

**НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ІНСТИТУТ ПРАВА  
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА  
ШЕВЧЕНКА**

Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису

**ВІГІРІНСЬКИЙ АНДРІЙ ВАЛЕРІЙОВИЧ**

УДК 340.12:342.33:342.78

**ДИСЕРТАЦІЯ  
МЕХАНІЗМИ СТРИМУВАНЬ ТА ПРОТИВАГ В НАДЗВИЧАЙНИХ  
ПРАВОВИХ РЕЖИМАХ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

**Спеціальність: 081 – «Право»  
Галузь знань: 08 – «Право»  
Подається на здобуття ступеня доктора філософії (PhD)**

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

\_\_\_\_\_ **А. В. Вігірінський**

Науковий керівник

**ДУБОВ Геннадій Олексійович,**  
кандидат юридичних наук, доцент,

**Київ – 2025**

## АНОТАЦІЯ

**Вігірінський А.В. Механізми стримувань та противаг у надзвичайних правових режимах: теоретико-правовий аспект.** – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» (08 – Право). – Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, 2025.

У дисертації здійснено комплексне теоретико-правове дослідження принципу поділу влади та механізмів стримувань і противаг в умовах надзвичайних правових режимів і при застосуванні суміжних інструментів «войовничої демократії». Вихідним є ціннісний трикутник представницьких республік: свобода, рівність та єдність політичної спільноти. Обґрунтовано, що первинна місія системи стримувань і противаг полягає в інституціоналізованому обмеженні публічної влади так, щоб її примус не трансформувався в домінування над особою, а свобода, рівність і гідність зберігалися як юридично захищені блага навіть щодо політичних меншин. У стані нормальності ця система забезпечує взаємний контроль, процедурну верифікацію владних рішень та інституціоналізований сумнів, завдяки чому значущі рішення не вважаються остаточними без проходження парламентського, судового та публічного контролю. Система взаємоконтролю покликана запобігати домінуванню однієї гілки, абсорбувати енергію конфлікту у правові процедури й гарантувати передбачуваність рішень навіть у кризових середовищах. Підкреслено роль професійних чеснот публічних посадовців і суддів як невідмінного елемента правової архітектури: навіть ідеальні норми не працюють без доброчесності носіїв влади.

Доведено, що дієздатність балансу влади перевіряється не деклараціями, а практикою: швидкістю і якістю парламентського та судового контролю, збереженням публічності попри спокус секретності, а також недопущенням перенесення тимчасових інструментів у «звичайний» правопорядок. Надзвичайні правові режими легітимні лише за сукупності матеріальних критеріїв (реальна й

безпосередня загроза, очевидна недостатність звичайних інструментів, загальносуспільний масштаб,

тимчасовість) та за дотримання процесуальних гарантій (офіційне оголошення, парламентська згода, нагляд і право модифікації чи скасування, судовий контроль по суті, публічна підзвітність). Вихідною аксіомою є те, що «виняток» не скасовує конституцію, а є етапом, який передбачає відновлення правопорядку, визначеного в ній. Сформульовано авторські дефініції: надзвичайна ситуація — це фактичний якісний стан суспільства, спричинений раптовими, непередбачуваними обставинами, коли наявні правові інструменти не забезпечують безпеки й зумовлюють негайну зміну правового регулювання на користь часткового й тимчасового відступу від гарантій прав із обов'язком їх повного відновлення після усунення загрози; надзвичайний правовий режим — це форма дотримання принципів верховенства права та законності при юридичному оформленні меж відступу від норми, шляхом спроби поміщення дій влади в певні правові рамки, попри те, що ці дії є реакцією на обставини дійсності, які таких рамок не мають.

Окреслено типологію сучасних загроз (екзогенні/ендогенні; швидкі/кумулятивні; точкові/системні), зокрема збройна агресія та інші форми насильства, терористичні кампанії, епідемії й пандемії, великі техногенні ризики та катастрофи, кібератаки, фінансові шоки. Для кожного типу загроз доведено функціональну вимогу до системи стримувань і противаг: забезпечувати оперативність реагування в межах права, а не поза ним.

Систематизовано моделі реагування на загрози: від «business as usual» (формальна незмінність правопорядку у кризі та нормі) через адаптивні рішення (еластичне тлумачення та ad hoc-законодавство) до позаправових дій із подальшою політичною ратифікацією. Окреслено варіанти «конституційної диктатури» (законодавча й виконавча) та прерогативи як можливості виконавчої влади діяти в інтересах спільного блага поза або всупереч закону — за умови публічної підзвітності. Аргументовано, що надлегальність і, як наслідок, зміщення реального центру ухвалення рішень під час криз до координаційних органів породжують ризик «подвійної держави» (нормативної та прерогативної), коли право зводиться до легалізації доцільності.

У порівняльно-правовому аспекті проаналізовано стандарти ЄСПЛ щодо меж дерогації (ст. 15 ЄКПЛ), непорушних прав і доктрини меж розсуду. Відзначено амбівалентність міжнародного контролю: фіксація «червоних ліній» поєднується з широким національним простором розсуду, що у поєднанні з часовими розривами розгляду сприяє розширенню виняткових заходів. Показано, що легітимність у кризу вимагає збереження інституційної рівноваги гілок влади та відновлення «судового контролю по суті» — на противагу деферентності й ратифікації політичної доцільності.

Проведено порівняльно-правову верифікацію критеріїв надзвичайності на ілюстративних випадках. Продемонстровано, як парламентський механізм надання згоди на запровадження надзвичайного правового режиму здатен упереджувати прояви прагнення до свавільної концентрації влади. Водночас на прикладі США виявлено, як комбінація президентського вето та судових затримок виявляється неефективною для запобігання й припинення режиму надзвичайного стану, який було запроваджено з політичних мотивів.

Український емпіричний досвід (2014–2025 років) розглянуто як тривалий дуалістичний стан надзвичайності: суверенний революційний виняток із формуванням нового правопорядку та фактичний воєнний стан. Показано, що відсутність формалізованого режиму у 2014 році на тлі збройної агресії та подальше запровадження «компромісного» воєнного стану 2018 року без реальних обмежувальних заходів свідчать про перевагу політичних мотивів при ухваленні рішень над матеріально-правовими обставинами надзвичайної дійсності. Проаналізовано «очищення влади» як інструмент масової позасудової сегрегації з відступами від критеріїв індивідуалізації відповідальності, а також сучасну практику індивідуальних санкцій щодо громадян і позицію Верховного Суду, який самостійно обмежив власну юрисдикцію в частині судового контролю меж дискреції питанням перевірки процедури, ігноруючи матеріальні підстави. Тим самим суд фактично утвердив презумпцію правильності політичного рішення, залишаючи громадянина без ефективного засобу захисту. Обґрунтовано неприпустимість безстрокового застосування індивідуальних санкцій, потребу в перегляді з доступом до матеріалів

(із гарантіями конфіденційності), а також у створенні позасудових механізмів оскарження органом, що ініціював обмеження, з метою узгодження з європейською практикою.

Відмежовано надзвичайні правові режими від інструментів «войовничої демократії». Синтезовано критерії для заборони політичних партій: (1) ідейно-програмна несумісність із конституційним ладом; (2) реальна поведінка (включно з бездіяльністю лідерів); (3) спроможність завдати шкоди (електоральна вага) — за наявності доведеної нагальної суспільної потреби та суворого судового контролю. На цьому тлі критично оцінено українську практику заборони політичних партій, у якій доведеність актуальної загрози та рівень доказів поступилися ретроспективним оцінкам і політичним цілям. Показано, що в умовах правового режиму воєнного стану знижується поріг доказування, а судова влада схиляється до деферентності щодо виконавчої. При цьому правову основу для таких дій формує парламент, підлаштовуючись під вимоги виконавчої влади, а суд виконує радше ратифікаційну, ніж стримувальну функцію.

Проаналізовано прецедент анулювання виборчого процесу на підставі неpubлічних розвідданих як симптом небезпечної експансії логіки «захисту демократії» на сферу народного волевиявлення. Скасування результатів, що не спирається на перевірні докази, підриває впевненість громадян у вирішальності їхнього голосу, а органи влади, діючи консолідовано за відсутності належних доказів, обмежують пасивні виборчі права учасників виборчого процесу.

Загальний висновок полягає в тому, що сила демократії в кризі — не в «простому рішенні без правил», а в здатності системи стримувань і противаг швидко діяти в межах права. Там, де матеріальні й процесуальні критерії дотримані, надзвичайний режим стає інструментом самозбереження; там, де вони підмінені політичною доцільністю, — формується інерція винятку, що розмиває свободу й рівність і роз'єднує політичну спільноту.

**Ключові слова:** гідність, свобода, свобода особи, права людини, соціальна справедливість, справедливість, баланс інтересів, цінності права та держави,

цінність, правові цінності, функції цінностей у правовому регулюванні, єдність, держава

республіка, демократія, войовнича демократія, політичний плюралізм, конституціоналізм, сфери суспільного життя, завдання держави, функції держави, основні функції держави, відповідальність держави перед особою, національна безпека, влада, диктатура, конституційна диктатура, поділ влади, система стримувань та противаг, принцип права, принцип верховенства права, правове регулювання, правовий порядок, конституційно-правовий порядок, правова визначеність, свободи розсуду, юридична дійсність, юридичний позитивізм, підкорення праву, реалізація норми права, механізм реалізації норми права, примус, правовий режим, надзвичайний правовий режим, надзвичайна ситуація, надзвичайний стан, прерогатива, мета норми права, телеологія права, парламент, правотворчість, правотворчий процес, правотворча діяльність, законодавча діяльність, законотворчість, дерогація, формалізація, ефективність законодавчого процесу, система законодавства, удосконалення законодавства, воєнний стан, презумпція невинуватості, правосуддя, практика Європейського суду з прав людини, практика ЄСПЛ, виконавча влада, судова влада, судовий контроль, норма, виняток, санкції, люстрація, очищення влади, заборона політичних партій

## ABSTRACTS

**Vihirinskyi A.V. Mechanisms of checks and balances in emergency legal regimes: theoretical and legal aspect.**

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in the specialty 081 “Law” (08 - Law). - Educational and Research Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, 2025.

The dissertation is a comprehensive theoretical and legal study of the principle of separation of powers and mechanisms of checks and balances in the context of emergency legal regimes and the use of related instruments of “militant democracy”. The starting point is the value triangle of representative republics: freedom, equality and unity of the political community. It is substantiated that the primary mission of the system of checks and balances is to institutionalize the limitation of public power so that its coercion does

not transform into domination over the individual, and freedom, equality and dignity are preserved

legally protected goods even in relation to political minorities. In a state of normalcy, this system provides mutual control, procedural verification of government decisions, and institutionalized doubt, so that significant decisions are not considered final without passing parliamentary, judicial, and public scrutiny. The system of mutual control is designed to prevent the dominance of one branch, absorb the energy of conflict into legal procedures, and guarantee predictability of decisions even in crisis environments. The author emphasizes the role of professional virtues of public officials and judges as an indispensable element of legal architecture: even ideal norms do not work without the integrity of those in power.

The author proves that the efficiency of the balance of power is tested not by declarations, but by practice: the speed and quality of parliamentary and judicial control, preservation of publicity despite the temptation of secrecy, and prevention of transfer of temporary instruments to the “normal” legal order. Emergency legal regimes are legitimate only if they meet a set of substantive criteria (real and immediate threat, obvious insufficiency of ordinary instruments, public scale, and temporariness) and procedural guarantees (official announcement, parliamentary consent, supervision and the right to modify or cancel, judicial review on the merits, public accountability). The starting axiom is that an “exception” does not abolish the constitution, but is a stage that provides for the restoration of the legal order defined in it. The author's definitions are formulated: an emergency situation is an actual qualitative state of society caused by sudden, unforeseen circumstances when the available legal instruments do not ensure security and lead to an immediate change in legal regulation in favor of a partial and temporary derogation from the guarantees of rights with the obligation to fully restore them after the threat is eliminated; emergency legal regime is a form of compliance with the principles of the rule of law and legality in the legal formalization of the limits of derogation from the norm by attempting to place

The author outlines the typology of modern threats (exogenous/endogenous; rapid/cumulative; point/systemic), including armed aggression and other forms of violence, terrorist campaigns, epidemics and pandemics, major man-made risks and

disasters, cyberattacks, and financial shocks. For each type of threat, the author proves the functional

requirement for the system of checks and balances: to ensure prompt response within the law, not outside it.

The author systematizes the models of responding to threats: from “business as usual” (formal immutability of the rule of law in a crisis and the norm) through adaptive solutions (elastic interpretation and ad hoc legislation) to extra-legal actions with subsequent political ratification. The author outlines the variants of “constitutional dictatorship” (legislative and executive) and prerogatives as the ability of the executive branch to act in the interests of the common good outside or contrary to the law, subject to public accountability. It is argued that superlegality and, as a result, the shift of the real center of decision-making in times of crisis to coordinating bodies give rise to the risk of a “dual state” (normative and prerogative), when law is reduced to legalizing expediency.

From a comparative legal perspective, the author analyzes the ECHR standards on the limits of derogation (Article 15 ECHR), inviolable rights and the doctrine of margin of appreciation. The author emphasizes the ambivalence of international control: the fixation of “red lines” is combined with a wide national margin of appreciation, which, in combination with time lags in consideration, contributes to the expansion of exceptional measures. It is shown that legitimacy in a crisis requires preservation of the institutional balance of the branches of power and restoration of “judicial control on the merits” - as opposed to deference and ratification of political expediency.

The author conducts a comparative legal verification of the emergency criteria using illustrative cases. The author demonstrates how the parliamentary mechanism for granting consent to the introduction of an emergency legal regime can prevent manifestations of the desire for arbitrary concentration of power. At the same time, the author uses the example of the United States to show how the combination of a presidential veto and judicial delays is ineffective in preventing and terminating a state of emergency that was introduced for political reasons.

The Ukrainian empirical experience (2014-2025) is considered as a long-term dualistic state of emergency: a sovereign revolutionary exception with the formation of a new legal order and de facto martial law. It is shown that the absence of a formalized

regime in 2014 against the background of armed aggression and the subsequent  
introduction of

“compromise” martial law in 2018 without real restrictive measures indicate that political motives prevail in decision-making over the substantive legal circumstances of the emergency. The author analyzes the “cleansing of power” as an instrument of mass extrajudicial segregation with deviations from the criteria for individualization of responsibility, as well as the current practice of individual sanctions against citizens and the position of the Supreme Court, which has independently limited its jurisdiction in terms of judicial control of the limits of discretion to the issue of verification of the procedure, ignoring the material grounds. In doing so, the court effectively affirmed the presumption of correctness of a political decision, leaving the citizen without an effective remedy. The author substantiates the inadmissibility of indefinite application of individual sanctions, the need for a review with access to materials (with guarantees of confidentiality), and the need to create out-of-court appeal mechanisms by the body that initiated the restriction in order to harmonize with European practice.

The author distinguishes emergency legal regimes from instruments of “militant democracy”. The author synthesizes the criteria for banning political parties: (1) ideological and programmatic incompatibility with the constitutional order; (2) actual behavior (including inactivity of leaders); (3) the ability to cause harm (electoral weight) - in the presence of a proven urgent social need and strict judicial control. Against this background, the author critically assesses the Ukrainian practice of banning political parties, in which the proof of an actual threat and the level of evidence have given way to retrospective assessments and political goals. It is shown that under the legal regime of martial law, the threshold of proof is lowered, and the judiciary tends to be deferential to the executive branch. At the same time, the legal basis for such actions is formed by the Parliament, adjusting to the requirements of the executive branch, and the court performs a ratification rather than a deterrent function.

The author analyzes the precedent of annulment of the electoral process on the basis of non-public intelligence as a symptom of a dangerous expansion of the logic of “protecting democracy” to the sphere of popular expression. Canceling results that are not based on verifiable evidence undermines citizens' confidence in the decisiveness of their vote, and

authorities acting in a consolidated manner in the absence of proper evidence limit the passive voting rights of electoral participants.

The general conclusion is that the strength of democracy in a crisis is not in a “simple solution without rules” but in the ability of the system of checks and balances to act quickly within the law. Where the substantive and procedural criteria are met, the state of emergency

becomes an instrument of self-preservation; where they are replaced by political expediency, the inertia of exception is formed, which erodes freedom and equality and divides the political community.

**Keywords:** dignity, freedom, personal freedom, human rights, social justice, fairness, balance of interests, values of law and the state, value, legal values, functions of values in legal regulation, unity, state, republic, democracy, militant democracy, political pluralism, constitutionalism, spheres of public life, tasks of the state, functions of the state, basic functions of the state, responsibility of the state to the individual, national security, power, dictatorship, constitutional dictatorship, separation of powers, system of checks and balances, principle of law, principle of the rule of law, legal regulation, legal order, constitutional and legal order, legal certainty, freedom of discretion, legal reality, legal positivism, submission to the law, implementation of legal norms, mechanism for implementing legal norms, coercion, legal regime, emergency legal regime, emergency situation, state of emergency, prerogative, purpose of legal norms, teleology of law, parliament, lawmaking, lawmaking process, lawmaking activity, legislative activity, lawmaking, derogation, formalization, effectiveness of the legislative process, legislative system, improvement of legislation, martial law, presumption of innocence, justice, practice of the European Court of Human Rights, practice of the ECHR, executive power, judicial power, judicial control, norm, exception, sanctions, lustration, purification of power, prohibition of political parties

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях України з юридичних наук

1. Вігірінський А. В. Окремі аспекти функціонування принципу поділу влади в умовах правового режиму воєнного стану. *Право.ua*, № 2. 2023. С. 20–26. URL: [https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-4/Pravo\\_ua\\_2023\\_4\\_011.pdf](https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-4/Pravo_ua_2023_4_011.pdf)

2. Вігірінський А. В. Практична складова функціонування принципу поділу влади в умовах потенційних та реальних загроз національній безпеці. *Право.ua*. №4. 2023. С.11-17. URL: [http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-2/Pravo\\_ua\\_2023\\_2\\_020.pdf](http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-2/Pravo_ua_2023_2_020.pdf)

3. Вігірінський А.В. Забезпечення свободи слова та протидії пропаганді в умовах правового режиму воєнного стану. *Альманах права*. №15. 2024. С. 506—515. DOI: 10.33663/2524-017X-2024-15-506-514

4. Вігірінський А.В. Надзвичайні обставини як підстава формування правопорядку. Практичні аспекти легітимності. *Національний вісник Ужгородського національного університету*. № 86. 2024. С. 22-29. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.86.1.3>

5. Вігірінський А.В., Дубов Г.О. Ризики застосування практик войовничої демократії (на прикладі виборчого процесу Румунії). *Наше право*. №1. 2025. С.167—173. URL: [https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2025-1/NP\\_2025\\_1\\_167.pdf](https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2025-1/NP_2025_1_167.pdf)

6. Вігірінський А.В., Дубов Г.О. До питання допустимості застосування формально-функціонального підходу у судовій практиці в умовах надзвичайних обставин». *Право.ua*. №1.2025.Київ. С.259-266 URL: [https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-1/Pravo\\_ua\\_2025\\_1\\_259.pdf](https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-1/Pravo_ua_2025_1_259.pdf)

## Матеріали науково-практичних конференцій

1. Вігірінський А.В. Випробування стійкості системи стримувань та противаг демократичної країни в умовах правового режиму воєнного стану. *Матеріали XII*

Міжнародної науково-практичної конференції: Глобалізація українського законодавства як результат війни Російської Федерації проти України. Державний університет інфраструктури та технологій. Київ. 2023. С. 243-247

2. Вігірінський А.В. Юридичні гарантії дотримання принципу поділу влади в умовах надзвичайного правового режиму воєнного стану. Збірнику матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції: Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2023. С. 118-120

3. Вігірінський А.В. Принцип поділу влади в умовах актуалізації ризиків національної безпеки. Збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції: Національна безпека як конституційна цінність: сучасні виклики». Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича, Львівський національний університет ім. Івана Франка. Харків. 2023. С. 24-29

4. Вігірінський А.В. Політико-правові рішення та конституційний принцип поділу влади в умовах загрози національній безпеці. Збірник матеріалів Міжнародної наукової конференції з нагоди Дня Конституції України. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2023. С. 26-29

5. Вігірінський А.В. Окремі аспекти дотримання Конституції при реалізації зовнішньої політики в умовах воєнного стану. Збірник тез наукових доповідей і повідомлень XVIII Всеукраїнської науково-практичної конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків. 2023. С. 4-8

6. Вігірінський А.В. Окремі проблемні питання протидії зловживанню правом в умовах правового режиму воєнного стану. Збірник тез, наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції XVI Тодиківські читання: Права людини та демократія як фундаментальні основи українського конституціоналізму. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків. 2023. С. 112-114

7. Вігірінський А.В. Окремі аспекти регулювання обмежень діяльності юридичних осіб в умовах правового режиму воєнного стану. Електронний збірник Всеукраїнської науково-практичної конференція: Теорія та практика сучасної юриспруденції. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків. 2023. С. 135-138

8. Вігірінський А.В. Практичні аспекти децизіонізму в сучасних умовах. Збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції: Актуальні виклики розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та повоєнної відбудови. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2024. С. 526-528

9. Вігірінський А.В. Повага до гідності як передумова забезпечення правопорядку в умовах надзвичайного правового режиму. Збірник матеріалів Міжнародної наукової конференції з нагоди Дня Конституції України: Цінність Конституції України в сучасних умовах. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2024. С. 26-29

10. Вігірінський А.В. Дотримання принципів верховенства права та політичної багатоманітності в умовах надлегальності. Практичний аспект. Збірник тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції XVII Тодиківські читання. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків. 2024. С. 29-31

11. Вігірінський А.В. Законодавча влада як гарант захисту прав людини при запровадженні воєнного стану. Практичний аспект. Збірник матеріалів Міжнародної наукової конференції до Міжнародного дня прав людини. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2024, С.17-20

12. Вігірінський А.В. Судова гілка влади в умовах надзвичайних обставин: теоретико-практичний аспект. Збірник матеріалів II Міжнародної науково-практичної конференції: Публічна влада в умовах режиму воєнного стану: виклики, рішення, європейський вектор. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2025. С.306-308

13. Вігирінський А.В. Формально-функціоналістичний підхід до законності у практиці судової влади, в умовах надзвичайних обставин. Збірник матеріалів X міжнародна науково-практична конференції: Актуальні проблеми судового права. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків. 2025 С.178-183

## **ЗМІСТ**

<b>ВСТУП.....</b>	<b>4</b>
<b>РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ СИСТЕМИ СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ ТА НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Ідея системи стримувань і противаг. Історичний та правовий контекст.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Концепція надзвичайних правових режимів .....</b>	<b>33</b>
<b>Висновки до Розділу 1.....</b>	<b>47</b>
<b>РОЗДІЛ 2. КОНСТИТУЦІЙНА ТА ІНСТИТУЦІЙНА АРХТЕКТУРИ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ.....</b>	<b>50</b>
<b>2.1 Надзвичайний стан та Конституція. Проблеми правового регулювання.....</b>	<b>50</b>
<b>2.2. Типологія та моделі реагування на надзвичайні ситуації: теоретичний та практичний аспекти інституційного дизайну.....</b>	<b>65</b>
<b>2.3 Войовнича демократія. Онтологія концепту.....</b>	<b>85</b>
<b>Висновки до Розділу 2.....</b>	<b>95</b>
<b>РОЗДІЛ 3: СИСТЕМА СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНИХ ЗАГРОЗ. СУСПІЛЬНО-ПОЛІТИЧНА ПРАКТИКА .....</b>	<b>99</b>
<b>3.1 Суверенна диктатура надзвичайного стану та військова агресія РФ. Історико-теоретичний аналіз подій в Україні 2014 року.....</b>	<b>99</b>
<b>3.2 Система стримувань і противаг щодо захисту прав громадян у постреволюційний період.....</b>	<b>113</b>
<b>3.3 Парламентський контроль як практичний запобіжник при запровадженні надзвичайних правових режимів: Республіка Корея, Україна, США.....</b>	<b>123</b>
<b>3.4 Позасудові засоби обмеження прав громадян в умовах загроз національній безпеці.....</b>	<b>131</b>
<b>3.5 Войовнича демократія в умовах надлегальності. Практичні аспекти розширення меж застосування.....</b>	<b>140</b>
<b>3.6 Войовнича демократія та формалізоване свавілля. Виключення політичних партій в умовах надзвичайних правових режимів.....</b>	<b>146</b>

<b>3.7 Концепт войовничої демократії, як підґрунтя для скасування народного волевиявлення.....</b>	<b>164</b>
<b>Висновок до Розділу 3.....</b>	<b>167</b>
<b>ВИСНОВКИ.....</b>	<b>174</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....</b>	<b>189</b>

## ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Первинна ціннісна функція принципу поділу влади та системи стримувань і противаг полягає в обмеженні публічної влади так, щоб її примус не перетворювався на домінування, а свобода, рівність і гідність особи залишалися юридично захищеними навіть тоді, коли ця особа поділяє погляди політичної меншості. Ця система покликана забезпечувати відповідальність і передбачуваність державних рішень, переводити енергію конфлікту на різних рівнях у регульовані процедури та мінімізувати ризики ексцесів чи помилок, що руйнують хиткий баланс демократичних республік у разі концентрації влади. Демократичні республіки, керуючись розумом, відображеним у праві, покликані функціонувати в умовах правопорядку, який однаковою мірою стосується як суб'єктів владних повноважень, так і громадян. В умовах нормальності цей принцип та механізми його забезпечення виконують низку завдань, що гарантують правопорядок: запроваджують постійний взаємний контроль, який унеможливорює монополію однієї гілки; інституціоналізують «сумнів», завдяки чому жодне значуще рішення не є остаточним, поки не пройшло перевірку іншими інституціями та публічністю.

Водночас у сучасних демократіях конституційні акти, що фіксують принцип і основні елементи цього балансу, мають універсальний характер незалежно від середовища. Дослідження системи стримувань і противаг під тиском кризи покликане дати відповідь, чи здатна влада діяти швидко, залишаючись правовою. Реальна спроможність цієї системи перевіряється не в абстракції, а в практиці, й ця практика визначається середовищем. Оцінювати функціональність системи необхідно крізь призму контексту: наскільки парламент і суди здатні діяти «в темпі» кризи, не втрачаючи якості контролю; чи зберігається публічність, коли аргументи безпеки підштовхують до секретності; чи не відбувається перенесення тимчасових інструментів у повсякденне правозастосування. Відтак у ході дослідження виконується подвійне завдання: з одного боку — реконструювати й виокремити критерії законного відступу від звичайних правил; з іншого — з'ясувати, як ці самі критерії працюють у середовищі, для якого вони визначені.

Надзвичайні правові режими у сучасній доктрині мисляться як тимчасові правові форми винятку, що допускаються лише за кумулятивних умов: реальна і безпосередня загроза, очевидна недостатність звичайних правових інструментів, загальносуспільний масштаб та обов'язкова тимчасовість із планом згортання. Принципова ідея полягає в тому, що «виняток» не скасовує конституцію, а служить її збереженню. Отже, законність заходів реагування в надзвичайних умовах визначається не деклараціями, а фактичним дотриманням матеріальних і процесуальних гарантій.

Надзвичайні стани мають різні причини, масштаби і часові профілі, але всі вони перевіряються одними й тими самими правовими тестами. Загрози можуть бути ендогенними або екзогенними; швидкими, «ударними», або повільними, кумулятивними; точковими або системними. Вони охоплюють, зокрема, широкомасштабну збройну агресію та інші форми збройного насильства; масові теракти й терористичні кампанії; діяльність транснаціональних мереж та організованих угруповань; епідемії і пандемії, що зумовлюють довготривалі обмеження та комплексні наслідки для прав і економіки; стихійні лиха (землетруси, повені, лісові пожежі, урагани), які вимагають негайної централізації управління; великі техногенні ризики й катастрофи критичної інфраструктури; кібератаки на державні системи, що створюють ефекти, співмірні з фізичними атаками; фінансові шоки і колапси, здатні підірвати соціальний порядок. У кожному з цих випадків дії влади повинні бути швидкими, але існувати у правовій формі; право в демократичних республіках не зникає.

