недоліків

В основі цього аналізу лежить критерій ефективності впливу виборчих систем на функціонування політичної системи суспільства.

⁸ На питання конституційного патріотизму також існує скептична точка зору, оскільки це перешкоджає становленню колективної самосвідомості європейців як громадян ЄС. Див.: Hanschmann. Comment on Mueller: A negative version of constitutional patriotism at the European level?

⁹ Можна також виділити окремі дослідження, присвячені проблемам взаємозв'язку між партіями та виборчими системами. Див. напр.: Benoit K. The Evolution of Electoral Systems in Eastern Europe: Manuscript, the 2002 Annual Meeting of the American Political Science Association, Boston MA, August 28 – September 1.

Мажоритарна виборча система рано чи пізно призводить до формування двопартійної політичної системи або системи домінуючої партії, а пропорційна виборча система спричиняє фрагментацію політичної системи. Для функціонування мажоритарної виборчої системи необхідне значне структурування політичної системи суспільства, наявність двох провідних політичних партій, високий рівень життя та гарантії самоврядних прав територіальних колективів. Недоліками мажоритарної виборчої системи є те, що у слабких і неструктурованих політичних системах вона не забезпечує повною мірою реального народного представництва.

пільства, метою якого є формування ефективного уряду та дієвого демократичного контролю над ним⁹. При цьому важливе значення мають такі фактори нормативного характеру: повнота законодавчого регулювання виборчого процесу; гарантії свободи розсуду виборчих адміністрацій; гарантії балансу інтересів та рівності учасників виборчого процесу; поєднання окремих технічних елементів визначення результатів виборів (способи голосування, фіксування результатів виборів, оголошення їх підсумків тощо).

А. *Мажоритарна виборча система* рано чи пізно призводить до формування двопартійної політичної системи або системи домінуючої партії, а пропорційна виборча система спричиняє фрагментацію політичної системи. Для функціонування мажоритарної виборчої системи необхідне значне структурування політичної системи суспільства, наявність двох провідних політичних партій, високий рівень життя та гарантії самоврядних прав територіальних колективів.

Ця система передбачає обрання депутатів за принципом більшості, вона універсальна, порівняно проста для встановлення результатів виборів. Для того щоб встановити результати виборів, визначають більшість голосів виборців, необхідних для обрання депутата представницького органу влади. Найпоширенішою є *система відносної більшості*, оскільки вона є найпростішою і потребує мінімум затрат. Щоб кандидат був обраний, достатньо набрати більшу кількість голосів виборців від інших кандидатів-суперників. Така система передбачає суперництво впливових кандидатів в одномандатних округах, і вона вигідна для великих та середніх партій, які володіють значними фінансовими та людськими ресурсами для проведення якісної виборчої кампанії.

Така практика народного представництва розрахована насамперед на забезпечення ефективних урядів, жертвуючи реальним представництвом народу. Останній фактор дещо компенсується тим, що вибори проводять в одномандатних округах і в цих країнах існує двопартійна політична система або система домінуючої партії. Наприклад, у США у виборчих округах, як правило, виборчу кампанію ведуть представники республіканської і демократичної партій. Таким чином, ця виборча система орієнтує виборця на «стратегічне голосування», коли він віддає свій голос за того кандидата, який має реаль-

ні шанси виграти вибори. При нестабільній виборчій системі існує небезпека одержання представництва радикальних, екстремістських сил (наприклад, партія Ле Пена у Франції чи партія Леппера у Польщі). У разі слабкої структурованості політичної системи та слабких партій, результати голосування можуть бути непередбачуваними, відповідно, це може негативно вплинути на ефективність уряду.

При *системі абсолютної більшості* обраним є кандидат, який набрав більше половини голосів виборців, що реально відображає симпатії виборців та громадський вплив кандидата у виборчому окрузі. Ця система, як правило, передбачає проведення другого туру голосування, оскільки нечасто певний кандидат здатен набрати в умовах конкурентної виборчої кампанії одразу абсолютну більшість голосів виборців. Наявність другого туру голосування свідчить про наявність елементів пропорційності. Виборці голосують зазвичай за двох кандидатів, що здатні набрати найбільшу кількість голосів у першому турі. В другому турі свою роль відіграє ефект «стратегічного голосування» виборців, а партії будують свою виборчу стратегію так, щоб координувати власну виборчу кампанію в різних виборчих округах з метою забезпечення перемоги своїх кандидатів. Така практика «обмінної гри» дає змогу визначити ті політичні сили, цілі та програми яких подібні, і в разі формування ними уряду не буде значних відмінностей при здійсненні урядового курсу.

Недоліками мажоритарної виборчої системи є те, що у слабких і неструктурованих політичних системах вона не забезпечує повною мірою реального народного представництва. Якщо існує сильна і структурована політична система, як правило, представництво і результати виборів істотно не відрізняються, хоча можливе розходження в деяких виборчих округах. У виборчому окрузі партії, які володіють значним фінансовим та адміністративним ресурсом, часто маніпулюють виборцями, що може слугувати джерелом зловживань. Так, під час парламентських виборів 1998 року в Україні спостерігалися різноманітні зловживання. В умовах неструктурованої політичної системи ці вибори набули характеру визначення номенклатурних преференцій між кандидатами, що поєднувалося із застосуванням адміністративного ресурсу. Згідно з чинним

Результати виборів до Верховної Ради України 2006 року засвідчили неоднозначність рішення, наслідки якого мали непередбачуваний характер. Спроба зблизити політичні цілі та цінності партій у формі Універсалу національної єдності мали зовнішній характер, оскільки Президент не мав вирішального впливу на політичні партії. Формування парламентської коаліції мало суперечливий характер, оскільки Універсал був підписаний Комуністичною партією із застереженнями, які підірвали інституційну єдність цієї політичної угоди.

виборчим законодавством, за цією системою також проводяться вибори сільських, селищних, міських голів. Вона проявила вади своєї нелегітимності, оскільки за виборчої системи відносної більшості до влади можуть прийти популісти, які не здатні ефективно управляти територіальними громадами¹⁰. Тому цю виборчу систему правильно характеризують як несправедливу, а систему відносної більшості – як таку, що не забезпечує адекватного народного представництва.

Разом із тим, мажоритарна виборча система має і свої переваги. Як правило, при її застосуванні беруть до уваги такі міркування [22]: вона дає змогу сформувавши в парламенті стійку урядову більшість; вона зменшує партійну роздробленість і в разі послідовного їх застосування протягом декількох виборчих кампаній призводить до появи двопартійної виборчої системи; вона забезпечує безпосередній зворотний зв'язок між виборцями та їх представниками¹¹; вона підвищує якість обраних посадових осіб.

Б. Пропорційна виборча система. У деяких постсоціалістичних країнах Східної Європи (Болгарія, Польща, Словаччина) вважають, що пропорційна виборча система сприяє становленню політичних систем та структуризації політичних партій парламентського типу, які є досить слабкими порівняно з країнами Заходу. Такі міркування пов'язані з необхідністю на рівні закону впливати на побудову ефективного парламентаризму, забезпечення відповідального парламентського правління. Це має значення для побудови парламентських фракцій, здатних ефективно здійснювати політичний курс у стінах парламенту і забезпечити необхідну підтримку політиці уряду.

Застосування пропорційної виборчої системи передбачає забезпечення реального народного представництва. Це реалізується шляхом голосування виборців за виборчі списки політичних партій. Відповідно, кожна політична партія отримує представництво в парламенті пропорційно до кількості поданих за неї голосів виборців. Така система гарантує представництво навіть невеликих політичних партій.

Подібне дроблення політичного спектра може призвести до поляризації політичних сил. У свою чергу, це створює загрозу неефективних і нестійких урядів. За результатами голосування, зазвичай, утворюються коаліційні уряди, в яких часто його глава не здатен ефективно контролювати міністрів, а тому всередині уряду розмивається відповідальність.

Пропорційна система стикається з проблемою ефективного управління парламентською коаліцією, від чого залежить ефективність уряду. Це пов'язано, у свою чергу, із сумісністю політичних цілей і цінностей партій різного політичного спектра. Запровадження пропорційної системи обґрунтовувалося як засіб зближення цілей діяльності антагоністичних партій та формування спільних політичних цінностей на основі суспільного консенсусу.

Результати виборів до Верховної Ради України 2006 року засвідчили неоднозначність такого рішення, наслідки якого мали непередбачуваний характер. Спроба зблизити політичні цілі та цінності партій у формі Універсалу національної єдності мали зовнішній характер, оскільки Президент не мав вирішального впливу на політичні партії. Формування парламентської коаліції мало суперечливий характер, оскільки Універсал був підписаний Комуністичною партією із застереженнями, які підірвали інституційну єдність цієї політичної угоди. З іншого боку, для вітчизняного істеблішменту маловідомий феномен конституційних угод [23], які є додатковим джерелом права і яких необхідно додержуватися партіям, усвідомлюючи свою відповідальність перед виборцями.

Укладання коаліційної угоди між НУНС та БЮТ за результатами позачергових парламентських виборів 2007 року було здійснено на хиткій інституційній основі; практика її здійснення засвідчила існування проблеми узгодження політичних стратегій та досягнення консенсусу щодо соціальних цінностей. Розмитість соціальних цінностей та політичної платформи стало деструктивним фактором у діяльності коаліції БЮТ –

¹⁰ Після місцевих виборів 2006 року в деяких областях через некомпетентність змінилось до чверті сільських і селищних голів.

¹¹ Так, голова впливової громадської організації – Комітету виборців України – І. Попов вважає, що перехід до пропорційної виборчої системи в Україні загрожує втратою стійких зворотних зв'язків між партіями та виборцями. На пропозицію КВУ щодо налагодження роботи депутатів з виборцями в регіонах на кінець серпня 2006 року відгукнулася лише Партія регіонів, інші партії, представлені у парламенті, не визначилися зі своєю стратегією щодо роботи з виборцями. Див.: Як далеко вони від народу! // Експрес. – 2006. № 103 (2954).

Система закритих списків є небезпечною з огляду на широкі можливості політичної корупції всередині партій та в парламенті шляхом укладання кулуарних домовленостей. Ця система також знижує рівень зворотних зв'язків між виборцями та партіями, вихолощує суть конституційної функції партій щодо сприяння формуванню та вираженню політичної волі народу. На прикладі парламентських виборів 2006 і 2007 років українське суспільство остаточно переконалось у суттєвих вадах закритих партійних списків.

НУНС. Тому емпіричні дані засвідчують, що на сучасному етапі розвитку політичної системи в Україні існує суперечність між потребами суспільного прогресу та пропорційною виборчою системою, в якій представництво регіональних політичних лідерів у виборчих списках політичних партій не гарантується.

Разом із тим, пропорційне представництво сприяє формуванню та структуризації політичної системи, дає змогу підвищити рівень політичної та електоральної культури виборця, визначити суспільні ніші для політичних партій. Пропорційна виборча система забезпечує справедливе представництво народу відповідно до підтримки політичних партій за результатами голосування. Вона сприяє кращій інституціоналізації, артикуляції групових інтересів у суспільстві. Пропорційність забезпечує інтеграцію партій із контраверсійними політичними цілями в єдину політичну систему. Насамкінець, за пропорційної виборчої системи непотрібним є повторне голосування, оскільки його підсумки підбиваються за результатами голосування у виборчому окрузі в цілому [24].

Для того щоб скоригувати недоліки пропорційних виборчих систем, у багатьох країнах застосовують різноманітні методи. Вони спрямовані на забезпечення інституціоналізації, формування стійких політичних домовленостей та орієнтування виборців на стійкі політичні партії парламентського типу, які відображають інтереси певної частини виборців. Серед цих інструментів можна виділити виборчий бар'єр і виборчі списки.

Виборчий бар'єр вводиться з метою забезпечення консолідації політичних сил, недопущення подрібнення народного представництва. Таке представництво здійснюється на користь середніх і великих партій, в яких виникає більше можливостей створити дієвий та стійкий уряд. Величина бар'єра коливається (Росія – 7%, Німеччина – 5%, Угорщина – 4%, Іспанія, Україна – 3%, Ізраїль – 1%) і диференціюється для політичних партій та їх блоків (наприклад, у Польщі для партій – 5%, для блоків – 7%). При цьому існує певна кореляція стану політичної системи по лінії тоталітаризм – авторитаризм – транзит – демократія: чим вищий виборчий бар'єр, тим менш демократичним є тренд розвитку політичної системи. Критичним показником для ступеня демократичності є, як правило, виборчий бар'єр у 7 відсотків та більше (Мексика, Російська Федерація).

З точки зору стійкості демократії, є також критичною межа нижче трьох відсотків, оскільки у неструктурованих політичних системах це є причиною нестабільності парламентської більшості та загрожує відповідальному парламентському правлінню. У цьому контексті в українському виборчому законодавстві необхідно підвищити виборчий бар'єр для партій та встановити диференціацію бар'єра (підвищеного) для блоків політичних партій.

Виборчі списки. Характерною рисою пропорційної виборчої системи є голосування за партійним списком. У випадку утворення виборчого блоку кількома партіями виникає необхідність поєднання списків партій, що входять у блок. Як правило, це забезпечується шляхом укладання угоди між партіями, що утворили виборчий блок.

При цьому застосовуються різні способи голосування за виборчі списки партій. За цим критерієм виділяють зв'язані (закриті) та вільні списки. При закритих списках виборець не впливає на відбір конкретних депутатів, він голосує за партію в цілому і зв'язаний черговістю, визначеною вищим органом влади, який затверджує порядковість кандидатів у списку. Недоліками системи закритих списків є обмеженість впливу низових партійних структур на процес висування кандидатів. Принаймні, ця система повинна бути орієнтована на проведення виборів за регіональними виборчими списками, а не в загальнонаціональному виборчому окрузі. Система закритих списків є також небезпечною з огляду на широкі можливості політичної корупції всередині партій та в парламенті шляхом укладання кулуарних домовленостей. Ця система також знижує рівень зворотних зв'язків між виборцями та партіями, вихолощує суть конституційної функції партій щодо сприяння формуванню та вираженню політичної волі народу. На прикладі парламентських виборів 2006 і 2007 років українське суспільство остаточно переконалось у суттєвих вадах закритих партійних списків.

