

## Новий поділ влади

Брюс Акерман\*

*У цьому есеї з порівняльної конституційної теорії розглядається питання того, чи має поділ влади в американському стилі бути моделлю для інших країн. Професор Акерман виступає проти експорту американської системи на користь підходу, ґрунтованого на конституційних практиках Німеччини, Італії, Японії, Індії, Канади, Південної Африки та багатьох інших країн. Згідно з цією моделлю «обмеженого парламентаризму», конституція не має створювати незалежно обрану посаду президента, щоб вона була механізмом стримування й протидії для всенародно обраного конгресу. Натомість ця модель має дозволити прем'єр-міністру та його чи її кабінету лишатися при владі доти, доки вони зможуть зберігати підтримку демократично обраної палати представників. Однак обмежений парламентаризм намагається контролювати владу кабінету й палати, надаючи незалежність багатьом іншим інститутам контролю, включно з конституційним судом. Професор Акерман стверджує, що ця модель пропонує більш перспективний шлях до конституційного розвитку в порівнянні з американським підходом. Він демонструє, як вона може створювати велику кількість інституційних стратегій, які краще служать трьом великим принципам, що лежать в основі сучасної доктрини поділу влади: демократії, професіоналізму й захисту основних прав.*

Федералістська конституція стала блискучим успіхом, і унітарні національні держави й парламентські демократії по всьому світу мали б скопіювати її. Я віддаю їй належне за те, що наше суспільство — це найбагатше, технологічно найрозвиненіше і соціально найсправедливіше суспільство в історії людства, уже не кажучи про те, що ми з легкістю стали військовою наддержавою... Решта світу цілком справедливо захоплюється нами, тому не випадково Сполучені Штати Америки стали найбільшим експортером публічного права в історії людства. Куди не глянь, сьогодні в усьому світі домінують писані

---

\* Стерлінгський професор права і політології Єльського університету. Щира подяка Ахілу Амару, Олів'є Боду, Аарону Бараку, Александру Бланкенейгелу, Джеймсу Бойлу, Роберту Далу, Мірджану Дамаску, Біллу Ескріджу, Віктору Феррересу, Овену Фіссу, Ларрі Лессігу, Хуану Лінцу, Джері Мешов, Уго Маатею, Девіду Мейг'ю, Керол Роуз, Сьюзан Роуз-Акерман, Кассу Санстейну, Джузеппе де Верготтіні, Патрику Вейлу, а також учасникам семінару Гарвардської та Єльської шкіл права. Також завдячую Серені Гой, Іллі Соміну та Рівці Вейл за чудову допомогу з проведенням дослідницької роботи.

конституції, федералізм, поділ влади, біллі про права і судовий нагляд — і на це є вагомі причини. Вони працюють краще за будь-які інші альтернативи, що випробовувалися<sup>1</sup>.

Імовірно, переможний настрій Стівена Калабрезі типовий для теперішнього часу, але він різко суперечить минулим американським поглядам. Пів століття тому ця країна вивищувалася у світі ще більше, ніж сьогодні. Оскільки Америка була єдиною великою державою, яка уникла масового руйнування під час Другої світової війни, її моралістичні претензії сягнули апогею. Однак її конституційні рекомендації були значно розбірливішими. Безумовно, США підтримували писані конституції, біллі про права, судовий нагляд, а також, у деяких випадках, федералізм<sup>2</sup>. Але поділ влади?

Американські впливи сягнули найвищої точки в повоєнній Японії — коли юридична команда генерала Макартура в сміховинно короткий термін представила японцям проєкт конституції<sup>3</sup>. Попри успіх, розробники конституції не пропонували поділу влади в американському стилі. Зокрема, вони не вимагали, щоб Японія прийняла президентську владу американського штибу, як частину ціни за свою поразку<sup>4</sup>. Натомість виник особливий тип режиму: той, який я називатиму «обмежений парламентаризм». Як і у Великій Британії, японський прем'єр-міністр і його кабінет мають забезпечити собі довіру законодавчих зборів, щоб лишатися при владі. Але, на противагу вестмінстерській моделі, японський парламент не був повністю суверенний. Його законодавчі повноваження обмежені писаною конституцією, біллем про права і верховним судом.

Американці також не нав'язували двопалатний законодавчий орган, у якому верхня палата стримувала й врівноважувала нижню з усім медісонівським завзяттям. Японська Палата представників відіграє головну роль в обранні кабінету. Хоча верхня Палата

---

1 Steven G. Calabresi, An Agenda for Constitutional Reform, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, CONSTITUTIONAL TRAGEDIES 22, 22 (William N. Eskridge, Jr. & Sanford Levinson eds., 1998) [надалі CONSTITUTIONAL STUPIDITIES].

2 З трьох держав Осі, які зазнали поразки, Японія та Італія стали уніфікованими національними державами, і держави-союзниці вимагали лише від Німеччини, щоб вона прийняла федеральну форму правління. Див., напр, PETER H. MERKL, THE ORIGIN OF THE WEST GERMAN REPUBLIC 8–11, 19, 121 (1963) (докладно розповідає про те, як американці та їхні союзники наполягали на тому, щоб Німеччина прийняла федеральну структуру).

3 Див. JOHN W. DOWER, EMBRACING DEFEAT 364–73 (1999).

4 Насправді голова американської команди розробників конституції полковник Чарльз Кейдз «наполягав на тому, щоб на Конституцію США не звертали уваги, тому що комітет розробляв цілком нову хартію». Id. 370. Я не знайшов свідчень, які б казали, що президентська влада в американському стилі взагалі обговорювалася, тим більше серйозно розглядалася, мабуть через те, що створення такої посади суперечило рішенням зберегти імператора, як символічного очільника держави. Більше про опис різних традицій, які були сплетені, щоб створити японську конституцію, див. Christopher A. Ford, The Indigenization of Constitutionalism in the Japanese Experience, 28 CASE W. RES. J. INT'L L. 3 (1996).

радників має значні повноваження, але не є конституційною рівнею нижній палаті<sup>5</sup>. Назвемо це «рішенням у півтори палати».

Те саме з Німеччиною, хоча американці та інші союзницькі держави зіграли менш жорстку роль, дозволивши німецьким юристам і політикам керувати справою<sup>6</sup>. Зі свіжими спогадами про Адольфа Гітлера у німців не було настрою мати обраного президента. Знову-таки результатом став обмежений парламентаризм із рішенням у півтори палати<sup>7</sup>.

Італійці все ж більше контролювати свій конституційний процес<sup>8</sup>, і ми ще побачимо, що вони створили вельми цікаву варіацію на тему півторапалатного парламенту. Однак італійська варіація цілком вкладається в основні рамки обмеженого парламентаризму. Італійці, як і німці, були абсолютно не готові будувати президентську платформу, на якій майбутній Муссоліні міг би змагатися за (демократичну) зверхність.

Але часи змінилися, як нагадують нам слова молодшого професора Калабрезі. Особливо після 1989 року американські юристи на всіх конституційних зібраннях, де б то не було, стали великими прибічниками американського шляху<sup>9</sup>. Однак, коли вони

---

5 Якщо дві палати розходяться у думках, то Палата представників має право обирати прем'єр-міністра в односторонньому порядку. Див. JAPAN CONST. art. 67. Вона також має виняткове повноваження усувати уряд шляхом вотуму недовіри, див. id. art. 69, і ухвалювати бюджет, попри опозицію Палати радників, див. id. art. 60. Те саме стосується ратифікації угод. Див. id. art. 61 (застосування положень Статті 60 до ратифікації угод).

Верхня палата — це не повний нуль. Вона має важливе повноваження блокувати закон, ухвалений Палатою представників, якщо остання не набере більшості у дві третини голосів. Див. id. art. 59. Палата радників була відносно неважливою упродовж тривалого періоду з 1955 до 1989 року, коли Ліберально-демократична партія (ЛДП) мала переважну більшість в обох палатах. Див. J.A.A. STOCKWIN, GOVERNING JAPAN: DIVIDED POLITICS IN A MAJOR ECONOMY 114–115 (3d ed. 1999). Однак у 1989 році опозиція на чолі із Соціалістичною партією Японії виборола контроль над Палатою радників і скористалася нею як основою для впливів проти уряду ЛДП. Опозиція блокувала важливі закони, включно (і це було найрадикальніше) з участю японських військ у підготовці до війни у Перській затоці. Див. id. at 75–78. Після повернення до серйозної багатопартійної політики, Палата радників стала важливим інструментом опозиційних партій. Використання ними повноваження блокувати закони стало ключовим фактором у 1993 році, коли вперше з 1955 року до влади прийшов уряд не з числа ЛДП. Див. id.

6 Складна добірка внутрішніх і зовнішніх сил, які діяли в Німеччині після Другої світової війни, описана в MERKL, *supra* note 2.

7 Ваймарська конституція 1919 року створювала сильну, напряду обрану посаду президента, який не залежав від парламентського контролю. Це стали вважати «великою помилкою» після того, як Гінденбург призначив Гітлера канцлером. DAVID P. CONRADT, THE GERMAN POLITY 182–83 (6th ed. 1996). Повоєнні розробники німецького Основного закону створили Бундестаг, який «більше не мав змагатися з виконавчою владою, над якою не мав прямого контролю». Id. at 183. Основний закон був безпрецедентним у німецькій конституційній історії, тому що «відавав парламенту повний контроль над урядом і бюрократією». Id.

8 Хоча італійці мали значну автономію у формулюванні своєї повоєнної конституції, за лаштунками працювали американці й британці, щоб тримати під контролем комуністичні впливи. Див. JOHN LEWIS GADDIS, WE NOW KNOW: RETHINKING COLD WAR HISTORY 44 (1997); JAMES EDWARD MILLER, THE UNITED STATES AND ITALY, 1940–50: THE POLITICS AND DIPLOMACY OF STABILIZATION 243–49 (1986); Gianfranco Pasquino, The Demise of the First Fascist Regime and Italy's Transition to Democracy: 1943–48, in TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: SOUTHERN EUROPE 60–61 (Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter & Lawrence Whitehead, eds. 1986).

9 Див., напр. BERNARD H. SIEGAN, DRAFTING A CONSTITUTION FOR A NATION OR REPUBLIC EMERGING INTO FREEDOM (2d ed. 1994). Книжка Зігана починається з оповіді про те, як у 1990 році він зустрівся з болгарським прем'єр-міністром та іншими офіційними представниками країни, у якій він, схоже, ставив собі за заслугу те, що він переконав розробників болгарської конституції у тому, щоб вони

прибувають на місце подій, їхня інтелектуальна зверхність аж ніяк не гарантована. Навпаки, американські юристи регулярно стикаються з гострою конкуренцією з боку французьких і німецьких конституціоналістів, які також виступають в ролі захисників своїх рідних конституційних традицій<sup>10</sup>.

Політологи зіграли більш настановчу роль. Коли до них звернулися конституційні зібрання, сучасні розробники почули дещо більше за переможні історії успіхів, подані як американська, французька та німецька «моделі» конституційного правління. Їх винагороджали корисними інструментами для критичного осмислення основних конституційних варіантів.

Зокрема<sup>11</sup>, вибором між парламентською і президентською системою правління. Тоді як американські правознавці вдовольняються пієтистськими посиланнями на Монтеск'є і

---

адаптували систему, яка ґрунтувалася на американській моделі. Див. id. at 2. Зіганів опис американської системи (див. id. at 7–9) такий некритичний, що може збентежити навіть автора шкільного підручника з громадянської освіти.

10 Упродовж останніх двадцяти років ця дискусія продовжувалася в усьому світі на різних рівнях складності. Докладне змалювання результатів для Східно-Центральної Європи, як виразного поєднання західних і соціалістичних ідей, можна знайти у Rett R. Ludwowski, "Mixed" Constitutions — Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot, 16 B.U. INT'L L.J. 1 (1998). Успішна адаптація Іспанією німецької конституційної моделі у період її переходу від франкізму надала німецьким рішенням значної впливовості під час пізніших переходів. Опис того, як іспанський приклад посилив ранішу схильність східних європейців до німецьких ідей, див. Luis López Guerra, The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe, 19 CARDOZO L. REV. 1937 (1998).

Але в центральному для цього есею питанні (розділення законодавчої влади між незалежно обраним президентом і парламентом) найвпливовішими у світі виявилися Франція і Сполучені Штати Америки. Німецька парламентська система регулярно відкидалася на користь тієї чи іншої форми президентської демократії. Див. нижче прим. 220 і супровідний текст.

Бразилія наприкінці 1980-х років стала місцем особливо напружених дебатів із цього питання, коли критики президентської влади в американському стилі пов'язували її зі зростанням військової диктатури в країні й досягли значних успіхів, змусивши конституційне зібрання серйозно розглянути основоположний розрив із цією системою. Однак урешті-решт президент Жозе Сарні, який був при владі, заблокував шлях до фундаментальних змін, а пізніший референдум, присвячений саме цьому питанню, завдав поразки цьому руху. Див. JAVIER MARTÍNEZ-LARA, BUILDING DEMOCRACY IN BRAZIL: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL CHANGE, 1985–95, at 125–46 (1996). Я обговорюю ці події у Bruce Ackerman, *O Novo Constitucionalismo Mundial*, in 1988–1998 UMA DÉCADA DE CONSTITUIÇÃO 11, 21–23, 28–29 (Magarida Maria Lacombe Camargo ed., 1999).

На початку 1990-х Польща у Східній Європі стала ареною особливо напруженого змагання між прибічниками конкурентних моделей. У 1991 році підконтрольний «Солідарності» Сенат представив пропрезидентський проект конституції за зразком французької системи, тоді як Сейм (нижня палата), усе ще підконтрольний комуністам, захищав парламентську модель, основу на німецькій системі. Протистояння між Сенатом і Сеймом поклало початок складній інституційній та ідеологічній боротьбі, результатом якої у 1992 році стала «мала конституція», а в 1997 році — постійна конституція, яка була ближча до французької моделі, за яку початково виступав Сенат. Див. у загальному Feature, *The 1997 Polish Constitution*, 6 E. EUR. CONST. REV. 64 (1997) (надає контекстуальний матеріал про Конституцію Польщі 1997 року). У новоствореній російській системі американська модель використовувалася, щоб виправдати надання влади, яка в багатьох випадках значно перевищує ту, яку має американський президент. Див. RETT R. LUDWIKOWSKI, CONSTITUTION-MAKING IN THE REGION OF FORMER SOVIET DOMINANCE 62–63, 67 (1996). Дослідження про поділ влади за російською конституцією 1993 року, див. у Isaak I. Dore, *The Distribution of Governmental Power Under the Constitution of Russia*, 2 PARKER SCH. J.E. EUR. L. 673 (1995), and Amy J. Weisman, *Separation of Powers in Post-Communist Government: A Constitutional Case Study of the Russian Federation*, 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 1365 (1995). Корисний огляд інших пострадянських конституцій, див. у LUDWIKOWSKI, supra, at 47–110.

11 Політологи також зробили великий внесок у розуміння тих ставок, пов'язаних із вибором між альтернативними виборчими системами. Альтернативні приклади включають: GARY W. COX, MAKING

Медісона<sup>12</sup>, сучасні політологи воліють розглядати те, як у реальному світі працюють альтернативні системи. Їхні дослідження — цінний ресурс для всіх, хто бажає обміркувати майбутнє поділу влади.

Однак цього недостатньо. Почати з того, що політологи здебільшого зосереджуються на одному питанні: чи мають автори конституції наслідувати Англію в тому, щоб зосереджувати всю законодавчу владу в одній парламентській інституції, а чи вони мають наслідувати США і Францію в поділі законодавчої влади між демократично обраними конкурентами? Це важливе, але не єдине питання. Поділ влади стосується не лише президентів і парламентів, а й конституційного статусу судів і адміністративних органів. Як ми побачимо, розв'язання першої проблеми поділу має неочевидні наслідки для решти і навпаки.

---

VOTES COUNT: STRATEGIC COORDINATION IN THE WORLD'S ELECTORAL SYSTEMS (1997); ROBERT A. DAHL, ON DEMOCRACY 130–41 (1998); ELECTORAL SYSTEMS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: THEIR IMPACT ON WOMEN AND MINORITIES (Wilma Rule & Joseph F. Zimmerman eds., 1994); AREND LIJPHART, ELECTORAL SYSTEMS AND PARTY SYSTEMS: A STUDY OF TWENTY-SEVEN DEMOCRACIES 1945–1990 (1994); DOUGLAS W. RAE, THE POLITICAL CONSEQUENCES OF ELECTORAL LAWS (rev. ed. 1971); KENNETH A. SHEPSON, MODELS OF MULTIPARTY ELECTORAL COMPETITION (1991); REIN TAAGEPERA & MATTHEW SOBERG SHUGART, SEATS AND VOTES: THE EFFECTS AND DETERMINANTS OF ELECTORAL SYSTEMS (1989).

Оскільки навіть незначні зміни виборчої системи можуть глибоко вплинути на майбутній хід демократичного життя, нездатність американських конституціоналістів засвоїти результати цього дослідження особливо сумна. З цієї позиції «Справа Лані Гінє» була інтелектуальною катастрофою, яка впливає на нас усіх, незалежно від наших політичних поглядів, роблячи тему виборчої реформи закритою для тих дослідників, які потаємно мріють про державну службу. Більше про критику основного аргументу Гінє, див. нижче прим. 53.

12 Відколи Верховний суд реорганізував свою судову практику поділу влади відповідно до оригінальних принципів, див. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), в оглядах американського законодавства було повно коментарів, здебільшого історичних, які проголошували справжнє значення засновницької конструкції та її тривалих впливів. Див., напр., Martin S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 YALE L.J. 1725 (1996) (намагається описати оригінальне розуміння отців-засновників); Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1 (1994) (стверджує тривале значення засновницького розуміння).

І навпаки, було мало спроб критично оцінити основні ідеї. Збірник Білла Ескріджа і Сенді Левінсона про «конституційну дурість» CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, supra note 1 — це здебільшого зібрання незначної критики з боку основних авторів, хоча Марк Ташнет справді присвячує одну–дві сторінки питанням, які розглядаються в цій статті, див. Mark Tushnet, *The Whole Thing*, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, supra note 1, at 103, 104–05, а політолог Теодор Лові робить більш значущий внесок, див. Theodore J. Lowi, *Constitutional Merry-Go-Round: The First Time Tragedy, The Second Time Farce*, in CONSTITUTIONAL STUPIDITIES, supra note 1, at 187, 189–202. Винятково критичне дослідження ученого-правознавця, див. у Jonathan Zasloff, *The Tyranny of Madison*, 44 UCLA L. REV. 795 (1997). Два провідні латиноамериканські автори, тісно пов'язані з Американською юридичною академією, брали активну участь у динамічних дебатах про майбутній поділ влади у своєму регіоні, і вони зробили більший внесок у нещодавно критичну літературу, ніж решта американської правознавчої професури разом узята. Див., напр., ROBERTO MANGABEIRA UNGER, POLITICS: THE CENTRAL TEXTS 306–339 (Zhiyuan Cui ed., 1997); Carlos Santiago Nino, *Transition to Democracy, Corporatism, and Presidentialism with Special Reference to Latin America*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD 46, 54–60 (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero & Steven Wheatley eds., 1993). Як з'ясується, я буду ближчий за духом до Ніно, ніж до Ангера.

Цінною провокацією для читача, який дивиться далі за академічне правознавство, є тотальний наступ Деніела Лазейра на поділ влади: DANIEL LAZARE, THE FROZEN REPUBLIC: HOW THE CONSTITUTION IS PARALYZING DEMOCRACY (1996).

Пропоную також уточнити усталені терміни цієї дискусії. «Ліберально-демократичний конституціоналізм» — це не єдина концепція, а заміник низки різних цінностей, які погано уживаються разом. Щоб пояснити ці складнощі, я переміщатимусь між методологічними крайнощами. З одного боку, оцінюючи альтернативні форми поділу влади, я звертаюся до низки політичних ідеалів. Без чітких нормативних орієнтирів розмови про поділи влади зводяться до поверхневого проектування конституцій. Сама ідея інституційної «ефективності» абсолютно порожня, якщо тільки не пов'язана з більш вагомими цілями<sup>13</sup>. З іншого боку, це не філософський есеї про основи політичної легітимності. Моє головне завдання — висвітлити складні способи, у які інституційні механізми служать конкретним вираженням вищих ідеалів, а не філософствувати про самі ці ідеали. Я показую лише ті концептуальні відмінності, які здаються абсолютно необхідними для вдумливої інституційної оцінки, а тому викликають багато філософських питань. Це (справедливо) дратуватиме деяких читачів, але все, що я можу сказати — вибачайте, але в одному есеї все сказати неможливо.

Якщо кокретніше, то я повсякчас повертатимусь до трьох легітимних ідеалів, відповідаючи на запитання: «Поділ влади — заради чого?» Перший ідеал — це демократія. Так чи інакше поділ може служити (чи заважати) проєкту народного самоуправління. Другий ідеал — професійна компетентність. Демократичні закони лишаються чисто символічними, якщо суди та бюрократія не зможуть застосовувати їх відносно неупереджено. Третій ідеал — це захист і посилення основних прав. Без цього демократичне правління і професійна адміністрація можуть легко стати знаряддями тиранії.

У кожній із наступних трьох частин я по черзі розглядаю кожен із цих ідеалів. Перша частина присвячена поділу влади демократичного законодавства між різними гілками і вводить дві тези, які будуть повторюватися впродовж усього есею. Перша теза негативна і застерігає проти експорту в інші країни поділу влади в американському стилі між палатою представників, сенатом і президентом. Хоча ця система достатньо добре спрацювала вдома,

---

13 Класичний критерій ефективності зверхності Парето не здатний розрізнити політичні рамки, які я розглядаю в цій статті, тому що кожна рамка очікувано погіршить становище деяких людей у порівнянні з їхніми конкурентами, з позиції Парето, жодна з них не є більш бажаною. Для оцінки конкурентних вимог альтернативних структур потрібні більш фундаментальні принципи легітимності.

Були часи, коли Річард Познер намагався обійти цей основний момент, розробивши концепт нової ефективності, оснований на ідеї максимізації статків. Див. RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 48–115 (1981). Але це незвичне запрошення вшановувати мамону виявилось невдалим у юридичному товаристві з низки вагомих моральних причин. Руйнівну критику Познера, див. у Jules Coleman, *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's The Economics of Justice*, 34 *STAN. L. REV.* 1105 (1982); Ronald M. Dworkin, *Is Wealth A Value?*, 9 *J. LEGAL STUD.* 191 (1980); and Anthony Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 9 *J. LEGAL STUD.* 227 (1980). Замість того, щоб відповісти на цю критику переосмисленням своїх грубо матеріалістичних моральних заяв, суддя Познер тепер намагається переконати решту з нас відмовитися від свідомих нормативних рефлексій й юридичній думці! Порівн., RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY* (1999), та ALAN M. DERSHOWITZ, *CHUTZPAN* (1991).

за кордоном вона виявилася просто катастрофічною. Ми маємо відмовитися від запрошення професора Калабрезі перетворити цю систему на одну із найяскравіших дороговказних зірок нового тисячоліття.

Моя друга теза більш конструктивна і вирізняє цей есей від традиційної критики американської системи законодавства. Зазвичай англомовні критики американського сепаратизму дивляться на Велику Британію, як на джерело конкурентної моделі демократичного правління. Відомо, що сучасна британська конституція зосереджує законодавчу владу в Палаті громад, надаючи прем'єр-міністру та його чи її кабінету дієвий контроль над законодавчим порядком денним. Функціонування цієї «вестмінстерської моделі» в реальному світі надало критикам палицю, щоб побивати самовпевненість американців. Зважаючи на успіх британців у запобіганні неминучому сповзанню до тиранії, передбаченому Медісоном і Монтеск'є, можливо, нам слід відмовитися від самої ідеї поділу влади?

Я хочу сказати дещо інше. Я відкидаю вестмінстерську систему так само, як і вашингтонську в якості провідника, і пропоную модель обмеженого парламентаризму як найперспективнішу основу для майбутнього розвитку поділу влади. Ця модель не лише встановлює умови повоєнного врегулювання із державами Осі, а вона ще й притаманна багатьом із найуспішніших демократичних режимів, які виникли внаслідок розпаду Британської імперії. Попри всі відмінності, конституції Індії, Канади і Південної Африки вписуються у загальні контури основної моделі. Ба більше, успіх німецької конституції надихнув інші країни, передовсім Іспанію, використовувати її як орієнтир у своїх власних переходах від авторитаризму.

Тому обмежений парламентаризм — дедалі впливовіша сила у світі, і можна багато засвоїти з того, як він функціонує на практиці. Однак немає причин вважати, що будь-який наявний режим знайшов найкращий спосіб обмежити парламентське правління. Тут вступає в силу обіцяний мною у назві «новий» поділ влади. Хоч я і відкидаю конкуренцію в американському стилі між палатою представників, сенатом і президентом, я вважаю, що ми лише почали використовувати потенціал поділу обмеженого парламентаризму. Перша частина розвиває цю думку, розглядаючи, як законодавчі повноваження парламенту можуть бути обмежені іншими інститутами демократичного самоуправління, включно з усенародними референдумами на загальнонаціональному рівні та представництвом провінційних урядів у федеральних системах.

Друга частина присвячена тим самим негативним і позитивним темам в оцінці потенційного внеску поділу влади в професіоналізм судової системи та бюрократії. Якщо говорити про негативний бік, то під мікроскоп знову потрапляє дієвість американської

системи. Хоча вона була доволі успішною у створенні незалежної і професійної судової системи, цього не можна сказати про її вплив на бюрократію. Дальша конкуренція між Палатою представників, Сенатом і президентом за контроль над адміністративним апаратом призвела до надмірно політизованого стилю бюрократичного правління, який перетворив виконавчу гілку влади на ворога верховенства права.

Навпаки, дальша взаємодія між парламентаризмом і державною адміністрацією обіцяє більш конструктивні стосунки між демократією та професіоналізмом. Але знову-таки я вважаю великою помилкою повністю лишати стосунки між парламентом та бюрократією предметом неписаної конституції. Я пропоную виразно конституційну конструкцію двох окремих гілок влади, щоб гарантувати, що бюрократичний уряд виправдає свої головні претензії на чесність і компетентність у регулюванні інтересу держави.

Частина третя звертається до питання про основні права і додає складності поширеній думці, яка поєднує поділ влади в американському стилі з їхнім захистом. Навіть прибічникам неутручання слід боятися шаблонів, з часом породжених динамічною взаємодією президента, палати представників і сенату. У конструктивнішому плані я закликаю конституціоналістів вийти за меж своєї традиційної орієнтації на суд. Верховний суд із захисту основних прав безперечно є важливою складовою моделі обмеженого парламентаризму. Але він має бути доповнений окремими позасудовими інститутами, які займаються ефективнішим захистом прав на участь у демократії, з одного боку, і реалізацією основних зобов'язань зі справедливого розподілу доходів, з іншого.

Наприкінці статті ми вийдемо далеко за рамки вже стандартного рецепту півтори палат, білля про права і конституційного суду. Моя мета — показати, як розробники конституції можуть розвинути основну ідею обмеженого парламентаризму різнманітними способами досягнення складного набору політичних цілей. Хоча окремі частини моєї схеми мають прецеденти в тій чи іншій системі, моя пропозиція — це дещо більше, ніж сума її частин, і якщо на неї дивитися загалом, вона може здатися доволі новою. Перш ніж моя схема стане основою для серйозних практичних пропозицій, знадобиться значно більше порівняльних досліджень і аналітичної роботи.

А поки що я пропоную її у більш спекулятивному дусі. Сподіваюся, що спонукаю порівняльне конституційне право вийти за межі свого нинішнього стану наївної активної пропаганди і вдатися до справжнього міжнаціонального діалогу про майбутнє західного конституціоналізму. Які його інтелектуальні та інституційні ресурси? Як вони можуть поєднатися у різні схеми, які обіцятимуть кращу продуктивність? Якщо моя розробка

обмеженого парламентаризму отримає широке розповсюдження, провокуючи до контрпропозицій прибічників різних правових традицій, мене це влаштує.

Якщо це також допоможе американським конституційним правникам подивитися на свою традицію з критичної позиції — тим краще<sup>14</sup>. Хоч я буду *вельми* критичним, мене не слід неправильно розуміти в тому сенсі, ніби я пропоную, що американці мають відмовитися від своєї системи поділу влади, яка розвинулася за останні два століття. Попри те, що в неї багато патологій, ще й доволі серйозних, ритуали протистояння між президентом, палатою представників і сенатом тепер стали для американців другою натурою, забезпечуючи основи легітимації, яка дозволяє громадянам визначати, а іноді й поколіннями розв'язувати питання фундаментальної важливості. Зважаючи на її глибоке коріння в американській культурі, буде необачно припустити, що ми можемо навмання винайти кращу систему.

Але одна річ, коли американці намагаються максимально використати свою розвинену систему стримувань і противаг, і зовсім інша — використовувати її як джерело натхнення для ліберальних демократій в інших куточках світу.

## I. Демократична легітимність

Мій аргумент складатиметься з трьох частин. Перша намагається критично викрити численні недоліки президентських систем. Для простоти викладу я починаю з класичного конкурента президенціоналізму — вестмінстерської системи, але я швидко розширяю аргументи, протиставляючи американський і французький стилі президентської влади з англійським та німецьким штибом парламентаризму. Урешті-решт, я сподіваюся, що недоліки президентської влади здадуться достатньо серйозними, щоб мотивувати до повсякчасного пошуку альтернатив.

Відтак аргумент набуває більш конструктивного характеру. Попри численні інституційні недоліки, системи поділу влади можуть виражати відмінне й цінне бачення демократичного життя — бачення, яке я деінде описав як ідеал дуалістичної демократії<sup>15</sup>. Друга частина мого аргументу стосується того, чи можна реалізувати цей ідеал у рамках парламентського правління. Це дослідження спонукає мене розширити модель обмеженого парламентаризму, щоб охопити новий поділ влади, призначений для того, щоб виражати дуалістичні погляди. Третя частина ускладнює обговорення демократичної легітимності, фокусуючись на проблемі федералізму. Чи є вагомі причини, з яких федералізм так часто

---

14 Поп. George P. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 AM. J. COMP. L. 683, 690 (1998).

15 Див. 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 3–33, 295–322 (1991) [надалі ACKERMAN, FOUNDATIONS]; 2 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS 3–8 (1998) [надалі ACKERMAN, TRANSFORMATIONS].

зводиться до рішення, ґрунованого на полуторапалатних умовах, коли федеральний сенат підкорюється загальнонаціональній палаті депутатів? Чому б не створити систему, як це зробили Австралія та Швейцарія, за якої федеральний сенат прирівнюється до загальнонаціональної палати? Як федералізм ускладнює аргументи за чи проти президентської влади?

У висновках я зроблю кілька зауважень по статусу двопалатності в державах, які відмовилися від федералізму на користь більш націоналістичного саморозуміння.

#### *А. Проти президентської влади*

Пропоную продертися крізь філософський ажітаж навколо слова «демократія», поставивши просте запитання: скільки виборів має виграти політичний рух, перш ніж отримає законодавчі повноваження?

Відповідь, яку дає чиста доктрина неподільної влади, гарно представлена класичною британською системою вестмінстерської демократії. Згідно з нею, політичний рух має виграти лише *одні* вибори, перш ніж отримає *повну* владу.

Більше того, на цих виборах кожен виборець віддає лише *один* голос — він не зможе проголосувати, скажімо, за лейбористського депутата парламенту і за прем'єр-міністра торі. Єдиний спосіб, у який виборець може зробити так, щоб прем'єр-міністром став представник його партії — це проголосувати за депутата парламенту від своєї партії. Цей основний момент пов'язує долю кожного депутата з керівництвом його партії у такий спосіб, який є чужим для систем із поділом влади. Якщо керівництво непопулярне серед народу, то окремим депутатам важко уникнути електоральної помсти, тому що єдиний спосіб, у який виборці можуть висловити своє невдоволення — це проголосувати проти місцевого депутата. У крайніх випадках народне невдоволення може підштовхнути пересічних членів партії в парламенті до бунту проти партійного керівництва; але зазвичай відчуття самозбереження окремих осіб змушує більшість депутатів з усіх сил підтримувати керівництво, таким чином збільшуючи шанси кабінету вразити виборців мудрістю загального підходу до політичного курсу. Зважаючи на ці електоральні стимули для підтримки наявного уряду, вестмінстерська модель не лише конституційно зобов'язана правити останньою більшістю у вузько юридичному сенсі. Ця модель також надає політичні засоби для втілення цього конституційного зобов'язання в повсякденному житті.

Ще одна ключова риса — це здатність прем'єр-міністра *визначати час наступних виборів* (при цьому рішення обмежується лише п'ятирічним крайнім терміном)<sup>16</sup>. Це

---

16 Див. Parliament Act of 1911, § 7; див. також BILL JONES & DENNIS KAVANAGH, BRITISH POLITICS TODAY 170 (5th ed. 1994) («Починаючи з 1945 року прем'єр-міністри трималися при владі в середньому у

означає, що прем'єр-міністр може зробити багато жорстких речей на ранньому етапі, якщо він чи вона вважає, що пізніше вони окупляться політичної підтримкою, не ризикуючи про цьому відплатою на виборах<sup>17</sup>. Більшість не лише керує, а й має шанс втілити свою програму в життя, перш ніж звернутися до людей за колективним судженням.

1. *Відповідь прибічників поділу влади.* — Можна ще багато чого сказати, але ця проста модель дозволяє нам сформулювати деякі основні проблеми, які виникають у зв'язку з «поділом влади». Якщо розглядати її як доктрину політичної легітимності, її прибічники об'єднуються навколо єдиної ключової нормативної пропозиції. Вони заперечують, що єдиної перемоги на виборах достатньо, щоб надати переможному політичному руху повну законодавчу владу. Ця пропозиція забезпечує одну з найвизначніших рис поділу влади: той факт, що різні законодавчі повноваження часто діють за зміщеним графіком виборів. Навіть якщо партія А здобуде велику перемогу в першому періоді, їй доведеться виграти ще в *n* разів більше, перш ніж вона отримає повну законодавчу владу.

У рамках цієї нормативної бази можливо багато всього, і нинішня американська система — це особливий і дуже складний випадок. Розгляньмо простішу систему двох законодавчих органів влади (назвемо їх палатою представників і президентом), кожна з яких обирається на чотирирічний термін із інтервалом у два роки.

Навіть у рамках цієї урізаної моделі виникає низка явищ, які не мають аналогів у системі без поділу влади.

(а) *Глухий кут.* — Найочевиднішою є проблема глухого куту: у палаті представників і на посаді президента можуть домінувати різні партії (або різні фракції тієї самої партії). Як їм правити до наступних виборів?

---

чотири роки. Жоден із діючих прем'єр-міністрів (за винятком незвичного випадку Маргарет Тетчер) не був звільнений; хоча на Черчилля (у 1955), Ідена (до 1957) і Макміллана (до 1963) чинили тиск, щоб вони пішли, усі вони свого часу повернулися.); COLIN TURPIN, *BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION* 417 (3d ed. 1995).

Повноваження прем'єр-міністра розпустити парламент може бути палицею з двома кінцями: ніхто не втратить від цього більше за самого прем'єр-міністра. «З 12 розпусків, які відбулися після 1945 року, діючий прем'єр п'ять разів програвав на наступних виборах... Більшість прем'єр-міністрів тепер обов'язково консультуються з колегами, перш ніж визначають дату виборів». JONES & KAVANAGH, *supra*, at 168–69.

17 Є одна обмовка: пересічні депутати залишають за собою право на бунт, або обравши іншого лідера партії, або відмовившись підтримати пропозиції уряду в парламенті. Відмовити кабінету міністрів у вотумі довіри в парламенті — це, звісно, вельми сильні ліки, оскільки це призведе до розпуску парламенту й нових виборів за несприятливих умов. Оскільки пересічні депутати дуже неохоче ідуть на цей крок, партійна дисципліна у вестмінстерській системі надзвичайно сильна. Деніель Дирмаєр і Тімомі Феддерсон офіційно розвинули цю ідею. Див. Daniel Diermeier & Timothy J. Feddersen, *Voting Cohesion in Presidential and Parliamentary Legislatures* 20–23 (June 1996) (неопублікована монографія, зберігається у редакції Harvard Law Review).

Хоча зазвичай вотум недовіри не має сенсу в рамках вестмінстерської системи, пересічні депутати можуть підтримати зміну керівництва партії, якщо політичні перспективи видаються їм доволі похмурими. Більше про цю можливість, див. на с. 657–661.

Є три сценарії. Перший наголошує на порозумінні. Керівництво конкурентних партій не хоче здаватися виборцям зіпсованими негідниками. Натомість вони користуватимуться тією чи іншою комбінацією доводів і перемовин, які можуть вилитися у привабливі результати — насправді значно привабливіші для більшої кількості громадян, ніж будь який набір домовленостей, якого можна досягти у вестмінстерській системі за типом «переможець отримує все». Назвемо це «медісонівською надією»<sup>18</sup>.

Другий сценарій — це порушення конституції. У спробі знищити свого конкурента та чи інша сила нападає на конституційну систему і стверджується як єдиний законодавець, який може отримати, а може і не отримати спокутувальну милість плебісциту на свою підтримку.

Я називаю це порушення «лінцевим кошмаром» — це іронічна данина моєму другові й колезі Хуану Лінцу. Лінц, один із найкращих дослідників порівняльного державного управління, стверджує, що поділ влади був однією з найнебезпечніших американських ідей на експорт, особливо на південь від кордону<sup>19</sup>. Кілька поколінь латиноамериканських лібералів взяли вислови Монтеस्क'є разом із американським прикладом як джерело натхнення для створення конституційних урядів, які ділять законодавчу владу між обраними президентами і обраними конгресами — лише для того, щоб побачити, як їхні конституції підривають розчаровані президенти, коли ті розпускають непримиренні

---

18 Кіт Кребіль проникливо розглянув деякі стилізовані умови, за яких можливі медісонівські результати. Див. KEITH KREBIEL, PIVOTAL POLITICS: A THEORY OF U.S. LAWMAKING 34–39 (1998). Наскільки добре американська система виправдала медісонівську надію — питання справедливе, але надто велике для цього есею, який лише ставить питання про те, як сильно американці мають прагнути експортувати нашу систему до інших країн.

