



Чи має значення процес творення конституції?

Том Гінзбург,¹ Закарі Елкінс,² Джастін Блант³

¹ Юридична школа Чиказького університету, Чикаго, Іллінойс 60637; email: tginsburg@uchicago.edu

² Факультет урядування Техаського університету, Остін, Техас 78712; email: zelkins@austin.utexas.edu

³ Факультет політології Іллінойського університету, Урбана, Іллінойс 61801; email: jblount2@uiuc.edu

Неофіційний переклад з англійської. Електронна копія оригіналу цього документа доступна за посиланням:
<http://ssrn.com/abstract=1860392>

Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5:5.1–5.23

The *Annual Review of Law and Social Science* is online at lawsocsci.annualreviews.org

This article's doi: 10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172247

Copyright © 2009 by Annual Reviews. All rights reserved

1550-3585/09/1201-0001\$20.00

Ключові слова

демократія, порівняльна політологія, деліберация, інституціональний дизайн, конституція

Анотація

Творення конституцій є явищем так само повсюдним, як і загадковим. Існує багато припущень, але відносно мало доказів того, як різні процеси розробки впливають на результати конституєтворення. Значною мірою дискусія зводиться до обговорення, хто має бути залучений до процесу й коли. Щодо цього ми розглядаємо два центральні питання. Це, по-перше, проблема інституційної упередженості: чи слід залучати до процесу конституєтворення органи влади, які очікують отримати в результаті якісь вигоди. Друге питання стосується переваг і недоліків участі громадськості. Обидва ці питання мають очевидні нормативні наслідки й піддаються прямому соціально-науковому аналізу. У цій статті зроблено огляд відповідних досліджень процесу конституєтворення, описано концептуальні питання, пов'язані з розумінням цього процесу, розглянуто різні твердження щодо варіацій у процесах розробки конституції та представлено набір базисних емпіричних результатів із сукупності нових даних щодо змісту та процесу творення конституції.

ВСТУП

Процес творення конституції є настільки ж повсюдним, як і загадковим. За нашими оцінками, у світі будь якого року ухвалюють чотири-п'ять нових конституцій, від 10 до 15 доповнюють та змінюють, і щодо ще приблизно 20 розглядають пропозиції про перегляд (Elkins et al. 2009). Такі дії представляють потенційно далекосяжні зміни у засадничих політичних правилах. Проте наше знання процесу конституційного (ре)дизайну та його наслідків у найкращому разі є туманними. Більш як десять років після того, як Елстер (Elster, 1995, 1997) нарікав на брак теорії конституційного дизайну (від себе додамо ще й брак систематичних емпіричних даних), ця сфера залишається схожою на «землі дикого Заходу» – захоплені, але незвідані – попри цінний внесок самого Елстера. Мабуть, багато хто з нас підозрює, що умови та правила, за якими засновники пишуть, обговорюють і ратифікують конституції, є важливими та мають далекосяжні наслідки. Просто ми не можемо напевно сказати, як саме чи якою мірою вони впливають на ці наслідки.

Водночас є реальні підстави для оптимізму щодо перспектив покращити наше знання. Хоча ця сфера є бідною на ретельні порівняльні дослідження, з'являється все більше досліджень конкретних кейсів, які можуть мотивувати дослідників та формувати теорію. Основоположні моменти політичності є, як правило, історичними моментами, хоча і до певної міри міфологізованими, тому історики задокументували класичні випадки (наприклад, Rakove, 1997; Moore & Robinson, 2004; Golay, 1958). Детально описані також пізніші кейси (наприклад, Bannon, 2007; Brandt, 2005; Congleton, 2003; Ghai et al., 2003; Goldwin & Kaufman, 1988; Haysom, 2004; Hyden & Venter, 2001; Keogh & McCarthy, 2007; Moehler, 2006; Rubin, 2004; Selassie, 2003; широкі бібліографію джерел щодо кейсів конституційного дизайну після 1975 р. див. у Widner, 2005b).¹ Ці звіти становлять багате джерело натхнення для праць, які мають чіткі цілі: концептуалізувати та виміряти процес, закласти солідні теоретичні підвалини щодо наслідків різних аспектів процесу й тестування цих теорій за допомогою належних емпіричних конструкцій. Є ознаки появи масштабнішої порівняльної емпіричної роботи, і ми можемо очікувати стабільного зростання чи навіть буму досліджень на цю тему (див. Carey 2007; Samuels 2006; Widner 2005a, 2007a; Moehler 2007).

Цей огляд має передусім картографічні цілі. Ми намагаємось накреслити межі наших колективних знань щодо процесів підготовки та ухвалення конституцій. Зокрема особливу увагу ми приділяємо зв'язкам між процесом і результатами. Ми починаємо з історичного огляду літератури й опису різних режимів процесу розробки конституційного дизайну, включно з стейкхолдерами та діяльністю, до якої вони залучені. Далі ми досліджуємо деякі базові елементи припущень, на яких ґрунтується теорія щодо наслідків різних способів розробки та ухвалення конституцій; зокрема, ми звертаємо увагу на мотивацію учасників цих процесів. Основна частина огляду присвячена гіпотезам (а точніше – обґрунтованим припущенням), які можна знайти в літературі стосовно взаємозв'язку між цими процесами та різними результатами, що нас цікавлять. Ми описуємо наявні свідчення щодо цих гіпотез, і пропонуємо перспективні підходи до подальшої перевірки цих тверджень. Іноді ми використовуємо нові транснаціональні дані, які маємо у своєму розпорядженні (Elkins & Ginsburg, 2007), аби окреслити певні базисні асоціації. Цей аналіз не претендує на остаточність – він радше має слугувати відправною точкою для подальших досліджень.

¹ Справді міфічну інтерпретацію як процесу розробки конституційного дизайну, так і політичного переходу можна знайти у книзі Волтера Мерфі (Murphy, 2007), яка розповідає про вигаданий конституційний конвент, в рамках якого делегати слушно залучають науковців, експертів та самих себе до обговорення загальних принципів та конкретних правил стосовно заснування демократичної, конституційної держави.

ЛІТЕРАТУРА ЩОДО КЕЙСІВ

У нові часи збірки праць на конституційну тематику існують принаймні з 1783 р., коли на прохання Бенджаміна Франкліна Міністерство закордонних справ Франції надало дозвіл на публікацію антології конституцій штатів США (Blaustein & Sigler, 1988). Ранні наукові праці (~1890–1945) з конституцій та конституційного дизайну здебільшого розглядали конкретні випадки та були спровоковані новими конституційними подіями. Розпад імперій із закінченням Першої світової війни викликав хвилю появи нових національних конституцій, що цілком природно привернуло увагу академічної спільноти. Зусилля науковців були здебільшого описовими, в одних випадках – розбір текстів нових конституцій розділ за розділом (Davidson, 1925; Pollock, 1923), а в інших – просто стисле введення до тексту основного закону (Albert et al., 1894; Moses, 1893). Ці ранні дослідження, як правило, не стосуються процесу, натомість зосереджуючись на описі інституцій, як-от взаємин між виконавчою й законодавчою гілками влади, та регіоналізмі (Dedek, 1921; Quigley, 1924). В обговоренні окремих конституційних текстів також порушувались питання прав людини (або тогочасною мовою – прав чоловіка) та демократичної теорії (Bentwich, 1924; Clark, 1921; Morse, 1919).

Звісно, із цієї загальної характеристики інституціонального опису, який не пропонує теоретичного осмислення феномену конституціоналізму, є винятки. Дослідження Канторовичем (Kantorowicz, 1927) Веймарської конституції мотивоване бажанням встановити політичні цілі розробників і те, наскільки добре вони їх досягли, через порівняння нової республіканської конституції та старої імперської. Він також порівнює фактичну дію конституції з її юридичними приписами. Чепмен (Chapman, 1925) зробив аналогічну спробу пояснити розбіжності між Конституцією Куби й політичною реальністю (культура корупції, особливо в Конгресі), зрештою дійшовши висновку, що рішення може лежати поза рамками будь-якої конституції.

Інші роботи більшою мірою зосереджені на питаннях, пов'язаних із процесами конституційного дизайну, як-от легітимність і здійснення установчої влади. Наприклад, Аранджо-Руїс (Arangio-Ruiz, 1895) прямо звертається до еволюції установчої влади в Італії, починаючи з 1848 р. Хоча планувалося, що постійну Конституцію Італії ухвалить виборні установчі збори, ці плани так і не були реалізовані, і установча функція так і не була ні на кого чітко покладена. Ця конституційна невизначеність дозволила парламенту поступово перебрати на себе установчу функцію. Вочевидь через свій інституційний егоїзм італійські депутати й сенатори опиралися закликам скликати установчі збори. Так само вони противились ідеї, що установча влада належить народу, вважаючи його нездатним її здійснювати. Аранджо-Руїс схвально звертає увагу на заперечення парламентарів: враховуючи нещодавнє деспотичне минуле Італії й зтяжний консерватизм у державній бюрократії та поліції, наділення народу установчою владою було б серйозною помилкою.

Іншою історичною роботою, яка перегукується із сучасною тематикою, є аналіз Курр'єра (Currier, 1893) обставин, що супроводжували ухвалення Конституції Франції 1875 року. Як і у випадку Італії, вибори делегатів установчих зборів, заплановані на жовтень 1870 р., були скасовані. Національна Асамблея, обрана наступного лютого, уклала мир з Німеччиною й задекларувала імпліцитний мандат на підготовку та ухвалення нової конституції. Хоча політичні й правові обставини були каламутними, Національна Асамблея була обрана на основі загального виборчого права й мала підстави стверджувати, що вона є установчим органом, який репрезентує «волю нації та верховну владу народу» (с. 132). Проте, як зауважує Салей (Saleilles, 1895), така дія не відповідала попередній конституційній історії Франції. В аргументі, який випередив Елстера (Elster, 2006),

Салей відстоює думку, що установча чи суверенна влада не може одночасно належати органу встановленої влади, як-от парламенту.

Хоча дослідження кейсів по окремих країнах було й залишиться безцінним джерелом знань про конкретні епізоди конституційного дизайну, в останні десятиліття побачили світ книжки, які намагаються помістити процес розробки конституційного дизайну у транснаціональні, порівняльні рамки. Голдвін і Кауфман (Goldwin & Kaufman, 1998) надали безцінний приклад такого підходу, що включає серію статей, усі з яких за єдиним винятком написані колишніми авторами конституцій. Ці дослідження конкретних випадків дозволяють отримати уяву про різні аспекти процесу й допомагають краще зрозуміти, перед яким вибором стояли автори та які рішення вони ухвалювали, коли працювали над творенням нових конституцій для своїх країн. У супутній збірці Голдвін та інші (Goldwin et al., 1989) повторюють своє попереднє завдання, але цього разу зосереджуючись конкретно на питаннях етнічного, мовного, расового й релігійного розмаїття. Бантінг і Сімеон (Banting & Simeon, 1985) на перший план висунули політичні, а не правові чи інституціональні конфлікти, пов'язані з конституційною зміною в ряді промислово розвинених країн.

Пізніше Рейнолдс (Reynolds, 2002) і Гайден та Вентер (Hyden & Venter, 2001) видали редаговані збірки, присвячені різноманітним аспектам конституційного дизайну. Рейнолдс поєднує кейси окремих країн з тематичними розмірковуваннями щодо інституційного дизайну, аби дослідити, наскільки конституції можуть зменшити напругу громадянського конфлікту та сприяти демократичному врядуванню. Як буде зазначено нижче, література з розв'язання конфліктів пропонує багато нещодавніх праць, що застосовують інструментальний підхід до конституційного дизайну.