Система *вільних списків* передбачає можливість виборця обирати в списку тих кандидатів від політичної партії, які користуються в нього найбільшою довірою, і таким чином впливати не тільки на вибори конкретної партії, а також і на вибір конкретних кандидатів із запропонованого списку. Останню модель ще називають системою

У деяких країнах вважають, що оптимальною є змішана виборча система, яка дає змогу поєднати переваги мажоритарної і пропорційної виборчої систем. При цьому спостерігається їх поєднання з висуненням списків кандидатів у парламент за регіональними списками, за допомогою чого забезпечується посилення впливу регіональних еліт та їх представництва у національному парламенті. Умовно змішаною можна вважати систему єдиного непередаваного голосу, яка передбачає голосування виборців у багатомандатному окрузі. При цьому виборець голосує за конкретного кандидата, а не за список кандидатів від якої-небудь партії.

преференцій, однак вона може бути обмеженою. Оскільки ця система несе загрозу зловживань, тому, до прикладу, в Італії (у зв'язку з маніпуляціями з виборчими списками мафією у південних провінціях) дозволялося вказувати не більше чотирьох кандидатів, а в результаті референдуму 1991 року – лише одного.

В. Змішана виборча система. У деяких країнах вважають, що оптимальною є змішана виборча система, яка дає змогу поєднати переваги мажоритарної і пропорційної виборчої систем. При цьому спостерігається їх поєднання з висуненням списків кандидатів у парламент за регіональними списками, за допомогою чого забезпечується посилення впливу регіональних еліт та їх представництва у національному парламенті (Німеччина, Угорщина).

У літературі прийнято називати змішаними системи, побудовані на поєднанні елементів мажоритарної і пропорційної виборчих систем. Ця система передбачає, що одна частина мандатів здобувається за мажоритарною, а інша – за пропорційною виборчою системою. Наприклад, в Італії це співвідношення становить 75% на 25%, у Японії – 50% на 50%, в Угорщині 210 депутатів Національних Зборів обираються за пропорційним принципом, а 176 – в одномандатних виборчих округах. Вибори в Угорщині в липні 2006 року засвідчили, що результати голосування були майже ідентичними як за пропорційною, так і за мажоритарною системою. Тобто, ми маємо справу фактично з пропорційною виборчою системою.

Інший стан справ був в Україні за результатами парламентських виборів 2002 року. Незважаючи на перевагу партії «Наша Україна» при голосуванні за пропорційною системою, результати голосування в одномандатних округах за мажоритарною системою показали добрі результати. На відміну від електоральної практики країн Центральної та Східної Європи, парламентські вибори 2002 року в Україні проводилися в умовах неструктурованої політичної системи та масового застосування адміністративного ресурсу, що суттєво вплинуло на остаточні результати парламентських виборів.

Поєднання елементів обох виборчих систем, на думку Дж. Сарторі, не призводить автоматично до появи змішаної виборчої системи – «у результаті утворюється ціл-

ком пропорційна система». І це не усвідомлюють навіть німецькі виборці, оскільки вони не розуміють значення другого туру голосування. Таким чином, у Німеччині забезпечується лише персоналізація голосування.

Умовно змішаною можна вважати систему *єдиного непередаваного голосу*, яка передбачає голосування виборців у багатомандатному окрузі. При цьому виборець голосує за конкретного кандидата, а не за список кандидатів від якої-небудь партії. Така система змушує партію орієнтуватися на власний електорат, забезпечувати постійні тісні зв'язки з виборцями. Голосування здійснюється за *методом обмеженого вотуму* – виборець має право віддати свій голос лише за одного кандидата.

Г. Країни з нестійкими виборчими системами. Ця група країн характеризується мінливістю виборчих систем, що зумовлено політичним протистоянням і намаганням політичних сил зберегти свій вплив і владні важелі у власних руках. Для України це також характерно, і нестабільність виборчої системи є однією з причин фрагментації вітчизняної політичної системи. Разом з тим, спостерігається обнадійлива тенденція, за якою право висувати кандидатури поступово отримують політичні партії, розвиток яких тяжіє до партій парламентського типу.

На думку Дж. Сарторі, виборчі системи впливають на політичні системи певним чином: зокрема, системи відносної більшості при системному структуруванні і розсіюванні у виборчому окрузі призводять до двопартійного формату; якщо є структурування при відсутності розсіювання системи відносної більшості, то це дає змогу утворити політичні системи більше двох партій настільки, наскільки це дозволять високі, вище відносної більшості, концентрації голосів виборців; при системному структуруванні пропорційне представництво одержує знижувачий ефект. Тобто, чим більша неоднорідність пропорційного представництва, тим вищі затрати для дрібних партій, і, навпаки, чим менша неоднорідність, тим слабший знижувачий ефект [25]. Пропорційна система відкриває дорогу для середніх і дрібних партій, що дає змогу представити ширший політичний спектр у парламенті; за мажоритарної системи виборчий корпус не дробиться і можливо сформувати стабільний уряд [26].

Кореляція між політичною волею народу та представницькою демократією: проблеми вибору та оптимізації виборчих систем

Це питання тісно пов'язано з конституційною інженерією, тобто спробами за допомогою правових засобів вплинути на еволюцію партійних систем. Знання позитивних і негативних ознак цих систем дають змогу зробити адекватні висновки. При обранні в певній країні виду виборчої системи необхідно враховувати структурованість її політичної системи, рівень розвитку політичних партій парламентського типу. Приклад парламентських виборів 2002, 2006, 2007 років в Україні свідчить про неоднозначні процеси в ході цих виборів, на результати яких впливають такі критерії, як ефективність і справедливість.

Ефективність виборчої системи полягає не лише в тому, яким чином вона забезпечує представництво та відображає громадську думку, а також **на основі чого формується урядова більшість**. Принаймні, ефективність може проявлятися не стільки у вираженні громадської думки представницьким органом, як у **здатності уряду проводити самостійну політику з метою досягнення загального блага**.

Справедливість передбачає адекватне представництво політичних сил та забезпечення рівних умов для впливу різних політичних сил на політику уряду. Необхідною умовою справедливості представництва є **невтручання адміністрації у виборчий процес**, відсутність тиску з боку адміністрації на процес висунення кандидатів, **наявність розгалуженої мережі територіальних осередків партій та наявність у них фінансових і людських ресурсів**.

При визначенні в певній країні виборчої системи існує взаємозв'язок із формою правління. Парламентське правління передбачає, зазвичай, мажоритарну виборчу систему або пропорційну виборчу систему із значним виборчим бар'єром [27]. У напівпрезидентській формі правління вибір виборчої системи є фактором конституційної інженерії, оскільки такий вибір суттєво впливає на вирішення основної проблеми політичного режиму – забезпечення функціональної самостійності уряду в умовах співіснування опозиційної до президента парламентської більшості, на яку спирається уряд. При президентській формі правління вибір виборчої

системи зумовлений забезпеченням ефективності парламентського правління, і він не впливає безпосередньо на уряд.

За результатами парламентських виборів 2006 року видно, що в Україні політичні партії йшли на них з одними політичними програмними цілями, які змінювалися в ході політичного процесу. Криза громадської думки щодо оцінки Універсалу національної єдності свого часу яскраво засвідчила, що політичні партії в Україні поки знаходяться на шляху пошуку суспільного консенсусу, який базується насамперед на однакових суспільних цінностях. Загалом, для партій електорального типу постановка питання про компроміс та пошук консенсусу щодо соціальних цінностей викликає подив або цинічне нехтування ними та використання відкритих демократичних процедур. Універсал засвідчив, що політичні партії електорального типу йшли на вибори з радикальними гаслами, які довелося кардинально переглядати з метою формування та діяльності уряду, підконтрольного партіям такого типу.

Представницька демократія заперечує прийняття рішення та формування влади політичними силами, які не несуть відповідальності перед виборцями за свій політичний курс. У цьому відношенні політичним партіям належить пройти хороший вишкіл на предмет відповідального формування та вираження політичної волі народу. Тому головним завданням для політичних партій є становлення їх як партій парламентського типу, тобто шлях забезпечення зворотних зв'язків із виборцями через мережу власних територіальних осередків, здатних підвищувати політичну і правову культуру громадян і сприяти забезпеченню їх основних прав і свобод, законних інтересів. По суті, йдеться про істотну ревізію законодавства про політичні партії, застосування інституту конституційної відповідальності у вигляді визнання певних партій неконституційними та їх розпуску, забезпечення відкритого і прозорого звітування партій про джерела свого фінансування та їх витрат тощо.

Висновки

Вибори забезпечують легітимність публічної влади та слугують засобом контролю народу над владою. Результати виборів до парламенту значною мірою впливають на майбутній хід формування уряду. Лише в президентських республіках в умовах роз-

Загалом, для партій електорального типу постановка питання про компроміс та пошук консенсусу щодо соціальних цінностей викликає подив або цинічне нехтування ними та використання відкритих демократичних процедур. Універсал національної єдності свого часу засвідчив, що політичні партії електорального типу йшли на вибори з радикальними гаслами, які довелося кардинально переглядати з метою формування та діяльності уряду, підконтрольного партіям такого типу.

*Очевидним є те, що
нинішня система
політичних партій
непарламентського
типу потребує
радикального
реформування.
Передовсім,
це питання є
проблемою
самозбереження
партій та
необхідною
передумовою
поширення їх
впливу в політичній
системі. Інакше
в Україні може
виникнути загроза
звернення
до засобів
плебісцитарної
демократії з усіма
її ризиками і
небезпеками.*

діленого правління, парламентські вибори не мають прямого впливу на формування уряду. Легітимність уряду досягається мистецтвом узгоджувати свої рішення з парламентською більшістю в умовах розділеного правління (тобто в ситуації, коли парламентська більшість є опозиційною до політичного курсу уряду, очолюваного президентом).

Висновки про переваги і недоліки певних виборчих систем мають сенс лише у випадку наповнення цієї дискусії конкретним змістом, а саме: співвідношенням між ступенем розвитку територіальних структур політичних партій та їх реальною здатністю висувати кандидатів; трансформацією популістських партій у політичні партії парламентського типу; структурізацією політичної системи та впливовістю політичних партій парламентського й електорального типу; реальною здатністю політичних партій здійснювати контроль за виборчим процесом та/або заміщувати вакансії посад у виборчих адміністраціях; гарантією вільного і чесного виборчого процесу та відкритого і прозорого характеру діяльності виборчих адміністрацій; формою народного голосування та процедурою підрахунку голосів. У своїй сукупності ці та інші фактори дають синергетичний ефект і сприяють виробленню збалансованих правил впливу виборчої системи на структуру та функціонування політичної системи суспільства відповідно до принципу верховенства права.

Для України зазначені висновки мають особливе значення, оскільки в ній відбуваються історичні процеси становлення класичного конституціоналізму і класичної демократії. Очевидно, що перехід України до модернізованої виборчої системи на парламентських виборах – пропорційної виборчої системи з відкритими партійними списками або повернення до одного з варіантів мажоритарних чи змішаних виборчих систем – це питання часу. На думку

автора, найоптимальнішим для умов сучасної політичної системи України є вибори за регіональними відкритими партійними списками, що дасть змогу посилити відповідальність партій перед виборцями та відобразити їх реальний вплив у політичній системі.

Також є очевидним, що нинішня система політичних партій непарламентського типу потребує радикального реформування. Передовсім, це питання є проблемою самозбереження партій та необхідною передумовою поширення їх впливу в політичній системі. Інакше в Україні може виникнути загроза звернення до засобів плебісцитарної демократії з усіма її ризиками і небезпеками.

Крім того, Україні слід визначитися, яку модель демократії буде реалізовано на практиці: ліберальну, соціальну чи технократичну. Також постає питання: якими засобами забезпечуватиметься вільний демократичний лад в Україні – методами войовничої, антикризової, антикорупційної чи іншої демократії? Від цього залежить статус політичних партій, рухів, фракцій у парламенті тощо. Адже діюча модель аморфної, безвідповідальної, корумпованої демократії може задовольняти запити хіба що авторитарних і тоталітарних політичних сил. Вона сприяє формуванню номенклатурно-бюрократичного типу політичних сил, які розглядатимуть владу як своєрідне *ius potestas*. Тому існуватиме реальна загроза використання влади як ресурсу контролю за власністю та її використання виключно в інтересах цих політичних сил олігархічного характеру.

Отже, українське суспільство знаходиться на роздоріжжі: проблем більше, ніж рішень. Тому існує проблема пошуку оптимальних рішень в умовах невизначеності. Їх вирішенню сприятиме вільна демократична дискусія, засвоєння цих уроків та здійснення виважених рішень.