Звідси впливає функціональна вимога до системи стримувань і противаг: забезпечити відновлення правопорядку та подолання загрози, яка часто ігнорує правові правила. Дискусійним залишається тезис про нібито кращу ефективність централізованих авторитарних форм правління у кризі через відсутність стримуючих процедур; однак ціннісний імператив демократії наполягає на збереженні правових меж і в умовах надзвичайності.

Сучасна історія насичена прикладами надзвичайних викликів. Пандемія COVID-19 висвітлила напруження між загальнообов'язковими обмеженнями та

гарантіями основних прав і актуалізувала перевірку необхідності та пропорційності в реальному часі. Терористичні акти й кампанії в різних частинах світу показали, як легко безпекові аргументи зсувають правопорядок у бік розширення повноважень розвідки й поліції, зниження стандартів доказовості та розширення превентивних заходів. Для України тривала збройна агресія, що супроводжується окупацією й анексією територій, знову поставила питання про межі права: чи здатне право зберігати дієвість у виняткових ситуаціях. Централізація управління, покликана рятувати спільне благо та життя індивіда, нерідко породжує спокусу закріпити спрощені процедури ухвалення рішень чи обмежувальні заходи понад необхідний мінімум і поширювати їх на ширші цілі.

Сучасне право, реагуючи на брак інструментів, розширює сферу відступу для забезпечення зовнішньої та внутрішньої безпеки: санкційні механізми, первісно спрямовані назовні, почали проникати у внутрішнє поле; політичний плюралізм і принцип рівних шансів переосмислюються через концепт «войовничої демократії». Кожен із цих додаткових інструментів, збільшуючи сферу втручання влади, звужує ступінь свободи і, за відсутності принципів розумності та пропорційності, набуває карального характеру.

Власне, завдання системи стримувань і противаг в умовах надзвичайних правових режимів не змінюється; змінюються лише правові засоби, щодо яких вона має підтвердити свою дієвість як інструмент убезпечення свободи, рівності та, головне, забезпечення єдності, заради якої індивіди обрали форму співіснування у вигляді держави. Саме тому обрана тема має не лише теоретичне, а й безпосереднє практичне значення для конституційної демократії, яка прагне витримати кризу, не втративши себе як порядок права, і повернутися до норми після подолання загроз.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертації є з'ясування генези принципу поділу влади та механізмів стримувань і противаг як інституціоналізованих надбань розвитку наукової думки, історичного досвіду людства; як результату помилок при організації та реалізації влади, що посягали на свободу та рівність громадян та мали наслідком підрив єдності політичної спільноти; а також прикладне дослідження впливу надзвичайних обставин, як

факторів середовища, на зміну правопорядку та здатність гілок влади зберігати функціональну самостійність при ліквідації загрози й забезпечувати повернення до нормальності.

Відповідно до мети визначено такі завдання:

– розкрити та виділити ціннісно-нормативні передумови принципу поділу влади й системи стримувань та противаг. Як свобода й рівність, у поєднанні з вимогою єдності, зумовлюють їхню необхідність і межі;

– ідентифікувати прояви свавілля через концентрацію надмірних повноважень і окреслити механізми недопущення «поглинання» одних гілок іншими;

– з'ясувати, чи зберігають гілки влади функціональну самостійність у середовищах, відмінних від норми (революційних, воєнних, безпекових, епідемічних), та чи відбувається фактична зміна балансу влад попри формальну сталість конституційних положень;

– концептуалізувати надзвичайний правовий режим як тимчасову форму правового винятку; визначити його мету, предмет і межі дії;

– запропонувати типологізацію надзвичайних станів у філософсько-правовій оптиці та обґрунтувати критерії їх відмежування;

– сформулювати матеріальні критерії правомірності відступу від гарантованих прав і свобод (реальна й безпосередня загроза, необхідність, пропорційність, тимчасовість, недискримінаційність) та визначити процесуальні гарантії (офіційне оголошення, парламентська згода/нагляд і право модифікації чи скасування, судовий контроль по суті, публічна підзвітність, план згортання, антиентренчмент);

– дослідити зміну пріоритетів державної політики в умовах загрози: перехід від домінанти індивідуальних прав до захисту колективних благ і критерії допустимості такого зсуву;

– на підставі теоретичних узагальнень верифікувати практичність критеріїв і гарантій на конкретних прецедентах;

- оцінити парламентський контроль параметрів воєнного стану (вхід, модифікація, строки, механізми повернення до нормальності);
- здійснити онтологічне дослідження концепту «войовничої демократії» — від інтелектуальних витоків до правозастосування — та визначити ознаки, що відмежовують цей інструмент від надзвичайних правових режимів;
- узагальнити інституційні рішення щодо підсилення парламентського й судового контролю та недопущення «нормалізації винятку»;
- провести комплексний аналіз історичних подій України з 2014 року крізь призму теорії надзвичайності, матеріальних і процесуальних критеріїв надзвичайних правових режимів, із розрізненням права й політики, легальності та легітимності;
- дослідити фактичний вплив надзвичайних обставин на обмеження прав і свобод через застосування таких засобів, як «очищення влади» та внутрішні санкції, з урахуванням принципів індивідуальної відповідальності, пропорційності та належної процедури;
- проаналізувати практику «войовничої демократії» щодо припинення діяльності політичних партій і випадків скасування результатів волевиявлення; визначити ризики використання цих інструментів за умов недостатньої самостійності гілок влади та залежності судів від політичного впливу;
- здійснити узагальнення причин та обставин, що впливають на здатність гілок влади виконувати власні функції в умовах загроз безпеки, і визначити умови гарантованого повернення до звичайного правопорядку.

**Об’єктом дослідження** є організація та здійснення державної влади в демократичній республіці, що забезпечують поділ влади й функціонування системи стримувань і противаг у звичайному правопорядку та в умовах надзвичайних правових режимів.

**Предметом дослідження** є теоретико-правові засади, зміст і межі дії системи стримувань і противаг в умовах надзвичайних правових режимів; відмежування надзвичайного режиму від інструментів «войовничої демократії».

**Методи дослідження.** Методологічну основу становить комплекс принципів наукового пізнання (об’єктивності, всебічності, достовірності, професійності) та

поєднання методологічних підходів і методів, добір яких зумовлений предметом дослідження.

Застосовано діалектичний методологічний підхід для дослідження динаміки та сталості системи стримувань і противаг у кризах, герменевтичний — для інтерпретації категорій «надзвичайний правовий режим», «войовнича демократія», «антиентренчмент», з'ясування їх ознак та меж; інституційно-функціональний та інструментальний підходи — для аналізу практик функціонування влади й надзвичайності у механізмі правового регулювання; а також аксіологічний — для обґрунтування взаємодії свободи, рівності та єдності як ціннісних підстав поділу влади. Також методи системно-структурного підходу були використані для з'ясування місця парламенту, уряду, глави держави та суду в механізмі забезпечення поділу влади і взаємоконтролю під час запровадження, функціонування та згортання спеціальних режимів; системно-функціонального — для оцінки ефективності контрольних запобіжників (строки, періодичне підтвердження, модифікація/скасування параметрів, план повернення до нормальності) та запобігання нормалізації винятку; логіко-семантичного — для уточнення понятійно-категоріального апарату (поділ влади, стримування/противаги, надзвичайний режим, внутрішні санкції тощо).

Із приватно-наукових методів застосовано формально-догматичний — для реконструкції норм Конституції та законів, визначення матеріальних критеріїв (реальна й безпосередня загроза, необхідність, пропорційність, тимчасовість, недискримінаційність) і процесуальних гарантій (офіційне оголошення, парламентська згода/нагляд, судовий контроль по суті, публічна підзвітність, план згортання, заборона незворотних змін); порівняльно-правовий — для зіставлення моделей парламентського й судового контролю та критеріїв відмежування надзвичайного режиму від інструментів «войовничої демократії» у релевантних правопорядках; історико-правовий — для аналізу генези інституційних рішень і трансформацій балансу влад у періоди підвищеної невизначеності.

Емпіричний аналіз правозастосовної практики дозволив перевірити на конкретних прикладах нормативні вимоги та критерії щодо запровадження воєнного

стану, застосування механізму «очищення влади», спеціальних економічних обмежувальних заходів, припинення діяльності політичних партій. Крім того, активно використовувалися загальнонаукові методи: аналіз і синтез, індукція та дедукція, порівняння і моделювання — для побудови узагальненої моделі досліджуваних явищ.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертаційна робота є першим в Україні комплексним дослідженням теоретичних засад та практичного функціонування системи стримувань і противаг в умовах надзвичайних правових режимів. В ній висунуто низку положень, які є новими в концептуальному плані, а також ті, які мають прикладний характер.

Вперше:

— сформовано авторське визначення надзвичайної ситуації, — це фактичний якісний стан суспільства, який виникає в силу дії раптових та непередбачуваних обставин, за яких засоби, доступні владі, не дозволяють забезпечувати безпеку держави (громадян), обумовлюючи необхідність негайної зміни стану правового регулювання та відносин влади з громадянами, на користь часткового та тимчасового відступу від гарантії забезпечення прав, із зобов'язанням їх відновлення у момент припинення негативного впливу таких обставин. Також, сформовано авторське визначення надзвичайного правового режиму — це форма дотримання принципів верховенства права та законності при юридичному оформленні меж відступу від норми, шляхом спроби поміщення дій влади в певні правові рамки, попри те, що ці дії є реакцією на обставини дійсності, які таких рамок не мають. Сформовано кумулятивний набір матеріальних критеріїв легітимної надзвичайності та процесуальних вимог легалізації надзвичайних правових режимів;

— обґрунтовано феномен «надлегальності»: зсув центру прийняття рішень від інституцій із процесуальними гарантіями до політичного координаційного органу;

— виділено ядро формально непорушних прав, а також вимог до відступу при правозастосуванні (зв'язок із загрозою, суворі необхідність, пропорційність, тимчасовість). В той же час, продемонстровано амбівалентність між непорушністю

та механізмом «свободи розсуду» (margin of appreciation), яким суди виправдовують дії урядів;

— здійснено систематизацію типів реагування на надзвичайні стани: від «Business as Usual», через адаптивні моделі до позаправових рішень, із подальшою ратифікацією; законодавчий і виконавчий тип «конституційної диктатури»;

— визначено критерії розмежування надзвичайних правових режимів і концепту войовничої демократії, як засобів реагування на загрози безпеці;

— показано, що інструменти войовничої демократії можуть перетворюватися з механізму самозахисту конституційних цінностей на «легендування» політично мотивованих рішень, коли легітимація досягається популістичною мобілізацією без причинно-наслідкового зв'язку з декларованою метою;

— синтезовано триєдині кумулятивні підстави для оцінки обґрунтованості заборони партій: ідеї та програми, реальна поведінка (включно з бездіяльністю лідерів), спроможність завдати шкоди (електоральна вага) з вимогою доведеної «нагальної суспільної потреби»;

— виділено форми інституційного самоусунення судової влади в умовах надзвичайних правових режимів (неприйняття рішень, віднесення питань до дискреційних повноважень, обмеження обсягу судової перевірки правомірності, невикористання практики ЄСПЛ при правозастосуванні);

— запропоновано удосконалення механізму захисту прав громадян при застосуванні спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів.

— проаналізовано ризик «нормалізації винятку» і сценарій «подвійної держави» (співіснування нормативної та прерогативної підсистем).

Удосконалено:

— теоретичні підходи до розуміння диктатури в Стародавньому Римі, як обтяжливих обов'язків, а не блага для найбільш гідного, від яких, як від необмеженої влади, він намагався позбавитись. Проведено розмежування між цим інститутом та сучасними підходами до розуміння принципів реагування на надзвичайні ситуації.

— підхід до використання гілками влади наданих можливостей стримування виконавчої влади в умовах надзвичайних ситуацій та надзвичайних правових режимів, з метою недопущення відсторонення особистості та руйнування міжгрупових соціальних зв'язків, які здатні зруйнувати єдність та привести до громадянських протистоянь;

— обґрунтування надзвичайних адміністративно-правових режимів, як інструментів захисту колективних інтересів на противагу індивідуальним;

— виокремлення загрози та фактори, що впливають на інституційну самостійності суддів у кризових умовах;

— розуміння ролі законодавчої гілки влади на стадії запровадження надзвичайних правових режимів, розглянуто способи посилення контролю за виконавчою гілкою влади, ускладнення механізмів зловживань, навіть за умови об'єднаності під одним політичним прапором більшості та виконавчої гілки влади.

Дістало подальший розвиток:

— розуміння багатоманітності моделей стримувань і противаг як результат доктринальних пошуків і політичного компромісу, чутливих до суспільних настроїв, які вимагають належної політичної культури, громадянського суспільства й незалежного суду, для ефективного втілення в життя ідей свободи, рівності та верховенства права, з вимогою забезпечення єдності політичної спільноти в умовах надзвичайних ситуацій;

— характеристика соціально-психологічного виміру надзвичайних ситуацій які впливають на стан взаємодії в середині політичного тіла між індивідами: поляризація, емоційні хвилі, вторинність легальності, поділ осіб на групи «ми», «інші», варваризація суспільства тощо;

**Практичне значення одержаних результатів.** Висновки та пропозиції, обґрунтовані в роботі, можуть бути застосовані у:

- науково-дослідній роботі – для подальшого розвитку теоретико-правових уявлень щодо інструментальної теорії права загалом та засобів надзвичайних правових режимів, які впливають та трансформують формально незмінну систему стримувань і противаг у демократичних республіках;

- законотворчій діяльності – при вдосконаленні положень чинного законодавства України, що торкаються заборони діяльності політичних партій, застосування індивідуальних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів, шляхом зниження їх деструктивного значення для усвідомлення рівності громадян та функції держави щодо захисту від сваволі;

- правозастосовній діяльності – з метою підвищення рівня усвідомлення відповідальності осіб, які претендують та займають відповідальні пости та посади щодо наслідків їх дій для цілісності держави, здатності оцінювати ситуативні вигоди та стратегічні наслідки, в тому числі в питаннях відвернення загрози;

- викладацькій діяльності – у процесі проведення навчальних занять та підготовки навчально-методичних матеріалів та підручників з дисциплін «Теорія права», «Філософія права», «Проблеми правоутворення та правозастосування в Україні», спеціальних курсів з вивчення надзвичайних станів, правових практик реагування на воєнні загрози, концепту войовничої демократії тощо.

**Апробація результатів дослідження.** Окремі висновки, положення та рекомендації, обґрунтовані автором за результатами дисертаційної роботи, обговорювались на таких міжнародних конференціях: XIII Міжнародній науково-практичній конференції «Глобалізація українського законодавства як результат війни Російської Федерації проти України» (19 квітня 2023 року, м. Київ), Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови» (5 травня 2023 року, м. Київ), Міжнародній науково-практичній конференції «Національна безпека як конституційна цінність: сучасні виклики» (22 червня 2023 року, м. Харків), Міжнародній науковій конференції з нагоди Дня Конституції України «Конституція України в період війни та післявоєнного відновлення» (23 червня 2023 року, м. Київ), XVIII Всеукраїнській науково-практичній конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів «Актуальні шляхи удосконалення українського законодавства» (18 листопада 2023 року, м. Харків), XVI Міжнародній науковій конференції, присвяченій пам'яті академіка права Ю. М. Тодики «Права людини та демократія як фундаментальні основи українського

конституціоналізму» (24 листопада 2023 року, м. Харків), Всеукраїнській науково-практичній конференції «Теорія та практика сучасної юриспруденції» (24 грудня 2023 року, м. Харків), Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні виклики розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та повоєнної відбудови» (2 травня 2024 року, м. Київ), Міжнародній науковій конференції з нагоди Дня Конституції України «Цінність Конституції України в сучасних умовах» (20 червня 2024 року, м. Київ), Міжнародній науковій конференції «Конституційно-правові засади інтеграції до Європейського Союзу» XVII Тодиківські читання (14 листопада 2024 року, м. Харків), Міжнародній науковій конференції «Життя людини як конституційна цінність в сучасних умовах» (12 грудня 2024 року, м. Київ), II Міжнародній науково-практичній конференції «Публічна влада в умовах режиму воєнного стану: виклики, рішення, європейський вектор» (10 квітня 2025 року, м. Київ), X міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми судового права» (25 квітня 2025 року, м. Харків).

Публікації. За результатами проведеного дослідження опубліковано 19 наукових праць, серед них 6 статей у фахових виданнях України і 13 наукових тез у збірниках матеріалів науково-теоретичних та науково-практичних конференцій.

**Структура та обсяг дисертації визначається метою і завданнями дослідження. Робота складається зі вступу, трьох розділів, що містять дванадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації становить 217 сторінок, з них основного тексту – 185 сторінок, список використаних джерел (176 найменування) – 17 сторінок.**

## РОЗДІЛ 1: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ СИСТЕМИ СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ ТА НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ.

### 1.1 ІДЕЯ СИСТЕМИ СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ. ІСТОРИЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ КОНТЕКСТ.

Держава, влада й народ, як ключові складові сучасного конституціоналізму, утворюють взаємопов'язаний концептуальний трикутник. У ньому влада постає як інституційний механізм ухвалення обов'язкових рішень і здійснення управління, спрямованого на впорядкування суспільних відносин та задоволення спільних потреб, що робить її осердям політичної конкуренції. [1, с. 17] Те, яким чином це здійснюється визначає характер політичного режиму — демократичного чи тоталітарного, — однак формально-юридична самоідентифікація є вторинною, у порівнянні з практикою. [2, с. 275] Демократизм держави проявляється через фактичне втілення політичного плюралізму, забезпечення належного рівня дотримання прав і свобод, участі громадян у владарюванні та загальну політико-правову культуру.

Всеохоплюючою категорією демократичного ідеалу, безперечно є — свобода. Водночас вона завжди є обмеженою, оскільки вимушена балансувати із правопорядком, який, в свою чергу, враховує як індивідуальні права, так і колективні інтереси. Саме тому, ефективність влади проявляється у тому, на скільки їй вдається примирити та водночас вдовольнити притаманну складним суспільствам багатоманітність.

Чарльз Тіллі, зазначав, що політика держави має узгоджуватись з висловленими вимогами громадян. При цьому, необхідно враховувати, наскільки широке коло таких висловлювань береться до уваги та в якій мірі саме висловлювання захищене політикою держави. [3, с. 27-28]

Дійсно, народ демократичної країни це не однорідна субстанція. Людям, рівним від природи, по мірі дорослішання та становлення, властива індивідуалізація: культурна, релігійна, майнова, професійна. Це тягне за собою різні політичні переконання та вподобання. Враховуючи те, що правити всім одночасно в сучасному світі, на кшталт прямої демократії Афін, неможливо, ми послуговуємось репрезентативною демократією, в якій функціонує принцип рівних шансів та інститути якої виконують функцію узгодження волі народу, який, водночас, виступає єдиним носієм суверенітету.

Жорж Ведель писав, що ідентифікація демократії з абсолютним лібералізмом приводить до плутократії, з правлінням мас,— до автократії, а суспільство, де закон більшості не знає меж, може призвести до диктатури клану або людини, через усунення меншин. [4, с. 246, 250] Так чи інакше, всі ці форми державного ладу забезпечують певний обсяг свободи, однак на якісно нижчому рівні, ніж репрезентативна демократія. Саме тому, демократичний устрій потребує виховання чеснот терпимості, толерантності, примирення та компромісу. Представництво у демократичній республіці є механізмом, який оптимізує можливість визначення волі одночасно і єдиного, і багатоманітного народу, як суверену.

На думку Севрюкова Д.Г., першим, хто описав не лише ідею народного суверенітету, але й зробив крок від прямої до представницької демократії, був італієць Марсілій Падуанський, у працях «Defensor pacis» та «Defensor minor», який зазначав, що джерелом законодавчої влади всередині людської спільноти є сам народ, або його переважна частина. Наступним кроком він переносить владу із загалу на переважну частину, а звідти і на більш гідних представників. [5, с.22-23].

Таким чином, усвідомлення народного суверенітету еволюціонує паралельно з його інституціалізацією, наскрізним завданням якої, поруч із репрезентацією, є збереження та забезпечення цінності свободи, яка, у свою чергу, зважає на те, що правила демократії передбачають ухвалення рішень владного характеру більшістю, не дозволяє повного виключення, чи заперечення свободи і прав меншості. «Меншість має рівні права, захищені законами, що цю рівність забезпечують, а порушення цих прав та законів значить гноблення». [6, с.16]

В свою чергу, Карл Шміт застерігав, що принцип рівних шансів відноситься до тих понять, тлумачення і реалізація яких незворотно є прерогативою легальної влади, яка здатна визначати обсяг дій, які вона дозволить своєму противнику і вона ж визначить, коли саме дії конкурента можна вважати нелегальними. [7, с. 29-33] Пояснюючи свої слова у післямові до видання праці «Легальність та легітимність» 1958 року, цитований автор вказує, що прагнув продемонструвати, як відбувається процес, коли партія заходить через двері легальності, щоб відразу зачинити їх за собою, здійснивши, умовно, легальну революцію. Це відбувається за умови зіпсованості репрезентативного та легітимного сприйняття, як народом парламенту, так і парламентськими партіями свого значення для демократії.

Таким чином, говорячи про народний суверенітет, індивідуальну свободу, суспільне благо, поруч із цілком нормативними категоріями ми зіштовхуємось із цілим рядом обставин індивідуального характеру, чеснот, якими повинна керуватись більшість, — бути «справедливою, розумною й розважливою», а меншість повинна відчувати свою захищеність законами, які цю рівність забезпечують. В основі відносин влади та опозиції, більшості та меншості повинен знаходитись розум (закон як найоб'єктивніше його вираження) та людські чесноти, — злагода, милосердя, відсутність гноблення, тощо. Водночас, історія людства навчила розрахунок на доброчесність виключати, як єдину запоруку правопорядку, що забезпечує свободу.

Концепція народного суверенітету не передбачає поділу народу, на тих, хто приймає рішення і, відповідно, тих, хто виключається з процесу їх прийняття щодо заснування держави, то й розглядати владу, яка походить від народу через призму її поділу на різні влади є необґрунтованим, навпаки вона виражається у єдності та цілісності. В той же час, свобода неможлива, якщо один з представницьких органів нації реалізує повноту суверенітету, тоді як цей суверенітет належить самій нації. Саме це є основною ідеєю принципу поділу влади, який може слугувати розв'язанню конфліктів у складному політичному середовищі. [4, с.153, 158]

Таким чином, організація і здійснення державної влади на основі її поділу є необхідним інструментом забезпечення добробуту суверена. Деконцентрація влади

базується на взаємному впливі, взаємному стримуванні і співробітництві державних органів, що урівноважують один одного, об'єднуючись у групи за ознакою однакової функціональної спрямованості і наявності відповідних повноважень, що необхідно для успішного розв'язання суперечностей. [8, с.39] Це є запорукою сталості та стійкості держави, правонаступництва при електоральних циклах, можливості стратегічного планування та розвитку, в умовах динамічного світу, а головне відсутності внутрішніх дестабілізаційних процесів.

Джон Д. Бові та Дафна Ренан, вважають, що теорії, які лежать в основі поділу влади, можна розділити на дві традиції, вирізняючи республіканський поділ влади (republican separation of powers) та юристократичний (the juristocratic separation of powers). [9, с.2033]

Прихильники республіканської традиція, обґрунтованої у XVII столітті, розглядали поділ влади як засіб досягнення свободи від свавілля. Серед її авторів англійські теоретики природних прав — Джон Локк і Вільям Блекстоун, французькі егалітаристи, — Жан-Жак Руссо, барон де Монтеск'є.

Для Лока верховною владою вбачалась законодавча і в залежності від того, хто її виконував він пропонував розрізнявати форми правління. [10, с. 236] Саме правління мусило здійснюватися відповідно до законів проголошених та відомих людям, а не нашвидкуруч виданих декретів. [10, с.235] Те, що особа відмовляється від права самостійно карати та чинити суд, а передає можливість такого здійснення відповідно до законів республіки, він вважав початками законодавчої та виконавчої влади. Все це він визначав як необхідну передумову мирного і безпечного користування власністю. Запобіжником деспотизму, виступали змінюваність складу законодавчої влади, а також те, що після завершення терміну повноважень такі особи повертались би до стану підкорення загальним законам країни, нарівні з іншими. Попри верховенство, законодавча влада, не розглядалась як необмежена, захист прерогатив монарха вбачався у можливості накладання вето чи зверненням до права народу на повстання. Судову владу як самостійну він не розглядав, в силу історичного досвіду Англії, де відправлення правосуддя було частиною королівської прерогативи, водночас зазначав, що там, де не чинять правосуддя задля

забезпечення прав людини, не залишається влади для скеровування сили чи забезпечення потреб народних; там, очевидно, не існує й правління». [10, с.293]

В свою чергу Вільям Блекстоун, британський юрист, чия праця «Коментарів до законів Англії, 1765–1769» тривалий час була джерелом для правозастосування Верховним Судом США та обґрунтувань ідей батьків засновників Томаса Джеферсона і Джеймса Медісона, вважав, що для збереження конституційного балансу вкрай необхідно, щоб виконавча влада була гілкою законодавчої влади [11, с.149], оскільки повне роз'єднання, як і повне поглинання, призвели б до тиранії. При чому, законодавча влада, постійно посягаючи на права виконавчої влади, поступово привласнила б її собі, приводячи приклад Довгого парламенту Карла I.

Як і Лок, він вважав право відхилення (право вето) виконавчої влади, необхідним і достатнім для мети балансування, вважаючи що корона таким чином запобігає вчиненню зла. Тим самим Блекстоун перекидає місток до законотворення, вважаючи, що всі гілки мають погодитись на зміну закону, перш ніж він набуде чинності: «Як три окремі сили в механіці, вони спільно рухають механізм уряду в напрямку, відмінному від того, який би обрала кожна з них, діючи самостійно; у напрямку, який становить справжню лінію свободи і щастя суспільства». [11, с.151]

Такий взаємний контроль та стримування він розглядав не як слабкість, а як справжню перевагу англійського уряду. В той же час, на відміну від Лока, судову гілку він відокремлював як від законодавчої, так і від виконавчої, вказуючи, що саме це є запорукою тривалої громадської свободи. [11, с.259–60] Це дозволить суддям бути мотивованими фундаментальними принципами права, а не виключно власними думками. Блекстоун, розвиваючи ідеї Лока, пропонує більш детальний погляд на механізми, які урівноважують гілки, такі як «право вето», права на розслідування щодо членів Уряду з боку Парламенту, які через сотні років залишаються частиною сучасних систем .

Французькі представники республіканської традиції представлені «Духом законів» Шарля Луї Монтеск'є, який побачив світ 1748 році. Важливе, застереження, яке висловлюється ним, полягає в тому, що закони повинні перебувати у тісній відповідності зі своїми народами і лише у надзвичайно рідкісних випадках закони

одного народу можуть бути придатними для іншого. [12, с.12-13] З точки зору вчення про поділ влади, це означає, що запозичення збалансованої системи, яка, припустимо, вбачається ефективною в США, не може в повній мірі забезпечити такий же результат в іншій країні. Крім цього, загальна рамка вимог до суб'єктів владних повноважень його авторства передбачає помірність та доброчесність (доброчинність). Свободу, як наскрізну мету республіки, він розкриває через зміст законів, а не процедуру їх прийняття та акцентує увагу на недопустимості більшістю пригнічення меншості, називаючи це проявом тиранії. Щодо організації влади, то вказував, що заради уникнення можливості зловживання, необхідний порядок, при якому різні влади могли б стримувати одна одну.

