



### Михайло Савчин

доктор юридичних наук, професор,  
директор Науково-дослідного інституту  
порівняльного публічного права та міжнародного права  
Ужгородського національного університету  
(Ужгород, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>  
[michaelsavchyn7@gmail.com](mailto:michaelsavchyn7@gmail.com)

УДК 342.34:342.413

## КОНСТИТУЦІЙНА ДЕМОКРАТІЯ: КОНСТИТУЦІЙНІ ЦІННОСТІ У ДИСКУРСІ СУБСТАНТИВНОЇ І ПРОЦЕДУРНОЇ ДЕМОКРАТІЇ

**АНОТАЦІЯ.** У статті розкривається конституційна демократія як комплексне явище, яке залежить від інституційної спроможності держави та стану верховенства права на тлі розвитку суспільно-політичних інституцій. Ця проблематика розглядається через систему конституційних цінностей – людської гідності, свободи, прав людини, верховенства права як основи сучасного конституціоналізму.

Конституційна демократія дає змогу подолати дилему конституціоналізму як інститутів та процедур обмеження влади й демократії, в основі якої лежить правління більшості, яке обмежено правами меншості. Розширення застосування засобів електронної (цифрової) демократії викликає потребу захисту персональних даних приватних осіб від можливих зловживань із боку публічної влади. Засади конституціоналізму визначають такий порядок демократичного урядування, який має враховувати вертикальні й горизонтальні основи конституції, забезпечуючи вимоги належної демократичної процедури та баланс інтересів більшості й меншості у плюралістичному суспільстві. Конституційна демократія спирається на інституційно спроможну державу, яка здатна методично і послідовно втілювати свої рішення в життя, які мають відповідати критеріям демократичної легітимності, та бути заснованою на повазі до людської гідності. Стан верховенства права на тлі розвитку суспільно-політичних інституцій також впливає на рівень конституційної демократії, оскільки його стандарти мають визначальне значення для забезпечення балансу інтересів. Зроблено висновок, що національний суверенітет є поєднанням політичного суверенітету, який втілюється у голосуванні народу, та юридичного суверенітету, який здійснюється шляхом ухвалення рішення уповноваженою легіслатурою, де парламент зв'язаний рішеннями народного голосування та який має забезпечити втілення цих рішень у життя в певний спосіб.

**Ключові слова:** верховенство права; демократія; захист конституції; інституційна спроможність держави; конституційна демократія; конституціоналізм; матеріальна демократія; національний суверенітет; права людини; процедурна демократія.

На перший погляд нічого складного немає у перекладі поняття “*democratia*” як “народовладдя”. Однак це лише так здається. В античній традиції демократія розглядалася радше як неправильна форма правління нижчих страт населення на противагу ідеї полісу (*politeia*) як правильного правління<sup>1</sup>. Дискурс про народовладдя бере свої витoki з радянської доктрини державного права, в якій головний акцент робився на колективному інтересі та провідній ролі держави у суспільно-політичному житті<sup>2</sup>. Причому цей дискурс мав цинічний характер. Адже в основі концепту народовладдя було твердження про те, що головним його інструментом є референдум, який згідно з чинним радянським законодавством неможливо було реалізувати. Водночас, з урахуванням засад демократичного централізму, керівної і спрямовуючої ролі Комуністичної партії та інтегрованості партійного до державного апарату, цей концепт був відвертою апологетикою авторитаризму як такого.

Насправді демократія, як я писав у попередніх своїх працях<sup>3</sup>, виступає як цінність, що може або обмежувати універсальні конституційні цінності, або служити інструментом їхнього забезпечення. Ф. Фукуяма пов’язує ефективність демократії з верховенством права та спроможністю держави<sup>4</sup>.

У цій статті конституційна демократія розглядатиметься як комплексне явище, яке залежить від інституційної спроможності держави та стану верховенства права на тлі розвитку суспільно-політичних інституцій. У першій частині буде проаналізовано еволюцію демократії як явища у системі цінностей конституціоналізму. У другій – розкрито основні аспекти матеріальної і процедурної демократії. У третій – проаналізовано структуру демократії у розрізі національної держави. Насамкінець буде з’ясовано особливості розвитку демократії з погляду національного суверенітету як системи горизонтальних та ієрархічних зв’язків вираження волі народу.

### 1. Дискурс демократії: від ідеї полісу до цифрової демократії

Спочатку слід окреслити еволюцію розуміння демократії до сучасності з часів Античності. Оскільки демократія не є універсальним інстру-

<sup>1</sup> Аристотель, *Політика* (Кислюк О пер з давньогр, Основи 2000) 102-4.

<sup>2</sup> Л Григорян, *Народовластие в СССР* (Юридическая литература 1972) 101; В Кабышев, *Народовластие развитого социализма* (Изд-во Саратов ун-та 1979); Л Лукьянчикова, ‘Проблема народовластия в советской политико-философской традиции’ [2011] 19(28) Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право 45-9.

<sup>3</sup> Михайло Савчин, *Конституціоналізм і природа Конституції* (Ліра 2009) 185-96; Михайло Савчин, ‘Демократія та конституційна легітимність: проблеми теорії і практики’ (2010) 22 Віче 21-4.

<sup>4</sup> Френсіс Фукуяма, *Витoki політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції* (Наш формат 2018); Френсіс Фукуяма, *Політичний порядок і політичний занепад. Від промислової революції до глобальної демократії* (Наш формат 2019).

ментом врядування, то вона потребує додаткового обґрунтування. Я вже зазначав, що демократія потребує специфічного трактування у світлі конституціоналізму та доктрини *rule of law*. Деякою мірою, як буде нижче наведено, це узгоджується через вимоги підзвітності та підконтрольності публічної влади.

1.1. *Ідея politeia та антична демократія.* В античній традиції демократія вважалася неправильною формою правління, яка вела, як правило, до деспотії або охлократії. Річ у тому, що структура врядування базувалася на доволі глибокій диференціації участі громадян в управлінні суспільними справами. Проте коло партиципації було вузьким – до громадян належали дорослі жителі полісу чоловічої статі, які мали відповідати майновому цензу. Жінки і негромадяни (варвари) не могли брати участь в управлінні полісом. З урахуванням доволі широкої диференціації владних функцій, таким чином, переважна більшість громадян не брала участь в управлінні полісом. На цій основі античні мислителі здійснювали роздуми стосовно ідеальних моделей урядування, зокрема, міркування про моральні чесноти управлінців та надання переваги у допуску до вищих посад громадян із філософським складом розуму.

Оскільки до управління полісом допускалося порівняно невелике коло жителів, то розширення його вело до проблеми оптимізації управлінських функцій та їхнього розподілу між іншими членами спільноти, які не володіли достатніми навичками. Це мало наслідком деградацію владних інституцій, поширення популістських поглядів на вирішення суспільних питань і зниження інституційної спроможності полісу. Натомість концепт *politeia* передбачав певну соціальну інтеграцію міста-держави з активною участю громадян у справах полісу (*politeuomai*). Згідно з Аристотелем зазначений концепт пояснює логіку побудови владних інституцій полісу, які покликані служити загальному благу та мають обмежувати владне свавілля, чим вони наближаються до постулатів сучасного конституціоналізму. Слід також підкреслити, що у грецькому перекладі Нового Заповіту (Ефесянам, 2:12 та Діяння 22:28) термін *politeia* перекладається у сенсі *commonwealth* – як спільнотворення. Так само тривала римська традиція *res publica* була відображенням феномена *politeia*.

1.2. *Місто та ленне право Середньовіччя як предтеча модерної демократії.* У період Середньовіччя традицію *politeia* зберегли держави-республіки. А ленне право отримало свої витoki із пізньої Римської імперії, в якій поступово почали складатися відносини принципалагент між крупними землевласниками та зубожілими громадянами, а найчастіше з вільновідпущеними. Відповідно до такого договору принципал виступав сюзереном, беручи на себе зобов'язання щодо захисту свого агента-

васала, який мав здійснювати певні повинності на користь нього. Ці відносини мали кардинальне значення для становлення системи феодальної ієрархії, яка потім ляже в основу ленного права. Ленне право відіграло свою позитивну роль, оскільки сюзерен був обмежений договором і не міг вчиняти свавільних дій стосовно свого васала. Ці відносини складно трактувати через традицію демократії. Ленне право стало одним із джерел верховенства права (*rule of law*), оскільки у відповідь на свавільні дії короля Англії Іоанна Безземельного, які виражалися у пограбуванні замків та конфіскації майна васалів, барони повстали. Інструментом компромісу тут стала *Magna Carta Libertatum* 1215 р., яка обмежила владу монарха, визначивши право баронів на повстання та його процедуру, а також заклала юридичні конструкції *habeas corpus* та *due process*. Ленне право має вирішальне значення для становлення конституціоналізму, в основі якого є обмеження свавілля більшості та популізму. У період Київської Русі лише було започатковано певні традиції ленного права, згідно з якими Великий князь Київський радився через снєми – з'їзди князів. Також боротьба за інвеституру в Європі дала змогу відділити світську владу від релігійної.