Література

1. Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів. – К.: АртЕк, 2001. – С. 51–73.
2. Бенетон Ф. Основи політики. – К., 2003. – С. 312–324.
3. Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність / За заг. ред. М.І. Панова, Л.М. Герасіної. – К.: Ін Юре, 2005. – С. 262–277.
4. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М.: Прогресс, 1981. – С. 71–98.
5. Фрицький О.Ф. Конституційне право України. – С. 236–252, 240–241.
6. Кресіна І.О., Перегуда Є.В. Парламентські вибори в Україні: правові і політичні проблеми: Монографія. – К.: ІДП НАН, 2003. – С. 74–75.
7. Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights // *American Political Science Review*. 1937. Vol. 31. P. 417, 618.
8. Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd Ed. – Durham and London: Duke University Press, 1997. – P. 31.
9. Шайо А. Самозащита конституционного государства // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2004. № 3. – С. 4; Sajo A(ed.). *Militant Democracy*. Utrecht: Eleven International, 2004.
10. Шайо А. Самозащита конституционного государства... – С. 5–9.
11. Франкенберг Г. Обучающийся суверен // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2004. № 3. – С. 20–25.
12. Niesen P. Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality: Three Paradigms for Reflecting Past Injustice in Germany and Italy. Ed. by S. Avineri & Z. Sternhell (eds), *Europe's Century of Discontent: The Legacies of Fascism, Nazism and Communism*, Jerusalem: Magnes Press, 2003, pp. 249–268;
13. Meier H. *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretationen und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden, 1993;
14. Guenther K. The Legacies on Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture // *The EU and Human Rights* / Ed. by P. Alston. Oxford, 1999.
15. Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: проблеми формування та розвитку в Україні: Монографія / Автор. кол.: Вашук О.М., Мазурок І.О., Навроцький В.В., Савчин М.В. (керівник автор. кол.), Трачук П.А. – Ужгород: Мистецька лінія, 2008. – 348 с.
16. BVerfGE 5, 85/138.
17. Франкенберг Г. Обучающийся суверен // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 2004. № 3. – С. 25.
18. Кампо В.М. Право і політична культура на виборах 2002 року: спроба концептуального аналізу // *Вибори і референдуми в Україні: законодавче забезпечення, проблеми реалізації та шляхи вдосконалення*. Зб. матеріалів міжн. наук.-практ. конференції. Київ, 13–15 листопада 2002 року (доповіді, виступи, рекомендації). – К.: Нора-друк, 2003. – С. 397–409.
19. Mueller J.-W. *Constitutional Patriotism*. Princeton and Oxford: Princeton University Press; Mueller J.-W. *On the Origins of the Constitutional Patriotism* // *Contemporary Political Theory*, 2006, # 6, pp. 278–296.
20. Habermas J. *Könnenkomplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?* In: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt aM: Suhrkamp, 1976, pp. 92–126.
21. Sternberger D. *Verfassungspatriotismus* // *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1979, 23th May.
22. Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів. – К.: АртЕк, 2001. – С. 53.
23. Marshall G. *Constitutional Conversations. The Rules and Forms of political Accountability*. – Oxford: Clarendon Press, 1984.
24. Романюк А., Шведа Ю. Партії та електоральна політика. – Львів, 2005. – С. 154.
25. Романюк А., Шведа Ю. Партії та електоральна політика. – Львів, 2005. – С. 43–44.
26. Сравнительное конституционное право / Отв. ред. В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин. – М., 1996. – С. 398.
27. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Пер. с франц. – М., 2002. – С. 87–88.

ДО 20-Ї РІЧНИЦІ НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ

Сучасний стан конституціоналізму: проблеми співвідношення демократії та державного суверенітету

М. Савчин

кандидат юридичних наук, доцент

У статті розглядається співвідношення між конституціоналізмом і демократією як найбільш фундаментальними основами сучасного конституційного устрою, що виражається в консенсусному механізмі прийняття владних рішень і ефективності судового конституційного контролю.

Ключові слова: *верховенство права, демократія, державний суверенітет, конституціоналізм, народний суверенітет.*

Демократичний устрій сучасного суспільства не є універсальним. У рамках міжцивілізаційного дискурсу питання демократичних цінностей дискутується, зокрема, прихильниками глобалізації та традиціоналістами. Навіть у ліберальних правових доктринах демократія та конституціоналізм виглядають інколи як певні антиподи.

Аксіомою демократичних ідей є прийняття владних рішень на основі мажоритарного принципу при врахуванні інтересів меншості. Конституціоналізм, у свою чергу, акцентує увагу насамперед на забезпеченні індивідуальних інтересів. Цей дискурс на практиці втілюється у судовому захисті прав та інтересів індивіда у випадку, коли суспільство стикається з проблемою «тиранії» більшості. Таким чином, конституціоналізм апелює, швидше, до фахового вирішення питань публічного значення, ніж до їхнього вирішення більшістю, яка може піддаватися тимчасовим та кон'юнктурним егоїстичним інтересам.

Демократія та вирішення питань публічного значення зумовлює зосередження уваги насамперед на інструментах представницької демократії. Оскільки публічна влада у політичному суспільстві наділена верховенством та незалежністю, тобто суверенітетом, постає питання про якість владних рішень та їх відповідність принципу верховенства права. У демократичному суспільстві основою публічної влади є консенсусний механізм, за якого у суспільстві існує згода щодо базових суспільних цінностей та узгодження інтересів між різними соціальними групами. Консенсусний механізм сучасної демократії ускладнює процес прийняття владних рішень, який перетворюється на специфічну модель «мережевої демократії» та концепту «мережевого суверенітету»¹, що яскраво видно на механізмі прийняття рішень владними інституціями Європейського Союзу чи механізмі «кооперативного федералізму» в Німеччині.

¹ Савчин М. В. Багаторівневий конституціоналізм і легітимність мережевої публічної влади // Країни Центрально-Східної Європи в умовах регіоналізації: історико-методологічний, політико-правовий та економічний аспекти: Монографія / [Є. В. Бевзюк, В. А. Вергун, О. О. Грін, В. Й. Ерфан та ін.]: за ред. Є. В. Бевзюка, О. О. Гріна. — Ужгород: Вид. ЗакДУ, 2010. — С. 239–284.

Таким чином, існує потреба у подальшому дискурсі щодо природи демократії у сучасному світі. У випадку із традиційними суспільствами важко вести мову про демократичний дискурс, оскільки ці суспільні системи є переважно закритими, із власною системою патріархальних цінностей. Демократія загалом є агресивним середовищем, оскільки передбачає конкуренцію між групами інтересів, і традиційні суспільства не завжди готові до такого стану речей. Доктринальний дискурс щодо природи демократії визначається також і тим, що сама система цінностей, на якій базується демократичний устрій, передбачає модель раціональної організації держави, яка оперативна і адекватно реагує на проблеми, що постають перед суспільством.

У цьому контексті необхідно розглянути співвідношення демократії, конституціоналізму та державного суверенітету як ключових категорій у функціонуванні вільного демократичного ладу. Тут важливим видається розкрити основні фактори та структурні елементи демократичного ладу в Україні на тлі зарубіжного досвіду. Відповідно запозичення тих чи інших компонентів демократичного ладу необхідно узгоджувати на засадах збереження та примноження вітчизняних демократичних традицій.

1. Конституціоналізм та влада як раціоналізований процес прийняття рішень. Конституціоналізм розглядається як суспільно-політична система, що обмежує владне свавілля та визначає гарантії прав людини і основоположних свобод. У вузькому сенсі конституціоналізм втілюється у діяльності органів конституційної юстиції з перевірки правових актів органів публічної влади на предмет їх конституційності. Конституціоналізм як конституційна ідеологія та практика одночасно передуює процесу прийняття або ревізії конституції. Він також може бути наслідком чинності кодифікованої (писаної) конституції, яка служить критерієм правомірності правових актів органів публічної влади.

Наріжним каменем конституціоналізму є механізм легітимації публічної влади. У цьому контексті простежується тісний зв'язок принаймні між трьома компонентами конституціоналізму: а) інститутом безпосередньої демократії як засобом контролю над публічною владою (вибори, референдум і парламентаризм); б) підзвітною професійною публічною службою, яка надає якісні публічні послуги; в) судовим конституційним контролем. Виборний механізм публічної влади дає змогу забезпечити формування політичної волі народу, а в умовах перехідних демократій — формувати відповідну політичну культуру спільноти, представники якої перетворюються на справжніх відповідальних громадян. Це дає змогу формувати систему відповідальних дій з боку інститутів громадянського суспільства, яке є відкритим для формування відповідальних владних рішень.

2. Теоретичні засади демократії та конституціоналізм. Концепція конституціоналізму, на перший погляд, конкурує із концепцією демократії, оскільки відображає ідею обмеження влади за допомогою правових засобів, у першу чергу писаної конституції, що має найвищу юридичну силу, та через механізм судового контролю за актами органів влади і насамперед парламенту. Аналізуючи зміст демократії крізь призму її критики з боку «анархіста» та «підкувальника», американський політолог Р. Даль також підмічає цю суперечність між консти-

туціоналізмом та демократією. Зокрема, судовий конституційний контроль він розглядає як елемент державного піклування¹.

Таке побоювання Р. Даля, як і іншого американського юриста Дж. Г. Елая, зумовлено тим, що народу досить складно контролювати дії судової влади. Їхні погляди також поділяє угорський конституціоналіст А. Шайо, який вбачає у конституціоналізмі певну елітарну модель побудови вільного демократичного суспільства, в якій значну роль відіграють компетентні фахівці. Наведені думки пов'язані із кризою сучасної демократії, коли на практиці народ розглядають як певний, умовно кажучи, бездумний натовп (Х. Ортега-і-Гассет) із притаманними йому егоїстичними пристрастями (Г. Маркузе), чією думкою можна маніпулювати за допомогою сучасних засобів комунікації та впливу на свідомість.

Разом з тим, концепт демократії завжди спирався на ідею про компетентного громадянина, здатного та зацікавленого брати участь в управлінні публічними справами. Звідси постає проблема підвищення ефективності виховання людей як свідомих і відповідальних за свої вчинки громадян, які повинні володіти достатнім арсеналом юридичних засобів, щоб відстоювати свої права та інтереси.

Конституція закладає основи національного правопорядку. Таким чином, установча влада наділяє вищі конституційні органи правом визначати загальні моделі втручання у соціальні відносини, що склалися у конкретному суспільстві, країні. У вільному демократичному суспільстві, побудованому на функціонуванні інститутів представницької демократії, формується загальна політична воля на основі поваги до різноманітних інтересів, що виникають у суспільстві.

Згідно з принципом демократії у суспільстві забезпечується баланс інтересів більшості й меншості, в механізмі якого інтереси останніх на рівні конституції або органічних законів конкретизуються у правах опозиції. Баланс інтересів більшості й меншості впливає з принципу рівності. Люди однаково здатні до самовизначення або до раціональних дій чи планування власного життя². Відповідно встановлюються демократичні процедури формування органів публічної влади та громадського контролю.

Демократія не є всеосяжною системою необмеженого правління «тиранії більшості». На думку М. Сейварда, демократична система повинна адекватно реагувати на суспільні запити й потреби. Тому він відстоює концепцію самообмежувальної демократії, яка складається з низки елементів: «якщо а) правління, яке реагує (*responsive rule*), має діяти в політичних спільнотах настільки, наскільки це можливо і б) правління, яке реагує, може перетворитися просто на систему правління більшості, тоді в) чинники, логічно потрібні для стійкості правління, яке реагує, мають бути поза процедурами прийняття рішень більшістю»³.

Демократія є відкритою структурованою системою суспільно-політичних інституцій, що мають забезпечувати динамічний і гнучкий поділ влади та контроль

¹ Далья Р. Демократия и ее критики. — М.: РОССПЭН, 2003. — С. 55–122, 296.

² Визначення і вимірювання демократії / За ред. Д. Бітема. Пер. з англ. Г. Хомочко. — Львів: Літопис, 2005. — С. 17–18.

³ Там само. — С. 28.

громадянського суспільства над здійсненням державної влади, спрямований на забезпечення упорядкованості суспільства, його цілісності. До інститутів сучасної демократії Р. Даль відносить: виборні органи влади, вільні й справедливі вибори, загальне виборче право, право претендувати на обрання, свободу вираження власної думки, право на альтернативну інформацію, організаційну самодіяльність¹.

Згідно з Конституцією України право визначати та змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами². Основний Закон забороняє будь-якому окремо взятому учасникові політичного процесу узурпувати державну владу (частини друга, третя статті 5). Ці положення розвиваються додатково у статтях 6 та 19 Конституції України. Органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи здійснюють свої повноваження тільки на основі Конституції і відповідно до законів України, а також зобов'язані діяти лише на підставі, в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України, оскільки принцип поділу влади забезпечує «тісну їх взаємодію, кінцевим результатом якої є досягнення конституційних цілей і завдань»³.

Необхідно зазначити, що сьогодні у механізмі демократії, зокрема у демократичних процедурах, важливу роль відіграють політичні партії. У цьому контексті конституційне закріплення права громадян на об'єднання у політичні партії (статті 36, 37 Основного Закону) забезпечує лише гарантії реалізації та захисту деяких основних прав індивіда, однак не визначає місця й ролі політичних партій у механізмі демократії, політичному і державному житті.

Згідно зі статтею 17 Конституції України захист суверенітету та територіальної цілісності України, її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави і справою всього Українського народу, тобто народ має право на захист, гарантування своєї влади незалежно від виду та джерел загрози владі.

Відповідно до Конституції України народ здійснює владу у формі виборів, референдуму, народної ініціативи або через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, шляхом делегування їм належних повноважень. Основний Закон передбачає також можливість здійснення влади народом як в цілому, на загальнонаціональному рівні, так і на рівні місцевого самоврядування.

У юридичному сенсі влада народу виявляється насамперед у тому, що установча влада українського народу є первинною щодо всіх органів державної влади, похідних від народного суверенітету⁴. У системі конституційного ладу демократія визначає механізм взаємодії інститутів громадянського суспільства і держави. У цьому контексті різні трактування демократії визначають проблематичність засад демократичного ладу. Процес управління, тобто прийняття

¹ Даль Р. Демократия и ее критики. — М.: РОССПЭН, 2003. — С. 341.

² Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005.

³ Рішення Конституційного Суду України від 27 червня 2000 року № 7-рп/2000.

