

III. Форми народовладдя в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку



Юрій Ключковський

доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник,
доцент кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права
Національного університету
“Києво-Могилянська академія”
(Київ, Україна)
ukluch@ukr.net

УДК 342.573

РЕФЕРЕНДУМ У СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО РЕЖИМУ ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДЕМОКРАТІЇ

Анотація. Стаття присвячена проблемі інтегрування референдуму як способу здійснення народовладдя у систему режиму представницької демократії сучасної держави.

Народовладдя розглядається як суспільно-політичне явище, правовим вираженням якого є юридична категорія демократії; останню слід відрізняти, зокрема, від типу ідеології чи виду політичного процесу. У конституційно-правовому сенсі демократію можна кваліфікувати як принцип права, що закріплюється у конституції. У контексті правової теорії держави цей принцип є правовою вимогою стосовно форми державного режиму.

Сучасне сутнісне розуміння демократичного державного режиму як способу здійснення влади засноване на концепції “демократії цінностей” (“озброєної демократії”), яка протиставляється “процедурній демократії”. Таке розуміння заперечує необмеженість предмета рішень, що приймаються шляхом демократичних процедур, і передбачає захист основних суспільних цінностей від посягання будь-яким способом. Категорія “демократії цінностей” по суті поєднує вимогу процедурної демократії та принцип верховенства права у межах концепції конституціоналізму. Конституція держави повинна закріпити не лише основні демократичні процедури формування і функціонування влади, а й ті базові цінності, сформульовані у вигляді основних конституційних принципів, які підлягають особливому захисту і не можуть бути змінені шляхом демократичної процедури.

Розрізнення прямої і представницької демократії базується не лише на способі здійснення влади народом, а й на предметі безпосереднього народного волевиявлення. Суть представницької демократії полягає в тому, що народ шляхом безпосереднього волевиявлення через вибори формує персональний склад виборних органів та, опосередковано, похідних від них, яким надає можливість протягом обмеженого

часу здійснювати визначені конституцією владні повноваження від імені народу. Пряма демократія передбачає, що народ шляхом безпосереднього волевиявлення приймає зобов'язальне рішення по суті певної проблеми. І представницька, і безпосередня демократії базуються на прямому волевиявленні народу, однак лише безпосереднє прийняття народом зобов'язального рішення може вважатися безпосереднім здійсненням влади народом.

Вибори і референдум є формами безпосереднього народного волевиявлення і реалізуються через загальне голосування. Однак критерієм прийняття рішення референдуму є не лише участь виборців у голосуванні, а й підтримка чіткої відповіді на питання референдуму більшістю виборчого корпусу.

“Консультативні референдуми”, які не мають прямих юридичних наслідків і служать формами вираження суспільної думки щодо поставленої проблеми, мають лише політичне значення і не можуть вважатися формою здійснення влади народом.

Стверджується, що сучасна демократична держава можлива лише як держава представницької демократії, а окремі інститути прямої демократії можуть інтегруватися у сучасний державний режим з урахуванням їх епізодичної ролі для прийняття рішень. Таке інтегрування здійснюється у формі імперативного або факультативного референдуму. Перший конституційно наділений виключною сферою повноважень. Особливістю другого, можливого лише за народною ініціативою, є те, що проблема, якій він присвячений, віднесена до сфери повноважень певного органу системи представницької демократії. Тому застосування факультативного референдуму породжує конфлікт повноважень такого референдуму з органами представницької демократії.

Запровадження інституту факультативного референдуму вимагає чіткого нормативного регулювання для досягнення узгодженого і безконфліктного функціонування елементів прямої демократії, інтегрованих у систему державного режиму представницької демократії.

Ключові слова: народовладдя; державний режим; представницька демократія; пряма демократія; референдум.

Народовладдя і демократія

Слово “народовладдя” сьогодні широко використовується різними авторами і в різноманітних контекстах. Ним часто зловживають політики і публіцисти; про народовладдя багато говорять політологи. Однак зміст поняття “народовладдя” у конституційно-правовому розумінні все ще залишається недостатньо дослідженим, чим можна пояснити спекуляції, які час від часу виникають у суспільному дискурсі в Україні.

Уявлення про народовладдя як юридичну категорію в Україні значною мірою базуються на ч. 2 ст. 5 Конституції України, відповідно до якої ‘народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування’¹. Однак, незважаючи на тлумачення

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (у редакції від 30 вересня 2016 р.) <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>> (дата звернення: 22.07.2019).

ст. 5 Основного Закону, надані Конституційним Судом України (далі – КСУ), зміст, який вкладається у поняття “народовладдя”, залишається неясним. Так, у рішенні КСУ 2005 р. ототожнюються, по суті, “реалізація народом своєї влади” та “здійснення народного волевиявлення” (п. 4.2 мотивувальної частини рішення²); таке ж розуміння повторене у рішенні 2008 р. (п. 3 мотивувальної частини рішення³). Проте “волевиявлення народу” є більш широкою категорією порівняно з категорією “здійснення влади народом”. Зокрема, загальні вибори є актом безпосереднього виявлення волі народу, однак не здійснення народом влади⁴. Водночас немає підстав заперечувати, що вибори органів державної влади є складовою концепції “народовладдя”.

Таким чином, категорія народовладдя не може вважатися юридичною у зв’язку зі своєю винятковою розмитістю. Через свою абстрактність це поняття не має ознак регулятивності навіть настільки, наскільки регулятивність притаманна найбільш загальним принципам права, як, наприклад, принципу верховенства права. Без уточнення свого змісту народовладдя не визначає ані реального суб’єкта здійснення влади, способу, яким народ здійснює владу, ані більш-менш визначених місця та ролі конкретних форм здійснення влади народу у функціонуванні сучасної держави. Таким чином, категорія народовладдя залишається для позначення суспільно-політичного явища і не переходить у правову площину.