Водночас в Італії залишилася практика діяльності міст-держав, для яких джерелом легітимності була ще антична традиція *res publica*. У Північній Європі цілком сформувалися дві традиції демократії. Мається на увазі міста Ганзейського Союзу та його союзників, в орбіті якого були також Новгородська та Псковська республіки, знищені практиками геноциду Московського князівства протягом XVI ст. Іншою традицією демократії у період Середньовіччя стало самоврядне право міст. Зокрема, на території України одними з перших, що отримали магдебурзьке право, стали Сянок (1339 р.) та Хуст (1329 р.). Самоврядне право міст правлячі монархи використовували для обмеження надмірного впливу власних васалів та магнатів. Ці форми співпраці між монархами та самоврядними містами заклали у подальшому традицію участі громадян у вирішенні справ публічного значення. Оскільки у період Середньовіччя монарх розглядав своє володіння – домен як приватну справу, тому влада носила патримоніальний характер. Для становлення сучасного концепту суверенітету і пов'язаного з ним розуміння публічного потрібні будуть у Європі Тридцятилітня війна, а дещо раніше – Смуту у Московському князівстві. Однак вони призведуть до кардинально відмінних результатів, відповідно, в Європі та Московії.

1.3. *Ідея суверенітету народу, масові політичні рухи та становлення демократії.* У компаративній літературі виділяють три стадії розвитку державності: *polis (civitas)* – *kingdom* – *state*. Хоча її генералізувати як

якусь універсальну схему не слід. Утім, станом на XVI–XVII ст. гостро постало питання про якісну основу інституціоналізації приватної справи монаршого домена та олігархічних груп міст-держав до справи, яка мала набрати публічного, суспільно значущого значення. На той час його вирішення мало провідне значення, адже у доповіді Пловдена щодо розмежування політичного та фізичного тіла короля має місце посилення на християнську етику з її трактуванням церкви як Божого тіла<sup>5</sup>. На це питання своєрідно дадуть відповідь практики виживання Московської державності у період Смути<sup>6</sup> та діячі епохи Просвітництва, зокрема Ж.-Ж. Руссо.

Концепт суверенітету висувається Ж. Боденом як певне вирішення виклику необхідності забезпечення сталості та наступності (тяглості) влади, яка мала набути вже публічної ваги, а не приватної влади монарха чи королівського домену. Пізніше було піддано сумніву тезу про належність верховної влади монархові, оскільки його повноваження мали бути підконтрольні та обмежені прерогативами загальнонаціонального представницького інституту – парламентом. Міркування щодо володіння верховною владою як властивістю ухвалювати незалежні ні від кого рішення для вирішення питань суспільного блага поставило по-новому питання щодо носія такої влади. Нині існують дві точки зору щодо носія верховної влади – народу та нації, що втілюється, відповідно, у доктринах народного і національного суверенітету. Якщо розглядати це питання з погляду національного суверенітету як самовизначення політичної нації, то існує необхідність вирішення двох питань: а) політичної інтеграції між етнічними, релігійними та іншими спільнотами; б) розуміння демократії як процесу узгодження та забезпечення балансу інтересів більшості й меншості.

Ці дебати спричинили появу масових громадських і політичних рухів, які у першій половині XIX ст. були поза законом, але внаслідок весни народів 1848 р. у Європі змінюються ці підходи і профспілки та політичні партії наприкінці століття вже визначають порядок денний розвитку державності. На зламі XIX–XX ст. в умовах кризи політичних еліт низки країн Європи та двох економічних рецесій після Першої світової війни 1914–1918 рр. та Великої економічної депресії 1929–1932 рр. на політичну арену виходять партії авторитарного толку. Острівцями демократиз-

<sup>5</sup> Edmund Plowden, *Commentaries, or Reports* (1816).

<sup>6</sup> У Московії склалася парадоксальна ситуація під час Смути, джерелом якої стала династична криза: держава (“государство”) існувала поряд із відсутністю правителя (“государя”), яким буде обрано на Земському соборі 3 березня 1613 р. представника роду Романових Михайла, який вів свій родовід від Рюриковичів, чим Московія наголошувала на витоках своєї державності з Русі. Це була інша ситуація із династичною кризою, яка стала основною причиною зникнення Бургундського і Руського королівств (або Галицько-Волинського князівства) у зв’язку з загибеллю, відповідно, Карла Сміливого (1477 р.) та Юрія II (1340 р.).

му в Європі залишаються фактично Чехословацька Республіка і Велика Британія. Лише після жахів нацистського режиму було запроваджено механізми обороноздатної демократії (*militant democracy*), обґрунтовані у працях німецького науковця К. Льовенштайна у 1937 р. Однак режим сталінщини, який вчинив ще жахливіші злочини проти людяності, аніж нацизм, так і не отримав належної юридичної оцінки.

1.4. *Корупція, непотизм, клієнтелізм, патронаж і перехідна демократія.* Проблемою перехідних демократій є позбавлення від авторитарних практик правління та корупції. Засобами їх позбавлення є інструменти обороноздатної демократії та люстрація, про які йтиметься далі.

Іншою проблемою перехідних демократій є так звана політична корупція, джерелом якої слугують надмірне втручання держави в економічні свободи та слабкість суспільних інститутів. Якщо відвертий продаж посад, тобто непотизм, часто супроводжує авторитарні режими, але для них також притаманний клієнтелізм, оскільки верховний правитель стосовно жителів країни, яким він надає певні блага, виступає як принципал щодо своїх агентів. Як вказує Ф. Фукуяма, практики клієнтелізму та патронажу є примітивними формами залучення до політичного процесу громадян, що ґрунтується на нерозвиненості суспільно-політичних інституцій<sup>7</sup>. Клієнтелізм є практиками формування мережі прихильників певних політичних і державних діячів, яким у разі отримання представницького мандату чи посади на вищих щаблях влади клієнтелі гарантується доступ до посад нижчого рівня або доступ до певних благ<sup>8</sup>. Патронаж є системою просування довірених осіб на посади у систему публічного урядування. Звісно, у такий спосіб забезпечується представництво певних спільнот у публічній адміністрації. Але воно переважно ґрунтується на родинних зв'язках, земляцтві або залежить від місця навчання та праці однодумців, які вирішили йти у політику. Якщо характеризувати цей процес за німецьким соціологом Ф. Тьонісом<sup>9</sup>, то він притаманний соціальній інтеграції на рівні спільнот, але не суспільства. Різниця полягає у тому, що спільноти мають на меті приватний інтерес,

<sup>7</sup> Фукуяма 2019 (н 4) 88-99, 132-45.

<sup>8</sup> Так, невдалою вийшла спроба застосування вперше у своїй практиці депутатом Закарпатської обласної ради А. Андріївим практики клієнтелізму на парламентських виборах, які відбулися у липні 2019 р. Як на потенційну клієнтелу він зробив ставку на керівників ОБСС та ЖЕК, на відміну від попередньої практики прямого підкупу виборців. Складниками невдачі стало те, що один із його основних опонентів вже також розгорнув широку мережу власної клієнтели, використовуючи статус чинного народного депутата. Іншим став чинник "Чорного лебедя" від представника новопосталої політичної сили, якому не потрібно було докладати значних зусиль для отримання перемоги на парламентських виборах, оскільки тут провідну роль відіграв політичний бренд, який ніби був спрямований проти "мародерів та корупціонерів". При цьому обидва депутати, які програли чинному депутату, орієнтувалися на приблизно однакове коло виборців, які вбачали основну функцію парламентарія вирішувати питання інфраструктури громади.

<sup>9</sup> Фердинанд Тьоніс, *Спільнота та суспільство. Основні поняття чистої соціології* (пер з нім, Дух і літера 2005).



а суспільство – публічний, тобто інтереси загального блага. Вирішення проблеми політичної корупції полягає у змістовному наповненні та реалізації засад матеріальної і процедурної демократії.

Організація конкурсів на посади у публічній адміністрації та відкритого і прозорого виборчого процесу на виборні посади розглядається як один з інструментів подолання політичної корупції. Водночас існує непрямий механізм подолання цього явища – дерегуляція економіки та забезпечення діяльності ефективної публічної адміністрації на засадах раціоналізації та діджиталізації адміністративних процедур у межах доктрини *Regulatory State*.

