

## 4.2. Вибори як ключова форма безпосередньої демократії: конституційні засади

### 4.2.1. Правова природа виборів

Вибори як форма реалізації безпосередньої демократії нині є невіддільною ознакою демократичного суспільства. Навіть країни з тоталітарними чи авторитарними політичними режимами намагаються «проводити» вибори для легалізації (але не легітимації) своєї влади. Тобто вибори в сучасних умовах є, по суті, універсальним інструментом не тільки формування органів влади, але й забезпечення функційної структурованості самої держави. Проте таке структурування й видиме «народне представництво» створюють часто лише зовнішню, формальну наближеність до демократичних стандартів, але не завжди забезпечують реальну легітимацію влади. З огляду на це, питання «реальності» виборів є чи не найефективнішим індикатором демократичності держави загалом та ефективності її інститутів.

Уже традиційно вибори прийнято сприймати як інструмент формування представницьких органів публічної влади, насамперед парламентів, заміщення посади глави держави, представницьких органів на рівні суб'єктів федерації (у федеративних країнах), представницьких органів місцевого самоврядування\*. Дуже часто вибори й сприймають лише крізь призму цієї функції. Проте такий підхід є дуже вузьким й однобічним, адже, відповідно до нього, вибори сприймають лише в аспекті їхнього «органотворчого» значення й, відповідно, зводять тільки до державно-владного регулювання, навіть з урахуванням виявлення справжньої волі народу. Насправді вибори виконують ширше коло юридично значущих функцій.

Основна функція виборів – це все ж легітимація держави й публічної влади. Вибори є інструментом виявлення волі народу. Вільні, відкриті й періодичні вибори дають змогу державі перебувати в живому та актуальному зв'язку з її народом. Вибори є практичним інструментом

---

В окремих країнах вибори використовують для заміщення посад і в інших органах влади, наприклад, посадових осіб поліції (Великобританія), прокурорів (США), суддів (США, Японія). Проте такий підхід винятковий і не надто поширений, особливо в країнах континентальної системи права. Див. Daniel M. Thompson Do Elections Increase Local Policy Responsiveness? URL: [http://web.stanford.edu/~dthomp/papers/-Thompson\\_Commissioners.pdf](http://web.stanford.edu/~dthomp/papers/-Thompson_Commissioners.pdf) (Last accessed: 20.04.2021); Ellis Michael J. The Origins of the Elected Prosecutor. *The Yale Law Journal*. 121.6 (2012). P. 1528-1569; Aaron-Andrew P B, and J L. Ethan. Elected Judges and Statutory Interpretation. *The University of Chicago Law Review*. 79.4 (2012).

перетворення безпосередньої демократії на представницьке управління. Саме в такому ключі влада стає результатом реалізації прав кожної людини. Адже основоположним тут є право на участь в управлінні публічними справами, з якого походять й політичні права та, відповідно, суб'єктивні виборчі права. Невиконання інститутом виборів зазначеної функції спричинює делегітимацію публічної влади в державі та природну потребу застосовувати інші демократичні інститути (мітинги, протести, реалізацію права на повстання). Брак легітимувального начала у виборах може спровокувати делегітимацію самої держави.

Функцію *формування публічної влади* досить часто визначають не тільки основною, але й єдиною. Ключова практична мета виборів – сформувати представницькі органи. Йдеться про надання представницького мандата певній особі або групі осіб. До того ж акцентувати слід саме на виникненні та початку реалізації особливих відносин представництва, коли «довіритель» (виборці) делегує повноваження на здійснення публічної влади, визначаючи тільки загальні межі такої діяльності. Очевидно, таке представництво не може бути прирівняним до, наприклад, звичного в цивільному праві. Відповідно, й відносини між представником та виборцями повинні мати іншу природу. З одного боку, виборці не мають достатніх інструментів надання доручень щодо кожної дії представника та контролю за цим, а з іншого – сам представник повинен залежати від волі виборців і діяти в їхніх інтересах. Тому інститут відкликання членів представницьких органів не вважають прийнятним у демократичних країнах (особливо в загальнонаціональних парламентах) й використовують вкрай рідко. Відчуття такої залежності обраного представника від виборців породжує «сервісну спрямованість» публічної влади, де головним є служіння народу, громаді. Таку спрямованість роботи, наприклад, обраного парламенту слід передавати й сформованому парламентом уряду, а далі й усій системі державних органів. Так, у демократичних країнах забезпечують не тільки формування органів публічної влади, але й гарантування антропоцентричності їхньої діяльності – коли права людини справді є основою, змістом та ціллю діяльності держави.

Функціонування демократичного суспільства передбачає плюралізм думок, поглядів та світогляду, які стимулюють розвиток суспільства та живу конкуренцію ідей. За таких умов вибори виконують функцію *політичної структуризації суспільства* – забезпечення цивілізованої боротьби різних поглядів на розвиток держави, її економіки, соціальної політики, вектор культурного розвитку тощо. Гарантована змога

участі в справжніх виборах для різних політичних партій є запорукою демократичного розвитку суспільства. Одночасно слід зважати, що для участі у виборах політичні партії після утворення повинні пройти низку етапів розвитку, становлення та практичної підготовки до виборчого процесу, що стимулюватиме розвиток у суспільства низки політичних явищ та процесів. Саме розвиток партій стимулює плюралізм й у низці інших (суміжних) сфер, зокрема забезпечення свободи слова, реалізації публічного контролю за діяльністю владних органів та посадових осіб, стимулювання політичної активності суспільства тощо. Так, навіть порівняно нечасте проведення виборів (середній строк повноважень представницьких органів 4–6 років) забезпечує політичну активність та структурування суспільства в міжвиборчий період та стимулює розвиток громадянського суспільства.

