

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА
НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО

О. М. Бориславська

ЄВРОПЕЙСЬКА МОДЕЛЬ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ: системно-аксіологічний аналіз

Монографія

Харків
«Право»
2018

УДК 342.2(4)
Б82

*Рекомендовано до друку вченою радою юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
(протокол № 25 від 26 червня 2018 р.),
вченою радою Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого (протокол № 11 від 27 червня 2018 р.)*

Рецензенти:

М. О. Баймуратов, доктор юридичних наук, професор, Інститут законодавства Верховної Ради України;

М. В. Савчин, доктор юридичних наук, професор, директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права, Ужгородський національний університет;

О. В. Совгиря, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

П. Б. Стецюк, кандидат юридичних наук, доцент, доктор права (Український Вільний університет, Мюнхен), суддя Конституційного Суду України у відставці

Бориславська О. М.

Б82 Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз : монографія / О. М. Бориславська. – Харків : Право, 2018. – 384 с.
ISBN 978-966-937-450-9

Монографія присвячена європейській моделі конституціоналізму, її ціннісній основі та структурі. У книзі досліджуються витоки європейської моделі конституціоналізму, ключові етапи її формування, аналізуються базові конституційні цінності та структурні елементи. Окрема увага приділена конституційним кризам у сучасних європейських державах. Сучасні виклики європейської моделі конституціоналізму проєктуються на українські реалії та робляться висновки щодо врахування закономірностей її розвитку в національній практиці державотворення. Дослідження виконане на основі використання широкого кола доктринальних джерел, конституцій та законодавства європейських держав, документів органів Ради Європи, Європейського Союзу, практики ЄСПЛ.

Книга адресована науковцям, викладачам і студентам юридичних ЗВО, а також політологам, службовцям органів публічної влади, практикуючим юристам.

УДК 342.2(4)

ISBN 978-966-937-450-9

© Бориславська О. М., 2018

© Видавництво «Право», 2018

Вступне слово

Написання книги – непросте річ, хоча й процес писання приносить задоволення. Утім це не тільки процес... Усе починається з ідеї чи зі слова (як сказано у Книзі книг, «Спочатку було Слово, і Слово було у Бога, і Слово було Бог»). Нічого не відбувається без Божої підтримки. І в цьому випадку теж. Тож я дякую Богові за все, а передусім – за людей, якими Він мене оточив, яких послав мені, кожного зі своєю місією, які були і є у моєму житті, і за тих, які залишилися осторонь.

Отож, ідея. Ідея дослідження європейської моделі конституціоналізму належить людині, яку я глибоко шаную і поважаю, – моєму науковому консультанту, істинному вченому, глибокій і щирій Людині – Юрію Барабашу. Уражена науковим вірусом, заінтригована та зацікавлена цією ідеєю, я сприйняла її як виклик для себе. Водночас була змушена повірити в те, що зможу, справлюся, подолаю. Я безмежно вдячна за підтримку, розуміння, толерантність, мотивацію, допомогу...

Висловлюю щиру вдячність рецензентам цієї книги, шановним докторам юридичних наук, професорам, справжнім професіоналам своєї справи Ользі Совгирі, Михайлові Баймуратову, Петрові Стецюку, Михайлові Савчину.

Я дуже вдячна кафедрі конституційного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, особливо – Тетяні Слінько, Всеволоду Речицькому, Федору Веніславському – за предметні та змістовні обговорення, конструктивну критику і справді цінні зауваження. Це той різновид критики, який не обрізає крила, а, навпаки, мотивує та дає натхнення до праці.

Я дякую своїм колегам з кафедри конституційного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, особливо – Любомиру Бориславському (котрому я також дякую і у двох інших якостях, яким присвячені наступні два абзаци), Сергію Різнику, Ігореві Заяцю, Володимирі Кобрину, Сергію Рабіновичу, Віталію Чорненькому – за цікаві дискусії, вчасно підставлене плече, поради та підтримку.