1.5. Дилема цифрової демократії та захисту персональних даних. Після початку застосування досягнень ІТ-права у демократичних процесах ставиться на порядок денний покращення якості публічного урядування. Питання полягає у діях принципів виборчого права, які також стосуються процесу референдуму. У публічному урядуванні на перший план виходить неприпустимість зловживання уряду персональними даними приватних осіб<sup>10</sup>. Отже, вирішення проблеми полягає у кібернетичній грамотності населення та якісному захисті персональних даних. З цього приводу у правовій доктрині нещодавно з'явилися дослідження, присвячені соціоправовій екосистемі. Питання полягає в системному опрацюванні масиву інформації та недопущенні зловживань урядом у цій сфері. Під соціоправовою екосистемою розуміють всі процеси, зв'язки та обмін інформацією, які залучені до соціокультурної реалізації регуляторної системи, включаючи її проектування, моніторинг, згоду та поведінку користувачів<sup>11</sup>. При цьому важливим складником є валідність (дійсність) інформації<sup>12</sup>, яка досягається через певні параметри і як властивості другого порядку екосистеми, що впливає з чотирьох функцій: етики (справедливості), політики (ефективності), м'якого права (ефективності) і жорсткого права (здійснюваність на практиці)<sup>13</sup>. На основі цих досягнень нижче розглянемо структурні елементи сучасної демократії.

<sup>10</sup> Як приклад можна навести ухвалу Конституційного Суду України (далі – КСУ) про відмову від перевірки конституційності ст. 26 Закону України “Про Національну поліцію” у частині щодо вирішення питання про припинення використання нею персональних даних про ДНК особи, щодо якої закінчилися офіційні процедури досудового слідства та судового розгляду (ухвала Великої палати КСУ № 10-уп/2018). Суд не вважав цю справу такою, що становить суспільний інтерес і за формальними підставами, тобто за клопотанням суб'єкта конституційного подання – омбудсмена, закрив провадження. Тому за таких підходів неналежне регулювання захисту персональних даних є небезпечним для гарантій недоторканності особи. До речі, це одна зі справ у КСУ, яка призвела у подальшому до розколу в діяльності між суддями.

<sup>11</sup> Poblet Marta and Casanovas Pompeu and Rodriguez-Doncel Victor, *Casanovas Pompeu, Rodriguez-Doncel Victor, Linked Democracy. Foundations, Tools, and Applications* (Springer Open 2019) 109.

<sup>12</sup> Вбачаю, що триває процес адаптації людського мозку до обробки такого масиву інформації, що потребує адаптації роботи нейронів, зокрема побудови патернів щодо їхнього аналізу, на основі чого робляться критичні висновки, які втілюється в актах поведінки індивіда з відповідним алгоритмом дій.

<sup>13</sup> Poblet and Casanovas and Rodriguez-Doncel (n 11) 113.

## 2. Структура: матеріальна та процедурна демократія

Методологічною основою сучасної матеріальної демократії з погляду конституціоналізму є доктрина обороноздатної демократії у поєднанні з доктринами поліархії Р. Даля<sup>14</sup> та консоціативної демократії А. Лійпгарта<sup>15</sup>. Процедурну демократію буде розглянуто у контексті вимог належної правової процедури, а також буде з'ясовано, наскільки у світлі цих вимог трансформується сама *due process*<sup>16</sup>.

2.1. *Матеріальна демократія* є переважно продуктом розвитку континентального права в межах європейського конституціоналізму. Реальний демократизм політичних систем країн Європи проявився лише після Другої світової війни за винятком Першої Чехословацької республіки (1920–1938 рр.) та фрагментарно Третьої республіки у Франції.

*Принцип мажоритарності* – основоположний у сучасній демократії, як безпосередній, так і представницький. Диференціація в суспільстві служить підставою для принципу більшості, оскільки виражає її сутність. При цьому В. Старосольський зазначає, що більшість не має пригнічувати індивідуальність, оскільки з погляду поняття індивідуальності соціальний розвиток є розвитком у напрямі індивідуалізації та соціалізації. З посиланням на німецького соціолога Ф. Тьоніса вчений підкреслює, що принцип більшості розрізняє суспільство (форма співжиття, заснованого на диференціації) від спільнот (тобто примітивних форм людського співжиття)<sup>17</sup>.

*Баланс більшості та меншості.* Отже, принципу мажоритарності для сучасної демократії недостатньо, у стратегічній перспективі він не служить надійним критерієм валідності, чинності (*validity*) ухвалення рішень. Попри важливість мажоритарності, обмеженість політичного правління зумовлена попередженням політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії<sup>18</sup>. Вимога балансування потребує витонченого трактування процесу здійснення влади, оскільки це має значення для розуміння стандартів належної демократичної процедури, про що йтиметься нижче. Інакше – пряма дорога в атаку цінностей конституційної демократії.

*Стверджувальні дії держави та баланс інтересів.* Говорячи про сутнісний зміст свободи, американський правознавець Дж. Ролз наголошував на такому її аспекті, як вирівнювані можливості у доступі до певних благ: 'Соціальні й економічні нерівності слід залагоджувати таким чином, щоб

<sup>14</sup> Роберт Даль, *Демократия и ее критики* (Ильин М пер с англ, Росспэн 2003).

<sup>15</sup> A Lijphart, 'Consociational Democracy' [1962] 2(2) World Politics.

<sup>16</sup> С Шевчук, *Основи конституційної юриспруденції* (Український центр правничих студій 2001).

<sup>17</sup> В Старосольський, *Принцип більшості* (Літопис 2018) 102, 106.

<sup>18</sup> Ф Бенетон, *Введение в политическую науку* (Весь мир 2002) 312-24.



а) можна було свідомості сподіватися на їхню корисність для кожного й б) вони пов'язувалися з відкритими для всіх посадами й постами<sup>19</sup>. На цих засадах сформульовано розуміння стверджувальних дій держави (*affirmative action*) – заходів, спрямованих на вирівнювання положення певних спільнот, які у попередні періоди зазнавали переслідувань чи дискримінації.

*Обороноздатна демократія.* У 1937 р. у своєму есе німецький політолог, конституціоналіст К. Льовенштайн ввів поняття демократії, спроможної до самозахисту<sup>20</sup> (*militant democracy, wehrhafte/streitbare Demokratie*), яке пізніше стало ідеологічною основою Основного закону ФРН. При цьому концепція обороноздатної демократії цілком узгоджується з іншою інституційною засадою – принципом партійної держави, яка визнається як фундаментальна конституційна цінність авторитетним виданням Д. Комерса з проблем німецького конституціоналізму<sup>21</sup>. О. Шайо виводить такі структурні елементи войовничої демократії: розпуск політичних партій; конституційні засоби обмеження зловживання демократією, насамперед належна правова процедура; конституційні обмеження окремих політичних прав – свободи асоціацій (об'єднань), зібрань, вираження поглядів; лояльність державних службовців<sup>22</sup>.

Засоби *militant democracy* передбачають вимоги лояльності до цінностей конституційної демократії (людська гідність, свобода, рівність, верховенство права) з боку суддів і посадовців. Також до них належать: розпуск у судовому порядку партій, які своїми програмними цілями чи практичною діяльністю посягають на конституційний порядок; обов'язок звітування політичних партій про джерела свого фінансування; вимога демократичності та відкритості структури партій. Люстрація не є інструментом юридичної відповідальності, а засобом забезпечення лояльності до конституційної демократії посадовців, які ухвалюють рішення політичного характеру. Таким чином, у конституційній демократії за рішенням незалежного люстраційного комітету чи аналогічної інституції на певний строк (5–10 років) на основі закону та за встановленою процедурою не допускаються представники *ancient regime*, які причетні до вчинення злочинів проти прав людини і з цього приводу приймали системні рішення. Попри доволі ґрунтовне розкриття викликів конституційній демократії, доктрина *militant democracy* не стала панацеєю зро-

<sup>19</sup> Дж Ролз, *Теорія справедливості* (Мокровольський О пер, Основи 2001) 102.

<sup>20</sup> K Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 American Political Science Review 417.

<sup>21</sup> D Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2nd ed, Duke University Press 1997) 31.

<sup>22</sup> А Шайо, 'Самозащита конституционного государства' (2004) 2 Конституционное право: восточно-европейское обозрение 5-9.

стання впливу популізму, радикальних політичних течій, а саме шовінізму, неонацизму та комунізму, зокрема й на пострадянському просторі.

**2.2. Процедурна демократія.** Доктрина процедурної демократії акцентує увагу на судовому перегляді як основного критерію забезпечення легітимності політичного процесу. Вона базується на фундаментальному характері свободи політичної діяльності, у здійснення якої держава має мінімально втручатися. Незважаючи на певну абстрактність, ця доктрина наразі є домінуючою в англо-американському конституціоналізмі. Однак із погляду процедурної демократії увага буде звернута на окремі моменти, яким небагато приділяється уваги в англо-американській конституційній доктрині.

*Виборчі цензи, голосування та залізний закон олігархії.* Р. Даль орієнтується на аристотелівське трактування громадянина як політично зрілого індивіда, відповідального за свій вибір. На його думку: 'Коли ухвалюються зобов'язальні рішення, то вимоги громадян до закону, правил чи політики, що ухвалюється, мають вважатися обґрунтованими, і обґрунтованими рівною мірою'<sup>23</sup>. Раніше ці проблеми вирішували майновий ценз і частково ценз осілості. Сьогодні у зв'язку зі зростанням ролі медіа у процесі демократичних процедур, а також кризи партій як організацій масового руху на зміну приходять нові механізми втілення рішень народу, які забезпечували б відповідальний вибір на майбутнє. Тому нині існує доволі істотна загроза конституційній демократії з боку популізму. Важливою пересторогою залізного закону, сформульованого Р. Міхелсом, є розумна періодичність проведення парламентських і муніципальних виборів, а також механізми підзвітності та підконтрольності народних представників.