Аналіз творення конституцій у чотирьох африканських країнах, який провели Гайден і Вентер, є одним із найбільш теоретичних і відверто порівняльних досліджень на цю тему. Авторі побудували загальні теоретичні рамки й оцінили такі різні аспекти процесу розробки конституційного дизайну, як репрезентативність процесу, застосовані механізми творення документа й узгодження інтересів, ступінь участі громадськості у процесі. У схожій манері Семюелс (Samuels, 2006) у дослідженні по 12 країнах, замовленому Інститутом демократії та сприяння виборам (IDEA), оцінила процеси розробки конституційного дизайну за вимірами інклюзивності, репрезентативності й участі громадськості почасти для визначення того, наскільки демократичний процес розробки дизайну може допомогти отримати демократичні результати.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ДИЗАЙН: МЕТОДИ, ДІЙОВІ ОСОБИ ТА ОБМЕЖЕННЯ

Будь-якому окремому випадку конституційного дизайну доводиться мати справу з базовими питаннями організації та процесу. Серед таких питань – хто має бути залучений; коли відбувається таке залучення; як ці особи мають діяти на етапах формулювання, обговорення та схвалення тексту. Хоча в цьому процесі можна уявити стільки ж варіантів, скільки є конституцій, спостерігаються й певні закономірності.

Творення конституції відбувається окремими стадіями, деякі з яких нагадують звичайний законодавчий процес, знайомий багатьом законотворцям у консолідованих демократіях. Віднер (Widner, 2007b) навела корисну схему процесу розробки дизайну, якою варто керуватися дослідникам і практикам. Вона ідентифікувала такі фази творення конституції: написання проекту, консультації, обговорення, ухвалення та ратифікація. Бантінг і Сімеон (Banting & Simeon, 1985) почали навіть з більш раннього етапу, зосередившись на стадії мобілізації зацікавлених кіл (та їхніх

опонентів) ще до підготовки тексту. Вони назвали цей етап «стадією генерування ідей», що на ній закладають засадничі рамки конституційного процесу, що можуть визначати сам процес.

На цих різних стадіях відбувається взаємодія з різними суб'єктами, які можуть створити набір опцій для конституційних дизайнерів. Наприклад, проект Конституції Афганістану 2004 року за допомогою іноземних радників підготувала спеціальна комісія в умовах відносної секретності, після чого його надіслали до офісу президента до етапів обговорення й ухвалення інклюзивними установчими зборами – Лойя-джирга (Ніц, 2009). У цій моделі – яка, схоже, є доволі поширеною – кожна стадія потенційно є логічним наслідком попередньої, хоча існує вірогідність того, що сили інерції та повноваження встановлювати порядок денний непропорційно збільшать вплив суб'єктів, залучених на попередніх стадіях. Утім, цілком можливо, що суб'єкти, залучені на попередніх стадіях, передбачатимуть уподобання й потреби суб'єктів, залучених на наступних стадіях, а отже послаблюватимуть ефект детермінованості. Елстер (Elster, 1995, сс. 373–75) добре розрізняє обмеження процесу на ранніх та пізніх стадіях процесу: обмеження на ранніх стадіях накладають суб'єкти, що мають владу створювати орган з підготовки проекту конституції, тоді як обмеження на пізніх стадіях створюють вірогідні уподобання людей, яких буде залучено до процесу згодом. Наприклад, ратифікація на загальнонаціональному референдумі є обмеженням на пізній стадії, яке може «підрізати крила» лідерам на попередніх стадіях процесу, якщо вони усвідомлюють, що їхній документ повинен кінцем кінцем отримати всенародне схвалення.

Як підказує дискусія навколо обмежень, вкрай важлива змінна під час творення конституції пов'язана з тим, які саме суб'єкти включені у процес. Інституційні науковці зазвичай сприймають суб'єктів як «вето-гравців» (Tsebelis, 2002), і сфера конституційного дизайну не є винятком. Як пише Віднер (Widner, 2007b), залучені до творення конституції суб'єкти можуть включати експертні комісії, законодавчі органи чи комітети, виконавчу, судову, національні конференції, круглі столи еліт, перехідні легіслатури, спеціально обрані установчі збори, лобістські групи й неурядові організації, іноземних радників та громадськість як таку. Залучення громадськості, яке буде обговорено нижче, останніми роками стало предметом особливої уваги й наполегливого заохочення з боку науковців, урядів і міжнародних організацій (Ebrahim et al., 1999; Samuels, 2006; Elkins et al., 2008a; Banks, 2008). Проте не всі конституції створено із залученням громадськості, а деякі з них підготовлені горсткою лідерів за зачиненими дверима.

Аби змалювати в загальних рисах деякі форми залучення стейкхолдерів, ми зібрали дані про процеси ухвалення 460 з 806 національних конституцій, прийнятих у період 1789–2005 рр. [У більшому проекті – «Порівняльний аналіз конституцій» (ПАК) – ми займаємося збиранням даних про зміст усіх 806 конституцій. Див. Elkins & Ginsburg (2007).] Ця інформація виявляє модель обмеженої варіації у виборі стейкхолдерів. До головних стейкхолдерів належать установчі збори, виконавча, звичайні легіслатури та громадськість через ратифікаційні референдуми. Принаймні один з цих стейкхолдерів формально включений в 95 % процесів розробки дизайну конституцій, представлених у вибірці.² Утім, як показано в **табл. 1**, існує певна відмінність у тому, як різні процеси розробки конституційного дизайну залучають стейкхолдерів. Лише менше половини процесів залучають єдиного стейкхолдера.

² Ті 22 випадки, що не підпадають під цю категорію, на загал або є колишніми британськими колоніями, чиї незалежні конституції були предметом переговорів у рамках конституційних конференцій на рівні еліти й були ухвалені як акти парламенту в Лондоні за формальної згоди королеви, або репрезентують випадки ухвалення/ратифікації субнаціональними легіслатурами чи федеральними одиницями, як-от Боснія і Герцеговина в 1995 р. та Німеччина в 1871 р. Процес у Сполучених Штатах ми класифікуємо як такий, в центрі якого лежить установчі збори.

Табл. 1. Дійові особи й процеси (N = 460)³

	Кількість	Частотність
Установчі збори	53	12 %
Установчі законодавчі збори	15	3 %
Установча легіслатура	89	19 %
Екзекутива	40	9 %
Референдум	6	1 %
Установчі збори + екзекутива	42	9 %
Установчі збори + легіслатура	0	0 %
Установчі збори + референдум	13	3 %
Установчі законодавчі збори + екзекутива	9	2 %
Установчі законодавчі збори + референдум	2	<1 %
Установча легіслатура + екзекутива	78	17 %
Установча легіслатура + референдум	9	1 %
Референдум + екзекутива	57	12 %
Установчі збори + екзекутива + легіслатура	4	<1 %
Установчі збори + екзекутива + референдум	3	<1 %
Установчі збори + легіслатура + референдум	1	<1 %
Установча легіслатура + екзекутива + референдум	16	4 %
Установчі збори + екзекутива + легіслатура + референдум	1	<1 %
Інше	22	5 %

³Правила кодування описані в онлайнному додатку за посиланням <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>.

Ці підрахунки нічого не кажуть про глибину чи якість залучення. Наприклад, екзекутива була залучена до 51 % проаналізованих нами процесів. Однак у деяких випадках це залучення могло мати суто формальний характер, як-от виконання функції останнього органу влади, який ставить підпис під конституцією, тоді як в інших – воно могло бути суттєвим.³ Для деяких досліджень корисно ідентифікувати інституцію чи дійову особу з найбільш впливовою роллю у формуванні документа (Elster, 2006). Ми займемося такою категоризацією, коли перейдемо до певних питань попереднього аналізу щодо діяльності у власних інтересах (нижче).

Безумовно, ключовим серед вимірів, за якими відрізняють процеси творення конституції, є ступінь участі громадськості. Оскільки конституція є найвищим рівнем правотворчості та встановлює

³ Ми прийняли спеціальні правила кодування стосовно ролі екзекутиви у процесах розробки конституційного дизайну для двох підтипів авторитарних режимів. Ухвалення конституції політичною партією у країні з цивільною диктатурою ми вважали еквівалентним участі екзекутиви у процесі розробки конституційного дизайну. За цим правилом було класифіковано два тексти. Згідно зі ст. 73 Конституції Мозамбіку 1975 року, її було «ухвалено шляхом акламації Центральним комітетом Фронту звільнення Мозамбіку 20 червня 1975 року». Другий випадок – створена Партією бірманської соціалістичної програми Конституція М'янми 1974 року, яку зрештою ухвалили на референдумі. В обох випадках ми інтерпретували партію чи партійні органи як екзекутиву за своєю суттю, а отже класифікували відповідні процеси розробки конституційного дизайну як відповідно «екзекутива» і «референдум + екзекутива». Військові режими (що складають 92 із 291 кейсу, для яких є доступним визначення режиму у країні) є додатковим спеціальним випадком залучення виконавчої влади. Модальним вибором процесу розробки конституційного дизайну для таких режимів є модель «референдум + екзекутива» – у такий спосіб були розроблені 36 конституцій. Загалом ратифікаційні референдуми були проведені для 47 з 92 конституцій, прийнятих і промудованих військовими режимами. Водночас конституційний дизайн розробляла виключно екзекутива лише в 10 випадках. В 11 випадках військові режими проводили ратифікаційні референдуми, але відсутня додаткова інформація щодо суб'єктів конституєтворення. Виходячи з припущення, що куратором референдумів у таких режимах явно було військове керівництво, ці процеси були віднесені до категорії, яка передбачає залучення екзекутиви.

остаточний критерій легітимації законотворчих процесів (Kelsen, 1945 [1961]; Hart, 1961), вона у демократичній теорії вимагає найвищого можливого рівня легітимізації. В ідеальному світі можна було б очікувати загальної згоди громадян на запровадження правил, якими регулюється це суспільство – стандарт, що є явно нездійсненим (Buchanan & Tullock, 1962). За нашим відчуттям, фактичні процеси розробки конституційного дизайну використовують спорадичні й зазвичай доволі кволі форми громадської участі та контролю аби підмінити дійсну згоду. Вважається, що вищі рівні участі функціонують як правила супербільшості, що обмежують створення небажаних інституцій та покликані захищати в майбутньому меншини у встановлених демократичних процесах. Отже, народна участь легітимізує та стримує, підмінюючи інклюзивні процеси всенародної згоди з метою уможливити ефективно врядування.

Типова форма [громадської] участі в розробці конституційного дизайну є повноваженням ухвалити хартію, зазвичай через референдум, на який виносять остаточний документ в цілому. На **рис. 1 і 2** представлені історичні дані про процеси промудрації конституцій та про публічну промудрацію зокрема. На **рис. 1** показано по роках частка чинних конституцій, чиї тексти вимагають публічної ратифікації [на референдумі]. Цей графік наводить на думку про існування помітної тенденції в напрямку публічної ратифікації з початку двадцятого століття. Ми підкреслюємо, що знаменник тут охоплює лише ті конституції, які обумовлюють будь-яку процедуру промудрації в самому тексті, включно з підписанням ексекутивною, парламентським схваленням або публічною ратифікацією. Як свідчить **рис. 2**, хоча більшість текстів сучасних конституцій містять інформацію про процедуру промудрації, більшість текстів з дев'ятнадцятого століття обходили це питання мовчанням. Тому ми ставимося до даних на **рис. 1** з певною обережністю, хоча зсув у нормах щодо фіксації процедур промудрації конституцій у їхніх текстах навряд чи суттєво спотворить результати. Справді, наш огляд позатекстової інформації по кейсах меншої вибірки наводить на думку, що тенденція, яку передбачають кейси на графіку **рис. 1**, достатньо справедливо репрезентує тенденцію в рамках повної вибірки кейсів. Отже, публічна ратифікація є, схоже, на підйомі з кінця двадцятого – початку двадцять першого століть.