Правовою категорією, через яку реалізується суспільно-політична концепція народовладдя, є категорія *демократії*⁵.

Науковці по-різному оцінюють співвідношення понять “народовладдя” і “демократія” – від визнання їх синонімічності⁶ до розрізнення;

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005. *Офіційний вісник України*. 2005. № 41. Ст. 2605.

³ Рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008. *Офіційний вісник України*. 2008. № 32. Ст. 1056.

⁴ Ю Ключковський, ‘Вибори як інститут представницької демократії’ (2013) І Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України 43.

⁵ Грецьке слово “δημοκρατία”, на відміну від традиційного перекладу “*влада народу*”, повинно перекладатись як “*правління народу*”, що вказує на певні змістовні відмінності з терміном “*народовладдя*”. Стосовно змісту грецьких термінів, що позначали різні форми організації влади і політичного життя в античних грецьких полісах. Див.: О Водянніков, ‘Демократія і конституція: майбутнє однієї ідеї’ в Ключковський Ю., *Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні* (Баїте 2018) 11.

⁶ Ф Рудич (ред.), ‘Політичний режим і народовладдя в Україні: політологічний аналіз’ (ІПіЕНД 2011) 172; Е Арбастер, ‘Ключові ідеї демократії’ в Проценко О. (упоряд.), *Демократія: антологія* (Смолооскип 2005) 43.

в останньому випадку підкреслюється відмінність між політичною концепцією і правовим інститутом.

Термін “демократія” у сучасних суспільних науках теж використовується у різних значеннях: демократія розглядається як форма держави, політичний режим, політичний принцип і процес, світогляд та певна система цінностей⁷. Проте багатозначність терміна “демократія” не слід ототожнювати з багатогранністю демократії як суспільно-політичного явища. Значення терміна істотно залежить від того, у межах якої науки він вживається, тим самим позначаючи різні наукові категорії (поняття). Так, демократія як елемент форми держави і демократія як ідеологія за своєю суттю є різними явищами (хоча й заснованими на тих самих апріорних суспільних цінностях), а не різними аспектами того ж явища. Тому при вивченні *правової категорії* “демократія”, як і багатьох інших категорій правової теорії держави й науки конституційного права, неприпустиме їх ототожнення з суспільно-політичними категоріями.

У конституційно-правовому сенсі категорія демократії є достатньо загальною і водночас може розглядатись як правова вимога стосовно форми держави. Тому її можна кваліфікувати як загальний принцип права, що закріплюється у конституції⁸.

Зміст правового принципу демократії

Як і для будь-якого достатньо загального принципу права демократію недостатньо проголосити у вигляді назви. Зміст принципу-назви необхідно розкрити через більш чіткі вимоги-складові, які самі теж, як правило, виявляються принципами права, хоча й менш абстрактного змісту та (або) відносно вужчого правового значення⁹. Структура системи принципів-складових фундаментального правового принципу демократії вимагає окремого дослідження; можна стверджувати, що до його складу належать принцип суверенітету народу, принцип поділу влади, а також принципи періодичних виборів та (у певному аспекті) загального виборчого права. Однак центральним елементом змісту принципу демократії є вимога “демократичної держави”, яка безпосередньо пов’язує ідею демократії з державною організацією народу. Інакше кажучи, демократія як принцип права передусім означає вимогу демо-

⁷ О Петришин, ‘Народовладдя – основа демократичної правової держави’ в Святоцький О (відпов ред), *Влада в Україні: шляхи до ефективності: Всеукраїнський форум учених-правознавців* (Ін Юре 2010) 291.

⁸ А Колодій, *Принципи права України* (Юрінком Інтер 1998) 50; І Сліденко, ‘Теоретичні та конституційні засади народного суверенітету’ в Кампо В та Савчин М (ред), *Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації* (Час друку 2008) 9.

⁹ Ю Ключковський, *Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні* (Baite 2018) 65-6.

кратичного державного режиму¹⁰ як складової форми держави (поряд із формою правління та формою устрою).

В аспекті правової теорії держави класифікація форм державного режиму розглядає демократію як один із її видів. Однак дещо непослідовною є подальша класифікація видів демократичного державного режиму, яка зазвичай наводиться у підручниках з держави і права та базується на концепціях демократії як різновидів політичної ідеології. Подібні класифікації не можна відносити до форм державного режиму, змістом якого мають бути *правовідносини*, а не політичні відносини, що не регулюються правом, чи ідеологічні категорії.

Як відомо, *державний режим* розуміють як систему заснованих на нормах права методів, способів та прийомів здійснення державної влади. У цьому сенсі демократія як державний режим розглядається переважно як *система процедур* здійснення влади (тобто врегульованих правом способів прийняття рішень і діяльності уповноважених владних суб'єктів), що спирається на волевиявлення народу як первинного суб'єкта влади. Таке розуміння прийнято називати "*процедурною демократією*"¹¹. Р. Дворкін стверджував: 'Ортодоксальне уявлення, що прирівнює демократію до волі більшості, охоплює владу народу як виявлення колективної дії лише в статистичному значенні'¹². Науковець зауважив, що 'статистична демократія як така не турбується про рівність статусу [громадян]: вона дає змогу більшості ігнорувати інтереси та гідність будь-яких без винятку меншин', та протиставив їй 'конституційне розуміння демократії', яке засноване на певних конституційно закріплених цінностях і 'передбачає зв'язок зі справедливістю, чого немає у випадку зі статистичним розумінням'¹³. Подібно Ж.-П. Жакке розрізняє "формальну правову державу" (*État de droit formel*) та "матеріальну правову державу" (*État de droit substantiel*); у межах першої моделі 'акцент робиться на дотриманні ієрархії правових норм, яким би не був їх зміст', тоді як друга модель передбачає, що 'певна кількість основних принципів і цінностей є необхідними для публічної влади, і їх дотримання гарантується сукупністю контрольних механізмів включно з контролем за конституційністю законів'¹⁴.