Особливі слова вдячності хочу висловити своїм Вчителям – провідникам у науку конституційного права, які вже відійшли у вічність, – Віталію Чушенкові та Юрію Тодиці. Ваші настанови пам'ятаються донині, надихають та стимулюють до праці.

Безмежно вдячна своїй сім'ї за розуміння і підтримку, любов і турботу, які мене оточують. Без вас ця робота ніколи би не з'явилась.

Не переоцінюючи значення цієї праці, сподіваюся, що вона стане у пригоді тим, хто цікавиться проблемами конституціоналізму і шукає шляхів для впровадження конституційних цінностей у буденність України.

Передмова

Починаючи з кінця XVIII ст. у конституційно-правову науку міцно вкорінилося поняття *конституціоналізм*. Воно було відоме і раніше, проте після революційних подій на Європейському та Північноамериканському континентах набуло нового, практичного значення, ознаменувавши утворення держав нового змісту – конституційного. За класичним підходом, конституційними вважаються держави несвавільні, обмежені у своїх діях верховенством права, рівністю перед законом, основоположними правами людини.

Ще у кінці XIX ст. відомий британський вчений Алберт Дайсі, який особисто ознайомився із режимами США, Бельгії, Франції, Швейцарії та Німеччини під час подорожей до цих країн¹, зауважив, що всі вони є конституційними, проте водночас відмінними за сутністю від англійської конституції². Сьогодні такі відмінності між конституціоналізмом у Сполученому Королівстві, США та в континентальній Європі є ще більш помітними. Більше того, вони стосуються не лише питань організації державної влади та механізмів її поділу, а є більш системними, зумовленими глибинними ідеологічними та концептуальними особливостями, що дає підстави ставити питання про існування кількох моделей конституціоналізму.

Сьогодні в політичному сенсі світ фактично розділений на три табори: конституційні держави, у яких державна влада обмежена задля гарантування фундаментальних прав особи (приблизно одна четверта від усіх держав світу), неконституційні держави із свавільною владою (приблизно така ж кількість) та держави перехідні (які перебувають у транзиті від свавільного до конституційно обмеженого правління (близько половини держав світу)). Конституціоналізм є ідеологічною та доктринальною основою функціонування конституційних та перехідних держав, проте, якщо першим вдалося реалізувати

¹ Michener Roger. Foreword to the «Introduction to the Study of the Law of the Constitution» A. V. Dicey. Indianapolis : Liberty Classics, 1982. P. XI–XXIV.

² Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis : Liberty Classics, 1982. P. 110–117.

його на практиці, другі лише перебувають у процесі формування конституційно обмеженого правління.

Варто зауважити, що ми розглядаємо конституціоналізм як продукт західної правової думки, політико-правової культури, як її обґрунтував Гарольд Берман – цілісної західної правової традиції¹. Виходячи із неї, конституціоналізм є доктриною та практикою обмеженого правління, протилежного за змістом державному свавілля²; в його основі лежать ідеї свободи людини, поваги до її гідності, гарантованості фундаментальних прав, верховенства права, демократії, конституційного обмеження державної влади. Реалізація вказаних засад має забезпечити існування людиноцентричної політико-правової системи, у якій фундаментальні права людини мають пріоритетне значення по відношенню до держави. Сама держава в такому разі не може бути свавільною, а має функціонувати у визначених правових межах. Найважливішою гарантією існування такої системи є конституція, яка, з одного боку, гарантує основоположні права, з другого – встановлює юридичні обмеження для держави, її органів та посадових осіб. Однак сам факт наявності конституції не є гарантією того, що держава за змістом її правління буде конституційною, відтак конституціоналізм є заснованою на відповідній ідеології системою конституційних засобів забезпечення обмеженості державної влади.