Ухвалення [конституцій] на референдумі може набирати популярність як форма залучення громадськості, але вона явно є обмеженою, оскільки включає лише голосування за чи проти пакету положень.⁴ Утім, принаймні з часів Другої світової війни, участь [громадськості] у розробці конституційного дизайну стала безпосереднішою та суттєвішою (або принаймні стала проявляться на більш ранніх стадіях). Один із поширених підходів полягає в залученні громадськості до вибору тих, хто буде готувати проект чи обговорювати аспекти хартії (Widner, 2005a, сс. 7–8). Такий спосіб волевиявлення є можливим незалежно від того, є ця репрезентативна група установчими зборами, обраними спеціально з цією метою, чи регулярно легіслатурою, яка бере на себе виконання цього проекту додатково до інших своїх обов'язків. У деяких конституційних процесах експериментували з більш висхідними методами прямої демократії, як-от громадянська ініціатива, коли джерелом ідей може бути громадянське суспільство. Наразі ми мало що можемо сказати про ефект таких методів, хоча повідомлення про окремі випадки, наприклад, 64 тис. пропозицій, що надійшли до бразильської конституційної асамблеї 1987–1988 рр. (Venomar, 2004), наводять на думку про значні виклики, пов'язані з необхідністю врахувати громадські пропозиції.

⁴ Цікаво, що референдум в Еквадорі 1978 року, проведений військовою владою, пропонував вибрати одну з конституцій. Голос «так» вказував на підтримку підготовленого нового тексту, тоді як голос «ні» означав підтримку раніше скасованої конституції 1945 року.

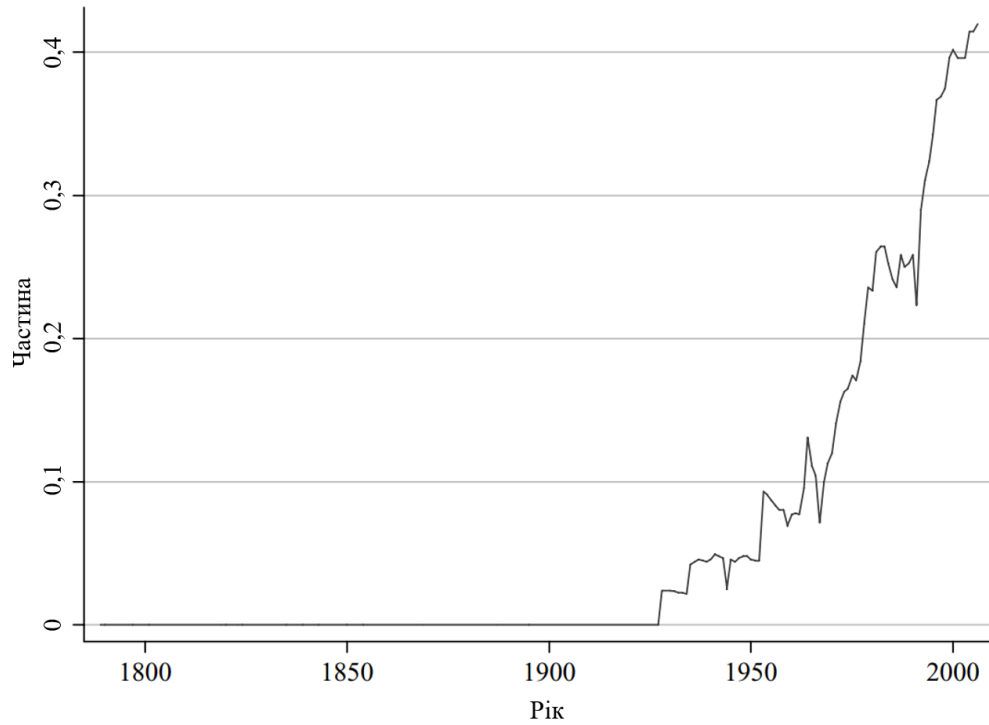


Рис. 1. Частина чинних конституцій, які експліцитно вимагають публічної ратифікації. Зверніть увагу, що сукупністю є національні конституції, які обумовлюють будь-яку процедуру промульгації, як-от підписання екезекутивою, парламентське схвалення або публічна ратифікація

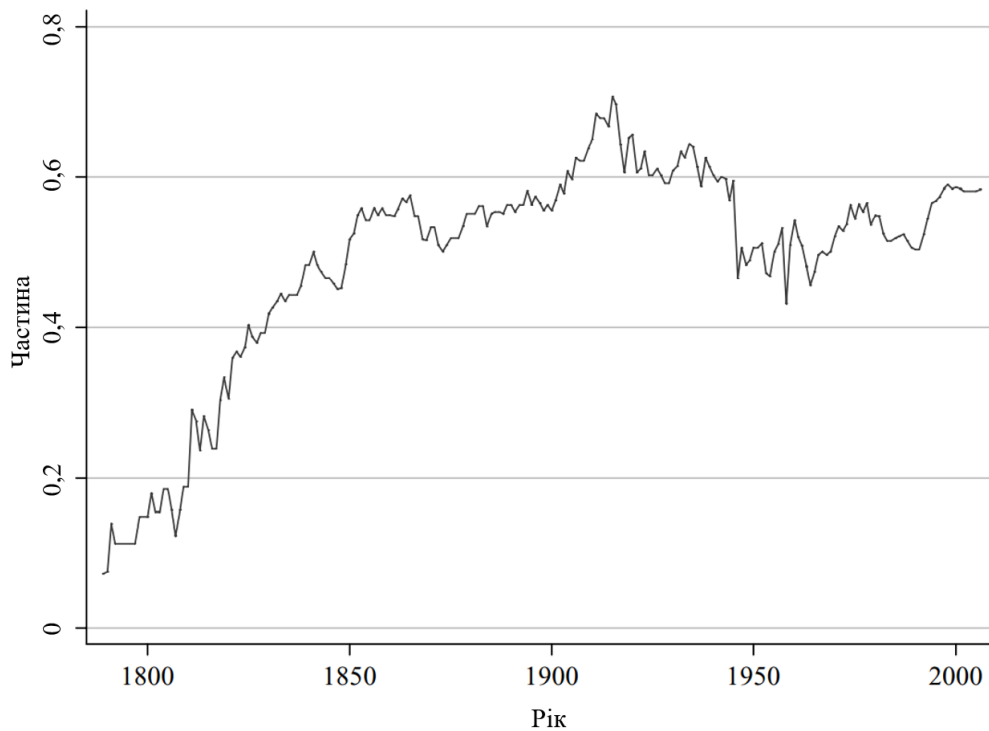


Рис. 2. Частина чинних конституцій, які обумовлюють будь-яку процедуру промульгації (публічну чи іншу)

Інша форма громадської участі включає прямі консультації з громадськістю або репрезентативними групами на різних стадіях, які можуть відбуватись до, в перебігу чи після підготовки початкового тексту (Ghai, 2004; Ghai & Galli, 2006; Samuels, 2006; Widner, 2007a; Selassie 2003). Фаза написання проекту документа є особливо важливою, оскільки на подальших етапах процесу можна очікувати наявності певного рівня інерції. Але ця фаза, вочевидь, є також найменш інклюзивною, враховуючи виклики, пов'язані з написанням документа групою людей, не кажучи вже про цілу націю. І справді, у деяких добре відомих випадках громадськість було виключено з процесу підготовки проекту, і з нею взагалі не консультувалися.

Звісно, суб'єкти [конституєтворення] разом з притаманними їм обмеженнями можуть бути як місцевими, так і чужинцями. Екстремальним випадком є «окупаційна конституція» (Elkins et al., 2008b; див. також Feldman, 2005) – документ, підготовлений під час перебування країни під контролем іноземної військової влади. Очевидно, що такі конституції зазвичай мають нижчий рівень залучення місцевих суб'єктів, а отже вважаються менш легітимними. На думку Бернелла (Burnell, 2008), міжнародне залучення шкодить дотриманню конституційних положень, оскільки стейкхолдери стратегічно мовчки погодяться з умовами, які вони не мають наміру виконувати, аби просто позбутися стороннього нагляду. Бернелл згадує Зімбабве та Угоду в Ланкастер-Хаус 1979 року як яскравий приклад подібної поведінки.

Численна література, присвячена питанням дифузії політики, нагадує нам, що реформа політики є великою мірою взаємозалежним процесом. Розробка конституції – до чого часто беруться в моменти кризи, коли держави найбільш піддатливі іноземним моделям і порадам – може бути особливо взаємозалежною і вимагати формування мережі (Elkins, 2009). Звичайно, науковці давно помітили високу ступінь схожості між документами, і майже будь-хто посвячений у деталі конституєтворення може розповісти про епізод міжнародного запозичення. Джон Мейер та інші соціологи, які працюють із перспективою «світового суспільства», вказують на конституційний ізоморфізм як приклад на підтримку їхніх переконливих глобалізаційних наративів (Meyer et al., 1987; Go, 2003). Сталість президентської форми правління в Латинській Америці, використання французької та вестмінстерської моделей правління в колишніх колоніях і нещодавнє використання національних конференцій у франкофонній Африці (Clark, 1994) є прикладами дифузії, яка відбувається на субглобальному рівні.

Конституція США незмінно займає центральне місце як предмет досліджень американської правничої науки, завдяки чому глобальний вплив американської конституції доволі добре задокументований (напр., Billias, 1990), але інші конституційні моделі також мають певний вплив (Elkins, 2003). У сфері публічного права багато з цих досліджень потрапили до низки збірок щодо конституційного запозичення, які охоплюють відверто гетерогенний набір питань як щодо конституційного дизайну, так і взаємопроникнення [див. наприклад, Choudhry (2006), а також спеціальні випуски на цю тему в *International Journal of Constitutional Law* (Friedman & Saunders, 2003) і *Texas Law Review* (2004)].

Звичайно, міжнародні обмеження конституєтворення, можуть коливатися у своїй інтенсивності та ступені координації від запозичення до нав'язування. Зовнішній вплив не має бути таким кричущим, як в окупаційних конституціях. Підготовка проекту конституції, що відбувається одночасно з мирними переговорами, часто приваблює міжнародних радників та зацікавлені кола, як-от донори, кредитори, зацікавлені держави, ООН. Семюелс і Вайет (Samuels & Wyeth, 2006) стисло обговорюють іноді ненавмисні, але, все ж, негативні наслідки такого м'якого втручання. Деякі моделі також дуже нагадують «проштовхування»: наприклад, перспектива майбутнього членства в Європейському Союзі змусила деякі країни Східної Європи внести зміни до проектів своїх конституцій на прохання Ради Європи (Elster, 1997, с. 129). Багато звітів про запозичення

вказують на вирішальну роль впливових консультантів (напр., Davis, 2003), і кілька дослідників намагалися накреслити профіль цих консультантів і описати їхню поведінку (Perry, 1992).

Окрім властивостей суб'єктів, існують також інші аспекти процесу, що можуть мати важливі наслідки. Деякі обмеження віддзеркалюють обставини, які насамперед призводять до конституцієтворення. З точки зору здорового глузду, творення конституцій мало б збігатися в часі з тими чи іншими катаклізмами, як-от війна, переворот, економічна криза чи революція (Russell, 1993; Elster, 1995). Фактичні ж дані наводять на думку, що, хоча криза справді часто передуює конституційній реформі, кількість конституцій, розроблених у некризові часи, є, мабуть, недооціненою (Elkins et al. 2009).⁵ Яскравим прикладом некризової реформи є реформа 163-річної конституції у Швеції в 1972 р. (Congleton, 2003). Схоже, що різноманітні соціалістичні конституції, як-от у Радянському Союзі (1936, 1977) і Китаї (1982) з'являються після приходу до керма держави нових лідерів – практика, яку часто виправдовували марксистським поглядом на поетапну еволюцію (див. Go, 2003). Ці різні моделі, що віддзеркалюють різні ступені кризи або тягlosti, впливають на процес, створюючи атмосферу або поспіху, або неквапливого обмірковування.