¹⁰ В Шаповал пов'язує демократичний режим з концепцією народного суверенітету та розумінням народу як єдиного джерела влади, див.: В Шаповал, *Сучасний конституціоналізм* (Юрінком Інтер 2005) 304.

¹¹ Сумний досвід міжвоєнної Німеччини засвідчив дефектність розуміння демократії лише як системи процедур незалежно від їх змісту. Як зазначають дослідники, 'вже з 1921 р. більшість парламенту (рейхстагу) було проти парламентської системи! Демократично обрана парламентська більшість не була за духом демократичною', див.: М Маяцкий, 'Демократия как судьба' [2004] 2(42) Логос 8.

¹² Р Дворкін, 'Свобода, самоврядування та воля народу. Чи можлива сьогодні демократія?' в Госепат Ш та Ломанн Г (ред), *Філософія прав людини* (Ніка-Центр 2012) 216.

¹³ Там само 219, 223.

¹⁴ Див.: Ж-П Жакке, *Конституционное право и политические институты* (Юристь 2002) 141. Зауважимо, що російський переклад зазначених понять ("государство в значении формального права")

Сутнісне розуміння демократії як способу здійснення влади, що протиставляється “процедурній демократії”, істотно змінює мету функціонування демократичної держави. Воно заперечує необмеженість предмета рішень, що приймаються шляхом демократичних процедур, і передбачає захист основних суспільних цінностей від посягання будь-яким способом. Таке розуміння відоме під назвою “озброєної демократії” (*militant democracy*)¹⁵ чи, в термінології Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), “демократії, здатної себе захистити”¹⁶, однак більш доцільним вважаємо термін “демократія цінностей”. Підкреслимо, що демократія цінностей не применшує значення демократичних процедур, однак не абсолютизує їх і не вважає, що вони вичерпують сутність демократії.

Категорія демократії цінностей по суті об’єднує принципи процедурної демократії та верховенства права; синтез цих двох фундаментальних правових засад досягається у концепції конституціоналізму – за В. Шаповалом, специфічного режиму відносин між державою та суспільством, при якому головною метою є права і свободи, їх гарантування та охорона¹⁷. Цікаво, що ще у 1935 р. саме в такому контексті визначав демократію один з ідеологів українського націоналізму М. Сціборський:

Устрій сучасної політичної демократії виходить з таких основ: 1. Признання самоцінності людини та її рівності з іншими людьми. 2. Наділення її усією повнотою особистої свободи і громадських прав, обмежуваних лише для загальних спільних інтересів. 3. Визнання цілого народу як єдиного носія суверенності, якому належить виключне право порядкувати своїм державним, суспільним і господарським життям та означувати своє відношення до інших народів. 4. Організація державного керування на підставі основних законів (так звана конституція) та при допомозі органів, обраних народом на основі загального, рівного, безпосереднього і таємного виборчого права¹⁸.

Таким чином, правовий принцип демократії означає, що сучасна демократична держава повинна мати державний режим, заснований на концепції демократії цінностей. Оскільки основи державного режиму визначаються конституцією держави, конституція повинна закріпити не лише основні демократичні процедури формування і функціонування влади, а й ті базові цінності, сформульовані у вигляді основних конституцій-

та “государство в сущностном значении”) істотно спотворює їх зміст, зокрема, затіняючи той факт, що йдеться про форми правової держави.

¹⁵ Й. Изензее и П. Кирххоф (изд.), *Государственное право Германии, т. 1* (Ин-т государства и права РАН 1994) 108; Ю. Барабаш, *Нариси з конституційного права* (Право 2012) 8.

¹⁶ European Court for Human Rights. *Case of Zdanoka v. Latvia*. Judgment of 17 June 2004, para. 100 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61827>> (accessed: 24.05.2019).

¹⁷ В. Шаповал, “Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії” (1998) 5 *Право України* 25.

¹⁸ М. Сціборський, *Націократія* (Державна картографічна фабрика 2007) 17.

них принципів, які не можуть бути змінені (або, принаймні, зміна яких істотно ускладнена). Прикладом положення, яке захищає базові конституційні цінності – незалежність України, її територіальну цілісність, права і свободи людини та громадянина, – є ч. 1 ст. 157 Конституції України.

Представницька і пряма демократія

Правові форми функціонування демократичного державного режиму як врегульованого правом способу здійснення державної влади можуть бути різними. Загальновизнаним є розмежування прямої (безпосередньої) і представницької демократії. Однак при цьому часто представницька демократія розглядається як здійснення влади виборними (представницькими) органами та органами, похідними від них: «непряме (представницьке) народовладдя здійснює не народ безпосередньо, а органи державної влади, які діють за дорученням народу»¹⁹. Однак, по суті, така картина режиму представницької демократії істотно неповна: без регулярних загальнонародних виборів, функція яких – періодичне кадрове оновлення складу представницьких та (опосередковано) похідних від них органів, здійснення влади навіть виборними органами з необмеженим строком повноважень їх складу не можна вважати демократією.