Функцію *притягнення до політичної відповідальності* виборних осіб через інститут виборів з конституційно-правового погляду обговорюють досить рідко, адже це швидше питання політологічного аналізу. Дуже важливо зауважити на одному аспекті політичної відповідальності – її співвіднесенні з відповідальністю юридичною в конституційному праві. Тут слід звернути увагу на інститут відкликання депутатів безпосередньо виборцями, через ініціативи політичних партій або ж через інші інструменти «прив'язування» обраного представника до певного виборчого округу чи політичної сили. Саме тому дуже часто, коли йдеться про притягнення до відповідальності виборних осіб, дискусія зводиться до використання імперативного мандата (позбавлення представницького мандата за відхилення від політичної/партійної позиції) та інших форм «жорсткого» забезпечення партійної дисципліни юридичними інструментами.

Слід зазначити, що така практика не тільки є непропорційною в демократичному суспільстві, але й шкодить розвитку демократії. Ефективне виконання виборами функції «притягнення» політиків до відповідальності є нормальним станом справ у країнах з розвиненими демократичними традиціями. Тому ця функція виборів для конституційного права є не менш важливою, як і для політології, оскільки безпосередньо впливає на незастосування (відсутність регулятивного втручання) юридичних інструментів з невластивим їм функційним призначенням. Політичних цілей (як-от притягнення до політичної відповідальності) не повинні досягати через застосування надмірних юридичних обмежень.

Характеристика зазначених тут функцій спрямована на загальнодержавні вибори та їхнє значення для здійснення народовладдя. Очевидно, місцеві вибори мають трохи інші акценти, проте сутнісно виконують аналогічні функції на рівні громади, адміністративно-територіального утворення тощо.

Конституційне регулювання виборів є вкрай точковим. Більшість кодифікованих конституцій не містить деталей виборчих процедур та конкретних вимог до їхнього проведення. Такі вимоги можна досить комплексно представити через характеристику принципів виборчого права.

#### **4.2.2. Конституційні принципи виборчого права**

Характеристика принципів виборчого права передбачає врахування низки теоретичних (доктринальних) підходів до розуміння природи виборів, міжнародних стандартів, особливостей національного законодавства кожної з країн, а також практики проведення виборів. Насправді принципи виборчого права це не тільки загальні орієнтири для організації і проведення виборів, але й досить конкретні вимоги до виборчого процесу. Не вдаючись до дискусії про місце принципів виборчого права в системі принципів права загалом і безпосередньо конституційного права, тут тільки зазначимо, що в цій сфері (виборчому праві) природа принципів особливо яскраво виявляє свій регулятивний вплив.

Принципи виборчого права виступають не тільки орієнтирами нормативного регулювання виборчих правовідносин. Саме вони, як і принципи права загалом, виражають ціннісно-ідеологічний чи нормативний підхід до розуміння їхньої сутності, проте у виборчому праві суть і значення принципів має надзвичайно суттєве практичне значення; першочергове вираження отримує регулятивний елемент принципів. Вони здійснюють регулятивний вплив на формування національного (окремого для кожної країни) способу використання інституту виборів, його конституційного закріплення, подальшого нормативного (зазвичай законодавчого) розвитку, практику застосування учасниками виборчих процесів та правозастосовну практику вирішення виборчих спорів.

---

Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України: юридичний журнал*. 2017. Вип. 11. С. 150.

Багатоаспектність виборчого права та його комплексна природа зумовлюють досить велику кількість класифікацій принципів виборчого права. Найпоширенішим є виокремлення п'яти основних принципів: вільних виборів, загального, рівного, прямого виборчого права, що здійснюються шляхом таємного голосування. Саме такий підхід закріплено й у Конституції України та конституціях деяких інших країн. До того ж формальний критерій нормативного конституційного закріплення в цій ситуації не завжди працює. Адже тільки конституції деяких держав містять прямо зафіксовані принципи виборчого права (наприклад, Франція, ФРН, Хорватія, Молдова, Естонія, Італія, Іспанія), хоч і тут «каталог» таких принципів зазвичай доповнюють непрямо сформульованими (закріпленими) принципами. Тому другий підхід поширеніший, коли конституції містять не так покликання на конкретний термін (поняття), що позначає принцип, як його сутнісне значення.

Доктринально, очевидно, кількість критеріїв класифікації та, відповідно, різноманітність видів принципів виборчого права є дуже широкими. Чи не найбільш комплексний підхід використав Ю. Ключковський, який структурує цілу систему принципів виборчого права. Така система передбачає виокремлення кількох груп принципів. Перша група містить загальноправовий принцип верховенства права з його основними елементами (повага основних прав і свобод людини й громадянина, принцип законності та правової визначеності). Друга група містить конституційно-правові принципи представницької демократії (принципи суверенітету народу, поділу влади, політичного плюралізму, народного представництва, прямих виборів, періодичних виборів). Третя група – галузеві принципи виборчого права (принципи загального виборчого права, рівного виборчого права, вільних виборів, чесних виборів, справжніх (альтернативних) виборів). Четверта група охоплює «інституційні» принципи, які належать до певного інституту виборчого права: інститут голосування (принципи таємного голосування, особистого голосування, одноразового голосування, факультативного (добровільного) голосування); інститут виборчого процесу (нейтральність (безсторонність) суб'єктів владних повноважень, законність та публічність); інститут органів адміністрування виборів (незалежність, безсторонність, колегіальність, відкритість (прозорість), професіоналізм)\*.

\* Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія». Київ: ВАІТЕ, 2018. С. 83, 84, 611, 634.

Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) 2002 року, узагальнивши «європейський виборчий спадок», схвалила Кодекс належної практики у виборчих справах<sup>47</sup>. Цей документ містить керівні принципи щодо виборів і пояснювальну доповідь, які загалом досить чітко та структуровано викладають універсальний підхід до розуміння суті основних (базових) принципів виборчого права. Загалом, тут враховано як доктринальні напрацювання, нормативне регулювання, так і виборчу практику європейських країн. До такого переліку Венеційська комісія зараховує принципи загальних, рівних, вільних, таємних, прямих і періодичних виборів. Розглянемо ці принципи докладніше під конституційно-правовим ракурсом.

#### 4.2.2.1. Принцип періодичних виборів

Принцип періодичних виборів зазвичай не додають до основного каталогу (переліку) принципів виборчого права або, якщо й включають, то наприкінці списку. Такий підхід, напевно, вмотивований більше конституційно-правовою, аніж виборчою природою цього принципу. Адже йдеться про регулярне проведення виборів у певній країні щодо кожного виборного представницького органу. І якщо в конституціях й не вжито поняття «періодичності» виборів, то майже всі демократичні конституції визначають строки повноважень виборних органів, що є хоч і непрямим, але все ж закріпленням цього принципу. Слід зазначити, що принцип періодичності відрізняє також вибори від іншої форми безпосередньої демократії – референдуму, до якого його не застосовують.

Можна сформулювати такі основні елементи принципу періодичних виборів: строк повноважень представницьких органів повинен бути визначеним; вибори мають бути інструментом обмеження (переривання) строку дії представницького мандата; частота виборів має бути розумною<sup>48</sup>; вибори повинні призначати й проводити вчасно та результативно (спричинити до набуття представницького мандата). Зазначені елементи цього принципу можуть мати чимало практичних форм вираження та виконання. Так, вимога обмеження строку дії представницького мандата виборами на практиці означає неможливість

<sup>47</sup> Code of Good Practice in Electoral Matters: Guide line sand Explanatory Report — Adopted by the Venice Commission at its 51st and 52nd sessions (Venice, 5–6 July and 18–19 October 2002) (CDL-AD(2002)023rev2-cor-e) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)023rev2-cor-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023rev2-cor-e#) (Last accessed: 20.04.2021).

<sup>48</sup> Кодекс належної практики у виборчих справах щодо строку повноважень законодавчих органів зазначає, що такий строк не повинен перевищувати 5-ти років.

продовження строку повноважень представницького органу через не проведення виборів. Це також стосується й неможливості парламенту через ухвалення спеціальних законів продовжувати повноваження представницьких органів і в інший неконституційний спосіб.

Показовим прикладом застосування цього аспекту принципу періодичності виборів є позиція Федерального конституційного суду Німеччини у справі про Південно-Західні землі (*Südweststaat*)<sup>\*</sup>. Аналогічного висновку дійшов Конституційний суд Румунії, зазначивши, що законодавець може змінювати строки повноважень представницьких органів, проте такі зміни повинні діяти на майбутнє і не можуть фактично збільшувати повноваження діючих органів<sup>\*\*</sup>. Конституційний Суд України також розглядав принцип періодичності виборів у цьому аспекті. Щоправда, правильно розтлумачивши сутність і значення цього принципу, суд ухвалив рішення, яким, по суті, уможливив продовження строків повноважень органів місцевого самоврядування<sup>\*\*\*</sup>, тобто застосував протилежне до змісту принципу періодичності значення.

#### 4.2.2.2. Принцип загального виборчого права

Принцип загального виборчого права визначає низку вимог до формування виборчого корпусу – виборців, які матимуть право голосу на певних виборах. Тут ідеться про застосування виборчих цензів – обмежень до суб'єктивного виборчого права, насправді – визначення меж надання права проголосувати (активне виборче право) та права бути обраним (пасивне виборче право). Найпоширенішими є такі виборчі цензи: громадянства, віковий, дієздатності, осілості та законослухняності. Очевидно, зазначені цензи мають певні особливості залежно від їхнього застосування до активного чи пасивного виборчого права.

*Ценз громадянства* передбачає надання права голосу тільки громадянам відповідної держави. Відповідні обмеження як для активного, так і пасивного виборчого права містять більшість сучасних конституцій. Проте, якщо для загальнодержавних виборів таке обмеження є цілком обґрунтованим, то для місцевих виборів міжнародні стандарти рекомендують розглянути можливість надати право голосу й іноземцям, які належать до відповідної громади (проживають протягом

<sup>\*</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 23 October 1951 – 2 BvG 1/51 (BVerfGE 1, 14).

<sup>\*\*</sup> The Constitutional Court of Romania Decision No. 51 of 25 January 2012. URL: <http://www.codices.coe.int/-NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (Last accessed: 20.04.2021).

<sup>\*\*\*</sup> Див. Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2013 від 29 травня 2013 року.

певного строку)\*. Такий виняток для іноземців на місцевих виборах обґрунтований насамперед важливістю забезпечити реалізацію права на участь в управлінні публічними справами на базовому рівні. Важливе значення тут також мали інтеграційні процеси в Європі, передусім серед країн-членів Європейського Союзу. Попри це, відповідні права іноземцям не дуже часто надають і в європейських країнах. Так, спробу надати іноземцям (громадянам третіх країн) право голосу на виборах представницьких органів районного рівня (*Bezirksvertretungen*) у межах Відня Конституційний суд Австрії визнав неконституційною\*\*. Аргументація суду тут досить проста – у Конституції передбачено право голосу тільки для громадян Австрії. Конституція України також передбачає право обирати й бути обраним тільки для громадян України.