Процеси можуть також відрізнитися за тривалістю. Одна крайність – таємний процес, у результаті якого з'явилася Конституція М'янми 2008 року, тривав 17 років.⁶ Протилежна крайність – невелика група американських бюрократів, що працювали на окупаційну владу, підготували проект базової форми Конституції Японії 1946 року трохи більше ніж за тиждень, а весь процес, включно з виборами, парламентським обговоренням і затвердженням імператором, зайняв якихось вісім місяців (Moore & Robinson, 2004). Який із цих випадків ближче до середнього? Здається, Японія набагато ближче. Ми випадково вибрали 150 із 806 кейсів творення конституцій (нових і прийнятих на заміну попередніх) з 1789 р. і змогли визначити дати початку та закінчення процесів у 148 з цих випадків.⁷ У середньому, процес конституєтворення у цих 148 випадках займав 16 місяців зі стандартним відхиленням 22 місяці. Медіанна тривалість процесу в обстежених випадках становила 10 місяців.

Виглядає так, що дуже короткі або дуже тривалі процеси творення конституції трапляються в недемократичних країнах. Швидкі процеси не дають достатньо часу для мобілізації населення та громадянського суспільства, тоді як тривалі процеси навряд чи триматимуть громадську увагу протягом усього періоду підготовки. Рекорд найкоротшого процесу може належати, принаймні формально, Конституції Румунії 1938 року, яка запровадила короткий період королівської диктатури. Новий кабінет, який прийшов до влади 12 лютого того року, оголосив про намір призначити комісію для підготовки проекту нового основного закону. Новий текст було опубліковано 21 лютого, референдум у формі усного голосування в облоговому стані проведено

⁵ Приблизно половина нових конституцій у нашій вибірці були промудльовані упродовж трьох років після воєнного конфлікту, економічної чи внутрішньої кризи, зміни режиму, територіальної зміни або перевороту (Elkins et al. 2009).

⁶ Гірка іронія довгоочікуваної бірманської конституції полягає в тому, що військовий уряд наполягав на тому, аби референдум щодо цього документа тривав, як заплановано, під час одного з найгірших стихійних лих в історії країни – після років зволікання з його підготовкою!

⁷ Дати початку [процесу конституєтворення] ми визначали за одним із шести критеріїв (у порядку зменшення пріоритету): офіційне оголошення про намір підготувати нову конституцію, включно із визначенням органу, відповідального за підготовку проекту або його ухвалення; дата виборів до органу, відповідального за підготовку проекту та/або його ухвалення, якщо доречно; дата першого засідання органу, відповідального за підготовку проекту та/або його ухвалення; дата формування підкомітетів з підготовки проекту в рамках установчих зборів або легіслатур; для країн Співдружності – день відкриття першої конституційної конференції перед набуттям незалежності; дата успішного військового перевороту. Дати закінчення відповідають дню промудльгації або, якщо такого немає, даті остаточного ухвалення.

24 лютого, і промульгація королем відбулась трьома днями пізніше. Аналогічно, в інтерпретації конституціоналізму Наполеоном, французьку конституцію 1799 року було запущено за місяць із лишком після здійсненого ним перевороту 18 брюмера VIII року (9 листопада). М'яко кажучи, ці процеси були прискореними.

Іншим виміром, за яким різняться процеси, є розмір делеберативного органу. На думку Беннон (Bannon, 2007), процес розробки конституційного дизайну в Кенії був надто роздутим – понад 600 делегатів і два органи з підготовки проектів. Схоже, жертвою цього процесу стали узгодженість і внутрішня несуперечність тексту. Навіть Яш Гай, колишній голова комісії з перегляду, зауважив, що Уганда й Південно-Африканська Республіка упорались із процесом з 300 делегатами (Onyango, 2004). Для пом'якшення цієї проблеми в майбутньому Беннон (Bannon, 2007) рекомендує менший делеберативний орган при більшому наголосі на консультаціях із громадськістю за рахунок широкого представництва усіх зацікавлених кіл.

Нещодавні дослідження також почали розглядати інституційну структуру установчих органів. Узагальнюючи моделі зі сфери законодавчих досліджень, Прокш (Proksch, 2007) та Цебеліс і Прокш (Tsebelis & Proksch, 2007) виявляють, що в Європейському Конвенті повноваження визначати порядок денний мають і президія, і підкомітети конвенту. Одним із висновків з цього може бути те, що наявність репрезентативних, інклюзивних установчих органів може не бути достатньою умовою для репрезентативних, інклюзивних текстів, якщо є можливість для існування упереджених комітетів. Фактично, рівень аналізу, зазвичай застосовуваний до процесів розробки конституційного дизайну, може вводити в оману. Тривале систематичне дослідження внутрішнього функціонування установчих органів і застосування до їхньої діяльності аналітичних соціологічних методів обіцяє привести до кращого розуміння того, як потрапляють до тексту конкретні положення, і яких форм набуває громадська участь у процесі.

Підсумовуючи, процеси розробки конституційного дизайну широко варіюють за багатьма параметрами. Існує багато спекуляцій, але мало свідчень про вплив цих процесів на різні результати конституєтворення. У решті цього огляду розглянуто низку гіпотез щодо цього впливу та наявні фактичні дані.

ПОШУК ЗВ'ЯЗКУ МІЖ ПРОЦЕСОМ І РЕЗУЛЬТАТОМ: БАЗОВІ ПРИПУЩЕННЯ

Припущення щодо мотивів тих, хто бере участь у процесі конституєтворення – будь то еліти чи громадяни – є центральними в гіпотезах про зв'язок між процесом і конституційними результатами. Майже вся нормативна й позитивна робота над конституціями виходить із припущення, що конституційна політика є засадничо відмінною від звичайної політики. Це – центральне припущення конституційної політичної економії (Buchanan & Tullock, 1962), але також і багатьох інших поглядів на конституції та конституціоналізм (Ackerman, 1993). Основна ідея полягає в тому, що правова або політична вимога кваліфікованої більшості чи особливої процедури для зміни відрізняє вибір правил від вибору в межах правил. Оскільки творці конституційної діють, не знаючи напевно про перспективи своєї позиції в постконституційній системі влади, вважається, що вони звертають більшу увагу на суспільний інтерес, аніж на приватний. Крім того, стверджують, що позаяк конституції зазвичай приймають у моменти кризи, вони скоріше фокусуються на спільному добробуті, ніж піддаються впливу окремих груп інтересів.

Припущення щодо мотиву також слугують джерелом інформації для нормативної роботи над процесами конституційного дизайну. З одного боку, якщо вірити, що творці конституцій діятимуть, виходячи з власного егоїзму, може виникнути бажання забезпечити максимальну участь

громадськості у процесі конституєтворення для протидії цій тенденції. З іншого боку, якщо є віра, що творці конституцій можуть врахувати публічний інтерес, то процес можливо спроектувати з обмеженим залученням громадськості – так, аби полегшити еліті обговорення [майбутньої конституції].

Елстер (Elster, 1995) постулює три типи мотивацій, обов'язково збалансованих у процесі розробки конституційного дизайну: розум, пристрасть та інтерес. Розум репрезентує безкорисні принципи; пристрасті відносяться до емоційних чинників, як-от релігійна чи етнічна неприязнь або раптові, імпульсивні бажання; і інтерес стосується тих мотивів, які ототожнюються з добробутом розробників, а також ширших груп чи інституцій, до яких вони належать. Елстер вважає, що баланс є необхідним: конституцію, яка надто відверто ототожнюється з егоїстичними інтересами, можуть не прийняти, так само як і конституцію, яка є досконалою в теорії, але не відповідає ключовим потребам деяких дійових осіб (див. також Ghai, 2005). Елстер (Elster, 1997, с. 130) робить висновок, що безпосередня вигода творців конституції є менш важливою за інтереси їхніх виборців, але також виявляє (Elster, 1996), що інституційні інтереси домінували в перебігу творення конституцій у Східній Європі.

У нещодавній статті Браун (Brown, 2008) модифікує деякі з тверджень Елстера. Зазначаючи, що в цьому кращому зі світів є певна непередбачуваність у процесі, Браун (Brown, 2008) наводить доводи на користь поняття «пристрасна раціональність». У його концепції дійові особи намагаються ефективно досягати цілей, але не завжди усвідомлюють, якими є ці цілі, і ще менше – як їх досягати. Як результат, у конституційному дизайні можуть з'явитися загрозових розмірів прорахунки й непередбачені наслідки (Smith & Remington 2001). Елстер (Elster, 2006) наводить кілька прикладів таких прорахунків та їхніх наслідків: рішення Людовика XVI дозволити парафіяльним священикам, а не єпископам представляти духовенство в Генеральних штатах; прийняття пропорційної виборчої системи Веймарськими установчими зборами в 1919 р. попри те, що це суперечило інтересам уряду соціалістів; наполягання Вацлава Гавела на пропорційній виборчій системі, яка пустила комуністів до Установчих зборів, де вони стали «руйнівниками конституції, а не ... творцями конституції» (Elster, 2006, с. 189). З цією точкою зору погоджується Шеппеле (Scheppele, 2008), яка попереджає, що вирішальні змінні для конституційного успіху лежать поза здатністю творців конституції управляти процесом, а отже важливу роль для кінцевого успіху чи фіаско конституційних домовленостей грає «конституційна удача».

На припущеннях щодо мотивів стейкхолдерів ґрунтуються очікування того, як процес вплине на результати. Ці припущення значною мірою спонукали науковців зосередитись на переговорниках і розробниках проектів конституцій, виходячи з ідеї, що те, хто саме є авторами конституції, може добре пояснити її зміст. Звісно, конституції не є просто сумою інтересів тих, хто бере участь у їхньому творенні; наприклад, може виявитися, що також мають наслідки правила ухвалення рішень та інші умови. Менше з тим, переконлива теорія та передбачення щодо конкретних учасників конституційного процесу є гарною відправною точкою.

ГІПОТЕЗИ ТА ФАКТИ ЩОДО ЗВ'ЯЗКУ МІЖ ПРОЦЕСОМ І РЕЗУЛЬТАТАМИ

У цьому розділі ми ідентифікуємо набір гіпотез щодо процесу й результату та підсумуємо наявні факти. Зокрема ми зосередимо увагу на очікуваннях, пов'язаних з інтересами та впливом інституційних лоялістів, міжнародних дійових осіб і громадськості, усім з яких відводять усе більш важливу роль у розробці конституційного дизайну.

Інституційна діяльність у власних інтересах

Загальноприйнято вважати конституції продуктом конкуренції різноманітних зацікавлених груп, організованих за ознаками економічних цілей, етнічних претензій чи політичної ідеології.⁸ Також здається вірогідним, що розробники проекту конституції, які обіймають посади в уряді чи намагаються обійняти такі посади, можуть діяти в інтересах своїх відповідних інституцій. Якщо ми розглядаємо таку можливість, інституційна ідентичність дійових осіб стає першорядною. Однією з тем у літературі є недовіра до законодавців як творців конституції. Як описано вище, законодавча модель розробки конституційного дизайну включає обрання легіслатури для виконання як звичайної, так і конституційної нормотворчості, а отже варіанти вибору конституційного дизайну ув'язані з питаннями звичайного права. Одна з проблем такого ув'язування стосується агрегації інтересів: конституційні уподобання виборця можуть вступати в компроміс із іншими міркуваннями під час вибору представника. Якості, які роблять законодавця привабливим для виборця (напр., турбота про місцеві інтереси), можуть не бути тим, чого цей виборець шукає в «батьку-засновнику» чи «матері-засновниці». Проте важливішою є небезпідставна підозра, що під час розробки дизайну структури врядування законодавці посилять свою власну інституцію. Рішення цієї проблеми полягає в обході легіслатури. Як підсумував Елстер (Elster 1995, с. 117): «Аби звузити рамки для інституційного інтересу, конституції мали б писати спеціально скликані асамблеї, а не органи, які також виконують функції звичайних легіслатур. Так само не слід відводити законодавцям центральне місце у ратифікації [конституцій]».