⁴ Тодька Ю. Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина: Учеб. пособ. — Х., 1998. — С. 99–100.

рішень за волею більшості, у країнах Західної Європи набув розвитку у відповідній доктрині правління більшості¹.

Французькі вчені в обґрунтування цієї концепції зазначають, що коли виникає необхідність прийняти рішення, то лише число голосів може служити належним критерієм при здійсненні вибору. У системі демократії будь-яка думка має цінність, і перевага певних поглядів на конкретний момент є визначальним критерієм прийняття рішення. По суті, думка більшості не має визначальної цінності, тому меншість повинна безумовно підпорядкуватися закону, хоча й надалі може відстоювати свою думку й після голосування, адже сам факт її поразки не знижує цінність думки².

Як вважає німецький вчений К. Гессе, принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного порядку³. У контексті вітчизняної конституційної дійсності наповнення реальним змістом демократичного порядку залежить від дієвості таких факторів: почуття індивіда, спроможного робити усвідомлений і раціональний вибір; структуризація політичної системи згідно з конституційними засадами; гарантії вільних і чесних виборів; судовий захист виборчих прав; збалансованість конституційної та адміністративної юрисдикції; запровадження конституційної скарги та суду присяжних.

3. Демократія та публічна влада. На думку Ф. Бенетона, ліберальна демократія будується на основі свободи кожного, тому вона передбачає рівний доступ кожного до процесу управління, чому найкраще відповідає мажоритарний принцип. Обмеженість політичного правління зумовлена необхідністю попередження політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки мають бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії⁴.

В умовах процесу здійснення влади існують династичний, корпоративний і демократичний різновиди політичного наступництва. Відповідно політична система постійно адаптується до нових соціальних цілей та створює нові інститути, що забезпечують канали зворотних зв'язків між урядом та населенням. У складно стратифікованому (політичному) суспільстві існують різні форми вирішення суперечностей: реформування, модернізація, трансформація, модифікація. У точці біфуркації динаміки політичної системи такі механізми стають недостатніми, що може бути причиною політичного конфлікту у формі революції, політичної кризи, реформи⁵. Тому важливим видається конституювання політичної системи та політичних інститутів у вигляді формального закону, найвищим ступенем нормативності якого є саме конституція.

Таким чином, справедливим є підхід німецького конституціоналіста К. Гессе, за яким у сучасних умовах принцип мажоритарності у структурі демократичного устрою зумовлений підпорядкуванням політичного процесу праву (режиму кон-

¹ Конституционное право: Учебник / Отв. ред. В. В. Лазарев. — М.: Юрист, 1999. — С. 228.

² Демишель А., Демишель Ф., Пикемаль М. Институты и власть во Франции. — М., 1977. — С. 11.

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — М.: Прогресс, 1981. — С. 72.

⁴ Бенетон Ф. Основы политики. — К., 2003. — С. 312–324.

⁵ Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність / За заг. ред. М. І. Панова, Л. М. Герасіної. — К.: Ін Юре, 2005. — С. 262–277.

ституційності), тобто цілям «раціоналізації політичного процесу», який здійснюється за чіткими, твердими і передбачуваними правилами (засадами правової визначеності).

Учасники політичного процесу зв'язані конституційним порядком у тому сенсі, що останній повинен відбуватися гласно, відкрито і відповідати критеріям наочності, що створює засади державної легітимації. Легітимація влади більшості здійснюється таким чином, щоб забезпечити рівні можливості і захист меншості (опозиції), свободу і гласність політичного процесу. Нині політичний процес зужується певними політичними рамками, що зумовлені необхідністю виконання державою деяких соціальних зобов'язань, встановлених конституцією і поточним законодавством¹.

Принцип мажоритарності (більшості) як основа прийняття зобов'язуючих колективних рішень потрібно доповнювати критерієм компетентності. Згідно з формулою компетентності прийняття більшістю правильного рішення прямо залежить від рівня її компетентності. І тут спостерігається пряма кореляція: якщо рівень компетентності більшості умовно становить нижче середнього 0,5, то чим більше проголосувало за це рішення, тим більше воно буде наближатися до нуля за рівнем своєї компетентності, і навпаки². Рівень компетентності владних рішень сьогодні впливає на ступінь легітимності влади.

Таким чином, сучасна криза демократії з погляду конституціоналізму виявляється у ступені контролю громадянами публічних властей та прийняття владних рішень, зокрема, їх участі у здійсненні конституційного судочинства.

Як свідчить досвід функціонування Конституційного Суду України, який вирішує спори переважно про компетенцію між органами влади та здійснює нормативний контроль за правовими актами органів публічної влади, таке положення конституційної юстиції у системі демократії дистанціює її від народу. Тому вирішення питання про прямий доступ громадян до конституційного судочинства через конституційну скаргу дає змогу виробити основні концептуальні підходи, які не дозволили б перетворити конституційний суд на своєрідну платонівську раду стражів.

4. Конституціоналізм та суверенітет держави. Демократія і конституціоналізм потребують опори в особі держави, якість якої залежить від її суверенітету. Сьогодні у світі домінує ідея держави-нації. В основі її концепції лежить політична воля народу визначати засади організації влади. В основі держави-нації лежить політична єдність людської спільноти, яка не залежить від етнічних, релігійних чи соціальних компонентів її структури. На державу покладаються завдання забезпечувати справедливе управління суспільством та відстоювати національні інте-

¹ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — М.: Прогресс, 1981. — С. 71–98.

² Спираючись на французького філософа і математика графа Кондорсе, Р. Даль наводить таку формулу рівня компетентності за Д. Блеком: $\frac{v^{h-k}}{v^{h-k} + e^{h-k}}$, де $h+k$ — це сукупність членів, що приймають рішення, a v (*verite*) і e (*erreur*) — ймовірність того, що кожний член правий або помиляється, при $e+v=1$. Застосування цієї формули дає обґрунтовані підстави дійти висновку про неналежний рівень компетентності рішення Верховної Ради України при прийнятті конституційного Закону № 2222-IV, який був визнаний неконституційним згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010.

реси на міжнародній арені. Відповідно у внутрішній сфері держава покликана забезпечити існування спільноти¹, а у міжнародних відносинах повинна керуватися насамперед національними інтересами, покладеними в основу своїх зовнішньополітичних рішень.

Державний суверенітет у сучасних умовах глобалізації є об'єктивно обмеженим. По суті повним суверенітетом володіють держави, які розглядаються у теорії міжнародних відносин як наддержави. Також державний суверенітет є обмеженим, оскільки в силу міжнародного договору держава добровільно самообмежується у суверенних правах або взагалі делегує їх частину наднаціональним інститутам. Зрештою, спостерігається розмивання державного суверенітету на регіональному рівні.

Суверенітет держав-націй розмивається одночасно на двох рівнях: верхньому, наднаціональному, і нижньому, пов'язаному з діяльністю суспільних груп, організацій, індивідів. Індивідуалізм, який утверджується як вища етична цінність нової глобальної культури, стає чинником, що руйнує легітимність держави-нації і лояльність щодо неї з боку громадян².

Такий стан речей в умовах правового оформлення української державності має далекосяжні наслідки. Необхідність самовизначення України в сучасному глобалізованому світі зумовлює визначення оптимальної моделі її інтеграції у наднаціональні структури, оскільки це є необхідним для забезпечення інформаційної, економічної, політичної, оборонної складових національної безпеки. Таким чином, інтереси держави-нації, яка ще остаточно не сформувалася, відбуваються у постмодерних умовах, які ставлять вимогу визначити конституційну модель забезпечення засад поділу влади, обмеження публічної влади правом, забезпечення субсидіарності і пропорційності в організації вертикальної державної структури та міри втручання держави у приватну сферу.

Особливе значення має конституційне визначення засад субсидіарності та пропорційності. Субсидіарність як засада, що забезпечує місцеві ініціативи та ефективно місцеве самоврядування під відповідальність місцевих публічних властей, дає змогу збалансувати ресурси та повноваження щодо справедливого управління публічними справами згідно з верховенством права. Досвід конституційного регулювання субсидіарності можна запозичити із законодавства Європейського Союзу, Італії, Німеччини чи Франції.

Пропорційність слугуватиме критерієм правомірності державного втручання у приватну автономію, сприятиме визначенню пріоритетних напрямів діяльності органів публічної влади. Правове регулювання принципу пропорційності у Кодексі адміністративного судочинства України з цих причин здається недостатнім, оскільки орієнтує публічну владу на конфліктну модель відносин із приватними особами. Тому обґрунтованими є пропозиції щодо інтенсифікації застосування пропорційності як надпозитивної конституційної цінності у діяльності Конституційного Суду України³.

¹ Мере Ж. Принцип суверенітету. — Львів: Кальварія, 2003. — С. 156.

² Шепелєв М. А. Теорія міжнародних відносин. — К.: Вища школа, 2004. — С. 295.

³ Євтошук Ю. Принцип пропорційності у практиці Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 1. — С. 90–101.

5. *Юридичні гарантії демократії та суверенітет народу.* Забезпечення демократичних процедур відповідно до конституційних рамок переслідує триєдину мету: забезпечення контролю народу над владою, легітимацію інститутів влади та рівність і справедливість. Відповідність засобів покладеній меті є сутністю виборчих процедур у їх широкому значенні у механізмі конституційної держави.

Формування політичної волі народу залежить від багатьох факторів: місця й ролі партій у суспільно-політичному житті, рівня свободи вираження поглядів у суспільстві, ступеня розвитку політичної системи суспільства, політичної і правової культури громадян, системи конституційних цінностей тощо. У сучасних умовах все більшої ваги набуває забезпечення політичної інтеграції в суспільстві, забезпечення балансу розвитку української нації та національних меншин, збереження та примноження їхніх мов, культури, традицій та звичаїв. Порушення такого балансу призводить до виникнення різного роду маргінальних політичних сил, які, керуючись популістськими гаслами, намагаються прийти до влади та провести певні радикальні заходи. У випадку коли такі партії своїми цілями або діяльністю загрожують засадам конституційного ладу, потрібно вживати адекватних заходів. Така система захисту демократичних цінностей у компаративній літературі отримала назву «войовничої демократії», феномен якої необхідно досліджувати глибше виходячи з вітчизняних умов та реалій¹. Сьогодні концепція «войовничої демократії» використовується також як засіб боротьби проти тероризму².

Таким чином, простежується декілька зрізів конституційних гарантій вільного демократичного ладу. Зокрема, серед них можна виділити: гарантії свободи політичної діяльності у співвідношенні з концепцією «войовничої демократії»; гарантії демократичного ладу та діяльність засобів масової інформації; роль політичних партій у демократичному процесі; проблеми забезпечення фінансового та організаційного контролю у процедурах народного волевиявлення; судовий захист права народу на вільне волевиявлення та справедливе і чесне голосування.

До складових войовничої демократії Е. Бофіль відносить: 1) обмеження щодо внесення поправок до конституції; 2) оголошення політичних партій поза законом; 3) обмеження права голосу; 4) обмеження свободи об'єднань; 5) обмеження свободи слова; 6) здійснення освітніх заходів відповідно до конституційних цінностей³. У рамках цієї концепції було також винесено рішення Європейського Суду з прав людини у справі «*Refah vs. Turkey*» від 31 липня 2001 року, затверджене пленумом Суду 13 лютого 2003 року. В його основу покладено правову позицію, відповідно до якої політична партія може здійснювати свою діяльність з дотриманням таких умов: по-перше, засоби, що використовуються, повинні бути законними і демократичними; по-друге, пропонувані партією зміни мають відповідати фундаментальним демократичним принципам. Однак не тільки засоби, а й мета, що переслідується партією, можуть бути обмежені державою.

¹ Савчин М. В. Конституційний патріотизм у контексті постмодерного конституціоналізму // Юридичний журнал. — 2008. — № 7.

² Роч К. Антитероризм и воинствующая демократия // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 2; № 3.

³ Бофилль Э. Л. Запрет политических партий как один из признаков «воинствующей демократии» // Сравнительное конституционное обозрение. — 2005. — № 1.

Криза ідей ліберальної демократії в умовах сучасного глобалізованого світу призводить до дилеми у співвідношенні індивідуальних та колективних прав. Принцип мажоритаризму, який лежить в основі прийняття рішень у демократичних суспільствах, є спрощеним розумінням проблеми. Нині індивідуальне та колективне начала у демократичному ладі визначаються відповідно через принципи субсидіарності та пропорційності.

Субсидіарність ґрунтується на ініціативності та самодостатності, що покладається в основу прийняття владних рішень. Якщо розглядати цей принцип крізь політичну організацію суспільства, необхідно говорити про зростання ролі громадських організацій та політичних партій у формуванні політичної волі народу та вираження його інтересів через представницькі органи влади. Ефективну діяльність політичних партій складно уявити без їхньої взаємодії з громадськими організаціями. Дефіцит такого співробітництва потім призводить до негативних наслідків виборчої кампанії конкретних політичних партій та неадекватності ініціатив, які вони висувають у парламенті, некомпетентності рішень уряду та адміністративних органів.

Пропорційність виражає міру, межі державного втручання у приватну автономію особистості, забезпечуючи розв'язання внутрішнього конфлікту демократії — конфлікту між інтересами правлячої більшості та меншості. Конституціоналізм надає тут власну зброю: писану конституцію із притаманною їй атрибутикою (найвища юридична сила, пряма дія, консенсусний механізм ревізії тощо) та інститут судового конституційного контролю.