Відзначимо, що Монтеск'є не був абсолютно оригінальним, чимало думок запозичив у англійця Джона Лока, однак, при цьому, він чітко визначив, що запорукою від зловживань є саме система взаємного стримування. Законодавчу владу він пропонує доручити посадовим особам, або постійним установам через те, що вони є виразником загальної волі держави. Виконавча ж влада, втілює цю волю. Змінність законодавчих зборів, для Монтеск'є є обов'язковою, оскільки відображає небезпідставні надії на виправлення ситуації, у іншому випадку, при втраті довіри до зборів та незмінності, народ впадатиме в гнів чи байдужість.

Судову владу він пропонував доручити особам, котрі, в певний час протягом року, у встановленій процедурі залучаються з народу для утворення суду, тривалість їх функціонування визначається необхідністю та важкістю звинувачень. Крім того, пропонував право самому обирати своїх суддів. Як і у працях Лока, у Монтеск'є знаходимо серед стримуючих факторів і прообраз права вето: «Якщо виконавча влада не буде мати права зупиняти дію законодавчих зборів, то останні стануть деспотичними. У свою чергу, законодавча влада мусить мати «право і повинна розглядати, яким чином виконуються створенні нею закони», однак не без права «судити особу, а відповідно і поведінку особи, яка реалізовує виконавчу владу». [12, с.154-158]

Інший французький вчений Жан-Жак Руссо мав особливий погляд на законодавчу владу: «Той, хто створює закони, не має або не повинен мати жодного

права їх схвалювати, а народ, навіть коли б того й побажав, не може позбавити себе цього права. Оскільки, згідно з засадничим актом лише загальна воля є обов'язковою для окремих осіб» [13, с.50, 67-68] Тим самим, законодавча влада належить народові, виконавча влада, навпаки, не може належати загалові, уряд на його думку - це посередник покликаний приводити в дію закони а також підтримувати як громадянську, так і політичну свободу. Для Руссо, єдиний тип легітимного політичного режиму — пряма демократія.

Втілення цієї ідеї породило політичну організацію, що складається з низки делегувань, які відобразились у Конституції Монтаньярів 1793 року. Відповідно до її положень однопалатний парламент — Законодавчий корпус (стаття 39) складався з делегатів, що обирались щороку через систему виборів в комунах (первинні збори), а згодом, на другому рівні, виборчих зборів, обираються депутати (стаття 29). Стаття 56 передбачала, що кожен законопроект передбачає затвердження народом. Щодо Ради виконавчої влади (Уряду) вона складалась з двадцяти чотирьох членів, які оновлюються на третину кожного року. Порядок їх обрання передбачав висунення виборцями кожного департаменту (83 відповідно до територіального поділу, 1790 року), а з них, вже призначалися депутати. При цьому, у цитованій Конституції про стримування і противаги між законодавчої і виконавчою владою не йшлося, адже стаття 64 визначала, що Уряд позбавлений навіть права законодавчої ініціативи і діє лише відповідно до законів і декретів Законодавчого корпусу, перебуває під безпосереднім наглядом Законодавчого корпусу (стаття 73). Фактично в даному випадку, виконавча влада майже повністю позбавлена політичної незалежності. Конституція, яка хоч і не набула чинності, є радикальним втіленням концепту виконавчої влади лише як «технічного апарату».

В свою чергу, американське розуміння конституційного поділу влади виростає з англійського й колоніального конституціоналізму XVII–XVIII ст., де нормативним ідеалом вважався «змішаний режим» — поєднання елементів монархії, аристократії та демократії з метою взаємного контролю й уникнення крайнощів кожної форми. Така модель, вважається, що об'єднує, позитивні сторони від різних типів, за яких: правління одного забезпечує енергію (особливо у

зовнішній політиці та під час війни), але загрожує тиранією; правління небагатьох, гарантує мудрість і добродішність, але ризикує перерости в корумповану олігархію; правління багатьох сприяє свободі та «здоровому глузду народу», але може схилитися до тиранії більшості.

Змішаним режимом Спарти захоплювались Аристотель; Полібій та Цицерон - Римською республікою; Макіавеллі, відповідно, вважав за взірець Венеційської республіки. У колоніальній Америці, ця логіка інституційно втілювалася в трикутнику: королівський губернатор (один), рада губернатора (небагато) та обрана нижня палата (багато). [14, с.1066—1070] Проте, з Американською революцією, що спиралася на тезу про рівність людей, під впливом ідей Лока, Блекстоуна, Монтеск'є, змішаний режим поступається функціональному розділенню законодавчої, виконавчої і судової влади, який у Конституції США, 1787 року, доповнюється системою стримувань і противаг Медісона. Саме американською політичною думкою принцип поділу влади був трансформований в систему урівноваження, в основі якої проголошено організаційну незалежність трьох «гілок». [15, с.12]

Медісон чітко усвідомлював соціальну багатоманітність, зазначаючи, що людей розділяють на партії пристрасті до різних поглядів стосовно релігії, уряду та безлічі інших питань, прихильність до різних лідерів, які прагнуть влади, що розпалює взаємну ворожнечу. Порятунком від цього вбачався у республіці, в якій правління побудоване на представницькій системі, а також формі територіального устрою, адже важливі і загальні інтереси передаються у відання всенародних законодавців, а місцеві і приватні – законодавцям штатів.

В опублікованому 30 січня 1788 року листі №47, Джейк Медісон, цитуючи Монтеск'є, зазначає, що останній, розділяючи гілки влади, зовсім не мав на увазі ніби вони не повинні мати часткового впливу або контролю над діяльністю одна одної. [16, с.161] Те, якими вбачались взаємні засоби стримування батьки засновники роз'яснюють поступово. У листі 48 до них віднесено саме представництво, а не пряму демократію (на противагу Руссо), терміни повноважень, кількість представників (не надто велика і не надто мала). І головне, що тільки

законодавча влада має доступ до «кишені народу». До того ж вона користується переважним впливом на грошову винагороду чиновників двох інших відомств. [16, с.166-167] Вже у співавторстві з Гамільтоном вони формують принципи системи стримувань і противаг, говорячи, що складові частини структури правління самі стають засобом утримання кожної на відведеному їй місці. Честолюбству має протистояти честолюбство. Засіб захисту від переважаючої законодавчої влади вбачався у поділі на дві палати, що формуються різними методами та на різних підставах. Таким чином зменшується ймовірність того, що обидві палати одночасно піддадуться тим самим пристрастям. [16, с.166-167] У цьому ж тексті мова йде і про право вето Президента, яке більш детально розкриває Гамільтон у листі 73, вказуючи на його не абсолютний характер. [16, с.247-248]

Крім цього, кадрові рішення Президента, як пише Гамільтон, потребуючи згоди Сенату, стали б чудовим стримуючим фактором для прояву упередженості з боку президента [16, с.254-255]. І звісно ж, право Конгресу ініціювати імпічмент Президенту, за держзраду, хабар чи інші тяжкі злочини й проступки [16, 218–220] Щодо судової гілки влади, Александр Гамільтон окремо відзначає необхідність заснування судів, в яких судді зберігають свої посади, поки їхня поведінка бездоганна. [16, с.26-25] В подальших листах він не втомлюється повторювати значення саме судової гілки: «закони мертві без судів, які тлумачать і визначають їх справжній зміст і дію.» [16, с.72-73]. Повна незалежність судів досягається в тому числі через безстрокове призначення за ініціативою Президента та згоди Сенату (федеральних суддів та суддів Верховного Суду) та триває «during good behavior» [16, с.261-263]

Конституція США, а також 85 статей Федераліста є неоціненним джерелом як науково-теоретичних знань, які увібрали в себе здобутки поколінь вчених, історичний досвід державного будівництва зі всіма помилками та перевагами, але й фактичним відображенням трансформації цих знань у цілком практичну площину, шляхом осмислення та формування Основного Закону країни, який є чинним і на даний час, без значних змін.

Водночас, деякі вчені вважають, що на практиці відбувається відхід від принципів республіканського поділу влади, закладеного в Конституцію США. Стверджується, що законодавча і виконавча гілки, як представницькі (у випадку США) повинні вирішувати, чи дійсно той, чи інший законопроект є необхідним і належним. Тим самим, поділ влади реалізується через політичний процес законотворення, а не судовий контроль. Виходячи з такого розуміння, Верховний Суд зіштовхуючись із законом, який нібито порушує принцип поділу влади, повинен прислухатися до думки представницьких гілок, а не встановлювати домінування Суду над Конгресом і Президентом. [9, с.2092—2093]. На думку американських науковців, такі юридичні контрреволюції, підривають цінність республіканського поділу влади, демонструючи політичну поляризацію та нездатність діяти колективно. При зростаючій ролі судової влади відбувається формування «юристократичного поділу влади» (the juristocratic separation of powers). Початок якої відраховують з моменту винесення рішення у справі Майерс проти США (Myers v. United States. 1925). [17]

У цій справі, у 1920 році президент Вудро Вільсон звільнив поштового інспектора Портленда, попри те, що не мав права це робити без згоди Сенату, відповідно до Закону 1876 року (Postmaster Act of 1876). У XIX-му та на початку XX століття, пошта була інформаційною артерією, через яку поширювались газети, журнали, грошові перекази, посада передбачала можливість впливу на політичні настрої, а особа, яка її займала вважалась впливовою.

Головуючим суддею у справі був Вільям Говард Тафт, (27-й президент США, 1909-1913 рр), який сформував пріоритет виконавчої влади, відповідно до якого відсутність явних обмежень у Конституції, розглядається як аргумент на користь ексклюзивної виконавчої влади, яка не може бути обмежена законом.

Таку думку, на наш погляд, можна вважати перебільшеною. Верховний Суд існує для того, щоб ставити крапку в спорі, в тому числі між гілками влади, не залишаючи невизначеності. Крім того, враховуючи склад суду (9 осіб починаючи з 1861 року), механізм прийняття рішення, не можна говорити, що один суддя вирішив справу на користь конкретної гілки влади, тим паче, що головуєчий суддя

був республіканцем, а Вілсон демократом. Скоріше, в силу того, що судді призначаються пожиттєво, можна говорити, що в конкретний історичний період сформувався такий склад суддів, які мали саме такий погляд на природу повноважень Президента.

В американській традиції цілком прийнятною є асоціювати суддів та їх вподобання та періодом Президентів, за яких вони призначались, визначаючи, яка більшість: демократів, за переконаннями, чи республіканців, має місце. Тому, звісно, Верховний Суд може та повинен приймати рішення, які вирішують спори, щодо компетенції виконавчої та законодавчої влади, в іншому випадку, виникала б ситуація, за якої система ризикувала б зайти у неконтрольоване прийняття гілками взаємовиключних рішень, з одних і тих же питань, із закликом щодо виконання саме їх актів.

Підсумовуючи, слід зазначити, поділ влади, не є номінальним атрибутом демократії. Його завдання розвести згруповані за однорідними функціями органи, наділити їх самостійними повноваженнями та пов'язати балансуєчими взаємозв'язками з іншими гілками. При цьому, кожна з гілок, повинна усвідомлювати свою вагу, володіти честолюбством, а також усвідомити, що її повноваження обумовлені спільним благом.

Це спільне благо у представницьких республіках полягає у забезпеченні свободи громадян, дотримання принципу верховенства права, рівності, забезпечення та недопущення придушення прав меншості. Всі інші варіації організації публічної влади, апробовані на практиці, так чи інакше приводять до трансформації представницької республіки, позбавляючи народ ролі суверена. Як писав Лок, людина слабка, любить хапатись за владу, спокуса об'єднати в одних руках законодавчу та виконавчу матиме наслідком пристосовування законів до особистих вигод, відмінних від інтересів спільноти, що на певному етапі може привести до анархії, а на іншому — до занепаду держави, в тому числі, через повстання. Проміжну ланку у цьому сенсі додає Монтеск'є, зазначаючи, що з об'єднання законодавчої та виконавчої влад, завжди починають ті, хто прагнуть деспотизму. Тому, принцип поділу влади, по мірі ускладнення структури суспільних відносин,

все більше доповнювався елементами системи стримувань і противаг, яка є тією сукупністю запобіжників, що навіть на стадії дефекту одного із елементів єдиної влади, здатна упередити недоброчесні наміри. Нормативні механізми зобов'язують пручатись тому, що здатне посягнути на суспільне благо. Втім, романтизація нормативного закріплення є неприпустимою розкішшю, оскільки владу реалізують люди мінливих чеснот та у різних обставинах, тому дієвість механізмів, можна характеризувати лише у суспільно-політичному контексті.

За критеріями нормативно закріпленої моделі балансу гілок влади, наука виділяє жорсткі та системи більш м'якої взаємодії.

Перші, також іменують «системами ізоляції влади», є теоретичним конструктом і не описують конституційного ладу втіленого в дійсності. Другі ж, традиційно розглядають через терміни «президентського» та «парламентського» типу поділу. Президентський режим, типовим прикладом якого є США, характеризується високим рівнем незалежності виконавчої влади (іноді називають «напівжорстким»). Парламентський, у свою чергу, є більш гнучким поділом. За такої моделі Парламент і Уряд не ведуть окремого політичного життя, між ними ведеться постійний діалог. Політична відповідальність міністрів є основним засобом впливу, яким володіє парламент. [4, 166-170]

На додаток до цього, в структурі парламенту є комітети з окремих питань, які тісно взаємодіють та контролюють профільні міністерства. Такі моделі, зазвичай, властиві для континентальної Європи, де розгляд законодавчої та виконавчої гілок пропонують здійснювати через призму цілісної взаємодії, співпраці та переплетіння. [18, с.6] В таких республіках, діяльність виконавчої гілки влади невіддільна від парламентської більшості, яка його сформувала, оскільки делегати до виконавчої влади, зазвичай, є представниками цих політичних сил, питання ефективності урядування, кадрових рішень вирішуються на коаліційних засіданнях, без можливості парламенту дистанціюватись від стану справ у країні, переклавши відповідальність на виконавчу гілку, так само як і припинення функціонування коаліції, формує підстави для дострокових виборів і формування нового складу Уряду. В даному випадку, очевидно, що має місце відхід від примату

недопустимості об'єднання законодавчої і виконавчої гілок влади, про які йшлося вище, оскільки система взаємозв'язку між ними, робить їх практично єдиним цілим, хоч і з різними функціями. Однак, в даному випадку, компромісність, доречно розглядати на рівні порозуміння політичних сил, які формують більшість та інтересів їх виборців, адже партійна система країн Європи не властива біпартійність, яку ми спостерігаємо в США.

Крім цього, в деяких країнах особлива організації функціонування виконавчої влади дає підстави виділяти змішану республіканську форму, якій притаманний дуалізм виконавчої влади. З другої половини ХХ ст. цей термін відображає поділ повноважень між урядом, на чолі з його главою та президентом у Франції. Втім, співвідношення владних можливостей залежить від розстановки партійно-політичних сил у парламенті. Якщо Президент має значну парламентську підтримку, то виникають випадки, за яких, «прем'єр-міністр є підставною особою, яка камуфлює здійснення політики президента». [19, с.194] У той же час, за відсутності парламентської підтримки, відносини між Урядом, Парламентом та Президентом ускладнюються.

Схожа ситуація має місце і в Україні. У 1996 році, було висловлено думку, що форма правління, закладена у Конституцію є змішаною республіканською. Шаповал В.М., критично ставиться до такого судження зазначаючи, що це є імітацією, властивою пострадянським країнам, яка ігнорує фактори недостатніх традицій демократії, парламентаризму, політичних партій та породжує конфлікт легітимності двох центрів влади – парламенту і президента, що може мати наслідком перехід до авторитаризму. [20, с.10] Президент наділяється значними повноваженнями у сфері виконавчої влади, зберігає вплив на законодавчу та судову влади. У свою чергу, інші науковці зазначають, що Президент не входить до жодної з «гілок влади», а виступає у якості арбітра між ними. [21, с.301] Крім цього, додають, що функції та повноваження Президента України не можуть бути у повному обсязі закріплені на конституційному рівні, і тому у Глави держави завжди наявні не розкриті повноваження, які проявляються в екстремальних умовах. [22, с.183] Контраргументом останній тезі є положення п.31 ч. 1 статті 106 та статті 6

Конституції України, які не передбачають визнання за Президентом «прихованих» можливостей. В цьому контексті можна навести думку Карла Шмітта, який вважав, що запровадження гаранта і доглядача конституції є ознакою критичного конституційного стану, а сама потреба у «Hüter der Verfassung» постає саме в кризових умовах, коли звичайні механізми стримувань і противаг вже не працюють. [23, с.81-83] В залежності від конкретної ситуації, складно однозначно визначити, чи Президент є тим, хто покликаний вирішувати кризу, чи він є причиною кризи, саме через наділення його повноваженнями, що виходять за межі церемоніальних. Формально, як слушно зазначає Процюк І.В., якщо обраний народом президент не володіє абсолютним вето, яке долається кваліфікованою більшістю, здавалося б, поділ державної влади на законодавчу й виконавчу не порушується. Але, якщо особа, яка займає пост Президента і парламентська більшість належать до однієї партії, вони можуть виступати як одна політична сила. [18, с.10] За таких умов, роль арбітра втрачає сенс. Продовжуючи цю думку, як свідчить емпіричний досвід, в таких випадках де-факто виконавчу владу очолює Президент, що не відповідає фактичним повноваженням, визначеним Основним Законом.

Дійсно, попри те, що законодавча і виконавча влади своїм вагомим становищем у суспільному житті завдячують виборчій компоненті представницької демократії та довкола них фокусується політична боротьба, однак, за стан виконання законів, в тому числі і ними, найбільшу відповідальність несе саме судова гілка влади. Якщо народний обранець, чи Президент можуть бути представниками будь-якої галузі господарства, чи сфери знань, то судді, є людьми, щодо яких професійні, освітні вимоги є суворо регламентованими, оскільки на них покладено застосування закону до конкретного випадку, «засновуючись на букві та душі закону». [24, с.33] Як зазначає Москвич Л.М., велика мета правосуддя, полягає у заміні ідеї насильства ідеєю права, підтримці віри суспільства у верховенство права, запобігання фактичній безкарності неправомірних дій. При цьому, відзначає, що ефективний, справедливий суд несумісний з такими формами устрою як: самодержавство, тоталітарний, авторитарний режими. [25, С.94-95] Він

розкривається в повній мірі в тій політичній системі, у якій реалізовано принцип поділу влади.

В демократичній республіці надзвичайно важливо, щоб навіть за умови тимчасової консолідації законодавчої та виконавчої влади представниками однієї групи, дух і відчуття свободи, як засадничих цінності республіки, забезпечували незалежні суди, здатні виносити сміливі, неупереджені, добродійні рішення, позбавлені політичної кон'юнктурності. Суд є останнім редутом захисту республіканського ладу, це усвідомлення професійними суддями є визначальним, адже занепад демократії, а з нею і держави, має місце тоді, коли громадянин не відчуває, що держава виконує своє ключове завдання — захисту, чи від внутрішньої сваволі, чи від зовнішньої загрози. Суди повинні усвідомлювати, що їх контроль за виконавчою владою обумовлений величезним ресурсом, зосередженими у руках останньої (збройні сили, поліція, спеціальні служби), можливостями легального примусу та насильства. [26, с.38]

Звісно, при недоброчесних намірах виконавчої влади, цей ресурс може бути застосованим і щодо суддів, однак за відсутності принциповості, кожен окремий випадок потурання суддею політичній доцільності, може породити думку про підпорядкування судової гілки спільним цілям із виконавчою. Це матиме очевидні наслідки для свободи та рівності, як республіканських цінностей. Як вірно зазначає Ковальчук В.Б., — сила держави може стати насильством над власним народом, однак не страх, а довіра до влади є запорукою легітимного конституціоналізму. [27, с.13] Судову гілку влади було б ідеалістично назвати невразливою чи захищеною від спроб втручання. Французькі теоретики принципу поділу влади застерігали, що якщо судова гілка поєднується із виконавчою, то судді стають пригноблувачами, якщо ж поєднується із законодавчою, то тим самим закони припиняють асоціюватись із розумом і забезпеченням суспільних інтересів, суддя стає законодавцем і виникає свавілля. Інституційна самостійність судової гілки, значно залежить від діяльності законодавчої гілки влади, остання, визначаючи процедури добору, призначення, умови матеріально технічного забезпечення як чинних суддів, так і тих, які перебувають у відставці, здатна впливати на персональний склад судів.

[28, с.15-16] До цього переліку, варто додати і можливість створення, реорганізації та ліквідації судів лише на підставі закону. До прикладу, попри нещодавно запроваджені додаткові гарантії для українських судів, зокрема щодо попередніх консультацій з Вищою радою правосуддя, щодо законопроектів такого типу, прецедент із ОАСК, демонструє, що цей запобіжник долається, шляхом голосування та підписання закону Президентом.

Як відомо, причина належить минулому, мета — майбутньому. [29, с.2-3] Мета виникає через уявлення майбутнього можливого стану, який обіцяє вдовольнити більше, ніж той стан, який є у конкретний момент. Принцип поділу влади постав частиною сучасної конституційної архітектури, як засіб досягнення мети, напрацьований узагальненими закономірностями організації публічної влади, відносин між правлячими та підданими, а також наслідків, які настають для соціумів. Стабільність правопорядку в державі є запорукою її тривалого існування та покращення благополуччя. Таку стабільність у представницьких республіках розкривають через цінності, які держава покликана забезпечувати членам соціуму. Це, у свою чергу, вимагає такої організації публічної влади, яка мінімізує індивідуальні негативні особливості людської природи, направлені на підкорення, придушення, зловживання. Ці методи, посягаючи на свободу, порушуючи рівність, підриваючи верховенство права, трансформують громадян у пригноблених, в силу чого, вони втрачають ціннісне сприйняття держави як охоронця. Саме тому представницькі республіки, визнаючи демократію як владу більшості, забезпечують існування інструментів для відстоювання та впливу на прийняття рішень меншістю. Реалізація владної волі у демократіях має базуватись на усвідомленні строковості, незворотності повернення до статусу членів суспільства, які підкорюються правилам, а також прийняття як аксіоми, що рішення і дії по відношенню до тих, хто складає меншість сьогодні, можуть виявитись рішеннями і діями щодо тих, хто становитиме більшість завтра. Покладання на усвідомлення, при цьому, є недостатнім, а тому потребує інституційного та функціонально урівноваження складових триєдиної влади. Принцип поділу влади та систему стримувань і противаг, побудовано на образі ваг, які покликані забезпечити співіснування у

гармонії [30, с. 102-105]. Вони є засобами забезпечення мети скерованої в майбутнє, яка полягає не в ослабленні держави. Навпаки, ця мета полягає у недопущенні занепаду та, водночас, пролонгації існування «держави людей, для людей». Функціональний поділ влади, відповідає узагальненим найважливішим складовим, які формують середовище існування індивіда: встановлення загальних та прийнятних для конкретного соціуму правила поведінки; забезпечувати приведення стану суспільних відносин у відповідність до нормативних вимог, а також вирішення взаємних спорів, у випадку, якщо один із суб'єктів вважає, що відбувся відступ чи порушення його прав.

Ефективність системи поділу влади визначається поєднанням двох чинників: нормативного закріплення та практичного втілення в суспільно-політичному контексті. Без живої політичної культури, без дієвого громадянського суспільства, без реальної незалежності судової влади самі лише юридичні формули залишаються декларативними. Водночас без чіткої нормативної бази навіть найсильніші традиції не здатні утримати баланс. Лише синтез права і практики створює стійкий конституційний лад, який гарантує свободу та справедливість у мінливих умовах сучасного світу.

Держави не існують абстрактно, ізольовано, зовнішні фактори та середовище також динамічні і непередбачувані. Змінивши середовище зі стану нормальності, за яких безпека та свобода є основними цільовими орієнтирами, можна прослідкувати на скільки сталою залишається організація влади та її пріоритетів, в умовах загроз.

З огляду на викладене доречно відзначити, що будь-яка система стримувань і противаг в межах принципу поділу влади закріплена в Основному Законі та регулярному законодавстві будь-якої демократичної республіки, є індивідуальною, хоч і має схожі риси. Очевидно, якщо ми говоримо про Основний Закон, то він, в силу формальної процедури прийняття, є, окрім того, що результатом роботи науковців, які намагались впровадити кращу на їх думку модель, але й результатом політичного компромісу, який зробив можливим голосування на набрання чинності цим установчим актом. Так само як і результатом, на який потрібно було отримати згоду народу, навіть якщо це не передбачало проведення референдуму, адже

суспільні настрої важливі в силу розуміння суспільної угоди, як часткової відмови від природної свободи на користь підкорення законам розуму, які зрівнюють усіх, однак і повинні бути прийнятними усіма. Ці настрої, переконання, вподобання є мінливими, і включають в себе як елементи звичок, традицій, так і певне бачення ідеалу, який варто запозичити, бо в іншій країні він же ж прижився і привів до мнимого процвітання. Відповідно, цілком справедливо, що з плином часу, при зміні обставин за яких відбувався момент установаження, сам принцип поділу влади, може змін не зазнавати, однак баланс, переглядається саме шляхом зміни механізмів стримування. До прикладу, в змішаних республіках, попри не абсолютний характер вето Президента, та при наявності у нього Парламентської більшості, способом блокування законопроєкту може бути просте його непідписання і не накладання вето, при якому спікер Парламенту своїм правом підпису та оприлюднення не користується, тим самим не абсолютне вето, стає таким, яке не застосоване, але воля законодавчого органу, щодо регулювання суспільних, не втіленою в життя. За відсутності такої більшості, вичерпанням термінів відведених Главі держави, спікер може зробити це сам, тим самим реалізуючи механізм противаги зловживанню. Тобто, характер функціонування механізмів стримувань і противаг, навіть без внесення змін до законодавства, не завжди буде таким, який нормативно зафіксований, він є граничним між нормою і політичним рішенням щодо використання. Водночас, яким би не був стан відносин між законодавчою і виконавчою владою, статус судової влади завжди повинен бути більш автономним та захищеним правовими інструментами, а головне, рівнем суспільної підтримки та довіри. Специфіка судової гілки влади, обумовлена тим, що вона безпосередньо зіштовхується зі спорами, які виникають у соціумі. При цьому, поняття спір тут розглядається як протиріччя щодо питань правопорядку. Це протиріччя може виникати між фізичними особами, суб'єктами господарювання. Також спір поширюється і на питання, які безпосередньо стосуються діяльності інших гілок влади, при правозастосуванні, так і між собою. Відповідно, сприйняття суду є аполітичним та універсальним: як інституції, яка здатна вирішити приватний спір, здатної захистити у випадку зловживань, чи порушень влади при виконанні закону,

а також, як здатну розсудити у питаннях міжінституційних спорів, що виникають між виконавчою та законодавчою гілками. Тобто, на національному рівні, кінцеве слово щодо утвердження справедливості покладається саме на неї. До того моменту, доки суд не винесе рішення, рівність та свобода, як засадничі цінності республіки існують, як такі що ще не поставлені під сумнів. В той же час, судова гілка влади, саме в силу цієї особливої ролі, є віддаленою та не здатною втручатись в діяльність законодавчої чи виконавчої гілок влади за власною ініціативою. Однак дихотомічний розгляд поняття автономії, вимушено штовхає нас до усвідомлення прагнення тих, щодо кого вона здатна виносити рішення, підкорити її не духові закону та справедливості, а власній позиції. Таким чином, відсторонена оцінка функціональності та ефективності системи стримувань і противаг, так само як індивідуальна оцінка цих механізмів членами соціуму як інструменту захисту свободи, здійснюється через призму оцінки стану правосуддя.