*Основні принципи виборчого права у світлі цифрової демократії.* Діджиталізація демократичних процедур підриває принципи виборчого права. Вона насамперед атакує принцип особистого голосування, оскільки, незважаючи на наявність електронного ключа, ID-ідентифікатора чи захищеної IP-адреси, немає надійного механізму засвідчення факту голосування конкретної особи виборця, а тим паче спаму, фішингу, що взагалі може зірвати процес голосування та встановлення його достовірних результатів, тобто це порушує принцип особистого волевиявлення. У зв'язку з необхідністю захисту персональних даних виникає проблема забезпечення вільного волевиявлення та принципу таємності голосування – розпорядник інформації практично може дізнатись, як голосував виборець. Для забезпечення конфіденційності таких даних слід також налагодити систему захисту каналів передачі персональних даних тих

<sup>23</sup> Даль (н 14) 145.

виборців, що проголосували. Хоча електронний протокол чітко відображає стороннє втручання у базу даних, але без належного захисту персональних даних громадян електронне голосування буде під загрозою зовнішнього втручання, маніпулювання метаданими виборців, що може істотно спотворити результати виборів.

*Захист персональних даних і цифрова демократія.* Часткове вирішення порушених вище проблем забезпечує електронне урядування, яке може посприяти запровадженню стандартів прозорості у діяльності публічної влади. Запровадження електронного урядування дає змогу спростити надання адміністративних послуг і зробити їх доступнішими. При цьому виникає питання про захист персональних даних приватних осіб, оскільки при електронній фіксації фактів та обставин про певну особу вони потенційно можуть стати миттєво доступними для третіх осіб і тут виникає небезпека зловживання з боку посадовців при оперуванні такими даними без відома цієї особи. Водночас кіберзлочини та зловживання через електронні мережі й засоби зв'язку засвідчують вразливість електронного урядування, яке може бути піддано хакерським атакам<sup>24</sup>. Тому захист персональних даних приватних осіб, кібербезпека та відкритість процедур ухвалення рішень мають стати основою для сучасного електронного урядування, яке надає значну процесуальну економію при їх прийнятті.

*Належна правова процедура та процедурна демократія: основні стандарти.* Р. Даль розглядає демократичний процес у двох площинах: 1) як засіб захисту особистої свободи й людського розвитку та 2) як засіб захисту особистих інтересів. Наголошується на тому, що демократії притаманний плюралізм думок і нечасто, коли можна досягти єдиної точки зору стосовно якихось суспільно значущих питань<sup>25</sup>. Можна сформулювати такі критерії належної демократичної правової процедури. Насамперед вона стосується ініціювання перед органами влади розгляду певних питань, зокрема шляхом ухвалення законом. Ці процедури включають як петиції, так і народну правотворчу ініціативу, з огляду на що просто гротескно ст. 72 Конституції України слід змінити<sup>26</sup>. Демократія участі передбачає участь у суспільно-політичних дебатах якомога ширшого кола заінтересованих осіб, думка яких має стати предметом обговорення та оцінки на засадах довіри й поваги людської гідності. Під час

<sup>24</sup> Прикладами цього можуть бути кібератаки на Естонію в квітні 2007 р. та на сервери Демократичної партії та державної установи в США влітку-восени під час президентських виборів 2016 р., які йшли переважно від серверів, підконтрольних Росії.

<sup>25</sup> Даль (н 14) 93.

<sup>26</sup> Стаття 72 Конституції України містить абсурдну процедуру: 1) збір принаймні 3 млн підписів виборців у двох третинах областей з 2) проведенням референдуму, на якому рішення ухвалюється більшістю від кількості осіб, що взяло участь у голосуванні, без визначення гранично мінімальної кількості осіб, що взяли участь у голосуванні. Власне кажучи, це справжнісінький юридичний треш (сміття), а для реалізації народної правотворчої ініціативи достатньо лише першої процедури.

демократичних процедур публічне обговорення передбачуваних наслідків рішень органів влади є джерелом їхньої легітимності. Тут вносить баланс судовий конституційний перегляд, у межах якого критерієм правомірності владних рішень є повага до людської гідності та належні гарантії прав людини.

### 3. Структура демократії та національна держава

**3.1. Незалежність публічної адміністрації та її підзвітність і підконтрольність.** Принцип права заінтересованих осіб бути заслуханими та взяти участь в обговоренні владних рішень є чи не вирішальним для визначення правомірності процедури ухвалення правового акта органом влади. Це дає змогу запустити механізми підзвітності й підконтрольності влади, оскільки якість ухвалюваних рішень не завжди релевантна більшості, головним тут є належна аргументація – тому критерієм механізму відповідальності влади є система комунікаційних зв'язків між громадянами та посадовцями, що дає змогу як брати участь в ухваленні рішень, так і відстоювати інтереси меншості та ставити питання про відповідальність посадовців.

Підзвітність і підконтрольність публічної адміністрації має дві сторони медалі – додержання вимог доброчесності (*moral integrity*) службовцями та підконтрольність їх дій суду. Це гарантує безстороннє здійснення адміністративних процедур шляхом одноманітного застосування правил на засадах поваги до людської гідності. Відхилення від цих стандартів є завданням судового контролю над діями публічної адміністрації<sup>27</sup>.

**3.2. Субсидіарність як принцип та її включеність у модерну демократію.** Цей принцип є результатом трансформації ленного права періоду Середньовіччя і сучасного юридичного конструкту у межах права Європейського Союзу (далі – ЄС). Дж. Мартініко наводить такі складові розуміння принципу пропорційності як тесту правомірності дій органів ЄС, які принаймні задовільно діють і відповідають практичним запитам діяльності ЄС: 1) субсидіарність застосовується у поєднанні з принципом пропорційності; 2) цей принцип використовується як інструмент контролю *extrema ratio* у разі виявлення помилок чи зловживання

<sup>27</sup> Наприклад, економічна інфраструктура доволі тісно пов'язана з незалежним правосуддям. Адже в умовах економічного суспільства головним покликанням суду є гарантії права власності, додержання контрактів та стабільності економічних відносин. На це також спрямовані юридичні формули про неправомірність відмови у правосудді у разі наявності прогалин, колізій чи інших недоліків у законодавстві. Оскільки в Україні доволі складний процес становлення незалежного і безстороннього правосуддя, то іноземний інвестор намагається вводити інвестиції переважно як власник чи мажоритарний володілець пакету акцій у певній компанії. Так само великий бізнес з іноземними інвестиціями, ставлячись із недовірою до вітчизняного правосуддя, схильний застосовувати засоби іноземної юрисдикції або третейського арбітражу, які мають вагомий авторитет і демонструють повагу до верховенства права та гідності людини.

владою; 3) контроль субсидіарності стосується чутливих сфер розсуду законодавця і розкриття “політичної” природи цього тесту; 4) принцип субсидіарності розглядається більше, аніж правило<sup>28</sup>. При цьому наголошується на тому, що зміст принципу пропорційності має переважно процедурний зміст. Принцип субсидіарності стосовно організації публічної влади визначає методологію наділення певним обсягом повноважень окремо взяті рівні публічної влади та реалізації певних громадських і політичних ініціатив при здійсненні демократичних процедур<sup>29</sup>. Цей принцип розкриває механізми демократичної легітимізації правил, процедур та інститутів з урахуванням досягнень ІТ.

3.3. *Референдум як двосічний меч демократії*. Сучасний французький інтелектуал Ж. Мере називає доктрину народного суверенітету авторитарною, оскільки вона ґрунтується на підкоренні волі більшості, що є проблематичним із погляду обмеження влади та гарантій прав людини. Такі висновки зумовлені насамперед приходом до влади нацистів цілком законними методами за допомогою демократичних процедур. Так само з використанням референдуму було вирішено закріпити принцип фюрерства та однопартійності, а також надати навій посаді рейхсканцлера надзвичайні повноваження, зупинивши чинність низки положень Конституції Веймарської республіки. Така загроза також існувала і в Франції у 1936 р. і лише об’єднання демократичних сил дало змогу запобігти приходу до влади прибічників нацистів. Обставини проведення у 2000 р. всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з потужним застосуванням зловживання з боку публічної адміністрації (насамперед Адміністрації Президента України Л. Кучми) та мережі клієнти – Фонду соціального захисту О. Волкова – засвідчили сумнівну легітимність його проведення, до якого мала певні зауваження і Європейська комісія за демократію через право (Венеційська комісія)<sup>30</sup>. Це випадки використання авторитарними і тоталітарними режимами інститутів прямої демократії для дискредитації інститутів представ-

<sup>28</sup> G Martinico and O Pollicino (eds), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective* (Europa Law Publishing 2010) 10.