Консенсусний механізм демократії потребує суспільного дискурсу щодо перспективних напрямів розвитку суспільства, у рамках якого формується система спільних цінностей. Пошук консенсусу є доволі складним і суперечливим суспільно-політичним процесом, який не завжди дає оптимальний і суспільно-корисний результат. Апеляція ідеологів конституціоналізму, які спираються на думку авторитетних фахівців, не завжди є виправданою, хоча б зважаючи на консерватизм цих суспільних авторитетів. Тому невід'ємною частиною доктрини конституціоналізму є самообмеження конституційного судді, щоб власними рішеннями він не підмінював перебіг соціального процесу. У цьому й полягає дилема співвідношення демократії та конституціоналізму: яким чином традиційний консерватизм конституційного судді сприятиме забезпеченню балансу інтересів більшості й меншості у випадку, коли політичні засоби не дозволяють досягти суспільного консенсусу?

Савчин М. В. Современное состояние конституционализма: проблемы соотношения демократии и государственного суверенитета. Рассматривается соотношение между конституционализмом и демократией как наиболее фундаментальными основами современного конституционного строя, что выражается в консенсусном механизме принятия властных решений и эффективности судебного конституционного контроля.

Ключевые слова: верховенство права, демократия, государственный суверенитет, конституционализм, народный суверенитет.

Savchyn M. The modern state of constitutionalism on the issues of correlation of democracy and national sovereignty. The correlation between constitutionalism and democracy as the most fundamental basics of modern constitutional order is considered in the article. This correlation is expressed through the consensus mechanism of making authoritative decisions and efficiency of constitutional judicial review.

Key words: rule of law, democracy, state sovereignty, constitutionalism, popular sovereignty.

РЕФОРМУВАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ У КОНТЕКСТІ СОЦІЕТАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ



М. САВЧИН

*доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри адміністративного,
фінансового, інформаційного
та європейського публічного права
(Ужгородський національний університет)*

Сучасний конституціоналізм розвивається динамічно і його невід'ємним елементом є місцеве самоврядування. Місцеве самоврядування є засобом демократичної легітимності і репрезентації інтересів громадянського суспільства і засобом децентралізації публічної влади. Оскільки людство вступає в епоху ноосфери, коли основою його розвитку стають інформаційні технології та досягнення у галузі науки [1], виникають проблеми щодо забезпечення тісних зворотних зв'язків публічної влади із громадянами, прав людини четвертого покоління [2]. Це відбувається на тлі зростання ролі соціальних мереж та переходу функціонування публічної влади через горизонтальні зв'язки, для якого притаманний високий рівень гетерархії з властивими їй системі формулюванням та відтворенням абстрактних правил відповідно до принципу верховенства права.

За таких умов трансформується природа публічної влади, яка набуває все відкритіших форм, що є необхідною умовою її демократичної легітим-

ності. Реальна спроможність держави спирається на ефективно діючі інститути, правила і процедури, які дозволяють їй забезпечувати власний суверенітет на міжнародній арені. При цьому дієві та ефективні інститути місцевого самоврядування є основою мереживної структури організації влади, яка набуває все більшої ваги як елемент сучасної демократичної легітимності.

Порушення цих засад у поєднанні з атакою на фундаментальні конституційні цінності спричинило Революцію гідності, яка триває в Україні й донині. За роки незалежності держава так і не вжила дієвих заходів для становлення місцевого самоврядування в Україні, а після декларування цього принципу у Конституції України — інституційно та ресурсно.

Неефективність владних інститутів, як свідчить досвід Греції у подоланні економічної кризи, яка розпочалася з проблем виконання зовнішніх фінансових зобов'язань, стала однією з причин обмеження суверенітету цієї країни. Мереживно-центрична струк-

тура ЄС дозволяє забезпечувати вирівнювання розвитку насамперед на регіональному і місцевому рівнях влади. Водночас криза Європейського Союзу зумовлена його інституціональною неспроможністю до вирівнювання розвитку національних держав, оскільки та на міжнаціональному рівні інституціонально є незавершеною насамперед через недоліки банківської, податкової та грошово-кредитної системи. Це доповнюється кризою демократичної легітимності інститутів ЄС, про що свідчать останні вибори до Європейського парламенту.

Основними сучасними проблемами функціонування публічної влади є криза концепції державного суверенітету, послаблення політичної волі держав до прийняття владних рішень та ієрархічних зв'язків за рахунок зв'язків координації і реордінації, дилема громадянського та етнічного фактора у формуванні державності, делегування окремих владних повноважень квазі-владним структурам громадянського суспільства, посилення впливу транснаціональних корпорацій (далі – ТНК) на процес прийняття владних рішень.

Властивими для України проблемами функціонування публічної влади є істотний дисбаланс у розподілі повноважень між органами публічної влади, переважання елементів авторитаризму та ієрархічних зв'язків у публічній владі, непрозорість та проблеми її відкритості, надмірний формалізм процедур на тлі неналежних гарантій належної правової процедури, трактування демократії переважно через принцип мажоритарності, непотизм та корупція.

Метою цього дослідження є розкриття основних напрямів реформування місцевого самоврядування в Україні через призму соціетального конституціоналізму, теорії соціальних мереж та глобалізації. Ця концепція

ґрунтується на динамічній природі соціетального конституціоналізму, гетерархії суспільства, процесах глобалізації, правах людини і демократичній легітимності.

Динамізм мереживної публічної влади:

погляд з точки зору соціетального конституціоналізму

В умовах сучасних процесів глобалізації і фрагментації, економічної кризи, формування нового світового порядку змінюється природа та організація публічної влади. Вона набуває все більш динамічних форм і її здійснення спирається на інновації з урахуванням технологій комунікативної демократії, плебісцитарної демократії, а інколи авторитаризм у поєднанні з окремими демократичними процедурами розглядається як ефективна методика подолання суспільних чи економічних криз.

Ми висловлюємо гіпотезу про існування тенденції до формування мереживно-центричної структури публічної влади, в межах якої суверенітет ґрунтується на системі горизонтальних, вертикальних та реордінаційних зв'язків між основними інститутами прийняття владних рішень на засадах конституційної державності, верховенстві права та вимог належної правової процедури. Його складно описати виключно через системний (лінійний) чи синергетичний підходи; їх необхідно певним чином синтезувати, оскільки такі зв'язки засновані на низці соціальних патернів. Зокрема, прийняття владних рішень зумовлюють динаміку суспільно-політичних процесів. Приклад інституційної слабкості ЄС свідчить, що як кількість інститутів публічної влади має бути оптимізованою, так і реалізація процедур прийняття владних рішень має бути транспарентною і доступною.

Тому йдеться про «міжнародну мережу» як перспективу його подальшого розвитку [3], зважаючи також на те, що Федеральний конституційний суд Німеччини визнав ЄС як «асоціацію суверенних держав» і погляди на його державність як наднаціональну [4, 25].

Слід також не відкидати дослідження у галузі національної безпеки та стратегії і тактики ведення воєн, серед яких приділяється увага веденню мереживо-центричних воєн, у межах чого досліджуються управлінські структури, засновані на максимально широкому доступі до інформаційних ресурсів та самоорганізації при ухваленні рішень оперативного характеру¹.

Водночас потребує свого уточнення це поняття, зважаючи на природу публічної влади, яка може трактуватися як мереживо-центрична структура. На місцевому і регіональному рівні така організація публічної влади побудована на зв'язках когерентності з метою узгодження місцевих владних рішень і вирівнювання розвитку регіонів в умовах обмежених природних ресурсів. На міждержавному рівні така асоціація забезпечується різномірною інтеграцією, яка побудована на повазі до національного суверенітету та переда-

чі частини суверенних повноважень національних держав наднаціональним інститутам влади. Емпірично це сьогодні проявляється в організації ЄС, який однак нині демонструє серйозні вади інституціональної неспроможності (*institutional failure*) у зв'язку із домінуванням європейської бюрократії у прийнятті владних рішень. Оскільки делегування частини національного суверенітету в ЄС є легітимним при додержанні процедур парламентського контролю, узгодженні регіональних, національних і наднаціональних політик, судового конституційного контролю, то організація публічної влади за стільниковим аналогом передбачає перерозподіл влади та формування нових механізмів контролю і відповідальності влади.

Таким чином влада набуває *не характеру соціальної мережі, а мереживного* характеру. Тобто мереживна публічна влада організована за різними рівнями, які наділені власною сферою повноважень на засадах установчої легітимності (конституції чи інші установчі акти народу та спільнот) та субсидіарності (розподіл повноважень між цими рівнями влади). Публічна влада набуває ознак мережива в силу: а) поваги гідності людини і її права на

¹ Поняття «мереживо-центрична війна» запроваджено американськими експертами [5]. Вона базується на доступі до інформації та застосуванні IT-управління, самоорганізації та ініціативності елементів системи. Ця концепція цілком узгоджується із концепцією соціального конституціоналізму. Управлінські технології згідно з концепцією мереживо-центричної війни ґрунтуються на трьох основних компонентах: а) доступ до інформаційних ресурсів автономними підсистемами гарантує вибір оптимальних матриць ухвалення управлінських рішень; б) кожен елемент управлінської системи автономний в ухваленні рішень, на підставі умов наявної обстановки; в) на основі чого виникає самоорганізована і саморегульована система управлінських рішень, які поєднують у собі ієрархічні і горизонтальні зв'язки, а також нелінійні зв'язки (реординацію) між компонентами системи. Це передбачає запровадження електронного урядування (*e-government*) на всі поверхні публічної влади та відкритість як інформації, так і технології управлінських рішень. Згідно з положеннями соціального конституціоналізму управлінським системам притаманно: 1) фрагментація логіки дій внаслідок високого ступеня диференціації, плюралізації, регіоналізації окремих соціальних сфер; 2) домінування інструментального розрахунку як єдиної засади раціональності у конкретних сферах суспільних справ; 3) всеосяжна заміна неофіційною координацією бюрократичних організацій; 4) збільшення вмісту «жорстких рамок забезпечення майбутнього», особливо в соціальній сфері [6, 56]. Така фрагментація конституційної системи засвідчує, що функції держави еволюціонують у цій сфері також у напрямі диференціації та деконцентрації із запровадженням механізмів дорадчості, за якими до процесу ухвалення владних рішень залучаються також й інститути громадянського суспільства, які не наділені формальними владними повноваженнями. Це невідворотно має наслідком посилення ролі місцевого самоврядування як одного з провідних елементів потужності національної державності у цілому. Ігнорування таких засад, як засвідчили період одразу після здобуття незалежності України та період правління В. Януковича, містить потенціал колапсу, неспроможності національної державності.

розвиток в умовах зростання ролі науково-технічних досягнень людства та інформаційних технологій; б) ускладнення соціальних зв'язків у суспільстві, яке все більше стає організованим у певні мережеві спільноти, які засновані на спільних соціальних цінностях, володіють найвищим ступенем мобільності та гетерархічності; в) обмеження природних ресурсів, що поглиблює процеси інтеграції, без якої будь-яка публічна влада стає неспроможною (*failed power*); г) пошук спільних (універсальних) соціальних цінностей та оптимізації алгоритмів владних рішень в умовах обмеженості природних ресурсів зумовлює глобалізацію, що є передумовою формування глобального права; ґ) соціальна мобільність зумовлює зміну моделей легітимізації публічної влади через мережу узгодження рішень, в основі якого лежить забезпечення балансу інтересів.

Така публічна влада забезпечує формування і відтворення абстрактних правил на гетерархічній основі. Нинішнє суспільство є складним із багатоманітністю інтересів спільнот, тому основним завданням публічної влади є нормативна дистрибуція через забезпечення правил абстрактного характеру та стабільності укладених контрактів. Сенс нормативної дистрибуції полягає у відкритих і зворотних процедурах формування правил та засад деліберативної демократії, яка передбачає активну участь громадян у процесі прийняття владних рішень. Це забезпечується шляхом поєднання законодавчих процедур, процедур узгодження між спільнотами корпоративних правил, які набувають ознак нормативності, судовий захист основоположних цінностей суспільства, основним критерієм яких є суспільне благо і права людини, регуляторної політики уряду у визначенні технічних та управлінських правил. У свою чергу, органи публічної

влади мають спиратися на сучасні інформаційні технології та інновації з метою забезпечення зворотних зв'язків із громадянами для прийняття адекватних і компетентних рішень, зокрема, повномасштабного запровадження *e-government*.

На такому тлі надмірна централізація влади, а також матеріальних ресурсів через фіскальні та бюджетні інструменти, надмірне регулювання економічної свободи, обмеження ринкового обігу землі, що має місце в Україні, не сприяє відкритому і демократичному вирішенню питань публічного значення. Це створює сприятливі умови для нав'язування суспільству бачення його розвитку на основі цілей державного управління, яке завжди тяжіє до втілення своєї політичної волі в інтересах бюрократії та ТНК, політичних чи економічних структур, на які влада спирається. У такий спосіб відбувається розрив зворотних зв'язків між державою та громадянами, що має наслідком обмеження соціальної мобільності, слабке втілення інновацій у силу олігопольної структури економіки. Щоправда, такий стан речей може компенсуватися досягненнями в окремих галузях економіки (в Україні — космічна, металургія, в Росії — енергетична). Однак ця структура публічної влади зумовлює істотний вплив економічних кіл на процес прийняття владних рішень (Україна) або патримоніальну структуру власності, за якої вищі посадові особи на основі інституту трасту спираються на систему монопольного державного капіталізму (Росія).

Гетерархія сучасного суспільства, структура мереживної публічної влади та реформа місцевого самоврядування

Існують певні межі здійснення публічної влади, які зумовлені процесами, що відбуваються у суспільстві,

та функціонуванням інститутів громадянського суспільства. Держава володіє обмеженими можливостями впливу на суспільні процеси. Врешті-решт держава не є всесильною — ефективна держава завжди опирається на інститути громадянського суспільства, які служать джерелом її розвитку та можливої модернізації. Організуючий вплив держави на суспільство можливий виключно у межах права, яке виконує функцію соціального контролю людської поведінки. У цьому відношенні держава володіє правом втручання з метою недопущення виникнення недемократичних, авторитарних чи тоталітарних структур у суспільстві.