## 1.2 КОНЦЕПЦІЯ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ.

Досліджувана у попередньому питанні проблематика взаємодії держави, влади та народу концентрується на нормативних аспектах та їх ефективності, при перенесенні у дійсність. Водночас, вона володіє певною обмеженістю, оскільки розглядає середовище такої взаємодії, як статичне. Тобто, таке, що існує за відсутності факторів, які знаходились би поза межами впливу чи контролю індивідів. По мірі еволюції знань та технологічного прогресу, дійсно, індивід набуває надмірної впевненості у власній здатності контролювати та впливати на простір довкола себе. Крім цього, фактором, який підкріплює цю впевненість, було й те, що географічний простір існування, для декількох поколінь, був позбавлений фактору, який для історії людства можна було назвати звичним, — наявності загрози вторгнення, чи необхідності приймати участь у війні.

Ян Цукерман писав, що сучасна держава виникла через умиротворення внутрішніх конфліктів та утвердження єдиної, всеосяжної юрисдикції в межах територіального устрою. [31, с.34] Дійсно, організація державного управління другої

половини ХХ та ХХІ століть створили передумови для сприйняття громадянами суспільного простору в межах держави як безпечного, такого що поважає свободу, власність, гідність. Це, у свою чергу, зосереджували наші міркування на тому, як зробити стан нормальності, ще більш репрезентативним, ще більш рівним, ще більш прозорим, публічним, підконтрольним для усіх.

Втім, гострі соціальні, техногенні суперечності, суперечності між природою та суспільством, що обумовлюють етнічні й соціальні, політичні та воєнні конфлікти, стихійні лиха, великомасштабні промислові аварії, є складовими середовища людського існування. Та поруч із безпосередньою загрозою здоров'ю та майну, — дестабілізують та руйнують соціальної системи. [32, с.272] Кризові ситуації, що загрожують національній безпеці можуть виникати в результаті внутрішніх та зовнішніх загроз, при цьому крайньою формою зовнішньої загрози виступає війна, а внутрішньої – громадянська війна, бунт, заворушення, нестабільність тощо. [33, с.13] Сучасний історик Ніл Фергюсон щодо таких обставин зазначав, що держави тримаються купи і процвітають завдяки вірі в те, що їх інститути можуть передбачити катастрофу, зупинити її та відновити стабільність. При цьому, катастрофи «оголюють» суспільства й держави, які вони уражають, як наслідок, одні виявляються крихкими, інші стійкими, а ще деякі «антикрихкими», здатними ще й зміцнитись завдяки катастрофам.[34, с.15, 362-363] Дійсно, кризи, катастрофи, гострі виклики, є тими явищами, які кидають виклик державі, як колективно-організованій спільноті. Їх подолання, є завданням не одного індивіда, а усієї організаційної системи управління. Жодне індивідуальне зусилля не переважає силу загрози, та не здатне протиставити себе їй. Як наслідок на такі виклики реагує вся держава, як організаційна форма, яка існує заради спільного колективного блага. Як вбачається з викладеного, заходи, що протиставляються повинні бути комплексними. В суспільствах, де принцип верховенства права є засадничим, такі заходи не можуть існувати поза межами певної правової форми, правового режиму.

А. С. Славко виділяє чотири основні підходи до розуміння поняття «правовий режим». [35, с.41-43]

1. Як порядок правового регулювання, який виражений в комплексі правових засобів, що характеризують особливе зібрання дозволів, заборон та позитивних зобов'язань, які взаємодіють між собою і створюють особливу направленість регулювання, зумовлену специфікою об'єкта і кінцевою метою – досягнення сприятливих, корисних результатів для держави і суспільства.

2. Як вид соціального режиму певного об'єкта. З огляду на те, що право є явищем соціальним, неможливо його розглядати поза функціонуванням соціуму. Правові режими можуть бути визначені для різних за своєю природою об'єктів, а саме: майна юридичних осіб, земельних ділянок, інших об'єктів.

3. Як результат регуляторного впливу на суспільні відносини, системи юридичних засобів, що належать до конкретної галузі права і забезпечують нормальне їх функціонування.

4. Як сукупність норм права, яка регулює діяльність, відносини між людьми з приводу певних об'єктів та забезпечують стійке нормативне впорядкування певної сфери, виражаючи ступінь жорсткості юридичного регулювання, сприятливості чи несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права, припустимий рівень їх активності.

Інший підхід пропонує Кузніченко С.О., за критерієм об'єктів, які мають особливе соціальне значення, — режими, що захищають економічні інтереси держави та такі, що захищають інтереси безпеки. [36, с.55] Підставами для виникнення яких є синергетична взаємодія фактичної підстави (сама загроза, явище) та юридичної (відповідний акт державної влади). [36, с.59] Правовий режим на його думку виступає забезпеченням діяльності держави в умовах реальної або потенційної небезпеки і активуються відповідно до інтенсивності впливу негативного фактору на суспільство, допускають обмеження правосуб'єктності фізичних і юридичних осіб, характеризуються, як тимчасові, об'єктивні та цільові в конкретних, оскільки їх метою є нормалізації обстановки. Додатковими властивостями надзвичайних правових режимів виступають оперативність та гнучкість [37, с.48], обумовлена це динамічністю самої загрози, а, відповідно, потребує протиставляти їй співмірність контрзусилля.

Саме поняття надзвичайного правового режиму означає, що він є винятком з певного стану норми. Відповідно, потребують визначення причин, критеріїв та ознак, які знаменують перехід від норми до виключення. Ще Жан-Жак Руссо відзначав, що «негнучкість законів, заважає їм прилаштуватися до подій, може у деяких випадках зробити їх згубними і призвести до загибелі держави, яка перебуває у кризі. Визначений порядок, повільність сприйняття рішень за приписаними формами — усе це вимагає часу, якого обставини іноді просто не залишають. Навіть Спарта дозволяла своїм законам засинати. Проте, тільки найбільша небезпека могла б урівноважити небезпеку спотворення суспільного порядку, а скасовувати священну владу законів можна лише для спасіння батьківщини». [13, с.145] Дійсно, ознака надзвичайності є гнучкою, з огляду на багатоманітну природу загроз, які не можуть мати вичерпного визначення. Александер Гамільтон писав, що «обставин, що ставлять під загрозу безпеку націй безліч, їх неможливо визначити наперед, а тому нерозумно обмежувати конституційними кайданами силу, якій довірено піклуватися про саму безпеку». [16, с.74–75] Водночас, варто уточнити, що «нерозумно обмежувати» не означає необмеженість, навпаки саме «розум» штовхає нас до поняття пропорційності. Гамільтон зазначав, що у таких випадках покладання на просту силу закону, є прерогативою мрійників, та додає, що ліків інших, ніж застосування сили, може бути знайти складно.

Визначення критеріїв яким мають відповідати надзвичайні ситуації є передумовою забезпечення контролю обґрунтованості рішень про запровадження особливих умов правового реагування та законності застосування пропорційних заходів суб'єктами владних повноважень, з метою недопущення розмивання гарантій прав громадян та упередження використання урядами криз та надзвичайних обставин як інструменту досягнення цілей політичного характеру та абсолютизації влади. Саме через розгляд питання забезпечення дотримання республіканської цінності свободи, фактичного функціонування судової гілки влади та інших суб'єктів владних повноважень, в умовах надзвичайних обставин, шляхом співставлення теоретичного, практичного та емпіричного підходів оцінки правової

дійсності, можна здійснити узагальнення щодо додержання принципу поділу влад та системи стримувань і противаг у надзвичайних умовах.

Перше: надзвичайні обставини, повинні бути актуальними та неминучими. Не вважається прийнятним відступ, у якості превентивного механізму, якщо безпосередньої небезпеки не існує. Водночас, різноманіття загроз та те, що їх інтерпретація може бути суб'єктивною формою тлумачення дійсності та створювати поле невизначеності, яке неможливо нормативно вирішити, однак, як буде продемонстровано в наступних розділах, спроби зловживань можуть бути стриманою за рахунок захисних механізмів принципу поділу влади. Друге, — ті заходи, які звично-доступні державі, — є недостатніми для адекватного реагування. Третє, загроза повинна мати загальнонаціональні масштаби, якщо обставина має вплив, чи діє тільки на певну місцевість, вона не може відповідати критеріям небезпеки сформульованим у статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. [38] Четверте, надзвичайність повинна носити тимчасовий характер, інакше з часом вона еволюціонує в нормальність.

Як наслідок, надзвичайна ситуація — є фактичним якісним станом суспільства, який виникає в силу дії раптових та непередбачуваних обставин, за яких засоби, доступні владі, не дозволяють забезпечувати безпеку держави (громадян), обумовлюючи необхідність негайної зміни стану правового регулювання та відносин влади з громадянами, на користь часткового та тимчасового відступу від гарантії забезпечення прав, із зобов'язанням їх відновлення у момент припинення негативного впливу таких обставин.

Відповідно, надзвичайний правовий режим є формою дотримання принципів верховенства права та законності при юридичному оформленні меж відступу від норми, шляхом спроби поміщення дій влади в певні правові рамки, попри те, що ці дії є реакцією на обставини дійсності, які таких рамок не мають.

Орен Гросс, наприклад, називає це «припущенням про відокремлення» та «припущенням про конституційність»: перше обумовлюється вірою, що надзвичайні заходи не будуть спрямовані проти нас, а лише проти тих, хто становить загрозу для

суспільства. Друге є вірою в те, що відповіді на виклики нагальної потреби містяться і обмежені рамками конституції. [39, с.1022]

Дійсно, в силу того, що сама загроза є неконтрольованою, проблемним питанням надзвичайних правових режимів, є допустимість збереження рамок відступу та дотримання Основного Закону, за умов досягнення Урядом меж правових можливостей. Необхідність відступу від правових меж, обумовлена триваючою загрозою, та одночасне нехтування непорушними гарантіями, часто є основою поблажливості громадськості та судів, що є ілюстрацією заспокійливого значення надзвичайних режимів.

З даного приводу Дайзенхаус, пише, що важливо зберегти ядро усталеного права значно більшим, ніж півтінь невизначеності, це означає що позитивне права ще домінує над винятком і підтримується суддями. [40, с. 61]

Використовує метафору «чорних дір», він зазначає, що надзвичайні правові режими створюють не одну величезну чорну діру на обмежений час, а скоріше безліч сірих дір у звичайному праві країни. Відповідно, у його логіці, сірі діри, є незворотними, але доки вони за сукупністю, особливо в судовій практиці, не переважають правозастосування яке здійснюється з дотриманням верховенства права, неупередженості та справедливості, ядро правопорядку є збереженим.

Дослідження питань надзвичайних правових режимів, а також повноважень, які вони надають суб'єктам влади, перебувають у площині фактично двох категоричностей. З однієї сторони здійснюється пошук оптимальної і найефективнішої моделі реагування, шляхом визначення кращої інституції, яка здатна зберегти конституційне ядро. З іншої, — доводиться, що в умовах істинного надзвичайного стану право залишається формальним тотемом віри у те, що порядок досі базується на нормах, а не вольових рішеннях та вказується, що надзвичайні заходи, при систематичному застосовуванні настільки змінюють порядок, що стають його частиною, а відступ стає частиною статичного порядку. Таким чином, цінність минулого стає недосяжною, в силу незворотності змін.

Конкурентна суперечка у підходах до реагування на надзвичайні ситуації між прихильниками ціннісно-ліберального та реалістичного погляду, зводиться до

питання меж відступу та наслідків відходу від них. Абстрагований теоретичний дискурс, з однієї сторони, окреслює «червоні лінії», а з іншої — послуговується висловом «необхідність, яка не знає меж». При цьому одні говорять про те, що правовий порядок безповоротно віддалиться від демократичних ідеалів, а другі апелюють до того, що загроза посягає на існування державного утворення в якому цей порядок може існувати. Прихильники реалістичного підходу, вказують, що в нормальних умовах суспільного життя сучасна держава визнає і гарантує індивідуальну свободу, а у надзвичайних вона поступається нею заради безпеки, а може, й існування держави. [36, с.90]

У свою чергу, Карл Шмітт, з даного приводу писав, що настання виключного випадку (*extremus necessitatis casus*), свідчить, що держава продовжує існувати, тоді як право відходить на задній план. Оскільки надзвичайний стан завжди є дещо іншим ніж анархія, чи хаос, то у юридичному сенсі досі існує порядок, хоч і не правопорядок. Існування держави у даному випадку демонструє свою безперечну першість по відношенню до існування норми права. [41, с.12] На його думку, норма потребує гомогенного середовища, вимагає надати нормального вигляду умовам життя, до фактичного складу у якому вона повинна застосовуватись і який вона підкорює своїй нормативній регламентації. При цьому, варто уточнити, що сам надзвичайний правовий режим, цього нормативно фіксувати, звісно, не може, адже рішення про запровадження є правовим та включає в себе міжнародні зобов'язання щодо меж, в даному випадку мова йде про їх не дотримання вже після запровадження.

У той же час, прихильники ціннісно-ліберальних підходу зазначають, що існує певна стіна повноважень, нормативно фіксована, діставшись до якої потрібно зупинитись. В даному випадку скоріше вбачається не факт, а бажаний ідеальний конструкт, який не було втілено в життя. Такий підхід не дає відповіді на питання: якщо, діставшись цієї межі, не вдалось відвернути загрозу, чи повинен подальший відступ бути недопустимим, тим самим припинена пропорційна протидія загрозі, з можливим наслідком втрати держави?

Свого часу цю дилему сформував Авраам Лінкольн: «Чи повинні всі закони, крім одного, залишатися невиконаними, а сам уряд розпастися, щоб не порушити цей один закон? Навіть у такому випадку, чи не було б порушено офіційну присягу, якби уряд був повалений, коли вважалося, що ігнорування одного закону сприятиме його (уряду) збереженню?». [42, с.430]

У наш час Брюс Акерман, виходить з того, що екзистенційна логіка парадигми війни стверджує необхідний пріоритет самозбереження держави і конституційного ладу над будь-яким конкретним законом або індивідуальним правом, оскільки передумовою правового порядку і визнання індивідуальних прав є існування держави. [43, с.42] Ці слова написані в апеляції до терористичної загрози та подій 11 вересня 2001 року, які він кваліфікує як такі, що «дестабілізують фундаментальні відносини громадянами і сучасної держави, називаючи це «очікуванням ефективного суверенітету», адже тероризм становить пряму і публічну загрозу для суспільного сприйняття здатності держави «зберігати контроль над базовою безпековою ситуацією».

Прихильники реалістичної підходу зазначають, що діставшись межі, вона переступається, оскільки нормативи визнаються в межах держави. Опоненти ж вважають, що того ж результату можна досягти зберігаючи межі неприступними. Сам факт наявності такої дискусії, свідчить про проблему дотримання меж на практиці, інакше б не було предмету для критики та не було б тих, хто б порушення виправдовував. Очевидно, що вищим пріоритетом є не стільки забезпечення вірності нормативним догматам, а забезпечення збереження та існування тієї суспільно-політичної і правової форми в якій ці догмати можна втілювати. Поблажливість до випадків зловживань зі сторони міжнародних інституцій, національних судів обґрунтовується тими ж мотивами. Після завершення дії надзвичайних обставин та за умови успіху, оцінка полягатиме у тому, що, — минулого не зміниш, а результат виправдовує необхідність. За негативного сценарію, — історики узагальнять причини серед яких буде, ймовірно, і надмірність відступу, яка вплинула на стан громадського сприйняття дій влади. Тому, надзвичайний правовий режим, серед

вимог до визнання заходів законними і використовує категорії співмірності та пропорційності, намагаючись зберегти відкритим вікно легальності для схвалення.

З викладеного вбачається ще одне проблемне питання надзвичайних правових режимів. Якщо держава, в даному випадку, демонструє пріоритет над правом, а право покликане обмежувати сваволлю щодо громадян, то необхідно з'ясувати природу та мету держави. Арістотель, послуговувався поняттям «дружби» характеризуючи політичну спільноту. Вона, на його думку, існує заради блага, щоб «друзі» могли реалізувати його разом, друзі свідомо обирають політичне об'єднання, щоб реалізувати спільні цінності. [44, с.16] Він, як і Платон, стверджує, що дружба є найбільшим благом: вона захищає від революцій і повстання, гарантуючи єдність спільноти; її відсутність породжує фракційний конфлікт і руйнує спільноту. Сьогодні, позначаючи те, що в античності називали «дружбою», ми використовуємо «єдність», відзначаючи, що держава є функцією людських спільнот та мистецтва, яка складається з добровільних відносин, є телеологічною єдністю простору, часу, причини та форми. [45, с. 182-183]

Карл Шміт писав, що найвищою є саме політична єдність тому, що вона вирішує і має потенціал запобігти дисоціації всіх інших протилежних груп стану крайньої ворожнечі — громадянської війни. [46, с 159-160] Тобто, стан єдності, передбачає, що кожен усвідомлює той ступінь захисту, який надає особі членство в державі, це усвідомлення є спільним для влади, і громадян. Тому, ніхто, прагнучи повернути республіку до стану нормальності, не буде вимагати щоб дотримувалась буква закону, якщо це може призвести до загибелі самої держави. Політична єдність щодо надзвичайних правових режимів виключає припущення про зловживання, дозволяє уберегти державу і після того, як надзвичайні обставини припинять існувати, адже відступ від закону був виправданий заради збереження держави та був проявом спільної позиції. Тим самим, якщо розглядати державу як царство розуму (*imperium rationis*), відступи в межах надзвичайних правових режимів за встановлені межі, досягатимуть поєднання єдності та розуму, хоч і відхиляється від припису права, адже суб'єкт владних повноважень вчиняє необхідні, достатні дії на захист держави та використовує надмірну владу виключно для таких цілей.

Руйнування такої синергії відбувається тоді, коли вихід за межі здійснюється не в ім'я спільного блага.

Як наслідок наступним проблемним аспектом надзвичайних правових режимів, які породжені наданням легальної можливості здійснення відступу від звичного правопорядку, є занепокоєння щодо використання такого «сприятливого становища» суб'єктом владних повноважень заради укріплення власних політичних цілей, нехтуючи свободою, рівністю та єдністю спільної мети. Такі перестороги базуються на оцінці слабкості людської природи, яка, отримавши можливість, намагається здобути більше влади, знівелювати інтереси меншості, у наслідок чого, породжує додатковий вимір кризи для внутрішнього державного життя, руйнуючи конституційні принципи рівності, верховенства права, поділу влади та засоби балансування та урівноважування. Людська історія пронизана прикладами за яких, в одному випадку влада проявляє інстинктивні прагнення до домінування та підкорення, попри всі надбання цивілізації. З іншої сторони, проявляє благочестивість помислів, гідність та честь.

Важливість цього аспекту полягає в тому, що держава знаходиться під впливом надзвичайної загрози, в ній введено надзвичайний правовий режим, який покликаний цю загрозу відвернути, щодо громадян застосовані обмеження прав та свобод в ім'я збереження державної єдності та відновлення звичного правопорядку. Якщо ж в цей час, той, на кого закон покладає обов'язок відвернути загрозу нації, використовує ці вимушені обмеження для свавільного правління, він поглиблює розбрат, підриває віру в цінність держави, тим самим накопичує внутрішньо-політичну напруженість та розбрат, наслідком чого може стати як зниження спільних зусиль до відвернення першопричини надзвичайного правового режиму, так і внутрішній неспокій крайнім наслідком якого може стати повстання, державний заколот, громадянська війна.

Ще Шарль Луї Монтеск'є, апелюючи до досвіду Риму, зазначав, що диктатор призначався заради однієї якоїсь справи і лише в межах цієї справи користувався своєю необмеженою владою, противагою цій владі була її короткотерміновість. Однак, в міркуваннях щодо поняття свобода, визначаючи її багатоаспектну природу,

він вказував, що для одних це легка можливість скинути того, кого вони наділили титанічною владою; для інших — право вибирати того, кому вони мають підкорюватися. [12, с.16-18] Тим самим, він відзначає, що особа наділена надзвичайними повноваженнями, однак така, яка стає тираном, може бути скинута в рамках реалізації права на свободу.

Надзвичайно детальним за змістом пересторог узурпації, у своїх роздумах був Жан-Жак Руссо, який застерігав, що у випадках існування небезпеки урядові слід надавати лише ті права, у яких йому не можна відмовити, оскільки «принцепс, може зберегти свою владу, не зважаючи при цьому на народ і не надаючи водночас підстав для звинувачення в узурпації. Удавши, ніби діє лише у межах наданих йому прав, він із легкістю може подовжити термін їхньої чинності і завадити, під приводом збереження суспільного спокою, скликанню народних зборів, які мали б відновити справедливий порядок». [13, с.118-120] Водночас, попри недовіру, Руссо, як і Тит Лівій, розглядає суб'єктивне сприйняття необмеженої влади як тягара для людини з належними чеснотами. Згадуючи Рим, він каже, що тоді ніхто не боявся, що диктатор зловживатиме своєю владою або спробує утримувати її довше визначеного. Навпаки здавалося, що така велика влада обтяжувала того, кому її було надано — надто вже він поспішав її зректися, немовби посада, що вимагала посісти місце законів, була надто виснажливою і надто небезпечною. [13, с.32-33, 37] На його думку, у кризах, які призводять до встановлення диктатури, держава дуже швидко або руйнується, або рятується, і диктатура, яка вже не зумовлена нагальною потребою, стає або тиранічною, або не потрібною. [13, с.146] Такі наслідки можна розглядати саме через відхід від спільної суверенної волі, яка руйнує політичне тіло, не відновивши той стан норми, який існував до надзвичайних обставин.

Нікколо Мак'явелі у Главі XVI «Міркувань про першу декаду Тита Лівія» застерігав державців, які стали тиранами своєї батьківщини, що народ завжди прагне двох речей: по-перше, помститися тим, хто став причиною його рабства, по-друге, знову здобути втрачену свободу, яка одним потрібна для панування, а для більшості, — заради своєї безпеки. [47, с.45-46] В даному випадку ми можемо говорити про те, що свавільне, титанічне використання надзвичайних правових

режимів, у супереч єдності, має наслідком несприйняття, відторгнення владних суб'єктів, як тих, хто забезпечує досягнення блага, з нею втрату довіри, і як наслідок руйнування республіканських цінностей, заради яких люди об'єднуються в державну форму. Мак'явелі звертає увагу на те, що проблема надзвичайних повноважень залежить від мотивів особи, її суб'єктивних намірів. Він відзначає, що диктатура принесла Римові більше користі ніж про це звикли говорити. «Диктатор, призначений згідно з громадським порядком, а не власною владою, завжди робив добро місту». Крім цього, він зазначав, що громадянин який хоче захопити надзвичайну владу для себе, повинен мати багато якостей, яких він ніколи не зможе мати в некорумпованій республіці. [47, с.74, 75] Щодо останнього, він протиставляє ідеал держави, державі, у якій надзвичайні повноваження використовуються для захоплення влади, причиною чого є зіпсованість самої держави, через відсутності поваги до закону співгромадян. За цією ж метою, флорентієць, обґрунтовує, що диктатор не міг робити нічого, що могло б послабити державу, як би народ Риму був непідкупним та розділяв би спільні цінності не бажаючи нашкодити місту.

В репрезентативних демократіях, на відміну від Риму, звісно, мова про обрання захисника/диктатора не йде. Правові процедури заздалегідь обумовлюють суб'єкта владних повноважень на якого покладається відсіч агресії. Водночас, відмінність сучасних моделей від римської диктатури, полягає в тому, що відсутня стримуюча компонента механізму, а саме— складання повноваження після відвернення лиха. Президент чи глава Уряду, за звичних умов, продовжують виконувати повноваження. Відповідно, повернення до звичного правопорядку є поверненням до більш високого ступеня правової зв'язаності, після періоду її об'єктивного послаблення, що формує спокусу зберегти за собою деякі надзвичайні можливості.

Цю розбіжність у своїх працях описує Шмітт, зазначаючи, що незворотним наслідком будь якої плюралістичної системи, є заперечення принципу рівних шансів, яких позбавлені всі партії, які не відносяться до числа партнерів. Партії прагнуть скористатись легальністю володіння владою у певний момент і тими політичними

вигодами та тою «доданою вартістю», котру вона дає. Він пише, що жодна нормативістська ілюзія «єдності» не завадить тому, щоб скориставшись тими місцями і словами в конституції, які здаються їй найбільш відповідними, не спробувала іменем конституції перемогти своїх противників. Тоді, замість того, щоб перешкоджати громадянській війні, — легальність легітимність та конституція будуть лише сприяти її виникненню». [7, с.89-90]

Обираючи диктаторів у Римі, послуговувались чеснотами особи, вміннями, повагою до минулих здобутків. Ця людина не повинна була викликати пересторог щодо зловживань, чи бажання утримати у власних руках обтяжливі повноваження та тягар влади. Підкорення рішенням цього «управителя надзвичайним станом», віра, що він не зловживатиме, базувалась не на законах, а на тому, що Гоббс і Шмітт називають авторитетом.

Шмітт часто цитує максимуму Гоббса «*auctoritas non veritas facit legem*». Істина, не може створити політичний порядок. І Мак'явелі, і Шмітт відзначають, що самі собою надзвичайні обставини і повноваження не здатні зіпсувати чи призвести до зловживань, якщо політичне тіло є здоровим та має спільне усвідомлене ціннісне ставлення до рівності. Якщо ж цього усвідомлення немає, то жодна норма не здатна уберегти від прагнення отримати від ситуативного становища більше ніж просто відвернення загрози. У свою чергу Бенджамін Шупманн пише, що «на факти можуть впливати цінності, але цінності існують незалежно від фактів. Люди змушені діяти згідно з ідеями «правильного», щоб реалізувати цей порядок у світі. [48, с.72] Таким чином, важливо, щоб ті, хто у супереч бажання, здобувши надзвичайні повноваження, послуговувались усвідомленням цінностей, які закладені в основу суспільної організації, і у цих умовах, не лише декларативно розділяли їх, але й формуючи факти та вчиняючи рішення пам'ятали про свободу, рівність, справедливість, які закладені в основу республіки.

Надзвичайні ситуації є станом суспільств, який виникає в силу дії обставин раптових, непередбачуваних, за яких, засоби доступні владі, не дозволяють забезпечувати безпеку, обумовлюючи необхідність негайної зміни стану правового регулювання та відносин влади з громадянами, на користь часткового відступу від

гарантії забезпечення прав та із зобов'язанням їх відновлення, у момент припинення негативного впливу таких обставин. Відновлення попереднього стану, який існував до надзвичайних обставин свідчить про тимчасовість та вимушеність заради певної мети.

Надзвичайні правові режими є спробою юридичного визначення меж відступу та поміщення дій влади в певні правові рамки. Підставами для запровадження надзвичайних правових режимів, є факт наявності загрози та юридичного рішення. У зв'язку із запровадженням, допускаються обмеження правосуб'єктності фізичних і юридичних осіб, які носять тимчасовий та цільовий характер, направлений на нормалізацію обстановки. Зважаючи на неможливість проведення нормативної межі між тим, які норми і гарантії потрібно переступити для відсічі надзвичайних обставин, вони можуть виявитись недостатніми, тому надзвичайні правові режими є скоріше певними оптимістичними очікуваннями щодо того, яким чином діятиме влада.

Надзвичайні заходи, якщо їх застосовувати усупереч меті, порушуючи внутрішню єдність та на тривалій історичній дистанції настільки змінюють порядок, що стають його частиною, а відступ перестає бути виключенням. Тим самим, цінність минулого стає недосяжною, в силу незворотнього характеру змін. Сприйняття стану безпеки як статичного, породжує дискусії про допустимі та недопустимі межі відступу. Особливість надзвичайних адміністративно-правових режимів проявляється в тому, що публічні інтереси домінують над приватними. З огляду на це, щодо дій суб'єктів владних повноважень існує вимога співмірності заходів реагування, в межах необхідності. Ключовим питанням надзвичайних правових режимів є оцінка пріоритетів та ризиків. В умовах, коли на шальках терезів знаходяться, з однієї сторони, принципи республіканської свободи, єдності, рівності, верховенства права, поділу влади, а з іншої — існування держави, в якій є вірогідність з часом до цих принципів повернутись, вибір робиться на користь останнього. Водночас, такий вибір, підкріплений діями, не повинен сформувати у громадян підозри щодо використання обмежень їх прав, для політико-групових цілей. Спільним страхом для представницьких республік за будь-яких умов, як

звичного правопорядку, так і надзвичайних правових режимів, є можливість втрати свободи, породжений сваволею, тиранією. Посягання на свободу, яке здійснює надзвичайний правовий режим повинне володіти визначальною властивістю, —бути пов'язаним лише із загрозою, без жодних розширених тлумачень та інтерпретацій. Втім, якщо такого індивідуального сприйняття немає, то жодна норма не здатна уберегти від прагнення отримати від ситуативного становища більше.