Оскільки я наголошую на більш патологічних структурних тенденціях, то хочу згадати два важливі дослідження, які змальовують яскравішу картину американської системи. У книжці *Divided Government* Морріс Фйорина стверджує, що теперішні американські виборці хочуть поділу влади, тому що вони не впевнені в тому, що підтримають якийсь ідеологічний напрямок, обраний однією з основних партій. Див. MORRIS FIORINA, DIVIDED GOVERNMENT 4–5 (2d ed. 1996). У монографії *Divided We Govern* Девід Мейг'ю каже, що уряд у системі поділу влади не надто гальмує ухвалення основних законодавчих норм. Див. DAVID R. MAYHEW, DIVIDED WE GOVERN: PARTY CONTROL, LAWMAKING, AND INVESTIGATIONS, 1946–1990, at 178 (1991); див. також Sarah A. Binder, *The Dynamics of Legislative Gridlock*, 1947–96, 93 AM. POL. SCI. REV. 519 (1999) (стверджує, що законодавчий глухий кут залежить не від самого поділу влади, а від розподілу політичних переваг всередині політичних партій між законодавчими палатами і всередині Конгресу). Мене трохи втішають аргументи Фйорини-Мейг'ю, тому що вони справді припускають, що попри нещодавні великі невдачі у співпраці різних гілок влади, усе могло бути значно гірше. Звісно, неможливо передбачити, як парламентська система функціонувала б в останні роки і чи вдалося б американцям більш-менш успішно контролювати характерні проблеми своєї законодавчої системи в майбутньому.

Хоча Фйорина і Мейг'ю не розглядають більшість структурних патологій, описаних у цьому есеї, їхні книжки певною мірою підтверджують моє нинішнє ставлення до американської системи, яке можна найкраще описати як «обережне очікування»: хоча ми маємо опиратися експорту цієї системи, її функціонування (поки що?) не вимагає серйозного розгляду справді радикальних реформ. Порівн. JAMES L. SUNDQUIST, CONSTITUTIONAL REFORM AND EFFECTIVE GOVERNMENT (rev. ed. 1992) (пропонує низку цікавих конституційних реформ).

<sup>19</sup> Найпосплідовніше Лінц викладає свої аргументи в праці Juan J. Linz, *Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?*, in 1 THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY 3 (Juan J. Linz & Arturo Valenzuela eds., 1994).

конгреси і оголошують себе каудільйо\* з допомогою військових і/або позаконституційних плебісцитів. З порівняльної позиції, це доволі приголомшливі результати. Є близько тридцяти країн, здебільшого в Латинській Америці, які прийняли системи в американському стилі. Усі вони, без винятку, рано чи пізно, часто неодноразово, ставали ареною лінцевого кошмару. Звісно, кожне порушення пов'язане з мільйоном інших змінних<sup>20</sup>, але, як висловився Джованні Сарторі, цей похмурий рахунок «не змушує нас замислитися над тим, чи не полягають їхні політичні проблеми в самій президентській владі»<sup>21</sup>.

Звісно, можна уникнути лінцевого кошмару, не виправдавши медісонівської надії. Замість того, щоб вести повномасштабну війну, президент і палата представників можуть просто вдатися до нескінчених наклепів одне в одного за спиною, взаємних звинувачень і

---

\* Каудільйо — офіційний титул диктатора Франсіско Франко. — *Прим. пер.*

<sup>20</sup> Статистична робота з емпіричних причин порушень з боку президента все ще перебуває в зародковому стані, і ще не виявила сильних позитивних кореляцій. Див. José Antonio Cheibub, *Divided Government, Deadlock and the Survival of Presidents and Presidential Regimes* 27–33 (Sept. 1999) (неопублікована монографія у редакції *Harvard Law Review*). Однак Кейбуб зазначає:

Ми насправді не знаємо, що парламентські демократії мають тенденцію існувати значно довше, ніж президентські демократії: імовірність того, що президентська система помре впродовж будь-якого конкретного року між 1950 і 1990 роками, становила 0,0477; імовірність того, що помре парламентська система, становила 0,0138. Попри те, що ці імовірності позірно малі, вони означають очікувану тривалість життя, що дорівнює 73 рокам для парламентаризму і 21 року для президентської демократії. Id. at 18.

<sup>21</sup> Giovanni Sartori, *Neither Presidentialism nor Parliamentarianism*, in 1 THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY, *supra* note 19, at 106, 107. Принаймні за порівнянням, парламентські режими мали значно кращий показник успішності:

Джерело відповідних даних стосується низки країн, загальною кількістю 93, які стали незалежними з 1945 до 1979 року. За десятилітній період з 1980 до 1989 року лише 15 з 93 заслуговують на те, щоб їх класифікували як безперервні демократії... [М]и вражені тим фактом, що незалежно від їхньої початкової конституційної форми, жодна з 52 країн із категорії непарламентських не еволюціонувала в безперервну демократію за період виборки 1980–1989 рік, тоді як 15 із 41 системи (36 %), які дійсно функціонували як парламентські у перші роки незалежності, не лише еволюціонували в безперервні демократії, а й були єдиним країнами з усієї добірки, з якими це відбулося.

Alfred Stepan & Cindy Skach, *Presidentialism and Parliamentarianism in Comparative Perspective*, in 1 THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY, *supra* note 19, at 119, 124. Обираючи різні періоди, отримаємо різні цифри, але загальні висновки здебільшого подібні:

З 1973 до 1989 року демократичні інститути були запроваджені в 53 країнах за межами групи розвинених індустріальних демократій ОЕСР. Майже в половині (25 країн) було запроваджено президентську систему; у решті (28) обрали парламентську. Часто траплялися порушення демократії: демократичні інститути безперервно проіснували впродовж десяти чи більше років лише в 22 країнах. Однак 17 або 61 % із цих демократій, які вижили, були чисто парламентськими системами; лише 5 країн чи 20 % мали президентські системи.

Robert Dahl, *Thinking about Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience*, in POLITICAL ORDER: NOMOS XXXVIII 175, 191 (Ian Shapiro & Russell Hardin eds., 1996). Професор Даль висновує, що «в країнах, у яких не надто сприятливі умови для демократії... парламентська система, імовірно, зробить більший внесок у стабільність основних демократичних інститутів, ніж президентська». Id. at 189. Якщо чиясь думка з цього приводу має право на особливу вагу, то це думка Роберта Даля. Він зробив більший внесок у наше емпіричне розуміння демократичних інститутів, ніж будь-який інший політолог XX століття.

партійного глухого кута. Що ще гірше, конкурентні сили можуть скористатися конституційними інструментами, щоб зіпсувати життя одне одному: палата представників завдаватиме клопоту виконавчій владі, а президент вдаватиметься до односторонніх дій, доки це сходитиме йому з рук. Я називаю цей сценарій «кризою у державному управлінні».

Коли починається криза, вона спричиняє порочне коло. Президенти виходять із законодавчих глухих кутів, «розв'язуючи» нагальні проблеми за допомогою одноосібних наказів, які часто виходять далеко за рамки їхніх офіційних конституційних повноважень; замість того, щоб протестувати, представники відчують полегшення від того, що можуть ухилитися від політичної відповідальності за ухвалення важких рішень; наступні президенти використовують ці прецеденти для дальшого розширення своєї прямої влади; практика, що постає, може навіть бути кодифікована у пізніших правках до конституції. Палата представників дедалі більше зводиться до майданчика для демонстрації демагогії, тоді як президент одноосібно ухвалює жорсткі рішення, не враховуючи інтереси й ідеології, представлені провідними політичними партіями конгресу. Цей похмурий цикл уже спостерігається в таких країнах, як Аргентина і Бразилія, які нещодавно вийшли з військових диктатур<sup>22</sup>. Менш патологічну версію можна спостерігати на батьківщині президентської влади, у Сполучених Штатах<sup>23</sup>.

Імовірність цих трьох сценаріїв залежить від часу й місця. Але завдяки поділу влади вони починають надавати уряду впізнавану форму. Безумовно, вестмінстерська система не заважає появі диктатури<sup>24</sup>. Але в нормальніші часи буде багато менших управлінських криз. І навіть під час моментів медісонівської надії, вестмінстерська система спонукає до більш узгодженої програмної схеми, хоча вона також допускає частіші зміни в програмі, тому що єдина перемога на виборах може викликати швидкі зміни правових реалій.

(b) *Повна влада.* — Я розглядав поділ влади в режимі глухого кута, коли жодна політична партія не перемагала достатньо часто для того, щоб задовольнити критерії

---

<sup>22</sup> Див. Timothy J. Power, *The Pen Is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil*, in EXECUTIVE DECREE AUTHORITY 197, 220–21 (John M. Carey & Matthew Soberg Shugart eds., 1998); Delia Ferreira Rubio & Matteo Goretti, *When the President Governs Alone: The Decretazo in Argentina, 1989–93*, in EXECUTIVE DECREE AUTHORITY, *supra*, at 33, 33. Хоча професори Кері й Шугарт вельми прислужилися в організації низки тематичних досліджень унілатералізму виконавчої влади в різних країнах, їхня власна стаття у збірнику є доволі цікавим уроком. Хоч вони і не заперечують того, що узурпація з боку виконавчої влади трапляється, вони применшують її важливість, просто заявляючи, що «не готові орієнтуватися» в конституційних питаннях, які піднімають такі випадки як Аргентина, Бразилія та інші країни. John M. Carey & Matthew Soberg Shugart, *Calling Out the Tanks or Filling Out the Forms?*, in EXECUTIVE DECREE AUTHORITY, *supra*, at 1, 14. Але такі правові судження не можуть бути призупинені вченими-конституціоналістами, які переймаються імовірною динамікою альтернативних форм правління.

<sup>23</sup> Див. Terry Moe & William Howell, *The Presidential Power of Unilateral Action*, 15 J.L. ECON. & ORG. 132, 143–48 (1999) (обговорюють опір Конгресу президентській владі в США). Алексис Симендигер запропонував проникливий журналістський звіт про односторонні владні ігри, розіграні Білим домом Клінтона і республіканським Конгресом. Див. Alexis Simendiger, *The Paper Wars*, NAT'L J., July 25, 1998, at 1732.

<sup>24</sup> Див. прим. 21.

системи для повної законодавчої влади. Але є очевидна альтернатива: та сама партія виграє достатньо виборів підряд, щоб взяти під контроль усі відповідні повноваження. Я називаю це режимом повної влади.

(i) *Перехід до повної влади: Порівняння Франції та США.* — Конституції, які передбачають поділ влади, можна оцінити за рівнем складності, який вони створюють для політичних рухів, що прагнуть повної влади. Слабкі системи вимагають невеликої кількості виборів, які можна швидко провести одні за одними; сильні вимагають тривалішої серії перемог на виборах. Розглянемо дві системи, які сьогодні виступають конкурентними моделями в сучасних дебатах про конституційні розробки: Францію і США.

За французькою системою президента обирають прямим голосуванням на фіксований термін — сім років, але він зобов'язаний обрати прем'єр-міністра, якого підтримує більшість у Національній асамблеї<sup>25</sup>. Оскільки виборчий мандат асамблеї має поновлюватися кожні п'ять років, конституція передбачає систему поетапних виборів, а отже стосунки між президентом і прем'єром залежать від результату останніх виборів до Національної асамблеї. Коли виборці обирають до асамблеї більшість, яка підтримує президента, то він діє (більш-менш)<sup>26</sup> у режимі повної автономії, і прем'єр виступає його головним підлеглим. Але коли в асамблеї домінують опоненти президента, він стикається з проблемою, загалом аналогічною тій, яка виникає, коли американський президент, як-от Білл Клінтон, протистоїть ворожому спікеру Палати представників, як-от Ньют Гінгрич, або опозиційному лідеру більшості в Сенаті, як-от Трент Лотт. Аж до теперішнього часу французи давали собі раду з цими напруженими періодами у медісонівській манері. Хоча конституційний текст не надто допомагає визначити умови конкуренції /співпраці між гілками влади, які змушені «співіснувати», обидві сторони зазвичай співпрацюють без патологічних конфліктів. Однак тут безперечно присутній потенціал для тривалої кризи управління<sup>27</sup>. Якщо судити за американськими стандартами, французький поділ влади

<sup>25</sup> Див. Martin A. Rogoff, *The French (R)evolution of 1958–1998*, 3 COLUM. J. EUR. L. 453, 458 (1997–1998).

<sup>26</sup> Коли в правлячій коаліції домінує партія президента, він має максимальну владу, як було у випадках Шарля де Голля у 1962–1969 роках, Жоржа Помпіду в 1969–1974, Франсуа Міттерана в 1981–1986 і Жака Ширака в 1995–1997 років. Якщо правляча коаліція прихильна до президента, але президент не має прямого контролю над панівною партією коаліції, його прем'єр-міністр має більшу автономію, як було у випадку Жискара д'Естена у 1974–1981 роках і Міттерана в 1988–1989 роках. Див. John T.S. Keeler & Martin A. Schain, *Presidents, Premiers, and Models of Democracy in France*, in CHIRAC'S CHALLENGE: LIBERALIZATION, EUROPEANIZATION, AND MALAISE IN FRANCE 23, 25 tbl. (John T.S. Keeler & Martin A. Schain eds., 1996) [дплі CHIRAC'S CHALLENGE].

<sup>27</sup> Було три періоди «співіснування», як їх називають французи. Соціалістичний президент Міттеран ділив владу з консервативними прем'єрами Шираком (1967–1988) і Балладуром (1993–1995). Третій період почався в 1997 році, коли прем'єром обрали соціаліста Ліонеля Жоспена. Тепер він ділить владу з президентом Шираком. Під час першого періоду співіснування президента Міттерана він зберігав контроль над національною обороною і міжнародною політикою, передавши більшу частину (хоч і не всю) внутрішньої політики прем'єр-міністру. Під час другого періоду соціалістична партія Міттерана в парламенті була значно слабша, і він був зобов'язаний ділити владу навіть в питаннях оборони і міжнародної політики — справи, які традиційно залишалися за президентом із часів де Голля. Див. Keeler &

здається відносно слабким. У політичному плані президент Франції має непокоїтися здебільшого про вороже ставлення з боку Національної асамблеї, оскільки французький сенат не надто впливовий<sup>28</sup>. Ба більше, президент може спробувати відновити повну владу, оголосивши нові вибори до асамблеї на час, який він сам обере<sup>29</sup>. Навпаки, американська система фіксованих і поетапних термінів у два, чотири й шість років для Палати представників, президента і Сенату значно більш вибаглива, бо вимагає проведення додаткових виборів, перш ніж політичний рух, що набирає силу, отримає надійний контроль над усією законодавчою владою.

Французьки поділ влади також слабший, коли ми поглянемо на судову владу. Хоча французька Конституційна рада доволі безстрашно відхиляла ініціативи президента, який діяв в умовах повної політичної влади<sup>30</sup>, три з дев'ятьох її членів залишають свою посаду

---

Schain, *supra* note 26, at 37–41. Загалом французи впоралися з цими тонкими й динамічними домовленостями щодо поділу влади з похвальною мудрістю. Наскільки я можу судити з прочитаних газет: так відбувається і під час теперішнього періоду співіснування.

Ці медісонівські форми залучення не вимагаються конституційним текстом, який дозволяє значно виразніші форми інституційного конфлікту, ніж ті, які домінували дотепер. Приміром, самозвеличений президент може прочитати статтю 9 («Президент республіки головує в Раді міністрів») так, щоб висунути претензії на загальний нагляд за прем'єр-міністром з усіх питань. FR. CONST. art. IX. Але відтак знову-таки самозвеличений прем'єр-міністр може скористатися такими положеннями, як стаття 20 («Уряд має визначати й спрямовувати політику держави»), в якості текстової основи для так само тотальної претензії на владу. FR. CONST. art. XX.

Передові французькі коментатори додали ключовим і нібито чітким положенням певної ступені неясності, вартої англо-американської традиції. Стаття 8, приміром, здається, відмовляє президентові у повноваженні вимагати відставки свого прем'єра: «Президент республіки має призначити прем'єр-міністра. Він має припинити діяльність прем'єра, коли останній відправить уряд у відставку». FR. CONST. art. VIII.

Але, як показує професор Авріль у своїй останній праці, конституційна практика демонструє, що ця стаття «зрештою більш двозначна, ніж здається за першого прочитання». PIERRE AVRIL, *LES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION* 100 (1997) (переклад Брюса Акермана) (цитується з дозволу Френсіса де Бека). Аналіз цієї практики в Аврїла, див. на с. 100–104.

Ще зарано говорити, чи будуть ці ранні періоди співіснування характерні у *longue durée*.

<sup>28</sup> Див. Rogoff, *supra* note 25, at 459.

<sup>29</sup> Див. FR. CONST. art. XII. Новому парламенту гарантується термін не менше одного року, перш ніж президент зможе його розпустити. Див. *id.* Якщо президент спробує вийти з глухого кута й зазнає невдачі, системі вочевидь загрожує криза управління, але цей сценарій ще не був реалізований.

<sup>30</sup> Бували важливі випадки, коли попередня Конституційна рада блокувала центральні аспекти програми, висунутої новим урядом. Найяскравішим прикладом цього лишається вороже ставлення ради до широких ініціатив раннього президентства Міттерана. Див. ALEC STONE, *THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE* 140–69 (1992) (розповідає про реакцію ради на націоналізацію індустрії); *id.* at 173–91 (розповідає про реакцію ради на реформу галузі зв'язку). Коли в 1986 році політична хвиля повернулася проти Міттерана, він призначив свого міністра юстиції Робера Бадинтера головою Конституційної ради за місяць до парламентських виборів, які, як очікувалося, мали повернути до влади консервативну більшість. Хоча в той час це рішення піддали різкій критиці, йому вдалося сформуванню невелику більшість у раді, яка чинила значний опір програмам, запровадженим консерваторами, коли ті повернулися до влади в 1986 році. Див. John Bell, *Principles and Methods of Judicial Selection in France*, 61 S. CAL. L. REV. 1757, 1784 (розповідає про призначення Бадинтера); *id.* at 1788–89 (1988) (розглядає розділену більшість). Рада також чинила опір ініціативам, запропонованим після чергових політичних змін в 1993 році. Див. Alec Stone, *Constitutional Politics and Malaise in France*, in CHIRAC'S CHALLENGE, *supra* note 26, at 53, 71–73. Див. загалом MARIE-ANNE COHENDET, *LA COHABITATION: LEÇONS D'UNE EXPÉRIENCE* (1993); LOUIS FAVOREU, *LA POLITIQUE SAISIE PAR LE DROIT: ALTERNANCES, COHABITATION ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL* (1988).

що три роки<sup>31</sup>, що робить її менш грізним джерелом опору для правлячого політичного руху, ніж американський Верховний суд.

Загалом, американська система іноді вимагає, щоб політичний рух продовжував перемагати на виборах десять і більше років, перш ніж зможе взяти під свій контроль усі ключові інститути; французька система значно менш вибаглива. Однак навіть американська система не позбавила політичні рухи можливості здійснювати повну владу, хоча вона вочевидь робить це менш імовірним.

(ii) *Чому поділ влади має значення за повної влади.* — Я винесу за дужки очевидне нормативне питання (наскільки слабким чи сильним має бути поділ влади?), щоб зосередитися на питанні, яке так само важливе, але більш орієнтоване на поведінку: чи є підстави припускати, що розділений уряд, який має повну владу, здійснюватиме свої повноваження інакше, ніж уряд, який діє в рамках вестмінстерської системи?

Абсолютно. Розділений уряд знає, що йому надані особливі повноважені, недоступні його вестмінстерському відповіднику. Це повноваження *закріпити* свої рішення в правовій базі на вельми тривалий період. Якими б впливовими не були вестмінстерці упродовж своїх п'яти років, вони прекрасно розуміють, що їхні горді політичні ініціативи можуть бути відкинуті вже з наступними виборами чи через одні вибори. Як наслідок, вестмінстерський уряд має стимул приділяти увагу питанням середньострокової ефективності. Він хоче запустити свої програми достатньо швидко, щоб вразити практичних виборців на наступних виборах.

Розділений уряд, який має повну владу знаходиться в іншій позиції. Хоча на наступних виборах він може втратити палату представників, це не означає автоматичну втрату президентської влади (або сенату, або суду). І посадові особи у цих інститутах будуть і далі захищати закони, ухвалені під час виконання повноважень, попри результати останніх виборів. Ця тенденція може привести до практичного закріплення цих ініціатив через тривалий час після того, як аналогічні ініціативи вестмінстерського уряду вже давно зійдуть зі сцени.

Ці основні положення додають визначених обрисів періодам повної влади. По-перше, відбудуться очікувані *перегони з конституційним годинником*<sup>32</sup>. Уряд гарантовано має

---

<sup>31</sup> Див. Martin A. Rogoff, *A Comparison of Constitutionalism in France and the United States*, 49 ME. L. REV. 21, 79–80 (1997).

<sup>32</sup> Яскравий приклад таких перегонів у американській конституційній історії можна знайти в обговоренні ухвалення Чотирнадцятої поправки в ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 15, at 210–11. Останній приклад того, як американський уряд діяв за повної влади, мав місце в 1960-х роках. Хоча точні дати початку й кінця лишаються спірними, незаперечним ядром повної влади є дворічний період, який почався в 1964 році з переконливої перемоги Ліндона Джонсона над Баррі Голдвотером (43 млн проти 27 млн), так само рішучої перемоги демократів у Конгресі (295 проти 145 в Палаті представників і 68 проти 32 у Сенаті), а також перевага ліберальної більшості у Верховному суді Воррена. Калейдоскопічний огляд наступного

доволі короткий час (в системах американського типу лише два роки), перш ніж втратить контроль над тим чи іншим важливим важелем законодавчої влади. Задача полягає в тому, щоб з максимальною вигодою скористатися цим відносно коротким періодом, який може не нагодитися ще ціле покоління. Цей рух до максималізму може бути посилений другим ефектом, який виникає внаслідок попереднього періоду глухого кута. Упродовж цього (часто тривалого) періоду політичний рух, який тепер набирає сили, був при владі в одній чи кількох окремих гілках. Він знову і знову бачив, як ворожі сили в опозиційних гілках блокували його ініціативи (або компроміси змінювали їх до невпізнаності). У цей період розчарувань більш ідеологічно налаштовані політики нескінченно засуджували ці компроміси, очікуючи на день, коли в них уже не буде потреби.

Потім, часто доволі несподівано, одні єдині вибори виводять із глухого кута, і компроміси більше не потрібні — принаймні у короткій перспективі. Результатом стає вибух законодавства, яке прагне втілити ідеї та ідеали, які тривалий час утискалися.

Але це відбувається в особливий спосіб. На противагу вестмінстерському режиму, який опікується ефективністю у середньостроковій перспективі, ця програма будуватиметься так, щоб протистояти майбутнім електоральним викликам. Насправді через те, що наступні вибори можуть бути призначені лише через два роки, уряду може бути складно досягти якихось реальних результатів до наступного виборчого циклу. По-перше, це означатиме, що уряд підтримуватиме законодавчі ініціативи, сильні своїми символічними заявами. Оскільки виборці не можуть побачити конкретні результати до голосування, уряд з таким самим успіхом може дати їм те, що вони можуть побачити одразу ж: великі символічні заяви<sup>33</sup>.

По-друге, навіть маючи повну владу, уряд розроблятиме програми, які враховують імовірність глухого кута в майбутньому. Зокрема, він структуруватиме свої ініціативи так, щоб посилити владу однієї чи іншої гілки, яка діє індивідуально, для захисту традиційної політики від майбутніх ворожих спроб її знищити. Цей наголос на практичному закріпленні часто дорого обходиться з позиції ефективності у середньостроковій перспективі.

Особливо, якщо, по-третє, уряд бере до уваги те, що в нього не може бути рівної імовірності зберегти контроль над усіма окремими гілками влади. Приміром, правила виборів, мабуть, дають уряду більшу перевагу в довгій перспективі в питанні збереження контролю над палатою представників, а не президентом. Якщо це так, то законодавство

---

періоду законодавчої гіперактивності можна знайти в JAMES T. PATTERSON, GRAND EXPECTATIONS: THE UNITED STATES, 1945–1974, at 562–92 (1996).

<sup>33</sup> Така сучасна класика як *The Symbolic Uses of Politics* називає політику «серією уявних картинок», окремих від «безпосереднього світу, у якому люди виготовляють і роблять речі, які мають наслідки, які можна одразу ж побачити». MURRAY EDELMAN, THE SYMBOLIC USES OF POLITICS 5 (1985); *div. id.* at 4–5, 22–29.

палати може відмовити президенту в праві виконувати програму, яка може посилити операційну ефективність.

Я не хочу сказати, що ефективність у середньостроковій перспективі буде неважливою, я просто кажу, що це не буде вирішальним фактором. Замість цього буде ухил у бік точного дотримання законів. Що б не казали про закони, які видаються в періоди повної влади, вони лишаються *законами*. І встановлених законів потрібно дотримуватися, їх треба тлумачити і стежити за їхнім виконанням (попри їхню неефективність), аж поки вони не будуть скасовані. Можливо, у наступний період глухого кута вони більше не діятимуть. Але чи верховенство права не вимагає, щоб їх дотримувалися доти, доки вони не будуть скасовані?

Може і ні. Завжди знайдуться захисники політизованої або «реалістичної» судової практики, які наголошуватимуть на здатності судів маніпулювати законами в період глухого кута, який слідує за останнім періодом повної влади і в наступний період глухого кута<sup>34</sup>. Але завжди буде великою перевагою мати верховенство закону на своєму боці — і, *ceteris paribus*\*, варто очікувати, що уряд, який має повну владу, скористається цією перевагою у два різні способи. З одного боку, законодавчі акти будуть сповнені абстрактних правових принципів, які спонукатимуть суди-одномумців далі розвивати ініціативи, навіть за відсутності дальшої законодавчої підтримки<sup>35</sup>. З іншого боку, вони міститимуть вельми специфічні правила, які суди зможуть застосовувати, навіть коли президент не бажає агресивно реалізувати давніші програми.

На противагу цьому, законодавчі акти у системах вестмінстерського типу зазвичай будуть спиратися на середніх концепціях, прив'язаних до практичних реалій: менш абстрактні, ніж високочолі принципи, але більш абстрактні, ніж конкретні правила. Їхні розробники визнають, що ані принципи, ані правила не відтермінують той день, коли панівний політичний рух програє наступну виборчу боротьбу. У цей жахливий день нова більшість просто скасує чи змінить будь-який законодавчий акт, який їй не подобається<sup>36</sup>.

Тож значно краще зосередитися на середньостроковій перспективі, ніж марно намагатися зв'язати руки наступній більшості творчим формалізмом. Найкращий спосіб

---

<sup>34</sup> Складнішу версію цього аргументу, див. у GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 81–90, 92 (1982).

\* За решти рівних умов (лат.). — *Прим. пер.*

<sup>35</sup> Наскільки завзято суди сприйматимуть цю ініціативу, залежатиме від багатьох факторів, у тому числі від того, як сильно попередня панівна політична коаліція продовжуватиме контролювати судові призначення, коли система повернеться до режиму глухого кута.

<sup>36</sup> Наскільки мені відомо, професори Террі Мо і Майкл Колдвел унікальні в тому, що поєднують цю добре відому відмінність у стилі законодавства із поділом влади. Докладний огляд відповідних тематичних прикладів, див. у Terry M. Mo & Michael Caldwell, *The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems*, 150 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 171, 182–87 (1994).

підтримати важливу ініціативу в довгостроковій перспективі — змусити її так добре працювати в середньостроковій перспективі, що наступний уряд вирішить зберегти цю програму незмінною.

2. *За межами вестмінстерської традиції.* — Я скористався спрощеною версією знайомої вестмінстерської системи як тлом для першого екскурсу в тему поділу влади. Але, мабуть, я використав неправильну точку відліку. Зрештою, існує багато парламентських систем, у яких кабінети міністрів не мають стійкості британського типу. З 1945 до 1996 року італійський кабінет у середньому існував 1,28 років, перш ніж його зміщувала наступна урядова коаліція<sup>37</sup>, а в останні роки французької Четвертої республіки кабінети змінювалися ще швидше<sup>38</sup>. Якби ця італо-французька модель стала яскравою точкою для порівняння, то чи американська система не виглядала б на її тлі краще?

Так, але слабкість італо-французької моделі пов'язана не з нерозділеною владою, а із системою пропорційного представництва, у межах якої обирають депутатів парламенту<sup>39</sup>. Деякі форми такого представництва можуть призвести до появи численних дрібних партій у законодавчому органі, і це розмаїття може спричинити безперервні зміни в кабінеті міністрів, оскільки недоліки і переваги різних коаліційних можливостей непомітно змінюються<sup>40</sup>.

Ця динаміка в їхній основі допомагає нам краще роздивитися абсурдно коротке життя італійських і французьких кабінетів міністрів. Хоча окремі кабінети можуть приходити і йти, багато тих самих міністрів і партій лишаються в уряді упродовж багатьох років і так забезпечують політиці довготривалішу перспективу<sup>41</sup>. Цей момент полегшує проблему, але не вирішує її. Нескінченна гра в «кому не вистачить стільця» повсякчас відволікає увагу міністрів від політики, спрямовуючи її на пошук наступної посади. Якби нічого не можна було зробити, щоб виправити цю тенденцію, то це серйозно підірвало б мій аргумент проти поділу влади.

---

<sup>37</sup> Див. AREND LIJPHART, PATTERNS OF DEMOCRACY 132 tbl.7.1 (1999).

<sup>38</sup> З 1950 до 1958 року французький уряд у середньому існував 8,6 місяця. Див. Sergio Fabbrini, *Presidents, Parliaments, & Good Government*, J. DEMOCRACY, July 1995, at 128, 129.

<sup>39</sup> Див. GIOVANNI SARTORI, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ENGINEERING 58–59 (2d ed. 1997).

<sup>40</sup> Див. MICHAEL LAVER & KENNETH A. SHEPSON, MAKING AND BREAKING GOVERNMENTS: CABINETS AND LEGISLATURES IN PARLIAMENTARY DEMOCRACIES 251–56 (1996) (пропонує чудовий аналіз основних проблем зі створенням і руйнуванням коаліційних урядів у парламентських системах європейського типу).

<sup>41</sup> Див. LIJPHART, *supra* note 37, at 129–31; SARTORI, *supra* note 39, at 111; див. також Andre Siegfried, *Stable Instability in France*, 34 FOREIGN AFF. 394, 399 (1956) («Коли ті самі міністри переходять від одного кабінету до іншого, то вони ніби формують урядові команди»); Mary L. Volcansek, *Coalition Composition and Legislative Outcomes in Italy*, W. EUR. POL., Jan. 1999, at 95, 96 (зазначає, що Італія у повоєнні роки «мала найнижчий рівень кадрової плинності в кабінеті, але також найкоротший термін життя уряду серед усіх країн Західної Європи, а тому є прикладом як стабільності, так і нестабільності»).

Але дещо *можна* зробити. Насправді необхідні елементи конституційної інженерії вже стали звичною частиною сучасних знань. У рамках пропорційного представництва одним із очевидних кроків є не допустити в парламент партії, які відкололися. Багато систем пропорційного представництва вимагають, щоб партії здолали значний бар'єр народної підтримки (скажімо 4 чи 5 %<sup>42</sup>), перш ніж зможуть брати участь у створенні чи розпуску кабінету міністрів. Ця вимога знижує нестабільність кабінету за рахунок скорочення кількості потенційних партнерів за переговорами, які можуть висувати пропозиції, що руйнують наявну коаліцію<sup>43</sup>.

Ще один стабілізаційний засіб — це «конституційний вотум недовіри». За цієї системи парламентська опозиція не може відкинути кабінет просто тому, що їй не подобається те, що він робить. Натомість опозиція мусить позитивно обрати новий уряд, перш ніж буде усунуто старого прем'єр-міністра<sup>44</sup>.

Це значно складніше завдання, тому що крайнім лівим і правим легше проголосувати проти центристського кабінету, ніж позитивно узгодити наступника<sup>45</sup>. Цей метод також доволі поширений у наш час<sup>46</sup>.

Конституції, які поєднують ці два методи досягли значних успіхів у стримуванні невинних перетасовок у кабінеті міністрів<sup>47</sup>. Зокрема, сучасна конституція Німеччини, яка

---

<sup>42</sup> Серед усталених демократій Швеція і Норвегія встановили чотиривідсотковий бар'єр, а Німеччина і Нова Зеландія — п'ятивідсотковий поріг. Див. LIJPHART, *supra* note 37, at 153. У Німеччині п'ятивідсотковий бар'єр за певних умов можуть здолати дрібні партії. Див. примітка 48 далі.

<sup>43</sup> Стабільність коаліції залежить не лише від кількості потенційних учасників перемовин, а й від їхніх стосунків одне з одним у політичному просторі. Див. ISRAEL LAMAR & NORMAN SCHOFIELD, *MULTIPARTY GOVERNMENT: THE POLITICS OF COALITION IN EUROPE* 144–63 (1990); LAMAR & SHEPHERD, *supra* note 40, at 195–222. Наявність великої партії в стратегічній точці політичного простору значно стабілізує ситуацію. Загалом, відсторонення партій, які відкололися, робить появу стабільної коаліції більш імовірною, хоча і необов'язково неминучою. Див. *id.* at 69 («Більшість партійних конфігурацій із відносно невеликою кількістю партій і помітними вимірами політики не викликають кабінетні цикли...»).

<sup>44</sup> Коли німецький Бундестаг усуває канцлера, він мусить одночасно визначити наступника абсолютною більшістю голосів. Див. F. R.G. CONST. art. 67. Цей конституційний інструмент розробив професор Карл Фрідіх. Див. MERKL, *supra* note 2, at 81–82.

<sup>45</sup> Див. SARTORI, *supra* note 39, at 106–07; Jon Elster, *Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*, 58 U. CHI. L. REV. 447, 469 (1991).

<sup>46</sup> Серед відносно стабільних демократій цей метод перейняли Іспанія, Папуа-Нова Гвінея і Бельгія. Див. LIJPHART, *supra* note 37, at 101. Його також прийняли нові демократії в Угорщині й Польщі. Див. Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 380 (1995) (обговорює прийняття Угорщиною конституційного вотуму недовіри); Rett R. Ludwikowski, "Mixed" Constitutions — Product of an East-Central European Melting Pot, 16 V.U. INT'L L.J. 1, 37 (1998) (обговорює прийняття Польщею того самого закону).

<sup>47</sup> Французька конституція П'ятої республіки також містить багато інструментів, які можуть використати уряди для збереження контролю над парламентом. Насправді у французького прем'єр-міністра такої зброї навіть забагато. Однак деякі з цих методів мають бути серйозно розглянуті майбутніми розробниками конституції, які переймаються проблемою стабільності кабінету. Перелік інших французьких методів, див. у Keeler & Schain, *supra* note 26, at 26.

схвалює обидва методи<sup>48</sup>, після війни забезпечила канцлеру і його урядовій коаліції середню тривалість життя 3,6 років<sup>49</sup>.

Тому продумана конституційна інженерія може створювати стабільні кабінети, які лишаються зосередженими на питаннях середньострокової ефективності, навіть у системах, основаних на пропорційній репрезентації. На противагу цьому, проблеми розділеної влади здаються вбудованими в систему. Поки виборці окремо голосують за кандидатів до різних палат і за президента, будуть періоди глухого кута і повної влади, а також пов'язані з ними патології.

Насправді вихід за рамки вестмінстерської моделі може з легкістю зробити так, що недоліки системи американського стилю поділу влади можуть здатися більш, а не менш, вираженими. У британській виборчій системі, яка присуджує перемогу плюралістичному переможцю з одномандатних округів, існує переважна тенденція зводити треті партії до політичної малозначущості, навіть тоді, коли, як у випадку із англійськими ліберал-демократами, вони набирали по 22,6, 17,8 і 16,7 % на останніх трьох виборах<sup>50</sup>. Така партія була б великим гравцем за всіх стандартних континентальних методів включення пропорційного представництва до парламентської системи.

Цей есей не має на меті описати найкращу форму парламентського правління, а тільки розглянути умови, за яких система більш розділеної влади може мати переваги. Це означає, що немає необхідності обговорювати знайомі аргументи за і проти пропорційного представництва<sup>51</sup>. Натомість варто зазначити лише один менш знаний момент, який можна запропонувати в умовному режимі: *якщо* вас приваблює більша демократична легітимність

---

<sup>48</sup> «П'ятивідсотковий поріг у Німеччині може бути порушений за особливих умов: партія має отримати принаймні 5 % голосів, щоб бути пропорційно представленою у парламенті... Якщо партія виграє принаймні три округних місця (з першого голосування), то пункт про 5 % скасовується, і партія бере участь у пропорційному розподілі. Колишня комуністична партія Східної Німеччини... завдячує своїм поверненням до парламенту 1994 року цьому маловідомому і рідко вживаному положенню закону».

CONRADT, *supra* note 7, at 154

<sup>49</sup> Див. LIJPHART, *supra* note 37, at 132 tbl.7.1. Був лише один випадок, коли канцлера Німеччини замінили без нових виборів. У 1982 році вільні демократи відкололися від соціал-демократа Гельмута Шмідта, привівши до влади християнського демократа Гельмута Коля. Див. SARTORI, *supra* note 39, at 118 n.7. Більше про комп'ютерні стимуляції, які розраховують внесок конструктивного вотуму недовіри у стабільність кабінету Німеччини, див. LAYER & SHEPSLE, *supra* note 40, at 212. Більш якісні оцінки провідних експертів також підтримують цю точку зору. Див. SARTORI, *supra* note 39, at 106–07.

<sup>50</sup> Ліберальні демократи набрали 22,6 % на 27 місць у парламенті в 1987 році, 17,8 % на 20 місць у 1992 році і 16,7 % на 46 місць у 1997 році. На противагу їм, Лейбористська партія набрала 34,4 % в 1992 році, чи не вдвічі більше за 17,9 ліберальних демократів, але отримали 271 місце, що в 13 разів більше за 20 місць у ліберальних демократів. У 1997 році консерватори набрали трохи менші ніж удвічі більше за ліберальних демократів, себто 30,6 % і здобули 165 місць проти 46 у ліберальних демократів. Див. POLITICAL HANDBOOK OF THE WORLD: 1997, at 883 (Arthur S. Banks, Alan J. Day & Thomas C. Muller eds., 1997) (надає цифри про вибори 1987 і 1992 років); Michael Elliot, Blair's Britain, NEWSWEEK, May 12, 1997, at 34 (надає цифри про вибори 1997 року).

<sup>51</sup> Аренд Лійпгарт представляє серію статей, у яких обговорює загальні питання за і проти пропорційного представництва. Див. Arend Lijphart, *Constitutional Choices for New Democracies*, J. DEMOCRACY, Winter 1991, at 72. Коротку, але гостру оцінку, див. у SARTORI, *supra* note 39, at 53–79.