<sup>29</sup> Саме за принципом субсидіарності побудований нині процес добровільного об’єднання громад, який триває в Україні в межах децентралізації влади. Він передбачає ініціативу громад об’єднуватися у самодостатні громади шляхом проведення горизонтальних консультацій всередині громади по лінії: підприємці – фермери – управлінці – соціальні працівники – працівники сфери спорту та дозвілля, а також через представницькі інституції між громадами. При цьому цей механізм є більш інклюзивний і деліберативний, на відміну від місцевих референдумів, який має швидкоплинний характер і не передбачає такого каскаду консультацій, що знижує якість ухвалюваного рішення.

<sup>30</sup> Opinion of the Venice Commission on Constitutional Referendum in Ukraine CDL-INF (2000) 11. У своєму висновку Венеційська комісія прямо вказала, що референдум від 27 березня 2000 р. не має зобов’язальної сили у зв’язку з тим, що виключно розділ XIII Конституції України передбачає процедуру внесення змін до неї. Дещо обережнішим був КСУ у рішенні № 3-рп/2000, але, втім, він наголосив, що у разі підтримки питань, які КСУ визнав конституційними у тексті Указу Президента України № 65/2000, то ‘ці питання є обов’язковими для розгляду і прийняття рішень відповідними органами влади в порядку, визначеному Конституцією України, зокрема її розділом XIII <...> та законами України’.

ницької демократії, насамперед парламентаризму. Отже, проблема впирається у якість народного представництва та кризи інтерпретації засад демократії.

*3.4. Природа імунітетів у конституційному праві та структура демократії.* Сучасне народне представництво має за своїм походженням цивільно-правовий інститут представництва, згідно з яким принципал наділяє довірену особу певними повноваженнями, а зі свого боку довірена особа має діяти в інтересах довірителя-принципала, тобто представник наділяється певним мандатом довіри. Однак перебіг політичного процесу, маючи на меті певні суспільні інтереси, базується на компромісі, що доволі часто призводить до істотних труднощів у виконанні певних зобов'язань перед власним електоратом. Пізніше, з обґрунтуванням ідеї народного суверенітету Ж.-Ж. Руссо, поступово визнається, що депутат представляє націю загалом, а не лише свого виборця. Ця доктрина вплинула на перебіг дискусії про вільний та імперативний мандат. Згідно з концептом *імперативного мандату* народний представник несе певні зобов'язання перед своїми виборцями, які можуть його відкликати у разі, якщо він не буде спроможний їх виконати належним чином<sup>31</sup>. На противагу цьому концепт вільного мандату виходить із представництва депутатом парламенту нації загалом, який не пов'язаний із наказами виборців і не може бути відкликаний ними.

Для народних представників на перший план виступають гарантії незалежності їхнього статусу. Як правило, народні представники на період здійснення повноважень користуються імунітетом від кримінального переслідування. Це здійснюється з метою попередження випадків використання урядом засобів кримінальної юстиції для переслідування опозиції в парламенті та недопустимості будь-якого тиску на них. Обсяг недоторканності є функціональним і не поширюється у разі вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів.

*3.5. Обґрунтованість відкликання народних представників.* Дж. Лок прямо підкреслював важливість народного представництва, яке виявляється транслятором народної думки. Зі свого боку парламент уявлявся ним своєрідною платформою, де народні представники на засадах компромісу вирішують суперечки і доходять консенсусу<sup>32</sup>. Тут вже закладається ідея горизонтальних зв'язків, а не лише вертикальних, до яких

<sup>31</sup> Сьогодні такі стандарти можуть діяти хіба що на локальному рівні. Зокрема, можуть діяти процедури відкликання представників, що може бути зумовлено різним доктринальним тлумаченням природи представництва на локальному рівні, а саме специфікою зв'язків громади з обраними представниками.

<sup>32</sup> Дж Лок, *Два трактати про врядування* (Терех О пер з англ, Основи 2004) 250. Ці висновки Дж. Лок робив не випадково, оскільки парламент він розглядав як платформу запобігання громадянських конфліктів та занепаду держави. Звісно, право народу на повстання ним не заперечувалося, але запобіжником бунту народу проти несправедливих законів він розглядав справедливе судочинство і гарантії його незалежності.



так тяжіє Старий порядок із його відносинами ієрархії. Посягання з боку монарха на цей “третейський суд”, на думку Дж. Лока, фактично є узурпацією влади монархом. Сьогодні інститут народного представництва не можна асоціювати ригідно на кшталт моделі відносин “принципал – агент”. Можливе відкликання представників лише на місцевому рівні і такий механізм є доволі ефективним. На національному рівні таку функцію виконують дострокові парламентські вибори.

3.6. *Верховенство парламенту та підзвітність і підконтрольність уряду й народних представників.* Криза ліберальної демократії в умовах становлення та посилення низки авторитарних і тоталітарних режимів у континентальній Європі у період між двома світовими війнами стала предметом прискіпливої уваги. Це період неефективності держав в умовах Великої депресії 1929–1933 рр., що істотно вплинуло на розуміння суверенітету. К. Шмітт знаменитий сентенцією: “Сувереном є той, хто ухвалює рішення про надзвичайний стан”, хоча робить при цьому певні застереження<sup>33</sup>. Нині, в умовах поширення популізму та радикальних лівих і правих політичних течій, спостерігається сповзання до подібних інтенцій, коли забезпечення правопорядку намагаються здійснити за допомогою демократичних свобод. Власне кажучи, обґрунтована А. Дайсі доктрина верховенства парламенту (*sovereignty of Parliament*) означає провідну роль парламенту в інвеститурі уряду, який формується за результатами консультацій у стінах парламенту щодо складу уряду та програми його діяльності<sup>34</sup>. На цій підставі уряд є підзвітним і відповідальним перед парламентом, на чому будується система відповідального правління (*responsible government*)<sup>35</sup>, яка включає індивідуальну відповідальність міністрів та загальний контроль над діяльністю уряду<sup>36</sup>. Опозиція чи частина депутатів парламенту можуть порушувати процедури розслідування проти окремих міністрів (інтерпеляція) чи ініціювати вотум недовіри урядові. Тому неприйнятними, такими, що атакують засади конституційної демократії, є пропозиції щодо обмеження права законодавчої ініціативи групою депутатів, склад яких принайм-

<sup>33</sup> К Шмітт, ‘Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете’ в *Политическая теология* (КАНОН-пресс-Ц 2010) 15.

<sup>34</sup> A Dicey, *Introduction to the Study of the Law the Constitution* (Liberty Classics 1982) 32-6, 210-12. Оскільки Україна є напівпрезидентською республікою, то так само Верховна Рада України є політичною ареною щодо інвеститурі уряду. Якщо у Парламенті за результатами виборів склалася лояльна до Президента України більшість, то саме останній стає модератором процесу, але він має поважати вибір народу та позицію Ради в особі фракцій із цих питань, а не диктувати свої умови. Зовсім інакша ситуація при становищі “співіснування”, де відбувається змагання між Урядом, що спирається на парламентську більшість, яка не поділяє політичний курс Президента. Такий дуалізм виконавчої влади є конфліктогенним для конституційного порядку.

<sup>35</sup> Colin Turpin and Adam Tompkins, *British Government and the Constitution* (6th ed, Cambridge University Press 2007) 566-8.

<sup>36</sup> Ibid 571 ff., 604 ff.

ні становить найменшу за чисельністю фракцію<sup>37</sup>, чи можливість ініціювати вотум недовіри урядові лише більшістю парламенту, оскільки це взагалі вихолощує суть парламентаризму, маргіналізує його.

3.7. *Конституційна юстиція, права людини та демократія.* Демократія часто піддає атакам права людини – більшість схильна пригнічувати індивідуальність, тобто свободу індивіда, його самовираження. Якщо немає інституційних і процедурних засад обмеження свавілля більшості, рано чи пізно демократія сповзає до диктатури при благих намірах дбати про суспільне благо. Цю дилему так і не розв’язав ні Ж.-Ж. Руссо, ні К. Шмітт, а Р. Міхелс взагалі чи не в глухий кут зайшов із власним залізним законом олігархії – завжди якась спільнота, що домінує, схильна інституціоналізуватися й отримати контроль принаймні над основними посадами як каналами доступу до ресурсів, які завжди є обмеженими. На перший план виходить проблема контролю над афектами та свавіллям більшості, оскільки природа демократичних процедур завдяки мажоритарності зумовлює маргіналізацію меншості та надання думці опонентів гротескної чи карикатурної конотації. Цю проблему знімає незалежна інституція – судовий перегляд, який згідно з німецькою конституційною доктриною ще називається “короною правової держави”: ‘Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, їй надається можливість звернутися в суд. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення в суд загальної юрисдикції’<sup>38</sup>. У такий спосіб захист прав людини набуває універсального характеру, з огляду на що суд гарантує їхній захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві<sup>39</sup>. З погляду реалізації конституції важливим стає, як справедливо зазначає О. Шайо, збалансування втручання законодавця у суспільні відносини:

Однак саме собою правове визначення і регулювання діяльності держави не забезпечують конституційну свободу. Там, де все відбувається за державними приписами, негнучкість і наперед визначеність роблять життя нестерпним<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Зі скасуванням інституту депутатської недоторканності малі фракції фактично позбавляються участі у законодавчому процесі, оскільки виконавча влада знайде багато інструментів тиску на негодних депутатів. Такі ініціативи банально атакують людську гідність, свободу вираження поглядів та демократичні засади як системи забезпечення балансу інтересів більшості і меншості; у цій ситуації більшість просто зневажає меншість як таку, це суперечить сучасним постулатам поваги до людської гідності.