Якщо розглядати конституціоналізм не як суто теоретичну конструкцію, а як практичну модель функціонування політичної системи, можна прослідкувати, що поряд із універсальними засадами в його структурі присутні елементи, які носять суто національний характер. Універсальності вихідним засадам конституціоналізму надає їхнє загальне визнання з боку конституційних держав, які на цій основі формують власні конституційні системи. Сприйняття фундаментальних конституційних цінностей різними державами зумовлює деякі спільні риси в їхньому законодавстві та на практиці. Поряд із цим реалізація універсальних конституційних засад супроводжується низкою доктрин, концепцій, підходів до розуміння їхнього змісту.

Так, сьогодні існують щонайменше дві реалізовані на практиці відмінні ідеології конституціоналізму – лібералізм (США, Об'єднане Королівство) та ліберальна демократія (держави континентальної Європи), а також кілька концепцій – формальної законності (США), матеріальної конституції

¹ Berman Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Harvard University Press Cambridge. Massachusetts and London, England, 1983. P. 2–5.

² McIlwain Charles Howard. Constitutionalism Ancient and Modern. Ithaca, New York : Cornell University Press, 1940. 162 p.; Sajo A. Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism. Budapest, 1999. P. 14.

(Об'єднане Королівство) та інституційної системи обмеженого правління (континентальна Європа). Звичайно, є суттєві відмінності і між національними конституційними системами, які зумовлені історичними та національно-культурними чинниками. Проте, попри особливості національних конституційних правопорядків, можна виокремити деякі спільні риси та характерні елементи конституціоналізму окремих держав, які засновані на згаданих концепціях.

Виходячи із цього, можна стверджувати, що сьогодні існують три моделі конституціоналізму: американська, англійська (британська) та європейська (континентальна). Кожна із них передбачає своєрідне втілення універсальних засад конституціоналізму посередництвом власних інструментів та механізмів із відповідним доктринальним супроводом. Окрім відмінних ідеологічних основ, концептуальних особливостей, згадані моделі конституціоналізму володіють певними властивими їм рисами, специфічною структурою та різним практичним втіленням у вигляді відповідних конституційних систем: конституційного президенталізму, монархічного чи республіканського парламентаризму, змішаного президентського чи парламентського правління.

Європейська модель конституціоналізму є унікальним явищем, адже, по-перше, територіально вона поширюється на понад сорок держав континентальної Європи. При цьому рівень уніфікованості та інтегрованості деяких її елементів є настільки високим, що навіть привів до постановки питання про виникнення європейської конституційної ідентичності. По-друге, значну роль у формуванні та розвитку цієї моделі відіграла Рада Європи, система стандартів якої суттєво вплинула на зміст європейської моделі конституціоналізму, а також Європейський Союз, що вимагає певної уніфікованості підходів у питаннях демократії та прав людини.

Проголосивши незалежність, Україна зробила свій цивілізаційний вибір та фактично розпочала шлях формування конституційної держави. Починаючи із перших політико-правових документів, що проголошували державний суверенітет, та завершуючи Конституцією 1996 р., в Україні поступово утверджувалася ліберально-демократична ідеологія, що й мала стати основою цього процесу (саме вона відображена в Основному Законі). Проте конституційний розвиток України (у широкому розумінні цього поняття, як рух, спрямований на формування конституційно-обмеженого правління) не можна назвати лінійним. Кількаразова зміна форм правління (1996, 2004, 2010, 2014 рр.), сумнівні, з точки зору легітимності, процедури внесення змін до Конституції (2004, 2010, 2014 рр.), концентрація повноважень главою дер-

жави (2010–2013 рр.), кризи в діяльності Конституційного Суду (2005–2006, 2016–2017 рр.) свідчать про серйозні проблеми конституційної системи правління.

На її розвиток впливає ціла низка чинників, передусім – національно-історичного та суспільно-політичного характеру. Поряд із цим не можна ігнорувати загальних закономірностей розвитку європейської моделі конституціоналізму, що, до певної міри, визначають напрям розвитку конституційної системи правління України. Адже, ставши членом Ради Європи, Україна взяла на себе зобов'язання імплементувати європейські стандарти прав людини, верховенства права і демократії, фактично сприйнявши європейську модель конституціоналізму. Відтак, дослідження особливостей та закономірностей розвитку європейської моделі конституціоналізму сприятиме кращому розумінню національної конституційної системи правління України, з'ясуванню природи існуючих проблем, дасть можливість спрогнозувати розвиток цієї системи та її окремих елементів, розробити шляхи вдосконалення як механізму поділу влади, так і інших складових національного конституціоналізму.