системи пропорційного представництва (обмежена механізмами, які забезпечують стабільність кабінету міністрів), *тоді* ви знайшли іншу причину для відмови від поділу влади в американському стилі між президентом і конгресом.

Щоб зрозуміти чому, поверніться до ліцевого кошмару і подивіться на умови, за яких він найбільш імовірний: харизматичний президент, який стверджує, що його чи її обрання представляє «мандат» від народу для значних змін, протистоїть чварному конгресу, який відмовляє ініціативам президента, але не може домовитися про власні контрпропозиції. У відповідь на це президент закликає армію розпустити бездіяльних парламентарів і дати початок новій епосі миру, процвітання і національної солідності — з наголосом на останньому.

З очевидних причин цей сценарій найімовірніший, коли пропорційне представництво у конгресі формують п'ять, шість чи більше партій. На відміну від ситуації, яка склалася в парламентській системі, ці партії не мають потужних стимулів, щоб організуватися у коаліцію більшості, яка зможе правити тривалий час з допомогою таких методів, як конструктивний вотум недовіри. Натомість їхні несумісні програми можуть легко змусити їх блокувати всі президентські ініціативи і не пропонувати якусь альтернативу натомість.

На противагу цьому, виборча система «першого, хто пройшов», яку практикує англomовний світ, має особливу вартісність за розділеної влади. Витіснивши треті партії, конгресу легше підтримувати бодай-якусь політичну узгодженість у стосунках з президентом в умовах глухого кута. Члени партії більшості у законодавчому органі мають потужний стимул відповісти на політичний виклик, або погодившись на якийсь грандіозний компроміс із президентом, або запропонувавши правдоподібну контрпрограму для наступних виборів. Коли конгрес відповідає тією чи іншою формою конструктивної політики, з боку президента буде значно менш легітимно пропонувати військове втручання. У будь-якому разі, це мій найкращий варіант осмислення даних, які кажуть про те, що найтоксичнішою формою поділу влади є конституційне поєднання (1) всенародно обраного президента та (2) конгресу, обраного за системою пропорційного представництва<sup>52</sup>.

Але, якщо це так, то ми прийшли до обіцяного умовного аргументу. Якщо виборча система пропорційного представництва бажана, то американська система поділу влади не бажана, тому що потенційна ціна пропорційного представництва в контексті стабільності режиму значно більша за президентських систем, ніж за парламентських<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Див. Scott Mainwaring, *Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination*, in FLY I NG BLIND: EMERGING DEMOCRACIES IN EAST CENTRAL EUROPE 55 (Gyorgy Szoboszlai ed., 1992); див. також Dahl, *supra* note 21, at 192 («З усіх великих альтернатив президентська влада з пропорційним представництвом (варіант Латинської Америки) може бути найбільш нестабільним»).

<sup>53</sup> Цей аргумент свідчить про рішучий провал спроб Лані Гіньє популяризувати ідею пропорційного представництва в США. Хоча вона визнає, що запровадження її реформ призведе до «балканізації» влади

3. *Культ особистості.* — Образ харизматичного президента досі фігурує як частина лінцевого кошмару про крах демократії. Але відкладімо таке апокаліптичне бачення і припустімо, що йдеться про діяльність достатньо стабільної системи поділу влади за американським чи французьким зразком. Але в політиці, яку ініціює незалежно обраний президент, все одно є дещо тривожне — принаймні для мене.

Просто посада обраного президента схиляє систему до політики особистості, особливо політики окремої особистості. Безумовно, всі президенти й прем'єр-міністри мають неймовірну владу, через що цілком зрозуміла прискіплива увага громадськості до кожної їхньої примхи. Але парламентські системи краще дають собі раду зі стримуванням цих особистих тенденцій.

Почнімо зі зворотної сторони. Усі люди, яким вдається прокласти собі шлях на верхівку, мають слабкості, уже не кажучи про темні сторони; але деякі тіні стають вельми помітними за яскравого світла публічної уваги, аж до того, що громадськість починає кричати: «Це мерзотник; заберіть його звідси!»

Коли це трапляється, політична відплата в парламентській системі буде швидкою і нещадною. Тут, як і всюди, ключовим моментом є те, що прем'єр-міністр має підтримувати постійну більшість у палаті представників. Хоча пересічні члени його партії зазвичай мають першорядну особисту зацікавленість у підтримці керівництва, вони з несподіваним завзяттям підуть проти нього, якщо соціопитування покажуть, що особа лідера стала політичною завадою. Краще вже негайно позбутися його і замінити на когось, хто на наступних виборах представлятиме програму партії з приємнішим для загалу обличчям. Навіть така домінантна особа, як Маргарет Тетчер, з'ясувала, що пересічні депутати британського парламенту можуть бути абсолютно нещадними, коли соціопитування показали, що «залізна леді» стала завадою для майбутніх успіхів<sup>54</sup>.

---

Конгресу багатопартійною системою, вона стверджує, що «привид балканізації значно менш переконливий, якщо розглядати вибори, єдина мета яких — визначити членство у виключно законодавчому органі, як-от наш Конгрес... Навіть прибічники принципу “переможець отримує все” визнають, що розмаїття позиції є тим, що легітиміє ці органи й *допомагає їм ефективно працювати*». LANI GUINIER, LIFT EVERY VOICE 263 (1998) (курсив додано). Професорка Гіньє помиляється, коли приписує виділену курсивом поступку прибічникам наявної двопартійної системи. Вони категорично не «визнають», що запровадження багатопартійного Конгресу призведе до більш ефективного функціонування в інституційному середовищі, у якому є незалежно обраний президент. Натомість вони бояться, що запровадження пропорційного представництва в Конгресі підштовхне північноамериканську систему до латиноамериканських патологій, які породили лінців кошмар.

<sup>54</sup> Див. ANTHONY H. BIRCH, THE BRITISH SYSTEM OF GOVERNMENT 99 (10th ed. 1998) («На осінь 1990 року консерватори за соціопитуваннями на 15 пунктів відставали від лейбористів. Здебільшого тому, що Тетчер кинули її ж колеги»); LEONARD FREEDMAN, POLITICS AND POLICY IN BRITAIN 107 (1996) («Однак на 1990 рік вона, на думку багатьох її парламентських колег, стала електоральною завадою — настільки, що партія могла виграти без неї... як лідера. Їхнє судження підтвердилося, коли її заміна, Джон Мейджор, привів партію до несподіваної перемоги»).

Доля особистості, яка зазнала невдачі стає ще катастрофічнішою, якщо прем'єр-міністр очолює багатопартійну коаліцію. Партнери за коаліцією, не вагаючись, кинуть прем'єра, репутація якого була зіпсована скандалом<sup>55</sup>. Чому їхня партія має бути обтяжена зв'язками із заплямованим прем'єр-міністром, коли можна легко знайти когось нового, глиняні ноги якого ще не потрапили в поле зору громадськості?

І, навпаки, президенти обираються народом на визначений термін, і конституції, які визначають поділ влади, справедливо роблять імпичмент і усунення від влади вельми складною справою — як нас усіх навчила справа Левінські на випадок, якщо ми про це забули. Однією з найдивніших особливостей цієї справи був вердикт, винесений експертами після її завершення. Доволі показовими були запевняння, якими професор Трайб поділився з читачами *New York Times*: «Коли це сьогодні закінчиться довгоочікуваним виправданням президента Клінтона, з драми імпичменту постане мало героїв — за винятком творців конституції, мудрість яких учергове буде підтверджена цією драмою»<sup>56</sup>.

За парламентської системи Білл Клінтон не протримався б і місяця на посаді прем'єр-міністра. Пересічні члени його партії збунтувалися б, або його партнери за коаліцією викинули б його за двері у відчайдушній спробі вийти на наступні вибори з новим обличчям на чолі старого уряду. І навпаки, американці мусили витратити рік на політику, пов'язану з особистим життям Клінтона. Навіть після завершення виснажливих дебатів країна лишилася з лідером, репутація якого більшості громадськості здається нікчемною.

---

<sup>55</sup> Один із найвидатніших політиків Західної Німеччини, Віллі Брандт, у 1973 році був змушений піти у відставку з посади канцлера за наполяганням його партнерів за коаліцією, вільних демократів, коли у вузькому колі його радників було виявлено східнонімецького шпигуна Гюнтера Гійома. Як часто буває в таких випадках, позиція Брандта була послаблена ще раніше через різке зниження громадської підтримки його більш вагомим політичним проектам, і соціопитування показали різке падіння підтримку з 76 % у липні 1973 року до 35 % у грудні того ж року, коли почався скандал. Див. BARBARA MARSHALL, WILLY BRANDT: A POLITICAL BIOGRAPHY 91–96 (1997).

Подібна доля спіткала Феліпе Гонсалеса, який упродовж 13 років був прем'єр-міністром Іспанії і переміг на чотирьох загальнонаціональних виборах. На останніх виборах його соціалістична партія втратила парламентську більшість і була змушена сформувати коаліцію з націоналістичною каталонською партією Конвергенція та Єднання. Коли уряд Гонсалеса був втягнутий у фінансові й політичні скандали, включно із підозрами в співучасті у створенні Визвольної групи протидії тероризму, його партнери за коаліцією відкликали свою підтримку і відхилили проект бюджету на 1996 рік. Хоча іспанська конституція не вимагає від уряду відставки, якщо той не зміг отримати схвалення бюджету, це було красномовним натяком, і Гонсалес розпустив парламент і закликав до позачергових виборів, які закінчилися його поразкою. Див. *Gonzalez Faces Agonising Dilemma as Poll Looms*, AGENCE FRANCE PRESSE, Dec. 4, 1995, *доступне у* LEXIS, News Library; Marlise Simons, *A Little Known Conservative Topples Gonzalez in Spain*, N.Y. TIMES, Mar. 4, 1996, at A3; *Spanish Leader Is Accused in Killing of Basques in 80's*, N.Y. TIMES, July 21, 1995, at A4. Інші скандали, які змусили прем'єр-міністрів піти у відставку трапилися у Японії в 1989 році, у випадку Нобору Такесіті, а також в Італії в 1994 році у випадку Карло Адзеліо Чампі. Див. Steven R. Weisman, *Nakasone Seems Ready to Testify*, N.Y. TIMES, May 17, 1989, at A7; Alan Cowell, *Italy's Premier Resigns, Paving Way for National Vote*, N.Y. TIMES, Jan. 14, 1994, at A3.

<sup>56</sup> Laurence H. Tribe, *And the Winner Is . . .*, N.Y. TIMES, Feb. 12, 1999, at A27.

Я погоджуюся з професором Трайбом у тому, що, *зважаючи на поділ влади в Америці*, недоліки Білла Клінтона не надали Конгресу відповідних конституційних підстав для того, щоб відкинути судження, винесене виборцями в 1996 році<sup>57</sup>. Але в порівнянні з тим, як би впоралася з цією справою парламентська система, поділ влади приголомшливо погано дав собі раду із цим дрібним скандалом. Звісно, в американців були важливіші справи, на які вони могли витратити свій час, ніж цілий рік терпіти нав'язливі бесіди, присвячені специфічним дивацтвам однієї людини.

Культ особистості — не менша проблема в менш патологічні моменти, хоча вона проявляється у тонших, хоч і зрештою важливіших, формах. Складність є наслідком здатності президента відсторонятися від інших політичних лідерів у конгресі та партійної системи загалом. Сучасні США — це крайній випадок. Ті, хто сподіваються стати президентами, створюють власні організації для проведення передвиборчих кампаній, і кандидати від демократів і республіканців, які виходять переможцям з партійних праймеріз, можуть доволі вільно висловлювати власну позицію, легковажно ігноруючи офіційні платформи своїх партій<sup>58</sup>. Тому недивно, що остаточний переможець на листопадових виборах має спокусу розуміти свій мандат в особистісних термінах: народ обрав *його* президентом, і його політична партія просто служила знаряддям для проєктування його особистості та ідей.

Особистий характер президентського мандату також виражається в його стосунках із кабінетом та законодавчою програмою. Ще жоден секретар кабінету міністрів не уявляв, що діє в тій самій площині легітимності, що і його шеф: зрештою, президент був обраний народом, а він — ні.

Така сама особистісна логіка працює на законодавчому боці. Готуючи свої ініціативи, президент зі своїми помічниками абсолютно щасливі організувати спеціальні коаліції, які виходять за межі партійних ліній, якщо це потрібно, щоб провести законопроект через конгрес. Хоча такі «успіхи» можуть викликати невдоволення прибічників партії, їхня послідовна підтримка не є обов'язковою умовою для того, щоб президент вважав, що його місце в історії вимірюватиметься його успіхом у втіленні в життя його власної програми у вигляді закону. Якщо цей проєкт вимагає, щоб він піднісся над партією, то тим краще. Чи не в цьому полягає велич?<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Це питання докладно обговорюється у Bruce Ackerman, *Revolution on a Human Scale*, 108 YALE L.J. 2279, 2340–47 (1999).

<sup>58</sup> Ситуація дійшла до того, що Боб Доул відмовився читати республіканську платформу, намагаючись уникнути конфлікту через деякі її положення щодо абортів, призначення консервативних суддів та інших питань. Див. Anthony Lewis, *Aesop's Party*, N.Y. TIMES, Aug. 16, 1996, at A33.

<sup>59</sup> Глибші дискусії того, як сильно політика деяких американських президентів визначалася їхнім розумінням свого місця в історичному розвитку, див. STEPHEN SKOWRONEK, *THE POLITICS PRESIDENTS MAKE: LEADERSHIP FROM JOHN ADAMS TO GEORGE BUSH* (1993).

Прем'єр-міністр знаходиться в іншій позиції. Він чи вона зрештою залежить від підтримки своєї партії у парламенті, і для нього чи для неї буде самогубством прощтовхувати законодавчу програму попри завзяту опозицію партії. Коли він чи вона чує невдоволене бурмотіння (чи крики), то сприймає їх серйозно — кооптує або придушує противників, або іде з ними на компроміс, але в будь-якому разі *дає собі з ними раду*.

Безумовно, пересічні члени партії прем'єр-міністра не будуть бунтувати надто публічно, тому що безлад у парламенті — це погана реклама для виборчої громадськості. Однак прем'єр-міністр добре розуміє, що в майбутньому можуть виникнути кризи, які стануть випробуванням для відданості його чи її партії та її пересічних членів його чи її дальшій видатній позиції на чолі. Тому головна мета прем'єр-міністра — вести свою партію разом зі своїми ініціативами: мобілізувати свої сили на партійних конгресах, щоб змінювати платформу для підтримки її чи його принципів, тиснути на кожного пересічного члена партії, щоб той голосував в парламенті за лінію партії у вирішальні поворотні моменти.

Звісно, уся ця діяльність робиться у власних інтересах. Однак це допомагає у створенні чогось, що я називатиму «партією принципу». Хоча президент повсякчас має спокусу розглядати свою партію у чисто інструментальному контексті, прем'єр-міністр зобов'язаний ставитися до своєї партії як до стійкої організації політичних активістів, відданих конкретним принципам. Якщо їй чи йому не подобаються ці принципи, то вона чи він має переконати своїх колег-активістів адаптувати їх для досягнення своїх політичних цілей. Незалежно від того, чи досягне прем'єр-міністр успіху, а чи ні, характерною буде тенденція до створення образу кожної політичної партії як такої, що упродовж тривалого часу представляє стійкий політичний проєкт.

Стосунки прем'єр-міністра зі своїм кабінетом також дуже відмінні. Замість того, щоб мати унікальний особистий мандат від народу, він чи вона майже не відрізняється від інших партійних лідерів, яких зустрічає на засіданнях кабінету міністрів. Насправді деякі з них можуть мати майже таку саму підтримку партії, як і прем'єр-міністр. Інші можуть бути лідерами коаліційних партій, постійна підтримка яких має важливе значення для існування уряду. Як наслідок, європейські прем'єр-міністри незмінно ставляться до кабінету міністрів як до значно важливішого інституту, ніж їхні колеги-президенти. Хоча відносна сила прем'єр-міністра може бути різною, залежно від європейських систем, жоден із них не претендує на абсолютну зверхність, яку американський президент сприймає як належну<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Така фундаментальна відмінність у роботі кабінету міністрів у президентській і парламентській системах є трюїзмом серед політологів. Див. LIPHART, *supra* note 37, at 113–15. Влада прем'єр-міністра у кожній системі безумовно залежить від його чи її положення у власній партії і відносного положення самої партії в коаліційному уряді, якщо такий існує. Емпіричне дослідження Ентоні Кінга ділить європейських прем'єр-

Із парламентських систем вийшли сильні лідери. Сучасними прикладами є прем'єр-міністерка Маргарет Тетчер і канцлер Гельмут Коль. Але президентські системи не просто дозволяють сильним лідерам час від часу підніматися над боротьбою звичайної політики. Вони на регулярній основі продукують їх, створюючи платформу, на якій єдиний лідер повсякчас високо піднімається над політичним ландшафтом, заселеним простими смертними. Чи це справді здорово?<sup>61</sup>

Показово, що президентські конституції висловлюють сумніви щодо цього. Після стількох зусиль із створення верховного лідера вони часто обмежують його службу одним чи двома термінами<sup>62</sup>. Це має сенс у демократичних системах — влада справді псує, особливо на такій неймовірній висоті.

Але протилежне ставлення, яке домінує в парламентських системах має викликати сумніви в самому засновку, на якому оснований президентські конституції. Парламентські конституції ніколи не вважали за необхідне обмежувати термін повноважень прем'єр-міністра, і такі лідери, як прем'єр-міністерка Тетчер і канцлер Коль служили значно довше, ніж дозволялося президентам Аргентини, Бразилії, Мексики або США<sup>63</sup>. Це може здатися

---

міністрів на три широкі категорії влади: високу (Німеччина, Греція, Ірландія, Португалія, Іспанія і Велика Британія), середню (Австрія, Бельгія, Данія і Швеція) і низьку (Італія, Нідерланди і Норвегія). Див. Anthony King, *'Chief Executives' in Western Europe*, in DEVELOPING DEMOCRACY 150, 153 tbl.9.1 (Ian Budge & David McKay eds., 1994).

<sup>61</sup> Другорядна, але важлива проблема постає, коли обраний президент помирає, іде у відставку або піддається імпичменту, залишаючи свою посаду віце-президенту. Така система наступництва регулярно дестабілізувала американську політику, див. ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, supra note 15, at 176–77, а також сіяла хаос у інших місцях. Приміром, сучасна бразильська політика була проклята тим, що посередні віце-президенти отримували владу на тривалі періоди. Див. Ackerman, supra note 10, at 22. Звісно, цю проблему можна вирішити в рамках президентської системи, усунувши посаду віце-президента і забезпечуючи нерегулярне наступництво шляхом проведення позачергових виборів — ось чому я лишив це питання в примітці.

<sup>62</sup> Корисну таблицю, у якій представлені терміни повноважень президентів і обмеження цих термінів у 19 країнах, див. у GIOVANNI SARTORI, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ENGINEERING 174 tbl.11.1 (2d ed. 1997). Популярні лідери регулярно кидають виклик легітимності цього обмеження. Президент Аргентини Карлос Менем успішно переконав конституційне зібрання санкціонувати другий термін перебування на посаді, але нещодавно зазнав невдачі у своїй кампанії за внесення поправки до конституції, яка б дозволила йому балотуватися ще раз. Див. Clifford Krauss, *Argentine Chief Drops Bid for Third Term*, N.Y. TIMES, July 22, 1998, at A10. Є багато інших прикладів, включно з президентом Перу Альберто Фухиморі, який виграв рішення суду і Конгресу, які дозволили йому балотуватися на третій термін у 2000 році. Див. *Two Terms and You're Out*, ECONOMIST, Aug. 22, 1998, at 16. Президент Румунії Іон Ілієску балотувався на третій термін, див. *Undermining New Democracies*, N.Y. TIMES, Sept. 7, 1996, at A20, але програв *Fingers Crossed*, ECONOMIST, Nov. 23, 1996, at 57. Президент Панами Ернесто Балладарес претендував на другий термін, див. *Latin America's Immovable Rulers*, N.Y. TIMES, Aug. 29, 1998, at A12, але панамці відкинули його спроби виграти шляхом внесення поправки до конституції, яка б дозволила перевибори, див. *No Second Term*, ECONOMIST, Sept. 5, 1998, at 32.

Див. дискусію за і проти обмежень президентських термінів, у Lawrence L. Schack, Note, *A Reconsideration of the Single, Six-Year Presidential Term In Light of Contemporary Electoral Trends*, 12 J.L. & POL. 749, 754–67 (1996).

<sup>63</sup> Тетчер обрали прем'єр-міністеркою в травні 1979 року, і вона прослужила на цій посаді понад одинадцять років до листопада 1990 року. Див. Dennis Kavanagh, in THE OXFORD COMPANION TO POLITICS OF THE WORLD 905 (Joel Krieger ed., 1993). Канцлер Коль був при владі шістнадцять років: з жовтня 1982 року до вересня 1998 року. Див. *Biographies: Helmut Kohl*, ABC-CLIO, available in LEXIS, Kaleidoscope: Current World Data — Germany Stories; Serge Schmemmann, *Kohl, The Man For The German Movement*, N.Y. TIMES, July 1, 1990, at A1.

дивним наївним прибічникам поділу влади. Зрештою, якщо концентрована законодавча влада аж така небезпечна, то це саме англійці та німці мали б найбільше потребувати обмеження термінів повноважень.

Парадокс зникає, якщо згадати, як сильно обмеження політичної партії діють на лідера парламенту. Попри видимість неконтрольованої влади, прем'єр-міністр повсякчас може стати предметом плебісциту як з боку членів власної партії, так і з боку конкурентних лідерів коаліційних партій. Якими б впливовими не здавалися колі й тетчери, вони ніколи не зможуть уникнути засудження своїх колег, які без вагань підважать або повалять їх, коли виборці вимагатимуть змін. Оскільки перевага прем'єр-міністра досяжна завдяки тому, що його чи її терплять колеги, вона значно стерпніша, ніж влада, яку отримує президент завдяки конституційним гарантіям.

Результат президентського культу особи лише ображає тих, хто налаштований на ефективність. З одного боку, громадяни мусять миритися з президентами, до яких втратили довіру; з іншого боку, їм заборонено повторно обирати того рідкісного лідера, який спромігся зберегти популярність понад десять років чи більше. Хіба це не те саме, що відморозити собі вуха бабусі на зло?

Але мене більше непокоїть те, як персоналістське президентство підриває основоположні демократичні ідеали. Чи то він набуває форми нав'язливої фіксації на грішках Воррена Хардінга чи Білла Клінтона, а чи улесливого поклоніння таким героям, як Франклін Рузвельт чи Рональд Рейган, культ особи президента іде врозріз із республіканським самоуправлінням. Конституції абсолютно не годиться просити вільних і рівних громадян так сильно довіряти особистій цілісності та ідеалам окремої людини. Для конституції значно краще заохочувати громадян брати участь у політиці принципів — обговорювати, яка з наявних політичних партій найкраще виражає їхні колективні ідеали, працювати над переглядом цих ідеалів, щоб вони з часом змінювалися, і формувати продумані коаліції, коли жодна партія не отримує підтримки більшості громадян.

Звісно, результат може розчарувати. Влада кабінету міністрів може виродитися в політику вузької кліки, зацікавленої лише в поділі міністерств і обслуговуванні прибічників партій. Нескінченні суперечки щодо партійних платформ можуть бути цинічним прикриттям для переслідування фракційних інтересів і особистої вигоди. Декого ця похмура перспектива може змусити подивитися на незалежну президентську владу як на прийнятну плату за додавання енергії і візіонерства до залізної клітки сучасної політики<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Це занепокоєння може лежати в основі приязні професора Роберта Унгера до незалежно обраного президента, див. ROBERTO UNGER, *DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE* 122, 215–16, 264–65 (1998), хоча у своїх ранніх, теоретичних працях він був більш обачним: «Центр ухвалення рішень уряду включає виконавчу і законодавчу владу, передбачені отриманою конституційною доктриною.

Але для мене ця темна можливість несе зовсім інше значення. Жодна форма уряду не може уникнути потреби в громадському схваленні — яке, на жаль, має не лише переваги, а й недоліки. Питання в тому, як сильно громадські зусилля під час оновлення влади, коли воно настає, має зосереджуватися на уявній харизмі кандидата в президента, а як сильно — на завданні побудувати партію принципу, здатну скерувати уряд на кращий курс. Великим плюсом парламентського уряду є те, що він створює стимул як для керівництва, так і для його прибічників, вимагати руху в напрямку покращення.

Цей момент здається ще важливішим у публічному світі, у якому домінують ЗМІ, яких приваблює культ особи. На телебаченні драматичні картини з політичними лідерами виглядають краще, ніж нудні обговорення партійних принципів. Як наслідок, навіть виборчі баталії у парламентських системах дедалі більше наголошують на особистості лідера за рахунок партійних принципів<sup>65</sup>. Однак стимулююча структура парламентських систем іде врозріз із цією тенденцією, тоді як системи американського зразку посилюють її.

---

Навряд чи має значення, чи вони задумувалися як дві окремі гілки влади, як у контексті президентського режиму, чи як щось ближче до єдиної влади, як за парламентської системи». UNGER, *supra* note 12, at 318. Хоча неупередженість професора Унгера додає оптимізму, я маю зізнатися у певній догматичній пристрасності: рішення за чи проти президентської влади дуже важливе, і в цьому питанні не можна лишатися безхребетним.

Але, можливо, професор Джованні Сарторі знайшов спосіб подолати цей вибір «або — або». Запропонований ним гібридний режим починається кожного виборчого періоду як демократія в парламентському стилі, у якій прем'єр-міністр і його чи її кабінет править за підтримки більшості депутатів парламенту. Однак, якщо прем'єру не вдається зберегти парламентську підтримку, влада переходить до незалежно обраного президента, який може правити за допомогою законів до кінця виборчого періоду. Однак із наступними виборами система Сарторі повертається назад до парламентської моделі, за якої президент перебуває на узбіччі, поки прем'єр-міністр може забезпечити собі підтримку більшості. Сарторі називає свою пропозицію «змінним президентським правлінням». SARTORI, *supra* note 62, at 153; *see id.* at 153–60, 165–69. «Поки парламентська система працює, вона може лишатися. Але якщо вона не відповідає необхідним стандартам, тоді парламентський механізм відключається і його заміщає президентський мотор». *Id.* at 153.

Хоча «змінне президентське правління» отримує високі оцінки за свою винахідливість, я вважаю його поганою ідеєю. Просто тому, що незалежно обраний президент має великі стимули підірвати парламентську підтримку кабінету, щоб тільки самому отримати владу. Сарторі намагається уникнути такого варіанту, забороняючи президентові винагороджувати депутатів парламенту місцями у своєму кабінеті після того, як вони проголосують за зміщення прем'єра. *Id.* at 157. Але є багато інших непрямих способів нагородити депутатів за відмову від початкового парламентського уряду. Іще гірше те, що як тільки президент Сарторі приходить до влади, він знає, що втратить контроль на користь прем'єр-міністра після наступних виборів. Перспектива повернення до парламентаризму дає президентові стимул почати наступ на конституційну систему, намагаючись втриматися на своїй посаді. Більше того, те, що Сарторі надає своєму президентові широкі повноваження видавати накази-закони, забезпечує потенційного узурпатора засобами вдатися до демагогічних жестів у спробі здобути популярність для своїх зусиль змінити систему на чисто президентську.

Сарторі правильно припускає, що нестабільність кабінету — це проблема парламентських систем. Але існує значно більше конструктивних способів дати собі раду з такою нестабільністю — серед них «конструктивний вотум недовіри» і вимога здолати значний поріг народної підтримки, перш ніж партія потрапить до парламенту. Див. *supra* pp. 654–55

<sup>65</sup> Див., напр. FREEDMAN, *supra* note 54, at 99 («Уособлення кампанії ішло швидким темпом: обкладинку маніфесту [лейбористської партії] 1987 року віддали під фото [Ніла] Кіннока, а консерватори наслідували їхній приклад у маніфесті 1992 року, помістивши на обкладинці фото Джона Мейджора.»)

### В. Обмежений парламентаризм

Отриманий після поділу влади уряд виглядає, м'яко кажучи, не надто привабливо. Він не лише затьмарений (непотрібними) управлінськими кризами, а й здійснення повної влади також пов'язане з багатьма небезпеками: символам надають перевагу перед сутністю, довгостроковій законності — перед середньостроковою ефективністю. Іще гірше, що поділ влади блокує серйозний розгляд пропорційного представництва, реформи, яка має багато загалом-то привабливих рис. Натомість, він пропонує громадянам спрямовувати свої пристрасті на особу єдиного лідера, а не на принципи, які мали б керувати всіма нами.

Такий висновок ставить мене в глухий кут, тому що я не схильний відмовлятися від великої політичної ідеї, яка мотивує відмовлятися від чисто парламентського правління. Як я докладно пояснював деінде, вестмінстерська модель передбачає хибне розуміння стосунків між сучасними громадянами та їхнім урядом. Що б там не було в Афінах, сучасні громадяни зазвичай мають інші справи, на які їм треба витратити час, окрім як обговорювати суспільні проблеми на форумі (навіть коли цей форум — інтернет)<sup>66</sup>.

Я не хочу приймати економічну концепцію людської природи, яка визнає лише факт переслідування вузьких особистих інтересів. Усі ми все ще здатні серйозно запитати, що добре для нашої країни, а не лише для нас самих — і іноді ми присвячуємо багато енергії цій громадянській стороні нашої складної ідентичності. Але лише іноді. Частіше ми задовольняємось значно більш віддаленим ставленням до *res publica*, скептично поглядаючи через плече на професійних політиків, які охоче претендують на те, щоб правити від нашого імені. Тому неправильно вважати, що всі перемоги на виборах позначають широкий і глибокий мандат народу на те, щоб очолити втілення пропозицій, запропонованих переможною партією чи коаліцією. Вестмінстерська система увічнює цю помилку в конституційному праві, надаючи переможцям повну законодавчу владу, незалежно від якості їхньої електоральної більшості.

Щоб уникнути цієї помилки, сучасні конституції мають мати подвійну структуру, яка розмежовує два окремі законодавчі напрямки для використання в умовах демократії. Для тих рідкісних випадків, коли політичний рух заслужив право говорити від імені мобілізованої і рішуче налаштованої більшості з питань, які мають центральне політичне значення, має бути розроблений напрямок вищого права. Натомість для використання у більш типових випадках, коли такого широкого народного мандату немає, має бути розроблений звичайний напрямок. Однак виникає питання, чи поділ влади в американському стилі є доброю системою для розрізнення між цими двома напрямками.

---

<sup>66</sup> Див. BRUCE ACKERMAN, THE FUTURE OF LIBERAL REVOLUTION 5–24 (1992); ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 15, at 236–40, 308–14.

Система безперечно працює (грубо і завжди під рукою), щоб відділити періоди глухого кута від періодів повної влади. Але чи немає кращого способу визначити ці моменти справжньої участі народу, коли мобілізована більшість серйозно намагалася випрацювати основні принципи політичної легітимності?

Розглянемо, як модель обмеженого парламентаризму може стати альтернативою. У рамках цієї системи звичайна законодавча влада зосереджена в зібранні вестмінстерського типу. Але законодавчий результат обмежений значними політичними принципами, легітимованими процесом вищого законодавства, який будується з іншого конституційного матеріалу.

*1. Повернення народу.* — Мій найважливіший структурний елемент — це всенародний референдум. Сподіваюся використати цей засіб у відносно новий спосіб, який намагається чогось навчитися з нашого часто невдалого досвіду, пов'язаного з цим методом. Занадто часто референдум дискредитувався через два вельми різні зловживання. З одного боку, демагоги використовували плебісцит, щоб легітимувати свою владу в момент кризи, даючи своїм опонентам дуже мало часу на організацію проти цього «звернення до народу»<sup>67</sup>. З іншого боку, цей засіб дискредитований занадто частим використанням і рутинізацією — наприклад, у Каліфорнії, де виборці кожного виборчого дня пригнічені великою кількістю складних ініціатив для голосування. Оскільки в громадян майже немає часу чи енергії, щоб розібратися з можливими наслідками цих пропозицій, результат часто визначається облудними рекламними кампаніями і здатністю лобістів мобілізувати свої невеличкі армії справжніх прибічників<sup>68</sup>.

Між цими крайнощами є золота середина<sup>69</sup>. Висувати пропозиції перед народом не має бути просто — можливо, конституція має забороняти будь-якому парламенту пропонувати більше за одну таку ініціативу за каденцію, або, можливо, вона має вимагати

---

<sup>67</sup> Наполеон дав початок цьому методу, який відтоді використовували незлічені диктатори. Див. Vernon Bogdanor, *Western Europe*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY 24, 36, 48 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994); David Butler & Austin Ranney, *Practice*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD, *supra*, at 1, 6.

<sup>68</sup> Більше про спантеличення виборців, див. THOMAS E. CRONIN, DIRECT DEMOCRACY: THE POLITICS OF INITIATIVE, REFERENDUM, AND RECALL 70–74 (1989), Julian N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L.J. 1503, 1517–18 (1990), and David B. Magleby, *Let the Voters Decide?: An Assessment of the Initiative and Referendum Process*, 66 U. COLO. L. REV. 13, 38–39 (1995).

Про роль лобістів, див. SAMUEL ISSACHAROFF, PAMELA S. KARLAN & RICHARD H. PILDES, THE LAW OF DEMOCRACY: LEGAL STRUCTURE OF THE POLITICAL PROCESS 676 (1998), і Elizabeth Garrett, *Who Directs Direct Democracy?*, 4 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 17, 21–23 (1997). Але також див. DAVID D. SCHMIDT, CITIZEN LAWMAKERS: THE BALLOT INITIATIVE REVOLUTION 37 (1989).

Більше про каліфорнійський досвід, див. *California Constitutional Symposium*, 17 HASTINGS CONST. L.Q. 1 (1989), and *Symposium on the California Initiative Process*, 31 LOY. L.A. L. REV. 1161 (1998).

<sup>69</sup> Див. винятково вдумливий захист прямої демократії за сучасних умов: IAN BUDGE, THE NEW CHALLENGE OF DIRECT DEMOCRACY 84–132 (1996).

особливої кваліфікованої більшості<sup>70</sup>. Не менш важливо те, що долю будь-якої народної ініціативи має визначати серія ретельно розведених у часі електоральних випробувань.

Ця вимога проводити багатократне голосування має вирішальне значення<sup>71</sup>. Абсолютно очевидно, що це сильно обмежує спокусу керівної коаліції скористатися референдумом для короткострокової вигоди. Проблема використання короткострокової слабкості опозиції може обернутися політичною катастрофою тоді, коли вона повернеться до голосування два, чотири чи шість років по тому.

Багаторазові референдуми також утримуватимуть розробників від того, щоб скористатися невіглаством народу шляхом розробки складних положень, які таємно закріплюють позиції груп особливих інтересів. Хоча лазівки можуть лишатися непоміченими за одну коротку кампанію, вони найімовірніше будуть знайдені й через багато років будуть викриті опонентами перед громадськістю, що призведе до кінцевої поразки ініціативи, а відповідно і неспроможності відповідного парламенту залишити свій слід на розвитку вищого закону країни. Коротше кажучи, вимога щодо багаторазового голосування вплине на майстерність розробників конституції, яка буде аналогічною до ефекту знаменитої «завіси невідання» Джона Ровлза з «Теорії справедливості» (*A Theory of Justice*), що стимулює політичні принципи, які громада цілком могла б прийняти як частину безперервного процесу самовизначення.

Конституція має вдаватися до позитивної дискримінації, щоб посилити якість обговорення громадської думки, коли пропозиція піде до виборців. Вона має гарантувати значні кошти на те, щоб обидві сторони зробили свій вибір, дозволяючи провести широке

---

<sup>70</sup> Деякі штати обмежують кількість поправок, які можуть бути представлені електорату за одні вибори, і більшість вимагає, щоб або кваліфікована більшість законодавчого органу, або кілька законодавчих сесій поспіль пропонували поправку, перші ніж її передадуть виборцям. Короткий виклад положень, які регулюють внесення поправок до конституцій штатів, див. COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS, 32 THE BOOK OF THE STATES 5–6 tbl.1.2 (1998–1999).

<sup>71</sup> Дослідники процесу референдуму часто називають багатократне голосування однією з кількох запропонованих реформ, але докладно вони цю ідею не розглядали. Див., напр. CRONIN, *supra* note 68, at 193; David Kehler & Robert M. Stern, *Initiatives in the 1980s and 1990s*, in COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS, 30 THE BOOK OF THE STATES 279, 287–88 (1994–1995); Arne R. Leonard, *In Search of the Deliberative Initiative: A Proposal for a New Method of Constitutional Change*, 69 TEMP. L. REV. 1203, 1223 (1996). Під час «прогресивної доби» реформатори часто пропонували кільком конгресам поспіль ухвалити поправку, перш ніж представити її виборцям. Див. JOHN R. VILE, THE CONSTITUTIONAL AMENDING PROCESS IN AMERICAN POLITICAL THOUGHT 137–56 (1992). Ця ідея сягає своїм корінням щонайменше кінця XIX століття. Див. NATHAN CREE, DIRECT LEGISLATION BY THE PEOPLE 102 (1892).

Невада запровадила процедури серійних поправок. Коли за ініціативою пропонують якусь поправку, конституція Невади вимагає схвалення виборців на двох загальних виборах поспіль. Див. COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS, 30 THE BOOK OF THE STATES 23 tbl.1.3 (1994–1995). Хоча, як зазначалося вище (див. *id.*), зараз жоден штат не вимагає послідовної ратифікації виборцями, щоб схвалити правки до конституції штату, запропоновані законодавчим органом, кілька з них мають положення, які вимагають, щоб поправка була схвалена більше ніж однією сесією законодавчого органу, перш ніж її буде представлено виборцям, див. *id.* at 21 tbl.1.2; Bogdanor, *supra* note 67, at 24, 28; *id.* at 29 (обговорює процедуру для правок у шведській конституції).

обговорення<sup>72</sup>. Якщо пропозиція відбувається у такому діапазоні й знову і знову отримує схвалення, то її успіх є найкращим із можливих свідчень того, що його схвалення — це не випадковість політичної стратегії, а вона справді *заслужила* мобілізовану підтримку схильної до роздумів більшості<sup>73</sup>.

Якими б суворими не були вимоги до серійності, скептики завжди зможуть вказати на недоліки цього процесу — безсоромні демагогічні заклики до мас, підступні махінації багатіїв за лаштунками. Але ми маємо справу зі справжнім світом, а не семінаром із філософії. Вимога надто ідеалізованого діалогу як ствердження вищого законодавства просто призведе до поразки найважливішої конституційної мети — знайти найкращі практичні засоби для того, щоб відрізнити кілька основних принципів, які є продуктом справді широкої і мобілізованої народної підтримки проти нескінченної кількості інших рішень, ухвалених сучасними законодавцями під час нормального процесу правління.