Скептицизм щодо інституційного егоїзму, безумовно, не обмежується чинними легіслатурами. Критика процесів творення конституцій, сконцентрованих у екзекутиві, мабуть, була би ще більш нищівною з огляду на недовіру до притаманного їй жорсткого правління у демократичному врядуванні. І справді, важко уявити, що конституція, як-от нещодавно вироблена у М'янмі, контрольованій військовою хунтою, що вручну добирала укладачів проекту та деліберативний орган, урізала б повноваження виконавчої влади. Інший приклад – Правляча рада Збройних сил Нігерії, яка залишила за собою вирішальну роль редагування наприкінці конституційного процесу, відкинула як тавтологію положення підготовленого Установчими зборами проекту, яке б зробило учасників перевороту караними за законом (Ehinderog 1991). Загальне очікування, що інституції діють у власних інтересах означає, що від процесів [конституєтворення], сконцентрованих у виконавчій гілці, слід очікувати посилення повноважень екзекутиви в остаточному тексті конституції.

Свідчення про інституційні дії у власних інтересах є здебільшого неофіційними (Elster, 1996; Ghai, 2005; Ghai & Galli, 2006; Samuels, 2006). Спираючись на наші власні дані про зміст конституцій в різних країнах, ми тут подаємо деякі попередні результати щодо цих питань з наміром лише спровокувати подальші дослідження й аж ніяк не дати остаточні відповіді. Нагадуємо про нашу вибірку з 460 конституцій, щодо яких ми ідентифікували суб'єктів, залучених до кожного з процесів. Користуючись методологією Елстера (Elster, 2006), ми можемо класифікувати ці процеси як сконцентровані у виконавчій гілці, установчих зборах, установчих законодавчих зборах, установчих легіслатурах та інші для решти випадків. Ця класифікація може бути не зовсім чіткою, але самі інституції визначені однозначно. Найбільш протилежними є установчі збори, які обирають спеціально для розробки дизайну конституції, а потім розпускають, і установчими легіслатурами, які є парламентами, що додатково беруть на себе завдання творення конституції.

⁸ Наприклад, слідуючи класичному аргументу Бірда (Beard, 1913), Макгуайр і Осфельдт (McGuire & Ohsfeldt, 1986, 1989a,b) ми скористалися статистичним аналізом для оцінки голосувальної поведінки делегатів Філадельфійського конвенту й наступних процесів ратифікації штатами та виявили певну підтримку гіпотез суспільного вибору щодо економічного егоїзму серед учасників.

Установчі законодавчі збори означають проміжну категорію випадків, коли асамблеї, спеціально обрані для розробки конституційного дизайну, трансформуються в чинні легіслатури. Процеси, сконцентровані в езекутиві, включають такі, що здійснюються виключно виконавчою владою або здійснюються виконавчою владою й затверджуються через референдум. Нам вдалося без проблем класифікувати 411 з наших 460 кейсів за цими чотирма категоріями, залишивши 49 як «інші».

Далі ми скористалися нашими власними даними з ПАК для побудови індексу законодавчої влади, спираючись на паралельний набір пунктів з «Індексу влади парламенту» Фіша та Креніґа (Fish & Kroenig, 2009; див. також Fish, 2006). Фіш і Креніґ об'єднали 32 виміри законодавчої влади, рівномірно зважені, в індекс, який репрезентує владу законодавчої гілки в конституційній системі. Їхній показник, що покладається на експертні кодування, є мірилом законодавчої влади де-факто, тоді як наш показник є мірилом де-юре на основі формальних положень тексту. Ми застосували набір змінних з ПАК, які відображаються на 21 пункті Фіша та Креніґа і давали кожному кейсу по одному балу за кожне присутнє в конституції положення. Потім ми обчислили середню з цих 21 двійкової змінної та отримали в результаті індекс, що коливається в діапазоні від 0 до 1, де 1 репрезентує максимальний обсяг законодавчої влади. Якщо гіпотеза про інституційний егоїзм є справедливою, можна очікувати, що сконцентровані в законодавчій гілці процеси [конституєтворення] характеризуватимуться сильнішими легіслатурами, аніж процеси, сконцентровані в установчих зборах, тоді як процеси, сконцентровані у виконавчій гілці, характеризуватимуться слабкішими легіслатурами, ніж будь-який із двох перших різновидів. У **табл. 2** наведені середні значення нашого показника влади парламенту де-юре згідно з положеннями конституцій, розроблених у ході процесів кожної з чотирьох категорій.

Табл. 2. Процеси розробки конституційного дизайну та середні значення влади парламенту де-юре

	Кількість	Середній рівень влади парламенту де-юре
Сконцентровані в установчих зборах	103	0,38
Сконцентровані в установчих законодавчих зборах	26	0,41
Сконцентровані в установчих легіслатурах	178	0,37
Сконцентровані у виконавчій гілці	84	0,30
Інші	20	0,20

Цікаво, що ми не знаходимо двомірної підтримки гіпотезі, що порівняно з установчими зборами легіслатури продукують конституції, в яких парламенту відводять більше влади: насправді середнє значення індексу влади парламенту для кейсів установчих зборів перевищує індекс кейсів, сконцентрованих в легіслатурах, хоча критерій значущості цієї різниці не відповідає стандартному рівню. Натомість процеси, сконцентровані в езекутиві, дають легіслатурі суттєво менше влади, ніж процеси у двох інших категоріях (*t*-критерій показує, що різниця між середніми значеннями є значущою на рівні 0,01). Схоже, припущення Елстера щодо інституційного егоїзму є очевидним лише стосовно процесів, сконцентрованих у виконавчій гілці.

Це відкриття – що установчі збори з більшою імовірністю наділятимуть легіслатуру владою, ніж це робитимуть самі легіслатури – є вражаючим. Звісно, цей результат міг би все одно відображати інституційні дії у власних інтересах, позаяк члени установчих зборів бачать себе у кріслах депутатів парламенту колись у майбутньому, навіть якщо цей кар'єрний шлях не є гарантованим. Також у цьому результаті могла відобразитися можливість того, що члени установчого органу – що

засідають та обговорюють питання як репрезентативна група – філософськи й політично схилиються до репрезентативного врядування на відміну від більш ієрархічної форми, яку вони ототожнюють з езекутивною. Зрештою, двомірна асоціація могла бути продуктом будь-якої кількості змішувальних змінних чи статистичних артефактів. Однією очевидною змішувальною змінною є час. Наша вибірка включає кейси, що відносяться до початку дев'ятнадцятого століття. Тією мірою, якою і конституційні процеси, і законодавча влада коваріюють з часом, ми можемо захоплювати синхронну, але непов'язану пару трендів. Утім, якщо ми вилучаємо тренд із часового ряду (провівши простий регресійний аналіз із роком як коваріатою), результат залишається: продукти установчих зборів є нерозрізненними від текстів, підготовлених у сконцентрованому в законодавчій гілці процесі, але і ті і інші забезпечують законодавчому органу більшу владу, ніж тексти написані в процесі, сконцентрованому в езекутиві (ми вилучили тренд із часового ряду індексу законодавчої влади по річних і фіктивних змінних для процесів, сконцентрованих у легіслатурах та установчих зборах, з виконавчими процесами як залишковою категорією).

Цей аналіз також страждає на іншу методологічну ваду, яка впливає майже на всю емпіричну роботу над процесом і результатом: ендегенність. У цьому випадку схильність держави до сильної легіслатури могла вплинути як на формальний конституційний текст, так і на процес, використаний для підготовки тексту. Проте цей тип ендегенності мав призвести до зміщення в бік позитивної асоціації між законодавчою владою в тексті та сконцентрованим у легіслатурі процесом [конституєтворення]. Враховуючи напрям цього зміщення й той факт, що ми не виявили відмінності між процесами на основі установчих зборів і легіслатури, у нас радше є виправдальні докази того, що легіслатури не схильні діяти у власних інтересах [в перебігу конституєтворення]. Менше з тим, наші результати тут репрезентують просто вихідні дані; буде безумовно виправданим більш глибоке дослідження цієї взаємозалежності.

Міжнародні суб'єкти

Роль міжнародних суб'єктів у творенні конституцій варіюється – так само як і емпіричні очікування. Одним із базових очікувань є те, що зовнішні суб'єкти експортуватимуть конституційні положення зі своєї рідної країни. Це припущення виглядає найбільш правдоподібним у ситуаціях порушення суверенітету країни-господаря, як, наприклад, у випадку окупації. Припущення полягає в тому, що конституції, підготовлені під пильним оком окупаційної влади, включатимуть більш-менш примусову передачу інститутів від окупанта до окупованого. Навіть якщо це не буде мотивовано власними інтересами окупаційної влади, можна очікувати певного інституційного наслідування хоча б лише через інституційні звичаї окупанта або навіть поштиву мімікрію з боку окупованого. Тому слід очікувати, що через ряд комплементарних механізмів такі конституції дещо нагадуватимуть конституції країн-окупантів. Утім, можливо, що стосунки між окупантом та окупованим на основі примусу розгортаються не так очевидно в питаннях конституційного дизайну. Навіть якщо пряме прийняття інститутів окупанта не відбувається, присутність окупанта може щонайменше порушити нормальний процес пошуку належних конституційних моделей окупованої країни (Elkins et al., 2008b).

Звичайно, військова окупація представляє екстремальний випадок, і міжнародні суб'єкти можуть бути впливовими навіть у ситуаціях з меншим рівнем примусу. Держави охоплені різноманітними міжнародними мережами, які роблять досвід та конституції певних країн більш доречними, ніж інших.

Окупація та інші види міжнародних процесів можуть також мати сильний вплив на відповідність і функціональність конституційних положень. Елкінс (Elkins, 2003, 2009) намагався розкрити ці типи ефектів соціального забезпечення стосовно конституційної дифузії. В екстремумах ми бачимо два

імовірних, але протилежних ефекти. Зовнішня участь може призвести до прийняття розробниками субоптимальних або недоцільних положень, призначених для задоволення потреб інших. Або ж зовнішні гравці можуть спонукати розробників ухвалити положення, які перевершують ті, що вони можуть самостійно підготувати, виходячи з наявних ресурсів чи знань. Ці ефекти вірогідно варіюватимуть залежно від типу й обсягу зовнішньої участі, а також умов, за яких вона відбувається.

Обсяг даних для таких гіпотез щодо міжнародного залучення стабільно зростає завдяки помітному підвищенню наукового інтересу до транснаціональних механізмів інституційної реформи. Стосовно гіпотез щодо військової окупації – особливо з питань довговічності та нав'язування конституції – можна навести результати дослідження Елкінса та інших (Elkins et al., 2008b), які розглянули 42 випадки основних законів, прийнятих під час окупації або незабаром після цього, і розробили індекс подібності для порівняння конституційних діад. Вони виявили, що в середньому окупаційні конституції є помірно подібнішими до конституції головної держави-окупанта. Наприклад, стосовно визначних конституцій, підготовлених під окупаційною владою США, вони знайшли певну подібність між Конституцією США та Конституцією Японії 1946 року, але дуже маленьку щодо Конституції Іраку 2005 року. Хоча, за їхнім висновком, окупаційні конституції є менш довговічними за інші, цей результат не підтверджується в багатомірній специфікації (Elkins et al., 2009).

Громадська участь і нагляд

Елстер (Elster, 1997, с. 125) робить загальний висновок, що конституції, вироблені в більш демократичних процесах, є, як правило демократичнішими. Враховуючи нещодавню тенденцію до ширшої участі [громадськості] в розробці конституційного дизайну, варто вяснити, як конституції, що є продуктом партисипативного процесу, можуть систематично відрізнятися від інших конституцій. Невеликий обсяг літератури серед ширшої колекції робіт на загальну тему політичної партисипації породив чимало гіпотез.