Отже, суть *представницької демократії* полягає у тому, що народ шляхом *безпосереднього волевиявлення через вибори* формує *персональний склад* виборних органів (зокрема й одноосібних) та, опосередковано, похідних від них (насамперед уряду), яким надає можливість *протягом певного часу* здійснювати визначені конституцією владні повноваження *від імені народу*. Звідси випливає відома формула представницької демократії: «народ здійснює владу через вільно обраних представників». Таким чином, в умовах режиму представницької демократії безпосереднє волевиявлення народу і здійснення влади розділені: народне волевиявлення (без якого немає демократії взагалі) реалізується через вибори, а владні повноваження здійснюються під контролем народу органами, сформованими на обмежений час за підсумками виборів.

На підставі наведених аргументів вважаємо недостатньо обґрунтованим віднесення виборів до організаційно-правових форм *прямої демократії*; воно базується на ототожненні поняття «народне волевиявлення», вжитого у ст. 69 Конституції України, з поняттям «здійснення влади народом». Пряме волевиявлення народу і пряму (безпосередню) демократію не можна ототожнювати; вони співвідносяться як загальне і часткове. Дійсно, народ здійснює владу безпосередньо шляхом свого волевиявлен-

¹⁹ Л. Бориславський, «Загальні засади конституційного ладу: принцип народовладдя та форми його здійснення» (2002) 37 Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична 211.

ня; однак не кожне волевиявлення народу має владний характер. Волевиявлення є владним, якщо воно має зобов'язальний (імперативний) характер; владне волевиявлення вирішує питання регулювання суспільних відносин, управління публічними справами, тобто спрямоване на розв'язання проблем змістовних, мериторичних, а не кадрових. Вибори не можна вважати актом здійснення влади народом; це акт уповноваження певних осіб (складу органу влади) на здійснення влади від імені народу.

Цю відмінність між двома основними формами безпосереднього волевиявлення народу підкреслює В. Шаповал:

Принципово відмінним є призначення виборів і референдуму. Вибори слугують формуванню представницьких органів влади і заміщенню деяких посад у державному механізмі <...>. З іншого боку, референдум звичайно призначений саме для ухвалення владних рішень і не має прямого відношення до представницької демократії²⁰.

Отже, безпосередня демократія передбачає, що народ шляхом безпосереднього волевиявлення приймає обов'язкове до виконання рішення; звідси конституційна формула прямої демократії: "народ здійснює владу безпосередньо". У зв'язку з цим вважаємо, що ст. 69 Конституції України слід розуміти так, що вона визначає способи безпосереднього народного волевиявлення, якими є вибори як основа представницької демократії, а також референдум та інші форми прямої демократії.

Обидві форми демократії – і представницька, і безпосередня – базуються на прямому волевиявленні народу, однак лише безпосереднє прийняття народом змістовного зобов'язального рішення може вважатися безпосереднім здійсненням влади народом. Така точка зору характерна для західної конституційно-правової доктрини, яка до форм прямої демократії відносить лише референдум, народну законодавчу ініціативу та відкликання²¹.

Референдум у сучасному демократичному державному режимі

Для сучасної конституційної демократичної держави з великою територією і значним населенням, що виключає його зібрання на агорі чи форумі (чи альпійській полонині), єдиною можливою формою державного режиму є представницька демократія, започаткована теоретиками

²⁰ Шаповал (н 10) 312, 326.

²¹ T Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall* (Harvard University Press 1989); V Beramendi and others, *Direct Democracy: The International IDEA Handbook* (International IDEA 2008); A Sokala i B Michalak, P Uziębło, *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych* (Lex; Wolters Kluwer Polska 2013) 271.

французької революції. Можливість державного режиму, заснованого виключно на механізмах прямої демократії, викликає істотні сумніви. Конституційні доктрини деяких європейських держав навіть містять заперечення можливості прямої демократії як державного режиму, яка розглядається як 'всього лише теоретична конструкція народу без держави'²².

Таким чином, використання елементів прямої демократії у сучасних державах можливе лише через їх суміщення з основним режимом представницької демократії. А. Ауер, беручи до уваги досвід Швейцарії, зазначає:

Хоча представницька демократія може існувати без будь-якого інструмента прямої демократії <...>, протилежне не має місця: пряма демократія ані не мислима, ані не здійсненна без основоположних зв'язків між народом та його парламентськими представниками²³.

Однак інтегрування форм прямої демократії (насамперед референдуму) у систему представницької демократії є суперечливим, а тому непростим завданням передусім у концептуальному аспекті. Конституційна розробка механізму функціонування такого державного режиму вимагає глибокого осмислення низки теоретичних проблем; без врахування цього практичне використання референдуму може стати маніпулятивним засобом узурпації влади.

Однією з основних проблем у контексті інтегрування референдуму в систему представницької демократії є подолання панівного уявлення про тісну його аналогію з виборами. Формально така аналогія впливає з факту, що як вибори, так і референдум є формами безпосереднього *народного волевиявлення* і реалізуються через загальне голосування на підставі спільних принципів. Однак змістовної подібності тут немає: як уже зазначалося, референдум, на відміну від виборів, є формою *безпосереднього здійснення влади народом*, а отже, спрямований на прийняття народом загальнообов'язкового владного рішення щодо певного питання. Звичайно, як і у випадку виборів, у ролі народу – суб'єкта прийняття такого рішення виступає виборчий корпус – сукупність публічно дієздатних громадян. Однак змістовне рішення колективним суб'єктом повинно прийматися більшістю від його складу. Звідси впливає природна вимога щодо *критерію прийняття рішення* на референдумі: більшість виборчого корпусу не лише повинна взяти участь у голосуванні (без чого референдум слід визнати таким, що не відбувся), а й підтримати

²² Изензее и Кирххоф (н 15) 48.

²³ Auer, 'Constitutional Justice and Direct Democracy' (1996) 14 Science and Technique of Democracy 163.