<sup>38</sup> G Ebers, ‘Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich’ in *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet* (München 1952) 269, 271.

<sup>39</sup> М Савчин, ‘Конституційний Суд України та реалізація Конституції України’ (2015) 1 Публічне право 9-17.

<sup>40</sup> А Шайо, *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)* (Юрист 2001) 208.

#### 4. Національний суверенітет

4.1. *Інституційна спроможність держави та національний суверенітет.* Здатність послідовно втілювати владні рішення, спрямовані на забезпечення прав людини, є проявом інституційної спроможності держави, яка має безпековий та людиноцентричний виміри. Процес інтеграції України у глобальні структури відповідає критерію легітимності, якщо ці наднаціональні та безпекові інституції поважають людську гідність, права людини, свободу та верховенство права як фундаментальні цінності. З погляду цінності людської гідності набуває значення діяльність судів, які мають дотримуватися цього фундаментального рішення як підстави конституційної державності. Конституційна держава є організацією політичного суспільства, яка спроможна ухвалювати рішення, що формулюються у результаті соціальної взаємодії та ґрунтуються на соціальному консенсусі щодо фундаментальних соціальних цінностей, дає змогу їх методично втілювати у життя. Насправді суверенітет – це певна властивість держави впроваджувати інституційно спроможні владні рішення, засновані на балансі приватних і публічних інтересів, з метою реалізації національних інтересів на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. Критерієм верифікації владних рішень та спроможності втілювати їх у життя є їхнє визнання і здатність реалізувати на основі поваги до гідності людини. З огляду на це сучасні держави мають поєднувати традиційну ієрархічну структуру організації влади з розширенням горизонтальної взаємодії між інститутами влади. Функціонування публічної влади має загалом дотримуватися сучасних тенденцій формування та відтворення правил, у яких все більше посилюється роль горизонтальних зв'язків<sup>41</sup>.

4.2. *Brexit Case та формула національного суверенітету.* *Case-law* робить доволі вагомий внесок у розвиток доктрини національного суверенітету. Так, Високий суд Лондона висловився у справі щодо конституційності референдуму про вихід із ЄС Сполученого Королівства, що принцип суверенітету парламенту є визначальним при використанні прерогатив у сфері зовнішньої політики, зокрема, з питань схвалення чи розірвання міжнародних договорів. Уряд у цьому разі не володіє належними прерогативами, бо від імені Корони, згідно з принципом суверенності парламенту, такі рішення має ухвалювати парламент. При цьому суд посилався на те, що Сполучене Королівство є конституційною демократією, обмеженою юридичними правилами та цілями верховенства права. Суди наділені конституційним фундаментальним обов'язком

<sup>41</sup> М. Савчин (ред) та інші, *Упровадження децентралізації публічної влади в Україні: національний і міжнародний аспекти* (TIMPANI 2015) 87

дотримуватися права у демократичній державі, впроваджуючи правила конституційних законів у відмінний спосіб на відміну від того, як суди впроваджують інші закони<sup>42</sup>.

Потім Верховний Суд Англії у справі *Brexit* висловився так щодо розмежування народного (політичного) суверенітету й парламентського (юридичного) суверенітету<sup>43</sup>. По суті він поглибив формулу національного суверенітету, яка нині має такий вигляд:

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

Це якісно новий підхід у трактуванні національного суверенітету. Це пов'язано з невизначеністю поняття народу, яке має полісемантичне значення. Власне кажучи, народ проявляється у правовідносинах через певних представників. Тому якщо йдеться про втілення результатів народного голосування, то воно має виражатися в актах уповноважених органів влади на основі закону.

4.3. *Світове громадянське суспільство та демократія*. Низка дослідників розглядають глобалізацію як загрозу демократичній конституційній державі, зокрема у її праві на самовизначення. Глобалізацію часто розглядають як американізацію способу життя, як поширення капіталістичної стратегії і пов'язаними з нею практиками колоніалізму, послаблення державних установ, зокрема, згідно з концепцією Н. Лумана, про формування світового суспільства (*Weltgesellschaft*)<sup>44</sup>. Проте про світове суспільство складно говорити, беручи до уваги сучасні реалії, яким притаманна дискусія про спільність у цінностях, які можуть служити орієнтирами та стандартами у побудові суспільних інституцій, правил і процедур. Це потенційно створює поле тиску на національні держави, що виражається у діяльності як національних, так і міжнародних правозахисних організацій. Зокрема, У. Бек вказує на такі інструменти впливу на національні уряди з боку цих структур: а) засоби моніторингу та

<sup>42</sup> R (Miller) v Secretary of State of Exiting the European Union, Judgment 3 November 2016, Case No. CO/3809/2016 and CO/3281/2016, [2016] EWHC 2768 (Admin).

<sup>43</sup> Brexit Case ([2017] UKSC 5 On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85. З цього приводу Верховний Суд Англії висловився так:

<...> референдум 2016 року має велике політичне значення. Проте його юридичне значення визначається тим, що Парламент включає його в статут, яким санкціонує референдум. Статут, яким було санкціоновано проведення референдуму 23 червня 2016 року, передбачав лише проведення референдуму без точного визначення шляхів реалізації його наслідків. Зміна в закон, яка необхідна для впровадження результатів проведеного референдуму, може бути внесена єдиним способом, який дозволений конституцією Великої Британії – прийняттям Акта Парламенту.

<sup>44</sup> А фон Богданди, 'Демократия, глобализация, будущее международного права: общий обзор' (2014) 14 Дайджест публичного права и международного права 177-81.

контролю за дотриманням прав людини; б) формування міжнародної мережі контролю за станом дотримання прав людини; в) координація міжнародної мережі контролю у галузі прав людини з міжнародними організаціями, які у зв'язку з такою ситуацією можуть пов'язувати застосування економічних санкцій проти національних держав<sup>45</sup>.

У цьому контексті прийнято вважати, що конституціоналізація міжнародного права полягає в його консолідації (*Verdichtung*), яка спостерігається в умовах глобалізації і яка так необхідна для адекватного забезпечення глобальних інтересів загального блага, а також його емансипації від волі окремої держави<sup>46</sup>. Цінність прав людини, демократії та верховенства права ще заперечується у багатьох державах, що є свідченням слабкої адаптованості місцевих суспільних інституцій, правил і процедур до таких цінностей. І міжцивілізаційний діалог має далі продовжуватися у бік визнання та становлення цих цінностей з урахуванням особливостей розвитку окремо взятих країн.

4.4. Міжнародне співробітництво та економічні інтереси держави. Обґрунтованість втручання публічної влади у вільний і відповідальний вибір особи (те, що прийнято називати приватною автономією) є серйозною проблемою сучасної юриспруденції через інфляцію законодавства та посилення ролі регуляторних органів (концепту *Administrative State*)<sup>47</sup>. Згідно з Ю. Габермасом проблема полягає у гідності демократичної легітимації інститутів влади. Задля цих цілей відкриті й прозорі процедури формування органів влади є основою такої легітимації, особливо зважаючи на зростання ролі *Administrative State* та розширення регуляторної практики урядів та незалежних агентств держави. Так само з погляду демократичної легітимації долається дилема юдикатури та парламентаризму, адже конституційні суди репрезентують відповідно до соціальних структур представників юриспруденції на посадах суддів, як і депутати парламенту – представників народу.

Тому втручання міжнародного співтовариства може зачіпати національні економічні інтереси та обмежувати національний суверенітет. Так, слабка спроможність України провести рішучі економічні реформи, насамперед із погляду її дерегуляції та ефективних ринкових інституцій, зумовила міжнародне співтовариство наполягти на створенні антикорупційних інститутів. Сьогодні діяльність Національного агентства з питань запобігання корупції, Спеціалізованої антикорупційної проку-

<sup>45</sup> У Бек, *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія* (Ніка-Центр 2015) 115.

<sup>46</sup> H Mosler, 'The International Society as a Legal Community' (1974) 140 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 31.

<sup>47</sup> M Rosenberg and A Sajo, *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2003) 673-6; Cass R Sunstein, *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection* (American Bar Association 2002).

ратури та Вищого антикорупційного суду розглядаються міжнародною спільнотою чи не провідними інструментами подолання корупції та посилення демократичної підзвітності уряду.