По-перше, партисипативний процес розробки конституційного дизайну може підривати узгодженість тексту (Voigt, 2003). Як зауважує Горовіц (Horowitz, 2002), навіть за найкращих обставин розробка конституційного дизайну – термін, який він резервує за єдиним безперервним процесом – є досить рідкісною, натомість нормою є більшою мірою процес поетапної розбудови. Творення конституції часто складається з комбінації інституційних запозичень, копіювання цілих блоків правових норм, *quid pro quo* (взаємних поступок) та імпровізації. У міру включення у процес усе більшого числа суб'єктів, торги й переговори стають усе більш широкими та інтенсивними. Крім того, ці каскади у розробці конституційного дизайну можуть збурити неабиякі пристрасті серед широкого загалу. Конституція, яка з'являється із цього процесу, майже напевно буде творінням *ad hoc* рясніючи внутрішньою непослідовністю та інституційними невідповідностями. Хоча втрата логічної послідовності дизайну може бути компенсована підсумковим виграшом у легітимності (Horowitz, 2002), вона також може зробити конституційну схему неробочою. Крім того, просте збільшення кількості суб'єктів не гарантує справедливішого результату. Склад деліберативного органу є так само важливим для кінцевого результату, як і кількість членів; процес колективного ухвалення рішень може спричинити екстремальні результати (Sunstein, 2001, глава 1). Інший пов'язаний момент полягає в тому, що участь [широкого кола суб'єктів] може призвести до більш специфічних і детальних конституційних документів (Elkins et al., 2009). Якщо провести аналогію з літературою з контрактного права, чим більше різняться сторони, тим більшою є вірогідність, що вони бажатимуть детальніше оформити свою домовленість через недовіру один до одного та занепокоєння щодо стратегічного

приховування [справжніх намірів] в перебігу перемовин щодо майбутньої конституції. Наприклад, Конституція Тайланду 1997 року була розроблена так, аби обмежити політичні інститути шляхом створення великої кількості наглядових органів, усі з яких були прописані в документі надзвичайно докладно. Аналогічно, якщо громадськість відчуває, що має лише епізодичні можливості для своєї участі [в конституційному процесі], вона може прагнути конституціоналізувати різні інститути, які зазвичай були б залишені у дискреції позаконституційної політики. Наприклад, конституційний процес 1988 року в Бразилії передбачав залучення громадськості, яка могла подавати пропозиції до змісту конституційного проекту. Отриманий в результаті документ є одним із найдовших у світі – понад 40 тис. слів.

Нам невідомо про емпіричні дослідження, які б систематично проаналізували конституції на внутрішню узгодженість або пов'язані концепти. Те, що конституції містять складну сукупність інституцій, є очевидним викликом для дизайну такого дослідження. Немає сумніву, що можна знайти приклади неналежної підготовки проекту конституції, внутрішніх суперечностей чи помилок, але ще ніхто не пов'язав це безпосередньо з партисипацією. Транснаціональні підходи могли б зосередитись на питаннях розміру та сфери регулювання різних конституцій, і будь-який із цих показників можна було б інтерпретувати як індикатор специфічності чи навіть внутрішньої неузгодженості. Але й тоді здається вірогідним, що питання цього типу найкраще пасують дослідженням, орієнтованим на окремі кейси.

Один із напрямків критики наголошує на складності досягнення згоди. За інших рівних умов збільшення кількості суб'єктів [конституцієтворення] збільшує операційні витрати на ведення переговорів, особливо коли учасники мають право вето на ухвалення нових правил (Tsebelis, 2002). Більш відкритий процес може також ускладнити домовляння та поступки (Arato, 1995; Elster, 1995; Sunstein, 2001). Почасти це обумовлено тим, що розробники проекту документа відчуватимуть потребу сигналізувати про свої позиції виборцям поза рамками процесу, що потенційно веде до більш екстремальних позицій. Вони можуть також бути зацікавленими у використанні переговорного процесу для «гри на публіку», зменшуючи шанси на досягнення згоди. Відкритий процес переговорів, швидше за все, заважатиме ухваленню важких рішень і досягненню компромісу. Це наводить на думку про меншу імовірність вироблення конституції через партисипативний процес, хоча можна вважати, що документи, які, все ж, з'являться в результаті такого процесу, отримують більше легітимності в очах суспільства.

Твердження, що партисипативні процеси розробки дизайну генерують конституції з вищим рівнем легітимності та народної підтримки, наразі мало вивчено. Можна знайти дослідження кейсів, які, як виглядає, підтримують і більш оптимістичні гіпотези, і більш песимістичні. Південно-Африканську Республіку справедливо відзначають як кейс, у якому партисипація була широкою, а підсумковий документ високо оцінюють у царині прав людини, а також його тривкості та імплементації. І навпаки, Еритрея, Ефіопія і Таїланд скористалися широко партисипативними процесами, які не мали або мали лише незначний ефект на наступну політичну систему (Ghai & Galli, 2006; Selassie, 2003). Процес 1997 року в Таїланді включав положення, яке забороняло авторам конституції упродовж певного періоду після ухвалення конституції кандидувати на посади в органах публічної влади – пропозиція була схвалена літературою з теорії (Voigt, 2003, с. 217), але це не завадило відродженню електоральної корупції. Фактично, схоже, що партисипативний процес у Таїланді не створив широку підтримку конституції, яка без особливих церемоній померла під час перевороту 2006 року (Kuhonta, 2008). З іншого боку, конституційні системи в Німеччині, Японії та Східній Європі виглядають здоровими попри те, що їхні конституції були або нав'язані іноземними державами, або з'явилися на світ в результаті переговорів за круглим столом на рівні еліт (Elster et al., 1998; Ghai & Galli, 2006; Moore & Robinson, 2004).

У, мабуть, найбільшому на сьогодні дослідженні цього питання Мелер (Moehler, 2006) наводить дані з дуже партисипативного процесу в Уганді та робить висновок, що громадяни, які брали в ньому активну участь, були схильними підтримувати конституцію не більше, ніж решта громадян. [Утім, якщо порівнювати, угандійська конституція користується більш високим рівнем підтримки, ніж конституції семи інших країн на південь від Сахари (Moehler, 2006).] Мелер виявила, що на особистому рівні підтримка людиною режиму Руху національного спротиву та думка еліти впливали на рівень підтримки конституції навіть більше, ніж власна участь респондента в процесі розробки дизайну. У цьому результаті дослідження є нюанси, які наводять на думку, що легітимність обумовлена іншими факторами, аніж процес розробки конституції, зокрема позицією еліти, а також іншими аспектами контексту (див. також Vannon, 2007). Мелер також знаходить, що участь у творенні конституції має наслідки дещо відстрочені у часі, сприяючи відданості демократичним принципам і більш пильному стеженню за діяльністю уряду по завершенню цього процесу.

Як ілюструють дослідження Мелер, нещодавня увага до процесу розробки конституційного дизайну значною мірою походить від літератури з розв'язання конфліктів (Hart, 2001, 2003; Samuels, 2005; Widner, 2005a,b, 2007a, 2008). Ці автори пов'язують успішне вирішення внутрішнього (головним чином) конфлікту з епізодами розробки конституційного дизайну. Найбільш ретельна дослідниця цього питання Віднер виявляє кореляцію між репрезентативністю головного делиберативного органу та рівнем насильства за п'ять років після ратифікації. Якщо представників обирали шляхом всенародного голосування, рівень насильства знижувався приблизно в 42 % випадків і залишався більш-менш таким самим у 35 % випадків. У випадках, коли делиберативний орган призначала виконавча гілка, відповідні цифри становлять 24 % і 36 %.

Одна з найсильніших теоретичних тез щодо участі населення стосується значення такої участі для конституціоналізму – тобто здатності конституції стримувати уряд. Для дієвого контролю уряду з боку громадян вони мають достатньо ясно знати, що саме становить порушення урядом меж своєї компетенції, аби мобілізуватися для запобігання порушенню. Конституції допомагають вирішити цю проблему координації, роблячи загальновідомими рамки прийнятної поведінки уряду, і забезпечуючи громадян лейтмотивом для організації захисту конституції (Przeworski, 1991; Weingast, 1997; Carey, 2000). Тою мірою, якою участь населення в процесі розробки конституційного дизайну слугує створенню таких лейтмотивів, вона сприятиме координації, потрібній для запобігання потенційним порушенням конституції урядом. За найбільш оптимістичного сценарію присутність такого лейтмотиву в писаному тексті поєднана зі зміцненням громадянського суспільства в результаті партисипативного процесу розробки конституційного дизайну, гарантуватиме, що конституційні положення будуть імплементовані в життя, а не слугуватимуть лише «пергаментним бар'єром» (Carey, 2000).

Із цього логічно випливає, що тривкість конституції – важливий критерій конституційного успіху (Voigt, 2003) – буде тісно пов'язана із її застосуванням. Залучення громадськості до розробки конституції має посилювати її тривкість, роблячи застосування більш вірогідним. У книжковому за обсягом дослідженні тривкості конституції на національному рівні Елкінс та інші (Elkins et al., 2009) виявили, що залучення громадськості до прийняття конституції через референдум або всенародно обрану конституційну асамблею позитивно корелювало з «тривалістю життя» основного закону, принаймні для демократій. Наприклад, славнозвісна конституція ПАР 1996 року вже зберігає свою чинність довше за історичну середню «тривалість життя» для конституцій африканського континенту. Хоча найстарішу у світі конституцію (Сполучених Штатів) не ухвалювали на референдумі, мав місце відносно високий рівень залучення громадян на стадії її ратифікації, якщо

не підготовки. Слід зауважити, що випадок Японії в цьому відношенні є аномальним (Elkins et al., 2008b; Moore & Robinson, 2004).

Можна було б також поміркувати над значенням інших аспектів партисипації для конституційного дизайну. В одному із впливових поглядів на конституції їх розуміють як соціальний контракт між громадянами, призначений для обмеження вимог з боку держави. За цієї точки зору, можна очікувати, що більш партисипативні процеси працюватимуть як правила супербільшості. У міру зростання права вето меншин можна було б очікувати створення більш міноритарних інституцій, як от судове рев'ю (Ginsburg, 2003), двопалатний парламент і, припускаючи наявність відповідного географічного розшарування, федералізм. Супермажоритарні процеси могли б продукувати супермажоритарні правила й інституційну конфігурацію тією мірою, якою орган, який визначає правила гри, продукуватиме інші органи за своєю подобою. Можна також очікувати, що використання референдумів для схвалення конституції може відлунювати інститутами прямої демократії в самій конституції.

Фогт (Voigt, 2003) розвиває ряд гіпотез, які пов'язують інклюзивну партисипацію з реальними результатами. Він припускає, що інклюзивні процеси спонукають авторів конституції створювати більш незалежні органи, делегуючи їм повноваження, що зазвичай належать легіслатурі. Це є неминучим наслідком передбачення, що законодавча модель зосереджуватиме повноваження в легіслатурі (Elster, 1995; Chesterman, 2005, с. 952). Фогт також вважає, що партисипативні [конституційні] документи будуть більш стабільними, оскільки надалі буде менше вимог щодо їхнього перегляду, і ці документи будуть також легітимнішими.

Ми могли б також очікувати, що в міру зростання повноважень населення у процесах розробки [конституційного] дизайну також зростатиме й кількість і межі свобод. Американський кейс, в якому Білль про права був доданий до конституції лише після публічного обговорення та дебатов, цілком наочно підтверджує це припущення (Arato, 1995, с. 225). Антифедералісти хотіли включити Білль про права до початкових переговорів, і їм вдалося добитися згоди щодо цього у процесі ратифікації як умову для ратифікації [конституції] (Rakove, 1997). Тоді партисипація породила ширший набір обмежень, що накладались на федеральну владу. У пізніших прикладах можна було б очікувати, що партисипація буде пов'язана з певними соціально-економічними правами, оскільки конституції стають інструментом перерозподілу [національного багатства].