### **Висновки до Розділу 1**

У даному розділі розглянуто сучасний конституціоналізм через триєдину оптику взаємовідносин держави, влади та народу, завданням якої є утвердження та забезпечення свободи як основоположної цінності, а також як критерію легітимності владарювання. Вона не може носити декларативний характер, а оцінюється через спроможність інституцій узгоджувати багатоманітні інтереси політичної спільноти та, водночас, гарантувати права меншості, перед «законом більшості». У цій рамці, принцип поділу влади постає не як символічна прикраса демократичного ладу, а як функціональне рішення, запобіжник сваволі, узурпації, у всеохоплюючому просторі регульованому розумом, оформленому у праві.

Історико-доктринальна канва поділу показує послідовний перехід від ранньомодерних концептів «змішаного правління» до класичної триподілу влади з системою стримувань і противаг. Американський конституційний проєкт кристалізував напрацювання та досвід попередніх поколінь в операційні механізми:

неабсолютного президентського вето, двопалатності, як «подвійного фільтру» законодавчого імпульсу, взаємоконтролі повноважень з питань кадрової політики, інструментів політичної відповідальності на кшталт імпічменту та, нарешті, інституційну автономію суддів, як умову того, щоб закон не став «мертвим текстом», а був соціальною практикою. Елементи такої архітектури, попри те, що стосуються взаємодії гілок влади, мають безпосередньою причиною існування саме забезпечення загального блага суверену, який нестиме основний тягар зловживання можливостями конкретного суб'єкта владних повноважень, за їх відсутності.

Поділ влади не існує в уніфікованій конфігурації. У «напівжорстких» президентських системах автономія виконавчої влади вища, отже потребує сильніших парламентських і судових противаг. Парламентські системи натомість тримаються на постійній політичній зв'язаності уряду та більшості; контроль там значною мірою політизовано-процедурний, а відповідальність уряду інтегрована у логіку коаліційної рівноваги. Змішані моделі, варіюють реальний баланс залежно від партійної конфігурації парламенту та відносин між главою держави і главою уряду. Вони здатні породжувати напруження «подвійних центрів легітимності». У випадку національних реалій така мінливість виявляється особливо яскраво, зсуваючи центр ваги у бік президентського лідерства над виконавчою владою, за умов однопартійної синхронізації з парламентською більшістю, що змінює баланс, де-факто без зміни тексту норм. Тому, оцінка ефективності функціонування механізмів стримувань та противаг нормативною матрицею є недостатньою, а повинна охоплювати середовище, конкретну історичну та політичну дійсність.

Єдиною незмінною є роль судової гілки, яка в силу декларованої аполітичності, в системі поділу влади, покликана виступати останнім редутом республіканського ладу. Саме суд, спираючись на професійну автономію та процесуальні гарантії, перетворює верховенство права на «щоденний порядок» і тим самим втримує свободу від розмиття політичною доцільністю. Водночас судова влада володіє подвійною вразливістю: інституційною (законодавча влада установлює системи добору суддів, структуру та фінансування судів) і політичною (тиск виконавчої влади, що володіє монополією на легальний примус). Вплив на

судову гілку руйнує суспільний кредит довіри до держави як гаранта безпеки й справедливості.

В силу цього, окремо підкреслено значення особистих чеснот владних акторів як умови життєздатності інституцій: помірність, терпимості, толерантності, примирення, до вимоги діяти «справедливо, розумно й розважливо». Належний конституційний лад засновується на поєднанні якостей носіїв влади та інституційній архітектурі влади, відсутність будь-якого із цих елементів руйнує баланс інтересів та рівень довіри щодо добрих намірів.

Дослідження функціонування системи стримувань і противаг за межами «стану нормальності», здійснюється шляхом поміщення її у середовище правової форми винятку, якими характеризуються надзвичайні обставини (війна, повстання, масштабні заворушення, катастрофи). В цьому стані звичайні інструменти держави стають недостатніми для захисту життя, безпеки і правопорядку, однак відповідь на цей виклик у правовій державі не може бути позаправною. Надзвичайний правовий режим — це спосіб «помістити виняток у право», шляхом встановлення елементів визначеності, властивих правовому регулюванню, зокрема, щодо підстав, меж, часову обмежень, а також процедур контролю. В ході дослідження визначено узгоджений із європейськими стандартами набір критеріїв легітимної надзвичайності: актуальність і невідворотність загрози, неспроможність звичайних правових засобів, загальнонаціональний масштаб явища та тимчасовість дерогації. Така конструкція поєднує гнучкість із пропорційністю та не дозволяє винятку канонізуватися у нову норму. Визначено, що роль парламентського нагляду і судового контролю в цих умовах не редукується, а посилюється: саме вони забезпечують експост-перевірку необхідності та пропорційності заходів, а також юридичне «повернення» системи до вихідного режиму. Виділення на рівні позитивної техніки матеріальних критеріїв та процедурних запобіжників, не ставить під сумнів існування винятку, однак, в силу експліцитної мети «повернення до нормальності», не дає надзвичайності стати причиною відмови від верховенства права.

Зіставлення нормативної конструкції і політичної практики дає підстави для двох інтегральних висновків. По-перше, ефективність поділу влади залежить однаковою мірою від якості юридичної форми і від зрілості політичної культури: без першої свобода стає вразливою для ситуативної більшості, без другої — норми ризикують перетворитися на декларації. По-друге, реальна стійкість конституційного ладу визначається здатністю не розчинитись «державі людей, для людей» у спокусі швидких рішень, що підмінюють свободу примарною ефективністю та доцільністю. В цьому особливе значення відіграє саме судова влада, яка мусить абстрагуватись від вчинення діянь «під впливом факторів конкретного моменту», послуговуючись нормою і духом права.

## РОЗДІЛ 2: КОНСТИТУЦІЙНА ТА ІНСТИТУЦІЙНА АРХТЕКТУРИ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ

### 2.1 НАДЗВИЧАЙНИЙ СТАН ТА КОНСТИТУЦІЯ. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.

Дослідження питання надзвичайного стану обумовлене його подвійною природою: з одного боку це інструмент захисту правопорядку від критичних загроз, з іншого — як форма тимчасового виходу за межі самого права.

Існують концепції, які розглядають заходи спрямовані на ліквідацію загрози як простір, де право втрачає свою дієвість. Зокрема, Джорджо Агамбен інтерпретує феномен крізь призму латинського прислів'я *necessitas legem non habet*

(«необхідність не має закону»), наголошуючи, що надзвичайний стан постає як крайня необхідність, яка не може мати чіткої юридичної форми. Під час надзвичайного стану, на його думку, «порушується рівновага між публічним правом і політичним фактом». [49, с.2] Знак рівно між теорією крайньої необхідності та теорією винятку, дозволяє говорити про те, що виняток звільняється від необхідності дотримання правил. Крайня необхідність не призупиняє дію закону, а виводить одиничний випадок із зони буквального застосування норми, в силу необхідності. [49, с.19] Підґрунтям для такого підходу віднаходимо в історії Римської республіки. У кризових ситуаціях сенат видавав *senatus consultum ultimum*. Тит Лівій, описуючи події 464 р. до н.е., зазначає, що консул Спурій Фурій Фуз, зазнавши поразки від еквів так налякав сенат, що останній проголосив *ultima necessitas* та надав надзвичайні повноваження другому консулу. Відтоді консули отримували право діяти згідно з усталеною формулою *videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat*. [50, с.139] Крім того у Лівія знаходимо згадку про 501 р. до н.е., коли в Римі вперше було призначено диктатора. За його свідченням, поява диктатора з символами влади (сокирами у фасках) викликала страх серед плебеїв, адже віднині право на оскарження було призупинене, не було захисту, лише покора. [50, с.87]

Таким чином, оголошення надзвичайного стану, призначення диктатора, символізувало для населення, що правопорядок призупинявся. Проголошення *tumultus* [51] означало стан воєнної загрози (наприклад, *tumultus Italicus* — внутрішня війна або *tumultus Gallicus* — зовнішня агресія), що тягнуло за собою оголошення *iustitium* [52] — тимчасове призупинення цивільної та кримінальної юрисдикції, скасування відпусток і загальну мобілізацію громадян.

Такі випадки, стосувались не лише військової загрози, але й внутрішніх надзвичайних подій. Так, у 439 р. до н.е. Рим переживав голод і заворушення. Спурій Мелій, скуповуючи збіжжя в Етрурії, роздавав його плебсу, прагнучи царської влади. Про змову повідомили та сенат призначив диктатором Луція Квінкція Цинцината. Коли Мелій спробував утекти, начальник кінноти — Гай Сервілій Агала вбив його, пояснивши, що той не підкорився вимозі з'явитись перед

диктатором і підбурював натовп. [50, с. 223–227] Тобто, загроза республіці могла мати й соціально-економічний характер, а проголошення диктатури символізувало припинення звичайних юридичних гарантій.

Агамбен називає такі стани «юридичною порожнечою», коли «всі юридичні приписи виявляються поза грою», що відображає підхід за якого, якщо право не здатне гарантувати загальне благо, від нього можна тимчасово відмовитися. Стан крайньої необхідності постає як простір без права.

Інший підхід до розгляду питання з надзвичайним станом в контексті його порівняння з крайньою необхідністю демонструє Шмітт. Його міркування ґрунтуються на ідеї, що будь-який порядок виникає з рішення. Надзвичайний стан, в свою чергу, не може бути описаним фактологічно, але він має бути таким, що загрожує існуванню держави. За цих умов суверен, хоча й належить до діючого правопорядку, водночас стоїть поза його нормами і саме він єдиний здатен вирішувати чи може бути призупинена дія конституції. [41, с.8-9] Він протиставляє юридичному хаосу та анархії надзвичайний стан, вказуючи, що його регламентація є спробою описати той випадок, коли право призупиняє дію самого себе. [41, с.12-13] Тобто, формально, саме рішення про запровадження надзвичайного стану знаходиться в межах правового поля, відповідно є елементом правопорядку, якщо здійснюється відповідно до встановленої процедури.

Це самопризупинення виправдовується вірою у добрі наміри влади. Втім Шмітт відразу застерігає, що серцевина конституційного ладу, — свобода та власність стають першими жертвами «винятку» оскільки володіння легальною владою під час надзвичайного стану передбачає презумпцію легальності влади, можливість впливати на судові рішення, та забезпечувати їх швидке виконання, що у своїй сукупності скасовує будь-яку думку про рівні можливості, адже об'єкти, особи чи групи осіб, наче вилучаються із демократії, вивільняються від спільних правил. [7, с.71-72]

У той же час, існують надзвичайні стани, які не знаходяться в рамках правового поля, до прикладу революції. В такому випадку зміни правопорядку відбуваються в умовах розриву права і порядку, яке може бути етично необхідним

чи історично виправданим. [41, с.28-29] Тобто, за Шмітом, надзвичайні ситуації можуть мати різний взаємозв'язок із правопорядком. З однієї сторони, засновуючись на рішенні, отримуючи надзвичайні повноваження, ці стани можуть залишатись правовими з точки зору легальності, водночас породжувати стан правопорядку відмінний від норми. З іншої сторони, революційний надзвичайний стан, носить очевидно нелегальний характер, оскільки заперечує сам існуючий правопорядок при цьому, у випадку успіху, вони є такими, що встановлюють новий вид порядку, в подальшому «окутуючи його легальністю».

З огляду на те, що сучасний стан республіканського конституціоналізму та закладений в його основі принцип верховенства права все ж йдуть шляхом нормативної формалізації надзвичайних станів, ми вимушені проводити дослідження шляхом співставлення нормативних зобов'язань з фактичними обставинами дійсності. Нормативні зобов'язання демократій формують вимоги щодо засобів та методів протидії загрози, за якого забезпечуватиметься дотримання принципів єдності, свободи, а також організація публічної влади на засадах функціонального поділу, що означає збереження балансу між демократичними принципами та ефективним управлінням у кризові часи.

Таким чином, перше важливе питання — це питання повноважень для прийняття рішення про запровадження надзвичайного стану. З точки зору Г. Кельзена, будь-яка можлива дія, яку можна приписати державі, повинна виходити від агента, який юридично уповноважений здійснювати цю дію. [31, с.166—170] Дійсно, практично в кожній країні існує механізм надання згоди на запровадження надзвичайного правового режиму. Цей процес є і формою легітимації парламентом рішення, і, водночас, формою перевірки наявності підстав для відступу.

Втім, це правило не є абсолютним. Наприклад, у справі *Prize Cases* [53] суддя Верховного Суду США Гріер визначив війну як «стан, в якому нація захищає свої права силою». Він підкреслив, що громадянська війна починається з повстання проти законної влади уряду, розриває зв'язки суспільства і уряду, породжуючи дві незалежні партії, які не визнають спільного судді. Згідно з Конституцією США, право оголошувати національну чи зовнішню війну належить виключно Конгресу,

однак Президент зобов'язаний дбати про те, щоб закони виконувалися сумлінно, тому у разі, якщо має місце вторгнення іноземної держави, Президент зобов'язаний протистояти силою силі. Він не починає війну, але зобов'язаний прийняти виклик, не чекаючи спеціальних повноважень від законодавчої влади. Це свідчить про те, що у критичні моменти правова процедура поступається логіці збереження державності.

Тобто, з точки зору формальностей існує дискреція, яка за умови, що характер загрози дозволяє, передбачає процедури узгодження відступу від правопорядку. Втім, трапляються ситуації, а також наявне їх науково-практичне обґрунтування, яке дозволяє відповідальній особі вчиняти дії властиві надзвичайним правовим режимам, за недотримання таких процедур. Крім цього, такі типи надзвичайних ситуацій, які мають характер внутрішніх заворушень, чи революцій, не підкоряючись внутрішньому правопорядку. Як зазначав Гоббс, у таких війнах кожен претендує на встановлення власного правопорядку не визнає суверенітету іншого. [54, с.156] В таких умовах надзвичайний стан має місце без дотримання юридичної форми, засвідчуючи перевагу факту. До прикладу, частина законодавчого органу може підтримувати повстанців та не надати згоду на рішення, при цьому виконавча влада буде протидіяти всіма доступними методами, в тому числі з урахуванням відступу.

Наступним проблемним питанням надзвичайного стану, в центрі якого знаходиться співвідношення правової форми та факту, полягає в здатності дотримання державою конституційних гарантій прав громадян, в умовах вжиття заходів колективної безпеки. Право виступає у республіках засобом захисту від сваволі. Відступ, який здійснюється не є необмеженим, у сучасних державах його не можна формулювати так, як це робив Руссо: «і коли принцепс сказав йому, що для держави корисно, щоб ти помер, — він повинен померти, оскільки лише завдяки цій умові він досі жив у безпеці. [13, с.42-43]

З часу завершення Другої Світової війни, формування ООН, у центрі пріоритетів знаходилось розширення можливостей реалізації прав громадян, популярності набували ідеї «розширення уявлення про суспільне благо» через

впровадження соціального плюралізму [55, с.267—270], за рахунок створення самокерованих економічних і політичних інститутів та максимізації індивідуальних свобод. [48, с.51-52]

У цей час, ризики надзвичайних ситуацій для країн, які займали домінуюче становище, були низькими. Як зазначав Річард Кларк: «Лихо важко уявити, якщо воно ніколи раніше (чи останнім часом) не траплялося, якщо в його масштаби неможливо повірити, або ж просто тому, що воно здається надто абсурдним». [56, с.171-176] Декілька поколінь людей виховувались із впевненістю, що та система, яка дозволяє забезпечувати індивідуальні права є константою, яка не може бути порушена. Схожі ідеї, звісно були і залишаються привабливими, оскільки визначають, що для того, щоб була справжня демократія, потрібне забезпечення максимальної відкритості, підзвітності, підконтрольності, свободи слова громадян, що у своїй сукупності розглядається як необхідна умова для ефективного контролю, метою якого є те, щоб держава стала рівною зі всіма іншими, і якщо будь-хто, проявляючи волю, не погодиться на рішення Уряду, то цього рішення бути не повинно. [57, с.569, 571-573]

Все це у своїй сукупності є антиподом середовища, яке виникає в умовах надзвичайних загроз. Лише за останні два десятиліття динаміка сталого світового порядку під впливом терористичних атак в США та європейських столицях, пандемії Covid-19, воєнних дій в Іраку, Грузії, Ізраїлі, Україні, Ізраїлі, продемонстрували, що питання безпеки є посяганням на колективне благо, оскільки стосуються суспільного об'єднання в цілому. Такі виклики стосуються спільних цінностей як: соціальний мир, людська гідність, безпека, дружба між народами, захист природного середовища та єдність, і як зазначав Гюнтер Франкенберг «існують поза межами індивідуальної свободи і вимагають авторитетного забезпечення зверху, як правило, з боку держави».[58, с.451, 457]

В даному випадку, обґрунтування співмірне із другим природним законом Гоббса, суть якого полягає у відмові від абсолютної свободи та в обмеженні прав задля колективної безпеки. [54, с.157] Таким чином, держава розглядається як сила,

покликана забезпечувати порядок народного життя, в який втручається у тій мірі, у якій безсилями є вільні, індивідуальні та взаємні товариські дії.

Перегляд прав та їх гарантій, що укорінилися в умовах сучасного індивідуалізму, обумовлюється в надзвичайних обставинах втратою гомогенного середовища. Водночас, у наш час, надзвичайний стан не скасовує Основний Закон, не скасовує міжнародні зобов'язання держави в царині утвердження цінності людини. Нормативно встановлюються межі відступу та мінімум індивідуальних прав, які, здавалося б, не може бути переглянутим, чим демонструє еволюцію взаємин держава-людина в представницьких демократіях, на противагу абсолютистським монархіям.

Міжнародне право визначає перелік прав, що не допускають відступів. Так, у Європейській конвенції з прав людини [38] прямо встановлено, що не допускається відступ від: права на життя (ст. 2), заборони катувань і нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 3), заборони рабства та підневільного стану (ст. 4 §1), а також заборони зворотної дії кримінального закону (ст. 7, ст. 15 §2 ЄКПЛ).

У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права [59] перелік є ширшим: не допускається відступ від права на життя (ст. 6), заборони катувань і жорстокого чи такого, що принижує гідність, поводження (ст. 7), заборони рабства та підневільного стану (ст. 8), заборони зворотної дії кримінального закону (ст. 15), а також від права на визнання правосуб'єктності (ст. 16) та свободи думки, совісті й релігії (ст. 18, ст. 4 §2 МПГПП).

Американська конвенція про права людини [60] повторює більшість цих положень, підтверджуючи розширений перелік прав, які залишаються непорушними навіть під час надзвичайного стану (ст. 27 АКПЛ).

Таким чином, формально на рівні міждержавних актів існує мінімальне «ядро непорушних прав», яке повинно залишатися захищеним за будь-яких обставин. Проте на практиці їх дотримання значною мірою залежить від Урядів та принципівості судів.

Крім конвенційно-закріплених «недоторканих» прав, критерії надзвичайності для вірного правозастосування розкриваються у Сіракузьких принципах щодо положень про обмеження та відступлення від Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. [61]

Так у Розділі II, п.39 визначається, що «надзвичайна ситуація, що загрожує життю нації» є такою, яка : (а) зачіпає все населення і всю або частину території держави; (b) загрожує фізичній цілісності населення, політичній незалежності або територіальній цілісності держави, або існуванню чи основному функціонуванню інститутів, необхідних для забезпечення і захисту прав, визнаних у Пакті. В той же час, було відразу зафіксовано запобіжники від зловживань, так у пунктах 40 та 41 визначається, що внутрішні конфлікти та заворушення, які не становлять серйозної та безпосередньої загрози життю нації, не можуть бути підставою для відступів, так само як і економічні труднощі. Також, встановлено вимоги до регулювання надзвичайного стану (п.54-55), зокрема: дотримання принципу суворої необхідності, відповідно до об'єктивних обставин небезпеки; швидкий та періодичний незалежний перегляд законодавчим органом необхідності заходів, що передбачають відступ від конституційних прав і свобод. Окремо підкреслено (п.32) цінність «виваженості», адже систематичне порушення прав людини підриває справжню національну безпеку і може становити загрозу міжнародному миру. Держава, не може посилатися на національну безпеку як на підставу для вжиття заходів, спрямованих на придушення опозиції або на застосування репресивних заходів проти свого населення.

Формуванню Сіракузьких принципів передували конкретні справи, щодо відступу від гарантій прав визначених у Конвенції. Зокрема, у п.28 рішення у справі *Lawless v. Ireland* (1961) [62], ЄСПЛ визначив, що діяльність ІРА була глибоко конспіративною, діяла і ззовні і всередині держави, а її методи діяльності були настільки насильницькими, що звичайні й навіть спеціальні суди не могли забезпечити ефективне правосуддя. Це виправдало адміністративні затримання без суду, які ЄСПЛ визнав «суворо необхідними». При цьому, ЄСПЛ визнав належними запобіжники парламентський контроль, спеціальна комісія з питань затримання та

політичні зобов'язання уряду щодо звільнення тих, хто гарантував дотримуватись Конституції та закону. В даному випадку відновлення status quo, хоч і відбувалось з використанням засобів, які відступили від вимог Конвенції, однак, в подальшому були виправдані як суворо необхідні. Суд вирішив, що збереження контролю за діяльністю Уряду зі сторони законодавчих органів, можливість громадян відмовитись від протиправної діяльності, виступило достатнім мінімальним механізмом гарантій, щоб громадяни не вважались таким, що знаходяться поза законом. Тим самим простежується тенденція до деферентності щодо держав, у справах про відступ від зобов'язань за Конвенцією, сформулювавши критерії «тимчасовості» та «винятковості» надзвичайного стану, проте фактично віддавши пріоритет оцінкам уряду щодо необхідності таких заходів.

Іншим показовим прикладом, який стосувався критерію «тимчасовості» стала справа Ірландія проти Сполученого Королівства (1978). [63] Розглядаючи надзвичайні обставини в Північній Ірландії, ЄСПЛ детально відтворив еволюцію законодавства: від закону про інтернування початку 1970-х до Закону про надзвичайні заходи 1973 року, який неодноразово подовжувався у 1974–1975 роках, а згодом був замінений Законом про Північну Ірландію 1975 року. Останній, що набрав чинності 21 серпня 1975 року, відновив практику затримання за наказом державного секретаря.

Ця безперервна криза різко суперечила принципу тимчасовості. Крім того, у справі *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* (1993) [64], Суд визнав допустимим тримання під вартою без негайного судового контролю в умовах терористичної загрози в Північній Ірландії, наголосивши на широкій «межі розсуду» (*margin of appreciation*) держави у виборі заходів. Нарешті, у справі *A. and Others v. the United Kingdom* (2009). [65] Суд погодився з правом держави на відступ у зв'язку з надзвичайною ситуацією після подій 11 вересня 2001 року, проте визнав дискримінаційним застосування заходів лише до іноземців, залишаючи саму практику безстрокового затримання без обвинувачення поза сутнісною критикою.

Таким чином, практика ЄСПЛ характеризується значною поступливістю щодо дій уряду, попри формально закріплені правові стандарти та критерії. Суд

визнає за державами широкий простір розсуду. Крім цього, на користь цієї негативної тенденції грає фактор часу, специфіка розгляду справ є значна затримка, що може призвести до втрати інтересу громадськості до цих питань та применшення серйозності заходів відступу.

Інструментом, яким послуговується суд при розгляді таких випадків стала концепція «свободи розсуду» (*margin of appreciation*). Нею було закладено рамку для розмежування між національною оцінкою ризиків і міжнародним контролем ще у справі Греція проти Сполученого Королівства (1956) [66], яка стосувалася ситуації на Кіпрі в умовах повстанського руху та антиколоніальних виступів. Комісія наголосила, що утримання осіб без суду на невизначений строк становить «надзвичайний захід, що має далекосяжні наслідки і призводить до обмеження одного з найфундаментальніших прав – права на особисту свободу і безпеку». Водночас вона визнала, що навіть такі заходи можуть бути виправданими, якщо вони «строго необхідні вимогами ситуації». При цьому Комісія залишила за урядом «певний простір для оцінки», виходячи з того, що саме уряд «має кращі можливості... встановлення фактів та зваження варіантів дій».

Критику «*margin of appreciation*» можна зустріти у Дж. Летсаса, який виокремлює два її аспекти. Змістовний, — полягає у «неабсолютності» конвенційних прав і свобод та структурний, який відображає ідею, що ЄСПЛ повинен діяти обмеженіше, ніж національні суди, оскільки саме останні перебувають у «кращому становищі» для вирішення політично чутливих питань. [67, с. 84–91]

У національній науковій традиції, С. В. Шевчук зазначає, що «доктрина поля розсуду держави» відіграє роль у балансуванні між повагою до прав людини та дискрецією державної влади. [68, с. 195] В.В. Городовенко пропонує поняття «простору обдумування» і зазначає, що пошук єдиного її правового визначення приречений на невдачу, оскільки вона не є самостійним юридичним інструментом, а завжди стосується «нестійких і політично дискусійних питань дискреції держави» [69, с. 84]. Критикує цю доктрину Н.І. Савостьянова підкреслюючи відсутність системних правил чи критеріїв її використання, вбачаючи у цьому ризик

довільності, як з точки зору її функцій, так і практичних методів застосування. [70, с. 13]

Таким чином, використання доктрини свободи розсуду призводить до амбівалентності на рівні напрацювання та застосування рішень на національному та міжнародному рівнях, в умовах надзвичайних викликів. З однієї сторони, як константа звучить вимога щодо недопущення відступу від певних індивідуальних гарантій, водночас, обґрунтувати свої дії можна тим, що ситуація вимагала саме таких дій і вони вчинені як необхідні у відповідних умовах, як дискреційні і прерорагивні.

Отже, міжнародне право, а як наслідок і національне законодавство країн-учасників, у випадку настання надзвичайних загроз, допускаючи можливість відступу від зобов'язань за Конвенціями, встановлює перелік непорушних прав громадян. Тим самим демонструючи, що той державний лад, який вбудований на принципах народного суверенітету, верховенства права свободи та рівності, навіть у найвідчайдушніші часи, не сподобляється режимам у яких людина є безправним об'єктом. Як наслідок, це утверджує віру, в те, що навіть за надзвичайних умов в особи зберігається право на захист (оскарження), якого, до прикладу, не було в Римській республіці в період диктатури, що Уряди не переступатимуть межі, а суди, послуговуючись цими постулатами, ставатимуть на сторону індивідів.

Втім, міжнародне судочинство, демонструє поблажливість до позиції Урядів країн, послуговуючись концепцією «свободи розсуду» (*margin of appreciation*), поняттям нагальності, вимушеності дій Уряду, та вдовольняється забезпечення мінімальних елементів парламентського контролю. Таким чином, міжнародні зобов'язання не виступають тим інструментом, на який в надзвичайних умовах зважають як на непорушний абсолют.

Якщо міжнародні суди, виходять із позиції, що Уряди володіють кращим відчуттям ситуації, яка має місце в силу загрози, то важливо, з'ясувати, яким чином діють національні суди, завдання яких згідно принципу поділу влади, полягає у тому, щоб стримувати неправомірні посягання законодавчої та виконавчої влади на

єдність та свободу республіки, а також здійснювати правосуддя виходячи з міркувань закону та норм права.