Обґрунтовуючи актуальність компаративістських досліджень, автори часто посиляються на можливість запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн при вирішенні тих чи інших політико-правових проблем у державі, вдосконаленні тих чи інших конституційно-правових інститутів. Проте, накладені на національні особливості, одні і ті ж інститути по-різному себе проявляють у різних правопорядках. Тому варто усвідомлювати, що окремі інститути не функціонують ізольовано, вони вплетені у загальну канву конституційної системи правління, що функціонує за законами тієї чи іншої моделі конституціоналізму. Відтак, лише комплексне розуміння ідеології, концепції конституціоналізму та існуючої конституційної системи правління дають можливість всебічно з'ясувати сутність того чи іншого конституційно-правового інституту в його взаємозв'язках з іншими та спрогнозувати перспективи його застосування і розвитку в умовах певного національного правопорядку.

Крім того, аналіз конституційних систем правління держав із європейською моделлю конституціоналізму свідчить про наявність спільних тенденцій, зумовлених закономірностями її розвитку. З одного боку, важливо врахувати позитивні тенденції (наприклад, поширення різних форм «демократії участі» як відповідь на сучасні проблеми представницького правління, застосування соціальних мереж для комунікації суспільства з владою і т. ін.).

З другого – врахувати помилки інших країн та не допустити їхнього повторення в Україні. Особливий інтерес для нас викликає досвід постсоціалістичних держав Європи, які випередили Україну в запровадженні конституціоналізму європейського зразка на десяток років. Ті події, що відбуваються в деяких із них протягом останнього десятиріччя (тиск на конституційні суди, втручання в незалежність судової влади, надмірна концентрація повноважень парламентською більшістю та главою уряду тощо), свідчать про існування спільних причин таких «збоїв» у функціонуванні конституційних систем правління, вивчення яких має важливе значення для України.

Ця монографія присвячена дослідженню феномену європейської моделі конституціоналізму. Передусім доводиться, що європейська модель конституціоналізму існує як конвергенція рис національних систем конституціоналізму; їй притаманні особливості, що характеризують її та водночас відрізняють від інших моделей конституціоналізму (американської та англійської), а також відповідна структура. Специфічний набір елементів системи робить європейську модель конституціоналізму унікальною та визначає як закономірності її розвитку, так і особливості розвитку національних систем правління в її рамках.

Робота побудована на певній методології, застосування якої приводить нас до висновку, що конституціоналізм існує лише за умови наявності всіх трьох його елементів: ідеології, доктрини та практики (конституційно обмеженої системи правління). Це виключає існування «уявного» конституціоналізму, «соціалістичного» конституціоналізму, «тоталітарного» конституціоналізму і т. д.

Риси європейської моделі конституціоналізму не з'явилися водночас, вони є результатом тривалого процесу її розвитку, викристалізовувалися під впливом різноманітних обставин як національного, так і наднаціонального характеру. Тому другий розділ цієї праці присвячено формуванню європейської моделі конституціоналізму від найдавніших часів та її розвитку до сучасного періоду. Саме в історії можна знайти відповіді на питання, чому система конституціоналізму європейського зразка має саме такий вигляд, яким чином наповнювалися її ідеологічні, доктринальні та практичні компоненти.