4.5. *Наднаціональні об'єднання та національний суверенітет.* З цього приводу А. фон Богданді, розглядаючи моделі міжнародного права (як координацію, поєднання координації з неформальним співробітництвом урядів та унілатералізм), наголошує на такій природі суверенітету:

Поняття суверенітету, який розуміється як державна незалежність, становить, відповідно, провідну матеріально-правову парадигму і, ймовірно, навіть фундаментальний принцип у сенсі імперативної вимоги оптимізації при розвитку й оформленні міжнародного права. Центральною формулою для міжнародної системи є при цьому суверенна рівність, а аж ніяк не демократизація<sup>48</sup>.

Таким чином, зроблено припущення, що глобальний конституціоналізм має розвиватися у площині гарантій рівності між державами, що, правда, залежить від реальної потуги самої держави та мистецтва дипломатії, а також її інституційної спроможності.

Серед основних ознак наднаціональності можна виділити такі: а) принцип пріоритету права наднаціональних організацій (далі – НО); б) наявність певних делегованих повноважень у НО, на підставі яких ухвалюються рішення за принципом більшості; в) міжнародно-правовий механізм утворення наднаціонального права та конституційно-адміністративний механізм утілення рішень НО; г) багаторівневий конституціоналізм, який ґрунтується на субсидіарності, децентралізації влади та вирівнювання розвитку регіонів. У вітчизняній та зарубіжній доктрині це питання розглядають крізь призму владоспроможності держави<sup>49</sup>. У цьому контексті фактично розкривають можливість держави відстоювати національні інтереси, що зводиться саме до інституційної спроможності держави.

Процес творення права на глобальному рівні ґрунтується на незалежності та безсторонності національних представників на інтер-, транс- та наднаціональному рівні. На цьому рівні вони розглядаються як інститут відстоювання та впровадження національних інтересів, а також впливу на процес формування глобального права відповідно до універсальних цінностей, серед яких чільне місце посідає гідність людини,

<sup>48</sup> Богданді (н 44) 187.

<sup>49</sup> О Шербанюк, *Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави* (Логос 2013); В Буткевич, 'Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу' (2012) 3-4 *Право України* 12-20; N Szykman, *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power* (Archon Books 1970); Бжезінський Збігнев, *Стратегічне бачення: Америка і криза глобальної влади* (Літопис 2012) 91.



права людини та верховенство права. Тому критично важливим у цьому контексті є належне уповноваження національних представників на наднаціональному рівні ухвалення рішень. Легітимність і нормативність глобального права полягає саме у трансформації національного права й національного суверенітету на засадах верховенства права<sup>50</sup>. Згідно з позицією Венеційської комісії критерії верховенства права рівною мірою поширюються на конкретні права людини. Вони визначають дії не лише органів влади, а й змішаних (державно-приватних) суб'єктів і приватних осіб, які виконують завдання, що раніше були сферою діяльності органів публічної влади, або включають односторонні рішення, що стосуються великої кількості людей, зокрема міжнародних і наднаціональних організацій<sup>51</sup>. Такі підходи відображають сучасні тенденції розуміння зазначеного принципу, який ґрунтується на поєднанні природно-правового та позитивістського підходів в інтерпретації прав людини.

Висновки. У цій статті конституційна демократія розглянута як комплексне явище, в якій долається дилема конституціоналізму як інститутів та процедур обмеження влади й демократії, в основі якої лежить правління більшості, яке обмежене правами меншості. Засади конституціоналізму визначають такий порядок демократичного урядування, який має враховувати вертикальні й горизонтальні основи конституції, забезпечуючи вимоги належної демократичної процедури та баланс інтересів більшості й меншості у плюралістичному суспільстві. Конституційна демократія спирається на інституційно спроможну державу, яка здатна методично й послідовно втілювати свої рішення в життя, які мають відповідати критеріям демократичної легітимності та повинна бути заснована на повазі до людської гідності. Стан верховенства права на тлі розвитку суспільно-політичних інституцій також впливає на рівень конституційної демократії, оскільки його стандарти мають визначальне значення для забезпечення балансу інтересів.

Як свідчить еволюція демократії як явища у системі цінностей конституціоналізму, пошук балансів був неоднозначним. Зі становленням основних постулатів сучасної демократії у концепті *politeia* та *res publica* у період Античності дало поштовх зародженню ідей конституціоналізму як інституційно обмеженого правління для народу, яке ґрунтується на людській свободі та гідності. Якщо період Середньовіччя важливий для становлення ієрархічної будови влади, то в той же період сформовано ідеї обмеження правителя договором у межах ленного права та субси-

<sup>50</sup> М. Савчин, Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму (РІК-У 2018) 376.

<sup>51</sup> *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) 7.

діарності як механізму розподілу повноважень по вертикалі. Зі становленням сучасного конституціоналізму пов'язано остаточне оформлення представницької демократії, яка черпає свої витoki у середньовічних станово-представницьких інститутах, які заміщаються загальним представництвом. Виникнення масових громадянських і політичних рухів призводить у кінцевому підсумку до деградації демократії, яка виходить з тоталітаризмом у формі нацизму, комунізму, фашизму та інших екстремістських течій, серед яких сьогодні виходять на перший план тероризм і крайні релігійні політичні ідеології. Зі свого боку діджиталізація має наслідком примітивізацію демократичного дискурсу, що пов'язано з необхідністю обробляти у стислі терміни значний масив інформації, до чого наразі не готові суспільно-політичні інституції, про що свідчать президентські вибори у США 2016 р. та результати голосування у Сполученому Королівстві на референдумі за вихід із ЄС.

Основу розуміння сучасної конституційної демократії становлять головні аспекти матеріальної та процедурної демократії. Методологічною основою сучасної матеріальної демократії з точки зору конституціоналізму є доктрина обороноздатної демократії у поєднанні з доктринами поліархії та консоціативної демократії. Процедурну демократію становлять вимоги належної демократичної процедури, що накладає відбиток на трансформацію доктрини *due process*. Доктрина процедурної демократії акцентує увагу на судовому перегляді як основного критерію забезпечення легітимності політичного процесу. Вона базується на фундаментальному характері свободи, складником якої є свобода політичної діяльності, у процес якої держава має втручатися мінімально. Попри певну абстрактність і відірваність від реальності, нині ця доктрина є домінуючою в англо-американському конституціоналізмі. У процесі становлення цифрової демократії виникає питання про захист персональних даних приватних осіб, оскільки при електронній фіксації фактів та обставин про певну особу, вони потенційно можуть стати миттєво доступними для третіх осіб і тут виникає небезпека зловживання з боку посадовців при оперуванні такими даними без відома цієї особи. Отже, захист персональних даних приватних осіб, кібербезпека та відкритість процедур ухвалення рішень мають стати основою для сучасного електронного урядування, що надає значну процесуальну економію при їх прийнятті.

Розуміння демократії розглянуто також у розрізі національної держави. Важливу роль у забезпеченні демократичного урядування відіграє підзвітна і підконтрольна народові публічна адміністрація. Це гарантує здійснення адміністративних процедур безсторонньо шляхом одно-

манітного застосування правил на засадах поваги до людської гідності та вільного розвитку індивіда. Принцип субсидіарності стосовно організації публічної влади визначає методологію наділення певним обсягом повноважень окремо взяті рівні публічної влади. Цей принцип розкриває механізми демократичної легітимізації правил, процедур та інститутів з урахуванням діджиталізації права. Важливою складовою демократії є гарантії незалежності народних представників, які на період своїх повноважень користуються функціональним імунітетом від кримінального переслідування. Це здійснюється з метою попередження випадків використання урядом засобів кримінальної юстиції для переслідування опозиції в парламенті та недопустимості будь-якого тиску на них. У такому контексті відкликання представників можливе лише на місцевому рівні; на національному рівні таку функцію виконують дострокові парламентські вибори. Доктрина верховенства парламенту означає провідну роль парламенту в інвеститурі уряду, який формується за результатами консультацій у стінах парламенту щодо складу уряду та програми його діяльності. Уряд є підзвітним і відповідальним перед парламентом, що є основою відповідального правління, яке включає індивідуальну відповідальність міністрів та загальний контроль над діяльністю уряду. У конституційній демократії проблема контролю над афектами та свавіллям більшості вирішується шляхом судового перегляду актів парламенту та уряду, оскільки природа демократичних процедур завдяки мажоритарності зумовлює маргіналізацію меншості. Конституційна юстиція стоїть на сторожі прав людини.