Брюс Акерман, розглядаючи поділ влади крізь призму трьох легітимних ідеалів: демократії, професійної компетентності та захисту основних прав, підкреслює, що демократичні закони залишаються символічними, якщо суди та бюрократія не здатні застосовувати їх неупереджено. [71, с. 6, 53]

Дійсно, легітимність держави в умовах надзвичайних ситуацій вимагає, щоб інституційна рівновага між законодавчою, виконавчою та судовою гілками не втрачала свого стримуючого потенціалу. Кризові часи для суду є додатковою обтяжуючою обставиною для підтвердження в очах соціуму інституційної незалежності. Воєнний стан «не може існувати там, де суди відкриті і здійснюють свою юрисдикцію». [72] Як слушно зазначає Водяніков О.Ю. сучасні прерогативні повноваження не є вилученими з-під судового чи конституційного контролю [73, с.18]

Тобто, судова гілка блокує узурпацію виконавчою, до того часу, доки існує можливість здійснення звичайного правосуддя. В той же час, під час криз суди нерідко демонструють ефект гуртування навколо прапора: «вони, як і суспільство, люблять вигравати війни» [39, с. 1036], тож деферентність до уряду зростає.[74, с. 491] Це збігається з застереженням Корвіна, що під час «тотальної війни» суд неминуче втрачає частину своєї звичайної свободи розсуду, сподіваючись відновити її «в спокійніші часи». [75, с. 177] Не можна допускати, щоб при збереженні можливості відправлення правосуддя відбулась фрустрація соціального життя. Звісно нормальний соціальний процес в умовах надзвичайних ситуацій не вбачається можливим, однак він не може бути паралізованим, доки діють інституції, адже демократія більше ототожнюється саме з інституційним устроєм ніж переліком індивідуальних прав. [76, с. 120] Як зазначав де Голь, «Легітимність панівної влади, впливає з її переконання й переконання, яке вона вселяє іншим, у тому, що вона втілює національну єдність і наступність, коли країна під загрозою». [77, с. 3]

Незважаючи на заяви про роль судів у захисті прав і свобод людини і громадянина саме тоді, коли вони перебувають під найбільшою загрозою, судова

гілка займає дуже шанобливу позицію щодо перегляду рішень уряду. До прикладу у справі *Rossouw v. Sachs* (1961) [78], яка вважається однією з визначальних для формування судової практики періоду апартеїду в Південній Африці, йшлося про утримання під вартою Альбі Сакса, майбутнього судді Конституційного суду, на підставі так званого «Закону про 90 днів» (Act 37 of 1963, §17). [79] Цей акт дозволяв поліції без ордеру затримувати будь-яку особу, яку вона підозрювала у причетності до злочинів, пов'язаних із діяльністю Африканського національного конгресу, саботажем чи підривом громадського порядку, та утримувати її під вартою до 90 днів для «отримання відповідей» під час допиту. Закон прямо забороняв судам ухвалювати рішення про звільнення таких осіб (§17(3)) та обмежував доступ до них лише за згодою міністра юстиції (§17(2)). Апеляційний відділ, розглядаючи скаргу Сакса, визнав, що мета закону полягала у застосуванні психологічного тиску для «спонукання затриманого до розмови». Таким чином, суд прямо легітимізував практику, що створювала умови для катувань та жорстокого поводження. Фактично було обрано шлях «конституційного позитивізму» — розуміння, за якого роль суду зводиться до відтворення намірів законодавця, без незалежної перевірки їхньої пропорційності чи обґрунтованості. [40, с.22] У результаті, суди відмовилися від власної контрольної функції. Підпорядкувавши її узгодженню з волею парламенту.

Таким чином, навіть формальне дотримання верховенства права у кризові часи може бути позбавлене змісту, поступаючись політичній доцільності. Звісно, можна апелювати до «моральної паніки» [80], яка сковує суди в умовах криз, однак принцип верховенства права покликаний обмежувати рішення носіїв влади так, щоб вони служили інтересам громадян

Негативним наслідком, серед іншого, такого самостримування судової влади, яке здійснюється за принципом «тримаємо порох сухим в довгострокових інтересах верховенства права» [40, с. 17–19] полягає в тому, що жертвами, щодо яких застосовуються засоби відступу, поруч із можливими безпосередніми винуватцями, стають ті, щодо кого подібні засоби, начебто не повинні були застосовуватись.

З даного приводу Орен Гросс, зазначає, що припущення про застосування обмежень лише щодо групи очевидних ворогів, «інших» і впевненість, що це не торкнеться «нас», є оптимістичним, оскільки з часом може відбутись перевизначення меж відповідних груп. [39, с. 1081–1085] Таке розширення розмиває кордони очевидних ворогів, тим самим руйнує внутрішню єдність. Як приклад трансформації обмежень для однієї групи на усіх, можна навести «Закон про кримінальне правосуддя та громадський порядок» (Criminal Justice and Public Order Act, 1994) у Великій Британії, який дозволив суду і присяжним робити висновок з самого факту мовчання підсудного, поширивши обмеження з Північної Ірландії на всю територію держави, що нормалізувало виняток.

Дослідники надзвичайного стану висувують тезу про те, що ситуації, які виникають в наслідок загроз, попри спробу помістити їх в правові рамки, насправді є простором без права. До певної міри це є гіперболізованим судженням, попри порівняння з крайньою необхідністю. Загрози є неоднорідними, в залежності від їх тривалості, характеру, цілком можливо, що з ними можна впоратись з дотриманням процедур, стандартів, критеріїв та обмежень, які визначені національним законодавством демократичних республік. Водночас, якщо необхідних заходів недостатньо, виникають випадки, які демонструють, що держави встановлених обмежень не дотримуються. Це стосується як етапу запровадження надзвичайних правових режимів, які допускають дії за відсутності згоди на це парламенту, так і дотримання меж відступу в питаннях, які стосуються індивідуальних прав і свобод. За таких умов, право та судова система, яка його застосовує при розгляді спорів, демонструє здатність до «розуміння мотивів уряду». На національному рівні це здійснюється через ефект «об'єднання довкола прапора». На міжнародному рівні через «свободу розсуду».

Це не означає повне скасування прав індивідів, вони досі зберігають гарантію на судове оскарження. Однак, зіштовхуючись зі спором індивіда та Уряду, судова гілка влади, також, «йде на війну». Саме у таких випадках проявляється сутнісне наповнення дискусій про цінності, які існували в умовах нормальності. Права людини опиняються під тиском державних міркувань безпеки та суспільної

стабільності, та не беруть гору над ним. Наслідком тривалого надзвичайного стану стає дедалі більше охоплення сфер суспільних відносин, які не підкоряються принципам права та конституційним гарантіям. Тим самим, державне управління, у випадку зловживань, стає інструментом забезпечення не загального блага, а причиною підриву суспільної переконаності у єдності та спільноті цілей суверену та управлінців.

Надзвичайний стан може або згуртовувати суспільство, або загострювати розкол — залежно від характеру політичних рішень. Суспільство, яке розглядає державу лише як засіб індивідуальних інтересів, перебуває в «неповній свободі» [48, с. 319], Монтеस्क'є ж наголошував, що саме знання й розум ведуть до людяності, тоді як упередження віддаляють від неї. Під час криз емоції носять консолідуючий характер, спрямовуючи страх і гнів на «інші», щодо яких прийнятним вбачається використання і жорстких методів. Проблема методів, виникає при зміні наповнення груп, непричетними чи необґрунтовано звинуваченими. У такій ситуації, ці ж емоції, можуть призвести до довготривалого негативного наслідку у вигляді підірваного правопорядку навіть після формального скасування надзвичайних режимів.

Статіс Калівас, досліджуючи логіку громадянських воєн, наголошує на чотирьох аспектах цього процесу: «розпаді» політичного ладу, трансгресії норм через внутрішнє насилля, поляризації суспільства та жорстокій реакції держави у відповідь на виклики безпеки. [81, с. 168–192] Громадянська війна, за його висновком, руйнує психологічні механізми стримування, що веде до деградації звичних правил цивілізованого співжиття. Тому надзвичайний стан є не лише правовим чи політичним феноменом, а й глибоко психологічним і соціальним явищем.

Викликом для сучасного періоду є характер загроз, які є все менш видимими, децентралізованими, більш стрімкими ніж у попередні періоди: кібернапади, інформаційні кампанії, атаки на критичну інфраструктуру. розширення загроз, веде до розширення засобів протидії, які дедалі глибше проникають в норму.

Нівелювання неприступних правових бар'єрів, ускладнює повернення до норми, оскільки потребує відновлення довіри. Доводиться констатувати, що судова гілка влади як фактично ключовий охоронець демократичних принципів, у суттєвій кількості випадків є залежним суб'єктом як від виконавчої влади, зі всією палітрою контролюючих та правоохоронних органів, так і законодавчої гілки влади, яка може приймати рішення про ліквідацію судів, чи зміни суддів. [82] Суди, прагнучі не йти у розріз із суспільними настроями, «гуртуються довкола прапора», тим самим приймаючи рішення, які не можна назвати правовими, однак такими, що узаконюють виключення.

Наслідками таких тенденцій доведених до крайньої межі можна вважати описаний Ернстом Франкеля концепт «подвійної держави». В якій існує Normative State (нормативну державу) і Prerogative State (прерогативну державу). Під прерогативною державою розуміється система врядування, що здійснює необмежене свавілля і насильство, не стримуване жодними правовими гарантіями; під нормативною державою — та частина порядку, яка, хоч і істотно змінена, все ж продовжує існувати в межах закону». [83, с. 3]. Говорячи простіше, декларується принцип верховенства права в державі та навіть існують інституції, які формально забезпечують існування функціонально розділених гілок влади, однак втілення державної політики не має нічого спільного із республіканськими цінностями. Демократична держава не може виконувати роль доповнення чи ширми для прерогативної. Як зазначалось у попередніх розділах, принцип поділу влади та ефективність системи стримувань і противаг пізнається не декларативно, а через суспільно-політичний стан їх втілення в життя.

## 2.2 ТИПОЛОГІЯ ТА МОДЕЛІ РЕАГУВАННЯ НА НАДЗВИЧАЙНІ СИТУАЦІЇ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТИ ІНСТИТУЦІЙНОГО ДИЗАЙНУ.

У науковій літературі виділяють кілька базових моделей реагування на надзвичайні ситуації, які відображають різні підходи до співвідношення права, держави та загроз існуванню політико-правового порядку.

Модель «Business as Usual» (конституційний абсолютизм, який відображає досконалість Основного Закону) ґрунтується на переконанні, що конституційний лад є самодостатнім та здатним витримати будь-яку кризу без запровадження додаткових «надзвичайних» інструментів.

Як підкреслює О. Гросс, ця логіка є своєрідним веберівським «ідеальним типом» – теоретично чистою, але історично малореалістичною конструкцією. [39, с. 1043–1047] Правові норми і гарантії зберігаються незмінними: закон під час війни має залишатися таким же, як і в мирний час. Виховний та символічний характер такого типу реагування, є постійним нагадуванням суспільству, що жодна криза не виправдовує відмову від фундаментальних конституційних цінностей. [39, с. 1051–1052] Водночас, ризиком є розрив між нормою та практикою: якщо держава фактично відступає від права, а формально проголошує незмінність, правова система може сприйматись громадянами як нежиттєздатна чи навіть фіктивна. Показовим прикладом стала справа *Ex parte Milligan* (1866) [72], де Верховний Суд США заявив, що Конституція діє «як у воєнний, так і в мирний час», але сама справа продемонструвала глибокий конфлікт між цією доктриною та реальністю військових трибуналів. Адже Міллігана, позбавили права на справедливий суд журі присяжних, затримали військові сили США, визнали винним та засудили до повішання військовою комісією, при тому, що він жив у штаті який не був охоплений бойовими діями, та не був військовослужбовцем, а саме рішення винесено більше ніж через рік після закінчення Громадянської війни.

Наступна модель — пристосування (адаптивний підхід). [39, с. 1021] Займає проміжне місце між підходом конституційної досконалості та моделлю позаправових рішень. За такого підходу зберігає чинність звичайний правопорядок, однак дозволяються гнучкі корективи, які пристосовують його до умов кризи. Саме тому ключовим завданням стає пошук балансу між нагальними вимогами безпеки та засобами їх досягнення, при забезпеченні захисту прав

людини. Цей компроміс, дозволяє дотримуватися принципу верховенства права і фундаментальних демократичних цінностей. Природний недолік таких моделей, у схильності до маніпуляцій.

Існують два основних різновиди адаптації.

Перша підмодель: гнучке тлумачення вже існуючих норм. Так, у справі *Milligan* судді підкреслили, що хоча надзвичайний стан не може викликати до життя повноваження, які ніколи не існували, тим не менш, може дати підстави для застосування вже існуючих повноважень.

Друга підмодель: ухвалення нового законодавства – або шляхом модифікації чинних норм, або шляхом спрямування зусиль на створення нових надзвичайних норм, які відповідають конкретній надзвичайній ситуації, термін «надзвичайне законодавство» є найбільш прийнятним для цієї моделі. [39, с.1064-1065] Прикладом є практика США, де діє понад 400 надзвичайних законів без часових обмежень, які фактично делегують виконавчій владі значний обсяг дискреції.

Історичним прикладом пристосування стали дії президента Лінкольна у 1861 р., який у цей період кризового управління сформував «концепцію невід’ємних повноважень», яка стверджує, що президент користується широким спектром конституційно закріплених повноважень, включаючи надзвичайні, а отже, діє законно і конституційно, як захисник Союзу. Лінкольн скликав ополчення, запровадив блокаду портів південних штатів, уповноважив командувача армією призупинити дію ордеру *habeas corpus* на окремих територіях, а також збільшив чисельність армії і флоту понад межі, встановлені Конгресом. На той час, коли Конгрес зібрався, він зіткнувся з великою кількістю dokonаних фактів, що не залишало йому іншого вибору, окрім як ратифікувати їх. Ефективність моделей пристосування визначається тим, наскільки вони зберігають розмежування між нормальністю та винятком. Їх успіх вимірюється не лише відверненням загрози, а й здатністю обмежити надзвичайні заходи у часі та масштабі.

Третя модель — модель позаправових засобів [39, с. 1024], яка виникає в момент, коли адаптаційні механізми виявляються недостатніми. Логіка полягає у

тому, що відступ від права може бути виправданий в ім'я «великого права» – збереження самої конституційної системи та її фундаментальних принципів.

На відміну від політичного реалізму, який відкидає будь-які правові обмеження у кризі («*inter arma silent leges*»), позаправова модель все ж таки передбачає механізм підзвітності: дії влади мають бути ратифіковані суспільством – прямо або опосередковано – після завершення надзвичайної ситуації. Така постфактум-ратифікація виконує дві функції: по-перше, забезпечує громадський контроль, по-друге – покладає індивідуальну відповідальність на тих, хто ухвалював рішення.

Сильна сторона цього підходу – його відвертість: він не приховує, що право може тимчасово поступитися перед політичною необхідністю. Слабка сторона – демократична процедура ратифікації перетворюється на формальність.

Таким чином, три описані моделі утворюють своєрідний спектр: від конституційного ідеалізму («*Business as Usual*»), через компромісні адаптації («моделі пристосування»), до екзистенційної логіки виживання («позаправова модель»). Кожна з них не лише відображає різні підходи до правопорядку у кризі, але й задає рамку для аналізу того, як на практиці держави поєднують верховенство права із потребами безпеки. В силу цього, у глобальному вимірі виникає потреба у виробленні більш уніфікованих підходів, які б забезпечували співмірність державних заходів із базовими цінностями міжнародного права. Саме тому питання надзвичайних режимів отримали розвиток у рамках діяльності Організації Об'єднаних Націй, яка прагнула виробити універсальні стандарти для запобігання зловживанням та одночасного збереження прав людини.

ООН у своєму дослідженні 1986 року [84] зазначає, що поняття надзвичайний стан «*states of emergency*» є об'єднуючим, яке може означати стан облоги, надзвичайний стан, стан готовності, стан запобіжних заходів, стан внутрішньої війни, призупинення гарантій, військовий стан, особливі повноваження тощо. Надзвичайний стан є станом кризових повноважень, пов'язаних з фактичною ситуацією виняткових обставин, що виникли внаслідок тимчасових факторів, як правило політичного характеру, які пов'язані з надзвичайною та безпосередньою

небезпекою, що загрожує організованому існуванню нації, тобто політичній та соціальній системі, яку вона становить як держава, що зачіпає все населення і становить загрозу організованому існуванню спільноти, яка є основою держави.

Комісія ООН з питань прав людини класифікує надзвичайні стани за сферами (п.25, 28):

Серйозні політичні кризи (збройний конфлікт і внутрішні заворушення);

Форс-мажорні обставин (різні види катастроф) ;

Особливі економічні обставини, зокрема ті, що пов'язані з відсталістю.

У свою чергу, серйозні політичні кризи поділяються на:

Міжнародні збройні конфлікти;

Національно-визвольні війни;

Не міжнародні збройні конфлікти;

Ситуації внутрішнього розбрату або внутрішньої напруженості.

Юридичної сили фактична ситуація з наявності надзвичайних обставин набуває (а) у внутрішньому праві, коли оголошено надзвичайний стан, та (б) у міжнародному праві, коли про надзвичайний стан було повідомлено компетентним міжнародним органам відповідно до процедур. В цей момент ті повноваження, які «знаходяться в резерві», можуть бути застосовані. Водночас, на практиці держави часто не дотримуються визначених вище умов.

Тому здійснено узагальнення п'ять типових відхилень (п.96–160).

1. Стани надзвичайних ситуацій, про які не повідомлено. Як наслідок унеможлиблюється здійснення міжнародними наглядовими органами свого судового контролю в повному обсязі.

2. Фактичний надзвичайний стан. У таких випадках він зберігається після того, як був офіційно проголошений, а потім припинений. Характерним є видання актів, які призупиняють все більше прав і гарантій. При тому, що згідно із законом, такі права і гарантії можуть бути призупинені лише на підставі оголошення або продовження надзвичайного стану. Такі випадки мали місце в Уганді у 70-х роках, коли після скасування надзвичайного стану глава держави, скориставшись відсутністю парламенту, декретами змінював інститути та запроваджував

обмеження прав громадян. Так, декрети № 3 та 12 від 1973 року створили військові трибунали з юрисдикцією над цивільними особами, підозрюваними в актах замаху або підіривній діяльності. Намібія в якій звичайним правом було досягнуто тих самих наслідків, які мали б місце в разі проголошення стану війни (смертна кара, за політичні злочини в мирний час, Закон про тероризм № 83 від 1967 року, Закон про саботаж № 76 від 1962 року та Закон про внесення змін до законодавства про внутрішню безпеку № 79 від 1976 року).

3. Постійні надзвичайні стани. В даному випадку мова йде про надзвичайні стани як з проголошенням, так і без нього, який допускається або в результаті фактичного систематичного продовження, або тому, що Конституція не встановлює жодних часових обмежень. До прикладу, станом на 1978 рік в Парагваї неможливо точно визначити, як довго в країні тривав надзвичайний стан, оскільки цей режим існував безперервно з 1929 року з «короткою шестимісячною перервою». Схожі приклади мали місце в Камеруні та Гаїті. Спільним, для цього типу є зниження вимогливості в питаннях нацбезпеки до нагальності, а також порушення принцип пропорційності, який більше не вважається фундаментальним. У подібних випадках надзвичайний стан стає нормою.

4. Складні стани надзвичайних ситуацій. Спільною їх рисою є велика кількість паралельних або одночасних надзвичайних правил, складність яких посилюється «накопиченням» положень, спрямованих на «унормування» безпосередньо попередньої ситуації, умовно, перехідні режими. Цей механізм, доповнюється прийняттям репресивних законів, що мають ознаки звичайних законів. Такі випадки мали місце у Туреччині та Бразилії 70-х років.

5. Інституціоналізація надзвичайних режимів. Зазвичай цей тим відображає процес формування «авторитарної», «обмеженої» або «неповноцінної» демократії. Засновуючись на одній із виняткових ситуацій у подальшому законність системи надається новою інституційною основою, яка в подальшому затверджується народом, як правило, шляхом конституційного референдуму. Таким чином, нова форма демократії в країні закріплює конституційний порядок, що містить зародкові автократичні тенденції. Чилі після перевороту 1973 р.: надзвичайний стан став

основою нового конституційного ладу, що закріпив авторитарні механізми управління. Хоча правова система формально зберігала демократичні інститути, вони працювали в межах виняткового правового поля.

У всіх наведених випадках простежується тенденція до поступової трансформації надзвичайних заходів у постійну політичну практику. Замість принципу поділу влади домінує ієрархічна модель, незалежно від термінології (закони, постанови, інституційні акти, декрети-закони, інституційні закони, прокламації) законодавча функція здійснюється виконавчою владою, яка часто знаходиться під прямим військовим контролем. Ця підпорядкованість може бути встановлена безпосередньо або опосередковано через створення вищих наглядових органів (наприклад, національних рад безпеки). Судова влада перебуває під контролем. Для забезпечення співпраці судової влади зазвичай використовуються два методи: призначення «надійних» суддів; скорочення повноважень судів загальної юрисдикції на користь надзвичайних судів.

Схожа інституційна трансформація, не може дати повного ефекту до закінчення певного часу, ось чому надзвичайні стани затягуються, а правовий режим перетворюється на специфічну модель, в якій принципу поділу влади віддають лише формальну шану. Фактор часу, протягом якого в країні підтримується надзвичайний стан, призводить до того, що стан нормальності відходить в забуття. При цьому, це не завжди означає, що обставини загроз зникли, а надзвичайні повноваження продовжуються безпідставно. Це лише засвідчує, що критерій тимчасовості, є перебільшеними. Так, в Ізраїлі діє безперервний надзвичайний стан з 1948 року, який щорічно продовжується Кнесетом. Крім цього загального стану, після жовтня 2023 року були видані конкретні надзвичайні розпорядження, пов'язані з конфліктом з ХАМАС та Хезболла, наприклад, — заборона трансляції телеканалу Al Jazeera. Правова основа надзвичайного стану еволюціонувала від Постанови про право та управління 1948 року до Розділу 38 Основного закону: Уряд (2001). Цей стан дозволяє уряду вживати заходів, які за інших обставин були б незаконними, включаючи адміністративні затримання без суду та призупинення рішень Верховного суду. Аналогічним чином після терактів

11 вересня 2001 року запроваджений надзвичайний стан та операція «непохитна свобода» зберігала чинність Хабеус Корпус на території США, однак, щодо підозрюваних членів Аль Каїди і Талібану, які утримувались військово-морській базі в затоці Гуантанамо, Куба, клопотання затриманих про застосування процедури Habeas corpus, окружними судами не розглядались, оскільки останні посилались на відсутність юрисдикції, а деякі заявили, що іноземці, затримані за межами суверенної території США, не можуть використовувати американські суди для розгляду позовів, поданих відповідно до Конституції Сполучених Штатів.

Така практика демонструє, що надзвичайний стан може еволюціонувати з тимчасового інструменту у стабільну інституційну конструкцію, яка підриває демократичні основи та легітимізує авторитарні тенденції.

Ще одну типологію надзвичайних станів пропонує Клінтон Россітер. Він переконаний, що словосполучення «конституційна диктатура» правомірно слугує узагальненим терміном для всієї палітри надзвичайних повноважень і процедур, черпаючи змістовне наповнення поняття диктатури в її класичному розумінні періоду Римській республіці, коли її сутність полягала у правовому (а не позаправовому), тимчасовому зосередженні влади заради збереження ладу, який її ж і обмежує. [85, с.5-6] Россітер зазначає, що механізми демократичного конституціоналізму: громадянські свободи, змагальне представництво, компроміс — це «предмети розкоші» мирного періоду. «Демократія — дитя миру» а війна і масові кризи конфліктують із її процедурною природою. [85, С.7] Конституційна диктатура — це тимчасовий і саморуйнівний режим: причина її існування — надзвичайна ситуація; мета — припинити її; по завершенні кризи вона зникає. У цьому її принципова відмінність від тоталітарних різновидів, яким не властива така трьох елементна конструкція: необхідність (повноважень не більше ніж потрібно для відвернення загрози); тимчасовість (жодного продовження понад час фактичної небезпеки); реверсивність (жодних незворотних структурних змін, яких не можна скасувати після відновлення нормальності).

На базі цих критеріїв ним виділено два типи реагування законодавчий та виконавчий.

Законодавчий тип. У такій моделі саме парламент виступає центральним суб'єктом, який або безпосередньо ухвалює спеціальні закони для реагування на кризу, або делегує виконавчій владі чітко визначені та обмежені повноваження. При цьому, такі випадки, зазвичай, стосуються надзвичайних загроз економічного характеру чи стихійних лих. До прикладу через рішення Верховного Суду США ми можемо проаналізувати обставини, заходи та складнощі імплементації заходів до яких вдається законодавчий орган.

У 1921 році Верховний Суд США розглядав справу Блок проти Гірша, 256 U.S. 135. [86] Предметом спору стало обмеження права власності в умовах житлової кризи після Першої світової війни. Закон Конгресу 1919 р. передбачав контроль орендної плати у Вашингтоні, надаючи орендарям право залишатися у приміщенні за умови добросовісної оплати. Заходи оскаржувались власником як неконституційні. Верховний Суд більшістю голосів визнав такі заходи законними, виходячи з надзвичайних обставин війни, які зробили оренду житла питанням суспільного інтересу. Окремі думки суддів (зокрема, МакКенні) наголошували, що Конституція діє однаково в мирі та війні, а доктрина законності, обумовлена потребою, створює небезпечний прецедент для свавільного розширення влади. Показово, що вже у 1924 р. у справі *Chastleton Corp. v. Sinclair*. [87] Суд визнав цей закон неконституційним, підкресливши, що зникнення надзвичайних обставин позбавляє сенсу його дію.

Іншим прикладом конституційної диктатури законодавчого типу, в якому ключова роль урегулювання надзвичайної ситуації належить законодавчому органу, можна прослідкувати у справі Асоціація з будівництва та кредитування житла проти Блейсделла, 290 U.S. 398 (1934). [88] Ця справа стосувалася втручання штату Міннесота в іпотечні зобов'язання, у зв'язку з Великою депресією. Закон про іпотечний мораторій 1933 р. дозволяв судам продовжувати строк викупу нерухомості після примусових торгів, фактично відтермінуючи стягнення боргів. Предметом спору стало питання, чи може економічна криза розглядатися як надзвичайна обставина, що виправдовує втручання в приватні контракти. Верховний Суд визнав закон конституційним, сформулювавши критерії

допустимості надзвичайних заходів: наявність кризової ситуації, легітимна мета, пропорційність і тимчасовий характер втручання.

Верховний Суд зазначив, що хоча надзвичайна ситуація не може викликати до життя силу, яка ніколи не жила, тим не менше, може стати приводом для використання вже наявної живої сили. Таким чином, Суд формує думку про те, що відступ від існуючого порядку в принципі відступом не є, оскільки сам порядок його передбачає. При цьому, в тих положеннях, де конституційні гарантії та обмеження влади викладені в загальних виразах, процес конструювання та тлумачення має важливе значення для наповнення змістом. Попри заборону законів, які порушують зобов'язання за договорами, суд визначив, що Держава зобов'язана сприяти загальному добробуту суспільства, хоча, таким чином, можуть бути порушені договори, раніше укладені між окремими особами. Така поліцейська влада захищає життя, здоров'я, моральність, комфорт і загальний добробут народу і має першочергове значення по відношенню до будь-яких прав, що впливають з договорів між окремими особами. У той же час в окремій думці судді Сатерленда було висловлено незгоду з висновками більшості суддів, зокрема, було зазначено, що основна частина переваг, які очікуються від письмових конституцій, була втрачена, якби встановлені ними правила були настільки гнучкими, що піддавалися б впливу обставин або змінювалися під впливом громадської думки.