Цей есей не місце для розгляду численних важливих питань розробки, які піднімаються під час конструювання вартої довіри системи референдуму<sup>74</sup>. Поки що важливіше висвітлити шлях уперед. Замість того, щоб розділяти законодавчу владу між палатою представників, сенатом і президентом, ми маємо прагнути розділити її між парламентом і народом — перший керує рутинними урядовими рішеннями, а другий висловлює свою волю завдяки процесу ретельно розроблених серій референдумів.

2. *Суд як обмеження.* — Цей початковий поділ влади породжує інший. Ми вимагатимемо, щоб конституційний суд втілював прийняті народом принципи в практичну реальність<sup>75</sup>. Без інституту судового нагляду правляча парламентська більшість матиме переважні стимули ігнорувати попередні акти народного суверенітету, коли їй це зручно. Такий результат лише викличе цинізм щодо самої можливості того, що люди можуть наказувати своїм представникам в уряді і очікувати, що вони їм підкорюватимуться. Цю

---

<sup>72</sup> Джеймс Фішкін запропонував новаторське використання «дорадчого голосування», за якого довільна вибірка громадян висловлює зважене судження з питань, які викликають громадські суперечки, після того, як тривалий час збиралася на організовані обговорення. JAMES S. FISHKIN, *DEMOCRACY AND DELIBERATION: NEW DIRECTIONS FOR DEMOCRATIC REFORM* 81–104 (1991); JAMES S. FISHKIN, *THE VOICE OF THE PEOPLE: PUBLIC OPINION AND DEMOCRACY* 161–76 (1995). У цьому контексті пропозиція Фішкіна здається обнадійливою. Прибічники і противники запропонованого референдуму мають отримати можливість обговорити його переваги перед довільно обраними групами американців, запитання і остаточне рішення яких буде широко висвітлюватися в пресі. За продуманої структури безперервна серія таких опитувань може значно покращити якість обговорень і загальну легітимність остаточного результату процесу референдуму.

<sup>73</sup> Я обговорюю ідею серійних референдумів далі, порівнюючи її з наявними американськими практиками перегляду конституції з ACKERMAN, *TRANSFORMATIONS*, *supra* note 15, at 403–14.

<sup>74</sup> Однак ширший хід цього обговорення змусить нас замислитися про те, як ми можемо адаптувати систему референдумів до особливих потреб федеративної республіки. Див. вище pp. 672–77.

<sup>75</sup> Є два способи включити судовий нагляд у механізм управління. Американці надають цю функцію всім судам, і Верховний суд знаходиться на верхівці цієї піраміди. Навпаки, у таких країнах, як Франція і Німеччина єдиному суду *Conseil Constitutionnel* чи *Verfassungsgerichtshof* надається монополія на право визнавати закони недійсними. Цей есей не намагається оцінити відносні переваги цих двох підходів.

функцію може виконувати лише сильний конституційний суд. Створення такого трибуналу — справа непроста. Частина проблеми пов'язана з культурою: чи юристи і судді серйозно ставляться до процесу тлумачення законів? Чи були вони вкрай деморалізовані десятиліттями підкорення таємній поліції та авторитарним політичним елітам? Яку роль відіграє верховенство права в культурі загалом?

Інша частина проблеми пов'язана з конституційною інженерією. Сила суду нерозривно пов'язана з порядком призначення суддів та умовами їхньої служби. Порівняння Німеччини з Японією нашоє на роздум. Німецький Основний закон вимагає, щоб усі кандидати до Конституційного суду отримали дві третини голосів законодавчого органу, і тому надає право вето важливим партіям меншості<sup>76</sup>. Це означає, що правляча коаліція не може заповнити суд прибічниками партії, які очікувано підтримуватимуть усі ініціативи канцлера. Озброєні своїм вето, партії меншості де-факто мають право призначати значну кількість суддів. Якщо більшість чи меншість пропонуватиме кандидатуру якогось сумнівного партійного найманця, можна очікувати, що інша сторона накладе вето на таке призначення. Є інституційний стимул до вибору суддів, які мають репутацію неупереджених і відносно помірних. Стійка незалежність судової влади іще більше заохочується завдяки довгому, але фіксованому терміну у дванадцять років без можливості повторного призначення<sup>77</sup>. За таких умов недивно, що за останні пів століття Конституційний суд зробив значний внесок у еволюцію німецької демократії<sup>78</sup>.

У Японії, навпаки, не існує правила надкваліфікованої більшості, яке б обмежувало повноваження владної партії проводити призначення до Верховного суду. До того ж усі судді мають вийти на пенсію у віці сімдесяти років, незалежно від того, коли вони були призначені. Накладання цих правил дало правлячій Ліберально-демократичній партії просту формулу обрання суддів, які не будуть розхитувати човна: обирати чоловіків і жінок на пізніх етапах кар'єри, зазвичай тих, яким трохи за шістдесят. Це дозволяє партії з більшою впевненістю визначити розхитувальників човна і відмовити їм у призначенні. Коли суддя входить до Верховного суду, примусовий вихід на пенсію у певному віці обриває його службу, перш ніж він зможе набути повної впевненості у своїй новій ролі.

---

<sup>76</sup> Половина суддів призначається Бундестагом, а ще половина — Бундесратом, але в обох випадках вимагається дві третини голосів на їхню підтримку. Див. David S. Clark, *The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a Rechtsstaat*, 61 S. CAL. L. REV. 1797, 1827–28 (1988). Розумне обговорення політики, пов'язаної з розподілом місць у конституційному суді Німеччини серед різних політичних партій, див. у BRUN-OTTO BRYDE, VERFASSUNGS-ENTWICKLUNG 148–52 (1982).

<sup>77</sup> Див. Clark, *supra* note 76, at 1827.

<sup>78</sup> Більше про деякі культурні фактори, які також сприяли успіху Німеччини, див. у Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771, 779–80 (1997).

Враховуючи таку структуру призначення і каденції, відносна пасивність японського Верховного суду не дивує<sup>79</sup>.

Ці важливі питання заслуговують на значно більшу увагу<sup>80</sup>. Але для теперішньої мети важливіше наголосити на ширшій картині поділу влади, яка постає внаслідок цих роздумів. Якщо визначити законодавчий інститут як окрему владу, коли її члени обираються за конкретним принципом, тоді ми дійшли до нової трієдиної формули: парламент плюс народ плюс суд.

### 3. Від теорії до практики. — Наскільки ця схема виражена в сучасній практиці?

Якщо подивитися на найвпливовіші конституційні моделі, то перший структурний елемент — парламент краще представлений у Великій Британії та Німеччині, ніж у США і Франції. Однак Німеччина іде далі, приймаючи версію обмеженого парламентаризму. Щоб трохи спростити<sup>81</sup>, — сучасна німецька система надає широкі законодавчі повноваження сильному канцлеру, який здобув підтримку більшості Бундестагу, але ці повноваження стримуються рішеннями впливового конституційного суду.

Структурний елемент, який на цій картині відсутній — це референдум, який німці після нацистської катастрофи уникають, як чуми. Інші країни, які слідують німецькій моделі, не так сильно бояться народу. Яскравим прикладом цього є сучасна іспанська конституція. Укладена за німецьким зразком, вона включає до загальної системи специфічне використання референдуму<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Див. J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?* 3 (June 30, 1999) (неопублікований рукопис, зберігається в автора).

<sup>80</sup> Політологи виявляють дедалі більше зацікавлення спробами розглянути конституційні суди в ширшому контексті порівняльної політики. Див. John R. Schmidhauser, *Alternative Conceptual Framework in Comparative Cross-National Legal and Judicial Research*, in *COMPARATIVE JUDICIAL SYSTEMS* 34 (John R. Schmidhauser ed., 1987); Martin Shapiro & Alec Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, 26 COMP. POL. STUD. 397, 404–14 (1994). Докладний розгляд цього предмету стане спробою об'єднати концептуальний аналіз значень незалежності судової влади, нормативну оцінку її бажаності та емпірично обґрунтовану оцінку розмаїття структурних механізмів, які використовувалися для досягнення того чи іншого різновиду незалежності. Я не знаю про жодну роботу, яка б серйозно бралася за це багатогранне завдання.

<sup>81</sup> Я обговорюю функціонування німецького Бундестрату трохи далі в цьому есеї. Див. нижче с. 682.

<sup>82</sup> Іспанці також наблизилися до серійності: законопроект, який пропонує повний перегляд конституції або частковий її перегляд, який вплине на деякі базові питання, «має бути двічі схвалений більшістю у дві третини від кожної палати кортесів, які розділяють загальні вибори». SPAIN CONST. art. 168 [3]. «Відтак поправка виноситься на референдум після того, як її вдруге схвалили». Bogdanor, *supra* note 67, at 28 (пояснює Статтю 168 [3]). Так електорату пропонують схвалити поправку двічі: спочатку шляхом загальних виборів, а відтак шляхом референдуму. Хоча, як на мене, ця серійність надто стиснута в часів, головний принцип достатньо зрозумілий.

У процедурах ухвалення поправок у Швеції також є певна серійність:

Поправка до конституції від 1988 року (розділ 8, Стаття 15 Урядового акту) передбачає, що будь-яка зміна конституції вимагає схвалення двома окремими Ріксдагами, відокремленими загальними виборами. Загальні вибори мають бути скликані принаймні через дев'ять місяців після першого схвалення поправки в однопалатному Ріксдагу.

*Id.* at 29.

Швейцарці також можуть багато чого навчити щодо практики проведення референдумів. Особливий інтерес становить прийняття ними принципу серійних референдумів. Швейцарська конституція вимагає проведення двох окремих усенародних голосувань з фундаментальних або особливо суперечливих питань<sup>83</sup>. Швейцарія — вельми особливе місце з унікальною демократичною культурою і традицією. Так само, як цей есей виступає проти узагальнень з американської моделі, я пропоную обережно ставитися до швейцарського досвіду. Однак їхня згода на проведення серійних референдумів дає можливість розглянути цю ідею для загальніших міркувань.

### *С. Рішення півтори палати*

Щоб у простій формі представити проблему політичної легітимності, я прибрав із рівняння ускладнювальний фактор — федералізм. З історичної позиції це упущення видається серйозною помилкою. Федералізм знову і знову виявлявся потужною силою, що стояла за поділом влади в усьому світі. Ця динаміка, здається, повторюється повсякчас, коли група дрібних урядів об'єднується, щоб утворити федеративний союз — як було у випадку Американського союзу 1787 року, Федеративної Республіки Німеччини 1949 року та нинішнього Європейського Союзу. Щодо лідерів цих держав, то вони самі були творцями нових союзів. Як наслідок, вони вважали «цілком природним» закріпити свої погляди в структурі нової конституції, розділивши законодавчу владу принаймні на дві частини: коли сенат, який представляє складові частини союзу, ділить цю основну функцію з усенародно обраною палатою представників.

Регулярне повторення цього основоположного сценарію може викликати підозри в тому, що справді існує глибокий зв'язок між поділом влади на рівні союзу і життєздатністю штатів на периферії. Але чи це справді так?

Може й ні. По-перше, легко знайти приклади абсолютно здорового федералізму, який діє без потужної федералістської палати в центрі. На думку спадають Канада та Індія<sup>84</sup>. Ці

---

<sup>83</sup> Ініціатива з повного перегляду конституції передусім вимагає схвалення більшістю країни; відтак обираються установчі збори; потім їхні пропозиції мають бути схвалені «подвійною більшістю» — як більшістю виборців, так і більшістю кантонів. Ця смуга перешкод виявилася надто складною у двох випадках, коли вона використовувалася — у 1885 і 1935 роках.

Серійний референдум також передбачається, коли законодавчий орган відхиляє пропозицію про частковий перегляд конституції, сформульовану в загальних термінах. У такому випадку ініціатива має бути спершу схвалена простою більшістю всіх виборців під час першого референдуму, а відтак «подвійною більшістю» в другому турі. Див. Kris W. Kobach, *Switzerland, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD, supra* note 67, at 98, 103–04.

<sup>84</sup> Див. SARTORI, *supra* note 39, at 183–88. Друга палата Канади призначається генерал-губернатором (з вимогою дотримуватися балансу між провінціями) і має лише дорадчі повноваження. Див. CONSTITUTIONS OF THE WORLD 37, 40 (Robert L. Maddex ed., 1995). Друга палата Індії, Рада штатів, не може ефективно блокувати фінансові законопроекти. Див. INDIA CONST. art. 109, *in* 8 CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD 53–54 (Gisbert Flanz ed., 1997). Хоча Рада штатів може відкласти ухвалення інших законопроектів на шість місяців, тривале протистояння може спонукати президента

конституційні структури виникли завдяки особливому сценарію заснування. Вони не були викликані «знизу» штатами, які існували раніше і рухалися в напрямку федеративного союзу. Вони виникли зі структур, нав'язаних «згори» розробниками конституції, переконаними в раціональній перевазі вестмінстерської моделі. З такої позиції, ключем до ефективного федералізму, скажімо, у Квебеку було забезпечити Квебек власною Палатою громад, відмінною від федерального парламенту, який засідає в Оттаві. Що ж до політики федерації, то квебекцям радили краще захищати свої інтереси шляхом мудрого обрання справедливої частки депутатів до федерального Палати громад; хоча в Канаді є Сенат, його повноваження доволі слабкі. Усе, чого могла досягти стійка форма бікамералізму — це послаблення чеснот парламентського правління<sup>85</sup>.

Співіснування двох окремих засновницьких сценаріїв несе важливішу повчальну історію. Хоча оспівування американських засновників викликає зараз повальне захоплення (принаймні серед американців), ми маємо пам'ятати, що якими б мудрими і патріотичними (не) були засновники, вони стикаються із систематичною проблемою, яка неминуче викривляє їхнє бачення. Для будь-якого впертого засновника недостатньо розробити конституцію, яка ефективно працює для реалізації його основних цінностей. Дієва конституція марна, якщо розробник не може досягти того, щоб її визнали важливі для засновницького середовища люди. Висловлюючись афористично: визнання важливіше за дієвість. І ще один гарний момент — принаймні в широких межах, для конституції важливіше здаватися розумною для широких прошарків населення, ніж бути такою.

Однак є ще така річ, як дослідницька розробка. З цієї позиції неймовірно важливо розрізняти між конституційними рішеннями, які просто задовольняють пересічні політичні потреби засновників і ті, які мають неминучу цінність. Мої роздуми побудовані навколо двох основних розрізень. По-перше, чи підкріплюється федералістський імпульс поділом влади, який дає два чи три законодавчі органи? Приміром, у сучасній Німеччині є федералістський Бундесрат поряд із Бундестагом, який обирається на загальнонаціональних виборах, а в США федералістський Сенат уміщений у структуру, яка також включає Палату

---

скликати спільну сесію обох палат для розгляду заходу, під час якої 550 депутатів Палати народів, звісно, відіграють визначнішу роль, ніж 250 депутатів Ради штатів. Див. *id.* art. 108, at 53–54.

<sup>85</sup> Див. корисний вступ у Douglas V. Verney, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, 25 PUBLIUS 81, 81–95 (1995) — хоча я проти умовного визначення американського прикладу як хрестоматійного «справжнього федералізму», який дає професор Верні. «Низхідний» аспект індійського і канадського заснування описаний у провідному індійському тексті: Федеративний союз Канади не було створено незалежними штатами, які мали власні конституції і об'єдналися в союз, тому що, як зазначив доктор Вайнс: «...старі провінції Канади, Нової Шотландії і Нью-Брансвіка були об'єднані в один домініон під назвою Канада, який був поділений на нові провінції». Наша конституція також включала нові штати, які виникли внаслідок злиття колишніх корінних штатів у провінції Індії, і тут теж попередньо не було штатів із власними конституціями. N. M. SEERVAI, 1 CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA 288 (4th ed. 1991) (цитати пропущені).

представників і президента. По-друге, чи призначаються члени федералістського інституту напряму урядом нижчого рівня, як у випадку з нинішнім німецьким Бундесратом чи американським Сенатом до 1913 року, а чи напряму обираються, як у сучасній Японії чи США після 1913 року?

Я завершу розповіддю про роль бікамералізму в нефедеративних державах, аргументуючи це, попри загальноприйнятю думку про те, що за таких обставин легше збудувати стійку другу палату, ніж за федералізму.

*1. Виборні федералістські палати.* — Я припускаю, що ціна справді потужного федерального сенату — це створення справді впливової і незалежної президентської посади. Однак існування такого президентства ставить під загрозу ті самі федералістські цінності, які передусім мотивують на створення сенату. Як наслідок, для відданих федералістів зазвичай розумніше обрати модифіковану версію обмеженого парламентаризму, за якої домінуюча палата громад доповнена слабким федералістським сенатом, а федералістські цінності включені до вищої законодавчої системи, вимагаючи проведення референдуму для схвалення визначеною кваліфікованою більшістю штатів, які складають федерацію, а також усією федерацією.

Розглянімо цей аргумент крок за кроком: чому вірогідно буде припустити, що незалежна президентська влада — це плата за могутній федералістський сенат? Поглянемо на альтернативу. Уявімо *ідеально симетричну* систему, у якій відсутній впливовий президент, а ідентичні повноваження надані двом виборним палатам, які різняться лише тим, що сенаторів обирають від округів, які визначають штати, а представників обирають з усієї федерації без урахування кордонів штатів. Гіпотетично, в системі немає незалежного президента, який був би головою виконавчої влади. Оскільки кожна палата матиме рівні права на формування кабінету, вартото демократичної підтримки, що станеться, якщо в них домінуватимуть різні партії?

Два кабінети — не вдвічі краще за один. Ідеально симетрична структура загрожує парламентській системі своєрідною кризою легітимності. Як ми бачили, ця система спрямована на обрання злагодженого уряду на основі підтримки більшості всенародно обраних депутатів парламенту. Але, якби існували дві палати з рівними повноваженнями, симетрична конструкція легко могла б викликати *глухий кут легітимності*, коли конкурентні партії в конкурентних палатах претендують на рівне право формувати уряд від імені народу.

Тематичне дослідження з Австралії представляє повчальну історію. Конституція країни — це дивовижний гібрид британських і американських елементів<sup>86</sup>. У Австралії немає незалежно обраного президента, але є дві сильні палати парламенту: Палата представників і федеральний Сенат, який, як правило, є повноправним партнером у законодавчому процесі. Технічно конституція не відповідає ідеальній симетрії, тому що надає прем'єр-міністру громіздкі інструменти, які дозволяють йому в кінцевому підсумку подолати опозицію Сенату.<sup>87</sup> Але цих інструментів було недостатньо для того, щоб дозволити прем'єр-міністру Гофу Вітлему уникнути вельми повчальної конституційної кризи 1975 року.<sup>88</sup>

Початкова перемога Вітлема в 1972 році позначилася поверненням лейбористської партії до влади після чверті століття забуття. Уже за півтора року консервативний опір його лівій законодавчій програмі призвів до того, що він розпустив обидві палати й оголосив про нові вибори, які повернули лейбористів до нижньої Палати представників, але у федеральному Сенаті вилилися у практичну нічию<sup>89</sup>, що дало непропорційно великі впливи меншим і консервативнішим провінціям<sup>90</sup>. Коли один сенатор-лейборист помер, а інший пішов у відставку, опозиційна ліберально-аграрна коаліція взяла гору у верхній палаті<sup>91</sup>. Попри поразку від Вітлема на загальнонародних виборах до Палати представників, опозиція у Сенаті не здавала свої позиції, там вона відмовлялася схвалювати будь-які законопроекти про бюджетні асигнування, поки лейбористи не погодяться на їхню вимогу провести ще одні вибори.

---

<sup>86</sup> Корисний огляд відповідного конституційного тла, див. у Joan Rydon, *Some Problems of Combining the British and American Elements in the Australian Constitution*, 23 J. COMMONWEALTH & COMP. POL. 67 (1985).

<sup>87</sup> Відповідно до конституції, прем'єр-міністр може здолати Сенат, висунувши вимогу на спільне засідання двох палат. Оскільки австралійська Палата представників приблизно вдвічі більша за Сенат, див. AUSTL. CONST. ch. I, § 24, і кожен депутат парламенту має один голос, більшість прем'єр-міністра в Палаті може перемогти менший Сенат. Однак, така перевага може відбутися лише після того, як генерал-губернатор розпустить обидві палати і оголосить вибори, як справді відбулося в 1975 році. Див. id. art. 57 (надані деталі цієї процедури).

<sup>88</sup> Див. LABOR AND THE CONSTITUTION: 1972–1975 (Gareth Evans ed., 1977) (представлена добірка есеїв про багатогранну конституційну кризу); GEOFFREY SAWER, FEDERATION UNDER STRAIN: AUSTRALIA 1972–1975, at 8–24 (1977).

<sup>89</sup> Як лейбористи, так і ліберально-аграрна коаліція здобули по 29 місць, а ще два місця були в незалежних кандидатів. Див. Gareth Evans, *Chronology of Constitutionally Significant Events 1972–1975*, in LABOR AND THE CONSTITUTION, *supra* note 88, app. B at 350.

<sup>90</sup> Див. Gareth Evans, *The Senate's Rights Can Be Wrong*, reprinted in AUSTRALIAN POLITICS: A FOURTH READER 544, 544 (Henry Mayer & Helen Nelson eds., 1976) («Електорати штатів [на виборах до Сенату] сильно відрізняються за розмірами. Голос мешканця Квінсленду важить удвічі більше, ніж голос мешканця Вікторії чи Нового Південного Велсу, а голос мешканця Західної Австралії — майже в чотири рази більше, а мешканця Тасманії — майже вдвітьє.»)

<sup>91</sup> Згідно з австралійською конституцією, відповідні парламенти штатів заповнюють «випадкові вакансії» без призначення позачергових виборів. Див. AUSTL. CONST. ch. I, § 15. Ліберально-аграрна опозиція контролювала відповідні парламенти штатів і призначила членів власної партії, порушивши цим давню практику, згідно з якою парламенти заміняли сенаторів, які йшли, членами тієї самої політичної партії, яка раніше контролювала ці місця. Див. P.J. Hanks, *Parliamentarians and the Electorate*, in LABOR AND THE CONSTITUTION, *supra* note 88, at 166, 183–90.

Вітлем відмовився поступитися, але основні положення австралійської конституції були надто громіздкі, щоб дозволити йому фінансувати урядові операції, проштовхуючи необхідні законопроекти про асигнування через Сенат. На цей момент гостро постала проблема симетрії. Кабінет міністрів Австралії традиційно править на основі більшості в Палаті представників і, вимагаючи нових виборів, Сенат захоплював одну з головних прерогатив прем'єр-міністра. Але цей пункт у британському стилі залишали на розсуд неписаної конституції, тому з ним можна було посперечатися<sup>92</sup>. Коли нависла загроза припинення роботи уряду, Сенат відмовився поступитися: чи не виступав і він від імені австралійських виборців?

Кризю вирішили лише завдяки втручання представника королеви в Австралії — генерал-губернатора сера Джона Керра. Хоча з позиції конституції його повноваження були сумнівними і політично вибухонебезпечними<sup>93</sup>, Керр вийшов із глухого кута, усунувши Вітлема, розпустивши обидві палати парламенту і призначивши нові вибори. Ударні хвилі від використання Керром королівської прерогативи дозволили створити в Австралії широку народну підтримку для остаточного розриву з королевою і створення незалежної республіки<sup>94</sup>. Але для нинішньої мети важливо те, що австралійський випадок ілюструє перший пункт мого аргументу: двопалатна конституція без незалежного президента просто нездатна розв'язати передбачувані глухі кути легітимності, які виникають у федералістській системі.

Хоча приклад Австралії доволі повчальний, розробники конституції зазвичай здатні передбачити й розв'язати проблему, пов'язану з глухим кутом легітимності<sup>95</sup>. Поки конституція діє в рамках двопалатної структури, творці зазвичай не надають обидвом палатам якихось симетричних повноважень. Федералістський сенат остаточно підкорюється загальнонаціональній палаті представників, яка обирає уряд. Члени федералістської палати можуть відтермінувати чи скасувати деякі заходи, але вони не

---

<sup>92</sup> Гарне представлення історичного контексту, який викликав це складне становище в парламенті, див. у Colin Howard & Cheryl Saunders, *The Blocking of the Budget and Dismissal of the Government, in LABOR AND THE CONSTITUTION*, *supra* note 88, at 251, 251–70. Як пояснюють Говард і Сондерс, укладачі австралійської конституції добре розуміли проблему глухого кута легітимності, див. *id.* at 256–61, але вони вирішили залишити цю проблему «випадку і конституційним подіям за межами писаного тексту», *id.* at 259.

<sup>93</sup> Див. *id.* at 270–87. Інший погляд на ці події, див. у R.J. Ellicott, *Commentaries, in LABOR AND THE CONSTITUTION*, *supra* note 88, at 288, 288–96. Про роль Еллікотта в конституційній кризі, див. UL KELLY, NOVEMBER 1975: THE INSIDE STORY OF AUSTRALIA'S GREATEST POLITICAL CRISIS 145–51, 318–21 (1995).

<sup>94</sup> Див. JOHN HIRST, A REPUBLICAN MANIFESTO 64 (1994); KELLY, *supra* note 93, at 312–17.

<sup>95</sup> Професор Лійпгарт нарахував 36 країн, які тривалий час зберігали демократію упродовж 19 років, які закінчилися в 1996 році. Див. LIIPHART, *supra* note 37, at 49. З них чотири створюють ідеальну симетрію між двома законодавчими гілками. Див. *id.* at 205. Колумбія і США — президентські системи. Дві інші — Італію і Швейцарію я обговорюю в тексті.

мають права усувати прем'єр-міністра чи кабінет, або необґрунтовано саботувати програму уряду.

Якщо сенатори-федералісти виконують свою місію тактовно й тонко, другорядна палата цілком може тривалий час служити федералістським цінностям. Тільки не будьмо надто довірливими щодо її можливостей. Поки така двопалатна конституція добре працює, провідні політики не будуть добровільно балотуватися до федералістського сенату, тому що в центрі уваги всієї країни буде загальнонаціональна палата представників. А зібрання літніх політиків і різноманітних представників нижчої ліги зазвичай не матиме народної легітимності, необхідної для тривалого наступу на важливі урядові ініціативи, навіть якщо вони погрожують прерогативам федералістів. Я називатиму це «рішенням півтори палати»<sup>96</sup>.

Що підводить мене до другого етапу мого аргументу. Якщо федералісти хочуть чогось більшого за півтори палати і наполягають на справді потужному і незалежному сенаті, вони також мають бути готові прийняти ще дещо: справді потужну і незалежну посаду президента. На функціональному рівні створення третьої гілки влади розв'язує проблему глухого кута легітимності під час формування кабінетів. Надання рівної влади кожній палаті тепер припустимо, тому що *жодна* з них не залучена до обрання виконавчої влади. Як наслідок, розробники конституції більше не мають перейматися перспективою того, що надто могутній сенат кине виклик авторитету обраному палатою представників уряду.

Тож відданий федераліст стикається зі складним компромісом цінностей. Хоча йому може подобатися сильний сенат, який став можливим завдяки незалежній виконавчій владі, він має взяти тривалу паузу й добре подумати, перш ніж погодитися на незалежну президентську посаду. Проблема з президентством доволі проста. Загалом лише одна людина може бути президентом у певний час<sup>97</sup>, і ця особливість, коли «переможець отримує все», породжує передбачуване ускладнення в країні з багатьма регіонами. Найочевидніше, що переможець походить з політичного життя якогось одного регіону, і в його чи її

---

<sup>96</sup> За докладнішого аналізу було б важливо розрізнити між низкою повноважень, які можна надати або забрати у підпорядкованої палати. Наприклад, слабшій палаті можна надати скромне повноваження відтермінувати заходи, ухвалені домінантною палатою, чи вона може отримати більші повноваження відтермінувального вето, що вимагатиме кваліфікованої більшості нижньої палати, щоб обійти заперечення, перш ніж її ініціатива набуде сили закону. Або, як у випадку Німеччини, див. прим. 111 нижче, їй можна надати абсолютне право накладати вето на обмежений клас заходів, які особливо стосуються федеральних інтересів. Див. GEORGE TSEBELIS & JEANNETTE MONEY, BICAMERALISM 48–52 tbl.2.1 (1997) (описує, як палати різних країн долають незгоду щодо законопроектів).

Буде неправильно припускати, що навіть дуже слабка палата, яка лише має можливість відкладати ініціативи, є безсилою. Навпаки, як показують Цебелів і Мані, повноваження відкладати ініціативу може мати значні наслідки. Див. *id.* at 98–105, 127–44. Насправді, навіть такі, здавалося б, незначні питання, як структура процесу врегулювання суперечностей між палатами, мають розглядатися як питання, які мають велике конституційне значення. Див. *id.* at 110–18, 176–208.

Заради мети представленого в тексті аргументу ці важливі питання можна скромно поховати у примітці.

<sup>97</sup> Швейцарія — це виняток із правила. Див. *infra* pp. 678–80.

адміністрації домінуватимуть спільники, які заслужили його чи її довіру впродовж спільної політичної роботи, яка тривала впродовж життя. Навіть якщо ці люди докладуть особливих зусиль, щоб прийняти загальнонаціональну позицію, коли приїдуть до столиці країни, все одно буде важко переконати «аутсайдерів», що вони враховують інтереси інших. Ба більше, вони можуть навіть не намагатися мислити широко, а просто спробують використати ті кілька років президентської влади, щоб збагатити свій рідний регіон за рахунок усіх інших. Навіть якщо з часом з'являтимуться президенти з різних регіонів, серійні грабунки — не найкраща форма федералізму.

У порівнянні з цією похмурою перспективою, другий різновид президентської влади здається майже ідилічним. За цим сценарієм посаду президента регулярно обіймають члени надрегіональної еліти, позиція якої розширилася за роки політичного, дипломатичного чи військового досвіду служби на користь федерації<sup>98</sup>. Хоча космополітична президентська посада значно бажаніша, ніж низка регіональних грабіжників, вона містить особливу загрозу федералістським цінностям. Кілька десятиліть прослуживши федерації всередині країни і за кордоном, президент і його чи її прибічники, звісно, почнуть думати про федерацію як про окремого суб'єкта, який вони називатимуть «Нацією» з великої літери. Більше того, збільшуючи владу Нації, президент дедалі більше збільшуватиме власну владу, щоб визначати майбутнє. Оскільки він (за визначенням) відносно вільний від регіональної політичної залученості, він буде мало зацікавлений у стримуванні агресивного націоналізму в ім'я місцевих інтересів. Натомість він регулярно заявлятиме, що його виборчий мандат дозволяє йому використовувати президентську владу для просування інтересів Нації проти дрібної регіональної містечковості.

Тож для переконаного федераліста незалежна посада президента пропонує вибір між молотом і кувалдом — ви отримуєте або низку регіональних грабунків, або серію претензійних кренів у бік національної величі, яка ігнорує регіональні відмінності. Можливо, це зависока ціна за надто незалежний федералістський сенат, особливо якщо додати до всього раніше зазначеного «видатки федералізму» на незалежного президента.

Можливо, цей гострий компроміс можна пом'якшити, якщо не усунути, завдяки певній дозі інституційної уяви? Саме про це, принаймні, говорить унікальне швейцарське

---

<sup>98</sup> Імовірність такого сценарію, звісно, залежить від сили національних інститутів, особливо політичних партій, а також від структури правил голосування. Деякі розумні пропозиції, див. у дискусії Дональда Горовіца про різні комбінації федералізму, партійної структури і правил голосування: DONALD L. HOROWITZ, A DEMOCRATIC SOUTH AFRICA?: CONSTITUTIONAL ENGINEERING IN A DIVIDED SOCIETY 124–238 (1991), і DONALD L. HOROWITZ, ETHNIC GROUPS IN CONFLICT 563–652 (1985). Горовіц розглядав лише використання федералізму і виборчих правил для управління міжетнічними конфліктами, але більшість його аргументів можна застосувати також до інших типів конфліктів. Іншу корисну дискусію щодо виборчих правил, див. у DOUGLAS W. RAE, THE POLITICAL CONSEQUENCES OF ELECTORAL LAWS 134–44 (1971).

рішення. Замість того, щоб перечіпатися об симетрію, як у австралійському випадку, швейцарці роблять це предметом гордості: «“абсолютна рівність” федерального сенату (Ради штатів) і усенародно обраної палати (Національна рада) — це ніщо інше, як “непорушне правило”»<sup>99</sup>. Замість того, щоб розв’язувати проблему глухого кута легітимності завдяки незалежно обраному президенту, швейцарці пішли іншим шляхом. По-перше, вони відмовляються від ідеї одноосібної виконавчої влади і перетворюють її на колективну владу із семи членів (Федеральна рада); відтак вони відмовляються від ідеї прямих усенародних виборів і вимагають, щоб кожен член ради отримав підтримку обох палат на фіксований термін у чотири роки; і, нарешті, вони унеможливають оголошення вотуму недовіри двома палатами упродовж цього чотирирічного періоду: «Якщо пропозиція уряд відхилена парламентом, то немає необхідності ані члену, який ініціював цю пропозицію, ані Федеральній раді як органу іти у відставку»<sup>100</sup>.

Отримана структура без упину спантеличує політологів, які схильні до типологізації. Швейцарська система не схожа на «парламентську», тому що Федеральна рада не залежить від постійної підтримки законодавчої влади, але вона не схожа і на «президентську», тому що рада не є унітарною, і не обирається прямим голосуванням<sup>101</sup>. Якщо ми відійдемо від типологій, то побачимо творчу спробу федеральної системи розв’язати проблему глухого кута легітимності: незалежність Федеральної ради від парламенту уможливорює стабільність уряду, навіть якби домінуючі партії у будь-якій із палат були б схильні відправити уряд у відставку; множинний склад ради водночас дозволяє співіснувати множинності різних регіонів і думок; а головне, рівний статус кантонів і нації зберігається і виражається симетричними повноваженнями двох палат.

Звісно, швейцарське розв’язання проблеми симетрії доволі дорого обходиться. Фіксований термін повноважень Федеральної ради звільняє її від повсякденної потреби зберігати підтримку більшості в парламенті, однак її членам бракує видимості й авторитету всенародно обраного президента. Це було б особливо серйозною проблемою, якби громадська думка була змінною і рада не ладнала б із панівними політичними тенденціями<sup>102</sup>. Переходячи від легітимності до ефективності, множинний характер

---

<sup>99</sup> WOLF LINDER, SWISS DEMOCRACY: POSSIBLE SOLUTIONS TO CONFLICT IN MULTICULTURAL SOCIETIES 46–47 (1994).

<sup>100</sup> JÜRIG STEINER, AMICABLE AGREEMENT VERSUS MAJORITY RULE: CONFLICT RESOLUTION IN SWITZERLAND 43 (1974).

<sup>101</sup> Див. LIJPHART, *supra* note 37, at 119 («Цей гібрид є парламентським у двох аспектах і президентським в одному: швейцарський “кабінет”, колегіальна Федеральна рада, обирається парламентом, але семеро радників лишаються при владі упродовж фіксованого терміну в чотири роки і вони не можуть бути звільнені через вотум недовіри законодавчого органу»).

<sup>102</sup> Значний ступінь стабільності партійної системи Швейцарії поступово слабшає. У 1959 році чотири провідні партії погодилися на «чарівну формулу» розподілу семи місць в Федеральній раді, за якою кожна з трьох партій отримувала по два місця і четверта партія — одне. Див. STEINER, *supra* note 100, at 17. Хоча ця

виконавчої влади неминуче викликає питання у прибічників енергійного уряду<sup>103</sup>. Швейцарці вочевидь доволі добре дали собі раду з цими ускладненнями<sup>104</sup>.

Але для більшості країн перспектива нескінченної серії нічим не примітних кабінетів, які без упину займаються законодавчими і бюрократичними ініціативами, — це надто висока ціна за розв'язання у швейцарському стилі проблеми глухого кута легітимності, викликаного федеральною системою<sup>105</sup>.

Залежно від майбутніх експериментів у конституційній творчості, нам лишається важкий вибір: незалежно обраний президент або півтори палати. Як має бути очевидно, я схильюся до останнього: навіть сильному федералісту було б непогано визнати деякі суворі обмеження повноважень федералістського сенату, щоб уникнути небезпек незалежного президентства.

Цей компроміс не заважає конституції переслідувати федералістські цінності іншими способами. Для початку, цілком можливо розробити виборчі системи для палати громад, які даватимуть кандидатам і партіям відносно сильні стимули представляти місцеві інтереси. Також лишається можливість захищати федералістські цінності, вписавши їх у текст конституції і санкціонувавши їхнє дотримання через судовий нагляд.

Нарешті, конституційній республіці було б доцільно виявити свої федералістські зобов'язання шляхом відповідної модифікації своєї системи референдуму. Розподіл голосів виборців між штатами має враховуватися під час визначення результатів послідовних референдумів, необхідних для внесення поправок до конституції. У загальнонаціональній

---

формула лишається незмінною, чотири основні партії уже не відіграють такої вже домінуючої ролі. Їхня частка голосів зменшилася з 85 % у 1959 році до 70 % у 1991 році. Як наслідок, сучасні коментатори почали припускати: «Нібито постійний розподіл місць у Федеральній раді може не відображати останнього етапу політичного розвитку Швейцарії... Насправді, сім'я змін, можливо, вже пустило коріння». Kris W. Kobach, *Switzerland, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD*, *supra* note 67, at 98, 150.

<sup>103</sup> Ось класичне твердження Гамільтона:

Енергія виконавчої влади — це головна дійова особа у визначенні доброго уряду... Рішення, діяльність, таємничість і оперативність зазвичай характеризують дії однієї людини значно більшою мірою, ніж більша кількість дій; і пропорційно до того, як їхня кількість збільшуватиметься, ці якості зменшуватимуться. *The Federalist No. 70*, at 471–72 (Alexander Hamilton) (Jacob E. Cooke ed., 1961).

<sup>104</sup> Специфічна політична культура Швейцарії вочевидь важлива. Надзвичайно глибокі демократичні традиції цієї країни дозволяють їй подолати багато інституційних складнощів. Так само її стійка традиція прямої демократії (прикладом якої є часте використання референдумів та ініціатив виборців) виставляє коливання представницького уряду в зовсім іншому світлі. Ці коливання не є ознакою слабкості, вони передбачають відповідний ступінь поваги представницьких інститутів до швейцарської практики прямої демократії. Докладний виклад традиції, див. у BENJAMIN R. BARBER, *THE DEATH OF COMMUNAL LIBERTY: A HISTORY OF FREEDOM IN A SWISS MOUNTAIN CANTON* 172–203 (1974). Коротке, але проникливе обговорення співвідношення між швейцарським представницьким урядом і практикою прямої демократії, див. NICHOLAS GILLET, *THE SWISS CONSTITUTION: CAN IT BE EXPORTED?* 24–25 (1989).