позитивною відповіддю питання референдуму (без чого немає підстав говорити, що “народ прийняв рішення”). Щоправда, такий варіант критерію не є загально визнаним. В. Шаповал зазначає його поруч із більш традиційним: рішення вважається прийнятим, якщо на його підтримку проголосувала більшість виборців, які взяли участь у голосуванні²⁴. Однак зауважимо, що за такого критерію питання референдуму може підтримати *меншість виборчого корпусу*, що ставить під сумнів факт прийняття рішення *народом*²⁵. Припущення, що громадяни, які не взяли участі у голосуванні, погодилися з думкою учасників прийняття рішення, неприйнятне як неконституційне. Нагадаємо, що спроба нормативного закріплення твердження ‘вважається, що виборці, які не брали участі у голосуванні на виборах, підтримують результати волевиявлення тих виборців, які взяли участь у голосуванні на виборах’ визнана КСУ неконституційною з тієї підстави, що це твердження суперечить ст. 69 Конституції України, а тому ‘не є визначенням народного волевиявлення, як і волевиявлення окремих громадян, виходячи з того, що виборці повинні здійснити його на виборах особисто’ (п. 6 мотивувальної частини рішення)²⁶. Цей висновок КСУ тим більше застосовний у випадку референдуму.

Сформульований вище критерій прийняття рішення референдумом (“більшість від народу”) має наслідком різні можливі результати референдуму. При цьому слід розрізняти випадки подолання або недосягнення бар’єру участі: якщо у голосуванні взяло участь менше половини складу виборчого корпусу, референдум має визнаватися таким, що не відбувся, і не породжувати жодних юридичних наслідків. У такому разі можна вважати, що народ відмовився приймати рішення із питання, запропонованого на факультативному референдумі, залишивши його для вирішення конституційно уповноваженому органу. Якщо ж бар’єр участі був подоланий, референдум визнається таким, що відбувся, а його результат залежить від дотримання критерію прийняття рішення. Рішен-

²⁴ В Шаповал, ‘Референдум: Україна і міжнародний досвід’ в Коліушко І та Пашкова Н (ред), *Референдум. Досвід України та європейські стандарти* (ЦППР 2016) 5.

²⁵ Венеціанська комісія у Кодексі належної практики щодо референдумів не рекомендує встановлювати ані “кворум участі”, ані “поріг підтримки” з політичних міркувань, які не виглядають безсумнівними, див.: Council of Europe. Venice Commission, Code of Good Practice on Referendums (CDL-AD(2007)008rev-cor) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)008rev-cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)008rev-cor-e)> (accessed: 22.07.2019). Однак в іншому документі, де наведено цікавий огляд регулювання референдуму у різних європейських країнах, Комісія заперечує проти зниження бар’єра участі нижче 50 % електорату з міркувань легітимності результату, див.: Council of Europe. Venice Commission, Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro Concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards (CDL-AD(2005)041) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2005\)041-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2005)041-e)> (accessed 22.07.2019).

²⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про вибори народних депутатів України” (справа про вибори народних депутатів України) від 26 лютого 1998 р. № 1-пн/98. Офіційний вісник України. 1998. № 23. Ст. 850.

ня має бути визнане прийнятим, якщо позитивну відповідь на питання референдуму надала більшість виборчого корпусу; у будь-якому іншому випадку результат референдуму, що відбувся, має бути визнаний негативним (пропоноване рішення – відхилено).

Від референдуму як форми здійснення влади народом слід відрізняти консультативні опитування (які іноді називають “консультативними референдумами”). Такі форми вираження суспільної думки не мають прямих юридичних наслідків (хоча їх велике політичне значення не можна заперечувати) і служать способом з’ясування загального ставлення громадян до певної проблеми; вони призначені визначати орієнтири політики уряду, а не приймати загальнообов’язкові рішення. У зв’язку з цим їх можна віднести до способів здійснення так званої “учасницької демократії” (*participatory democracy*), яку Ю. Барабаш пропонує розглядати на конституційному рівні поряд із двома класичними формами демократії – представницькою та безпосередньою²⁷. Однак розглянуті науковцем способи здійснення учасницької демократії, як і консультативні референдуми, не мають владного (зобов’язального) характеру, тобто не можуть вважатися формами здійснення влади народом чи навіть народного волевиявлення взагалі.

Описані вище проблеми стосуються змістовної сутності референдуму як способу безпосереднього здійснення влади народом. Інші проблеми виникають при інтегруванні референдуму у функціонально самоузгоджену систему представницької демократії.

Можливі два способи такого інтегрування. Перший, найбільш послідовний, полягає у конституційному визначенні виключної сфери повноважень (переліку предметів) референдуму. Це означає, що відповідні питання обов’язково вирішуються референдумом і не віднесені до компетенції жодного органу системи представницької демократії (*імперативний референдум*). Конституція України передбачає імперативний референдум щодо двох проблем: стосовно зміни території України (ст. 73) та щодо внесення змін до розділів I, III, XIII Конституції України (ст. 156); такі референдуми призначаються, відповідно, Верховною Радою України та Президентом України. Проблемаю у цьому разі є можливість нерезультативного референдуму.

Інший спосіб включення елементів безпосередньої демократії у функціонування режиму представницької демократії – запровадження *факультативного референдуму*, який може бути ініційований певною конституційно визначеною кількістю громадян. Особливість факультативного

²⁷ Ю. Барабаш, ‘Окремі питання модернізації конституційних засад виборчого права України’ (2013) 5 Право України 51.

референдуму полягає у тому, що проблема, якій він присвячений, взагалі кажучи, може бути розв'язана і без референдуму, оскільки Конституцією України або законом віднесена до сфери повноважень певного органу системи представницької демократії. З цієї причини факультативний референдум може бути ініційований лише народом: призначення факультативного референдуму певним органом влади означало б або відмову цього органу здійснювати свої повноваження (якщо відповідна проблема віднесена до його компетенції), або втручання у компетенцію іншого органу (до сфери повноважень якого вона віднесена).