Інший варіант законодавчого типу реагування за конституційної диктатури є той, за якого законодавчий орган не самостійно вживає основні заходи протидії кризі, а делегує відповідні повноваження виконавчій гілці. У якості прикладу приводиться DORA (Defence of the Realm Acts, 1914 ) у Великій Британії, який надавав уряду широкі повноваження під час Першої світової війни: зокрема, щодо цензури, контролю над виробництвом, мобілізації, регулювання повсякденного життя населення. Осердя такого типу це — делегування законодавчої влади урядові (укази з силою закону, надзвичайні регламенти), ухвалені парламентом *ex ante* або конституційно. Делегування може бути суворо часовим (на період конкретної кризи) або сплячим (активація в майбутніх надзвичайних ситуаціях через спеціальні статuti). Логіка цього типу реагування — зосередити нормотворення там, де

прийняття рішень максимально оперативне, але під парламентським і судовим контролем, із «вбудованою тимчасовістю» (sunset), матеріальними межами та підзвітністю. Згодом, до перелічених вище засобів стримування додали ідею «супермажоритарний ескалатор», за якого кожне подовження надзвичайного стану вимагало б дедалі більшої парламентської більшості (60%, 70%, 80%). [89, с.25–33]

Водночас, схожа теорія, демонструє оптимізм, що умови надзвичайного стану дозволятимуть функціонування парламенту, водночас, вкрай маловірогідним вбачається, що навіть за відсутності рішення законодавчого органу, у момент завершення терміну, на який прийнято попереднє рішення, та за умов збереження надзвичайних обставин, обмеження припинять існування за відсутності рішення парламенту. Тут необхідно пояснити, що запропонований автором механізм розрахований не на умови крайньої необхідності, а на те, як в США використовуються механізм прокламації про надзвичайний стан, пробуджуючи сплячі норми для подолання економічних, мігрантських та інших криз. Тому такий механізм радше нагадує гібрид між романо-германською традицією пролонгації надзвичайних режимів і американською системою «сплячих норм».

Як приклад використання такого типу реагування та конфлікту в аспекті конституційного принципу поділу влади, які виникають можна привести справу Верховного Суду США *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935). [90] Обставини також стосуються Великої депресії, коли економічний занепад і масове безробіття були офіційно визнані Конгресом як надзвичайний стан. У відповідь було ухвалено Закон про відновлення національної промисловості (NIRA, 1933) [91], що проголошував кризову ситуацію та встановлював політику сприяння «загальному добробуту» шляхом централізованої організації промисловості. На його підставі Президент Рузвельт отримав можливість видавати виконавчі накази з широким регуляторним змістом, зокрема заборонив транспортування «надлишкової» нафти, видобутої понад квоти, встановлені на рівні штатів а також встановив покарання за недотримання його розпоряджень. Крім цього, 19 серпня 1933 року Президент США виконавчим наказом № 6256, затвердив «Кодекс законів про чесну конкуренцію в нафтовій промисловості».

Позивачі вказували, що Конгрес не встановив жодних чітких стандартів чи меж, а фактично передав Президенту законодавчі повноваження у сфері торгівлі між штатами. На їх думку, навіть у кризових умовах питання заборон та криміналізації поведінки мають вирішуватися лише Конгресом, а не шляхом дискреційного розсуду виконавчої влади.

Верховний Суд у своєму рішенні підкреслив, що Конституція передбачає, що усі законодавчі повноваження, надаються Конгресу Сполучених Штатів, який не має права відмовлятися від основних законодавчих функцій, або передавати їх іншим особам, що є загально визнаним та життєво важливими для цілісності і підтримки системи правління. Делегування можливе лише тоді, коли законодавець визначає політичні орієнтири, стандарти і процедури, залишаючи виконавчій владі простір для технічного чи адміністративного застосування. У випадку NIRA таких орієнтирів не було, що зробило президентські накази вразливими до кваліфікації як свавільних.

Таким чином, Суд визнав оскаржувані положення неконституційними. Це рішення має системне значення, адже воно чітко артикулювало: навіть в умовах надзвичайного стану державне управління повинно функціонувати в межах конституційного поділу влади. Судова влада, у свою чергу, виступила тим балансуєчим елементом, який унеможливив розширення «тимчасової прерогативи» до рівня постійної та неконтрольованої законодавчої компетенції виконавчої влади.

Виконавчий тип. Його «ядро» — розширення військового управління на цивільну сферу в разі реальної загрози (вторгнення чи повстання), шляхом заміну волі народу, обраного уряду, волею військового командувача. [85, с.8-9] Фактично він веде мову про військову диктатуру — правління армії, військові трибунали, призупинення громадянських свобод і весь спектр диктаторських дій виконавчого характеру. Такі випадки трапляються тоді, коли лише військова організація спроможна швидко відновити порядок і примусити закон до дії. І справді, виконавчий тип сильніший у швидкодії та єдиному командуванні, але вразливіший до «ефекту залипання» надзвичайних повноважень. Це своєрідний прояв необхідності, коли формальні тексти «не встигають» за кризою, підкріплений

цитатою Авраама Лінкольна: «часто доводиться ампутувати кінцівку, щоб урятувати життя; але ніколи не віддають життя, щоб урятувати кінцівку». Цей аргумент не скасовує конституціоналізм; він підкреслює, що виняток виправданий лише там і тоді, де без нього гине сама правова держава.

Таким чином, конституційна диктатура — постає не як «антиправо», а режим захисту права в умовах екзистенційної загрози. Вона легітимна рівно настільки, наскільки впливає з конституційно-правових механізмів або підлягає наступному правовому контролю; обмежена метою, часом та масштабом; саморозчиняється після кризи. Саме тимчасовість, реверсивність і контроль відмежовують її від тоталітарної «диктатури» та роблять інструментом збереження, а не руйнування конституційної демократії, що теоретично дозволяє уникати нормалізації винятку.

Законодавчий тип конституційної диктатури Россітера, в якому додаткові повноваження делегуються Уряду, а також виконавчий тип, за винятком окремих деталей, обумовлених більшою деталізацією підходу, в силу наповнення історичними прикладами представницьких республік, схожі на дві моделі реагування на надзвичайні ситуації, які декільком століттями до цього пропонував Руссо. [13, С.145-146] Щодо кожної з них він вбачав за необхідне прийняття відповідного акту, а як ми пригадуємо, прийняття актів за вченнями Руссо, було справою народу. За першої моделі, якщо для запобігання небезпеці достатньо посилити дієвість уряду, всю його владу зосереджують в руках одного чи двох його членів, і, відтак, зміни зазнає не влада законів, а лише форма її адміністративного здійснення. Фактично в даному випадку він допускає збереження існуючого порядку і нормативного регулювання, обмежуючись зміною суб'єктного складу управлінців, що у свою чергу зберігає права і свободи, змінюючи лише баланс повноважень в межах існуючої системи виконавчої влади. Мова йде про зменшення кількості тих, хто приймає рішення, без зміни самих рішень, які так чи інакше повинні залишатися в межах існуючої системи права, без запровадження особливих норм.

Друга модель передбачала, що якщо небезпека сягає тієї межі, коли сам апарат законів заважає гарантуванню їх дієвості, тоді обирають верховного

провідника, котрий примушує замовкнути усі закони і тимчасово призупиняє чинність суверенної влади. У такому випадку загальна воля не береться під сумнів, бо ж очевидно, що найпершим інтересом народу є відвернення загибелі держави. При цьому, Руссо обмовляється, що така модель не передбачає призупинення чинності законодавчої влади, магістрат, примушує її замовкнути, але неспроможний її представляти. Власне, ця теза скоріше даність верховній владі народу, який затверджує закони, ніж інституційному розумінню законодавчої влади, тим паче, якщо мова йде про те, що закони не діють.

Ще одним типом реагування на надзвичайні ситуації, є модель прерогативи, описана Джоном Локом та втілена в практиці США, однак як і у більшості раніше перерахованих моделях, натхненна досвідом Римської республіки.

Дослідницька служба Конгресу США у своїх періодичних звітах, термін надзвичайні повноваження визначає як «непередбачуваний збіг обставин, або виниклий унаслідок цього стан, який вимагає негайних дій» та зазначає що науковим фундаментом, яким послуговувались батьки засновники при закріпленні механізмів реалізації таких повноважень належить англійському філософу, юристу Джону Локу та його концепту Прерогативи.

У 1973 році спеціальний комітет Сенату опублікував збірку, в якій було визначено близько 470 положень федерального закону, які делегують виконавчій владі надзвичайні повноваження під час загальнонаціонального надзвичайного стану, зроблені вони були у різний час за останні 230 років. Переважна більшість із них перебувають у режимі очікування тобто не діють, допоки їх не активує Президент.

Вперше механізм був застосований у період опору збору федерального акцизного податку на віски 1792-1794 років. Конгрес, прогнозуючи таку реакцію, ухвалив закон, що передбачав можливість виклику ополчення для придушення повстань. Застосування таких можливостей потребувало видання президентської прокламації, яку 17 серпня 1794 року видав президент Вашингтон та очолив заходи направлені на придушення заколоту. В даному випадку ми бачимо попереднє

схвалення повноважень виконавчої влади, яке активувалось відповідним актом Президента.

Інший історичний приклад стосується періоду Громадянської війни (1861–1865 роки). На момент набуття повноважень президентом Лінкольном (4 березня 1861 року), Конгрес не засідав. 19 квітня він видав прокламацію та встановив блокаду портів сепаратистських штатів, захід, що на той час вважався таким, що суперечить як Конституції, так і міжнародному праву, за винятком випадків, коли уряд був втягнутий в оголошену іноземну війну.

Лінкольн поповнив флот, розширив особовий склад сил опору, на що повноважень не мав, оскільки вони належать Конгресу. У липневому посланні зібраному Конгресу Лінкольн зазначав, що ці заходи, чи то суворо законні, чи ні, були вжиті відповідно до того, що вважалось народною і суспільною необхідністю. При цьому, робилось це з впевненістю, що як тоді, так і зараз Конгрес їх ратифікує. Що й було зроблено. Це дещо інший тип взаємодії Законодавчої і Виконавчої влади в умовах надзвичайних обставин, пост схвалення дій направлених на загальне благо.

З викладеного вбачається, що застосування прерогативи відбулось вперше в США через 5 років після прийняття Конституції та трохи більше ніж через 100 років після першої публікації «Двох трактатів про правління» Джона Лока, для якого первинним і фундаментальним природним законом визначалось збереження спільноти (наскільки це узгоджується із суспільним благом ) і кожної особи в ній. [10, с.238] В подальшому, американські лідери в різних формах інтерпретацій використовували цей локівський імператив, зокрема, у 1810 році Томас Джефферсон писав: «Закони необхідності, самозбереження, порятунку нашої країни в небезпеці є вищим обов'язком. Втратити нашу країну через скрупульозне дотримання писаного закону означало б втратити сам закон, разом із життям, свободою, власністю та всіма тими, хто ними користується разом із нами; таким чином, абсурдно жертвуючи метою заради засобів». [92]

За визначенням Локка, прерогатива це: «можливість влади діяти на власний розсуд задля суспільного блага без припису закону, а деколи навіть проти нього.

Якщо вона застосовується толерантно для блага народу, то людина ніколи не буде прискіпуватись». [10, с.257-259]

Такими повноваженнями Лок наділяв саме виконавчу владу, обґрунтовуючи тим, що законодавці не спроможні передбачити й забезпечити законами все, що може виявитися потрібним для спільноти. [10, с.256] Використання цих повноважень повинне здійснюватися на благо спільноти, аж доти доки законодавці не будуть належним чином зібрані, щоб забезпечити створення закону. Оперативне реагування на надзвичайні обставини може забезпечити виконавча гілка влади, яка діє на постійній основі та є більш оперативною з точки зору невідкладних заходів, законодавчий контроль можливий *ex post approval*, а вихід за межі закону буде сприйнятий народом як прийнятний, якщо заходи вживались для порятунку. При цьому, автор робить акцент на чеснотах лідерів, яких, як найкращих правителів пам'ятає історія, спостереження за діями яких посилює довіру народу до влади, оскільки прерогативи повноваження використовувались не на власну потребу, а в ім'я турботи. У той же час, він відзначав небезпеку наступників таких лідерів, які уже з іншими замислами, приймали дії цих добрих правителів як прецедент. [10, с. 260] Останнє судження формує місток до розуміння того, яким чином демократії можуть в умовах надзвичайних обставин, апелюючи до суспільного блага в його широкому тлумаченні перетворюватись на авторитарні, чи деспотичні режими.

Вирішення цієї ситуації за Локом має свою логіку, якщо прерогатива для нього це законний механізм, той хто використовує законні механізми не заради блага, порушує закон на шкоду іншому, а в такому випадку починається тиранія. Враховуючи те, що порушення закону виконавчою владою робить її в очах громадян такою, що діє без повноважень, тобто поза законом, то діяти щодо неї можна як щодо особи, яка втручається в права іншого. Останнє судження варто розглядати як вузькому тотальному розумінні права на повстання, яке є крайньою реакцією шляхом реалізації народом природного права «позбавити себе від тих, хто втручається в священний і незамінний закон самозбереження, задля якого утворилась спільнота». [10, с.302] Можна розглядати і в широкому розумінні, — зловживання носять накопичувальний характер і поступово приводять до занепаду

уряду, що не завжди завершується повстанням, однак позбавляє суспільної легітимності органи влади, тим самим має триваючий та негативний соціальний ефект.

Можна погодитись із висновком Шенеггера, що прерогатива за Локком - це узаконена можливість громадян переступати кордони законів у будь-який момент, який вони вважають за потрібне, щоб підвищити благо свого суспільства і доки дії виконавчої влади справді служать цій меті вони виправдані. [93, с.3-5] Водночас, ініціатива щодо прерогативи, походить завжди від політичного актора. Таким чином, саме на нього покладається рішення про можливе застосування морально сумнівних, небезпечних засобів та з можливістю і навіть ймовірністю негативних побічних наслідків політичних, правових індивідуальних та загальних для усієї спільноти.

Водночас, частота використання прерогативи в США є свідченням того, що надзвичайні заходи нормалізуються та розглядаються, як один із способів швидкого досягнення цілей, ігноруючи критерії, які висуваються для надзвичайних ситуацій. В силу цього висловлюються ідеї використовувати для відступу поняття Reason of State, тобто «державної необхідності» чи «державного інтересу», як оновлену версію прерогативи Лока у момент підвищеної напруженості сучасних викликів, за якої держава діє в якості «custos», тобто охоронця або захисника правового режиму. [94, с.2-5]

Схожі ідеї, попри обґрунтування необхідністю відділення надзвичайного стану від загроз меншого характеру, демонструють поступове розмивання принципу недопущення звуження прав, інакше як у виключних випадках, функціонування принципу поділу влади та верховенства права, рівності та виключності підстав для запровадження обмежень у звичний правопорядок.

Таким чином відбувається спроба переконати сучасні демократії в тому, що дихотомії «норма/виняток» нездатна пояснити тривалий та такий безперервний характер, така дихотомія в 21-му столітті стає недостатньою для ефективного управління, з огляду на це розглядати їх можна як засіб зміни балансу в системі стримувань і противаг на користь виконавчої гілки влади.

Демократичні країни, що стикаються з серйозними загрозами, повинні підтримувати і захищати життя, свободи, необхідні для живої демократії, і єдність суспільства, втрати, яких можуть перетворити здорову і різноманітну націю на розділену і насильницьку. [95, с.15-20] Державці зобов'язані усвідомлювати, що засоби протидії загрозам нації, які застосовують у зовнішній контур, не підлягають повному відзеркаленню у внутрішній політиці.

Наукою узагальнено різноманітні підходи та моделі при врегулюванні правопорядку, які застосовуються при виникненні надзвичайних ситуацій. Вони утворюють справжній спектр від конституційного ідеалізму, через компромісні адаптації, до екзистенційної логіки виживання. Водночас, для демократичної країни, яка визнає та дотримується принципу верховенства права, на стадії запровадження тієї чи іншої моделі, міжнародним правом сформовано вимоги, які є обов'язковими, з точки зору дотримання формальних процедур, які є необхідними для законного обмеження основоположних прав громадян. Ці процедури є двокомпонентними. Перша, виходить з необхідності факту, який відповідає ознакам і вимогам щодо загрози. Після цього, необхідною є формальна легітимація такої суб'єктивно оціненої загрози, переважно законодавчою гілкою влади, яка від імені народу надає згоду на запровадження надзвичайного правового режиму.

Для упередження можливого факту змови щодо використання надзвичайних заходів для цілей не пов'язаних із збереженням держави, про факт відступу необхідно повідомити компетентну міжнародну інституцію. У той же час, в деяких моделях допускається і вжиття нагальних заходів протидії, з наступною згодою законодавчої гілки влади. Про те, як цей механізм стримування застосовується та іноді демонструє ефективність йтиметься в наступних розділах. Втім, як демонструє практика, не завжди поведінка суб'єктів владних повноважень, навіть за умови дотримання вказаної процедури в подальшому відповідає тому режимові, який є нормативно означеним. Апеляція до норм та закону є справді заспокоєнням, однак виключно теоретичним, оскільки дійсність і норма часто рухаються в різні сторони. Це приводить до втрати відчуття захищеності законом, його сприйняття як

декларації, а як наслідок призводити до втрати відчуття обов'язку його дотримуватись.

Зовнішня загроза (держава, терорист, ворог) посягає на те, частиною чого він не є, цінність збереження єдності для нього відсутня, навпаки, його завдання, серед іншого, саме і полягає у прагненні цю цілісність та єдність зруйнувати. У той же час громадяни щодо яких застосовуються відступи, є тими клітинами тез яких неможливе відновлення правопорядку заснованого на праві, розумі та усвідомленні цінності рівності. Під час промови в Байо 16 червня 1946 року Шарль де Голь зазначив: «У міру того, як серед громадян зростають невдоволення обмеженнями та ностальгія за свободою, диктатурі потрібно за всяку ціну запропонувати їм як компенсацію дедалі масштабніші успіхи. Нація стає машиною, яку майстер налаштував на нестримне прискорення...Зрештою пружина ламається. Велична будівля руйнується в нещасті та крові. Нація виявляється розбитою й опускається нижче, ніж була до початку цієї авантюри». [96, с.185]

Таким чином, за будь-якої моделі реагування на надзвичайні ситуації, варваризація соціуму, не повинна стати ціною протидії загрозі, інакше може виявитись, що відвернувши безпосередню загрозу, державу врятувати не вдалось.

Конституційна диктатура законодавчого типу Россітера, модель позаправових заходів Олена Гросса, у тій чи іншій мірі, є формами наукового узагальнення диктатури періоду Римської республіки. Россітер називає її «всеосяжною четвертою владою», яка перебуває у стані очікування як особливий прояв волі держави до виживання. [85, с. 22, 70–71] У наш час цю ідею підхопив Акерман, який називає надзвичайні повноваження зарезервованими на випадок надзвичайних ситуацій. Тобто існують повноваження, який не застосовується до правопорядку звичайного часу, однак, коли виникає надзвичайна ситуація вони стають доступними для уповноважених суб'єктів. В Римській республіці таким суб'єктом обиралась гідної довіри особи, яка повинна була подбати про те, щоб республіка не зазнала шкоди, в момент наявності загрози. Її повноваження були цілком легальними та отриманими у законний спосіб, відповідну ініціативу до консулів приймав сенат, надавши оцінку загрозам перед якими поставала країна.

Таким чином, Рим змінював систему правління під час кризи, для подолання небезпеки і відновлення нормальних умов. Очевидно сьогодні, в умовах репрезентативних конституційних демократій заснованих на принципі народного суверенітету, ми не можемо говорити про те, що така модель може бути застосовано буквально. Основні закони країн виходять з того, що функціональний поділ влади, який визначає інституційно відповідальних за питання безпеки та оборони, зовнішню політику, тощо, — вже є тим фактором, який громадяни враховують приймаючи участь у виборах, будучи свідомими, що ця особа, чи політична сила і її лідер будуть тими, хто реалізовуватиме надзвичайні повноваження, у випадку загрози. Тому в умовах надзвичайних станів ми не знаходимось перед вибором кого визначити відповідальним, він визначений на рівні інституційного конституційного дизайну.

Ідеалізація диктатури Риму, виходить з припущення про чесноти особи, Дізенхауз називає це оманливим станом, властивим тим, хто не може змиритися з ідеєю неконтрольованої законом політики, тому накладають тонкий шар законності на політичне, стверджуючи, при цьому, про легітимність верховенства права. [40, с.39] Гросс, у свою чергу, називає це станом заспокоєння, що повернення до нормального життя, відбудеться відразу після відвернення загрози. Диктатура в Римі змушувала закони замовкати. На противагу сьогоднішнім надзвичайним правовим режимам, які намагаються втримати діяльність «сучасних диктаторів» у межах правових рамок. Єдиного підходу до всіх типів надзвичайних ситуацій не існує, і як було продемонстровано, стан економічної кризи, може послуговуватись правовими засобами тимчасового регулювання договірних і суспільних відносин, зокрема обмежуючи право власності. Для воєнних чи терористичних загроз, одних законів буде недостатньо, або ж закони в деяких випадках «сором'язливо замовкають», в тому числі за сприяння судової гілки влади, водночас при декларуванні того, що вони досі діють. В таких випадках, додаткові інструменти стримування та балансування, про які говорять дослідники є не більше ніж організаційним засобом, який покладається на припущення про виконання та має дуже обмежений спектр його застосування. До прикладу пропозиція Россітера про

постійним контролем зі сторони законодавчого органу, зокрема, зобов'язання виконавчої влади ділитися розвіданими з питань безпеки із комітетами Парламенту, в яких опозиційним політичним партіям гарантується більшість місць. [85, с.40], чи пропозиція Аккермана про «супер мажоритарний ескалатор», який застосовуватиметься кожного разу коли виникає необхідність пролонгації надзвичайних станів, — стосуються вузького переліку надзвичайних загроз та питання надання згоди на пролонгацію чи ні. Тим не менше, вони мало впливають на дійсність. Скептики таких ініціатив називають це спробами знайти роль для права, там і тоді, коли право не має жодної ролі. [40, с.41-42] Водночас, як слушно зазначає Гросс, можливо, кращим, що може запропонувати сучасна юриспруденція, є поміщення прерогативи виконавчої влади діяти поза законом, в межі конституції. Звісно це не переконає скептиків, що таке поміщення не є запорукою від вчинення повноважень поза законом, чи не спростує судження Шмітта, Агамбена про те, що надзвичайні ситуації є чорною дірою для правової урегульованості, однак, доки не існує інших цивілізованих засобів упорядкування суспільних відносин, ніж право, ми змушені апелювати до нього, як вищого відображення розуму. Так само, як і зберігати віру в те, що за наявності зловживань, надзвичайний стан може бути скасований рішенням законодавчого органу.

Делегована влада диктатора, чи більш сучасне її осмислення у вигляді прерогативи, є телеологічним способом визначення конституційної влади, з точки зору цілей та мети. [31, с.183] Реалізація повноважень, хоч і законних з точки зору походження, допускає вихід за межі закону у процесі, однак з постійним усвідомленням ризиків та відповідальності при постперевірці. Народ може вирішити притягнути суб'єкта до відповідальності за неправомірні дії, продемонструвавши відданість порушеним принципам і цінностям, або ж ретроспективно схвалити їх. [39, с.1097-1099] В даному випадку, як писав Макс Вебер, «досягнення «гарної» мети пов'язане з необхідністю примиритися з використанням морально сумнівних чи принаймні небезпечних засобів та з можливістю і навіть ймовірністю негативних побічних наслідків; і жодна у світі етика не може сказати, коли і в якому обсязі «гарна» мета «освячує» етично сумнівні засоби та побічні наслідки. [97, с.181] Саме

тягар та усвідомлення того, що за вчинені дії в межах реалізації повноважень може та неодмінно настане відповідальність, теоретично повинно бути запобіжником, який зберігає від сваволі.

### 2.3 ВОЙОВНИЧА ДЕМОКРАТІЯ. ОНТОЛОГІЯ КОНЦЕПТУ.

Надзвичайні правові режими, є легальною реакцією на надзвичайні стани, які носять непередбачуваний характер, ставлять під загрозу існування суспільства, вимагають додаткових засобів реагування, які використовуються тимчасово та лише заради відвернення загрози. Одна з проблем надзвичайних станів постає тоді, коли загроза існуванню нації не є очевидною, а визначається у результаті інтерпретації політичним актором, уповноваженим ініціювати відповідне рішення. Та, як наслідок, після відвернення загрози відновлюється правопорядок, який існував з а замовчуванням, шляхом скасування обмежень.

Концепт войовничої демократії, який виник на початку ХХ ст., попри те, що теж передбачає обмеження прав громадян, втім, за своєю суттю відрізняється від надзвичайних правових режимів. Як і надзвичайний стан, войовнича демократія є реакцією на загрозу існуванню держави, які, однак, мають переважно внутрішній характер, їх не можна назвати несподіваними, суб'єктами реалізації загрози виступали ті, хто приймав участь у здобутті політичної влади. Крім цього, на відміну від надзвичайних правових режимів, войовнича демократія не є формалізованою з точки зору процедури, не потребує окремого рішення, її елементи або фіксуються в законодавстві, або постають як розширене тлумачення наданих повноважень, що переносить центр ваги на судову владу, яка мусить співвідносити легітимну мету із засобами. Крім цього, засоби войовничої демократії, на відміну від надзвичайних правових режимів володіють стійкістю, оскільки залишаючись елементом правопорядку та спричиняючи тривалі правові й соціальні наслідки.

Ян-Вернер Мюллер пропонує визначення войовничої демократії як процесу, коли демократичний режим, готовим вжити превентивних, *prima facie*,

неліберальних заходів, щоб не дати тим, хто прагне підірвати демократію демократичними засобами, зруйнувати її. [ 98, с. 536]

З огляду на те, що наукова спільнота погоджується в тому, що цьому концепту бракує правової визначеності та науково-теоретичного обґрунтування, для розуміння її суті необхідно повернутись до історичних обставин, які є її обґрунтуванням.

Авторство концепту належить Карлу Левенштайну, який сформував його у 1937 році. У зазначений історичний період країни Європи переживали період становлення фашизму, націонал-соціалізму, які у подальшому занурили людство у Другу Світову війну. Ідеї Левенштайна необхідно сприймати, в першу чергу, як такі, що направлені на протидію конкретним політичним рухам, в тому числі і комунізму. Характерні ознаки таких політичних рухів він класифікував аналізуючи події у Фінляндії 1930–1934 років (заборонено комуністичну партію), Естонії 1934 року (розпуск фашистські організації) та Чехословаччини 1933 року (прийнято закон що уповноважив уряд розпускати будь-які «підривні партії»), серед них: наявність воєнізованих структур, символіки, уніформи; спрямованість діяльності на насильницьке захоплення влади, поза електоральними процедурами. Крім заборон, засобами протидії, які стали частиною законодавства стали заборони незаконному виробництву, транспортуванню, носінню, володінню та використанню вогнепальної, іншої наступальної зброї, криміналізації підбурювання до насильства або ненависті щодо інших верстви населення.

Водночас, як відомо у Німеччині події розвивались іншим чином. Як зазначає Грехем Меддокс, протягом 1950-70-х років Левенштайн навчав студентів розрізняти «номінальні» (не відповідають політичній реальності) і «нормативні» (повністю діючі) конституції, зазначаючи, що нацисти розірвали всі конституційні обмеження щодо своїх власних дій і фактично знищили ідею «нормативної» конституції. [99, с.2]

Він вважав перебільшеним значення верховенства права, за якого, попри усвідомлення необхідності виключення з політичної гри певної партії, яка заперечувала цінності правової держави, не відбулось та дозволило їй легальним

шляхом отримати повноваження [100, с.81-82] та «офіційно анексувати законність». Ідея Левенштайна є своєрідним розвитком ідей Карла Шмітта [7, с.34-49], який стверджував, що Веймарська республіка переживала конфлікт між «політичною сутністю» та «позитивною формою», оскільки електоральна сила нацистської та комуністичної партій загрожувала підірвати «буржуазну республіку», формально легальними «парламентськими» засобами. Тому він прямо рекомендує Президенту застосувати надзвичайні повноваження та заборонити ці партії, навіть якщо це суперечить принципу рівних шансів. Водночас, різниця між цими позиціями полягає в тому, що Карл Шмітт засобом вирішення питання вбачав надзвичайний стан, який допускає за замовчуванням обмеження конституційних прав, в той час як концепт войовничої демократії, передбачає використання саме процедур без запровадження надзвичайних правових режимів. Карл Левенштайн формулював загрозу безпеці, яку несуть рухи, як прагнення повалення правопорядку.