Європейська модель конституціоналізму охоплює низку обов'язкових елементів із набором притаманних їм рис, аналізу яких присвячено третій розділ роботи. Це: писана конституція як акт установчої влади (із відповідним порядком прийняття та зміни, особливостями деконституціоналізаційних процесів і т. ін.); права та свободи людини і громадянина як мета обмеження

державної влади конституційними засобами (з особливостями захисту соціальних прав, позитивними обов'язками держави тощо); переважно – спеціалізований орган конституційної юрисдикції, що є центральним елементом конституційної системи правління, який гарантує її існування; парламентаризм (у вузькому значенні поняття, що передбачає парламентський спосіб формування уряду та контроль за діяльністю уряду з боку парламенту); незалежність судової влади; децентралізованість влади (як варіант – федералізм, регіоналізм) та її вертикальна організація за принципом субсидіарності.

Останній розділ присвячено тенденціям розвитку європейської моделі конституціоналізму із наголосом на ключові виклики, проблеми, які визначають напрями його розвитку та водночас які прогнозовано можуть з'явитися в Україні. Проблеми представницького правління, що призводять до втрати довіри з боку суспільства до національних урядів, надмірна концентрація повноважень парламентською більшістю та створеним нею урядом, конфліктність змішаної форми правління, зазіхання на незалежність судової влади, спроби тиску на органи конституційної юрисдикції – серйозні виклики конституціоналізму в рамках європейської моделі.

Поряд із цим є й позитивні тенденції – поширення різних форм демократії участі (патисипативної демократії), застосування методу краудсорсингу з метою реалізації народовладдя (у цій праці проаналізовано досвід Ісландії щодо розробки з його допомогою проекту Конституції), ефективна правозахисна діяльність. У своїй сукупності вони свідчать про те, що в майбутньому, принаймні у короткостроковій кількадесятирічній перспективі, альтернативи конституціоналізмові як способу справедливого співіснування людини, суспільства та держави немає.

Розділ 1

МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ МОДЕЛІ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

1.1. Сучасні концепції конституціоналізму

Безспірним надбанням сучасної цивілізації вважається конституціоналізм – явище, що уособлює певну сукупність цінностей західної цивілізації, з якою пов’язується належний рівень захищеності прав людини, свобода та демократія, гарантовані конституцією. Протягом двадцятого століття цей термін міцно укорінився як у конституційно-правовій, так і в історичній та політичній науках. Більше того, в конституційному праві це поняття стало одним із фундаментальних. Поряд із цим говорити про загальноприйняту визначеність його змісту чи усталені чіткі його межі не доводиться. У цій сфері наукової думки панує різноманіття точок зору. Це, очевидно, можна пояснити різними гносеологічними та аксіологічними установками дослідників, з одного боку, а з другого – історичними особливостями конституційного розвитку, сучасними реаліями функціонування політичної влади тієї чи іншої країни.

Проблемам конституціоналізму присвячено чимало праць відомих вчених – філософів, істориків, політологів, теоретиків права, конституціоналістів. У них відображені різні погляди на природу, особливості виникнення та існування конституціоналізму у різних країнах. Прикметно, що думки вчених не просто розходяться, а часом є діа-

метрально протилежними, і це стосується не другорядних питань існування конституціоналізму, а його сутності, що дає різні відповіді на питання «наявності – відсутності» конституціоналізму в певній країні чи групі країн, та часом деформує уявлення про сутність конституційної демократії. На практиці це відображається в еклектичних парадигмах суспільного розвитку, що пропонуються елітами окремих держав та не заперечуються наукою.

Так, одні вчені стверджують про обов'язковий зв'язок конституціоналізму з лібералізмом, інші наголошують на його спорідненості із демократією, повагою до гідності людини, захищеністю її прав, треті вважають, що для існування конституціоналізму достатньо факту наявності конституції як основного закону держави. Відповідно, якщо одна група науковців виокремлює дві моделі конституціоналізму – американську та європейську, то інша – схильна визнавати західну (ліберальну), а також мусульманську, соціалістичну та інші моделі. Отже, для визначення моделей конституціоналізму та обґрунтування особливостей європейської моделі передусім потрібно з'ясувати сутність конституціоналізму. А це вимагає аналізу основних точок зору на це питання в сучасній науці конституційного права.