Ці гіпотези щодо змісту, мабуть, найлегше піддаються аналізу, і будь-які наявні дані, схоже, підтримують поширену точку зору. Проведене IDEA обстеження 12 процесів розробки конституційного дизайну наводить на думку, що більш партисипативні процеси мають наслідком прогресивніші положення щодо прав людини і якіснішої демократії (Samuels, 2006). Загальний висновок, який робить IDEA, полягає в тому, що «більш репрезентативні та інклюзивні процеси конституційного будівництва приносять у результаті конституції, що сприяють вільним і чесним виборам, політичній рівності, кращому забезпеченню соціальної справедливості, захисту прав людини і ефективнішим механізмам підзвітності» (Samuels, 2006, с. 668). Цей висновок заслуговує на подальше випробування на широкому наборі кейсів. Гай (Ghai, 2001) також продемонстрував, що положення про права людини, які виникають внаслідок деліберації та переговорів, за своїм характером більше відповідають місцевій ментальності, а отже користуються палкішим захистом і повагою. Положення про права, нав'язані ззовні, як-от колишніми колоніальними господарями, або «спущені» елітами, народ часто не розуміє і не цінує. А отже, лідери не надто переймаються порушенням цих прав.

Ми можемо запропонувати деякі транснаціональні дані стосовно цього питання, знов-таки, як спробу розпочати розмову, а не завершити її. Ми поділяємо всі процеси творення конституцій на

дві категорії – залежно від використання або невикористання всенародного референдуму для схвалення документа. Якщо узагальнити результат, який отримала Самуелс, він наводить на думку, що процеси, що включають всенародний референдум, з більшою вірогідністю матимуть різноманітні положення про права, ніж процеси без референдуму. Це обумовлено тим, що ратифікація через референдум створює певні обмеження в перебігу написання проекту конституції. Результати дослідження IDEA також передбачають, що конституції, які потребують на всенародне схвалення, з більшою вірогідністю залучатимуть громадськість до ухвалення різноманітних рішень у майбутньому. Наприклад, можна очікувати, що схвалені на референдумі конституції з більшою вірогідністю використовуватимуть механізми прямої демократії, як-от референдум, у звичайному врядуванні. Також можна було б очікувати розширення сфери застосування виборів.

Ми зібрали деякі описові дані з цих питань як частину проекту ПАК (див. додаток з даними за посиланням <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>). Ці описові дані надають часткову підтримку припущенню щодо участі громадськості. Процеси, які включають референдум, продукують конституції, що з більшою вірогідністю передбачатимуть практично всі категорії прав. Також виглядає так, що прийняті на референдумах конституції імовірніше забезпечуватимуть загальне виборче право, таємне голосування, процес референдуму у звичайному врядуванні та роль населення у схваленні змін до конституції. Утім, ми не знайшли статистично значимих відмінностей між процесами з і без референдуму у виборах чи відкликанні різноманітних публічних посадовців, хоча в більшості випадків напрямок відмінності збігається з прогнозом.

Менше з тим, здається, має сенс відкласти судження про будь-які причинно-наслідкові зв'язки щодо цих результатів. Так само, як і з аналізом законодавчо-установчих зборів, через те, що самі процеси розробки конституції сформовані на початку конституційного процесу, цілком може бути, що зв'язок між залученням громадськості, з одного боку, і правами й демократією, з іншого, віддзеркалює загальний вплив непоміченої змінної. Наприклад, група еліт могла б укласти приватну угоду щодо демократизації, в якій творення конституції є лише частиною процесу. Ці еліти могли б потім прагнути забезпечити відкритіший і демократичніший процес ухвалення [конституції], і в цьому випадку і процес, і результат обумовлені певним рівнем попередньої згоди. Ця проблема ендогенності властива намаганням пов'язати процес і результати, і тому важлива роль у спробі розплутати причинно-наслідкові зв'язки належить ретельній роботі з вивчення кейсів.

Доповненням до участі громадськості є громадський нагляд чи прозорість процесу розробки дизайну. Є підстави вважати, прозорість матиме вирішальний вплив на прояви егоїзму. Зазвичай, хоча й не завжди, творення конституції включає дискретні моменти, які відбуваються з великою помпою. Більша прозорість може обмежити спроби отримання дивідендів та егоїзм, оскільки об'єднані спільними інтересами групи намагаються використовувати анонімність звичайної політики (Mueller, 2000). Звернення до здорового глузду громадян, а не до приватних інтересів вважають домінуючими під час підготовки проекту конституції. Проте гласність може призвести до гри «на публіку», бо політичні лідери прагнуть мобілізувати власних прихильників (Brown, 2008). Щодо цього Стасаваре (Stasavage, 2007) наводить сміливе теоретичне обґрунтування потреби обмежити прозорість [конституційного процесу], стверджуючи, що відкрита деліберация швидше матиме наслідком масову поляризацію, аніж консенсус.

Аналізуючи французький та американський досвід, Елстер (Elster, 2000) виявляє, що конфіденційність і прозорість мають значення, а гласність пояснює деякі з невдач французьких конституційних асамблей, що мали місце невдовзі до і після 1789 року. На його погляд, конфіденційність може бути умовою поступок у важких переговорах, тоді як гласність сприяє

суперечкам. Як розв'язання цього конфлікту між прозорістю та конфіденційністю, Елстер (Elster, 2006) використовує метафору пісового годинника для опису оптимальної ролі громадськості у процесі – участь у громадських слуханнях на вихідній стадії та певна форма можливої ратифікації на завершальній стадії. Саме ж написання й деліберація (шийка пісового годинника) мають бути закриті від громадського ока для уникнення окреслених вище проблем. Бантінг і Сімеон (Banting & Simeon, 1985) наводять приклад Конституції Іспанії 1978 року як такої, що здебільшого досягла цього ідеалу – остаточний проект був вироблений малими, приватними робочими групами з прискіпливою увагою громадськості на початку й по завершенню їхньої роботи. Іншу інноваційну модель пропонує досвід Південно-Африканської Республіки, де за початковим імпульсом громадськості та переговорами еліт слідував процес сертифікації [проекту конституції] в конституційному суді. Конкретна потреба в прозорості та конфіденційності в переговорах може залежати від контекстуальних обставин.

Прозорість розробки конституційного дизайну може також впливати на здатність зорганізуватися певних зацікавлених кіл, особливо груп, зосереджених на інтересах загалу. Групи, які відстоюють суспільні інтереси та стикаються із завданнями колективної дії у звичайній політиці можуть з більшою вірогідністю згуртуватися для відносно нечастих ітерацій конституційної політики (Boudreaux & Pritchard, 1993; але див. Sutter, 1995, с. 129). Якщо на цьому шляху групи, що відстоюють конкретні інтереси, змінюють напрямок і беруть курс на суспільне благо, конституційна політика справді може досягти нормативної мети приділяти більше уваги загальному добру. Утім, треба враховувати і ставки з іншого боку. Групи, об'єднані приватними інтересами, можуть докласти більших зусиль у грі за правила на конституційному рівні саме через презумптивно вищі ставки у виборі правил, таким чином зводячи нанівець збільшену участь груп суспільних інтересів.

ВИСНОВКИ

У цьому огляді ми дослідили теоретичні та емпіричні зв'язки між процесом розробки конституційного дизайну і конституційними результатами. З точки зору теорії ми виявили широкий консенсус в літературі щодо важливості залучення громадськості, а також очевидний тренд у практиці. Проте багато припущень прибічників партисипації залишаються непротестованими на практиці, як залишаються не до кінця визначеними і конкретні зв'язки між партисипацією та бажаними результатами.

На загал, науковці набагато краще генерують гіпотези, що пов'язують процес із результатами, ніж тестують їх. Певне розуміння надає розгляд окремих випадків, але роботі з великою кількістю кейсів заважає брак даних і необхідність концептуального уточнення. На щастя, Віднер та її співробітники за проектом «Творення конституцій та розв'язання конфліктів» [Constitution Writing and Conflict Resolution, CWCR] розпочали розробку систематичних показників для вимірювання змінних процесу, а ПАК розробив деякі показники для залежних змінних, що становлять інтерес. Наш власний аналіз, який використовує ці джерела даних, наводить на думку про існування зв'язку між процесами, у яких громадськість залучена до прийняття конституції, і наявністю прав і певних демократичних інститутів в остаточному документі. Це припущення узгоджується з літературою з вивчення кейсів, хоча ми робимо обережні висновки щодо причинно-наслідкового зв'язку. Проте ми не знаходимо значної підтримки твердженням про інституційний егоїзм з боку легіслатур, які контролюють розробку конституційного дизайну.

Процеси розробки конституційного дизайну перевантажені очікуваннями тривкості, дієвості, розв'язання конфліктів і політичної перебудови (Arjomand, 2007). Проте у реальному світі більшість конституцій не виправдовують цих очікувань (Scherpele, 2008). Ключовим нормативним питанням є, чи можна маніпулювати аспектами процесу для зменшення вірогідності невдач, але це питання вимагає набагато більшої роботи над складними зв'язками між процесом, змістом і результатами.

ЗАЯВА ПРО РОЗКРИТТЯ ІНФОРМАЦІЇ

Авторам не відомо про будь-яку афілійованість, членство, фінансування чи фінансові авуари, які можуть бути сприйняті як такі, що впливають на об'єктивність цього огляду.

ПОДЯКА

Ми вдячні Розалінді Діксон за корисні коментарі.

ЛІТЕРАТУРА

- Ackerman B. 1993. *We the People*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press
- Albert C, Lindsay SM, Rowe LS. 1894. Supplement: Constitution of the Kingdom of Italy. *Ann. Am. Acad. Polit. Soc. Sci.* 5:1–44
- Arangio-Ruiz G. 1895. The amendments to the Italian Constitution. *Ann. Am. Acad. Polit. Soc. Sci.* 6:31–57
- Arato A. 1995. Forms of constitution making and theories of democracy. *Cardozo Law Rev.* 17:191–231
- Arjomand S, ed. 2007. *Constitutionalism and Political Reconstruction*. Leiden: Brill
- Banks A. 2008. Expanding participation in constitution making: challenges and opportunities. *William Mary Law Rev.* 49(4):1043–69
- Bannon AL. 2007. Designing a constitution-drafting process: lessons from Kenya. *Yale Law J.* 116(8):1824–72
- Banting KG, Simeon R, eds. 1985. *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change*. Toronto: Univ. Toronto Press
- Beard C. 1913. *An Economic Interpretation of the Constitution*. New York: Macmillan
- Benomar J. 2004. Constitution-making after conflict: lessons for Iraq. *J. Democr.* 15(2):81–109
- Bentwich N. 1924. The Constitution of Egypt. *J. Comp. Legis. Int. Law* 6(1):41–49
- Billias G, ed. 1990. *American Constitutionalism Abroad*. New York: Greenwood
- Blaustein AP, Sigler JA, eds. 1988. *Constitutions That Made History*. New York: Paragon House
- Boudreaux D, Pritchard AC. 1993. Rewriting the constitution: an economic analysis of the constitutional amendment process. *Fordham Law Rev.* 62(1):111–62
- Brandt M. 2005. *Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries: The UN Experience: Cambodia, East Timor and Afghanistan*. New York: United Nations