*Віковий ценз* передбачає необхідність досягнення певного віку для реалізації виборчих прав. Для активного виборчого права такий вік зазвичай збігається з настанням повноліття. Для пасивного виборчого права віковий ценз може бути трохи вищий. Загальноприйнятим стандартом є відсутність верхньої межі вікового цензу, тобто обирати й обиратися на виборні посади можуть особи без обмеження їхнього максимального віку.

*Ценз дієздатності* має на меті гарантувати об'єктивність й усвідомленість реалізації виборцем самостійно своїх виборчих прав. Ідеться про психологічну здатність особи усвідомлювати значення власних дій та можливість керувати ними. За загальним правилом, зможу реалізувати виборчі права обмежують з використанням загальних (цивілістичних) підходів сприйняття дієздатності особи. Дієздатність особи презюмують. Недієздатність має визначати компетентний орган (суд) за спеціальною процедурою. Відповідно, відсутність рішення про визнання особи недієздатною означає можливість здійснення виборчих прав. Проте проблемних моментів тут чимало, адже далеко не завжди об'єктивно можливо визначити стан особи, наприклад, у «пограничних» випадках часткової дієздатності.

*Ценз осілості* передбачає визначення вимог щодо проживання на певній території протягом певного часу для реалізації виборчого права. Ценз осілості слід сприймати у двох формах реалізації. По-перше, це пряме законодавче обмеження можливості набути й реалізувати право голосу. Ідеться про право проголосувати або балотуватися тільки

\* Див. п. I. 1.1.b ii Code of Good Practice on Electoral Matters/

The Constitutional Court of Austria (Verfassungsgerichtshof) Decision # G 218/03-16 of 30 June 2004. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (Last accessed: 20.04.2021).



за умов належності до певної території, проживання на ній протягом певного часу тощо. Таке обмеження є цілком обґрунтованим і досить поширеним, особливо для пасивного виборчого права. Друга, більш «прихована» форма реалізації цензу осілої – це непрямі «територіальні» обмеження щодо реалізації права голосу. Адже в реальному житті навіть наявність права голосу не завжди уможливорює його реалізацію через низку життєвих чи організаційних перешкод, зумовлених темпоральною обмеженістю (чіткі й досить короткі строки) та жорсткістю виборчого процесу (чітка послідовність процесів і процедур). Наприклад, тимчасове чи постійне проживання за кордоном; тимчасова відсутність реєстрації місця проживання; перебування в лікарні (чи іншому закладі за межами місця постійного проживання); проходження військової служби, службові відрядження (як всередині країни, так і за її межі) можуть не тільки ускладнити реалізацію виборчих прав, але й в окремих випадках повністю унеможливити здійснення права обирати чи бути обраним. Відповідно, національне виборче законодавство повинне враховувати обидва значення цензу осілої й коригувати (регулювати) виборчі процедури в спосіб, що максимально сприятиме реалізації виборчих прав.

*Ценз законослухняності* розглядають також як ценз моральності\*. Йдеться про обмеження виборчих прав у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності, наявністю судимості, відбування покарання за вчинений злочин тощо. Історично цей ценз мав досить суттєві варіації та обмеження. Нині загальноприйнятою практикою є поширення такого цензу насамперед на реалізацію пасивного виборчого права з об'єктивних міркувань. Одночасно для активного виборчого права такі обмеження поступово стають мінімальними або ж і знімають повністю.

Звісно, з огляду на історичні, певні національні й інші особливості різних країн доктринально можна виокремлювати й інші виборчі цензи. Наприклад, майновий, податковий, грамотності, освіти, професійний, національний, релігійний тощо. Протезастосування таких цензів досить часто передбачає низку винятків і пересторог, а також додаткову наукову дискусію щодо їхнього змісту, форм та демократичних меж використання. Наприклад, одні автори визначають професійний виборчий ценз\*\* окремо, тоді як інші розглядають його в системі інших

\* Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 251.

\*\* Марцеляк О. Правова природа та види виборчих цензів у виборчому праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 33. Т. 1. С. 87. (Серія «Право»).

обмежень виборчих прав поруч з інститутом «невиборності»<sup>\*</sup>. Попри це, як виборчі цензи, так й інші обмеження виборчих прав слід розглядати крізь призму сучасних міжнародних демократичних стандартів. Ключовим є забезпечення принципу загального виборчого права, відповідно до якого будь-які обмеження, як права обирати, так і права бути обраним, повинні бути належно обґрунтованими (зумовленими беззаперечними обставинами) та пропорційними меті їхнього застосування. Надмірне використання в національному законодавстві виборчих цензів може спричинити дискримінацію певних груп населення або й цілих суспільних верств та недотримання іншого принципу – рівного виборчого права.

#### 4.2.2.3. Принцип рівного виборчого права

Принцип рівного виборчого права передбачає використання системи критеріїв та інструментів забезпечення однакових передумов, обставин і результатів реалізації виборчих прав. Очевидно, не йдеться про забезпечення абсолютної фактичної рівності. Цей принцип є виявом у виборчому праві основоположного правового принципу рівності, який передбачає вимогу поводитися в однакових випадках однаково, а у відмінних – неоднаково й забороняє дискримінацію<sup>\*\*</sup>. Під час реалізації виборчих прав принцип рівності має чимало особливостей та форм вираження, адже він потребує не тільки аналізу особливостей реалізації суб'єктивних виборчих прав безпосередньо їхнім носієм, але й комплексного аналізу середовища й результату їхнього застосування.