За усталеною думкою, феномен конституціоналізму з'явився у кінці XVIII – на початку XIX ст. в Сполучених Штатах Америки, Англії, Франції, а згодом – і в інших державах Західної Європи. Зрозуміло, що на розвиток цього поняття суттєво впливали політико-правові реалії відповідних держав, особливості їхньої історії, культури, а також потреби політичних еліт. Під впливом цих та низки інших чинників формувалися різні концепції конституціоналізму. До прикладу, англійська політико-правова думка пов'язує конституціоналізм із верховенством права, що виникло тут ще у XIII ст., американські філософи та правники наголошують на значенні Конституції, що є основою для конституціоналізму (а в США – ще й основою державності), вчені континентальної Європи роблять наголос не тільки на писаній конституції, але й на існуванні відповідних механізмів стримування державного свавілля.

Як уже зазначалося вище, існує велика кількість думок стосовно основної ідеї конституціоналізму й, відповідно, його сутності. Проте, якщо взяти до уваги доктринальні джерела, а також і політико-право-

ву практику сучасних держав у їх сукупності, можна виокремити три основні концепції конституціоналізму, які ми умовно назовемо *формальною, матеріальною та інституційною*.

Формальна концепція конституціоналізму завдячує своїм виникненням американській політико-правовій думці, у якій вперше й було обґрунтоване існування такого явища, як конституціоналізм. Зрештою, і сам термін *конституціоналізм* був уведений у науковий обіг у XVIII ст. американськими державними діячами – «батьками конституції» для позначення верховенства писаної конституції над іншими законодавчими актами¹. За їхнім задумом конституція мала важливе призначення – гарантувати головні здобутки війни за незалежність – свободу людини, невтручання держави у приватне життя індивіда, свободу економічної діяльності, суверенітет та, водночас, недопущення державного свавілля, поділ державної влади. Саме з цією метою виникла ідея наділити конституцію особливими рисами, що мали вирізняти її з-поміж інших актів, – юридичним верховенством та стабільністю. Такий, заснований на писаній конституції (що на найвищому юридичному рівні на постійній основі закріплює вихідні засади організації держави), спосіб організації державно-політичного буття було названо конституціоналізмом.

Обґрунтовуючи необхідність ратифікації Конституції штатами, у статтях «Федераліст» Александр Гамільтон, Джеймс Медісон та Джон Джей розмірковують про шляхи забезпечення її верховенства. Зокрема зазначається, що верховенство Конституції втратить силу, якщо законодавчі норми, які їй суперечать, не буде проголошено недійсними. Гамільтон зазначає: «Під зв'язаною обмеженнями Конституцією я маю на увазі таку, що містить певні конкретизовані винятки у повноваженнях законодавчої влади. ...Такі обмеження на практиці не можуть виконуватися жодним іншим чином, аніж через посередництво судів, обов'язком для яких має бути проголошення недійсними усіх актів і рішень, які суперечать Конституції»². Згодом ця ідея була втілена у відомому рішенні Верховного суду США під головуванням

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования : пер. с англ. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ : Изд. группа Инфра – М, 1998. С. 370.

² Гамильтон Александр. Федералист № 78. *Теория и практика демократии* : избр. тексты / пер. с англ. под ред. В. Л. Иноземцева, Б. Г. Капустина. М. : Ладомир, 2006. С. 172.

Джона Маршала про відповідність Конституції судового контролю (справа Мербері проти Медісона), попри те, що в самому тексті Конституції про це не згадується.

Таким чином, американська політико-правова система, відображена у Конституції 1787 р., була вибудована таким чином, що вихідні засади нового суспільно-державного устрою були піднесені на найвищий юридичний рівень (конституційний), а відтак, для її гарантування необхідно було виконати три завдання – забезпечити: по-перше, відповідність Конституції федеральних законів; по-друге, відповідність Конституції діяльності державних органів (іншими словами – забезпечити їхню зв'язаність конституційними положеннями); по-третє, незмінність протягом порівняно тривалого проміжку часу тих ідей, стосовно яких у ході складних переговорів представників тринадцяти штатів було досягнуто компромісу, та які стали засадами конституційного устрою Федерації.