- Brown NJ. 2008. Reason, interest, rationality, and passion in constitution drafting. *Perspect. Polit.* 6(4):675–89
- Buchanan J, Tullock G. 1962. *The Calculus of Consent*. Ann Arbor: Univ. Mich. Press
- Burnell P. 2008. The relationship of accountable governance and constitutional implementation, with reference to Africa. *J. Polit. Law* 1(3):10–24
- Carey JM. 2000. Parchment, equilibria, and institutions. *Comp. Polit. Stud.* 33:735–61
- Carey JM. 2007. *Does it matter how a constitution is created?* Presented at Exporting Democracy: What Democracies Can and Cannot Do, Univ. Texas, Austin, April 21
- Chapman CE. 1925. The Cuban Constitution and Congress. *Calif. Law Rev.* 14(1):22–35
- Chesterman S. 2005. Imposed constitutions, imposed constitutionalism, and ownership. *Conn. Law Rev.* 37:947–54
- Choudhry S. 2006. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge Univ. Press
- Clark JF. 1994. The national conference as an instrument of democratization in Francophone Africa. *J. Third World Stud.* 11:304–335
- Clark RT. 1921. The constitution of Esthonia. *J. Comp. Legis. Int. Law* 3(4):245–50
- Congleton R. 2003. *Improving Democracy through Constitutional Reform: Some Swedish Lessons*. Boston: Kluwer Acad. Currier CFA. 1893. Supplement: constitutional and organic laws of France. *Ann. Am. Acad. Polit. Soc. Sci.* 3:1–77
- Davidson NG. 1925. The Constitution of Iraq. *J. Comp. Legis. Int. Law* 7(1):41–52
- Davis DM. 2003. Constitutional borrowing: the South Africa experience. *Int. J. Const. Law* 1(2):181–95
- Dedek V. 1921. The constitution of Czecho-Slovakia. *J. Comp. Legis. Int. Law* 3(1):115–22
- Ebrahim H, Fayemi K, Loomis S. 1999. *Promoting a Culture of Constitutionalism and Democracy in Africa. Recommendations to the Commonwealth Heads of Government*. New Delhi: Commonwealth Human Rights Initiative.
http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/constitutionalism_booklet_1999.pdf
- Ehindero SG. 1991. *The Constitutional Development of Nigeria 1849–1989*. Nigeria: Ehindero
- Elkins Z. 2003. *Designed by diffusion: international networks and the spread of democracy*. PhD Diss., Dep. Polit. Sci., Univ. Calif., Berkeley
- Elkins Z. 2009. Constitutional networks. In *Networked Politics: Agency, Power, and Governance*, ed. M Kahler, pp. 43–66. Ithaca, NY: Cornell Univ. Press
- Elkins Z, Ginsburg T, Blount J. 2008a. Citizen as founder: participation in constitutional design. *Temple Law Rev.* In press
- Elkins Z, Ginsburg T, Melton J. 2008b. Baghdad, Tokyo, Kabul ... ? Constitution-making in occupied states.
William Mary Law Rev. 49:1139–78
- Elkins Z, Ginsburg T, Melton J. 2009. *The Lifespan of Written Constitutions*. New York: Cambridge Univ. Press. In press
- Elster J. 1995. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law J.* 45:364–96

- Elster J. 1996. The role of institutional interest in East European constitution-making—explaining legislative dominance. *East Eur. Const. Rev.* 5(6):63–65
- Elster J. 1997. Ways of constitution-making. *Democracy's Victory and Crisis*, ed. A Hadenius, pp. 123–42. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press
- Elster J. 2000. Arguing and bargaining in two constituent assemblies. *Univ. Pa. J. Const. Law* 2:345–421
- Elster J. 2006. Legislatures as constituent assemblies. In *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, ed. RW Bauman, T Kahana, pp. 181–97. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press
- Elster J, Offe C, Preuss U. 1998. *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*. Cambridge, UK/New York: Cambridge Univ. Press
- Feldman N. 2005. Imposed constitutionalism. *Conn. Law Rev.* 37:857
- Fish MS. 2006. Stronger legislatures, stronger democracy. *J. Democr.* 17(1):5–20
- Fish MS, Kroenig M. 2009. *The Handbook of National Legislatures: A Global Survey*. New York: Cambridge Univ. Press
- Friedman B, Saunders C, eds. 2003. *International Journal of Constitutional Law*. Symposium Issue: *Constitutional Borrowing*, 1:177–324.
<http://icon.oxfordjournals.org/content/vol1/issue2/index.dtl>
- Ghai Y. 2001. *Human Rights and Social Development: Toward Democratization and Social Justice*. Geneva: UNRISD
- Ghai Y. 2004. *The constitution reform process: comparative perspectives*. Presented at Toward Inclusive and Participatory Constitution Making Conf., Kathmandu, Nepal, Aug. 3–5.
<http://www.idea.int/news/upload/Nepal%20-%20workshop%20paper%20-%20Yash%20Ghai.pdf>
- Ghai Y. 2005. A journey around constitutions: reflecting on contemporary constitutions. *South Afr. Law J.* 122:804–31
- Ghai Y, Galli G. 2006. Constitution building processes and democratization. In *Democracy, Conflict, and Human Security: Further Readings*. Stockholm: IDEA
- Ghai Y, Lattimer M, Said Y. 2003. *Building Democracy in Iraq*. London: Minority Rights Group Int.
<http://www.minorityrights.org/download.php?id=109>
- Ginsburg T. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge Univ. Press
- Go J. 2003. A globalizing constitutionalism. *Int. Sociol.* 18:71–95
- Golay JF. 1958. *The Founding of the Federal Republic of Germany*. Chicago: Univ. Chicago Press
- Goldwin RA, Kaufman A, eds. 1988. *Constitution Makers on Constitution Making: The Experience of Eight Nations*. Washington, DC: Am Enterp. Inst. Public Policy Res.
- Goldwin RA, Kaufman A, Schambra WA, eds. 1989. *Forging Unity Out of Diversity: The Approaches of Eight Nations*. Washington, DC: AEI Press
- Hart HLA. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford Univ. Press
- Hart V. 2001. Constitution-making and the transformation of conflict. *Peace Change* 26(2):153–76

- Hart V. 2003. *Democratic constitution making*. Sp. Rep. 107, U.S. Inst. Peace, Washington, DC. <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr107.html>
- Haysom N. 2004. *Lessons from the South African transition*. Presented at Toward Inclusive and Participatory Constitution Making, Aug. 3–5, Kathmandu, Nepal
- Horowitz DL. 2002. Constitutional design: proposals versus processes. See Reynolds 2002, pp. 15–36
- Huq A. 2009. The story of Hamid Karzai: the paradoxes of state-building and human rights. In *Human Rights Advocacy Stories*, ed. D Hurwitz, M Satterthwaite, D Ford, pp. 505–34. Eagan, MN: Thomson/West
- Hyden G, Venter D, eds. 2001. *Constitution-Making and Democratisation in Africa*. Pretoria: Africa Inst. South Africa
- Kantorowicz H. 1927. The New German constitution in theory and practice. *Economica* 19:37–62
- Kelsen H. 1945 (1961). *General Theory of Law and State*, transl. A. Wedberg. New York: Russell & Russell
- Keogh D, McCarthy AJ. 2007. *The Making of the Irish Constitution*. Cork: Mercier
- Kuhonta EM. 2008. The paradox of Thailand’s 1997 “People’s Constitution”: Be careful what you wish for. *Asian Survey* 48(3):373–92
- McGuire R, Ohsfeldt R. 1986. An economic model of voting behavior: the ratification of the United States Constitution. *J. Econ. Hist.* 46(1):79–111
- McGuire R, Ohsfeldt R. 1989a. Public choice analysis and the ratification of the Constitution. In *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, ed. B Grofman, D Wittman, pp. 175–204. New York: Agathon
- McGuire R, Ohsfeldt R. 1989b. Self-interest, agency theory, and political voting behavior: the ratification of the United States Constitution. *Am. Econ. Rev.* 79(1):219–34
- Meyer JW, Boli J, Thomas G, Ramirez FO. 1987. *Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual*. Newbury Park, CA: Sage
- Moehler D. 2006. Public participation and support for the constitution in Uganda. *J. Mod. Afr. Stud.* 44(2):275–308
- Moehler D. 2007. *Distrusting Democrats: Outcomes of Participatory Constitution-Making*. Ann Arbor: Univ. Mich. Press
- Moore RA, Robinson DL. 2004. *Partners for Democracy: Crafting the New Japanese State Under MacArthur*. New York: Oxford Univ. Press
- Morse HB. 1919. The new constitution of China. *J. Comp. Legis. Int. Law* 1(3):183–95
- Moses B. 1893. Supplement: Constitution of the Republic of Colombia. *Ann. Am. Acad. Polit. Soc. Sci.* 3:1–70
- Mueller D. 2000. *Constitutional Democracy*. New York: Oxford Univ. Press
- Murphy WF. 2007. *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Johns Hopkins Series in Constitutional Thought, ed. S Levinson, JK Tulis. Baltimore, MD: Johns Hopkins Univ. Press
- Onyango D. 2004. Ghai: Why I would not accept to chair review again. *East Afr. Stand.* (Nairobi), Mar. 28, p. 15. <http://allafrica.com/stories/printable/200403290312.html>
- Perry B. 1992. Constitutional Johnny Appleseeds: American consultants and the drafting of foreign constitutions. *Albany Law Rev.* 55:767–92

- Pollock JK Jr. 1923. The constitution of Latvia. *Am. Polit. Sci. Rev.* 17(3):446–48
- Proksch SO. 2007. *Ideology and the politics of constitution making: the institutional organization of the European convention*. Presented at 10th Biennial Conf. Eur. Union Stud. Assoc., May 17–19, Montreal
- Przeworski A. 1991. *Democracy and the Market*. New York: Cambridge Univ. Press Quigley HS. 1924. The constitution of China. *Am. Polit. Sci. Rev.* 18(2):346–50
- Rakove J. 1997. *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. New York: Vintage Reynolds A, ed. 2002. *The Architecture of Democracy*. New York: Oxford Univ. Press
- Rubin BR. 2004. Crafting a constitution for Afghanistan. *J. Democracy* 15(3):5–19
- Russell P. 1993. *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?* Toronto: Univ. Toronto Press Saleilles R. 1895. The development of the present constitution of France. *Ann. Am. Acad. Polit. Soc. Sci.* 6:1–78 Samuels K. 2005. Post-conflict peace-building and constitution-making. *Chicago J. Int. Law* 6(2):663–82 Samuels K. 2006. *Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies*. Geneva: IDEA
- Samuels K, Wyeth VH. 2006. *State-Building and Constitutional Design After Conflict*. New York: Int. Peace Acad.
- Scheppele K. 2008. A constitution between past and future. *William Mary Law Rev.* 49(4):1377–407
- Selassie BH. 2003. *The Making of the Eritrean Constitution: The Dialectic of Process and Substance*. Trenton, NJ: Red Sea Press
- Smith S, Remington T. 2001. *The Politics of Institutional Choice: The Formation of the Russian State Duma*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press
- Stasavage D. 2007. Polarization and publicity: rethinking the benefits of deliberative democracy. *J. Polit.* 69(1):59–72
- Sunstein CR. 2001. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford: Oxford Univ. Press
- Sutter D. 1995. Constitutional politics within the interest-group model. *Const. Polit. Econ.* 6(2):127–37
- Texas Law Rev. 2004. *Symposium: Comparative Avenues in Constitutional Law*. 82:1653–737. <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/82/82-7.pdf>
- Tsebelis G. 2002. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press
- Tsebelis G, Proksch SO. 2007. The art of political manipulation in the European convention. *J. Common Mark. Stud.* 45(1):157–86
- Voigt S. 2003. The consequences of popular participation in constitutional choice—toward a comparative analysis. In *Deliberation and Decision*, ed. A van Aaken, C List, C Luetge, pp. 199–229. Aldershot, UK: Ashgate
- Weingast BR. 1997. The political foundations of democracy and the rule of law. *Am. Polit. Sci. Rev.* 91(2):245–63
- Widner J. 2005a. *Constitution Writing and Conflict Resolution*. Helsinki: UN Univ. World Inst. Dev. Econ. Res. Widner J. 2005b. *Constitution writing & conflict resolution: data & summaries*. Accessed Dec. 17, 2008. <http://www.princeton.edu/~pcwcr/index.html>

Widner J. 2007a. *The effects of constitution writing procedures on choice of terms & patterns of violence: some data, some observations, and many reasons for modesty*. Presented at Stanford Workshop Comp. Polit., Jan. 22, Palo Alto, CA

Widner J. 2007b. *Proceedings "Workshop on Constitution Building Processes," Princeton University, May 17–20*. Princeton, NJ: Bobst Cent: Peace Justice, Princeton Univ., Interpeace Int. IDEA.
[http://www.princeton.edu/bobst/docs/Constitutions Edited Proceedings_1_\(2\).doc](http://www.princeton.edu/bobst/docs/Constitutions Edited Proceedings_1_(2).doc)

Widner J. 2008. Constitution writing in post-conflict settings: an overview. *William Mary Law Rev.* 49(4):1513– 41