Конституційна демократія виражає національний суверенітет як систему горизонтальних та ієрархічних зв'язків вираження волі народу. Конституційна держава є організацією політичного суспільства, спроможною ухвалювати рішення, які формулюються у результаті соціальної взаємодії та ґрунтуються на соціальному консенсусі щодо фундаментальних соціальних цінностей, що дає змогу їх методично втілювати у життя. Національний суверенітет є поєднанням політичного суверенітету, який втілюється у голосуванні народу, та юридичного суверенітету, який здійснюється шляхом ухвалення рішення уповноваженою легіслатурою, де парламент зв'язаний рішеннями народного голосування та який має забезпечити втілення цих рішень у життя в певний спосіб. Легітимність і нормативність глобального права полягає саме у трансформації національного права та національного суверенітету на засадах верховенства права.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Dicey A, *Introduction to the Study of the Law the Constitution* (Liberty Classics 1982) (in English).
2. Kommers D, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. (2nd ed, Duke University Press 1997) (in English).
3. Plowden E, *Commentaries, or Reports* (1816) (in English).
4. Poblet M and Casanovas P and Rodriguez-Doncel V, *Linked Democracy. Foundations, Tools, and Applications* (Springer Open 2019) (in English).
5. Spykman N, *America's Strategy in World Politics: The United States and Balance of Power* (Archon Books 1970) (in English).
6. Sunstein C R, *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection* (American Bar Association 2002) (in English).
7. Beck U, *Vlada i kontrvlada u dobu hlobalizatsii. Nova svitova ekonomichna ekonomia [Power and Counter-Power in the Era of Globalization. The New World Political Economy]* (Nika-Centr 2015) (in Ukrainian).
8. Beneton F, *Vvedeniye v politicheskuyu nauku [Introduction to Political Science]* (Izd-vo Ves' mir 2002) (in Russian).
9. Bzhezinsky Z, *Stratehichne bachennia: Ameryka i kryza hlobalnoi vlady [Strategic Vision: America and the Crisis of Global Power]* (Litopys 2012) (in Ukrainian).
10. Fukuyama F, *Politychnyi poriadok i politychnyi zanepad. Vid promyslovoi revoliutsii do hlobalnoi demokratii [The Political Order and Political Decay: From Industrial Revolution to the Globalization of Democracy]* (Nash Format 2019) (in Ukrainian).
11. Fukuyama F, *Vytoky politychnoho poriadku. Vid pradavnikh chasiv do Frantsuzkoi revoliutsii [The Origins of Political Order: From Ancient Time to the French Revolution]* (Nash Format 2018) (in Ukrainian).
12. Grigoryan L, *Narodovlastiye v SSSR [People's Power in the USSR]* (Yuridicheskaya literatura 1972) (in Russian).
13. Kabyshev V, *Narodovlastiye razvitogo sotsializma [People's Power of Developed Socialism]* (Izd-vo Saratovskogo universiteta 1979) (in Russian).
14. Sajo A, *Samoogranicheniye vlasti (kratkiy kurs konstitutsionalizma) [Self-Limitation of Power (a Brief Course of Constitutionalism)]* (Yurist 2001) (in Russian).
15. Savchyn M, *Konstytutsionalizm i pryroda Konstytutsii [Constitutionalism and Nature of the Constitution]* (Lira 2009) (in Ukrainian).
16. Savchyn M, *Suchasni tendentsii konstytutsionalizmu v konteksti hlobalizatsii ta pravovoho pliuralizmu [Modern Constitutionalism Tendencies in Context of Globalization and Legal Pluralism]* (RIK-U 2018) (in Ukrainian).
17. Shcherbanyuk O, *Narodnyi suverenitet i realizatsiia vladnospromozhnosti demokratychnoi derzhavy [People Sovereignty and Realization Authority Capacity of Democratic state]* (Logos 2013) (in Ukrainian).
18. Shevchuk S, *Osnovy konstytutsiinoi yurysprudentsii [Basic of Constitutional Jurisprudence]* (Ukrainskyi Centr Pravnychkykh studiy 2001) (in Ukrainian).
19. Starosol'sky V, *Pryntsyp bilshosti [Principle of the Majority]* (Litopys 2018) (in Ukrainian).

#### Edited and translated books

20. Ebers G, 'Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich' in *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet* (München 1952) (in German).

21. Martinico G and Pollicino O (eds), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective* (Europa Law Publishing 2010) (in English).
22. Rosenberg M and Sajó A, *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2010) (in English).
23. Turpin Co and Tompkins A, *British Government and the Constitution* (6th ed, Cambridge University Press 2007) (in English).
24. Aristotle, *Polityka [Politics]* (Kysliuk O per z davnohr, Osnovy 2000) (in Ukrainian).
25. Dahl R, *Demokratia i ee kritiki* (Il'in M per s angl, ROSSPEN 2003) (in Russian).
26. Locke J, *Dva traktaty pro vriaduvannia [Two Treatises of Government]* (Terekh O per z anhl, Osnovy 2004) (in Ukrainian).
27. Rowls J, *Teoriia spravedlyvosti [Theory of Justice]* (Mokrovolskyi O per, Osnovy 2001) (in Ukrainian).
28. Savchyn M (red) ta inshi, *Uprovadzhennia detsentralizatsii publichnoi vlady v Ukraini: natsionalnyi i mizhnarodnyi aspekty [Implementation of Decentralization of Public Power in Ukraine: National and International Aspects]* (TIMPANI 2015) (in Ukrainian).
29. Schmitt K, 'Politicheskaya teologia. Chetyre glavy k ucheniyu o suverenitete' ['Political Theology. Four Chapters to the Doctrine of Sovereignty'] v *Politicheskaya teologia [Political Theology]* (KANON-press-C 2000) (in Russian).
30. Tyonis F, *Spilnota ta suspil'stvo. Osnovni ponnyattya chystoi sotsiologii [Community and Society. Basic Concepts of Pure Sociology]* (per z nim, Dukh i Litera 2005) (in Ukrainian).

*Journal articles*

31. Lijphart A, 'Consociational Democracy' [1962] 2(2) World Politics (in English).
32. Loewenstein K, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 American Political Science Revue 417-32 (in English).
33. Mosler H, 'The International Society as a Legal Community' (1974) 140 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (in English).
34. Bognandy A fon, 'Demokratia, globalizatsia, budushchee mezhdunarodnogo prava: obshchiiy obzor' ['Democracy and Constitutional Legitimacy: Issues of Theory and Practice'] (2014) 14 Digest publichogo i mezhdunarodnogo prava 177-181 (in Russian).
35. Butkevych V, 'Vykyky mizhnarodnomu pravu v umovakh hlobalizatsii svitu' ['The Challenges to the International Law in a Globalized World'] (2012) 3-4 Law of Ukraine 12-20 (in Ukrainian).
36. Lukianchikova L, 'Problema narodovlastiya v sovetskoy politiko-filosofskoy traditsiyi' ['The Issue of People's Power in the Soviet Political and Philosophical Tradition'] [2011] 19(28) Vestnik Chelyabiskogo gosudarstvennogo universiteta. Seria: Pravo 45-9 (in Russian).
37. Sajó A, 'Samozashchita konstitutsionnogo gosudarstva' ['Self-Protection of a Constitutional State'] (2004) 2 Konstitutsionnoye pravo: Vostochoyevropeyskoye obozreniye 3-12 (in Russian).
38. Savchyn M, 'Demokratiia ta konstytutsiina lehitymnist: problemy teorii i praktyky' ['Democracy and Constitutional Legitimacy: Problems of Theory and Practices'] (2010) 22 Viche 21-4 (in Ukrainian).
39. Savchyn M, 'Konstytutsiinyi Sud Ukrainy ta realizatsiia Konstytutsii Ukrainy' ['Constitutional Court of Ukraine and Realization of Constitution of Ukraine'] (2015) 1 Public Law 9-17 (in Ukrainian).

Mykhaylo Savchyn

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY:  
CONSTITUTIONAL VALUES IN THE DISCOURSE OF SUBSTANTIVE  
AND PROCEDURAL DEMOCRACY

**ABSTRACT.** The article elaborates on constitutional democracy as a complex phenomenon which depends on the institutional capacity of the State and the situation with the rule of law against the background of development of socio-political institutions. This issue is viewed through the system of constitutional values – human dignity, freedom, human rights, and the rule of law as the fundamentals of modern constitutionalism.

Constitutional democracy allows overcoming the dilemma of constitutionalism as institutions and procedures for limiting power and democracy resting on the rule of the majority which is restricted by the rights of the minority. A step-up in the use of electronic (digital) democracy entails the need to protect personal data of individuals against possible abuses by public authorities. The fundamentals of constitutionalism set such a democratic governance order which takes into account the vertical and horizontal foundations of the Constitution ensuring the requirements of the appropriate democratic procedure and balancing the interests of majority and minority in a pluralistic society. Constitutional democracy rests upon an institutionally strong State capable of methodically and consistently implementing its decisions which should meet the democratic legitimacy criteria and be underlain by respect for human dignity. The situation with the rule of law against the background of development of socio-political institutions also has an impact on the level of constitutional democracy, since its standards are crucial for ensuring a balance of interests. The author concludes that national sovereignty is a combination of political sovereignty embodied in the vote of the people and juridical sovereignty which is exercised through decision-making by the authorized legislature, where the Parliament is bound by decisions of the popular vote, and which should ensure the implementation of these decisions in a certain way.

**KEYWORDS:** the rule of law; democracy; protection of the Constitution; institutional capacity of the State; constitutional democracy; constitutionalism; substantive democracy; national sovereignty; human rights; procedural democracy.