Таким чином, запровадження факультативного (за народною ініціативою) референдуму породжує конфлікт повноважень такого референдуму з органами представницької демократії.

Найбільш послідовна точка зору відносить предмет референдуму переважно до сфери компетенції законодавчої влади, яка в системі представницької демократії здійснюється парламентом. Відповідно до двох типів законів, які приймаються Верховною Радою України, – конституційних та звичайних, часом вважається, що референдум може приймати закони обох видів.

Однак стосовно повноваження референдуму за народною ініціативою приймати закони про внесення змін до Конституції України виникають істотні заперечення. Оскільки внесення змін до розділів I, III, XIII Основного Закону віднесено до повноважень *імперативного* референдуму з конституційно врегульованою процедурою розгляду та прийняття таких законопроектів, ініціювання такого питання в іншому порядку було б порушенням Конституції України. Процедuru внесення змін до інших розділів Конституції також врегульовано на конституційному рівні, при цьому проведення референдуму не передбачено. Як зазначив КСУ, беручи до уваги цілісність та системний аналіз Конституції України, яка має найвищу юридичну силу, 'Конституція України при внесенні до неї змін передбачає збалансованість дій Президента України, народних депутатів України, Верховної Ради України при реалізації волі народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні'; у зв'язку з цим стосовно питань референдуму 2000 р. він вирішив, що 'схвалені всеукраїнським референдумом за народною ініціативою питання <...> є обов'язковими для розгляду і прийняття рішень у порядку, визначеному Конституцією України' (п. 4.2 мотивувальної частини рішення та п. 1 резолютивної частини рішення)²⁸. Зазначимо, що не лише цитоване, а й інші рішення

²⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України "Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою" (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000. *Офіційний вісник України*. 2000. № 30. Ст. 1285.

КСУ не передбачають можливості внесення змін до Конституції України шляхом факультативного референдуму²⁹. Ба більше, у своєму рішенні 2018 р. у справі щодо конституційності Закону “Про всеукраїнський референдум” КСУ підкреслив неможливість внесення змін до Конституції України іншим способом (зокрема й через факультативний референдум), аніж це встановлено розділом XIII Основного Закону (пункти 18, 19 мотивувальної частини рішення)³⁰.

Стосовно прийняття звичайних законів (нагадаємо, що ст. 91 Конституції України визначає закон як акт Верховної Ради України), КСУ, з огляду на принцип суверенітету народу, визнав за можливе прийняття законів, внесення змін до них, їх скасування через факультативний референдум (п. 5 мотивувальної частини рішення та п. 2 резолютивної частини рішення)³¹, а отже, допустив втручання референдуму у сферу законодавчих повноважень парламенту.

Однак предмет факультативних законодавчих референдумів не може вважатися необмеженим. Такі обмеження (порівняно зі сферою повноважень парламенту) встановлюються не лише ст. 74 Конституції України, яка забороняє референдум ‘щодо законопроектів з питань податків, бюджету та амністії’: свого часу КСУ визнав такими, що не відповідають Конституції України, два з шести питань факультативного референдуму 2000 р. з підстав, не пов’язаних зі ст. 74 Конституції України³². Це дає змогу поставити питання про більш чіткі обмеження предмета референдуму, що вимагає окремого обговорення.

Проте можна стверджувати про існування певних апіорних обмежень можливого предмета референдуму. Визнання за актами референдуму статусу законів означає їх обов’язкову відповідність Конституції України. Зокрема, вони не можуть звужувати зміст та обсяг суб’єктивних прав та свобод (ч. 3 ст. 22) чи порушувати інші базові цінності, зазначені у ст. 157 Конституції України. У цьому виявляється підпорядкованість влади народу принципу верховенства права (зокрема, вимозі верхо-

²⁹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005. *Офіційний вісник України*. 2005. № 41. Ст. 2605; Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 (н 3). Водночас зазначимо, що прийняття на референдумі нової Конституції України не лише можливе, а й природне: уконституціювання держави є актом установчої, а не законодавчої влади, і це повноваження належить насамперед народу-суверену як творцю держави.

³⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про всеукраїнський референдум” від 26 квітня 2018 р. № 4-рп/2018. *Офіційний вісник України*. 2018. № 41. Ст. 1460.

³¹ Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 (н 3).

³² Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 (н 28).

венства Основного Закону) і, по суті, реалізується “демократія цінностей”, яка забороняє відхід від певних суспільних цінностей навіть через демократичну процедуру.

Взагалі кажучи, можливість винесення на референдум за народною ініціативою певного законопроекту викликає сумніви з огляду на потенційну якість тексту, який має прийматися всенародним голосуванням одразу в цілому, без проходження процедури, аналогічної парламентській законодавчій процедурі. У цьому разі слід звернути увагу на досвід Швейцарії – держави, яка вважається зразком широкого застосування референдумів. За свідченням Н. Корольової-Босорді,

<...> референдум у Швейцарії, на відміну від інших держав, завжди служив лише засобом коректування у законодавчому процесі і ніколи не замінював собою парламентське рішення. У зв'язку з цим слід відзначити, що на референдум ніколи не виносяться проекти закону, а тільки прийнятий Парламентом закон <...>. Така процедура істотно сприяє підвищенню якості законодавчої діяльності Парламенту³³.

Варто додати, що виключає винесення текстів низької правової якості на всенародне голосування “в цілому”.