Необхідність виконання першого завдання привела з часом до виникнення інституту конституційного контролю; друге – було досягнуто через реалізацію принципу прямої дії норм Конституції, якими мали керуватися усі державні органи та їх посадовці; для виконання третього було передбачено надзвичайно складну процедуру внесення поправок до конституційного тексту, що зробило американську Конституцію однією із найжорсткіших у світі.

Варто зауважити, що, з точки зору змісту правління, Конституція США мала гарантувати певний тип владарювання, спрямований на захист індивідуальної свободи. Він охоплював кілька вимог: передусім – перевага представницької демократії, яка, на відміну від безпосередньої, дає можливість приймати виражені і «мудрі» закони; друге – поділ державної влади для забезпечення стримування однією владою іншої – горизонтальний (на законодавчу, виконавчу і судову) та вертикальний (федеральний рівень і уряди штатів); і, врешті, третє – судовий контроль, про який згадувалося вище. Проте у визначенні сутності конституціоналізму автори цієї доктрини виходили саме із формальних рис Конституції, які й мали гарантувати існування конституційної системи правління, а не її інституційної структури.

Такою системою американського конституціоналізму бачили батьки-засновники, погляди яких отримали подальший розвиток як у самій Америці, так і далеко за її межами. Проте такі уявлення про конститу-

ціоналізм заклали підхід до його розуміння через наявність формальних ознак, таких як присутність писаної конституції як акта вищої юридичної сили, складного порядку внесення змін, що гарантує стабільність конституційного устрою, юридичного верховенства конституції, що й вважалося умовою існування конституціоналізму.

Під впливом формально-нормативної концепції писана конституція набула значного поширення у світі. Причому конституції перестали бути атрибутом виключно ліберальної чи демократичної систем, почали прийматися у державах з різними формами правління та політичними режимами, характер та порядок здійснення державної влади в яких суттєво відрізнявся. Такі риси конституції, як стабільність і верховенство, зробили її привабливою і для авторитарних (тоталітарних) режимів, що отримали можливість закріпити за її допомогою своє панування у суспільстві. Таким чином, у процесі поширення писаної конституції вона поступово перестала розглядатися тільки у контексті мети її виникнення, як її вбачали автори американської конституції. Конституціоналізм стало важко відмежувати від інших видів політико-правового порядку суто за формальними ознаками. Це спричинило переосмислення змісту конституціоналізму та відхід від формально-нормативних установок при його тлумаченні у багатьох країнах світу¹, проте формальна концепція конституціоналізму сьогодні все ще активно застосовується.

Матеріальна концепція конституціоналізму його сутність визначає через телеологічний підхід, виходячи із мети його існування. Зародилася вона в Англії, де, за відсутності писаної конституції, дотримання формальних вимог було недостатньо для досягнення цілей, подібних до тих, що існували в Америці (гарантування свободи людини, її основоположних прав, свободи економічної діяльності, недопущення державного свавілля). Поряд із цим в Англії існувала давня традиція обмеження державної влади, об'єктивована у Великій Хартії вольностей та найважливіших статутах: Актах про престолонаслідування (врегулював відносини між монархом і парламентом), про парламент (визначав періодичну змінність парламенту), про недоторканність особи (гарантував невтручання держави у сферу особистої свободи). Крім

¹ Бориславська О. Сучасні концепції конституціоналізму. *Наук. вісн. Міжнар. гуманітар. ун-ту. Серія: Юриспруденція*. Одеса, 2014. С. 64–67.

того, тут існував (і продовжує існувати) значний масив норм загального права, які спираються на комплекс уявлень і понять про право і державну владу. Таким чином, на кінець XVIII ст., коли у США приймалася Конституція та формувався конституціоналізм, в Англії уже був сформований правопорядок, за якого повноваження монарха та законодавця були обмежені. У такому сенсі тут уже існувала матеріальна конституція та конституціоналізм «як функціональний еквівалент писаної Конституції США»¹.