<sup>105</sup> Як пише Джилетт: «Партійна політика вельми очевидна в одних кантонах, але вона настільки послаблена в кабінеті міністрів і до певної міри в парламенті, що має сенс запитати, чи Швейцарія займає проміжне становище між однопартійною і багатопартійною державою». GILLET, *supra* note 104, at 24.

кваліфікованої більшості не має бути можливості ухвалити рішення, якщо в неї немає значної підтримки в більшості штатів, які входять до складу країни<sup>106</sup>.

Підозрюю, що обмежений парламентаризм із цими модифікаціями має доволі добре виглядати на тлі поділу влади в американському стилі у багатьох конкретних контекстах.

2. *Посольські палати.* — Штати мають ще один спосіб включитися в механізми центрального управління. Замість того, щоб лишати вибір федеральних сенаторів за виборцями, конституція може дати повноваження урядам штатів прямо призначати своїх представників на місця в тій чи іншій федеральній установі. Я називаю це «посольським варіантом», тому що сенатори зазвичай мають вельми багато стимулів консулюватися з лідерами урядів у себе на батьківщині й слідувати їхнім настановам у важливих питаннях. Якщо цю стратегію довести до концептуальної межі, конституція може дозволити ключовим посадовцям штатів працювати *ex officio* у федеральних органах. Замість того, щоб голосувати через послів, ці посадовці можуть просто час від часу подорожувати до столиць федерації і особисто голосувати від імені урядів своїх штатів. Така практика, приміром, існує як у німецькому федеральному Сенаті, та і в Раді Європи<sup>107</sup>.

Заважаючи на центральне місце голосування в легітимації демократичного правління, посольські інститути — це аномалії сучасного життя. Насправді саме їхнє існування може вказувати на глибоку невизначеність щодо статусу самої федерації. Це, безперечно, так, наприклад, у випадку Європейського Союзу. Хоча за багато років парламент ЄС, який обирається прямим голосуванням, накопичив значну владу, він все ж грає другорядну роль після Ради Європи у загальних механізмах управління ЄС<sup>108</sup>. Той факт, що члени кабінету міністрів держав-членів мають вирішальні голоси в Раді Європи, каже про те, що Європейський парламент менш легітимний, ніж міністри, повноваження яких походять від їхніх відповідних національних виборців<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Приміром, конституції Швейцарії та Австралії вимагають подвійної більшості на конституційних референдумах — від більшості штатів і від загальнонаціональної більшості. Див. AUSTL. CONST. ch. VIII, § 128; SWITZ. CONST. art. 121. Статтею 121 передбачено, що більшість виборців може змусити законодавчий орган внести загальні зміни до конституції. Після того, як запропоновано конкретне формулювання поправки (виборцями, законодавчим органом або зустрічною законодавчою пропозицією), потрібна більшість виборців і кантонів. Див. Alexander H. Trechsel & Hanspeter Kriesi, *Switzerland: The Referendum and Initiative as a Centerpiece of the Political System*, in THE REFERENDUM EXPERIENCE IN EUROPE 185, 187 tbl.12.1 (Michael Gallagher & Pier Uleri eds., 1996).

<sup>107</sup> F. R.G. CONST. art. 51(1) (про створення Бундесрату); Treaty of Amsterdam, Oct. 2, 1997, art. 214, 37 I.L.M. 56, 123 (1998) (про заснування процесу призначення членів Ради).

<sup>108</sup> Амстердамський договір 1997 року безперечно наголосив на центральній ролі посольських механізмів Ради Європи для ЄС. Див. CHRISTOPHE CROMBEZ, THE TREATY OF AMSTERDAM AND THE CODECISION PROCEDURE 19–21 (Catholic University of Leuven: Oederzoeksrapport Nr. 9827) (1998).

<sup>109</sup> Більше про постійний розвиток цього твердження, див. Peter L. Lindseth, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, 99 COLUM. L. REV. 628 (1999).

Але коли центральний уряд має сильне відчуття політичної ідентичності, існування посольської палати може легко привести до парадоксальних наслідків. На перший погляд здається, що такий сенат нібито максимально просуває федеральні цінності, дозволяючи, скажімо, губернатору важливого штату виступати у федеральному сенаті й озвучувати свої думки щодо загальнонаціонального законодавства. Але насправді це може мати протилежні наслідки і підірвати автономію політичного життя на рівні штату.

Яскравим прикладом є Німеччина. Коли наприкінці 1940-х років німці написали свій Основний закон, майбутній статус їхнього центрального уряду був невизначений. Як усередині країни, так і за кордоном, важливі голоси вимагали покласти край нацистському централізму і повернутися до дуже широкої федерації, яка переважала впродовж більшої частини німецької історії<sup>110</sup>. Основний закон відкинув ці вимоги, але спробував заспокоїти критиків, створивши складну федеральну структуру, включно із посольським федеральним сенатом або Бундесратом. Виборці не обирають членів Бундесрату незалежно. Його члени є представниками уряду кожної землі й суворо слідують його настановам. Це означає, що виборці на виборах у кожній землі не можуть піклуватися лише про ефективність конкурентних партій на земельному рівні. Вони також мають пам'ятати, що їхні голоси на земельних виборах можуть змінити баланс загальнонаціональної влади, змінивши баланс партій у Бундесраті.

Звісно, німецький Бундесрат не є повним конституційним відповідником усенародно обраного Бундестагу. Наприклад, Бундесрат не відіграє ролі в обранні канцлера і не може ветоувати державний бюджет, щоб спровокувати кризу легітимності в австралійському стилі. Однак він все одно лишається грізною інституцією, яка має повноваження блокувати широке коло заходів, які виходять із Бундестагу. Коли правляча коаліція канцлера втрачає контроль над Бундесратом, її законотворча здатність серйозно зменшується, як це неодноразово відбувалося в історії Федеративної Республіки<sup>111</sup>.

Результатом стала націоналізація державної політики. Загальнонаціональні політики і партії не можуть ставитися до долі виборів на рівні земель з відносною байдужістю. Вони роблять їх частиною загальнонаціональної політичної гри, прагнучи перетворити земельні вибори на вотум довіри канцлеру та його ініціативам. Виборці на земельних виборах не зосереджуються лише на обіцянках і досягненнях урядів своїх земель. Вони зазвичай

---

<sup>110</sup> Див. MERKL, *supra* note 2, at 20–24.

<sup>111</sup> Гарне дослідження, яке докладно описує здатність партії меншості в Бундестагу ефективно використовувати більшість у Бундесраті, див. у Susanne Lohmann, *Federalism and Central Bank Independence: The Politics of German Monetary Policy, 1957–92*, 50 *WORLD POL.* 401, 416–41, 444 (1998). Ломанн вважає, що право вето Бундесрату на монетарну політику «змінюється в часі залежно від роздільного чи спільного партійного контролю [двох палат]». Коментар про повноваження Бундесрату з блокування Бундестагу, див. у Dieter Grimm, *Blockade Kann Notig Sein*, *DIE ZEIT*, Oct. 10, 1997, at 14.

використовують свої голоси, щоб відправити в Берлін повідомлення про те, що вони задоволені правлячою коаліцією на національному рівні<sup>112</sup>.

Справжні федералісти не можуть не бути розчарованими таким результатом. Усі їхні прагнення полягають у тому, щоб децентралізувати мегадержаву на більш придатні для керування одиниці самоуправління. Ця мета підринається, коли через невмілу конституційну розробку виборці відмовляються використовувати місцеві вибори для того, щоб притягнути до відповідальності губернаторів, а перетворюють їх на засоби загальнонаціонального політичного самовираження.

Як не парадоксально, федералістським цінностям краще служить відсторонення місцевих чиновників від будь-якої прямої задіяності в центральні органи. Якщо і має бути федеральний сенат, то він має складатися з членів, які напряму обираються виборцями кожного штату. Це дозволяє виборцям притягати членів урядів своїх штатів до відповідальності під час виборів без необхідності відволікатися на загальнонаціональні політичні питання.

Замість того, щоб служити потужним контрприкладом до моєї тези, німецький Бундесрат нагадує інші федералістські інституції не на своєму місці, як-от американська Колегія виборників. Еволюція загальнонаціональної політики позбавила ці інституції офіційної влади<sup>113</sup>. Так само, як найбільш гордий американський учений зблід би від самої думки про те, щоб запропонувати світові нашу Колегію виборників як модель, так і німецькі конституціоналісти мають вагатися, пропонуючи Бундесрат як зразок для наслідування. Натомість я пропоную скромніші федералістські варіації обмеженого парламентаризму як кращу основу для конституційних роздумів.

---

<sup>112</sup> Див. Christopher J. Anderson, *Barometer Elections in Comparative Perspective*, 15 ELECTORAL STUD. 447, 448 (1996) (розглядає німецькі земельні вибори як статистично подібні на англійські додаткові вибори); Reiner Dinkel, *Der Zusammenhang Zwischen Bundes und Landtags-wahlergebnissen*, 18 POLITISCHE VIERTELJAHRRESSCHRIFT 348, 348 (1977) (відкидає гіпотезу про те, що земельні вибори — це «ein Resultat rein landespolitisch motivierter Entscheidungen», себто, в моєму перекладі «результат рішень, умотивованих політичними факторами, які виникають виключно на рівні землі»); Susanne Lohmann, David W. Brady & Douglas Rivers, *Party Identification, Retrospective Voting, and Moderating Elections in a Federal System: West Germany, 1961–1989*, 30 COMP. POL. STUD. 420, 428 (1997) («В описах земельних виборчих кампаній постійною темою є те, що опозиційна партія на національному рівні може здобути впливи на національне законодавство, якщо виграє достатньо велику кількість земельних виборів, щоб отримати контроль над Бундесратом. Ця тема має особливе значення, коли національна опозиційна партія близька до того, щоб отримати більшість у Бундесраті, а прийдешні земельні вибори важливі для визначення більшості, яка контролюватиме Бундесрат». (цитати всередині пропущені)).

<sup>113</sup> Аналогія між Колегією виборників і Бундесратом ближча, ніж може спершу здатися. Так само, як американські розробники не змогли передбачити впливів національних політичних партій на роботу Колегії виборників, німецькі розробники вважали, що Бундесрат чомусь мав бути ізольований від політики національних партій. Ця позиція, можливо, мала більше сенсу в німецькому випадку заснування, тому що розробники вважали, що Бундесрат буде відносно неважливим органом, який здебільшого займається питаннями адміністративної ефективності. Однак наступні рішення Конституційного суду значно розширили законодавчі повноваження Бундесрату, зробивши його важливою нагородою в національній політиці. Див. GERHARD LEHMBRUCH, *PARTEIEN-WETTBEWERB IM BUNDESTAAT* 66–71 (1976).

3. *Бікамералізм без федералізму.* — Я зосередився на федералізмі з простої причини: фактично він послужив найважливішим політичним виправданням бікамералізму в сучасному світі. Унітарні держави часто доволі успішно справлялися з однопалатними зібраннями<sup>114</sup>. Якщо, за гіпотезою, немає необхідності, щоб друга палата представляла членів федерації, то навіщо національним державам взагалі потрібен сенат?

Традиційна відповідь була доволі зрозуміла — щоб захищати вищі класи<sup>115</sup>. Але, як показує лиха доля, що нависла над британською Палатою лордів, навіть рудиментарні форми класового вшанування стали неприйнятними. Сучасні теоретичні спроби виправдати існування другої палати наштотують на думку про певний інтелектуальний відчай, коли пропонують притягнути за вуха пояснення інституції, яка, можливо, втратила сенс свого існування<sup>116</sup>. Приміром, деякі коментатори визначають двопалатність як спосіб вимагати підтримку кваліфікованої більшості для законодавчих заходів. Але якщо правління кваліфікованої більшості бажане, то створення другої палати здається громіздким інструментом для того, щоб цього досягнути. Цієї ж мети можна досягти в однопалатному органі шляхом запровадження конституційного правила ухвалення рішень, що вимагає кваліфікованої більшості у відповідних випадках<sup>117</sup>. Однак я не згодний з думкою Джеремі Бентама про те, що друга палата «недоречна, нікчемна, гірша за нікчемну»<sup>118</sup>. Хоча розробка конституції може бути складною, друга палата може посилити дорадчий характер політичного життя. Повторне обговорення заходу може викрити серйозні ускладнення і викликати корисні переформулювання погано продуманих

---

<sup>114</sup> У дослідженні стабільних демократій професора Лійпгарта, «усі дев'ять офіційно федеральних систем серед 36 демократій мають двопалатні законодавчі органи, тоді як на 1996 рік 27 офіційно унітарних систем... рівномірно розділені між однопалатними і двопалатними системами». LIIPHART, *supra* note 37, at 203; *see id.* at 213–15.

<sup>115</sup> Див. TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 15–43 (зазначає, що крім федералізму, традиційним обґрунтуванням існування другої палати є представництво привілейованих класів).

<sup>116</sup> Див. *id.* at 214–16 (представляючи різке заперечення низки вигадливих захистів бікамералізму, запропонованих минулим поколінням теоретиків соціального вибору). Оскільки Цебеліс і Мані самі є теоретиками соціального вибору, їхнє обговорення складається із суворої демонстрації пунктів, за якими попередні автори або перебільшували свої твердження, або не змогли їх добре продумати. Див. *id.*

<sup>117</sup> Див. DENNIS C. MUELLER, *CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* 193–95 (1996). Теоретично бікамералізм також може у певних випадках виключити виборчі цикли. Див. TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 39–40. Але, як зазначає Мюллер, «на практиці не є можливим розділити електорат на розрізнені групи преференцій», які були б потрібні для цього. Див. MUELLER, *supra*, at 195; *також* TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 211.

Безперечно бікамералізм загалом ускладнює зміни у статус-кво, див. TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 74–75, і сам цей факт може рекомендувати його лібералам, які є прибічниками невтручання і надають велике значення захисту статус-кво (допоки він віддзеркалює їхні основоположні ідеали). Я звернуся до їхнього занепокоєння безпосередньо, коли розглядатиму третє обґрунтування для поділу влади — захист прав особистості. Див. *infra* pp. 722–27.

<sup>118</sup> Джеремі Бентам до своїх співгромадян у Франції про Палату перів і сенати, у 4 THE WORKS OF JEREMY BENTHAM 420–21 (John Bowring ed., 1843). Чудовий вислів отця Сієса також каже про це: «Якщо друга палата погоджується з першою, то вона нікчемна, а якщо не погоджується, то погана». EBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 1 (цитуює Сієса).

ініціатив. Двоетапний процес дає можливість взяти паузу, під час якої можна переглянути природу наших громадянських зобов'язань одне перед одним.

Усе це може видатися банальним, але це не так. Завжди існуватимуть потужні філософські школи: учорашній марксизм, нинішня школа раціонального вибору, які прагнуть викрити цю раціоналістичну нісенітницю, щоб виявити підступний егоїзм, який стоїть за нею. Однак тут не місце, щоб розглядати ці питання. Цей есей присвячений інституційним структурам, а не вищим ідеалам, тому проста примітка про інші праці має свідчити про мою прихильність принципам дорадчої демократії<sup>119</sup>.

Ці принципи проявилися уже під час розробки обмеженого парламентаризму. Одна з виразних рис цієї моделі — те, що вона підважує практику всенародних референдумів у вигляді, у якому вона розвинулася в останні два століття. Недостатньо піти до народу й за один плебісцит отримати його згоду на зміни в конституції. У виборців має бути можливість обговорити фундаментальну пропозицію упродовж кількох років, перш ніж вони винесуть своє остаточне рішення. Одне слово, серійний референдум — це спроба застосувати дорадчий принцип до структури вищих законодавчих інститутів.

Однак є очевидна проблема, пов'язана з перекладом цих самих принципів мовою повсякденного застосування в парламенті. Простіше кажучи, введення до цієї моделі потужного сенату неминуче збільшує шанси на глухий кут легітимності. Якщо у випадку федералізму ми відповіли на цю проблему послабленням другої палати, то чи не варто зробити те саме у випадку унітарної національної держави?

Як не дивно, але ні, як показує приклад італійського Сенату. Мало того, що Сенат абсолютно рівний із Палатою депутатів у законодавчих повноваженнях, так ще й кабінет мусить заручатися підтримкою більшості *обох* палат<sup>120</sup>. То як же тоді італійці уникли небезпеки глухого кута легітимності і безвиході, яку він за собою тягне?

Вони досягли неможливого, створивши майже симетрію в системі за допомогою якої обирають депутатів і сенаторів. Якщо партія А виграє 10 % місць італійської Палати депутатів, тоді вона отримає приблизно такий самий відсоток місць у Сенаті тощо<sup>121</sup>. Це

---

<sup>119</sup> Див., напр.: BRUCE ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE* (1980) [далі, ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE*; ACKERMAN, *FOUNDATIONS*, *supra* note 15, at 197–98, 272–74; Bruce Ackerman, *Why Dialogue?*, 86 *J. PHIL.* 5 (1989).

<sup>120</sup> Див. COST. art. 94 (Italy); Claudio Lodici, *Parliamentary Autonomy: The Italian Senato*, in *SENATES: BICAMERALISM IN THE CONTEMPORARY WORLD* 225 (Samuel C. Patterson & Anthony Mughan eds., 1999) («Дві палати парламенту рівні в законодавчих повноваженнях і їхня роль полягає у підтвердженні призначень прем'єр-міністра і кабінету міністрів»).

<sup>121</sup> Jean Grangé, *Italie: Le Sénat de la République*, in *LES SECONDES CHAMBRES DU PARLEMENT EN EUROPE OCCIDENTALE* 317, 332–33 tbl.1-2 (Jean Mastias & Jean Grangé eds., 1987) (порівнює силу партій у двох палатах з 1948 до 1983). У виборчих системах є кілька відмінностей, які заважають ідеальній симетрії. По-перше, італійці можуть голосувати за депутата з 18 років, див. COST. art. 56 (Italy), але вони мусять дочекатися 25 років, перш ніж зможуть голосувати за сенаторів, див. COST. art. 58 (Italy). По-друге, Сенат складається з кількох (на цей час одинадцяти) видатних сенаторів, яких обирають до кінця життя, включно

означає, що кабінет, який отримав підтримку більшості в Палаті депутатів зазвичай може також отримати більшість у Сенаті<sup>122</sup>. Одне слово, у разі загрози повністю симетричної двопалатності, симетрія у виборчій системі усуває глухий кут легітимності.

Цей «закон зміщення симетрії» пояснює наш несподіваний висновок. Зрештою весь сенс федералістського сенату в тому, щоб дозволити потенційно відмінним групам політичних інтересів і партіям кожного штату висловлюватися на рівні загальнонаціональної політики. Створення системи виборчих правил, які не дозволять порушувати партійний баланс у федералістському сенаті й у палаті депутатів будуть порушенням цього пункту. Відповідно, проблему глухого куту легітимності потрібно буде розв'язувати іншими засобами — або за допомогою введення незалежної президентської посади, або шляхом послаблення другої палати, як це передбачено в розв'язанні півтори палати.

На противагу цьому, італійське рішення для унітарної держави аж ніяк не здається дивним. Оскільки, згідно з гіпотезою, єдиною релевантною одиницею є національна держава, обидві палати цілком можуть представляти розподіл загальнонаціональних політичних сил. Єдине питання полягає в тому, чи додаткова користь від обговорень варта доданої складності другої палати. Це питання, відкрите для обґрунтованої незгоди — як з позиції основного принципу, так і з позиції особливостей культурного контексту.

---

із колишніми президентами республіки, але у Палаті депутатів немає аналогу цього. Див. COST. art. 59 (Italy).

Ці відмінності можуть привести до незначних розходжень у партійному представництві у двох палатах, особливо за системи голосування, яка вступила в силу після реформи 1993 року. До того часу обидві палати обиралися повністю за системою пропорційного представництва, хоча сенатори обиралися поіменно, а депутати за місцем у партійних списках. Див. Decree of the President of the Republic, March 30, 1957, at n.361, і далі зміни. З 1993 року три чверті місць обох палат заповнюються за мажоритарною системою, а решта чверть заповнюється за пропорційною системою. Див. Law of August 4, 1993, at n.277 (про порядок проведення виборів до Палати депутатів); id. at n.276 (про регулювальний процес у Сенаті). Ці закони були кодифіковані й прийняті законодавчим наказом. Див. Decree of December 20, 1993, at n.533. Деталі для Сенату й Палати депутатів відрізняються так, що це може додати до результату додаткові відмінності: виборники обирають сенаторів шляхом єдиного голосування, але віддають два голоси за членів Палати депутатів: один за окремого депутата, а один за список. Див. Alessandro Pizzarusso, *I Nuovi Sistemi Elettorali per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica*, in RIFORME ELETTORALI 123, 131 (Massimo Luciani & Mauro Volpi eds., 1995). На виборах депутатів лише партії, які отримали понад 4 % голосів на загальнонаціональному рівні мають право на пропорційні місця. На сенатських виборах такої прохідної межі немає, і розподіл здійснюється на регіональному рівні. Див. id.

До 1963 року була ще одна потенційно значна відмінність між палатами: Сенат міг існувати шість років, а Палата — лише п'ять, якщо тільки їх не розпускали до завершення встановленого законом терміну. Див. COST. art. 60 (Italy); Grangé, *supra*, at 335. Як виявилось, вибори до обох палат завжди проводилися одночасно, «щоб уникнути усіх політичних незгод між двома асамблеями». Id. (переклад Блюса Акермана). Попри формальні повноваження, Сенат не намагається усунути італійський уряд, залишивши цю основну функцію за Палатою депутатів. Був лише один виняток, пов'язаний із урядом Андреотті в 1979 році, і це не викликало особливого ажіотажу, можливо, через приблизну симетрію між двома палатами. Див. PAUL GINSBORG, *A HISTORY OF CONTEMPORARY ITALY: SOCIETY AND POLITICS, 1943–1988*, at 402 (1990).

<sup>122</sup> Під час виборів 1996 року правляча ліво-центристська коаліція отримала сильнішу більшість у Сенаті, ніж у Палаті депутатів, де їм для збереження контролю знадобилася підтримка Партії комуністичного відродження. Див. Volcansek, *supra* note 41, at 95, 104.

Якщо симетрична система працює так, як сподівалися, тоді проведення законопроекту через одну палату може викликати ширші обговорення в суспільстві, що призведе до того, що друга палата відхились його, або запропонує змінити перш, ніж його передадуть на розгляд. Оскільки правляча коаліція приблизно однакова в обох палатах, таке неприйняття може відбутися навіть без того, щоб між двома гілками обов'язково існували глибокі політичні антагонізми. Натомість це просто забезпечить спосіб зберегти обличчя, з допомогою якого правляча коаліція могла б переглянути політику, що стоїть за цією ініціативою. І що тут поганого?

Нічого, але також можливо, що сенат в італійському стилі виродиться в непотрібне п'яте колесо, додавши складності й непрозорості й не надавши чогось для додаткового дорадчого залучення<sup>123</sup>. Схоже на те, що саме так у 1950-х роках розсудили Данія і Швеція, які у тому ж десятилітті скасували політично-симетричні другі палати<sup>124</sup>. Однак, на відміну від ситуації із федералізмом, можна принаймні припустити, що повністю симетрична двопалатна система може ефективно функціонувати без втручання сильної і незалежної президентської влади.

Досі ми розглядали поділ влади як доктрину демократичної легітимності: скільки виборів має виграти рух, перші ніж отримає повну законодавчу владу? Яким чином федералістська конституція має організовувати демократичні інститути в центрі, щоб висловлювати інтереси штатів із периферії?

Наші відповіді виправдали основну ідею прибічників поділу влади, але не в знайомий для американців спосіб. У рамках схеми обмеженого парламентаризму жодному інституту не надається монополія на законодавчу владу. Замість того, щоб зосереджувати владу у вестмінстерському стилі, моя зразкова конституція намагається захистити низку різних інституційних дійових осіб від прямого парламентського контролю. Наша розділена влада наразі включає народ, який діє через послідовні референдуми, конституційний суд і слабкий федеральний, або сильніший загальнонаціональний, сенат.

---

<sup>123</sup> Італійський Сенат часто грав на критичних зауваженнях, але багато «найсуворішої критики двопалатності походить з того, що вона вважається однією з основних причин збоїв у роботі всієї інституційної системи, тоді як реальне коріння інституційної проблеми лежить у крайній багатопартійності цієї країни». Lodici, *supra* note 120, at 254. Однак, як зазначають Цебеліс і Мані:

Деякі незгоди між двома палатами тривають роками. Аллус описує «свого роду перекидання законопроекту між палатами, [яке] може тривати роками і призвести до того, що законопроект буде «вбитий» розпуском, що призведе до анулювання всього незавершеного законодавства. Так, наприклад, закон про заснування Конституційного суду перекидався між палатами півтора роки». А Сассун згадує «комуніста-політолога Джузеппе Коттуррі, який зазначив, що є інші причини для скасування однієї з палат: нескінченні переговори, які відбуваються між Палатою депутатів і Сенатом з кожного законодавчого акту, що грає на руку ХД [християнським демократам]. Час, який потрібен для того, щоб законопроект перейшов від однієї палати до іншої, дозволяє ХД домовитися з різними фракціями і лобістами».

TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 53–54 (внутрішні цитати пропущені).

<sup>124</sup> Див. TSEBELIS & MONEY, *supra* note 96, at 35.

Це не остаточний список. Інші кандидати на розділену владу безперечно з'являться після глибшого вивчення демократичної теорії. Існує багато конкурентних уявлень про природу демократичного самоуправління, і кожне з них може пропонувати різні форми інституційного поділу. Поки що достатньо припустити потенційну плідність таких досліджень і перейти до розгляду потенціалу поділу влади в інших легітимаційних обґрунтуваннях сучасного уряду.

## II. Функціональна спеціалізація

Першою великою темою сучасного конституціоналізму є демократія; другою — її обмеження. Доречними є два обґрунтування таких обмежень, і я по черзі звертатимусь до них. Ця частина розглядає вимоги професіоналізму: чи маємо ми виділити простір, ізольований від прямого політичного втручання, у якому судді й чиновники можуть застосовувати свої професійні судження на службі законодавчих цілей? Наступна частина розгляне обіцянку поділу влади як гарантію основних прав.

Знову-таки, буде позитивна і негативна сторона мого аргументу. Ця частина починається з конструктивної ноти, яка пропонує нові форми поділу влади, які можуть допомогти реалізувати обіцянку професійної судової системи і державної служби справедливому і ефективному уряду. Потім я поставлю ці пропозиції у ширші рамки попередньої дискусії: як професійне обґрунтування поділу влади вписується в ширші дебати між президенціоналізмом і парламентаризмом, які ми розглядали?

Далі настає черга моєї негативної тези: якщо на цьому етапі президентська влада в американському стилі аргументу здається поганою ідеєю, тоді вона здаватиметься ще гіршою, коли в рівнянні будуть враховані її згубні наслідки для неупередженого і професійного державного управління. Сподіваюся, що під кінець цієї частини обмежений парламентаризм здаватиметься ще сильнішою основою для нового поділу влади.

Але почнемо з початку. Щоб оцінити мою позитивну тезу, вам не потрібно погоджуватися з моїм звинуваченням на адресу президенціоналізму в американському стилі. Навіть якщо ви відкидаєте обмежений парламентаризм на користь вестмінстерського чи американського підходу до законодавства, ви все одно маєте відповісти на очевидне запитання: уявімо, що демократичні політики ухвалили новий закон, що відбуватиметься далі?

Можливо, нічого. Деякі закони ухвалюють просто для символічного задоволення. Але небагато. А разом із зусиллями щодо запровадження з'являється багато нових способів використати поділ влади.

Головною темою є реалістичне розуміння сильних і слабких сторін демократичних політиків. Добрий політик уміє висловлювати основні нормативні установки великих груп виборців, і це вміння є вкрай важливим ресурсом будь-якої дієвої демократії. Але з кожною людською чеснотою пов'язаний відповідний людський недолік. Саме тому, що наш гіпотетичний політик є демократом, він спокушатиметься змінити закон на користь своїх конкретних прибічників, особливо тих, чиї ресурси вкрай важливі для кампанії з переобрання. Окрім цих передбачуваних партійних мотивів, політикам просто не вистачає часу на те, щоб просіювати потрібні факти; доки вони переймаються суттю питання, вони зі значно більшою імовірністю думатимуть про те, як факти представляються широкій публіці, а не про те, як вони виглядатимуть після дисциплінованого і тривалого розслідування.

Тож необмежене політичне втручання матиме передбачуваний токсичний вплив на верховенство закону. Яким би гарним не здавався виданий закон, реальність буде жахлива. Перемогу в реальному світі здобудуть ті групи інтересів, які зможуть заручитися підтримкою наймогутнішого політика з найкращими зв'язками серед чиновників і суддів. Повноваження видавати закони має бути відділене від повноваження їх виконувати. Якщо політикам дозволити порушити цей бар'єр, результатом буде тиранія.

Хоч ми можемо прикрасити цей висновок цитатою з Медісона чи Монтеск'є, це всього лише здоровий глузд. Але зверніть увагу на те, що це нове обґрунтування поділу влади *взагалі* не спирається на теорії демократичної легітимності, розроблені в попередній секції. Цілком можливо відкинути демократичну потребу в розділенні законодавчої влади між президентом, сенатом і палатою представників, як я це зробив, однак прийняти другу доктрину поділу влади, оснований на абсолютно іншій логіці.

Назвімо це функціональною спеціалізацією, і її розробка складається з трьох частин. Перша наголошує на вродженій слабкості політиків, які обираються прямим голосуванням. Що більше вони втручатимуться у виконання законів, то менш безстороннім, більш невіглаським стане це виконання. Іще гірше, що що більше часу політики витрачають на бюрократичну політику, то менше вони його присвячуватимуть законодавчій функції, яку тільки вони й можуть законно виконувати — розробляти основні цінності.

Попри це, я не заперечую, що деякі конкретні питання такі важливі і їх так важко врегулювати завчасно, що їх слід залишити для прямого вирішення надзвичайно помітними політиками — парадигмою може бути оголошення війни. Хоча в таких випадках ми можемо цінувати практичну мудрість державних діячів, розробники конституції мусять визнати, що пряме ухвалення рішень — дуже дефіцитний продукт, який легко знецінити, якщо використовувати надміру. Якщо політики повсякчас втягнуті в конкретні суперечки, вони

відповідатимуть тим, що створюватимуть власні гіперполітизовані мінібюрократії. Наслідком стане найгірший з можливих світів: рішення ухвалюватимуть не досвідчені державні діячі чи тямущі чиновники, а недосвідчені лакеї, які прагнуть вислужитися перед своїм керівництвом і групами інтересів, які їх підтримують.

Тож з цього слідує, що розробка цієї другої доктрини поділу влади має початися з того, щоб відділити широкі галузі ухвалення конкретних рішень від тих небагатьох запитань, які імперативно вимагають уваги демократичних державних діячів. Хоча політики полюбляють демонструвати впливовим виборцям, що вони можуть принести користь, виборюючи особливі переваги в адміністративній системі, конституційний порядок має підштовхувати їх у іншому напрямку. У політиків буде більше ніж достатньо справ, якщо вони знайдуть час, щоб прямо і обдумано відповісти на основні питання законодавчої політики, які повсякчас породжує динаміка суспільного життя.

Другий крок у моїй аргументації вимагає відвертої оцінки культурних і людських ресурсів держави. Перш ніж функціональний поділ влади набуде сенсу, має бути закладено дещо, що я називатиму «веберіанською культурою»<sup>125</sup>. Принаймні деякі талановиті люди мають знаходити натхнення в перспективі професійного служіння державі. Інакше функціональний поділ влади стане просто фіговим листком для корупції і клієнтелізму. У людському плані функціональна спеціалізація передбачає наявність гарно підготовлених спеціалістів. Суспільно налаштованих спеціалістів, звісно, бракує в багатьох частинах світу — і в такому разі буде багато значно важливіших речей, про які потрібно буде турбуватися більше, ніж за функціональний поділ влади. Але навіть якщо функціональний поділ влади має важливе культурне й людське коріння, він не зможе процвітати без великої інституційної уяви.

Саме тут, на третьому етапі аргументу, креативний потенціал конституційного права було кричуще недооцінено — хоча, загалом кажучи, джерело цієї невдачі в Америці і Європі було різним.

#### *А. Інтелектуальний виклик*

Дослідження публічного права в Америці і Європі означає різні речі. Мабуть, це місце, де дослідники можуть допомогти одне одному вийти за межі своєї містечковості?

*1. Америка.* — Американці визнають центральне значення політичної незалежності й професійної неупередженості лише тоді, коли йдеться про суди. Якщо політики

---

<sup>125</sup> Неймовірно дослідження коріння веберіанської культури в усіх її приголомшливих різновидах, див. у BERNARD S. SILBERMAN, CAGES OF REASON: THE RISE OF THE RATIONAL STATE IN FRANCE, JAPAN, THE UNITED STATES, AND GREAT BRITAIN (1993).

намагаються змусити суддів пом'якшити закони для своїх приятелів, усі визнають, що це фундаментальне порушення поділу влади — і, я вважаю, що сьогодні це не надто часто трапляється у США.

Але американським дослідникам важче визначити інші загрози верховенству права. Хоча телефонний дзвінок президента судді щодо незавершеної справи розглядається як злочин проти конституції, аналогічний дзвінок чиновнику середньої ланки розглядається не так однозначно. Конституціоналістам важко визнати, що президент, як найвпливовіший політики країни, становить головну загрозу для поділу влади з позиції доктрини функціональної спеціалізації. Зрештою, чи конституція не наділяє президента всією «виконавчою владою», і чи це не надає йому найширшу з можливих свободу дій для керування бюрократією так, як йому заманеться?

Але в той час, коли в 1787 році засновники писали конституцію, вони не мали жодного уявлення про те, що американський уряд колись винаймає мільйони чиновників, які виконують приголомшливо різноманітні функції. Статистичні дані вартують мільйона слів: у 1802 році кількість невійськових чиновників, які працювали на федеральний уряд становила рівно 2597 людей<sup>126</sup>, у 1997 році — 1 872 000<sup>127</sup>. Здається, що на таку різницю варто звернути увагу.

Однак із сумом маю сказати, що під інтелектуальним керівництвом судді Скалії американські юристи-конституціоналісти стають дедалі нетерплячішими через такі приземлені відмінності і схильні розв'язувати це питання на болюче наївному рівні текстуальної інтерпретації:

*Перша передумова:* Президент має всю «виконавчу» владу.

*Друга передумова:* Конституція розділяє федеральну владу лише на три гілки: законодавчу, виконавчу і судову.

*Третя передумова:* Влада над бюрократією не є ані законодавчою, ані судовою.

*Висновки:* Тому ця влада має належати виконавчій владі.

Проблематичною є друга передумова. Звісно, засновники вельми цінували поділ влади, *задуманий як доктрина демократичної відповідальності*. Але звідси навряд чи слідує, що вони ігнорували б переваги поділу влади, *задуманого як доктрину функціональної спеціалізації*, якби вважали, що пишуть конституцію для бюрократичної держави. Їхня нездатність напряду звернутися до цього питання (за винятком випадків, коли це стосувалося судів) є просто наслідком їхньої нездатності серйозно ставитися до

---

<sup>126</sup> Див. JAMES STERLING YOUNG, THE WASHINGTON COMMUNITY, 1800–1828, at 29 tbl.1 (1966). Із загальної кількості я виключив президента, 161 члена Конгресу і Верховного суду.

<sup>127</sup> Див. *Trend of Federal Civilian Employment, 1982–1997* (visited Oct. 15, 1999)

<http://www.opm.gov/feddata/98factbk.pdf>. Ця кількість не включає працівників поштової служби США.

бюрократичної держави. Але це мовчання не має використовуватися сучасними знавцями конституційного права як привід ігнорувати проблему або, що ще гірше, уявляти, що засновники вирішили проблему, про існування якої вони навіть не знали. Тому конституціоналісти мають розширити своє мислення, щоб прийняти специфічні структурні проблеми, пов'язані з контролем над четвертою гілкою влади — бюрократією.

Це абсолютно очевидно для професорів адміністративного права, які гірко обурюються домінуванням експертів з конституційного права в ієрархії академічних правознавців. Тоді як їхні конкуренти повсякчас теревенять про значення 1787 і 1868 років, саме вони (як нескінченно кажуть вони самі) займаються фундаментальними проблемами, пов'язаними з владними організаціями в сучасній державі. Однак до них все одно ставляться як до другосортних громадян — ніби їхні роздуми про Акт про адміністративні процедури тощо мають у масштабах загальнонаціональної влади другорядне значення в порівнянні, скажімо, з величним баченням Маршалла у справі Маккаллох проти Меріленду<sup>128</sup>!

Вони мають рацію, що дратуються. Думаю, що сукупність роздумів, які в них накопичилися, є цінним ресурсом для побудови нової доктрини поділу влади у XXI столітті. Але поки що я хочу звернути увагу на темну сторону їхньої геттоїзації. Навіть найбільш амбітні в інтелектуальному плані знавці адміністративного права не зовсім уникнули наслідків того, що їх віднесли до громадян другого сорту. Скільки б вони не говорили про «четверту гілку влади», вони не сприймають цю метафору достатньо серйозно, щоб розглядати питання того, як має бути розроблена сучасна *конституція*, на противагу Акту про адміністративні процедури, щоб ізолювати певні фундаментальні бюрократичні структури від ситуативних втручань політиків і змусити політиків зосередити свої зусилля на тому, що тільки вони можуть робити в сучасній демократії на законних підставах — видавати закони і ухвалювати (вельми небагато) конкретних рішень, які будуть надзвичайно помітними і справді вимагають вияву державної та практичної мудрості.