Таким чином, основу конституювання інститутів громадянського суспільства становлять гарантії їх самоорганізації, рольової автономії та змагальності, права приватної власності та економічної свободи на основі пріоритету основних прав і свобод, зв'язаності втручання публічної влади основними правами і свободами. На відміну від публічної влади, громадянське суспільство володіє високим ступенем самоорганізації. Згідно з синергетичним підходом ступінь втручання держави з мотивів публічних інтересів у функціонування інститутів громадянського суспільства повинен переслідувати легітимну, суспільно корисну мету, бути пропорційним з урахуванням балансу приватних і публічних інтересів.

Це пов'язано з гетерархічною структурою сучасного суспільства із притаманною йому множинністю та багаторівневістю зв'язків, які виникають спонтанно на основі раціонального вибору. Зокрема, поведінка учасників економічної системи базується на раціональних засадах, тобто на системі абстрактних правил концепції унітарного консенсусу, який розглядає конституцію як нейтральний інструмент в

економічній системі. Тому в економічному дискурсі раціональна поведінка розглядається як основа збереження і виживання індивіда чи групи, навіть якщо така мета не ставиться, що дає змогу забезпечити рівновагу у системі; раціональна поведінка не завжди може мати усвідомлений характер, вона може виступати рефлексією на певні чинники або подразники (зміна курсу валют, співвідношення попиту і пропозиції тощо) на ринку з метою забезпечення свого автономного положення [7].

Тому надзвичайно важливо, щоб питання визначення економічного клімату, самоорганізації спільнот та їх легалізації, забезпечення правопорядку, освіти, охорони здоров'я, культури були передані на максимально доступний рівень інститутам громадянського суспільства. Згідно з концепцією соціетального конституціоналізму сенс передачі повноважень органам місцевого самоврядування полягає у формуванні мережі ухвалення управлінських рішень за участю громадськості через дорадчі інститути. У такий спосіб досягаються збалансовані і виважені управлінські рішення (*deliberative democracy*), які мають відповідати стандартам транспарентності і довіри. Вимога виваженості і збалансованості рішень з погляду демократичної конституційної держави зумовлює додержання стандарту належної правової процедури, згідно з якою такі мають бути засновані на законі, відповідати принципу пропорційності, заборони свавілля, правової визначеності, обов'язку заслуховування, обов'язку реагування, реституції та компенсації у сфері основоположних прав, а також засобів попереднього правового захисту [8, 84].

Тобто ухвалення рішень у суспільному середовищі зумовлено проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведін-

ку його акторів. За таких умов досить проблематично ставити за мету діяльності держави досягнення конкретних результатів у суспільстві, коли складно передбачити наявну його структуру, взаємозв'язки між акторами на майбутнє. Тому актуальним є формування певних, усталених абстрактних правил, які б гарантували доступ до інформації та побудови на основі цього раціональних патернів (усталених взірців, моделей поведінки акторів соціальної системи).

Основою інтеграції громадянського суспільства та публічної влади є політична система, у якій сьогодні найважливішими є вплив групи інтересів політичних партій на процес формування уряду та контролю над ним як на національному, так і наднаціональному рівні. Сьогодні це виражається через поєднання засобів консолідації та консенсусної демократії, що залежить від особливостей розвитку конкретного суспільства (його інститутів, правил і процедур). Перша передбачає більшу подібність структур, а друга — більш диференційовану структуру суспільства [9, 18–19, 21–23]. Деякою мірою ці системи опосередковуються через коаліційну систему узгодження інтересів та інтеграції суспільства, однак його структури є аморфними, нестійкими і в них слабо проявляються зв'язки автопойезису, а тому є слабкими і неспроможними. Такі речі істотно впливають на інституційну наповненість публічної влади, що аналізується з точки зору конституційної інженерії як певного мистецтва інституціоналізації публічної влади відпо-

відно до правил і процедур, щодо яких існує консенсус у конкретно історичному типі суспільства¹.

Ми розглядаємо публічну владу як мереживо із притаманними їй горизонтальними та вертикальними зв'язками, автопойезисом правил і процедур, які спонтанно виникають і самовідтворюються у новій ролі всередині системи. Тому цілком обґрунтовано можна вважати, що публічна влада має визнавати вплив структур громадянського суспільства на прийняття владних рішень як основу їх легітимності.

У свою чергу, мереживна публічна влада за своєю природою спирається на суспільство та побудована на засадах деконцентрації владних повноважень, субсидіарності, деліберативної демократії, репрезентації й узгодженні інтересів політичних акторів, взаємопов'язаності (когерентності) владних рішень. Мереживність публічної влади обґрунтовує посилення транскордонного співробітництва як засобу забезпечення вирівнювання розвитку регіонів і поглиблення інтеграції суміжних регіонів різних держав.

На глобальному рівні зростає роль таких неформальних структур, як Світовий економічний форум, Римський клуб, в основу діяльності яких покладено забезпечення зворотних комунікацій між бізнесовими колами, урядами та громадянським суспільством. Зокрема, основними питаннями, якими опікується Світовий економічний форум, є економічне зростання, стійкість довкілля, фінансові системи, охорона здоров'я, соціальний розвиток. Неформальні зустрічі під

¹ Саме на підставі засад, розроблених Дж. Сарторі [10, 187–193], А. Кайзером, М. Ленертом, Б. Міллером і У. Зіберром [11], ми робимо висновок, що засади демократичної легітимності підриває виборча система обрання депутатів міських, районних і обласних рад за закритими партійними списками (пропорційною системою), яка, не забезпечуючи реальне представництво громад, є безпосередньою атакою на відкритість і доступність інститутів влади на локальному рівні публічної влади, привносячи в її організацію зайвий корпоративізм і закритість. Так само не відповідає засадам демократичної легітимності обрання депутатів сільських і селищних рад, а також сільських, селищних і міських голів за системою відносної більшості, оскільки за таких умов саме меншість нав'язує свої інтереси більшості, що закладає конфліктогенний потенціал у відносини рада — голова.

час його проведення мають вплив на глобальні, національні та регіональні політико-правові процеси, що не можна ігнорувати. Тому реальний суверенітет держави виражається у здатності впливати на перебіг такої дискусії, під час якої вирішують питання стратегічного розвитку людства.

Гетерархія сучасного суспільства зумовлює те, що спостерігається тенденція до наділення його окремих інститутів елементами владних повноважень, оскільки вони більш оперативні й адекватно реагують на суспільні запити на засадах верховенства права і процесуальної автономії. Це може стати одним із інструментів побудови державної політики на основі прозорих і раціональних абстрактних правил, спрямованих на демонополізацію конкурентного простору між соціальними та елітарними групами [12, 36–38].

Крім того, мережеві структури у перехідних суспільствах, до яких належить і українське, можуть містити потенційні загрози для них. Це зумовлено такими чинниками: а) доступ до інформації та ресурсів має переважно колишня партноменклатура і державна бюрократія, що як наслідок передбачає б) невизначеність у правилах та відсутність верховенства права, що в) дозволяє здійснювати субсидювання і протекціонізм та г) зумовлює зростання корупції, створення мережевих структур закритого типу, г) що у підсумку призводить до значного розшарування суспільства, підвищення кількості і розміру податків та зниження ефективності публічної влади, інколи навіть до рівня *failed state* [13, 58]. Тому дуже важливим є саме відмежування мережевої структури суспільства від мереживної, оскільки наслідком розвитку першої є, як правило, різні модифікації корпоративної державності, що видно на прикладі

Російської Федерації, де вищі посадові особи контролюють власність через патримоніальні зв'язки у суспільстві. Тому досить проблемним є аналіз в «оптимістичному полі» концепту корпоративної держави, який всерйоз обґрунтовується як реальний механізм модернізації української державності [14]. Взагалі розглядати державу як своєрідний «вертикально інтегрований холдинг, керований ременями вертикального корпоративного управління» [15] суперечить засадам соціетального конституціоналізму та демократичної легітимності. Зрозуміло, що небезпечним у контексті демократичної легітимності є процес прийняття управлінських рішень у корпоративній державі як «механізм упорядкування та оптимізації ринкової економіки» [16]. Держава *per se* є гарантом легітимізації правил і дотримання контрактів у ринковій економіці і аж ніяк інструментом її «оптимізації», оскільки легітимність втручання держави у сферу приватної автономії має бути суспільно необхідним у демократичному суспільстві, пропорційним і не створювати надмірних обмежень для прав людини і основоположних свобод.

Підсумовуючи, слід зазначити, що демократизація процедур прийняття владних рішень у бік поглиблення засад деліберативної демократії та транспарентності, деконцентрація влади, впровадження засад субсидіарності є основними механізмами поглиблення легітимності публічної влади України, забезпечення національних інтересів України на міжнародній арені. Як свідчить емпіричний досвід успішної інтеграції зарубіжних країн на міжнародному рівні, недодержання цих вимог призводить до явища *failed state* (неспроможної держави), що загрожує самоідентичності і самодостатності національних держав, посиленням загроз і викликам національ-

ним інтересам та народному суверенітету.

З метою удосконалення конституційної моделі перерозподілу повноважень між рівнями публічної влади в Україні необхідно вирішити такі питання: а) визнати принцип субсидіарності як засаду поділу влади по вертикалі та засаду інститутів громадянського суспільства, які передбачають їх вільну ініціативу, самоорганізацію та саморегулювання; б) конкретизувати фінансові, бюджетні, податкові, ресурсні інструменти економічної самодостатності місцевого самоврядування; в) трансформувати місцеві державні адміністрації в інститут влади на зразок французького префекта, покликаного забезпечувати адміністративний контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування та забезпечення узгодження регіональних політик і вирівнювання розвитку регіонів; г) ввести інститут муніципальних омбудсманів; г) здійснити дерегулювання (лібералізацію) економічної діяльності. При цьому узгодження регіональних місцевих і державної політик має забезпечуватися комплексною реформою податкової системи на засадах децентралізації, адміністративно-територіального устрою та формування публічної влади на засадах субсидіарності між державою, проміжною публічною владою і місцевим самоврядуванням.

Згідно з концепцією соціетального конституціоналізму має бути запроваджено збалансований розподіл відповідальності між державою, місцевим самоврядуванням і громадянським суспільством. У цьому контексті ми вбачаємо три основоположні інструменти:

- по-перше, реальне запровадження на локальному і регіональному рівні публічної влади *e-government* (електронне урядування) дасть змогу заощадити інформаційні, процедурні та організаційні ресурси і забезпечити

більш компетентні, рефлексивні та оперативні управлінські рішення, засновані на транспарентності та балансуванні публічних і приватних інтересів;

- по-друге, практичне втілення принципу субсидіарності, згідно з яким а) повноваженнями наділяється саме той рівень влади, який є максимально наближеним до жителів громади і володіє належними і достатніми ресурсами для їх реалізації, у свою чергу, б) виконання завдань більшого масштабу та таких, що передбачає залучення додаткових ресурсів, підлягає передачі на вищий щабель влади;

- по-третє, а) максимальну передачу матеріальних і фінансових ресурсів на місцевий і регіональний рівень влади з метою забезпечення їх самодостатності з децентралізацією фінансів та системи трансфертів у бюджетній системі; б) поступове запровадження засад когерентності — узгодження політики між регіонами і вирівнювання їх розвитку державою через фіскальні та фінансові інструменти.

В організації конституційних органів державної влади необхідно підвищити роль парламентаризму, зокрема формування уряду на парламентській основі у поєднанні з конструктивним вотумом і вотумом довіри. Насамкінець, з точки зору соціетального конституціоналізму має свої переваги бікамеризм парламенту, оскільки верхня палата парламенту служитиме інструментом збалансування загальнодержавної та регіональних політик. На такій же правовій основі існує потреба законодавчого регулювання участі парламенту та уряду у прийнятті владних рішень на наднаціональному рівні, щоб визначити правові засоби легітимності участі України у наднаціональних об'єднаннях з метою врахування локальних і регіональних інтересів, побудови реально діючої ефективної мережі публічної влади.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Вернадский В. И.* Научная мысль как планетное явление / отв. ред. А. Л. Яншин. — М., 1991. — 271 с.
2. *Derek G. Evans.* Human Rights: Four Generations of Practice and Development / In: Abdi A. and L. Schultz, eds. Education for Human Rights and Global Citizenship (Albany: State University of New York, 2007) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.derekgevans.com/pdf/ARTICLE-Human_Rights_Four_Generations.pdf.
3. *Кансамун І.* Не можна купити... орієнтацію [Андрій Єрмолаєв: «Наш північний сусід та інші країни євразійського регіону не стали для України та українців цивілізаційним взірцем»] // День. — 2011. — № 104–105 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.day.kiev.ua/211240>.
4. *Яковюк І. В.* Правові основи європейської інтеграції та її вплив на державно-правовий розвиток України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Х., 2014. — 42 с.
5. *Cebrovski A., Garstka J.* Network-Centric Warfare: Its Origin and Future // Proceedings. — 1998, Jan. [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.usni.org/magazines/proceedings/1998-01/network-centric-warfare-its-origin-and-future>.
6. *Sciulli D.* Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of Non-Marxist Critical Theory. — Cambridge, 1992. — 380 p.
7. *Мизес Л. фон.* Индивид, рынок и правовое государство. — СПб., 1999. — 196 с.
8. *Шмідт-Ассманн Е.* Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Соїко, А. Баканов ; відп. ред. О. Сироїд. — 2-ге вид., перероб. та допов. — К., 2009. — 552 с.
9. *Comparing political systems: Towards positive theory development.* By Hans Keman. Working Papers Political Science No. 2006/01. Department of Political Science. — Vrije Universiteit Amsterdam. — 32 p.
10. *Сарторі Дж.* Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів / пер. з 2-го англ. вид. — К., 2001. — 212 с.
11. *Kaiser A.* The Democratic Quality of Institutional Regimes: a Conceptual Framework / A. Kaiser, M. Lehnert, B. Miller, U. Sieberer // Political Studies. — 2002. — Vol. 50. — P. 313–331.
12. *Проблеми конституційного транзиту в Україні : аналітична доповідь / С. О. Янішевський, О. А. Фісун та ін. ; за ред. В. М. Яблонського, С. О. Янішевського.* — К., 2011. — 52 с.
13. *Носова Т. Ю.* Розвиток мережевої міжфірмової співпраці в інституційному середовищі // Наукові праці ДонНТУ. Серія: економічна. — 2007. — Вип. 31–2. — С. 56–59.
14. *Войтович Р. В.* Вплив глобалізації на систему державного управління (теоретико-методологічний аналіз) : моногр. / за заг. ред. В. М. Князева. — К., 2007.
15. *Eppler E.* Politichi di Nazionale developmento, politica transizionale societico. — N. Y., 2003. — 279 p.
16. *Системний* підхід к построению украинского корпоративного постиндустриального государства [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.siac.com.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=146&Itemid=59.