Варто зауважити, що в Англії конституціоналізм ототожнювався із верховенством права; таке ж розуміння конституціоналізму притаманне і сучасній британській конституційній доктрині. Один із найвідоміших дослідників конституціоналізму Чарльз Маклвейн розглядає його як верховенство права, розуміючи під конституціоналізмом юридичне обмеження держави та повну протилежність свавільному правлінню². Подібної позиції дотримуються й інші англійські автори, зокрема Х. Барнетт та Дж. Олдер, які конституціоналізм пов'язують із обмеженням «влади правлячих».

Феномен британського конституціоналізму полягає у тому, що він позбавлений таких важливих обмежувальних інструментів, як стабільні писані норми вищої юридичної сили. Попри це правило «державна влада обмежена правом» незмінно діє у Сполученому Королівстві протягом кількох століть. Як зазначає Браян Таманага, секрет існування конституціоналізму в цій країні полягає у «загальноприйнятому переконанні і громадян, і державних посадовців у тому, що державна влада діє в межах закону... а отже, править закон». Таким чином, верховенство права існує завдяки поширеній і незаперечній переконаності у верховенстві права, у непорушності певних фундаментальних обмежень, накладених правом на державну владу, а не через функціонування конкретних правових механізмів³.

Отже, у британському розумінні в сутності конституціоналізму акцент переноситься із юридичного верховенства конституції на її головне призначення – обмеження державного свавілля, що свідчить

¹ Stoner James R. *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence : University Press of Kansas, 1992. P. 84–85.

² McIlwain Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. P. 21.

³ Таманага Браян. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / пер. з англ. А. Іщенко. Київ : Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. С. 68–69.

про телеологічну спрямованість матеріальної концепції конституціоналізму.

Крім того, слід наголосити, що британський матеріальний конституціоналізм спирається на правотворчі повноваження судів у поєднанні із їхньою ексклюзивною прерогативою застосовувати й тлумачити правові акти. Тому «...якою б великою не була влада законодавців щодо ухвалення загальних рішень, конкретне їх використання все одно залежатиме від судової влади; а оскільки йдеться про застосування закону в тому чи іншому випадку, то лише тоді ми можемо вияснити справжню правову “інтенцію” постанови – як вона буде вплетена у складний гобелен попередніх законів та інших постанов, котрі виступають єдиним цілим»¹. Відповідно, застосовуючи закон (правовий акт), здійснюючи його тлумачення та творячи право у ході вирішення конкретних судових справ, суди мають серйозні можливості обмежувати законодавчу та виконавчу владу, а їхня діяльність складає практичну основу матеріальної концепції конституціоналізму.

Варто зауважити, що під впливом англійської доктрини конституціоналізму телеологічний підхід набув суттєвого поширення у світі. Досвід застосування писаної конституції для утвердження авторитарних та тоталітарних режимів привів до переосмислення формальної концепції конституціоналізму навіть в Америці, де вона сформувалася вперше, саме у напрямі переходу від формально-нормативної до формально-телеологічної концепції. До прикладу, відомий американський правознавець та економіст Волтон Гамільтон терміном *конституціоналізм* позначає «довіру народу до влади слів, викладених на аркуші паперу (конституції. – О. Б.) з метою впорядкування (обмеження) державної влади»², відходячи від формально-нормативного підходу та поєднуючи у визначенні конституціоналізму верховенство конституції, як її головну рису, з метою її існування – встановлення юридичних меж функціонування державної влади.

Третя концепція конституціоналізму – *інституційна* – виникла на основі політико-правової практики держав континентальної Європи.

¹ Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / пер. з англ. Р. Семків. Київ : Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2008. С. 24.

² Walton H. Hamilton. Constitutionalism. *Encyclopedia of the Social Sciences*. URL: <https://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/hamilton-walton-h>.