Кодекс належної практики у виборчих справах Венеційської комісії виокремлює такі основні форми забезпечення рівності виборчих прав: рівність прав під час голосування; рівноправність голосів та рівність можливостей<sup>\*\*\*</sup>.

*Рівність прав під час голосування* стосується саме реалізації активного виборчого права та вимоги забезпечення одноразовості голосування, що охоплює голосування як один раз в одному місці, так і однакову кількість голосів для голосування у виборців. Правильним є надання одного голосу одній особі з відповідного виду виборів. Якщо виборча система передбачає подання кількох голосів (або голосування з поєднанням кількох способів одночасно), то такі умови також по-

<sup>\*</sup> Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 267.

<sup>\*\*</sup> Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельєв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. проф. Козюбри М. І. Київ: ВАІТЕ, 2016. С. 71.

<sup>\*\*\*</sup> Див. п. І. 2. Code of Good Practice in Electoral Matters.

винні бути однаковими для усіх виборців. Заборонено надавати право голосу кілька разів на одній ділянці або на кількох ділянках на одному виді виборів. Одноразовість голосування, окрім законодавчого закріплення, повинна бути, безумовно, гарантована й на практиці через наявність та використання інструментів недопущення фальсифікації виборів через багаторазове голосування (використання єдиного реєстру виборців, що забезпечує включення до списку виборців тільки на одній виборчій ділянці; проставлення позначок виборцям, що вже проголосували; визначення обмеженого часу для голосування тощо).

*Рівноправність голосів* потребує забезпечення однакової «ваги» голосу – кожен голос повинен мати приблизно однаковий вплив на результат виборів. Венеційська комісія тут акцентує на «виборчій геометрії» – формуванні територіальних округів для виборів та пропорційності розподілу представницьких мандатів для обрання в таких округах\*. Адже в разі утворення виборчих округів з суттєвою різницею кількості виборців, кількість голосів для отримання одного мандата може також суттєво відрізнятись, а отже, невиправдано й штучно підвищувати або применшувати «вагу» одного голосу виборця. Водночас цей елемент принципу рівності слід розглядати навіть ширше – крізь вимоги до законодавчого регулювання й організації та проведення виборів загалом.

Для рівноправності слід забезпечити збалансоване нормативне регулювання не тільки стадії формування виборчих округів, а й усіх інших стадій виборчого процесу (формування списків виборців, реалізація номінаційного права (висування кандидатів), спосіб голосування, підрахунок голосів та встановлення результатів виборів тощо), аби виборчі процедури не «применшували» вагу голосу та гарантували вплив голосу на результат виборів.

Окрім нормативного аспекту, не менш важливою є практика реалізації цього принципу. Фальсифікація виборів у процесі голосування (надання права проголосувати особі, яка не має на це права; безпідставне позбавлення права голосу в день голосування; «вкидання» зайвих виборчих бюлетенів тощо), під час підрахунку голосів (псування та/або знищення бюлетенів з голосами за певних кандидатів; неврахування окремих дійсних голосів тощо) та під час встановлення результатів ви-

---

Див. п.п. 13 – 17 ПОЯСНЮВАЛЬНОЇ ДОПОВІДІ, ухваленої Венеційською комісією під час 52-го пленарного засідання (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року); п. I. 2.2. Code of Good Practice in Electoral Matters. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev2-cor-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev2-cor-ukr) (Last accessed: 20.04.2021).

борів (визнання голосування в певних округах, регіонах чи дільницях недійсним; псування виборчих документів; ігнорування порушень, що могли вплинути на перебіг та результати виборчого процесу тощо) може суттєво змінити «вагу» голосу окремого виборця або й зовсім нівелювати виборчі права.

*Рівність можливостей* – це насамперед про кандидатів і реалізацію пасивного виборчого права, хоч цим і не обмежується. Традиційно цей елемент рівності виражають через гарантування політичним партіям (та кандидатам) однакових умов доступу до здійснення передвиборної агітації: доступ до засобів масової інформації; забезпечення нейтрального ставлення органів публічної влади; рівномірне розподілення «виборчих ресурсів» (наприклад, доступ до агітації коштом бюджету); забезпечення рівних умов проведення зустрічей з виборцями, мітингів та інших форм мирних зібрань тощо. Міжнародні стандарти допускають в окремих ситуаціях застосування або «абсолютної рівності» (наприклад, надання всім партіям однакових умов доступу до ЗМІ), або ж «пропорційної рівності» (надання партіям доступу до ЗМІ пропорційно розміру їхньої підтримки на попередніх виборах)\*. Проте використання цих двох форм не завжди є взаємовиключним та може передбачати їхнє поєднання та інші комбінації.

Цей елемент принципу рівності також слід розглядати дещо ширше й застосовувати не тільки до агітації, але й до всіх виборчих процедур. Так, рівність можливостей партій та кандидатів слід також гарантувати й щодо доступу до формування органів адміністрування виборів (в Україні – формування виборчих комісій усіх рівнів) та спостереження за їхньою роботою; однакових умов фінансування виборчої кампанії, засадами формування, подання фінансової звітності та її перевірки; можливості ефективного оскарження рішень, дій чи бездіяльності та в низці інших сфер. Законодавство повинне містити потрібні інструменти для забезпечення рівних умов участі у виборах партій, точно так само як публічна влада має гарантувати практичну реалізацію цих норм.

На практиці чи не найпоширенішою формою порушення принципу рівності є застосування «адміністративного ресурсу», коли політична партія або кандидат має представництво в органах публічної влади, що використовують для отримання неправомірної переваги на вибо-

---

Див. п.п. 18 – 19 ПОЯСНЮВАЛЬНОЇ ДОПОВІДІ, ухваленої Венеційською комісією під час 52-го пленарного засідання (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року); п. 1. 2.2. Code of Good Practice in Electoral Matters. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev2-cor-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev2-cor-ukr) (Last accessed: 20.04.2021).