REFERENCES

1. Vernadskiy V. I. Nauchnaya mysl kak planetnoe yavlenie [Scientific Thought as a Planetary Phenomenon], Moscow, 1991, 271 p.
2. Evans D. G. Human Rights: Four Generations of Practice and Development, in: Abdi A. and Schultz L., eds. Education for Human Rights and Global Citizenship, Albany: State University of New York, 2007. Available at: http://www.derekgevans.com/pdf/ARTICLE-Human_Rights_Four_Generations.pdf.
3. Kapsamun I. Ne mozhna kupyty... oriiientatsiiu [Andrii Yermolaiev: «Nash pivnichnyi susid ta inshi krainy yevraziiskoho rehionu ne staly dlia Ukrainy ta ukrainsiv tsyvilizatsiinym vzirtsem»] [You cannot Buy... the Orientation (Andrii Yermolaiev: «Our Northern Neighbor and Other Countries of the Eurasian Region did not Become a Civilization Sample for Ukraine and Ukrainians »)], *Den*, 2011, no. 104–105. Available at: <http://www.day.kiev.ua/211240>.
4. Yakoviuk I. V. Pravovi osnovy yevropeiskoi intehratsii ta yii vplyv na derzhavno-pravovyi rozvytok Ukrainy [The Legal Framework of European Integration and Its Impact on State and Legal Development of Ukraine], Kharkiv, 2014, 42 p.
5. Cebrovski A., Garstka J. Network-Centric Warfare: Its Origin and Future, *Proceedings*, 1998, Jan. Available at: <http://www.usni.org/magazines/proceedings/1998-01/network-centric-warfare-its-origin-and-future>.
6. Sciulli D. Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of Non-Marxist Critical Theory, Cambridge, 1992, 380 p.
7. Mises L. von. Indivud, rynok i pravovoe gosudarstvo [The Individual, Market and Legal State], Saint Petersburg, 1999, 196 p.
8. Schmidt-Assmann E. Zahalne administratyvne pravo yak ideia vrehuliuvannia: osnovni zasady ta zavdannia systematyky administratyvnoho prava [Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee : Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung], Kyiv, 2009, 552 p.

9. Keman H. Comparing Political Systems: Towards Positive Theory Development, *Working Papers Political Science* No. 2006/01, Department of Political Science, Vrije Universiteit Amsterdam, 32 p.
10. Sartori G. Porivnialna konstytutsiina inzheneriia. Doslidzhennia struktur, motyviv i rezultativ [Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes], Kyiv, 2001, 212 p.
11. Kaiser A. The Democratic Quality of Institutional Regimes: a Conceptual Framework, *Political Studies*, 2002, vol. 50, pp. 313–331.
12. Problemy konstytutsiinoho tranzytu v Ukraini: analitychna dopovid [Problems of Constitutional Transit in Ukraine: Analytical Report], Kyiv, 2011, 52 p.
13. Nosova T. Yu. Rozvytok merezhevoi mizhfirmovoi spivpratsi v instytutsiinomu seredovyshchi [Development of Inter-Firm Cooperation Network in the Institutional Environment], *Naukovi pratsi DonNTU*, 2007, vol. 31–2, pp. 56–59.
14. Voitovych R. V. Vplyv hlobalizatsii na systemu derzhavnoho upravlinnia (teoretyko-metodolohichniy analiz) [Influence of Globalization on the Public Administration System (Theoretical and Methodological Analysis)], Kyiv, 2007.
15. Eppler E. Politichi di Nazionale developmento, politiche transizionale societico, New York, 2003, 279 p.
16. Sistemnyy podkhod k postroeniyu ukrainskogo korporativnogo postindustrialnogo gosudarstva [Systemic Approach to Formation of Ukrainian Corporative Post-Industrial State]. Available at: http://www.siac.com.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=146&Itemid=59.

Савчин М. В. Реформування місцевого самоврядування в Україні у контексті соціетального конституціоналізму

Анотація. У статті розкривається зміст доктрини соціетального конституціоналізму, елементом якого є реально гарантоване місцеве самоврядування. Акцентовано увагу на загальній тенденції розподілу повноважень влади між її рівнями. Висвітлено ступінь взаємодії місцевого самоврядування та інститутів громадянського суспільства у контексті деліберативної демократії. Сформульовано висновок про тенденції формування мереживно-центричного типу організації публічної влади. З цих позицій сформульовано низку пропозицій щодо реформування місцевого самоврядування в Україні.

Ключові слова: деліберативна демократія, конституціоналізм, мереживно-центрична структура, місцеве самоврядування, права людини, публічна влада, соціетальний конституціоналізм.

Савчин М. В. Реформирование местного самоуправления в Украине в контексте социетального конституционализма

Аннотация. В статье раскрывается содержание доктрины социетального конституционализма, элементом которого является реально гарантированное местное самоуправление. Акцентируется внимание на общей тенденции распределения полномочий власти между ее уровнями. Освещены степень взаимодействия местного самоуправления и институтов гражданского общества в контексте делиберативной демократии. Сформулирован вывод о тенденции формирования сетево-центрического типа организации публичной власти. С этих позиций сформулированы ряд предложений по реформированию местного самоуправления в Украине.

Ключевые слова: делиберативная демократия, конституционализм, сетево-центристская структура, местное самоуправление, права человека, публичная власть, социетальный конституционализм.

Savchyn M. Reforming Local Self-Government in Ukraine in the Context of Societal Constitutionalism

Annotation. The article reveals the content of the doctrine of societal constitutionalism the element of which is actually guaranteed by local government. Attention is focused on the general trend of the distribution of powers between government levels. The degree of interaction between local self-government and civil society institutions in the deliberative democracy is elucidated in the article. The author concluded on trends for shaping opinion network-centric type of public authority. From this perspective, a number of suggestions on the reform of local self-government in Ukraine is formulated.

Key words: deliberative democracy, constitutionalism, network-centric structure, local self-government, human rights, public authority, societal constitutionalism.

**М.В. Савчин,
Ужгородський державний інститут інформатики, економіки і права**

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ І ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ ТА ГЕОПОЛІТИЧНЕ СТАНОВИЩЕ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. В умовах подальшої глобалізації світової економіки, необхідності вирішення енергетичної, демографічної, екологічної та інших проблем кожна окремо взята держава не здатна повною мірою вирішити самостійно цілий ряд питань, які забезпечують національні інтереси. Тим більше національні інтереси будь-якої держави сьогодні можна розглядати у тісному взаємозв'язку із інтересами міжнародного співтовариства. Сучасний конфлікт між Ізраїлем та Палестиною, що по суті переріс у війну, неможливо розв'язати виключно виходячи із інтересів цих суб'єктів міжнародних відносин, динаміка вирішення цього конфлікту значною мірою вплине на геополітичне становище у регіоні Близького Сходу.

Таким чином, забезпечення національних інтересів України на міжнародній арені повинно укладатися у світові інтеграційні процеси, процеси глобалізації світової економіки, уніфікації та зближення національних законодавств, приведення вітчизняного законодавства у відповідність до світових стандартів. Одночасно ці процеси тісно пов'язані із забезпеченням національної безпеки України. Не даремно у Конституції України виділяється особливий напрям у галузі національної безпеки - забезпечення державного суверенітету та територіальної цілісності України. Як важливий превентивний засіб у цьому відношенні, на думку автора, необхідно також розглядати проблеми забезпечення обороноздатності України.

Національні інтереси України та її геополітичне становище. Україна на думку С. Гантінгтона знаходиться на місці розлому між євразійською (слов'янсько-православною) та західною цивілізаціями, вона служить ніби містком між Сходом і Заходом, тому він характеризує Україну як "розколоту" країну. Геополітичне положення України обумовлено з її взаємовідносинами між Росією, Європейським Союзом та Сполученими Штатами. Згідно цивілізаційного підходу більшу частину України умовно можна віднести до східнослов'янсько-православного типу цивілізації, однак Західна Україна тяжіє більшою мірою до західної цивілізації. Таким чином, можна зробити висновок що ця дилема остаточно буде розв'язана тільки після завершення формування України як єдиної політичної нації.

На сьогодні на світовій арені Україна не може визначитись із переважною орієнтацією своєї зовнішньої політики. Україна входить у Співдружність незалежних держав на правах асоційованого членства. З іншого боку Україна є основним учасником міждержавного утворення

ГУУАМ, діяльність якого в останній час майже не спостерігається. Україна також є учасником Угоди про партнерство і співробітництво з НАТО, зокрема в рамках "Партнерство заради миру".

У сфері міжнародного співробітництва та інтеграції Україні необхідно самовизначитися із домінуючими напрямками такого, яке у спеціальній літературі отримало назву "векторного фактору". Дилема, перед якою стоїть Україна, - це насамперед її самовизначення щодо орієнтації до Європейського Союзу чи СНД. У цілому сьогодні вважають, що зовнішня політика України у цьому напрямку повинна бути збалансованою. Тому важливим є поглиблення співробітництва та інтеграції як в рамках ЄС, так і СНД.

Розвиток українського суспільства в рамках світового цивілізаційного процесу передбачає багатоманітність форм інтеграції у світове співтовариство. Саме тут роль глави держави, уряду, парламенту, конституційної юстиції та плебісцитних форм демократії має надзвичайну вагу. Такі відносини мають складний системний характер, але вони полягають у визначенні форм регіонального співробітництва України та виробленні чіткої стратегічної політики у світовій спільноті. Інтеграція України у європейські транснаціональні структури ускладнена рядом чинників, які носять концептуальний характер, і мають змістовне навантаження як парадигми розвитку українського суспільства та утвердження державності.

Входження України у європейські транснаціональні структури ускладнюється тим, що в Україні не реалізовано у повній мірі принципу верховенства (панування) права, громадянське суспільство не виступає у повній мірі самоорганізованим, воно знаходиться на стадії динамічного розвитку. Ідея захисту основних прав і свобод (індивідуалізм) поки що підмінюється колективізмом (не солідаризмом, який передбачає політичну дискусію та консенсус). Такі цивілізаційні засади характерні саме для європейського співтовариства⁴.

Спеціалісти у сфері зовнішньої політики відзначають розмитість Інтересів національних інтересів України, нечіткість у формуванні стратегії зовнішньої політики. Зокрема, на думку багатьох спеціалістів така нечіткість насамперед визначається концепцією т. зв. "багатовекторності" зовнішньої політики, що проявляється у визнанні у якості стратегічних партнерів порядку 15-17 країн, що є досить дивним.

Однак сьогодні основна проблема є визначення пріоритетності відносин щодо Росії та ЄС. Відносини з РФ є традиційними, з якою Україна має тісні економічні, культурно-духовні зв'язки. Відносини України з Росією у деяких сферах становлять певні загрози для НБ.

Проблема "розколотості" України мусувалася у період парламентських виборів цього року у виступах ряду російських державних та політичних діячів, а також деяких російських ЗМІ. Одночасно почалася PR - акція, яка була негласно підтримана офіційним Кремлем, спрямована на орієнтацію

України до Росії, "просунення" проросійської орієнтації у сфері зовнішньої політики України. З кінця 2001 року в цій якості була запущена пропагандистська акція "В Європу - разом з Росією", а дещо пізніше щодо приєднання України до Євразійського Економічного Співтовариства (ЄврАзЕС).

Ідея інтеграції з ЄС разом Росією має суттєві вади, оскільки національні інтереси України прив'язуються до чужих національних інтересів і держава втрачає свободу політичного маневру. Це також ускладнить виконання Україною ряду зобов'язань згідно міжнародних угод України. На думку міністра економіки та з питань європейської інтеграції А. Шлапака є серйозні сумніви у вигодах вступу України у ЄврАзЕС, оскільки це може мати як наслідок кардинальну зміну вітчизняного законодавства та в рамках цього міждержавного об'єднання існує "зовсім інша форма відкритості ринків". З іншого боку така інтеграція є також не вигідною для України, так як не передбачається створення зони вільної торгівлі в об'ємі, визначеному міждержавними угодами у 1994 році.

На думку колишнього міністра зовнішніх справ України Б Тарасюка стратегічна невизначеність країни у зовнішній політиці тягне також не вигідні наслідки. Не дивлячись на домовленості між Україною та ЄС про партнерство та співробітництво, галузеві угоди та односторонні документи, Україна залишається осторонь від процесу європейської інтеграції і тим більше отримала статус країни "сусіда". Такий статус є досить сумнівним, що по суті означає "приєднання України до кола явних аутсайдерів" євроінтеграційного процесу¹.