Іншим аспектом визнання за актами референдуму статусу законів є те, що їхня юридична сила така сама, як і у законів, прийнятих парламентом. Уявлення про вищу (чи навіть “абсолютну”) юридичну силу актів референдуму, які можуть бути змінені чи скасовані лише іншим актом референдуму, не відповідають Конституції і, по суті, руйнують правову систему України. Така позиція означала б, що у разі прийняття певного закону на референдумі предмет регулювання цього закону вилучався б зі сфери законодавчого регулювання парламентом, тобто змінювався б конституційно встановлений обсяг повноважень законодавчого органу без фактичного внесення змін до Конституції. Звідси випливає, як наслідок, можливість (принаймні через певний час) вносити зміни до закону, прийнятого на референдумі, у порядку звичайної (парламентської) законодавчої процедури.

Нарешті, зауважимо, що надання актам референдуму статусу законів виключає можливість винесення на референдум питань, віднесених до регулювання підзаконними актами. Таким чином, предмет референдуму не може втручатися у виключні повноваження органів виконавчої влади, зокрема й зі спеціальним статусом, а отже, і вирішувати кадрові питання (призначення та звільнення з посад).

³³ Н. Королева-Босорді, *Основы конституционного права Швейцарии: учебное пособие* (Юстиниан 2009) 190.

Певним винятком в останньому аспекті може вважатися дострокове припинення представницького мандата за підсумками всенародного голосування; однак його слід розглядати як окремий інститут прямої демократії – відкликання. Проте роль цього інституту, тісно пов'язаного з доктриною імперативного мандата, в умовах сучасної демократії на загальнонаціональному рівні сумнівна: вільний мандат члена парламенту (а тим більше мандат виборного глави держави) вважається невідкликальним, і це відповідає європейським стандартам демократії.

Висновки. Таким чином, при всіх ідеологічних симпатіях до ідеї безпосередньої демократії слід мати на увазі, що сучасна демократична держава можлива лише як держава представницької демократії; окремі інститути прямої демократії (і насамперед референдум) повинні включатися у сучасний державний режим з урахуванням їх епізодичної ролі для прийняття рішень. Тому запровадження інституту факультативного референдуму (референдуму за народною ініціативою), який втручається у компетенцію законодавчого органу, вимагає глибокого доктринального осмислення співвідношення представницької та прямої демократії як форм державного режиму, і на цій основі – чіткого нормативного (зокрема й конституційного) регулювання місця і функцій референдуму для досягнення узгодженого й безконфліктного функціонування елементів прямої демократії, інтегрованих у систему державного режиму представницької демократії.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Beramendi and others, *Direct Democracy: The International IDEA Handbook* (International IDEA 2008) (in English).
2. Cronin T, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall* (Harvard Universiti Press 1989) (in English).
3. Sokala A, Michalak B, Uziębło P, *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych* (Lex, Wolters Kluwer Polska 2013) (in Polish).
4. Barabash Yu, *Narysy z konstytucyjnego prawa* [Essays on Constitutional Law] (Pravo 2012) (in Ukrainian).
5. Kliuchkovskyi Yu, *Pryntsypy vyborchoho prava: doktrynalne rozuminnia, stan ta perspektyvy zakonodavchoi realizatsii v Ukraini* [Principles of Electoral Law: Doctrinal Understanding, Status and Prospects of Legislative Implementation in Ukraine] (Vaite 2018) (in Ukrainian).
6. Kolodii A, *Pryntsypy prava Ukrainy* [Principles of Law of Ukraine] (Iurinkom Inter 1998) (in Ukrainian).
7. Koroleva-Bosordi N, *Osnovy konstitucionnogo prava Shvejcarii: uchebnoe posobie* [Foundations of Constitutional Law of Switzerland: Study Guide] (Justinian 2009) (in Russian).

8. Shapoval V, *Suchasnyi konstytutsionalizm [Modern Constitutionalism]* (Iurinkom Inter 2005) (in Ukrainian).
9. Stsiborskyi M, *Natsiokratiia [Nationocracy]* (Derzhavna kartohrafichna fabryka 2007) (in Ukrainian).
10. Zhakke Zh-P, *Konstitucionnoe pravo i politicheskie instituty [Constitutional Law and Political Institutions]* (Jurist 2002) (in Russian).

Edited books

11. Arblaster E, 'Kliuchovi idei demokratii' ['Key Ideas of Democracy'] v Protsenko O (upor), *Demokratiia: Antolohiia [Democracy: An Anthology]* (Smoloskyp 2005) (in Ukrainian).
12. Dvorkin R, 'Svoboda, samovriaduvannia ta volia narodu. Chy mozhylyva sohodni demokratiia?' ['Freedom, Self-Government and the Will of the People. Is Democracy Possible Today?'] v Gosepat Sh ta Lomann G (red), *Filosofiia prav liudyny [Human Rights Philosophy]* (Nika-Tsentr 2012) (in Ukrainian).
13. Izenzee J i Kirhhof P (izd), *Gosudarstvennoe pravo Germanii [State Law of Germany]*, t 1 (In-t gosudarstva i prava RAN 1994) (in Russian).
14. Petryshyn O, 'Narodovladdia – osnova demokratychnoi pravovoi derzhavy' ['Rule of People – the Foundation of a Democratic State Governed by the Rule of Law'] v Sviatotskyi O (vidpov red), *Vlada v Ukraini: shliakhy do efektyvnosti: Vseukrainskyi forum uchenykh-pravoznavtsiv [Power in Ukraine: Ways to Efficiency: All-Ukrainian Forum of Legal Scholars]* (In Iure 2010) (in Ukrainian).
15. Rudych F (red), *Politychnyi rezhym i narodovladdia v Ukraini: politolohichni analiz [Political Regime and Democracy in Ukraine: Political Analysis]* (IPiEND 2011) (in Ukrainian).
16. Shapoval V, 'Referendum: Ukraina i mizhnarodnyi dosvid' ['Referendum: Ukraine and International Experience'] v Koliushko I ta Pashkova N (red), *Referendum. Dosvid Ukrainy ta yevropeiski standarty [Referendum. Ukrainian Experience and European Standards]* (TsPPR 2016) (in Ukrainian).
17. Slidenko I, 'Teoretychni ta konstytutsiini zasady narodnoho suverenitetu' ['Theoretical and Constitutional Foundations of People's Sovereignty'] v Kampo V ta Savchyn M (red), *Konstytutsiia i narodnyi suverenitet v Ukraini: problemy teorii i praktyky realizatsii [The Constitution and People's Sovereignty in Ukraine: Issues of Theory and Implementation Practice]* (Chas druku 2008) (in Ukrainian).
18. Vodiannikov O, 'Demokratiia i konstytutsiia: maibutnie odniiiei idei' ['Democracy and the Constitution: the Future of One Idea'] v Kliuchkovskyi Yu, *Pryntsypy vyborchoho prava: doktrynalne rozuminnia, stan ta perspektyvy zakonodavchoi realizatsii v Ukraini [Principles of Electoral Law: Doctrinal Understanding, Status and Prospects of Legislative Implementation in Ukraine]* (Vaite 2018) (in Ukrainian).