рах, якщо порівняти з іншими партіями / кандидатами. Таку «перевагу» можуть забезпечувати як через підтримку «провладної» партії (доступ до норм, правил, зразків та форм документів; доступ до «агітаційних» ресурсів; залучення працівників публічних органів тощо), так і через створення незаконних перешкод (адміністративних, організаційних, політичних тощо) іншим партіям.

Порушення принципу рівного виборчого права виявляється в дискримінації певних осіб або груп людей. У демократичному суспільстві важливим є не тільки забезпечення вираження думки більшості, але й ефективне використання інструментів урахування думки меншості. З огляду на це, не вважають порушенням принципу рівного виборчого права визначення певних винятків чи надання переваг певним групам людей, що потребують додаткового захисту. Наприклад, встановлення «гендерних квот» (вимога певного рівня представництва різних статей) або винятків чи квот для національних меншин не буде порушенням принципу рівності. До того ж такі винятки повинні мати належні підстави, обґрунтування та бути передбаченими конституцією.

#### 4.2.2.4. Принцип вільних виборів

Принцип вільних виборів – це відсутність протиправного впливу на виборця як на етапі формування волевиявлення, так і врахування результатів голосування. Можна виокремити кілька аспектів принципу вільних виборів: свобода участі у виборах; вільне формування волі виборців; вільне голосування та гарантування реальності волевиявлення.

*Свобода участі у виборах* впливає з означеної вище особливої правової природи виборів, як способу не тільки формування органів публічної влади, але й інструменту політичної структуризації суспільства. З огляду на це, проведення виборів є іманентною властивістю сучасної демократичної держави. Одночасно участь у виборах має бути результатом реалізації свободи індивіда, а не примусу. Це стосується як активного, так і пасивного виборчого права. Хоч в окремих країнах для запобігання поширенню абсентеїзму\* застосовують інститут обов'язкового голосування (Аргентина, Австралія, Бельгія, Бразилія, Греція, Мексика, Туреччина). Міжнародні стандарти все ж визначають, що реалізація виборчих прав не має бути результатом реалізації державного чи іншого примусу. Особливо важливим цей аспект є для пасивного виборчого права. Так, політичні партії, які ухвалюють рішення

---

*Лат. absentis (відсутність) – неучасть виборців у виборах, неголосування.*

про участь у виборах повинні володіти відповідною свободою на усіх етапах виборчого процесу (підготовка до виборів, номінація кандидатів, агітація, контроль за встановленням результатів виборів тощо).

**Вільне формування волі виборців** передбачає низку вимог забезпечення відсутності фізичного, психологічного, інформаційного чи іншого тиску на виборця на етапі формування його волі щодо голосування на виборах. Цей аспект охоплює період передвиборної агітації та весь час безпосередньо до моменту вираження волі – голосування. Тут ідеться про зміст та основні форми здійснення інформаційного забезпечення виборів; допустимі форми здійснення та обмеження щодо передвиборчої агітації; проведення соціологічних опитувань громадської думки та інформування про їхні результати; неприпустимість змушування виборців підтримати конкретну партію чи кандидата або будь-який інший спосіб нав'язування певної позиції щодо голосування; створення умов, коли волевиявлення штучно спрямовують у певному напрямі (щодо певного кандидата чи партії) тощо.

Наприклад, важливим аспектом вільного волевиявлення є неупереджена, безстороння, об'єктивна та збалансована діяльність засобів масової інформації. Досить часто на період виборчого процесу встановлюють навіть жорсткіші вимоги, аби засоби масової інформації були «...особливо правдивими, зваженими й неупередженими в програмах новин і поточних подій...»<sup>\*</sup>. Виборці повинні перебувати в середовищі, яке не змушує їх робити неусвідомлений вибір або підпадати під маніпулювання їхньою волею. Тому в сучасних умовах особливої уваги варті питання використання соціальних мереж, інформаційних технологій, спеціальних каналів у мобільних месенджерах тощо. Йдеться насамперед про небезпеку для прямої демократії від поширення так званих «фейкових новин» й інших форм недостовірної інформації, поширення феномену так званої «темної реклами» й інших форм поширення вузькоцільової онлайн-реклами тощо\*\*.

**Вільне волевиявлення** – це процес безпосередньо голосування. На практиці вільне волевиявлення забезпечують насамперед через гарантування таємності голосування. Цей етап містить низку процедурних вимог щодо організації процесу голосування загалом й окремих його

<sup>\*</sup> Рекомендація № R (99) 15 Комітету міністрів Ради Європи «Про висвітлення в ЗМІ виборчих кампаній». URL: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016807379ff](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807379ff) (дата звернення: 24.04.2021.).

<sup>\*\*</sup> Див. Report on Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States (Report | Doc. 14791 | 07 January 2019). URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25231-&lang=en> (Last accessed: 20.04.2021).

елементів (часу голосування, вимог до приміщення для голосування, форми бюлетеня та способу його заповнення, процедури голосування тощо). Так, одним із міжнародних стандартів є необхідність надання військовослужбовцям можливості проголосувати на дільницях за місцем їхнього проживання, а якщо це не можливо, то на дільницях поблизу місця їхньої дислокації\*. Ключовим тут є надання можливості військовослужбовцям проголосувати на звичайних виборчих дільницях в умовах, рівних з іншими виборцями. Відповідно, цим слід обмежити практику створення спеціальних дільниць у військових частинах, де голосування з більшою ймовірністю може бути здійснене під впливом військового керівництва.