2. *Європа*. — Європейців, звісно, не можна звинуватити в подібній сліпоті. Ще у XVIII столітті Фрідріх II оголошував себе головним слугою своєї країни і з усіх сил (зі змінним успіхом) намагався встановити контроль над своєю бюрократією. І одним із найбільших тріумфів законності останнього століття стали відносно успішні зусилля Державної ради у Франції (а після нацистської катастрофи ще й німецького Федерального адміністративного суду) із захисту громадян від правопорушень з боку держави. Коли в

---

<sup>128</sup> 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

1880-х роках А. В. Дайсі незабутньо застерігав англо-саксонський світ триматися подалі від європейського прикладу спеціальних адміністративних судів<sup>129</sup>, можливо, було не дуже зрозуміло, наскільки конструктивно ці суди реагуватимуть на проблему бюрократичної влади<sup>130</sup>. Одне століття по тому, в американських юристів немає виправдання залишатися в невіданні щодо цих франко-німецьких досягнень. Попри занепокоєння Дайсі, саме англо-саксонський світ лишається в полоні таких роялістських ідей як «суверенна недоторканість», тоді як французька Державна рада вже давно звільнилася від таких примітивних уявлень<sup>131</sup>.

Однак європейці також здебільшого не змогли інтегрувати бюрократію у свої роздуми про потенційне використання конституційного права. За іронією долі, на противагу американському зразку, саме конституціоналісти, а не експерти з адміністративного права, традиційно займали підлегле становище у вивченні публічного права. Хоча з часів Другої світової війни ситуація змінилася, юридична думка завжди адаптується доволі повільно<sup>132</sup>. Однак останнім часом дедалі більша група дослідників почала визнавати, що виклик для Європи, як і для Америки, у XXI столітті полягатиме в тому, щоб створити нову доктрину поділу влади для бюрократичної держави<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Див. A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 213–67 (8th ed. Liberty Classics 1982) (1915). Особливо сторінки 265–267 цієї праці, яка була вперше опублікована в 1885 році.

<sup>130</sup> Навіть за часів Дайсі було багато ознак того, що адміністративні суди Третьої республіки мали намір поставити бюрократію у рамки верховенства права. Див. Trib. conflits, Feb. 8, 1873, Blanco, Rec. 1er supplt. 61, concl. David, in LES GRAND ARRETS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE 15, 15–21 (Marceau Long et al. eds., 9th ed. 1990); Conseil d'Etat, Feb. 19, 1875, Prince Napoleon, Rec. 155, concl. David, in LES GRAND ARRETS, *supra*, at 29–38. Обговорення цих випадків, серед іншого, див. у FRANÇOIS BURDEAU, HISTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF 199–254 (1995) (огляд останні тридцять років XIX століття); JOHN A. ROHR, FOUNDING REPUBLICS IN FRANCE AND AMERICA: A STUDY IN CONSTITUTIONAL GOVERNANCE 208–11, 217–21 (1995) (принц Наполеон і Бланко).

<sup>131</sup> Цей контраст коротко, але зрозуміло, представлений у ROHR, *supra* note 130, at 242–45. Верховний суд зробив великий крок назад у таких справах, як *Alden v. Maine*, 119 S. Ct. 2240 (1999), і *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board*, 119 S. Ct. 2219 (1999). Зверніть увагу на жарт судді Бреєра, який мав іншу думку, про те, що рішення більшості «більше схоже на думку Якова I, а не Джеймса Медісона». *Id.* at 2240 (Breyer, J., dissenting).

<sup>132</sup> Однак уже є кілька цікавих експериментів. Наприклад, відповідно до конституції П'ятої республіки, уряд зобов'язаний (таємно) консультиватися з Державною радою до того, як офіційно пропонувати законопроекти, таким чином отримуючи можливість переробити свої ініціативи з розумінням потенційних проблем реалізації.

<sup>133</sup> Найцікавішу, хоч і суперечливу, працю проробили дослідники Європейського Союзу, зокрема професори Джандоменіко Маджоне і Кристіан Йоргес. Див. Christian Joerges and Jurgen Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, 3 EUR. L.J. 105 (1997); Giandomenico Majone, *The European Community: An "Independent Fourth Branch of Government?"*, in VERFASSUNGEN FÜR EIN ZIVILES EUROPA 23 (Gert Bruggemeier ed., 1994); Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 W. EUR. POL. 77 (1994); Giandomenico Majone, *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions* (1996) (visited Dec. 9, 1996) [http://www.iue.it/RSC/WP-Texts/96\\_57.html](http://www.iue.it/RSC/WP-Texts/96_57.html); див. також P. P. Craig, *Democracy and Rule-making Within the EC: An Empirical and Normative Assessment*, 3 EUR. L.J. 105, 129 (1997) (обговорює переглянутий республіканізм, як модель для європейської демократії); Michelle Everson, *Independent Agencies: Hierarchy Beaters?*, 1 EUR. L.J. 180, 189–92 (1995) (каже про те, що американський конституційний досвід може бути корисний для європейських країн, які намагаються встановити дієвий нагляд за урядовими установами).

### *В. Дві скромні пропозиції*

Легше сказати, ніж зробити. Тож вибачте мені, якщо я обмежуся нарисом двох напрямків для серйозного конституційного дослідження.

*1. Принципова гілка влади.* — Я починаю з такої очевидної пропозиції, що вона майже досягає звання трюїзму: бюрократія не може працювати, якщо бюрократичні рішення можна продавати тому, хто більше заплатить.

Також не можна довіряти тому, що виборні політики серйозно ставитимуться до корупції. Навіть коли вони самі не беруть прямої участі в поділі здобичі, вони можуть часто використовувати чорні каси для того, щоб змащувати колеса своїх електоральних коаліцій.

Але якщо це так, то чи не має сучасна конституція присвятити окрему статтю створенню окремого інституту, який прагне стримувати і бути противагою цим руйнівним тенденціям?

Можливо, що ні. Зрештою, конституція не універсальний інструмент для вирішення всіх без винятку проблем, які є у списку побажань установчих зборів. Однак помилково розглядати корупцію як чергову соціальну проблему. Нездатність тримати її під контролем підриває саму легітимність демократичного уряду. Якщо відкупи стануть рутинною частиною життя, прості люди розчаруються у самій думці про те, що вони разом зі своїми співгромадянами, можуть контролювати свою долю завдяки демократичному верховенству права. Така ситуація, звісно, превалює у багатьох регіонах світу. Але усюдисущість корупції не означає, що конституційне право має заплющувати на це очі. Навпаки, це каже про те, що боротьба за справжній конституціоналізм усе ще знаходиться на ранньому етапі розвитку.

Надійна побудова окремої «принципової гілки влади» має бути головним пріоритетом для розробників сучасних конституцій. Нова гілка влади має бути озброєна повноваженнями і стимулами для повсякчасного нагляду. Представникам принципової гілки влади необхідно гарантувати вельми високі зарплати, захистити від скорочення з боку законодавчої влади. Їм потрібно гарантувати можливість кар'єрного зростання, яка б дозволила їм уникнути пізнішої служби під керівництвом чиновників, чесність яких їм доручено розслідувати. Конституція також має гарантувати цій гілці мінімальний бюджет у *x* відсотків від загальних державних доходів, тому що інакше політики можуть відповісти на загрозу викриття тим, що зведуть цю агенцію до символічної цифри високооплачуваної допомоги.

Як тільки ми створили конституційних наглядачів, ми мусимо зробити кроки, щоб тримати їх під контролем — як доводить нещодавня необ'єктивна комісія з розслідування американського спецпрокурора. Насправді це справедливе питання — чи слід дозволяти принципівій гілці влади націлюватися на виборних високопосадовців. Імовірно, неможливо структурувати слідчі повноваження так, щоб уникнути очевидних небезпек партійних зловживань і надмірної криміналізації політики — хоч я в цьому сумніваюся. Навіть якщо виборні службовці та їхні безпосередні помічники будуть виключені з розслідувань, це все одно буде вагомим конституційним аргументом на користь поділу влади.

Така необхідність також визнається у практиці розвинених демократій. Британський приклад особливо повчальний, зважаючи на інстинктивну відразу Вестмінстеру до більшості форм поділу влади. З 1861 року парламент започаткував постійні комітети з питань виконання державного бюджету, які очолювали провідні представники опозиції, щоб забезпечити довіру під час визначення того, що державні кошти витрачаються без порушень<sup>134</sup>. У рамках виконавчої влади Британська ревізійна комісія також виконує нагляд за місцевими органами управління та Національною службою охорони здоров'я<sup>135</sup>. Парламент знову-таки робить кроки, щоб ізолювати комісію від інститутів, які вона розслідує<sup>136</sup>. Подібні інститути існують також у США<sup>137</sup>. Надання цим зусиллям конституційної гідності — більше ніж символічний жест. Якщо існує момент, коли країна може серйозно поставитися до корупції, то це під час конституційного з'їзду, на якому довготривалі структурні міркування можуть на якийсь момент привабити увагу громадськості. Ба більше, є певний досвід, передовсім у Гонконгу і Сингапуру, який свідчить про те, що окрема принципова гілка влади може дуже успішно працювати, якщо її

---

<sup>134</sup> COLIN TURPIN, *BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION: TEXT, CASES AND MATERIALS* 483–85 (2d ed. 1990); Alan Doig, *Politics and Public Sector Ethics: The Impact of Change in the United Kingdom*, in *POLITICAL CORRUPTION IN EUROPE AND LAT I N AMERICA* 173, 174 (Walter Little & Eduardo Posada-Carbo eds., 1996) (звертається до звітів, виданих Королівською комісією щодо стандартів поведінки в громадському житті, а також Комітету з виконання державного бюджету).

<sup>135</sup> Функції комітету описані на сайті <http://www.audit-commission.gov.uk/ac2/ICfirst.htm>, відвідано 26 вересня 1999.

<sup>136</sup> Див. SUSAN ROSE-ACKERMAN, *CORRUPTION AND GOVERNMENT: CAUSES, CONSEQUENCES, AND REFORM* 163 (1999).

<sup>137</sup> Як і Британський постійний комітет, Головне фінансово-контрольне управління ґрунтується на законодавчій гілці влади і відіграє важливу наглядову роль. Цікаво, що американська доктрина поділу влади відносно протирічить ГФКУ, основному на страху надмірного посягання на повноваження виконавчої гілки влади. Див., напр., Kevin T. Abikoff, Note, *The Role of the Comptroller General in Light of Bowsher v. Synar*, 87 COLUM. L. REV. 1539, 1540–41 (1987).

Занепокоєння через чесність також висловлене в спеціальному управлінні генерального інспектора, яке було створене в кожному великому виконавчому органі. Див. загалом William S. Fields & Thomas E. Robinson, *Legal and Functional Influences on the Objectivity of the Inspector General Audit Process*, 2 GEO. MASON INDEP. L. REV. 97 (1993) (описує Акт про генерального інспектора і процес аудиту).

належно ізолювати<sup>138</sup>. Самого факту того, що принципова гілка традиційно не належить до «святої трійці», не має бути достатньо для того, щоб позбавити її місця в сучасному поділі влади.

Як тільки цю гілку буде створено, може бути доцільним визначити її проблеми ширше, щоб її повноваження включали інші патології, окрім прямої корупції. Погляньмо, приміром, на використання податкових органів як інструменту війни в партійній політиці. Можливо, цьому зловживанню можна було б ефективно покласти край, уповноваживши принципову гілку розслідувати скарги потерпілих і притягати до відповідальності бюрократів-правопорушників. Але існують очевидні небезпеки, пов'язані з надто широкими повноваженнями цієї гілки. Що ширша її юрисдикція, то більше вона може порушувати діяльність політично відповідальних органів, і то більше вона сама ставатиме привабливою мішенню для політизованої відплати.

2. *Регуляторна гілка.* — Настав час вийти за межі патологічної позиції і поглянути на ширші конституційні виклики, які виникають через експансивні регулятивні амбіції сучасної держави. Я припускаю, що ми давно вийшли за рамки розуміння бюрократичного регулювання, основаного на теорії демократичної легітимності «приводного пасу», відповідно до якої бюрократичні «експерти» просто визначають законодавчі норми, які є у законодавчому акті<sup>139</sup>. Регулятори розробляють закон, і ми не хочемо, щоб це відбувалося якимось інакше. Погляньмо, приміром, на нормативні проблеми, пов'язані із захистом довкілля. Хоча демократичне законодавство може забезпечити керівні принципи, парламенти не мають ані часу, ані досвіду для просіювання змінних наукових даних у пошуках відповідальних нормативних рішень. Насправді, коли парламенти намагалися ухвалити конкретні рішення, пов'язані із захистом довкілля, результати іноді були кричуще контрпродуктивними<sup>140</sup>. Що вимагається, так це конституційний проєкт, який визнає необхідність додаткового бюрократичного законодавства у біжучій регуляторній справі, але свідомо протистоїть серйозним, пов'язаним із нею проблемам із легітимацією. Почнімо

---

<sup>138</sup> Я не хочу забагато брати з цих двох прикладів. Як Гонконг, так і Сингапур були автократіями у час їхніх успішних антикорупційних кампаній, і в жодному із цих випадків антикорупційні органи не були зроблені незалежними від волі головного автократа. Натомість вони підпорядковувалися безпосередньо генерал-губернатору чи прем'єр-міністру, а отже повністю залежали від запалу до боротьби з корупцією, який виявляли ці очільники держави — і він виявився доволі значним. Проблема полягає в тому, щоб конституційними засобами створити аналогічний рівень завзяття та інституційної ізоляції в цій схемі. Більше про ці два випадки, див. ROBERT KLITGAARD, CONTROLLING CORRUPTION 101–33 (1988); ROSE-ACKERMAN, *supra* note 136, at 159–62; Jon S.T. Quah, *Singapore's Experience in Curbing Corruption*, in POLITICAL CORRUPTION: A HANDBOOK 841 (Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston & Victor T. LeVine eds., 1989).

<sup>139</sup> Класичний розбір цього питання, див. у Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1671–88 (1975).

<sup>140</sup> Тематичні приклади, які розкривають патології, які можуть стати наслідком таких зусиль, див. у BRUCE A. ACKERMAN & WILLIAM T. HASSLER, CLEAN COAL/DIRTY AIR (1981).

з простого питання бюрократичної компетентності. Як ми бачили, випадок функціонального поділу влади передбачає цінність наукових знань і професійного досвіду в сучасних зусиллях з регулювання. Але насправді щороку по всьому світу продукують тони бюрократичних документів, які свідчать про жахливе невігластво щодо складних соціальних і економічних стосунків, які вони покликані регулювати. Серйозна конституція сучасної держави має вдатися до агресивних кроків, щоб гарантувати, що претензії бюрократії на компетентність — це не просто легітимізаційні міфи, а важкою працею завойовані досягнення.

Другий легітимізаційний міф вимагає подібної відповіді. Згідно з цією уже знайомою фантазією, бюрократія служить звичайним приводним пасом для нормативних суджень, які ухвалюються парламентським законодавством. Недостатньо просто спростувати цей міф. Сучасні конституції мусять вдатися до конструктивних кроків, щоб виявити найважливіші аспекти нормативного бюрократичного судження і дисциплінувати його використання низкою методів, починаючи з участі громадськості й закінчуючи судовим наглядом.

Ця, як я вже сказав, одна з галузей, у якій американське законодавство пішло далеко вперед. Приміром, німецький закон про адміністративні процедури зосереджується винятково на небезпеках бюрократичних зловживань особистими правами, майже повністю ігноруючи характерні проблеми, пов'язані з легітимацією бюрократичної нормотворчості. Якими б не були недоліки американського закону про адміністративні процедури (а вони доволі серйозні), закон визнає, що ухвалення регуляторних норм потребує особливих форм легітимації, які посилять участь населення, забезпечать безперервну перевірку претензій бюрократії на обізнаність і заохотять до серйозних нормативних роздумів щодо політичних варіантів, які неминуче приховані в абстрактних нормативних керівництвах<sup>141</sup>.

Проблема в тому, що американські експерти з конституційного та адміністративного права не змогли розпочати серйозну розмову про переклад американського досвіду мовою конкретних пропозицій для установчих зборів у всьому світі. Якою має бути структура регуляторної гілки? Як демократична легітимність міністрів і професійний досвід бюрократії можуть бути поєднані у варту довіри систему участі громадськості й судового нагляду?<sup>142</sup>

### *С. Конкурентні концепції поділу влади*

---

<sup>141</sup> Див. SUSAN ROSE-ACKERMAN, CONTROLLING ENVIRONMENTAL POLICY: THE LIMITS OF PUBLIC LAW IN GERMANY AND THE UNITED STATES 13–15 (1995); Susan Rose-Ackerman, *American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?*, 107 HARV. L. REV. 1279, 1279–80 (1994).

<sup>142</sup> Важливі ресурси для роздумів див. у JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW (1997), а також праці Majone and Joerges, *supra* note 133, і Rose-Ackerman, *supra* note 141.

Ми знаходимося на початку того, що має стати величезним зусиллям з інтеграції бюрократії до нашого конституційного бачення ліберально-демократичної держави. Але я сподіваюсь, що сказав достатньо, щоб обґрунтувати свою ширшу тезу: замість того, щоб розглядати «поділ влади» так, ніби він вказував на єдину об'єднану проблему, вигідніше розбити цю концепцію на кілька частин. Зробивши це, ми можемо з'ясувати, що традиційні міркування про «поділ влади» є водночас і надто широкими, і недорозвиненими. Якщо розглядати аргументи на користь поділу законодавчої влади в американському стилі між президентом, палатою представників і сенатом як доктрину демократичної легітимності, то вони здаватимуться доволі слабкими. Але якщо розглядати їх як доктрину функціональної спеціалізації, то така доктрина матиме значний потенціал.

Якщо це так, то ми, ймовірно, можемо підняти цей аргумент на вищий рівень і подивитися, чи існує зв'язок між поганим різновидом поділу влади і хорошим. Зокрема, чи забезпечує поділ влади в американському стилі підходящу інституційну матрицю для розробки поділу влади на основі логіки функціональної спеціалізації?

Якщо відповідь буде ствердною, то нам доведеться змінити наше початкове різке судження про поділ влади в американському стилі. Хоча в системі можуть бути перераховані нами негативні риси, вона також має позитивну рису, яка в майбутньому дозволить розвинути гарний різновид поділу влади. Якщо ж відповідь негативна, то це буде ще один великий удар по поділу влади в американському стилі.

Відповідь негативна.

*1. Теоретичні зв'язки.* — Якщо парламентська система добре функціонує, то прем'єр-міністр і його кабінет зосереджено дивляться на наступні вибори. Якщо вони програють, тоді долю всіх їхніх попередніх законодавчих ініціатив буде віддано на милість політичних опонентів. Як наслідок, вони хочуть грамотної і ефективної роботи із запровадження цих ініціатив із боку бюрократії, і до того ж якомога швидше.

Професійні бюрократи мають інший часовий обрій. Вони зацікавлені в позитивній службі і визнають, що впродовж своєї кар'єри служитимуть багатьом різним політичним панам. Відповідно, вони зазнають довгострокових утрат, якщо стануть відвертими прибічниками цілей нинішнього кабінету й пристрасно прив'яжуться до його цілей. У якийсь невизначений час у майбутньому кабінет міністрів програє вибори, і наступна група політиків при владі влаштує відплату чиновникам, які демонстративно присвятили себе ідеології попереднього режиму.

Це не означає, що чиновники, які служать тривалий час, відповідатимуть своїм нинішнім панам «бюрократичним обструкціонізмом». Навпаки, вони мають всі підстави очікувати, що затримки потягнуть за собою жахливу короткострокову відплату, тому що

група теперішніх політиків обурюватиметься, якщо виявить загрозу своїм перспективам на переобрання. Якщо чиновник хоче уникнути цих санкцій, він має культивувати репутацію нейтральної компетентності. Хоч які цілі ставить кабінет, високопоставлений держслужбовець готовий і прагне їх реалізувати.

Коротко кажучи, існує глибокий зв'язок між парламентаризмом і професіоналізмом. Кабінет із радістю приймає професійну містичну силу — поки бюрократи приносять результати завдяки обізнаності й ефективності, політики не відчувають кричущої потреби, щоб ті сповідували їхню віру. Чиновники, своєю чергою, можуть прийняти веберіанську етику бюрократичної нейтральності як украй важливий страховий поліс. Так їм не потрібно буде вибачатися перед кожним новим кабінетом за свої агресивні й ефективні зусилля, докладені в інтересах попередньої влади. Бюрократи, навпаки, можуть сподіватися, що веберіанська етика дозволить їм перетворити потенційний дебет на великий кредит: «Я служитиму вам і вашим цілям, пане міністре, з такою ж енергією і відданістю, з якою намагався реалізувати цілі вашого попередника».

Глядачі телесеріалу «Так, пане міністре» навчилися насміхатися з таких заяв про віддану слухняність, спостерігаючи за тим, як хитрий держслужбовець сер Гаркер щотижня переграє нетямущого політика Джима Гекера. Як ми побачимо, телебачення може бути не найкращим джерелом інформації про діяльність сучасної британської бюрократії<sup>143</sup>. Поки що достатньо протипоставити професійному тиску парламентської системи зовсім інакші стимули, породжені поділом влади в американському стилі<sup>144</sup>.

Оскільки президентська влада відділена від конгресу, високопоставлені бюрократи мають навчитися виживати у силовому полі, де домінують конкурентні політичні лідери. Оскільки і президент, і конгресові барони розмахують потужною зброєю, щоб дисциплінувати неслухняних слуг, і лише найнаївніший бюрократ вважатиме, що етика «нейтральної компетентності» може бути найкращою стратегією виживання. Якщо бюрократ і його установа процвітатимуть, цього вже недостатньо, щоб задовольнити кабінет міністрів його професійною компетентністю, як це буває за парламентської системи. Тепер уже важливо налаштувати його конкурентних хазяїв на президентській посаді і в конгресі один проти одного в постійних зусиллях з максимізації загальної підтримки. Замість того, щоб видавати результат, який вимагають міністри, першим пріоритетом бюрократа буде сформулювати політичну місію, яка привабить підтримку конкурентних сил, відповідальних за законодавчі й фінансові рішення.

---

<sup>143</sup> Див. *infra* p. 705.

<sup>144</sup> Приблизно схожі аргументи, які доходять таких самих висновків, див. у Moe & Caldwell, *supra* note 36, at 173–82.

Ця політична місія, своєю чергою, підштовхне бюрократа до масштабної роботи з мобілізації груп інтересів. У рамках парламентської системи міністри негативно реагуватимуть, коли держслужбовці «діють у них за спиною» і налаштовують політичний електорат на програми, які загрожують пріоритетам кабінету міністрів. У системі в американському стилі безперестанна боротьба між виконавчою владою і конгресом не залишає високопоставленому бюрократу вибору: якщо її установа хоче виконати свою місію, то вона має повсякчас мобілізувати дружні групи інтересів у цій нескінченній боротьбі за впливи на критично важливих дійових осіб у палаті представників, у сенаті і виконавчій владі.

Політизація бюрократії посилюється другою рисою системи поділу влади. Як ми бачили, однією з визначальних ознак є можливість закріпити законодавство після наступного електорального циклу. Хоча ухвалити закон може бути важко, його також важко змінити. Оскільки наявна коаліція прагне захистити свою ініціативу від легкого перегляду, кадрова політика займатиме одну з найвищих позицій у списку засобів такого закріплення. Якщо коаліція зможе призначити ідеологічних однодумців на керівні посади у новоствореній установі, ці держслужбовці опиняться у стратегічній позиції, щоб воювати на два фронти проти майбутніх конгресменів і президентів. Коли одна чи інша гілка влади виступить проти цієї програми, ідеологічна бюрократія зможе спробувати скористатися рештою галузей політичної сили в боротьбі установи за виживання, формуючи і переформатовуючи програмні ініціативи так, щоб зберігати підтримку програми серед груп інтересів, комітетів конгресу і працівників президентської адміністрації. Більше того, перше покоління ідеологічних бюрократів наполегливо працюватиме, щоб дібрати групу наступників-однодумців<sup>145</sup>.

Це означає, що в перший день на посаді новообрані президенти і прем'єр-міністри стикаються з абсолютно різними бюрократичними реаліями. Останні стикаються з кадрами високого рівня, які прагнуть заявити про свої претензії на нейтральну компетенцію; перші досліджують некеровану імперію бюрократично вкорінених ідеологів, вправних у політичному мистецтві стратегічних союзів з друзями з конгресу і груп інтересів.

Однак, як голова виконавчої влади, президент прекрасно розуміє, що нестиме відповідальність за загальну роботу бюрократичного істеблішменту. То як тоді йому з'ясувати, що його «адміністрація» існує не лише як конституційна метафора?

Почавши ще одну кампанію з політизації бюрократії, цього разу засіявши її власними прибічниками. Кампанія розгортатиметься у двох напрямках. По-перше, президент

---

<sup>145</sup> Звісно, це вже зовсім інше питання, чи будуть вони успішні. Вдумливе дослідження, див. у ANTHONY DOWNS, *INSIDE BUREAUCRACY* 5–23 (1967).

створить спеціальну виконавчу установу, повністю контрольовану прибічниками, а відтак намагатиметься запровадити її широкі повноваження, щоб переглядати й змінювати рішення, які прийматимуться в усій великій бюрократичній імперії. Нейтральним ярликом, який виправдовуватиме цю діяльність буде необхідність здійснювати «центральну координацію» безладної мішанини незалежних місій, створених у різний час у різних законодавчих актах різними політичними більшостями. Але цей ярлик буде лише прикриттям для тривалої боротьби між прибічниками президента в центрі й укоріненими ідеологічними антрепренерами з широкої периферії.

Тут у дію вступає друга стратегія, оскільки президент прагне консолідувати свою імперію, збільшуючи кількість лоялістів у некерованих бюрократичних вотчинах. Головним критерієм у цих призначеннях буде лояльність президенту та його програмі, ідеологічна обґрунтованість якої, звісно, залежить від конкретного президента. Велика небезпека полягає в тому, що емісари президента «переймуть місцеві звичаї» і піддадуться тиску вкорінених ідеологів, щоб підтримувати попередню місію установи, навіть якщо вона відхиляється від порядку денного «нинішньої адміністрації».

За таких надзвичайно напружених обставин претензії на вагоме знання і виконавчу компетентність повністю не ігноруватимуть. Знання — це сила, і володіння професійним досвідом, звісно, завжди буде на видноті — але часто в дусі конкуренції з великим скептицизмом щодо можливості досягнути професійного консенсусу. Якщо сформулювати мій висновок одним рядком: парламентаризм породжує нейтральну компетенцію, поділ влади породжує політизований професіоналізм. Як наслідок, мандат президента від виборців розсіюється і підривається нескінченною війною на незліченних бюрократичних фронтах.

Звісно, прем'єр-міністр зі своїм кабінетом також стикатиметься із серйозними проблемами, пов'язаними з бюрократією, але це будуть інші проблеми. Існує фундаментальна складність у прагненні чиновництва задовольнити свої претензії на нейтральну компетенцію. Урешті-решт немає абсолютно нейтрального способу зрозуміти реальність. Кожна «експертна» конструкція світу містить багато суперечливих передумов — хоча «загальноприйняті уявлення» безсумнівно існують в кожній професійній галузі, вони підтримуються в головах професійних практиків лише за рахунок придушення тривоги через їхні проблематичні риси.

Бюрократична недалекоглядність, у певному розумінні, — це добре. Професіонали — не академіки. Їм платять за рішення, а не за участь в амбітних програмах передових досліджень. Якими б неадекватним не виявилися «загальноприйняті уявлення» через п'ятдесят років, професійні бюрократи живуть тут і тепер і не мають заохочуватися надто

перейматися через обмеження свого розуміння. Реалістичний ідеал «нейтральної компетентності» лише вимагає, щоб бюрократи робили все можливе, виходячи з наявних загальноприйнятих уявлень.

У цьому-то і притичина. Бюрократи — інтелектуально консервативні створіння, серед них повно старомодних людей, які вклали значні ресурси у застрілі загальноприйняті уявлення<sup>146</sup>. За всіх своїх щиросердних заяв про «нейтральну компетентність» високопоставлені бюрократи часто можуть потрапляти в пастку старомодних парадигм і не розуміти, що кращі ідеї можна знайти в університетах, приватних компаніях та інших передових інститутах. Одна справа, коли відповідальні за вибори політики вимагають неможливого від своїх бюрократів; інша річ, коли політики зазнають поразки через нездатність чиновників іти в ногу із сучасними ідеями.

Це серйозна проблема, хоч не слід перебільшувати її значення у загальній схемі — у багатьох випадках бюрократи можуть мати рацію, опираючись політичному пошуку чарівного засобу. Однак, не применшуючи її справжньої важливості, я припускаю, що ця проблема парламентської бюрократії здається такою, що більше піддається розумному управлінню, ніж її відповідник у системі поділу влади. Міністри можуть реагувати на особливо кричущі форми бюрократичної короткозорості, скликаючи спеціальні незалежні експертні комісії зовнішніх спеціалістів. Або вони можуть інституціоналізувати цикл зворотного зв'язку між бюрократами і зовнішнім світом — відправляючи перспективних чиновників на курси підвищення кваліфікації в університетах або організуючи консультативні комітети, які охоплюють широкий спектр думок з питань, які викликають стурбованість. Або вони можуть призначити невеликий персонал з планування для участі у творчому обміні з постійними держслужбовцями.

Жоден із цих інструментів не працюватиме весь час, і іноді бюрократична обмеженість сягатиме патологічних масштабів. Але скандальні інциденти не мають відволікати нас від основної моделі бюрократичних стимулів. Держслужбовці, які працюють в рамках парламентської системи, мають потужні стимули дослухатися до нового міністра, коли той описує свої програмні цілі, і мають адаптувати наявну професійну мудрість до дедалі більших політичних імперативів. Коли законодавча влада розділена між президентом і конгресом, держслужба стає полем битви між вкоріненими ідеологічним бюрократами і прибічниками президента, які нескінченно борються за політичну підтримку.

---

<sup>146</sup> Див. *id.* at 158–66 (обговорює закріплення бюрократії у розділі під назвою «Цикл стійкості»).

#### D. Від теорії до практики

Тому існують доволі фундаментальні причини пов'язувати поділ влади в американському стилі з непривабливими формами бюрократичного управління. Ще гірше, що ці теоретичні зв'язки масово підтверджуються на практиці.

1. *Ціна політизованого професіоналізму.* — Мій перший основний прогноз, знову-таки, полягає в тому, що елітні американські чиновники демонструватимуть абсолютно інше розуміння своєї ролі, ніж їхні колеги в парламентських системах. Характерно, що це один із основних висновків проривного дослідження порівняльної бюрократичної культури, проведеного професорами Джелом Абербахом, Робертом Путнемом і Бертом Рокменом, а також армією тих, хто проводив опитування у США і шести європейських країнах<sup>147</sup>. Провівши ретельно контрольовані інтерв'ю зі значною кількістю провідних парламентарів і чиновників у кожній із цих країн, ці дослідники з'ясували, що «американська винятковість переслідує наше прагнення до однорідності й вільного узагальнення»<sup>148</sup>.

На відміну від європейських колег, американські чиновники не розуміли, що їхня роль передбачає функції, відмінні від тих, які виконують політики. Називаючи цю відсутність диференціації ролей «приголомшливою»<sup>149</sup>, автори недвозначно визначають поділ влади як головну причину «американського відхилення»:

Американські чиновники більшою мірою, ніж у будь-якій іншій країні, відповідальні за укріплення власної бази політичної підтримки. Фрагментарна підзвітність змушує американських бюрократів іти на ризик і енергійно відстоювати позиції, яких вони приватно дотримуються... Не захищені анонімністю і не прислужуючи якомусь одному очевидному хазяїну, американські чиновники мусять шукати союзників там, де тільки можуть... Звісно, бюрократична політика, якщо її правильно розуміти, існує всюди. Але за межами США в цю гру зазвичай грає вужче коло осіб і за значно

---

<sup>147</sup> Див. JOEL D. ABERBACH, ROBERT D. PUTNAM & BERT A. ROCKMAN, BUREAUCRATS AND POLITICIANS IN WESTERN DEMOCRACIES 94–95 (1981) (стверджують, що специфічне американське розуміння стосується як короткострокових політичних призначенців, так і довгострокових держслужбовців). Шість європейських країн включали Британію, Францію, Німеччину, Італію, Нідерланди і Швецію — за винятком Франції, вони всі мають парламентські системи. Як вказано далі в примітці 150, французькі дані також вказують на те, що французька слабша версія поділу влади має подібний на американський вплив на самопізнанням чиновників.

Тепер дослідження Абербаха застаріло вже на ціле покоління, і було б добре мати нове. Наступне національне дослідження, проведене в Німеччині каже про те, що зберігається основна відмінність між європейським і американським самопізнанням чиновників. Див. Renate Mayntz & Hans-Ulrich Derlien, *Party Patronage and Politicization of the West German Administrative Elite 1970–1987 — Toward Hybridization?*, 2 GOVERNANCE 384, 394 (1989) («Сьогодні держслужбовці вирізняють свою роль від ролі політиків навіть більше, ніж у 1970...») (виділення пропущені).

<sup>148</sup> ABERBACH, PUTNAM & ROCKMAN, *supra* note 147, at 94.

<sup>149</sup> Див. *id.* at 95.

чіткішими, хоч і не остаточними, правилами. Бюрократична політика Європи зазвичай має епізодичний характер; у США вона безперервна<sup>150</sup>.

Моє друге принципове передбачення стосується того, як президенти і прем'єр-міністри реагують на вельми різні бюрократичні реалії. Уже знайоме порівняння між Америкою і Британією залишається надзвичайно показовим у цьому питанні<sup>151</sup>. Коли до уряду Британії входить нова партія, новий прем'єр-міністр «призначає до свого кабінету близько сотні членів уряду і невелику кількість політичних радників і консультантів. До того ж кожен міністр кабінету може найняти одного чи двох політичних радників»<sup>152</sup>. Американський президент, навпаки, має право призначати близько чотирьох тисяч людей<sup>153</sup>. Однак, попри таку перевагу президента на цифрах, саме прем'єр-міністр має кращі важелі для керування чиновниками.

У есеї, який мають прочитати всі конституціоналісти-компаративісти, політологи Террі Мо і Майкл Колдвелл описують британську сцену:

---

<sup>150</sup> *Id.* at 95–96. У наступному за цитатою абзаці, автори чітко вказують на конституційну основу підкреслених ними інституційних відмінностей. Цікаво, що єдина західноєвропейська країна, яка віддалено нагадує в цьому питанні Америку — це Франція, яка, звісно, єдина має посаду незалежно обраного президента: «Члени вищих рівней голлістської бюрократії винятково упереджені в соціальному плані і, ймовірно, відбиралися, коли особлива увага приділялася їхній політичній приналежності й партійним тенденціями. У цьому плані вони, мабуть, до певної міри нагадують американських політичних керівників адміністрації Ніксона...» *Id.* at 77–78. Оскільки є надзвичайно багато суперечливих змінних, я не хочу особливо зупинятися на цьому моменті. Але це, принаймні, каже про користь серйозніших досліджень. Див. Ezra N. Suleiman, *Presidentialism and Political Stability in France, in THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY*, *supra* note 19, at 137, 150–59 (вивчає наслідки переходу до президентської системи у Франції).

<sup>151</sup> Детальніше порівняння могло б включати Німеччину, яка є яскравою варіацією на тему парламентського уряду. Як і в англійській системі, німецький кабінет сильно покладається на постійну державну службу, але новообраний уряд Німеччини може з легкістю звільнити високопоставлених бюрократів, яких вважає ідеологічно непридатними, і також може призначити на високі посади аутсайдерів. Ганс Ульріх Дерлін пояснює систему і оцінює її практичну дію під час двох великих змін партійного уряду, які відбулися в 1969 і 1982 роках. Див. Hans-Ulrich Derlien, *Repercussions of Government Change on the Career Civil Service in West Germany: The Cases of 1969 and 1982*, 1 *GOVERNANCE* 50 (1988). Вища адміністративна еліта, яка складається приблизно зі 150 посад, див. *id.* at 56 табл.1, пережила відносно швидку плінність кадрів після обох політичних змін, коли після першої відбулося 49 нових призначень, а після другої — 58, див. *id.* at 63 табл. 6. Лише кілька з цих позицій (10 і 12, відповідно) були заміщені людьми, які повністю входили до системи державної служби, хоча нові уряди, мабуть, просунули кількох державних службовців, які в протилежному випадку не потрапили б до вищих щаблів бюрократії. Див. *id.*

Німецький підхід цілком може сподобатися деяким читачам, які занепокоєні бурлінням і гіперполітизацією американської системи, але скептично ставляться до британських претензій до веберіанської нейтральності.

<sup>152</sup> FREEDMAN, *supra* note 54, at 151.

<sup>153</sup> Див. James P. Pfiffner, *Strangers in a Strange Land: Orienting New Presidential Appointees, in THE IN-AND-OUTERS: PRESIDENTIAL APPOINTEES AND TRANSIENT GOVERNMENT IN WASHINGTON* 141, 141 (G. Calvin Mackenzie ed., 1987) («Ця [цифра] включає працівників Білого дому (200), голів основних міністерств і установ (15–25), підкабінету (400–500) і послів (150). До того ж голови міністерств і установ можуть призначати непрофесійних працівників Служби вищих держслужбовців (600–800) і спеціальних помічників, які допомагають заповнювати форму 1040 Служби внутрішніх доходів (1700).»)

У Британії справді є система, про яку президенти можуть лише мріяти. Вона побудована навколо двох центральних бюро: кабінету міністрів, підпорядкованому напряму прем'єр-міністру і скарбниці, під керівництвом канцлера казначейства (друга особа в кабінеті міністрів). Ці бюро тісно співпрацюють, як і їхні керівники, і вони укомплектовані держслужбовцями з репутацією чесних, досвідчених і нейтрально-компетентних людей. Попри свій невеликий розмір, вони мають величезні впливи на бюрократію.

Епізодичні спроби створити конкурентів цих центральних бюро не мали великого впливу. Приміром, Центральний штаб з нагляду за політикою, створений у 1970 році, щоб забезпечити альтернативне джерело інформації для прем'єр-міністра, був швидко поглинутий кабінетом міністрів і врешті-решт скасований урядом Тетчер. Прем'єр-міністр Гарольд Вілсон чітко виклав причину, з якої прем'єр-міністри більше не використовують подібні установи: «Усе, що [прем'єр-міністр] міг би створити вже існує... у кабінеті міністрів»<sup>154</sup>.