Journal articles

19. Auer A, 'Constitutional Justice and Direct Democracy' (1996) 14 Science and Technique of Democracy 163 (in English).
20. Barabash Yu, 'Okremi pytannia modernizatsii konstytutsiinykh zasad vyborchoho prava Ukrainy' ['Some Issues of Modernizing the Constitutional Foundations of Electoral Law of Ukraine'] (2013) 5 Pravo Ukrainy 51 (in Ukrainian).
21. Boryslavskyi L, 'Zahalni zasady konstytutsiinoho ladu: pryntsyp narodovladdia ta formy yoho zdiisnennia' ['General Principles of the Constitutionally Established Order: the Democracy Principle and Its Implementation Forms'] (2002) 37 Visnyk Lvivskoho un-tu. Seriiia yurydychna 211 (in Ukrainian).

22. Kliuchkovskiy Yu, 'Vybory yak instytut predstavnytskoi demokratiï' ['Elections as an Institution of Representative Democracy'] (2013) 1 Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 43 (in Ukrainian).
23. Majackij M, 'Demokratija kak sud'ba' ['Democracy as Destiny'] [2004] 2(42) Logos 8 (in Russian).
24. Shapoval V, 'Stanovlennia konstitutsionalizmu v Ukraini: problemy teorii' ['Establishment of Constitutionalism in Ukraine: Issues of Theory'] (1998) 5 Pravo Ukrainy 25 (in Ukrainian).

Yurii Kliuchkovskiy

REFERENDUM IN THE SYSTEM OF THE STATE'S REGIME OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY

ABSTRACT. The article deals with the issue of integrating the referendum as a way of exercising democracy into the system of a modern State's representative democracy regime.

Democracy is regarded as a socio-political phenomenon which is manifested in terms of law via the legal category of democracy; the latter should be distinguished, in particular, from the type of ideology or the type of political process. In constitutional law terms, democracy may be qualified as a principle of law enshrined in the Constitution. In the context of the legal theory of the State, this principle is a legal requirement regarding the form of the State regime.

Today's essence-oriented understanding of the democratic State regime as a way of exercising power rests upon the concept "democracy of values" ("armed democracy") which is opposed to "procedural democracy". Such an understanding denies that the subject matter of decisions made through democratic procedures may be limitless and provides for the protection of fundamental social values from encroachment in any way. The category "democracy of values" essentially combines the requirement of procedural democracy and the principle of the rule of law within the framework of the constitutionalism concept. The Constitution of the State should enshrine not only the basic democratic procedures for forming and functioning of power, but also those fundamental values formulated in the form of basic constitutional principles which are subject to special protection and may not be changed by the democratic procedure.

The distinction between direct and representative democracy is not only in the method by which democracy is exercised, but also in the subject matter of direct expression of the people's will. The essence of representative democracy lies in the fact that the people, via direct expression of their will through elections, form a personalized composition of elected bodies and, indirectly, derivatives thereof, and empower them for a limited time to exercise the powers defined by the Constitution on behalf of the people. Direct democracy means that the people, by direct expression of their will, make a binding decision as regards the essence of a certain issue. Both representative and direct democracy are based on the direct will of the people; however, only the direct adoption by the people of a binding decision may be regarded as the direct exercise of power by the people.

Elections and referendums are the forms of direct expression of the people's will and are implemented through the general vote. However, as a criterion to regard a referendum's

decision made, not only voters should participate in the voting but also a clear answer to the question raised by the referendum should be upheld by the majority of the electoral corps.

“Consultative referendums”, which have no direct legal consequences and serve as forms of public opinion expression as regards a certain issue, have only a political significance and may not be considered a form through which the people exercise power.

It is argued that a modern democratic State is possible only as a State of representative democracy, and specific institutions of direct democracy may be integrated into the modern State regime with taking into account of their episodic role for decision-making. Such integration takes the form of a mandatory or optional referendum. The former is constitutionally vested with an exclusive scope of authority. The peculiarity of the latter, which is possible only subject to the people’s initiative, is that the issue which it is focused on is referred to the scope of authority of a certain body in the system of representative democracy. Therefore, the use of an optional referendum gives rise to a conflict of powers between such a referendum and the bodies of representative democracy.

A clear regulatory framework is needed for the introduction of the institution of optional referendum, with a view to achieving a coherent and conflict-free functioning of the direct democracy elements integrated into the system of the State regime of representative democracy.

KEYWORDS: rule of people; State regime; representative democracy; direct democracy; referendum.