*Гарантування реальності волевиявлення* передбачає втілення волі виборців у результатах виборів. Цей аспект вільних виборів насправді є найбільш процедурним та наймісткішим за змістом, адже насправді охоплює весь виборчий процес. Тут поняття «вільних виборів» слід сприймати не так крізь призму суб'єктивних виборчих прав (активного і пасивного), як через об'єктивну характеристику виборів загалом. Вільні вибори можуть бути забезпечені лише тоді, якщо волевиявлення виборців збігається з результатами виборів. Тут йдеться про комплексне врахування й усіх інших принципів виборчого права. Виборчі процедури повинні бути справедливими та обґрунтованими, діяльність органів адміністрування виборів – зрозумілою та відкритою, а підрахунок голосів та встановлення результатів виборів – прозорими та дійсними (нефальсифікованими). Цей аспект принципу вільних виборів досить часто виокремлюють у самостійний *принцип чесних виборів\*\**, що охоплює, окрім зазначених елементів, також гарантування незалежного спостереження за виборами, забезпечення права на оскарження тощо.

#### 4.2.2.5. Таємне голосування

Таємне голосування це комплексний інструмент забезпечення незалежного й вільного волевиявлення виборців. Вузьке розуміння зводить цей інструмент лише до процедури голосування – таємно від інших осіб. Аналіз його як принципу виборчого права дає змогу виокремити й інші аспекти: забезпечення вільного формування волі (виборці мають бути впевненими, що формування позиції має значення і про її реалізацію ніхто не дізнається); убезпечення виборця від

\* Див. п. I. 3.2. XI. Code of Good Practice in Electoral Matters.

\*\* Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 421-498.

можливого впливу за «неправильне» голосування; створення передумов для вільної номінації (висування та попередньої підтримки через подання підписів на користь кандидатів, де цього вимагає законодавство). Слід зазначити, що, на відміну від інших принципів виборчого права, таємність голосування покладає на виборця не тільки право, але й обов'язок. Історично таємність голосування стала чи не найголовнішою ознакою виборів як інструменту незалежного формування представницьких органів. Саме тому таємність голосування зумовлює всі виборчі процедури.

У сучасних умовах збереження таємниці голосування за використання різних способів голосування (поштою, машинне, електронне голосування тощо) є критично важливим, оскільки може поставити під сумнів природу та ефективність інституту виборів загалом. Наприклад, міжнародні стандарти щодо запровадження електронного голосування на виборах зводять до значної кількості пересторог та запобіжників. Адже використання сучасних технологій як допомагає суттєво спростити процедури, так і водночас надає набагато більше можливостей спотворення волевиявлення або й взагалі – фальсифікації результатів голосування.

Стандарти Ради Європи передбачають низку критеріїв та вимог належного регулювання електронного голосування: гарантування технічної надійності; забезпечення таємності голосування та приватності персональних даних; створення належного адміністративного середовища; прозорість і зрозумілість електронних інструментів тощо\*. Отже, поступ і розвиток виборчих технологій безпосередньо залежать від принципів виборчого права, які повинні бути гарантованими й у нових обставинах. Такої ж позиції дотримався Федеральний конституційний суд Німеччини у справі щодо використання «машин для голосування». Суд визнав неконституційною можливість використання таких «машин», оскільки не забезпечено належного моніторингу їхнього застосування, а такий моніторинг є критично важливим з огляду на конституційний принцип публічної природи виборів\*\*. Така природа виборів потребує не тільки справедливості та логічності виборчих процедур, але їхньої відкритості, прозорості й зрозумілості для виборчого

\* Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting. URL: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680726f6f#\\_ftn1](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680726f6f#_ftn1) (Last accessed: 20.04.2021).

\*\* BVerfG, Judgment of the Second Senate of 03 March 2009 — 2 BvC 3/07-, paras. 1-166. URL: [http://www.bverfg.de/e/cs20090303\\_2bvc000307en.html](http://www.bverfg.de/e/cs20090303_2bvc000307en.html) (Last accessed: 20.04.2021).



корпусу (виборців) із одночасним безумовним гарантуванням таємності голосування.

Відповідно, таємність голосування як ключовий принцип, що зумовлює можливість проведення вільних виборів, має бути гарантовано за допомогою низки додаткових інструментів і механізмів навіть за використання новітніх технологій.

#### 4.2.2.6. Принцип прямих виборів

Принцип прямих виборів передбачає змогу виборців обирати безпосередньо своїх представників на виборах. Цей принцип історично зумовлює природу виборів як форми безпосередньої демократії, адже суть представницького мандата й полягає в політичному обранні виборцями свого представника через надання йому представницького мандата. Непрямі вибори передбачають обрання виборцями спершу спеціальних виборщиків, які згодом здійснять остаточне голосування й оберуть представника / представників. Нині прикладом непрямих виборів є вибори президента Сполучених Штатів Америки. Непрямі вибори слід відрізнити від інших способів формування одного представницького органу іншим (наприклад, парламенти обирають глав держав або органи місцевого самоврядування формують інші представницькі органи). Відповідно до Кодексу належної практики у виборчих справах, важливо, щоб на прямих виборах обирали хоча б одну з палат національного законодавчого органу, законодавчі органи нижчого рівня (у країнах, де вони утворені) та місцеві ради<sup>5</sup>.