Досвід Британії другої половини ХХ століття доволі повчальний. Маргарет Тетчер прийшла до влади з величезною недовірою до вищих держслужбовців. Розглядаючи це як потенційну заваду для її неоліберального бачення, вона виявила безпрецедентну цікавість до питань просування бюрократів службовою драбиною: «Хоча звинувачення в “політизації” у сенсі підтримки консерваторів у ті часи були зняті і, судячи з наших інтерв'ю, були необґрунтовані, — висновує вдумливе британське дослідження, — Тетчер безперечно надавала перевагу держслужбовцям, чиє визначення своєї ролі робило їх більш відданими впровадженню її політики і менш схильними сумніватися в урядовій політиці»<sup>155</sup>. Насправді автори вважають, що вона, можливо, була навіть надто успішною і «готовність високопоставлених чиновників до жорсткої, безпристрасної критикилюблених схем політиків могла зменшитися»<sup>156</sup>. Добре це чи погано, але сер Гамфрі з «Так, пане міністре» не представляє покоління майбутнього Вайтголла. Навпаки, «не буде перебільшенням сказати, що конституційні підручники тепер правдивіші [у тому, як вони описують стосунки між держслужбовцями і міністрами], ніж будь-коли»<sup>157</sup>.

Нічого подібного не відбулося в Америці. Безперечно, президенти кінця ХХ століття вели безперервну боротьбу за підвищення потенціалу як Виконавчого управління президента, так і Адміністративно-бюджетного управління, щоб відібрати ключові рішення

---

<sup>154</sup> Moe & Caldwell, *supra* note 36, at 188 (внутрішні цитати пропущені).

<sup>155</sup> Graham K. Wilson & Anthony Barker, *The End of the Whitehall Model?*, W. EUR. POL., Oct. 1995, at 130, 137.

<sup>156</sup> *Id.* at 143.

<sup>157</sup> *Id.* at 146 (в оригіналі є відмінність) (цит. Г'юго Янга з його дозволу).

в «аутсайдерів з числа постійної бюрократії, яким вони вочевидь не довіряють»<sup>158</sup>. Водночас президенти значно збільшили кількість своїх політичних призначенців серед постійної бюрократії<sup>159</sup>. Попри цю масову політизацію, президент не може очікувати чогось схожого на професійне втілення, яке його британський колега вважає за належне.

Ні, зверніть увагу, що було б краще, якби президент не мав можливості політизувати бюрократію. Навпаки, його дієвий контроль наблизиться до нуля, тому що члени Конгресу і групи інтересів очікувано відмовляться брати участь в односторонньому роззброєнні. Замість того, щоб створити державну службу в британському стилі, президент просто передає політичний контроль конкурентним політикам у Конгресі та пов'язаним із ними групам інтересів<sup>160</sup>.

І справді, конституційне право президента на політизацію своєї адміністрації беззаперечно визнають навіть його найбільші вороги. Упродовж більшої частини життя останнього покоління президенти-республіканці протистояли демократичному Конгресу і навпаки. Хоча конгресова опозиція брала участь у різних заходах, де висловлювалася критика, вона дозволила президентові колонізувати вищі щаблі бюрократії, заповнивши їх дедалі більшою кількістю політичних лоялістів. Усі зацікавлені сторони відкинули б прийняття британського підходу як украй наївного. Зважаючи на безжальний тиск, який Конгрес чинить на заступників помічників міністрів, президент підписав би смертний вирок своїй адміністрації, якби не спробував змусити *своїх людей* укомплектувати адміністративні барикади<sup>161</sup>.

Витрати на цю систему були б величезні. Я не стверджую, що політичні призначенці є або партійними халтурниками, або абсолютно недосвідченими в мистецтві управління. Навпаки, переважна більшість з них має значний досвід роботи на державній службі, і багато з них раніше працювали в установах, у яких отримують свої політичні

---

<sup>158</sup> Moe & Caldwell, *supra* note 36, at 190.

<sup>159</sup> Див. PAUL C. LIGHT, THICKENING GOVERNMENT: FEDERAL HIERARCHY AND THE DIFFUSION OF ACCOUNTABILITY 7–13 (1995). Особливо авторські зауваження:

Між 1960 і 1992 роками кількість міністрів збільшилася з 10 до 14, кількість їхніх заступників — з 6 до 21, помічників — з 14 до 32, заступників помічників з лише 9 до 52, асистентів міністрів з 81 до 212, заступників асистентів з 77 до 507...

*Id.* at 8.

<sup>160</sup> Див. Pablo T. Spiller & Santiago Urbiztondo, *Political Appointees vs. Career Civil Servants: A Multiple Principals Theory of Political Bureaucracies*, 10 EUR. J. POL. ECON. 465 (1994) (протиставляє президентські й парламентські системи і висновує, що за президентських систем президент надаватиме перевагу короткостроковим політичним призначенцям, а не довгостроковим держслужбовцям).

<sup>161</sup> Відносна сила президента і Конгресу (зокрема конгресових комітетів) у порівнянні федеральних бюрократів — це тема нескінченних дебатів. Короткий огляд дебатів зі списком літератури, див. у B. DAN WOOD & RICHARD W. WATERMAN, BUREAUCRATIC DYNAMICS: THE ROLE OF BUREAUCRACY IN A DEMOCRACY 29–31 (1994). Вуд і Вотермен також надають гарну серію тематичних прикладів, які (і це не дивно) вказують на складну взаємодію між впливами президента і Конгресу. Див. *id.* at 32–76.

призначення<sup>162</sup>. Однак політичні призначенці не лишаються на своїй посаді достатньо довго, щоб працювати продуктивно. Медіанний термін перебування на посаді політичного призначенця вже певний час скорочується і зараз становить близько двох років<sup>163</sup>. Одна третина служить менше півтора роки!<sup>164</sup>

Ці цифри представляють дуже депресивну, хоч і прозаїчну історію. Більшість призначенців мусять переїжджати до Вашингтона і неминуче відволікаються на рутинні задачі з пошуку житла, піклування про дітей і шлюбних партнерів тощо (або повсякчас подорожують до своїх рідних міст)<sup>165</sup>. Оскільки ті, кого призначають до тих самих установ зазвичай попередньо не знайомі між собою, вони неминуче витрачають перші місяці роботи на те, щоб дізнатися про упередження і особливості одне одного. А постійна текучка перетворює це на нескінченну справу. Наслідком є катастрофічна нестача командної роботи, яка є вкрай важливою для узгодженої розробки політичного курсу<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> У 1964–1984 роках близько 80 % високопоставлених призначенців мали попередній досвід у федеральному уряді. Див. Carl Brauer, *Tenure, Turnover, and Postgovernment Employment Trends of Presidential Appointees*, in THE IN-AND-OUTERS, *supra* note 153, at 174, 177. Хоча деякі коментатори переконували, що спостерігалось зниження якості високопоставлених управлінців, одне прекрасне дослідження каже про те, що ці звинувачення не підкріплені достатньою емпіричною базою. Див. Joel D. Aberbach & Bert A. Rockman, *In the Web of Politics: Three Decades of the U.S. Federal Executive*, ch. 4, at 6–10 (1999) (неопублікований рукопис, зберігається у автора).

<sup>163</sup> У 1981–1991 роках медіанна каденція посадовців, які вимагали підтвердження Сенату, становила 2,1 року, найбільша текучка була в міністерствах кабінету і менша — в «незалежних» установах. Див. General Accounting Office, *Fact Sheet, Political Appointees, Turnover Rates in Executive Schedule Positions Requiring Senate Confirmation*, GAO GDD-94-115, at 2–3 (April 1994). Середня каденція за президентів другої половини XX століття була:

Президент	Каденція (роки)
Джонсон	2,8
Ніксон	2,6
Форд	1,9
Картер	2,5
Рейган	2,0

Див. Brauer, *supra* note 162, at 175.

<sup>164</sup> Див. Brauer, *supra* note 162, at 175. Аналіз Брауера взятий з дослідження Національної академії державної адміністрації президентських призначенців з 1964 до 1984 року. Див. *id.* at xvi.

<sup>165</sup> Відсоток президентових призначенців, які повідомляють про стрес через приватне життя доволі великий і він далі збільшується — від 52 % за адміністрації Джонсона до 73 % у Рейгановій адміністрації. Див. Dom Bonafede, *Presidential Appointees: The Human Dimension*, in THE IN-AND-OUTERS, *supra* note 153, at 120, 138 tbl.6.3.

<sup>166</sup> Г'ю Гесло пояснює:

Багато в чому найважливішим є не досвід роботи, а тривалість його стосунків з керівниками. Ті, хто обіймає вищі посади, мають оцінювати здібності своїх підлеглих; підлегли мають дізнатися, що від них очікують. Політичні призначенці на одному ієрархічному рівні мають вивчити сильні і слабкі сторони одне одного, пріоритети і способи спілкування. Зазвичай можливість розвивати ці робочі стосунки навіть коротша, ніж час, необхідний для засвоєння конкретної роботи... За часів адміністрацій Кеннеді, Джонсона і Ніксона майже дві третини заступників міністрів і чотири п'ятих помічників міністрів працювали два чи менше роки на тих самих безпосередніх політичних керівників.

HUGH HECLO, *A GOVERNMENT OF STRANGERS* 104–05 (1977). Є всі підстави вважати, що Гекло знайшов би ще менше безперервності у робочих стосунках адміністрацій кінця XX століття.

Більше того, низка короткострокових призначень призводить до безжально-короткострокового політичного фокусу і вічно змінного пошуку нової панацеї. Ось опис цієї патології держслужбовцем, який сам став політичним призначенцем:

Не знаю, скільком помічникам міністрів я допоміг пробитися. І при цьому ви просто неймовірно багато відволікаєтеся на це. І завжди є тенденція до того, що прийде новий хлопець і знову винаходить велосипед. А іноді матимете класичний приклад політичного чиновника, який збирається зробити собі ім'я, а тому він визначить для себе один золотий кубок, за яким гнатиметься, і спрямує всю бісову енергію цілої установи на те, щоб отримати той золотий кубок. А за півтора роки він піде, прийде новий хлоп уже зі своїм золотим кубком. «Агов, люди, нам сюди»<sup>167</sup>.

Короткострокові, розрізнені, вічно змінні: ця невтішна модель управлінців підтверджується даними опитувань, які кажуть, що лише 28 % високопоставлених держслужбовців вважають політичних призначенців такими, що мають «добрі управлінські навички». З цим погоджується багато політичних призначенців — лише 55 % вважають себе добрими управлінцями<sup>168</sup>.

Ще гірше те, що немає очевидного способу спонукати політичних призначенців розширити своє перебування в уряді. Вони, за визначенням, не можуть безкінечно залишатися на своїх посадах — це перетворювало б їх на високопоставлених держслужбовців. Для них цілком природно розглядати свої посади як стартовий майданчик для отримання надійнішої роботи. Більше того, політичні призначенці дедалі рідше роблять собі мінікар'єру, переходячи з однієї роботи на іншу, щоб довше лишатися в уряді — пропрацювавши два роки помічником міністра, а відтак ще на два роки перейшовши на посаду заступника міністра. Тепер звільнення з держструктур з подальшим працевлаштуванням у приватному секторі працює з нестримною швидкістю — два роки в уряді, а відтак перехід у приватний сектор<sup>169</sup>.

Це нескінченне збурення викликає нові проблеми. Щоб заповнити ті самі вакансії потрібен час, у середньому на це йде від шести до двадцяти місяців у восьми головних

---

<sup>167</sup> Brauer, *supra* note 162, at 178–79 (цитує свідчення Роберта Телона Голла, досвідченого держслужбовця, який працював помічником міністра торгівлі з економічного розвитку в адміністрації Картера).

<sup>168</sup> Див. Aberbach & Rockman, *supra* note 162, at tbl.6-9.

<sup>169</sup> Менше 10 % політичних призначенців у період з 1964 до 1984 року лишалося в державному секторі. Див. Linda L. Fisher, *Fifty Years of Presidential Appointments*, in THE IN-AND-OUTERS, *supra* note 153, at 1, 27; див. також Brauer, *supra* note 162, at 182 («Загальне правило серед президентських призначенців — це “зайти, вийти і більше ніколи не повертатися”»).

агенціях, обраних для дослідження Центральним фінансовим управлінням<sup>170</sup>. Упродовж цього часу необхідні рішення накопичуються в адміністративному чистилищі, оскільки тимчасові виконавці чекають, коли нарешті прибуде президентів призначенець — можливо, лише для того, щоб дізнатися, що якийсь важливий співробітник чи начальник саме оголосив про свою відставку.

Більше того, нескінченне прагнення потрапити в приватний сектор породжує для президента постійну проблему: як йому завадити своїм прибічникам наживатися на його програмах в намагання максимізувати свій дохід після служби в уряді?<sup>171</sup> Очевидне рішення: запровадити етичні правила, які забороняють призначенцям, які йдуть з посади, надто швидко й очевидно наживатися на своїх попередніх зв'язках. Навіть якщо залишити осторонь можливість ухилитися від такої заборони й неминуче використання лазівок, такі ініціативи можуть у кращому разі зменшити, але не усунути стимул до продажності<sup>172</sup>. Однак немає причин припускати, що будь-який президент намагатиметься щось змінити в найближчому часі. Хоча його політичні прибічники можуть мати погані стимули, вони принаймні його призначенці, а це значно краще, ніж мати справу з бюрократами, які заглядатимуться на його конкурентів у Конгресі за підказками.

Звісно, одна річ — терпіти таку систему, якщо вона була досягнута шляхом свідомого вибору. Але, як наголошує Г'ю Гекло, можливо, найпроникливіший із сучасних коментаторів:

Немає жодного державного документу, жодних великих дебатів чи значних загальнодоступних рішень, які б розкривали основи нашої нинішньої системи тимчасових працівників...

...Президент і його прибічники мають достатньо проблем, щоб справлятися з нинішніми протиріччями і не непокоїтися про якийсь більший задум, який був би в пригоді здебільшого їхніми наступникам. Члени Конгресу і конгресових комітетів найлегше зберігали перевагу завдяки тому, що працювали з частинами виконавчої гілки, які становили для них найбільший інтерес. «Система» тимчасових працівників

---

<sup>170</sup> У 1994 році ЦФУ обрало вісім агенцій для вивчення вакансій за десятилітній період з 1981 до 1991 року: міністерства сільського господарства, повітряних сил, торгівлі, освіти, охорони здоров'я і соціальних служб, ВМС, Держдепартамент і Управління з охорони навколишнього середовища. Див. General Accounting Office, *supra* note 163, at 8 tbl.3.

<sup>171</sup> Лінда Фішер так підсумовує ситуацію: «Тому політичне призначення — не так вінець тривалої кар'єри не державній службі, як квиток до більшої фінансової винагороди, доступної в приватному секторі». Fisher, *supra* note 169, at 29.

<sup>172</sup> Див. G. Calvin Mackenzie, "If You Want to Play, You've Got to Pay": Ethics Regulation and the Presidential Appointments System, 1964–1984, in THE IN-AND-OUTERS, *supra* note 153, at 77, 77–99.

(невдалий термін, якщо брати до уваги, що він означає результат свідомого задуму) виникла як побічний продукт цих мікророзрахунків політичної переваги<sup>173</sup>.

Плутанина сягає ще 1787 року. Коли Медісон і Ко придумали поділ влади в американському стилі, вони жодного уявлення не мали про ті патологічні моделі, які він спричинить через два століття. Зважаючи на цей факт, ми маємо вагатися задовго до того, як рекомендувати іншим країнам, які прагнуть до демократії, нашу «систему» тимчасових держслужбовців, які відтак ідуть працювати в приватні структури — а саме це ми і робимо, пропонуючи розділяти законодавчу владу в американському стилі для загального замилювання.

2. *Від макро до мікро.* — Я малював широким пензлем, намагаючись виділити головні тенденції, а не неминучі закономірності. Безперечно, близьке порівняння певних галузей розробки політичного курсу привело б до більшої складності й викликало б багато надзвичайно потрібних уточнень. На жаль, порівняльне державне управління — це не надто добре розроблена галузь, і більшість видатних досліджень не приділяють уваги взаємозв'язкам між різними конституційними структурами і різними стилями і результатами розробки політичного курсу. Однак класична праця Семюеля Гантінгтона може стати зразком для майбутньої роботи<sup>174</sup>. За словами Гантінгтона, американський поділ влади справив надзвичайно руйнівний вплив на професійний характер вищого військового командування. Щоб зрозуміти, про що йому йдеться, розглянемо роботу такого інституту, як Об'єднаний комітет начальників штабів в уряді вестмінстерського типу. У рамках такої системи нерозділеної законотворчої влади Об'єднаний комітет начальників штабів знає, що їхнім босом є прем'єр-міністр, і що немає сенсу намагатися обійти його авторитет, звертаючись до його критиків у парламенті. Найкращий спосіб для них максимізувати свій авторитет — завоювати репутацію завдяки професійній обґрунтованості своїх порад. Що краща ця репутація, то з більшою імовірністю прем'єр-міністр двічі подумає, перш ніж відхилити цю пораду.

Поділ влади в американському стилі породжує інший набір стимулів. Мало того, що Об'єднаний комітет начальників штабів разом із відповідним конгресовим комітетом може нав'язати президентові свій порядок денний. Докладаючи до цього зусилля, вони також можуть пожертвувати своїми професійними судженнями, щоб підвищити ціну корисних символів, які додадуть енергії їхнім політичним союзникам.

---

<sup>173</sup> Hugh Heclo, *The In-and-Out System: A Critical Assessment*, in *THE IN-AND-OUTERS*, *supra* note 153, at 195, 196–97.

<sup>174</sup> SAMUEL P. HUNTINGTON, *THE SOLDIER AND THE STATE* 222–70, 400–28 (1957).

Але гірше попереду. Президент — не ідіот і має всі підстави вдатися до кроків, які завадять дезертирству його Об'єднаного комітету начальників штабів. Під час призначення військових лідерів на ці посади, першочергове значення матиме політична лояльність, а не професійна майстерність. Можна очікувати, що потенційні генерали звернуть на це увагу і діятимуть відповідним чином, у свій вільний час читаючи останню працю Дейла Карнегі<sup>175</sup>, а не шукаючи вчення Карла фон Клаузевіца технологічної доби<sup>176</sup>.

Я не спеціаліст із військової справи і залишу іншим вагомій пропозиції Гантінгтона. Але його книжка зробила велику послугу, припустивши потенційне поширення руйнівного впливу поділу влади на роботу уряду. Саме тому, що більшість тематичних досліджень так сильно залежать від контексту, легко випустити з уваги те, наскільки сильно різні галузі можуть потерпати від подібних структурних патологій<sup>177</sup>.

Я не стверджую, що поділ влади в американському стилі робить функціональну спеціалізацію абсолютно неможливою. Вряди-годи політизація державного управління може так затягнутися, що може викликати енергійну реакцію у відповідь і квазіконституційні зусилля, спрямовані на те, щоб ізолювати центр ухвалення рішень від повсякденного політичного тиску. Типовим прикладом є Рада Федеральної резервної системи — тривала відповідь Прогресивної доби на століття трагікомічного і надміру політизованого й поганого управління грошовою масою<sup>178</sup>.

Хоча ФРС припустилася своєї частки помилок, вона принаймні серйозно ставиться до фактів, її управителі змінюються щодва роки<sup>179</sup>, і вона відмовляється прогинатися під кожен подув із Білого дому чи Капітолійського пагорба. ФРС не повністю ізолювана від політичних впливів — вона і не має бути. Але політичне керівництво діє в довготривалій перспективі: низка нових призначень може мати серйозні наслідки, а якщо робота лишається незадовільною, Конгрес і президент вільні змінювати управлінський устав ФРС. Короткострокова експертиза обмежена довгостроковим політичним наглядом.

Звісно, справедливо буде запитати, чи наявне поєднання є правильним для цієї галузі політики<sup>180</sup>. Але це передбачає, що система в американському стилі *може* вийти за рамки

---

<sup>175</sup> DALE CARNEGIE, HOW TO WIN FRIENDS AND INFLUENCE PEOPLE (rev. ed. 1981).

<sup>176</sup> CARL VON CLAUSEWITZ, VOM KRIEGE (Ferd. Dummlers Verlag 1980).

<sup>177</sup> Корисний огляд літератури про тематичні приклади, де робляться спроби виявити структуру патологій, пов'язаних із поділом влади, див. у Moe & Caldwell, *supra* note 36, at 182–92.

<sup>178</sup> Історію про XIX століття можна скласти з кількох джерел. Див. BRAY HAMMOND, BANKS AND POLITICS IN AMERICA (1957) (розглядає період до Громадянської війни в США); JAMES LIVINGSTON, ORIGINS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM: MONEY, CLASS, AND CORPORATE CAPITALISM, 1890–1913 (1986); IRWIN UNGER, THE GREENBACK ERA: A SOCIAL & POLITICAL HISTORY OF AMERICAN FINANCE, 1865–1879 (1964).

<sup>179</sup> З 1981 до 1991 року медіанна тривалість служби управителя ФРС становила 5,3 роки. Див. General Accounting Office, *supra* note 163, app.V at 30.

<sup>180</sup> Порівняльне дослідження, яке підтверджує цінність незалежності центрального банку, див. у SYLVIA MAXFIELD, GATEKEEPERS OF GROWTH (1997).

своїх гіперполітизованих патологій і ствердно прийняти логіку функціональної спеціалізації, коли справи підуть доволі погано.

Принаймні іноді. Зрештою, ФРС має справу з великими грошима, а в Америці великі гроші мають значення. Але якщо ми звернемося до інших галузей політики, де функціональна спеціалізація могла дати більший зиск, там ми не знайдемо такого ж захопливого сприйняття поділу влади. Прикладом може бути галузь регулювання охорони навколишнього середовища. Є кілька проблемних галузей, у яких довгострокова перспектива і наукові знання важливіші за розумну політику. Але цей функціональний імператив не спонукав до серйозних зусиль зі структурування Агенції з охорони навколишнього середовища (АОНС) так, щоб професійні рішення винагороджались. Приміром, Керол Браунер так і не досягла верхівки АОНС після тривалої кар'єри професійних звершень. Вона потрапила туди у віці 36 років завдяки своїй відданості Елу Гору<sup>181</sup>, і тому що Білл Клінтон не потурбувався про те, щоб поставити на її чолі власного лояліста. Чи знадобиться століття чи два поганого управління, перш ніж американці розроблять структуру поділу влади для захисту навколишнього середовища, яка дозволить їм здолати стандартну динаміку своєї системи?

Безумовно, нападки на бюрократію мають глибоке коріння в американській психіці. Навіть без поділу влади багато американців повірили б, що «розумники» мало чого або взагалі нічого конструктивного не можуть внести в мистецтво управління. Безперечно, система, щонайменше, посилює це природне невігластво, заохочуючи політизацію професіоналізму в управлінні адміністративною державою.

#### *Е. Поділ влади і верховенство права*

Але на кон поставлено дещо значено більше за послідовне й професійне управління. Поділ влади в американському стилі становить вельми серйозні небезпеки самому верховенству права. Хоча текст конституції може урочисто вимагати, щоб президент «піклувався про сумлінне виконання законів»<sup>182</sup>, роль президента в законотворчому процесі створює суперечливі стимули.

Щоразу, коли президент хоче виступити з ініціативою, він має два варіанти: запропонувати законодавчі зміни конгресу, або негайно запровадити зміни на основі наявних законодавчих повноважень. Іноді витрати на ухвалення законодавчого курсу можуть бути відносно скромними. Приміром, коли президент діє в режимі повної влади,

---

<sup>181</sup> Див. Gwen Ifill, *Clinton Widens His Circle, Naming 4 Social Activists*, N.Y. TIMES, Dec. 12, 1992, at A1 (описує Браунер як «протеже віце-президента Ела Гора, який ще не вступив на посаду»). Я задокументував деякі патології нинішньої гіперполітизованої системи в ACKERMAN & HASSLER, *supra* note 140, at 26–58.

<sup>182</sup> U.S. CONST. art. II, § 3.

Йому може бути доволі легко переконати законодавчий орган у тому, щоб закріпити його ініціативи в новому законі. Але коли система працює у режимі глухого кута, зміна законодавства може виявитися вельми дорогою або неможливою.

Що більше конгрес розстроює бажання президента перетворити свою політичну програму на закон, то більше в нього буде спокус досягти своєї мети, політизувавши адміністрування будь-яких законів, на які натрапить у книжках. Безперечно, неупереджене прочитання цих статутів могло б означати, що ініціатива президента виходить далеко за рамки його законних повноважень; але з його політичними прибічниками, які відповідають за адміністрацію<sup>183</sup>, чому б президентові не заохотити їх обходити закон, щоб виконати програму адміністрації?

Прем'єр-міністр і його кабінет ніколи не стикаються з таким питанням. Вони за визначенням при владі, тому що користуються підтримкою парламентської більшості. На моєму жаргоні вони ніколи не діють в режимі глухого кута, а завжди в режимі повної влади (обмежені лише конституційними принципами, дотримання яких забезпечує верховний суд). Як наслідок, ціна вибору законодавчого варіанту значно нижча: якщо кабінет готовий відстояти свою ініціативу на суді громадської думки, він зможе проштовхнути її через парламент. Вряди-годи вихід до громадськості також може бути пов'язаний з політичними витратами. Можливо, ключові члени правлячої партії чи коаліції терпітимуть малопомітні дії на адміністративному рівні, але залишать уряд, якщо той запропонує гучну ініціативу. Але ці витрати зазвичай будуть значно нижчі ніж ті, які переважають в системі американського типу, що працює в режимі глухого кута.

До того ж ціна виштовхування бюрократії за межі її законних повноважень значно вища в системі вестмінстерського типу, ніж в уряді американського типу. Як ми бачили, прем'єр-міністр і його кабінет мають справу з бюрократією іншого штибу. Одна річ, коли президент заохочує свою розгалужену мережу короткострокових політичних прибічників «творчо» читати закони; зовсім інша, коли прем'єр-міністр змушує чиновників з багаторічним стажем, відданих етиці нейтралітету, швидко й вільно гратися із законами.

Коротше кажучи, парламентська структура виглядає краще з обох боків рівняння «верховенства права»: витрати на зміну закону нижчі, а витрати на його скасування бюрократичним наказом вищі. Тому тиск на верховенство права буде більший за системи американського типу. Що й треба було довести.

Ця схильність до беззаконня виражається по-різному на різних рівнях бюрократії. Найважчі патології виникають у самому центрі. Критична маса прибічників президента в

---

<sup>183</sup> Див. *supra* p. 711.

Білому домі і навколо нього може легко створити середовище, у якому лояльність президенту важливіша за верховенство права. Такі кризи як Вотергейт та «Іран-контрас» — це не просто прикрий недогляд обов'язків президента «шікнутися про те, щоб закони точно виконувалися»<sup>184</sup>. Це системні риси ладу, за якого президент має оточити себе великою групою лоялістів, якщо сподівається ефективно керувати бюрократією. У періоди гострої напруги між Конгресом і президентом не дивно, що в деяких прибічників президента виникає спокуса взяти закон до своїх рук<sup>185</sup>. Також зрозуміло, що загроза імпічменту президенту є вельми грубим інструментом контролю цих повторюваних криз.

Є більше причин бути оптимістами щодо патологій нижчого рівня. Як я пояснював, прибічники президента в агенціях часто мають спокусу вдатися до нових нормативних ініціатив, які виходять далеко за межі їхніх законних повноважень. Якщо ситуація стає достатньо обурливою, завжди є надія, що адміністративні зловживання можуть бути виправлені незалежною судовою владою, яка діє відповідно до чогось на кшталт американського Закону про адміністративні процедури.

Але можливість судового нагляду не має завадити нам ідентифікувати незалежно обраного президента як ворога суспільства номер один у питанні верховенства права. Навіть якщо через рік, два чи десять суди зупинять деякі з найсерйозніших президентських зловживань, з цього навряд чи слідує, що погана бюрократична динаміка системи — це дрібниця.

Навпаки, кращим рішенням було б поєднати Закон про адміністративні процедури в американському стилі з парламентською системою, таким чином отримавши краще з обох світів. З одного боку парламентська система скорочує кількість бюрократичних зазіхань на верховенство права; з іншого, американський механізм судового нагляду зменшує їхню кількість іще більше. У будь-якому разі, ця глибша логіка ще раніше підштовхнула мене до того, щоб запропонувати у своїй моделі обмеженого парламентаризму судовий нагляд американського типу за бюрократичною законотворчістю<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> U.S. CONST. art. II, § 3

<sup>185</sup> Навряд чи це підходяще місце для огляду величезної кількості літератури про Вотергейт і наступні зловживання владою президентом. Корисний огляд, див. у Ruth P. Morgan, *Nixon, Watergate, and the Study of the Presidency*, 26 *PRESIDENTIAL STUD.* Q. 217 (1996).

Мій структурний аналіз найближче підходить до занепокоєнь, які в літературі висловили Філіп Курланд і Аарон Вілдавський. Курланд справедливо зазначає, що «винуватими у Вотергейтській справі були не лише президент, а й президентська посада». PHILIP B. KURLAND, *WATERGATE AND THE CONSTITUTION* 170 (1978). Він наголошує, що багато з найбільш кричущих порушників у справі Вотергейту працювали в офісі Білого дому, організації, яка «виникла як засіб, за допомогою якого президент контролював діяльність бюрократії». *Id.* at 177. Вілдавський також заявляє, що Вотергейт почасти став можливий через спроби президента встановити ще більший контроль над бюрократією. Див. Aaron Wildavsky, *System Is to Politics as Morality Is to Man: A Sermon on Watergate and the Nixon Presidency*, in *THE BELEAGUERED PRESIDENCY* 165, 173, 175–77 (1991). Вілдавський висновок, що (відносно) незалежні бюрократи «є важливою частиною балансу, який охороняє наші свободи». *Id.* at 179.

<sup>186</sup> Згадайте регуляторну гілку, обговорену вище.

\*

Тож ми дійшли бентежного висновку. Поділ влади між палатою представників, сенатом і президентом не лише спонукає до управлінських криз у часи глухого кута і відчайдушної боротьби з конституційним годинником у періоди повної влади. Він не лише виступає проти пропорційного представництва і заохочує до культу особистості. Він також підриває добру форму поділу влади, яка намагається використовувати логіку функціональної спеціалізації. Замість того, щоб заохочувати творче конституційне поєднання політичної відповідальності й професійної компетентності, він надто політизує державне управління і підриває верховенство права.

Я припускаю, що на цьому моменті захисники поділу влади в американському стилі можуть відповісти, підваживши філософське підґрунтя мого аргументу. Взоруочи на більш екстремальні версії американського юридичного реалізму і критичних правових досліджень, захисники поділу влади в американському стилі можуть кинути виклик самій ідеї про те, що «неупереджене тлумачення закону» є послідовною можливістю. З цієї позиції не може бути жодних протиріч між поділом влади в американському стилі й верховенством права, тому що верховенство права — це міф.

Так само можна спробувати зняти протиріччя між професіоналізмом і поділом влади в американському стилі з допомогою другої форми редукціонізму, яка висміює «міф компетентності», який є головним виправданням бюрократичного регулювання. Згідно з украй редукціоністською версією, хлопці зі Школи Кеннеді займаються злочинним шахрайством, коли беруть величезну оплату за навчання на програмі державного управління, бо такого предмету просто не можна навчити. І оскільки це все одно політика, немає нічого поганого в тому, що політики, які звільняються з держслужби, щоб працювати в приватних структурах, використовують свою схвалену президентом інтуїцію, коли своєю чергою стоять біля бюрократичного стерна.

Але це, звісно, крайнощі. Значно тривожнішим є помітний зсув у панівних колах до того, щоб розглядати державне управління, яке політизується президентом, як норму, а не виняток<sup>187</sup>. Насправді ця тенденція служить лише додатковим підтвердженням моєї гіпотези: надмірна політизація управління, породжена поділом влади в американському стилі, ускладнює серйозний розгляд альтернатив для багатьох вдумливих спостерігачів.

### III. Основні права

---

<sup>187</sup> Вдумливу дискусію цієї тенденції див. у Lessig & Sunstein, *supra* note 12, at 99–101, і Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 WAKE FOREST L. REV. 745, 750–72 (1996).

Ми розглядали поділ влади з позиції демократичної легітимності (Частина I) і функціональної спеціалізації (Частина II). Наша третя позиція вимагає більш індивідуалістського підходу. Як поділ влади захищає основні права?

Я залишив це питання на останок, тому що воно кидає найбільш фундаментальний виклик ролі демократично обраних політиків. Хоча дуалістична доктрина демократичної легітимності відмовила політикам у повній законодавчій владі на основі єдиних виборів, вона не назавжди відмовляє їм у повній владі. Від них просто вимагається у період глухого кута іти вперед, аж поки не одержать остаточну перемогу. Подібним чином аргумент федералістів на користь поділу влади не заперечує роль демократії, а просто запитує, як різні набори обраних політиків можуть найкраще співвідноситися один з одним.

Так само доктрина функціональної спеціалізації передбачає, що політики можуть легітимно видавати будь-які закони, які їм до вподоби. Натомість вона зосереджується на їхній передбачуваній тенденції переслідувати свої цілі, підриваючи неупереджену та поінформовану адміністрацію. Задача полягала в тому, щоб визначити умови, за яких вимоги функціональної спеціалізації суддів і бюрократів заслуговували на конституційний захист від цих передбачуваних спроб підірвати верховенство права.

Третя доктрина, основна на основних правах, занурюється глибше і прагне накласти остаточні обмеження на законодавчу владу демократично обраних політиків. Я організую дискусію, проводячи розрізнення між двома відмінними обґрунтуваннями запровадження таких обмежень. Якщо дивитися крізь призму політичної теорії, то вони обидва доволі знайомі. Однак ці два обґрунтування мають різні інституційні наслідки для поділу влади, а тому краще тримати їх окремо.

#### *А. Демократична гілка*

Перше обґрунтування для основних прав витікає із самої концепції демократії. Вигравши вибори, законодавча більшість може, як відомо, спробувати відмежувати себе від дальших виборчих випробувань — шляхом призупинення виборів, обмеження свободи слова чи зміни законів про вибори, щоб шахраювати проти регіонів, у яких повно недоволених виборців. Зокрема, завдяки роботі Джона Елі, у конституційних колах широко визнається необхідність протистояти таким надуживанням<sup>188</sup>. Але справедливим питанням буде, чи маємо ми довірити цю функцію, яку Елі називає репрезентативним посиленням, виключно конституційному суду, а чи деякі аспекти цієї місії заслуговують на увагу особливої гілки влади.

---

<sup>188</sup> Див. JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 1–104 (1980).

Це в будь-якому разі питання, яке виникає у зв'язку із поширеним використанням незалежних, але несудових органів для нагляду за важливими елементами виборчого процесу. Функції цих органів були доволі різноманітні. Іноді вони закликають перекроїти виборчі округи, щоб вони відповідали населенню, яке змінюється<sup>189</sup>; за іншим разом вони прагнуть забезпечити дотримання і тлумачення законів про фінансування виборчих кампаній<sup>190</sup>; але найчастіше вони просто намагаються забезпечити чесний підрахунок голосів у день виборів<sup>191</sup>.

Я вітаю ці рухи до незалежності. На жаль, це не буде загальною думкою серед авторитетних політиків. Оскільки їхня власна доля у виборах може висіти на волоссі, ці політики будуть у край неохоче поступатися справді незалежній владі контролем за виборчим процесом. Хтозна, коли може знадобитися друг, щоб поставити захисний щит навколо нечесного підрахунку голосів чи незаконних внесків до виборчої кампанії?

Як показує робота американської комісії з фінансування виборчих кампаній, ця тенденція діє в усталених демократіях не менше, ніж у країнах, які лише прагнуть до демократії. Після Вотергейту Конгрес створив Федеральну виборчу комісію (ФВК) як «незалежний» орган, але забезпечив її структурою, яка практично гарантувала адміністративну невдачу<sup>192</sup> — «без виборців, з малою кількістю грошей і небагатьма друзями... це орган, чиї адміністративні рішення очорнюються політиками, висміюються юристами і скасовуються судами»<sup>193</sup>. ФВК навіть не вдалося переконати Верховний суд дозволити їй подати клопотання про судовий позов без дозволу заступника міністра

---

<sup>189</sup> Велика Британія — особливо повчальний приклад у цьому відношенні, зважаючи на її вороже ставлення до будь-якої форми поділу влади, яка погрожує підірвати парламентський суверенітет. Ця вкорінена ворожість не завадила британцям доручити визначення парламентських округів «чотирьом постійним комісіям з питань кордонів, по одній у Англії, Шотландії, Велсі та Північній Ірландії». COLIN TURPIN, *BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION* 418 (3d ed. 1995). Терпін пише:

Комісії створюються так, щоб забезпечити їхню свободу від політичного тиску. Спікер Палати представників за посадою є головою кожної Комісії з питань кордонів; хоча вона не бере участь у роботі комісії, її незалежний статус підкріплюється авторитетом і нейтралітетом її посади. Суддя Високого суду (або в Шотландії суддя Сесійного суду) є заступником голови кожної комісії і керує її роботою. Двох інших членів призначають міністри, але, згідно із запевняннями, які були дані Палаті громад у 1958 році, ці призначення завжди робляться після консультацій з опозиційними партіями.

*Id.* (курсив додано).

<sup>190</sup> Федеральна виборча комісія в США є відомим прикладом. Див. *infra* notes 192-195.

<sup>191</sup> У інтернеті можна знайти посилання на сайти понад 70 виборчих комісій з усього світу. Див. *National Election Commissions and Other Election Management Bodies* (visited Sept. 7, 1999) <<http://www.ifes.org/links.htm>>.

<sup>192</sup> Див. BROOKS JACKSON, *BROKEN PROMISE: WHY THE FEDERAL ELECTION COMMISSION FAILED* 1–2 (1990) («Проблема полягає в тому, що контролюючий орган, Федеральна виборча комісія (ФВК) — заручник Конгресу і двох головних політичних партій, тих самих, яких вони мають регулювати.»); Amanda S. La Forge, *The Toothless Tiger — Structural, Political and Legal Barriers to Effective FEC Enforcement: An Overview and Recommendations*, 10 ADMIN. L.J. AM. U. 351, 358–65 (1996). У ФВК є шість комісарів, по три від кожної політичної партії, і правило голосування, яке вимагає чотирьох голосів для позитивних дій, і дає представникам кожної партії право вето. «[Ця] структура робить її, можливо, найслабшою з усіх федеральних органів». JACKSON, *supra*, at 63.

<sup>193</sup> *Campaign Practices Reports*, CONG. Q., Feb. 11, 1985, at 1.

юстиції<sup>194</sup>, залишивши питання її доступу до Верховного суду на необмежений розгляд президентського призначення<sup>195</sup>.

Такі судові рішення свідчать про банкрутство традиційних поглядів на поділ влади. Це правда, що функція репрезентативного підкріплення не знаходить собі місця у стандартній законодавчій / виконавчій / судовій трихотомії. Тим гірше для трихотомії! Краще розуміння поділу влади дозволило б визнати, що такі органи як ФВК заслуговують на особливе визнання як окрема частина системи стримувань і противаг.