Механізми інтеграції та проблема забезпечення державного суверенітету. Комплекс цих питань є тісно взаємопов'язаним і їх вирішення повинно бути взаємоузгодженим. Насамперед необхідно зазначити, що у конституціях країн Західної Європи якісно по новому регулюється питання забезпечення державного суверенітету. Так

регулювання переслідує за мету забезпечення гнучкого механізму перерозподілу повноважень центральною та місцевими владами всередині держави та передачі частини суверенних прав держави наднаціональним структурам (насамперед, Європейському Союзові).

Така модель відносин між європейськими державами ґрунтується на особливостях формування їх державних інституцій, уявленнях європейців про спільність їхньої долі та необхідність вирішення загальноєвропейських справ після шоку розрухи, Голокосту, що пережила Європа після II-ої світової війни. На сьогодні у юридичній думці все більше набуває поширення думка, що в одній державі може бути кілька суверенітетів. Наприклад, у федеративних державах у відповідності до конституційного механізму розмежування повноважень повнотою суверенної влади володіють як федерація - з одного боку, так і суб'єкти федерації - з іншого.

Такий механізм перерозподілу повноважень, коли предмет відання різних рівнів влади по суті взаємодоповнюється і їх взаємодія забезпечується

різноманітними інститутами (конкуруюча компетенція, інститут федерального втручання, принцип кооперації між державою та місцевим самоврядуванням, делегування повноважень тощо) у європейській традиції називається принципом субсидіарності. Даний принцип ще відомий з епохи Ренесансу і він знайшов свій прояв у деяких конституціях країн Європи, що дало змогу забезпечити гнучкий механізм діяльності цих країн у рамках ЄС.

Так, згідно зі статтями 23, 24 Основного Закону ФРН запроваджено механізм перерозподілу повноважень між ФРН та ЄС, у відповідності до чого Німеччина визнає положення Маастрихтського договору та визнає чинність на власній території комунітарного права (права ЄС), обов'язковість директив органів ЄС, виданих у межах їх повноважень. Аналогічним чином вирішує питання взаємовідносин між ЄС та Францією у розділі XI "Європейський Союз" Конституція Франції. Відповідні зміни також були внесені у Конституцію Італії. Таким чином, інтеграція європейських країн у ЄС забезпечується по суті через механізм самовиконуваності норм комунітарного права.

Подібного роду норми закріплені у Конституції Російської Федерації (ст. 79), у відповідності до якої РФ може брати участь у міждержавних об'єднаннях і передавати їм частину своїх повноважень у відповідності до міжнародних угод, якщо це не тягне обмеження основних прав і свобод і не суперечить засадам конституційного ладу. На думку М. Баглая у цьому формулюванні закладено принцип взаємності уступки повноважень і чіткі межі таких уступок.

Такого роду положення ми не зустрічаємо у Конституції України, яка жорстко регулює питання державного суверенітету та територіальної цілісності України, що насамперед пов'язано із порівняно невеликим досвідом української державності. Так, входження України у міждержавні союзи, наднаціональні утворення можливе тільки при дотримання певних умов.

Природно, що необхідною умовою набуття чинності положень міжнародно-правових актів є їх ратифікація парламентом або в іншому порядку, визначеному міжнародним правом. Згідно з ч. 2 ст. 9 Конституції України укладення міжнародних договорів, що суперечать Основному Закону, можливе тільки при умові внесення до нього відповідних змін. Разом з тим проект конституційного закону не може передбачати ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності України, передбачати скасування чи обмеження основних прав і свобод (ст. 157 Конституції).

Тому виникає питання за якими критеріями визначати ступінь небезпеки того, що на основі міжнародного договору може бути передбачено "ліквідація незалежності" держави. Оскільки згідно зі ст. 159 Основного Закону законопроект про внесення змін до Конституції перед розглядом парламентом підлягає попередньому конституційному контролю, дана проблема є прерогативою Конституційного Суду, який інтерпретує положення Конституції згідно принципів верховенства права. Можна

припустити, що оскільки йде мова про зовнішньополітичний аспект категорії державного суверенітету, а саме - незалежність, такі міжнародні договори чи установчі акти наднаціональних структур повинні гарантувати широку сферу самостійного вирішення питань зовнішньополітичного характеру Україною, які стосуються її національних інтересів. Україна не може бути позбавлена наявної інфраструктури дипломатичних та консульських установ за кордоном.

Територіальна цілісність і недоторканність як аспекти державного суверенітету. Важливим аспектом державного суверенітету є територіальна цілісність, яка є однією із засад конституційного ладу. У даному випадку необхідно розуміти єдиний правовий режим регулювання на території України, попередження та усунення загрози відділення частини території від Української держави. Це обумовлено формуванням єдиної політичної нації в Україні, попередження сепаратистських тенденцій у регіональному розвитку країни. Сепаратизм суперечить цінностям правової держави та інтересам народу України та національних меншин, що проживають на території України, гальмує економічний і соціальний прогрес, який в сучасних умовах можливий тільки при умові найтіснішої інтеграції.

Інший елемент, що характеризує державний суверенітет, — це недоторканність території і державних кордонів. Згідно цього принципу є неприйнятні будь-які спроби домагання на будь-яку частину території України. Україна володіє правом на самооборону у випадку посягання на її територію чи у вигляді прямої зовнішньої агресії чи висунення територіальних претензій.

Згідно Конституції територія України у межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною. Тому детально питання державних кордонів України та приналежності їй певних територій вирішується відповідними міжнародними угодами. Сьогодні існує очевидна проблема уточнення кордонів між Україною та Росією, Румунією. Особливо складним є питання демаркації державного кордону України з Росією, оскільки він має порівняно велику протяжність. У відносинах щодо демаркації державного кордону з Румунією є суттєві неузгоджені питання, оскільки остання у порушення принципів міжнародного права пред'являє територіальні претензії до України. Такі обставини можна розглядати як загрозу національним інтересам України і їх, можливо, необхідно вирішувати в рамках міжнародного арбітражу.

У внутрішньополітичному аспекті забезпечення принципу територіальної цілісності полягає у гарантіях унітарної політико-територіальної організації публічної влади та механізмах реалізації конституційної гарантії місцевого самоврядування. Забезпечення організаційної самостійності місцевого самоврядування як особливого виду публічної влади створить, на думку актора, превентивний засіб Можливим сепаратистським тенденціям в Україні. У даному випадку Необхідно наповнити реальним змістом конституційну гарантію місцевого

самоврядування через механізми вирівнювання рівня розвитку територіальних громад.

Деякі аспекти забезпечення національної безпеки та принцип соціальної правової демократичної держави. Інтегрального поняття згаданого принципу не зустрічається в літературі, в якій дається лише характеристика його окремих компонентів. Важливим здається у Даному випадку функціонування механізмів ринкової економіки у Контексті сталого (підтримуваного) розвитку, які на засадах демократії та соціального партнерства забезпечили соціально-правовий захист у Державі. Створення надійного механізму збалансованого публічно-владного впливу на суспільні процеси з метою забезпечення соціально-правового захисту дасть змогу сформуванню стійкої основи для внутрішньої політики, зокрема в сфері ринкової економіки, забезпеченні основних прав і свобод.

Отже, зовнішня політика більшою мірою залежить від внутрішньої політики, зокрема від економічної і соціальної політики. Так, відповідність українського законодавства європейським стандартам, проведення політики соціального захисту, яка забезпечує гідне існування особи, належний рівень долі ВВП на душу населення тощо і у переліку вимог вступу в ЄС країн-кандидатів.

Соціальна сфера є важливою сферою здійснення політики забезпечення НБ, яку можна розглядати в якості системоутворюючої її основи. Насамперед це стосується забезпечення громадського миру та гарантій функціонування інститутів громадянського суспільства. В останній час проблематика громадянського суспільства стала предметом бурхливої дискусії серед вітчизняних державних і політичних діячів. Проблема полягає в тому, що в сучасних умовах ні державні, ні суспільні інститути не в змозі повною мірою самостійно вирішити проблеми, які виникають. Зокрема, держава сьогодні не володіє достатніми ресурсами у створенні ефективного механізму соціального захисту населення, тому багато функцій у цій сфері делегуються громадським структурам за допомогою стимулюючих методів (зниження рівня оподаткування, підтримка діяльності благодійних фондів, кредитних спілок, благодійних організацій тощо) В свою чергу суспільство не може вирішувати самостійно соціальні конфлікти, інвестування у галузі економіки, які потребують значних ресурсів. Це вилилося у концепцію підтримуваного (у літературі частіше вживають термін "сталого") розвитку⁹.

Відома в останній час громадська дискусія щодо природи взаємодії між громадським суспільством і державою не розставила остаточно крапок над "і". Це питання ще буде предметом громадського дискурсу У цілому проблема полягає в тому, що суверенність держави стає все далі розмитою. Зокрема, правосуб'єктність ряду державних органів, установ, організацій проявляється як у публічно-правовій, так приватній сферах. Потребує свого дослідження природи діяльності таких державних установ як Національний банк, Фонд державного майна. Державний комітет по регулюванню фондового ринку та ринку цінних паперів тощо. З іншого боку

спостерігається делегування державою ряду владних функцій громадським структурам (адвокатура, нотаріат, аудиторська служба, тощо)

З цього приводу одні автори вважають, що не завжди активне розвинене громадянське суспільство є гарантом демократії, хоча таке дисциплінує державу, просуває різні групи населення, забезпечує їхню активну участь у політичному житті. Зокрема, поширюється ідеологема, що нібито багато неурядових організацій майже повністю залежать від іноземних організацій і, взагалі, що "різке посилення громадянського суспільства є симптомом небезпечного ослаблення політичних структур"¹⁰.

На думку інших держава зможе відіграти важливу роль у розвитку здорового громадянського суспільства, створюючи ефективне законодавче середовище, систему чітких і прозорих процедур, через податкове стимулювання благодійної діяльності й партнерство з недержавними організаціями.

У наведених думках прослідковується дискусія щодо проблеми формування так званих "груп інтересів", які стають основою для формування політичних структур. Саме з цих причин один із авторів концепції громадянського суспільства Імануїл Кант розглядав його як одну із передумов виникнення правової держави, однак відділяв безпосередньо саме громадянське суспільство від політичних структур. І справді, політична система більшою мірою виступає своєрідною сполучною ланкою між державою і громадянським суспільством, а тому і є самодостатньою. Політика за своєю природою є способом забезпечення соціального миру у громадянському суспільстві та державі, середовищем, в якому узгоджуються різноманітні інтереси "груп тиску", громадських об'єднань¹¹. На думку В. Медведчука у цьому процесі важливу роль посідають професійні спілки, у цілому ця проблематика вирішується через формування системи солідаризму як необхідної умови рівноваги громадського суспільства.

З точки зору забезпечення НБ дана проблема є проблемою врегулювання соціальних конфліктів, що є предметом конфліктології, зокрема юридичної конфліктології. Конфлікти можуть виникати на індивідуальному рівні, рівні соціальних спільнот, а також на політичному та геополітичному рівнях. Конфліктні взаємовідносини великих соціальних спільнот переважно обростають множиною більш дрібних протиріч та конфліктів, навіть до індивідуальних. Витоки політичного конфлікту містяться у самій природі політики, політичній системі суспільства і її ядра - держави. Тому держава не може самоусуватися від вирішення конфліктів, а виконувати функції забезпечення соціального миру.

У політиці соціального захисту держава зобов'язана забезпечити гідний для особи рівень доходів. Як вважає російський вчений О. Кутафін, головне завдання соціального розвитку суспільства визначає

основні напрямки соціальної політики, реалізація яких на практиці забезпечить зміну самої суті держави. На думку П. Глуценка необхідно вести мову саме соціально-правовий захист, оскільки "соціальна допомога є

немислимою без її узаконення, укладення у певні рамки законоположення, в той час як правовий захист завжди спрямований на досягнення, вирішення соціальних цілей і завдань". Дійсно, конституційне закріплення соціальних, економічних, культурних прав передбачає їх конкретизацію у поточному законодавстві та здійснення політики соціально-правового захисту з боку уряду. Тільки таким шляхом можна подолати дилему забезпечення прямої дії конституційних норм, які закріплюють згадані основні права. Резюме. Інтеграція України у наднаціональні структури обумовлена її внутрішньополітичними факторами, що ставить перед державою завдання по формуванню ефективних владних інституцій, формування єдиної, гнучкої правової системи, яка містила б механізми її зближення із загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, а також механізми її уніфікації у відповідності до вимог наднаціональних структур. Самовизначення України щодо інтеграції до відомих наднаціональних інституцій залежить від формування механізму взаємодії між структурами громадянського суспільства та держави, а також стійкості політичної системи і системи парламентаризму. Аналіз геополітичного становища України свідчить, що у далекій перспективі можливі три гіпотетичних варіанти її інтеграції до наднаціональних структур: а) отримання статусу члена ЄС; б) подальша інтеграція в рамках СНД; в) інтеграція як в рамках ЄС, так і СНД в контексті формування своєрідного "північного кільця" об'єднаних держав. На думку автора, важливим для України у інтеграційних процесах є збереження свободи політичного маневру з метою забезпечення власних національних інтересів та попередження можливих загроз Україні як політичній нації.

Список використаних джерел:

1. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций? // Полис. - 1994. - № 1. С. 33-48.
2. Україна 2000 і далі, геополітичні пріоритети та сценарії розвитку. - К.: НІСД. 1999. - С. 47-140.
3. Там само. - С. 64-69
4. Див.: Хантингтон С. Запад уникален, но не универсален / Мировая экономика и международные отношения, 1997 - №7. - С. 85-87.
5. Минэкономики на распутье Зеркало педели. - 2002. - № 15. С. 1
6. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации.- М.: Норма. 2001. С. 129.