#### 4.2.3. Реалізація принципів виборчого права

Принципи права досить часто помилково сприймають лише як теоретичні надбання, що мають доктринальне значення. Водночас ігнорують їхнє сутнісне призначення як практичних робочих інструментів регулювання правовідносин, відповідно, й уваги середовищу застосування принципів приділяється небагато. У виборчому праві цей аспект є особливо актуальним, з огляду на їхню особливу природу та функційне значення, про яке вже йшлося вище.

Кодекс належної практики у виборчих справах щодо визначених у ньому принципів безпосередньо зазначає й умови, за яких повинні реалізовувати ці принципи. Так, виокремлюють такі умови: дотримання

---

<sup>5</sup> Див. п. I. 5. Code of Good Practice in Electoral Matters.

основних прав людини (свободи слова, свободи пересування, свободи створення політичних партій); належні рівні регулювання (законом і підзаконними актами) та стабільність законодавства; процесуальні гарантії (організація голосування безстороннім органом, забезпечення спостереження за виборами та наявність дієвої системи оскарження) та виборча система (яка за дотримання визначених принципів виборчого права не є критичним чинником, хоч і безпосередньо впливатиме на вид і спосіб реалізації виборчих прав)\*.

Ці умови досить комплексно характеризують вимоги до середовища, яке сприятливо впливатиме на забезпечення дієвості принципів виборчого права та їхньої реальності. Перелік таких умов можна розширити й урахувати низку організаційних та інших чинників, які можуть стосуватися не тільки виборчого процесу чи виборів безпосередньо, але і їхніх передумов та наслідків.

Наприклад, застосування виборчого бар'єру в пропорційній виборчій системі слід розглядати не тільки крізь призму принципу рівності, але й з огляду на ті правові, політичні та інші наслідки, які можуть настати в результаті його (бар'єра) застосування. Доречний приклад тут – позиція Федерального конституційного суду Німеччини щодо величини прохідного бар'єра в пропорційній виборчій системі, що використовують для обрання депутатів від ФРН до Європейського парламенту (представницького законодавчого органу Європейського Союзу). Цей представницький орган до 1979 року формувався через делегування до його складу представників-членів національних парламентів. Спеціальним актом Ради Європейських Співтовариств\*\* було запроваджено прямі вибори в країнах-членах. Цей акт до виборчої системи визначив основну вимогу – використання пропорційної виборчої системи, водночас її елементи могли дискреційно визначати країни-члени на рівні національного законодавства. У ФРН було встановлено п'ятивідсотковий виборчий бар'єр для політичних партій. 22 травня 1979 року рішенням Федерального конституційного суду Німеччини такий розмір «порогу» було визнано конституційним\*\*\*. Проте, за результатами проведення виборів членів Європейського парламенту 2009 року, перед Федеральним конституційним судом Німеччини ініційовано перевірку на конституційність цього питання знову. З урахуванням обставин, що

\* Див. п. II. 1—4. Code of Good Practice in Electoral Matters.

\*\* Act concern in the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage. URL: [http://data.europa.eu/eli/dec/1976/787\(2\)/oj](http://data.europa.eu/eli/dec/1976/787(2)/oj) (Last accessed: 20.04.2021).

\*\*\* BVerfG, Judgment of the Second Senate of 22 May 1979 - 2 BvR 193, 197/79 (BVerfGE 51, 222).

змінилися (нові особливості функціонування органів Європейського Союзу), суд 2011 року визнав такими, що суперечать Основному закону ФРН (неконституційними) положення щодо виборчого бар'єра в 5%\*. З такими ж аргументами суд визнав неконституційним і виборчий бар'єр у 3% \*\*. Суд урахував особливу правову природу та політичне значення Європейського парламенту, механізми ухвалення рішень цим органом, значення таких виборів для держав-членів ЄС тощо. Цей приклад, очевидно, поки не стосується національних виборів до Бундестагу, щодо яких і сам суд визначив дещо інші критерії оцінювання виборчого бар'єру. Проте такі рішення, а головне їхня аргументація, яскраво свідчать про зміну підходів до розуміння концепту політичної доцільності під час формування різних елементів виборчої системи на різних виборах. Цікаво, що Конституційний суд Італії, розглядаючи схожу справу, дійшов протилежного висновку й зазначив: «Італійський законодавець не діяв, порушуючи межі свого розсуду під час встановлення виборчого бар'єра в розмірі 4%»\*\*\*. В Україні це питання аналізують та регулюють крізь призму позиції Конституційного Суду України, що визначення розміру виборчого бар'єра є питанням «політичної доцільності»\*\*\*\*.

Цей приклад засвідчує, що важливим є врахування фактичних обставин і ситуації, яка передує призначенню та проведенню виборів. Ще важливішим є врахування та певною мірою «передбачення», прогнозування дії виборчого законодавства на майбутнє, його впливу не тільки на результати конкретних виборів, а й на виконання всіх інших функцій виборів, що було означено вище. Саме тому виборче законодавство, будучи стабільним, повинно все ж залишати певний простір для змін й еволюціонування. Принципи виборчого права за таких умов будуть орієнтиром відповідної еволюції та гарантуватимуть розвиток законодавства й практики в річищі забезпечення прав людини.

\* BVerfG, Urteiles des Zweiten Senats vom 09. November 2011 - 2 BvC 4/10 -, Rn. 1-160 (BVerfGE 129, 300-355).

\*\* BVerfG, Urteiles des Zweiten Senats vom 26. Februar 2014 - 2 BvE 2/13 -, Rn. 1-116 (BVerfGE 135, 259-312).

\*\*\* The Italian Constitutional Court Judgment NO. 239 OF 2018. URL: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S\\_239\\_2018\\_EN.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_239_2018_EN.pdf) (Last accessed: 20.04.2021).

\*\*\*\* Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/98 від 26 лютого 1998 року.