Назвемо це «демократичною гілкою». Повноваження, делеговані цій гілці, звісно, залежатимуть від конкретної концепції демократії, визнаної на конституційному з'їзді. Більшість може вдовольнитися вельми тонким поглядом на справедливий процес: поки бюлетені рахуються чесно, конституційно більше нічого не вимагається. Або ж з'їзд може дотримуватися значно жорсткішої концепції і вимагати справедливості у визначенні законодавчих округів і в розподілі фінансових ресурсів під час політичних кампаній. Як би не визначався ідеал правління, конституція має сенс лише для того, щоб надавати механізм, який забезпечує незмінну силу відповідного ідеалу демократії, попри очікувані спроби правлячих політиків закріпити свої позиції, щоб захиститися від незгоди народу під час виборів.

Повчальний приклад можна знайти в індійському Конституційному суді<sup>196</sup>. Він прямо запроваджує Виборчу комісію<sup>197</sup> і робить свідомі кроки, щоб захистити незалежність демократичної гілки від тиску з боку партій<sup>198</sup>. Приміром, Головний уповноважений з виборів обирається не прем'єр-міністром, а президентом (який у цій парламентській

---

<sup>194</sup> Див. *Federal Election Comm'n v. NRA Political Victory Fund*, 513 U.S. 88, 99 (1994). Верховний суддя Ренквіст, пишучи для Верховного суду, визнав, що «можуть існувати вагомні політичні причини наділити ФВК незалежними судовими повноваженнями», як-от занепокоєння, що «міністерство юстиції, очолене президентським призначенцем, може обрати політичну партію президента». *Id.* at 95–96. Але цих «політичних міркувань» вочевидь було недостатньо, щоб змусити Верховний суд трактувати неоднозначні положення закону на підтримку зусиль комісії звільнитися від президентської влади. *Id.*

<sup>195</sup> Див. у загальному: George F. Fraley III, Note, *Is the Fox Watching the Henhouse: The Administration's Control of FEC Litigation Through the Solicitor General*, 9 ADMIN. L.J. AM. U. 1215 (1996) (виступає за незалежну судову владу ФВК); r the FEC); Alane Tempchin, Note, *Fall from Grace: Federal Election Commission v. NRA Political Victory Fund and the Demise of the FEC's Independent Litigating Authority*, 10 ADMIN. L.J. AM. U. 385 (1996) (про вплив переможного фонду на ФВК).

<sup>196</sup> Дві інші історії успіху включають (1) французьку Конституційну раду, яка має виразні конституційні повноваження ухвалювати рішення щодо спірних виборів і вона дає собі раду значно краще, ніж парламент, який ухвалював вельми упереджені рішення за конституціями Третьої і Четвертої республік, див. DOMINIQUE TURPIN, *CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL* 265–82 (1986); John Bell, *Principles and Methods of Judicial Selection in France*, 61 S. CAL. L. REV. 1757, 1781–1792; (2) нещодавні дії виборчої комісії Південної Африки, які мають надійну основу в тексті розділу 9 нової конституції країни, див. Joel D. Barkan, *African Elections in Comparative Perspective*, in *ELECTIONS: PERSPECTIVES ON ESTABLISHING DEMOCRATIC PRACTICES* 2, 17–18 (United Nations ed., 1997).

<sup>197</sup> Див. INDIA CONST. art. 324.

<sup>198</sup> Див. THE FRAMING OF INDIA'S CONSTITUTION 459–60 (B. Shiva Rao ed., 1968) (повідомляє висновок Установчих зборів про те, що «право голосу вважатиметься основним правом громадянина і що, щоб гарантувати йому вільне використання цього права, має бути створений незалежний механізм для контролю виборів, вільних від тиску місцевої влади і політичних впливів»).

системі є поважним високопоставленими державним діячем)<sup>199</sup>. Уповноважений має шестирічну каденцію, зарплату і привілеї судді Верховного суду і може бути усунутий лише шляхом імпичменту<sup>200</sup>. Він очолює секретаріат із 300 чиновників у Нью-Делі, який є головним нервом національної адміністративної діяльності<sup>201</sup>. Попри заслужену репутацію Індії як корумпованої країни<sup>202</sup>, комісія була життєво важливою силою у підтримці забезпечення вартого довіри виборчого процесу<sup>203</sup>.

Хоча комісія взяла на себе ще й інші важливі завдання<sup>204</sup>, її основною конституційною функцією є «нагляд, спрямування і контроль за підготовкою списків виборців і

---

<sup>199</sup> Президент консультується з прем'єр-міністром, перш ніж ухвалити це призначення, дехто критикує цю практику як таку, що загрожує неупередженості уповноваженого. Див. Т.К. ТОРЕ, CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA 905 (2d ed. 1992).

<sup>200</sup> Див. *Electoral Commission of India: Appointment & Tenure of Commissioners* (visited Sept. 9, 1999) [http://www.eci.gov.in/infoeci/about\\_eci/index.htm](http://www.eci.gov.in/infoeci/about_eci/index.htm). Президент може усунути двох інших членів комісії лише за рекомендацією Головного уповноваженого з виборів. Див. ТОРЕ, *supra* note 199, at 904.

<sup>201</sup> Див. *Electoral Commission of India: Commission Secretariat & Election Machinery* (visited Sept. 9, 1999) [http://www.eci.gov.in/infoeci/about\\_eci/index.htm](http://www.eci.gov.in/infoeci/about_eci/index.htm). Також зверніть увагу на те, що «секретаріат комісії має незалежний бюджет, який ухвалюється напряму після консультацій комісії з міністерством фінансів союзного уряду. Останній загалом приймає рекомендації комісії щодо її бюджету». *Electoral Commission of India: Budget & Expenditure* (visited Sept. 9, 1999) [http://www.eci.gov.in/infoeci/about\\_eci/index.htm](http://www.eci.gov.in/infoeci/about_eci/index.htm).

<sup>202</sup> Країна входить до рейтингу найкорумпованіших країн за «Індексом ставлення до корупції» Transparency International — у 1998 році вона була в останній чверті списку країн. Transparency International, *The Corruption Perceptions Index* (visited Sept. 15, 1999) <http://www.transparency.de/documents/cpi/index.html>.

<sup>203</sup> За словами професора Волтера Гаузера з Вірджинського університету: «у світі немає виборчої системи, яка було б складнішою з огляду на наявність Виборчої комісії, яка займається виборчою реформою і впорядкуванням цього процесу. Нинішній уповноважений з виборів просував виборчу реформу енергійніше за будь-кого в історії Індії». *Walter Hauser: Historian of Modern India* (visited Sept. 15, 1999) [http://minerva.acc.vir-ginia.edu/~soasia/newsletter/s\\_95/whi\\_view.html](http://minerva.acc.vir-ginia.edu/~soasia/newsletter/s_95/whi_view.html) (частина один із серії з двох частин, основна на інтерв'ю з Ліяєю Залер від 21 лютого 1995); див. V.A. Pai Panandiker, Presentation at the National Endowment for Democracy's Conference on "India's Democracy at Fifty," (Sept. 24, 1998), available at *India's Democracy at Fifty* (visited Sept. 8, 1999) [http://www.ned.org/page\\_6/in-dia/report.html#Session1](http://www.ned.org/page_6/in-dia/report.html#Session1). За словами Панандікера:

Виборча система відроджується завдяки приходу до влади Виборчої комісії. Після двох кривавих виборів 1989 і 1991 років виборчий процес викликав загальне занепокоєння. Відтоді Виборча комісія значно очистила виборчий процес з допомогою кількох засобів. По-перше, вона обмежила витрати на вибори. По-друге, гарантувала, що вибори не будуть вкрадені чи сфальсифіковані...

Id.

Дослідження ставлення індійців до урядування, проведене Центром вивчення розвиткових суспільств, встановило, «що вони довіряють виборчій комісії і судовій системі країні більше, ніж політикам...» Id. Нещодавній огляд *The Economist* повідомляє:

Дослідження, проведене Виборчою комісією встановило, що за останні 11 парламентів у депутатів у середньому був лише 25 % шансу бути переобраними до нижньої палати. За словами Йогенди Ядава, політолога із Центру вивчення розвиткових суспільств у Делі, Індія пережила «друге демократичне піднесення» у 1990-х разом із різким збільшенням кількості голосів та інших форм політичної участі далітів (колишніх недоторканих), членів племен та інших економічно й соціально знедолених груп. Можливо, Індія — єдина країна у світі, каже пан Ядав, де що нижче людина знаходиться на соціальній драбині, то з більшою вірогідністю вона проголосує.

*Creative Chaos — India's Democracy Is a Work in Progress*, THE ECONOMIST, May 22–28, 1999, at 16. Це відродження довіри до виборчого процесу є найкращим доказом успіху комісії.

<sup>204</sup> М. С. Гілл, головний уповноважений з питань виборів, описав деякі нові пріоритети комісії:

Питання державного фінансування виборів, як і пов'язане з ним питання про те, як виключити з політичних кампаній нелегальні гроші, привертає нашу серйозну увагу. Оскільки індійське телебачення і радіо здебільшого належать державі, комісія також розглядає питання про створення справедливого механізму виділення ефірного часу політичним партіям і кандидатам під час виборчих кампаній. Цей безкоштовний час також дорівнюватиме непрямому фінансуванню кампаній з боку держави. Оскільки періоди виборчих

проведенням усіх виборів» до федеральних парламентів і парламентів штатів<sup>205</sup>. Велика Британія, навпаки, розглядала можливість створити демократичну гілку зі значно амбітнішими повноваженнями. У рамках дивовижної конституційної революції уряд Блера виразно ухвалив створення незалежної і авторитетної Виборчої комісії з винятково широкими повноваженнями, включно з регулюванням пожертвувань політичним партіями і обмеженням витрат на виборчі кампанії.<sup>206</sup>

Функції Виборчої комісії мають вирішальне значення для підтримки суспільної довіри до наших демократичних інститутів. Тому вкрай важливо, щоб комісія була повністю незалежна від діючого уряду і ретельно виявляла неупередженість у своїх стосунках із політичними партіями. Щоб гарантувати це, комісія не буде позавідомчим державним органом у звичному форматі, а буде напряму підзвітна парламенту. Законопроект передбачає особливий механізм призначення членів Виборчої комісії для визначення її бюджету, що допоможе укріпити її незалежний статус<sup>207</sup>.

---

кампаній, як правило, тривають лише два–три тижні, а кожен парламентський округ нараховує в середньому 1,5 млн виборців, ЗМІ мають вирішальну роль.

M.S. Gill, *India: Running the World's Biggest Elections*, J. DEMOCRACY, Jan. 1998, at 164, 167–68.

У *A.C. Jose v. Sivan Pillai*, A.I.R. 1984 S.C. 921, 925, Верховний суд Індії тлумачив конституцію як таку, що надає комісії повноваження доповнювати, але не замінити парламентське законодавство.

Поки це рішення в силі, кроки комісії з розширення у кінцевому підсумку є предметом парламентських обмежень.

<sup>205</sup> INDIA CONST. art. 324 (1). Депутат Джаїн створив докладніший опис повноважень комісії. Див. M.P. JAIN, *INDIAN CONSTITUTIONAL LAW* 452–53 (4th ed. 1987).

<sup>206</sup> Див. THE FUNDING OF POLITICAL PARTIES IN THE UNITED KINGDOM: THE GOVERNMENT'S PROPOSALS FOR LEGISLATION IN RESPONSE TO THE FIFTH REPORT OF THE COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, 1999, Cmnd. 4413 [далі GOVERNMENT'S PROPOSALS] (доступно на <http://www.official-documents.co.uk/document/cm44/4413/4413-it.htm>). Урядові пропозиції ґрунтувалися на рекомендаціях комісії, очоленої лордом Нілом. Див. STANDARDS IN PUBLIC LIFE: THE FUNDING OF POLITICAL PARTIES IN THE UNITED KINGDOM, 1998, Cmnd. 4057, at 4–6, 9–13 [далі NEILL COMMITTEE REPORT] (доступно на <http://www.officialdocuments.co.uk/document/cm40/4057/4057.htm>).

Виборча комісія так підсумувала свої повноваження:

Щоб контролювати обмеження витрат і пожертвувань на політичні партії (і третім особам), комітет Ніла запропонував створити незалежну Виборчу комісію. Уряд приймає цю рекомендацію... Урядові пропозиції надають Виборчій комісії дещо ширші повноваження, ніж ті, які були запропоновані комітетом Ніла, включно з відповідальністю за сприяння участі в демократичному процесі й за якийсь час перебирання на себе функцій парламентських розмежувальних комісій... Виборча комісія, за рекомендацією комітету Ніла, має взяти на себе роль реєстратора політичних партій. Вона має набути функцію отримувати рахунки і звіти відкритих пожертвувань від партій (і третіх осіб) і зобов'язана розслідувати розходження (але не ініціювати кримінальні переслідування). Але вона також має грати ширшу роль у висвітленні проведення виборів, референдумів і консультуванні уряду щодо необхідних змін у законі. Вона перебере на себе низку функцій міністерства внутрішніх справ і виступатиме як загальний довідковий центр для партій, ЗМІ та інших сторін, які хочуть поради в питаннях проведення виборів та референдумів.

GOVERNMENT'S PROPOSALS, *supra*, at ch. 1, § 1.8.

Оскільки забезпечення чесного підрахунку голосів — не є серйозною проблемою Британії, уряд не пропонує змінити нинішню систему, тому нова комісія не займатиметься виконанням функції, яка класично лежить в основі подібних агенцій в інших країнах. Див. *id.* at ch. 2, § 2.14.

<sup>207</sup> GOVERNMENT'S PROPOSALS, *supra* note 206, at ch. 2, § 2.3. На особливу згадку заслуговують положення про бюджетну незалежність:

Як передбачається, Палата громад спеціально підтвердить членів комісії<sup>208</sup>, які служитимуть у ній до десяти років<sup>209</sup>. Їхня незалежність додатково гарантується положеннями, які уможливають їхнє усунення з посади лише заради мети палати і з її чіткої згоди<sup>210</sup>.

Сумний американський досвід з Федеральною виборчою комісією від початку і до кінця служив негативним прецедентом<sup>211</sup>. Виступаючи впродовж двох останніх століть як великі світові скептики в питанні поділу влади, чи британці візьмуть на себе ініціативу з розвитку нового поділу влади під час його прийдешнього відродження?

### *В. Захист основних прав*

Як ми всі знаємо, гарантії вільних і чесних виборів навряд чи вичерпують ліберальні вимоги особистих прав. Хоча на практиці досягнути цієї єдиної мети значно складніше, ніж зазвичай вважається, навряд чи це є найвищим прагненням ліберального обґрунтування поділу влади. З цієї позиції ніколи не можна дозволяти демократично обраним політикам обмежувати широке коло основних прав, навіть якщо їхня репресивна програма неодноразово і після тверезих міркувань приймалася правлячою більшістю.

У рамках західної традиції ця сильна форма лібералізму часто підважувалася демократичним напрямком думки. Для сильних демократів важливіше відстоювати право народу на самоуправління навіть ціною обмеження основних особистих прав. Це протиріччя знайоме всім дослідникам конституційної теорії, і я не намагатимуся зробити свій внесок у його аналіз, уже не кажучи про рішення. Для теперішньої мети достатньо

---

Незалежність Виборчої комісії буде додатково підкріплена механізмом, згідно з яким бюджет розглядатиметься комітетом спікера, який відтак вноситиме бюджет із будь-якими змінами, які вважатиме за доречні, до Палати громад... Комітет спікера також затверджуватиме в тому самому порядку п'ятирічний корпоративний план, розроблений Виборчою комісією.

...Комітет спікера складатиметься з дев'яти членів парламенту. Троє членів будуть призначені за посадою, тобто голова спеціального комітету внутрішніх справ, міністр внутрішніх справ і міністр, відповідальний за місцеве самоуправління в Англії... Ще шість членів будуть депутатами Палати громад, яких призначає спікер, і жоден із яких не буде міністром (пункт 2(4)).

Щоб гарантувати, що відсутність нагляду з боку міністерства чи відомства не приведе до неконтрольованих витрат, пропонується включити до законопроєкту низку запобіжників. Під час утвердження бюджету комісії комітет має враховувати всі поради Скарбниці...

*Id.* at ch. 2, §§ 2.32–2.34.

Хоча спікер є членом партії більшості, він чи вона традиційно обіймає особливо неупереджену позицію в британських конституційних домовленостях.

<sup>208</sup> Див. *id.* at ch. 2, § 2.29. Ба більше, перш ніж робити призначення, «від прем'єр-міністра вимагатиметься проконсультуватися з лідерами тих політичних партій, до яких на той час належать два чи більше члени Палати обшин». *Id.*

<sup>209</sup> Див. *id.* at ch. 2, § 2.30.

<sup>210</sup> Див. *id.*

<sup>211</sup> Див., напр, Peter Riddell, *Balanced Package That Must Be Adopted Whole*, TIMES (London), Oct. 14, 1998, at 10 («Загальний успіх реформ залежатиме від виборчої комісії, яка наглядатиме за партіями та виборами. Але вона має показати свою незалежність і силу, на відміну від Федеральної виборчої комісії у Вашингтоні.»)

подивитися, як можна було б розглядати поділ влади, якщо ви (як я<sup>212</sup>) переконані, що конституція має обмежувати реалізацію демократичного самоуправління, захищаючи основні особисті права.

Недивно, що все залежить від того, як визначати «основні».

1. *Лібералізм невтручання*. — Ліберал-прибічник *laissez-faire* вважає, що статус-кво забезпечує прийнятну основу для розробки основних прав, і розглядає гіперактивний уряд як єдину серйозну загрозу свободі. Як наслідок, у нього немає бути проблем з визнанням логіки функціональної спеціалізації як у судах, так і з бюрократією.

Але він надовго і серйозно замислиться над пропозицією про поділ законодавчих повноважень в американському чи французькому стилі. З одного боку, він цілком міг би радіти урядовим глухим кутам, до яких заводять така система. Те, що інші називають кризою управління, йому може здаватися чимось доволі добрим. Якщо президент і конгрес витрачають час на експлуатацію сексуальних пустощів одне одного заради партійної переваги, або звинувачують одне одного в якомусь політичному фіаско, вони принаймні не порушують статус-кво<sup>213</sup>.

З іншого боку, прибічників *laissez-faire* можуть обурити інші структурні особливості цієї системи. Як ми бачили, коли поділ влади входить у режим повної влади, переможці схильні нестися вперед із запаморочливою швидкістю і можуть порушувати основні права, прагнучи затвердити свою програму перед наступними виборами. Після того, як вони затвердили свої ініціативи, які порушують права, надавши їм силу закону, скасувати їх може бути не так просто, навіть якщо їхня репресивна програма викличе негативну реакцію на наступних виборах. Ба більше, поділ законодавчої влади зазвичай підриває логіку функціонального поділу влади — загрожуючи неупередженому застосуванню верховенства права гіперполітизованими судами та чиновниками.

Окрім того, завжди є небезпека Лінцевого кошмару: конкурентні сили можуть спробувати вирішити свою проблему глухого кута так, як зробив президент Фухіморі, напавши на парламент, що призвело до саме тієї тиранії, якої найбільше бояться прибічники *laissez-faire*.

---

<sup>212</sup> Про мою позицію, див. ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 15, at 319–22, і ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE, *supra* note 119, at 273–324.

<sup>213</sup> Характерно, що конституційні теоретики *laissez-faire* наголошують на перевагах глухого кута, не помічаючи іншого кінця рівняння. Див., напр., JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 233–48 (1967) (аналізує, до якої міри бікамералізм служить захисту статус-кво проти змін шляхом правління простої більшості); William H. Riker, *The Justification of Bicameralism*, 13 INT'L POL. SCI. REV. 101, 101 (1992) («Традиційне ліберальне виправдання бікамералізму полягає в тому, що він загальмовує законодавчий процес, ускладнює різкі зміни, змушує короткозорих законодавців ще раз подумати і так мінімізує свавілля і несправедливість у діях уряду. Мій аргумент, *звісно*, визнає це традиційне виправдання, але я також підсилюю його...» (курсив додано)).

Можливо, тоді найкраще, на що можуть сподіватися ліберали-прибічники *laissez-faire* — це обмежений парламентаризм?<sup>214</sup> Зрештою, ця модель уповноважує конституційний суд діяти як передовий захисник основних прав шляхом здійснення судового нагляду. Хоча суд може зазнати невдачі, виконуючи цю роботу, чи не наймудріше буде залишити виборцям докоряти тиранам-початківцям на наступних виборах? Якщо це звернення до народу буде успішним, новий уряд зможе начисто позбутися зародкової тиранії, не стикнувшись із супротивом, який породжує система стримувань і противаг конституції в американському стилі. Водночас обмежений парламентаризм обіцяє уникнути Лінцевого кошмару, роз'їдання верховенства права гіперполітизованою бюрократією і спорадичних випадів, притаманних розділеному уряду, який діє за повної влади.

Звісно, ліберали-прибічники *laissez-faire* втратять захист, який пропонує режим глухого кута. Але, можливо, винагорода вартує ризиків обмеженого парламентаризму?

2. *Активістський лібералізм: гілка розподіленої справедливості.* — Активісти-ліберали відповідають на це запитання, підставляючи у це рівняння різні величини. На відміну від прибічників *laissez-faire*, вони визнають, що уряд не має монополії на тиранію і громадяни можуть так само легко бути позбавлені свого невід'ємного права на свободу через невігластво, бідність і забобони. Оскільки урядова бездіяльність може погрожувати цим фундаментальним інтересам, ліберальний активіст іще більш розмито дивитиметься на систематичні глухі кути, породжені поділом влади між президентом і конгресом в американському стилі.

Однак він не знайде повністю задовільної моделі обмеженого парламентаризму. Його проблема буде геть інша, ніж у прибічника *laissez-faire*. Замість того, щоб прославляти переваги законодавчого глухого кута, активіст непокоїться через надприродну здатність виборних законодавчих органів терпіти вкорінену несправедливість статус-кво і розглядатиме деякі нові способи поділу влади як потенційні засоби захисту<sup>215</sup>.

Проблема в порочному колі, у якому несправедливість породжує політичну слабкість. Оскільки демократичні політики зацікавлені в перемозі на виборах, вони першими звернуть увагу на те, що жертвам невігластва, бідності і забобонів зазвичай важко мобілізуватися для ефективних політичних дій. Насправді одна з найочевидніших помилок марксизму

---

<sup>214</sup> Однак є особливість обмеженого парламентаризму, яка може бути менш приваблива для ліберала-прибічника *laissez-faire*. Йдеться про специфікацію авторитету референдуму, яка дозволяє структурувати звернення до народу. Статус такої влади залежатиме від деталей конкретної теорії невтручання — зокрема від того, наскільки ця теорія віддана народному суверенітету в питаннях, які не вирішуються її концепцією ліберальних прав. Чи не найрішучішу відмову від засобів на кшталт референдуму написав Вільям Райкер. Див. WILLIAM RIKER, LIBERALISM AGAINST POPULISM 238–41 (1982).

<sup>215</sup> Див. ROBERTO MANGABEIRA UNGER, POLITICS: THE CENTRAL TEXTS 312–14 (1997) (описує систему втручання уряду в галузі несправедливого соціального домінування).

полягала в тому, що він пропонував нам сценарій, у якому невидима рука ринку якимсь дивом веде пролетаріат до повстання і революційних змін системи.

Цей сценарій — справжній журавель у небі. Хоча вряди-годи стає можливим організувати успішні народні рухи за соціальну справедливість, більшість політиків зазвичай максимізують свої шанси на переобрання, надаючи більшої ваги інтересам багатих і освічених. Цей очевидний момент веде ліберального активіста до думки про нове використання поділу влади. Під час рідкісних моментів народної мобілізації він має закликати до створення «гілки розподіленої справедливості», організованої, щоб протистояти передбачуваному відступу нормальної демократичної політики.

На жаль, традиційне мислення щодо поділу влади заблокувало конструктивний розгляд цієї можливості. За цим тринітарним мисленням єдиними гілками, про які варто говорили є великі масивні об'єкти, які називають законодавчою, виконавчою і судовою владою. У цих звичних рамках конституційне творення так званих «позитивних прав» на економічний і соціальний добробут загрожує перетворитися на марну справу. Оскільки бідні й неосвічені рідко будуть у стані висловлювати свої політичні інтереси так, щоб це мало великі наслідки, демократично обрана законодавча й виконавча влада часто будуть глухі до конституційних закликів до розподіленої справедливості — через що забезпечення будь-якого текстуального мандату на «позитивні права» лишатиметься на милість судової влади. Навіть якби Конституційний суд був налаштований серйозно поставитися до таких текстуальних гарантій, суддям бракуватиме засобів правового захисту, щоб розпорядитися великими бюджетними асигнуваннями, необхідними для того, щоб перетворити «позитивні права» на соціальну реальність. Урешті-решт, конституційні «гарантії» соціального добробуту не будуть варті паперу, на якому написані.

Ще гіршим є те, що нездатність суддів забезпечити дотримання позитивних прав, може деморалізувати їхні зусилля із захисту більш традиційних прав негативної свободи. Коли деякі частини писаної конституції були окреслені як такі, що просто служать бажаним цілям, тверезим юристам стає значно легше відкинути всі зусилля із захисту особистих прав як утопії. За цим сценарієм зусилля гордих активістів із конституціоналізації позитивної свободи насправді можуть виявитися контрпродуктивними, легітимуючи повномасштабну відмову від проєкту захисту ліберальних прав. Зважаючи на таку небезпеку, чи не буде розумнішим для активістів-лібералів приєднатися до своїх колег прибічників *laissez-faire* в обмеженні конституційних гарантій відповідним набором негативних свобод?

Можливо<sup>216</sup>. Але значно корисніше кинути виклик традиційному тринітаризму, який дотепер структурував ці дебати. Замість того, щоб лишати питання позитивних прав судам, конституція лібералів-активістів має створити «гілку розподіленої справедливості», розробленої з урахуванням особливостей проблем її реалізації. Для початку ми маємо гарантувати нашій ново відокремленій галузі певну частку чистого внутрішнього продукту. Конституція має офіційно передбачити, що  $x$  відсотків чистого домашнього продукту піде на цю галузь ще до того, як фінансування отримає будь-яка інша функція. Ми можемо розраховувати на те, що багаті і впливові люди будуть ефективно лобювати національну оборону, кримінальне судочинство і багато інших державних ініціатив, але ми не можемо очікувати такої ж відданості з боку жертв вкоріненої несправедливості. Звісно, це лише перший крок. Як ми можемо гарантувати, що члени найбільшої гілки не використають гроші для наповнення власних кишень і не відтягнуть фонди для інших цілей?

Ця очевидна й реальна загроза має спонукати до обережного підходу до визначення конституційної місії цієї гілки. Замість того, щоб давати їй вільні повноваження на постачання складних товарів і послуг, ми маємо доручити їй вузьку, але фундаментальну задачу з надання мінімального грошового гранту для цільового населення. Причини такого обмеження продиктовані розважливістю, але від цього вони не менш важливі.

Загалом кажучи, ми досягли доволі непоганих успіхів у розробці таких програм, як пенсії у рамках соціального забезпечення, які дають значні грошові виплати на неупередженій основі<sup>217</sup>. Навпаки, успіх уряду в наданні інших важливих послуг жертвам несправедливості був значно більш нерівномірним. Якщо ми хочемо надати галузі значну незалежність від повсякденного контролю політиків, проста розважливість каже, що вона має зосередитися на завданнях, які в минулому вже були надійно вирішені функціонально диференційованими бюрократами — і які можна найлегше переглянути зовнішньою радою незалежних експертів у питаннях бухгалтерського обліку і бюрократичного управління<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Порівн. Cass Sunstein, *Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don't Belong in the Constitutions of Post-Communist Europe*, E. EUR. CONST. REV., Winter 1993, at 35, 35–38, та Herman Schwartz, *Economic and Social Rights*, 8 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 551 (1993), and Herman Schwartz, *In Defense of Aiming High: Why Economic and Social Rights Belong in the New Post-Communist Constitutions of Europe*, E. EUR. CONST. REV., Fall 1992, at 25.

<sup>217</sup> Хоча пенсії є найвідомішим прикладом, система грошових грантів може використовуватися для значно амбітнішої атаки на проблему нерівності можливостей, яка дедалі більше підриває політичну легітимність постіндустріальних суспільств. Див. BRUCE ACKERMAN & ANNE ALSTOTT, *THE STAKEHOLDER SOCIETY* 4–5, 8–12 (1999) (стверджується, що система грошових грантів дозволяє громадянам претендувати на більшу економічну й політичну частку в американському суспільстві); PHILIPPE VAN PARIJS, *REAL FREEDOM FOR ALL: WHAT (IF ANYTHING) CAN JUSTIFY CAPITALISM?* 32–35 (1995) (пропонує виплачувати «базовий дохід» від уряду кожному члену суспільства). Це не місце розглядати переваги окремих пропозицій, тому достатньо більш умовної оцінки: що більше сенсу сильно залежати від агресивного використання грошових субсидій для усунення нерівності, породженої системою вільного ринку, то більше має сенсу побудувати конституційну основу для гілки розподіленої справедливості.

<sup>218</sup> Роберто Унгер дотримується іншої думки. Див. ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME?* 30–33 (1996) (пропонує використовувати структурного комплексного

Я не стверджую, що активістська конституція має бути байдужа до надання найважливіших благ, як-от освіта і охорона здоров'я. Але, зважаючи на легкість, з якою бюрократія, яка відповідає за ці завдання, може збитися зі шляху, цілком розумно залишити їх відкритими для повсякденного політичного нагляду. На противагу до цього, розробка окремої гілки для надійної передачі грошових грантів навряд чи переобтяжить нашу інституційну уяву. Хоча гроші навряд чи вирішать усі проблеми невігластва, бідності й упередження, це краще, ніж нічого. Гілка розподіленої справедливості, яка зможе *надійно* виконати свої конституційні обов'язки із забезпечення соціальної справедливості, значно підвищить загальну легітимність системи.

Навіть за надійного функціонування цієї гілки, для створення достатньо справедливого суспільства знадобиться значно більше. Але цей великий розрив показує лише те, що ліберальна доктрина поділу влади, як і будь-яка інша правова методика, має серйозні обмеження. Закликаючи до створення розділених гілок, присвячених демократичним правам і розподіленій справедливості, ліберал-активіст навряд чи хоче заперечувати центральне значення демократичної політики (перша доктрина) і функціональної спеціалізації (друга доктрина). Він просто припускає, що, зважаючи на комплексні амбіції демократичного уряду, ми можемо побудувати кращу структуру не з двома, а з трьома доктринами.

#### IV. Обриси нового поділу влади

Це пояснювальний есей із широкої теми, і він прислужиться своїй меті, якщо відволіче нас від ритуальних заклинань Медісона і Монтеск'є. Поділ влади — це гарна ідея, але немає причин припускати, що класичні автори вичерпали її гарні риси. Навпаки. Вивчивши кожне з трьох обґрунтувань поділу влади, ми знайшли багато причин, поставити під сумнів загальноприйнятту американську мудрість.

Я висловив свої сумніви одне за одним, не кажучи про те, що всі мої ревізійні пропозиції мають або залишитися, або провалитися всі разом. Безперечно, деякі з моїх ідей розумніші за інші, і їх можна змішувати і сполучати з іншими ініціативами в численні різноманітні способи. На цьому ранньому етапі більш розумним видається працювати роздрібно, а не гуртом, і дозволити новому розумінню цілого з'явитися із суми частин, які пройдуть колективну перевірку.

---

правозастосування, щоб захистити вразливі меншини). Спираючись на американську судову практику, Унгер наділив би окрему гілку повноваженнями для амбітнішої функції з підважування і викорінювання особливо кричущих випадків інституційного панування над слабкими і вразливими. Див. *id.*

Я не заперечую необхідність такого втручання в морально неспроможні інститути, але з причин, викладених у тексті, я сумніваюся в тому, наскільки втручання і інститути мають бути ізольовані від контролю парламенту й конституційного суду.

При цьому *справді* проглядається деяка характерна закономірність. Центральним елементом моєї моделі обмеженого парламентаризму є демократично обрана палата представників, яка відповідає за вибір уряду й ухвалення звичайних законів. Владу цього центру стримує і врівноважує низка спеціалізованих гілок, кожна з яких керується однією чи кількома з трьох основних занепокоєнь теорії поділу влади.

З боку демократичної легітимності центр втримується завдяки попереднім рішенням народу, винесеним на послідовних референдумах і виконаним конституційним судом. Він також може бути стриманий підлеглим федеральним сенатом чи більш впливовою другою палатою, організованою за загальнонаціональним принципом.

З боку функціональної спеціалізації центр стримує не лише незалежна судова система, а й також принципова гілка, яка ретельно перевіряє уряд на предмет корупції і подібних зловживань, а також регуляторна гілка, яка змушує бюрократію пояснювати, як її додаткова законотворчість реально покращить результати, викликані невидимою рукою ринку.

З боку ліберальних прав центр обмежений гілкою демократії, яка прагне захистити права кожного громадянина на участь у демократичному житті, гілкою розподіленої справедливості, яка зосереджується на мінімальному економічному забезпеченні тих громадян, які найменше здатні захищати свої права політично, а також конституційним судом, відданим захисту основних прав людини для всіх.

На перший погляд може здатися, що ця конструкція надто складна. Але чи не є це перше враження просто результатом новизни такої схеми? Зрештою, американська система включає (принаймні) п'ять гілок: Палату представників, Сенат, Президента, Верховний суд і незалежні органи, як-от Рада Федеральної резервної системи. Складність посилюється приголомшливою інституційною динамікою американської федеральної системи. Ключове питання полягає не в складності, а в тому, чи американці розділяють владу з правильних причин.

Насправді, поділ влади в американському стилі у певному сенсі породжує значно складнішу інституційну модель, ніж моя модель обмеженого парламентаризму. Розділяючи владу між Президентом, Палатою представників і Сенатом, Медісонівський зразок не лише викликає низку законодавчих патологій, а й порушує узгодженість професійного державного управління. Моя модель, навпаки, виводить низку спеціальних функцій з-під прямого парламентського контролю, не створюючи глибоких бюрократичних порушень, притаманних американській системі. Звісно, настане момент, коли кількість стримуючих гілок сама по собі викликати дедалі патологічнішу динаміку. Однак, чи є *бодай-якісь* підстави припускати, що розумний сучасний уряд має ділити владу лише між трьома чи чотирма гілками?

І це лише початок розмови!

\*

Але чи варто продовжувати? Я очікую багато різного скепсису. Історики наполягатимуть на тому, що мій абстрактний стиль конституційних розробок нічого не вартий без глибокого розуміння *Volk* (народу) і його *Geist* (духу). Економічні детерміністи наполягатимуть на тому, що я вів бій із тінню із епіфеноменами, і що конституціоналісти мають зосередити свою увагу на внутрішній динаміці класової структури чи першорядних імперативах світової економічної системи.

І так далі.

Лишаюся нерозкаяним. Зверніть увагу: це не тому, що *Geist* чи клас неважливі. Деякі суспільства такі розділені, що було б дурницею шукати порятунк у конституційній розробці. Розробка конституції у будь-якому разі має поєднуватися з культурною чутливістю та економічним реалізмом. Приміром, я не думаю, що мої аргументи мають змусити американців відмовитися від історичної відданості поділу влади між Палатою представників, Сенатом і Президентом. Хоча американська історія повна як патологій глухих кутів, так і повної влади, цей поділ став нашою другою натурою. Нам було б надзвичайно важко обміняти нинішню модель на нову — хоча хто може сказати, яка саме болісна переоцінка буде нав'язана нам у наступному американському столітті?<sup>219</sup>

Поки що важливіше визнати, що Америка справді виняткова зі своїм відносно позитивним досвідом зі знайомими формами поділу влади. Попри нашу нинішню військову й культурну гегемонію, ми маємо вельми неохоче підносити американську систему як ідеал для країн світу, які прагнуть до демократії. Однак, здається, саме це і відбувається: «У 1980-х і 1990-х роках усі нові кандидати на демократію у Латинській Америці та Азії (Корея і Філіппіни) обрали чисто президентську форму правління... З приблизно 25 країн, з яких зараз складається Східна Європа і колишній Радянський Союз, лише три (Угорщина, нова Чеська Республіка і Словаччина) обрали чисто парламентську форму правління»<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Джеймс Сандквіст написав вдумливий реформістський есей. Див. JAMES L. SUNDQUIST, *CONSTITUTIONAL REFORM AND EFFECTIVE GOVERNMENT* (1992). Замість того, щоб намагатися докорінно розібрати наявну систему, він пропонує низку покрокових реформ, які сукупно стануть суттєвою відповіддю на патології нинішнього режиму. Див. *id.* at 18–20, 322–34.

<sup>220</sup> Alfred Stepan & Cindy Skach, *Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective*, in 1 *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY*, *supra* note 19, at 119, 120. Звісно, є багато різних способів впровадити незалежну президентську владу в систему управління, і деякі з них токсичніші за інші. Див. узагальнено: MATTHEW SOBERG SHUGART & JOHN M. CAREY, *PRESIDENTS AND ASSEMBLIES: CONSTITUTIONAL DESIGN AND ELECTORAL DYNAMICS* (1992) (обговорення і співставлення форм і методів реалізації президентської влади). А нові демократії Східної Європи, на відміну від країн колишнього Радянського Союзу, надали своїм президентам відносно невеликі формальні повноваження. Однак одне із досліджень Східної Європи доходить висновку про те, що «президенти є значно впливовішими політичними гравцями, ніж... у більшості держав Західної Європи і, ймовірно, так буде ще деякий час». Thomas Baylis,

Замість того, щоб вихваляти цю тенденцію як останнє підтвердження вічних істин, уперше побачених Монтеस्क'є і американськими отцями-засновниками, ми маємо ставитися до неї з тривожною обережністю. Чи не починаємо ми чергове коло латиноамериканського катастрофічного досвіду XIX століття уже із північноамериканською моделлю, але цього разу в глобальному масштабі?

Хоча ми маємо бути стриманими з експортуванням нашої специфічної інституційної системи, американці мають проявити сміливість і увести нові моделі поділу влади. Ми поки що на ранній стадії вирішення трьох великих задач сучасності: зробити ідеал народного суверенітету реальністю в сучасному правлінні, на постійній основі відродити ідеал бюрократичного досвіду і чесності та забезпечити основні ліберальні права, гарантувавши кожному громадянину основні ресурси для саморозвитку. Ми найкраще зможемо вшанувати Монтеस्क'є і Медісона, шукаючи нові конституційні форми для розв'язання цих проблем, навіть ціною подолання звичних тринітарних формулювань.