Проблемою пов'язаною із протидією таким загрозам, Левенштайн вбачав у фундаментальних правах, таких як рівність, свободи громадської думки, слова та преси, адже революційна та підривна пропаганда послуговується ними. Засобами протидії вбачалось не лише криміналізація окремих діянь, але й поліцейські та адміністративні правила, що забороняють політичну діяльність іноземців або іноземних емісарів на національній території (наприклад, як промовців на мітингах), ввезення або розповсюдження іноземних газет антидемократичного характеру. У кінцевому підсумку він закликав, що не варто заплющувати очі на те, що ліберальна демократія, придатна лише для політичних аристократів серед націй, починає програвати пробудженим масам. Порятунку абсолютних цінностей демократії слід очікувати від свідомої трансформації застарілих форм і жорстких концепцій у нові інстинкти «дисциплінованої», або навіть «авторитарної демократії». [100, с.98]

Він вважав необхідною зміну ментальної структури епохи мас і раціоналізованих емоцій. Сучасні дослідники вважають таку позицію елітарною та «антипартиципаторською», бо вона інтерпретує участь мас як проблему, виявляючи недовіру до їхньої здатності до самоврядування. [101, с.2-3] Крім цього, критикується ототожнення «народу» й «мас», що відтворює класові упередження та

логіку «правління натовпу», яке часто видає расизм, а як наслідок порушенні принципів рівності, недомінування.

Демократія є необхідно й неминуче партійною державою. [102, с.20] Висловлена Г. Кельзенем думка, є цілком слушною, якщо поглянути на тенденції притаманні сучасним ліберально-демократичним державам, де політичні партії є тою первинною формою об'єднання громадян, які не лише прагнуть відстояти свої права, але й готові приймати участь в управлінні країнами, шляхом участі у конкурентній боротьбі за владу. Сама можливість саме такого способу вираження поглядів та конкуренції забезпечується цінностями, які знаходяться в основі демократій: повага до людської гідності, справедливості, рівності, верховенства права, поділу влади.

Якщо ж політичні партії заперечують проти них, використовуючи соціальні та політичні дії, то вони заперечують відповідно порядок в рамках якого вони мають легальну можливість реалізувати власне право.

Жозе-Антоніо Сантос у цьому контексті пропонує суддям герменевтичний підхід до ситуацій, які виникають у аналізі проблемних питань войовничої демократії, яку іноді називають «німецькою проблемою», за допомогою діалогу між текстом і контекстом. [103, с.397-398].

Зокрема, у Німеччині конституційні цінності, пов'язані з верховенством права, були закріплені в Основному законі через механізми «вічних положень» (ст. 79) та спеціальні норми, що втілюють концепцію войовничої демократії. Так, стаття 20 визначає ФРН як демократичну і соціальну федеративну державу, де всі гілки влади пов'язані правом, а громадянам гарантується право на опір спробам ліквідувати цей лад. Діяльність партій, регламентована статтею 29 передбачає свободу їх створення, однак вони повинні бути демократичними, а їх фінансування — прозорим. Водночас, партії, що ставлять за мету підрив або ліквідацію вільного демократичного ладу, визнаються антиконституційними рішенням Федерального конституційного суду.

Мета таких положень — запобігти повторенню тоталітаризму шляхом перевороту чи підриву зсередини. Ця логіка, а також фактично перше застосування

концепту войовничої демократії, були підтверджені рішенням Федерального конституційного суду від 23 жовтня 1952 р. про заборону Sozialistische Reichspartei (SRP), що пропагувала нацистську ідеологію. Суд підкреслив, що ліберально-демократичний лад виключає тиранію й деспотизм, ґрунтуючись на верховенстві права, самовизначенні народу, свободі, рівності та волі більшості, а також у рішенні про заборону Kommunistische Partei Deutschlands (Комуністичної партії Німеччини), яке, у свою чергу стало «відправною точкою для вивчення мінливостей європейської юриспруденції» щодо войовничої демократії. [104, с.3-4]

Підставами для позитивного рішення були заяви лідерів партії, про те, що вони мають на меті «встановлення соціалістично-комуністичної системи шляхом пролетарської революції та диктатури пролетаріату». водночас рішення про заборону Федеральним судом приймалось в серпні 1956 року. На той час ця партія за підсумками виборів 1953 року здобула 2,2% голосів та вибула із законодавчого органу. За таких умов важко говорити про загрозу від такої політичної партії, якщо послуговуватись концептом Левенштайна. Однак, на цьому прикладі розкривається проблема концепту, яка переслідує його досі, — які критерії визначення загрози демократії, при ліквідації яких будуть збережені свобода, рівність самої демократії, а деспотія буде недопущеною.

Природа дискусійності концепту «войовничої демократії» саме в підході до поняття свободи. З однієї сторони, конституційний лад може бути змінений, навіть Жан-Жак Руссо зазначав, що в державі не існує жодного закону, в тому числі і засадничого, який не можна було б змінити. [13, с.21-22]

Кожен суб'єкт політичного тіла, приєднуючись до суспільної угоди бере на себе зобов'язання як перед іншими учасниками, так і щодо спільних цінностей, які повинна забезпечувати республіка для своїх громадян, відповідно до укладеної угоди. Ці цілі стосуються як форми урядування, так і інших базових принципів співжиття. При цьому, сама суспільна угода, може змінюватись, так само як бути анульованою. Занепад республіки, із цієї точки зору, відбувається тоді, коли законодавча влада втрачає провідну роль у політичному житті, тоді коли законодавство не забезпечує дві головні цілі: свободу і рівність. [13, с.62]

Таким чином, чи може бути змінений лад, безперечно так, але в законний спосіб, який потребує представлення в законодавчій владі відповідних політичних акторів. Однак войовнича демократія передбачає встановлення обмежень для таких політичних сил, які ставлять за мету зміну ладу, для участі у виробленні рішень в законодавчому органі. Тим самим вона позбавляє частину членів соціуму на участь у рівній і конкурентній боротьбі для реалізації своєї свободи. Тим самим підриваючи узгоджувальна засади існування законодавчої влади, які пов'язані із дискусією і публічністю, що означає обмін думками, головною метою якої полягає в тому, щоб раціональними аргументами переконати суперника в певній істині і правильності, або ж дати можливість переконати в істині і правильності себе. [105, с.33-45]

Концепт войовничої демократії намагається обґрунтувати доцільність та доречність відступу від внутрішнього ліберального правопорядку, заснованого на верховенстві права та принципах свободи, під загрозою безпеці держави, яка носять невійськовий характер. Водночас, відступ закріплений у регулярному законодавстві, втрачає ознаку тимчасовості та надзвичайності. За таких умов виникає дилема пошуку добродесної державної форми.

І центральним питанням постане судження Карла Шмітта, хто вирішуватиме, що «є» демократією. Цю дилему чи парадокс описує Мюллер, зазначаючи що принцип рівних шансів є втіленням ідеалу ціннісного нейтралітету, при якому жодна ідеологія не може бути позбавлена можливості змагатися за політичні посади, водночас повний нейтралітет може призвести до «самогубства системи».

Концепт войовничої демократії, на відміну від надзвичайного стану, не передбачає прийняття рішення про відступ, він залежить від практики правозастосування та оцінки суддями кожного окремого випадку. Тому, науковці пропонують різні підходи до обмеження принципу рівних шансів. Серед них виділяють неовойовничу демократію, ліберально-процесуальний самозахист, модель соціал-демократичної самооборони [101, с.4-16]

Неовойовнича демократія, передбачає обмеження основних прав на вираження поглядів переважно під час виборчого процесів, з недопущенням

використання проти політичних дисидентів, а також розрізненням антидемократичних дій і антидемократичних ідей, уникаючи втручання у свободу думки.

Ліберально-процесуальний самозахист, заснований на ідеях Ганса Кельзена, за якого держава повинна дозволяти брати участь у політичному житті навіть тим політичним рухам, які пропагують погляди, які широко вважаються неприйнятними. Модель соціал-демократичної самооборони, у центрі якої соціальна стабільність, передбачає досягнення рівності, шляхом усунення зіткнення між капіталом і працею, шляхом рівного доступу до освіти, правової системи та природного середовища, а також систему захисту соціальної, медичної та судової безпеки.

Такі підходи намагаються знайти причину у виникненні загрози в соціально-економічній площині, через недостатні зусилля держави для забезпечення благополуччя всіх. У «лабораторних» умовах ліберально-процесуальний та соціально-демократичний підходи виглядають подібними: в процвітаючому соціальному середовищі причини для екстремізму відсутні. Проте обидва підходи ідеалізують реальність, у якій досі існує бідність та майнова нерівність, що породжують конфлікти.

Соціально-демократична модель, у свою чергу, не враховує факторів зовнішнього середовища та впливу, за яких політичні радикальні рухи можуть отримувати підтримку й фінансування, використовуючи інструменти гуманітарної чи політичної допомоги у якості інтервенцій гуманітарного характеру для вибудовування певної політики країни чи її послаблення у довгостроковій перспективі. За таких умов, варто визнати, що універсального підходу до протидії не існує. Екстремістські організації можуть відрізнитися за структурою і методами діяльності, тому превентивні заходи мають бути постійною функцією держави, спрямованою на збереження єдності, свободи та рівності.

Ці превентивні заходи є комплексними і включають як діяльність внутрішню соціально-економічну політику направлену на збереження та посилення єдності, правоохоронну діяльність для виявлення спроб втручання у внутрішню політику та безпосереднього недопущення вчинення злочинів, так і зовнішньо-політичну

діяльність дипломатів та розвідувальних служб, покликаних оцінювати, виявляти та припиняти загрози інтервенцій у всіх їх проявах.

Водночас рівень загрози повинен передбачати співмірну протидію. На сьогоднішньому етапі розвитку суспільства, ми повинні усвідомлювати, що крім політичних партій технологічні рішення глобального світу, платформенні алгоритми, які не контролюються органами влади, дезінформація та пропаганда створюють благодатне підґрунтя для зміни соціальних настроїв, виразником яких лише стає певний лідер чи його організація, проблема яку не вдається вирішити протягом майже сотні років з моменту появи ідеї войовничої демократії: суспільні маси керуються емоціями, а не раціональністю. За відсутності дієвих альтернатив, підхід, запропонований концептом войовничої демократії, як відступ від принципу рівності, через апеляцію до забезпечення демократичних цінностей, які знаходяться під загрозою, а отже і під загрозу знаходиться держава, еволюціонуватиме шляхом розширення сфер застосування поняття виключення за межі виключно політичних партій.

Небезпека такого розширення прихована у можливості дифамації тих, хто намагається ініціювати публічне обговорення політичних і законодавчих дій [103, с.394-395], що потребує визначення меж втручання, без можливості прорахувати результати для мирного співіснування. Парадокс войовничої демократії, полягає в тому, що уряди боротимуться зі своїми ворогами доти, доки вони не стануть такими самими, як їх вороги; вони можуть думати, що вони трималися за демократію, але насправді вони зруйнували її в процесі її забезпечення. [106, с.252-253] Розглядаючи підходи до втручання, Мюллер виділяє три можливі сценарії обмеження прав. [106, с.256-257]

Перший підхід дотримується доктрини американського зразка, згідно з якою тільки неминучі беззаконні дії виправдовують обмеження прав. Демократичний суверен може навчатися, що відокремлює його від абсолютистського суверена. З нормативної точки зору, це означає, що він здатен представляти минуле і робити висновки на майбутнє [107, с.47-49], тому, в рамках першого підходу запропонованого Мюллером, можна розглянути історичний досвід Німеччини 60-

70 років XX століття, у цей період позапарламентська політика супроводжувалася насильством Rote Armee Fraktion (RAF, Фракції Червоної Армії), метою якої було насильницьке повалення Федеративної Республіки. Протягом 1970–1978 їх діяльність носила екстреміський характер (28 убитих, 93 поранених, понад 30 пограбувань; викрадення голову автомобільної компанії Daimler Benz Г.М. Шлеєра; убивство генпрокурора З. Бубака). Лідерів було затримано та у 1976 Майнгоф, а 1977 Баадер померли в ув'язненні. [108, с. 511–513]

Обставини, які пережила Німеччина, цілком передбачали можливість запровадити в країні надзвичайний стан, однак, на той час, в пам'яті залишався досвід приходу до влади Гітлера, а тому, цей метод вважався неприйнятним. При цьому, було запроваджено один із засобів войовничої демократії, а саме обмеження на участь в функціонування державних інститутів, особами, які були дотичні до рухів, які ставили за мету підірвати державність, зокрема, шляхом ухвалення урядом Віллі Бранта в 1972 року *Berufsverbot*. Цей декрет забороняв приймати на державну службу будь-кого, хто вдавався до політичної діяльності, що суперечила Конституції.

Другий підхід забороняє певні види висловлювань — в цьому аспекті необхідно з'ясувати чи справді існує сфера проблемної політичної мови, яка ще не охоплена кримінальним законодавством, яке карає, наприклад, підбурювання до ненависті.

Третій підхід, найбільш суворий, - фактичне позбавлення громадян виборчих прав. На індивідуальному рівні до таких прикладів відносно у демократичних Афінах існував інститут оголошення «громадянина без честі», що призводило до втрати основних прав. Також існував інститут остракізму, який є яскравим прикладом правління натовпу. Крім цього, як приклад, зазвичай наводять Францію, після визволення, де щодо колаборантів могло застосовуватись покарання «національною деградацією». А щодо партій є й інші більш м'які форми, наприклад партія існує, але офіційно обмежена у можливості для політичної участі, як це відбувається в Ізраїлі, де партії не реєструють на виборах до Кнесету, оскільки вона заперечує єврейський і демократичний характер держави.

Концепт войовничої демократії намагається обґрунтувати доцільність та доречність відступу від внутрішнього ліберального правопорядку, заснованого на верховенстві права та принципах свободи, під загрозою безпеці держави, яка носить невійськовий характер. Як і надзвичайний стан, войовнича демократія є реакцією на загрозу існуванню держави, які, однак, мають переважно внутрішній характер. Однак, на відміну від надзвичайних правових режимів, войовнича демократія не є формалізованою з точки зору процедури, не потребує окремого рішення, її елементи або фіксуються в законодавстві, або постають як розширене тлумачення наданих повноважень, що переносить центр ваги на судову владу, яка мусить співвідносити легітимну мету із засобами.

Варіанти її імплементації в правопорядок є завжди предметом суверенного законодавчого рішення та визначають який метод держава вважає найефективнішим з точки зору превенції та мінімізації негативних наслідків для єдності, при урегулюванні суспільних відносин пов'язаних із виключенням чи обмеженням осіб на реалізацію політичних прав. Водночас, враховуючи те, що формальне визначення, яке науковці дають концепту войовничої демократії, передбачає протидію тим загрозам державі, які «здійснюються із використанням законних засобів», дискреція щодо визначення поняття «загрози» в дійсності є значно більш широкою ніж політичні рухи ідеологічного чи екстремістського спрямування.

Відповідно, ідентифікація загрози та спір про її характер незворотні. Вони потребують інституційно спроможної судової гілки влади, а також функціональної системи стримувань і противаг між суб'єктом політики у сфері безпеки та законодавчим органом, який надає відповідним рішенням сили обов'язкового правила. При цьому, враховуючи те, що загрози демократії еволюціонують разом із розвитком суспільства, то і засоби протидії закономірно також розширюватимуться, що ускладнює чітке дотриманням принципів правової визначеності при нормотворчості, тому можна погодитись з Карло Інверніцці Аккетті та Яном Цукерманом, які вказують, що «юридичний функціональний критерій для визначення ворога демократії не може бути заздалегідь визначений демократичною нормою». [104, с. 2-3]

Більше того, засоби протидії войовничій демократії, на відміну від принципу індивідуальної відповідальності у кримінальному праві, все ж носять груповий характер, а тому, вкрай важливе розмежування казусу чи ексцесу, із можливістю, в силу нього, покласти обов'язок на групу осіб. Припущення про колективні наміри мусять бути належним чином задокументовані та доведені, адже не можуть бути формою проекції припущення щодо спільних усвідомлених намірів у майбутньому, позбавляючи індивіда можливості права на політичну участь, навіть тоді, коли він міг самостійно відмовитись від участі в такому суб'єкті боротьби за політичну владу.

### **Висновки до Розділу 2**

Надзвичайний стан є складною правовою та політичною конструкцією, на стику норми й факту. Його теоретичне осмислення коливаються між полюсами: «юридичної порожнечі», що тяжіє до формули *necessitas legem non habet* і означає виведення випадку зі сфери застосування закону та полюсом повного підкорення випадку праву, як на стадії запровадження, так і у процесі подолання загрози.

Попри те, що існують історичні приклади запровадження заходів надзвичайного характеру за відсутності дотримання формальної процедури, яка для таких випадків вимагається, сучасна правова теорія адаптувала такі казуси обґрунтуванням легітимної мети, доповнивши наступним правовим контролем. Це є фактичним правовим компромісом між «негайною необхідністю» та «легальністю». Саме тимчасовість, реверсивність, збереження правових інструментів контролю відрізняють сьогоденне сприйняття надзвичайного стану від стану юридичної порожнечі. Звичайний правопорядок не скасовується, він лише «засинає», доки держава відновлює спроможності, а таке відновлення здійснюється за тимчасово видозміненого правопорядку.

Такі правові надбудови дозволяють заспокоїти суверена, зберегти впевненість у керованості та дотриманні ціннісного стандарту свободи в операційній площині дійсності, спотвореної загрозою. Правопорядок, породжений рішенням, прийнятим за встановленню процедурою, характеризується підвищеною концентрацією дискреції в руках виконавчої влади, яка безпосередньо впливає на

права громадян. Післявоєнне розширення горизонту прав і соціального плюралізму змінило «фон» дискусії про безпеку та порядок. Проте хвиля нових загроз — від тероризму до пандемій і гібридних атак — продемонструвала, що держава знову постає як гарант «колективного блага» безпеки. Загроза індивідуальним правам через потреби державної безпеки препарує суспільство на «нас» та «інших», однак первісно вузьке коло «інших» має тенденцію розширюватися. Відтак кожен відступ від гарантованих прав, в сучасних суспільствах, не може знімати вимоги доказовості, необхідності та тимчасовості. Міжнародні стандарти (ядро непорушних прав, вимоги пропорційності, обов'язок повідомлення, моніторинг) задають мінімальний «каркас стримування», але їхня реальна ефективність залежить від національних судів і політичних інститутів. Декларована автономність, незалежність судової влади, підвищена відповідальність під час кризи не гарантує її фактичної спроможності протистояти розширенню прерогатив. Об'єднання довкола прапора, позитивістський формалізм, доктрина *margin of appreciation* перетворюють суди із захисників справедливості на співучасників узаконеного зловживання винятками. Судді демонструють готовність легітимізувати процедури, що створюють умови для жорстокого поводження або фактичного позбавлення ефективного захисту. Втрата судової автономії веде до структурної деградації поділу влади. Якщо суд «йде на війну» разом із урядом, верховенство права перетворюється на ритуал.

Надзвичайні режими — це спроба заздалегідь окреслити межі й помістити дії влади в правові рамки, але кожен реальний випадок випробовує ці рамки на міцність. При цьому, теоретичні напрацювання пропонують різні моделі реагування на надзвичайні загрози— від «конституційного ідеалізму» (*Business as Usual*), до «позаправової» моделі. В залежності від того, яка із гілок влади відіграє провідну роль у впровадженні заходів протидії розрізняють виконавчий тип, який характеризується швидкістю реагування та єдиним командуванням в тих кризах та парламентські, притаманні загрозам невоєнного характеру, зокрема, пандемії, економічним кризам, за яких дерогація здійснюється шляхом запровадження нормативних актів з особливими правилами регулювання суспільних відносин.

Незалежно від моделі її прийнятність визначається закладеними матеріальними та процесуальними засобами контролю. До перших відноситься наявність реальної та безпосередньої загрози організованому існуванню держави; доведена недостатність звичайних правових засобів реагування; загальнонаціональний масштаб явища; тимчасовий характер заходів із прив'язкою до їхньої мети. Процесуально вимоги полягають у: офіційному акті запровадження, легітимації рішення представницьким органом, встановленні чітких строків та обов'язку регулярного підтвердження необхідності продовження дії режиму, реальному судовому контролю необхідності та співмірності кожного обмеження, виконанні обов'язків за міжнародними зобов'язаннями. На відміну від надзвичайних правових режимів, войовнича демократія функціонує як стійкий елемент правопорядку і спрямована проти внутрішніх суб'єктів, що прагнуть підірвати лад легальними інструментами; вона не потребує спеціального «акта запровадження», а отже переносить центр ваги на судовий перегляд. Практика демонструє її превентивний характер. Інструменти (заборона партій, обмеження участі в політиці тощо) мають унеможливити «самознищення демократії», з іншого — не перетворитися на приховану надзвичайність без строків, меж і запобіжників. Типології ООН і класифікації практик зловживань (ненотифіковані, фактичні, постійні, «складні» надзвичайні стани), демонструють, як виняток може перетворюватися на політико-правову норму, за якої час працює проти демократичної республіки.

«Порятунок будь-якою ціною» може виявитися руйнівним для соціальної тканини, «варваризації» суспільства як побічного продукту затяжних надзвичайних практик. Дерогацію, як засіб подолання кризи досліджено не лише з точки зору виходу за допустимі межі свободи, але й з точки зору її впливу на стан політичної єдності всередині державного утворення. Єдність є станом взаємного визнання між владою і громадянами, щодо того заради чого існує держава. У розвиток такого розуміння, єдність щодо спільної мети відвернення загрози, готовності тимчасово перерозподілити тягарі обмежень свободи заради збереження самої можливості спільного життя у праві існує до того часу, доки відступ від гарантії прав не носить вибіркового, свавільного характеру, шляхом використання обставин для досягнення

цілей особистого чи політичного характеру. Кожний тимчасовий відступ від звичних процедур має бути співмірним загрозі й проектуватися так, щоб не розхитувати солідарність, свободу та рівність. У тих випадках, коли цей вектор витримано, надзвичайний стан залишає місток для повернення до звичайного правопорядку, там, де він стає самодостатньою політичною технологією, єдність руйнується, а конституція ризикує перетворитись на декорацію.

Таким чином, надзвичайний стан або превентивні механізми мають бути необхідними, тимчасовими, пропорційними та контрольованими, повинні зберігати повагу до ролі інституційного балансу і єдність як умову довіри до держави. За цих параметрів правова система здатна витримати кризовий тиск без трансформації винятку у постійну практику.

### РОЗДІЛ 3: СИСТЕМА СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНИХ ЗАГРОЗ. СУСПІЛЬНО-ПОЛІТИЧНА ПРАКТИКА

#### 3.1 СУВЕРЕННА ДИКТАТУРА НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ ТА ВІЙСЬКОВА АГРЕСІЯ РФ. ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ПОДІЙ В УКРАЇНІ 2014 РОКУ

Карл Шмітт, розглядає диктатуру як засіб досягнення цілі, при цьому, ця ціль в силу специфіки середовища, яке носить надзвичайний характер, вимушено вивільняється з-під контролю права. [30] Пояснення цього просте, правові засоби неспроможні врятувати суспільство, тому, як зазначав Ієрінг, відбувається «рятувальне діяння державної влади». Такий розрив у праві цитований автор вбачав у диктатурі, яку розрізняв за критерієм правопорядку, який повинен бути встановлений як ціль. Для комісарської диктатури, — це відновлення правопорядку, який існував до надзвичайних обставин, а для суверенної, відповідно, встановлення нового.

Для цілей нашого дослідження, важливий елемент цієї теорії, який стосується розриву у праві, що виникає у наслідок надзвичайних обставин та який призводить до установа нового правопорядку. При цьому, самим суверенним диктатором виступив народ, а законодавчий орган влади, лише здійснив законодавче оформлення. Це було зроблено, шляхом процедури, яка вдовольнила вимоги

народної легітимності, однак не відповідала вимогам легальності правопорядку який був у минулому.

Події 2014 року, які передували збройній агресії Російської Федерації проти України, відбувались без запровадження надзвичайних правових режимів, однак, фактично, держава перебувала у надзвичайному стані в його науково-теоретичному розумінні за результатами якого відбулось нове упорядкування правопорядку.

Дотримуючись формально-юридичного підходу, принципів верховенства права, поділу влади, системи стримувань та противаг, у забезпеченні правопорядку, найбільш складним є надання оцінки процесу прийняття Верховною Радою України законопроекту «Про відновлення дії окремих положень Конституції України». [109] У пояснювальній записці до нього зазначалось, що Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року N 20-рп/2010 [110], Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року N 2222-IV (далі – Закон № 2222) було визнано таким, що не відповідає Конституції України, у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття. В силу цього, КСУ відновив дію попередньої редакції норм Конституції України.

Вказане, автором законодавчої ініціативи, було запропоноване до визнання як необґрунтоване, помилкове та, з огляду на зазначене, виникла нагальна потреба відновлення дії редакції положень, які були ним скасовані.

З точки зору верховенства права, принципу поділу влади і системи стримувань та противаг, Парламент, голосуванням за законопроект скасував Рішення Конституційного Суду України, що протирічить положенням статті 150 Конституції України в частині остаточності та неоскаржуваності. Трохи більше 10 хвилин знадобилось народним депутатам для зміни Основного Закону. Водночас, використання поняття «поновив» замість «змінив», начебто дозволила, уникнути необхідності проходження процедур визначених розділом XIII основного Закону, без обговорення, без висновків Комітетів ВР України.

Мотиви відповідного голосування не лише правові, а скоріше відображають ту суспільно-політичну та правову реальність, яка носила надзвичайний характер. Як зазначає Бориславська О.М., в умовах узурпації влади чи державного свавілля

конституція не виконує місії верховенства, утворений на її основі правопорядок суперечить праву, а тому народ може скористатися своїм природним правом на опір. [111, с. 52-54] Посилання на «право на опір» не є достатнім поясненням в даному випадку. Проблема, яку вирішувала Верховна Рада носила більш глибокий характер.

Редакція Основного Закону, чинна до моменту голосування за законопроект у статті 112 передбачала, що у разі дострокового припинення повноважень Президента України, виконання обов'язків покладається на Прем'єр-міністра України. У свою чергу, стаття 114 Конституції визначала, що Прем'єр-міністр України призначається Президентом України за згодою більше ніж половини від конституційного складу Верховної Ради України. На момент розгляду законопроект в.о. прем'єр міністра України був Арбузов С.Г., і можливість його зміни більшістю Верховної Ради України, в силу того, що відповідне рішення приймав Президент, була неможливою.

Водночас, варто зазначити, що фактичне запровадження попередньої редакції Конституції України відбувалось не на підставі прийнятого та згаданого вище Закону, а на підставі постанов Верховної Ради України, до набуття чинності відповідним Законом. Так, постановою ВРУ від 22 лютого 2014 року № 750-VII [112] було визнано такими, що є чинними на території України положення Конституції України, прийнятої на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 1 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня 2013 року № 586-VII. Це було необхідно для того, щоб далі, 22.02.2014 року Верховна Рада України Постановою № 757-VII, встановила юридичний факт, що Президент України В. Янукович у неконституційний спосіб самоусунувся від здійснення конституційних повноважень, є таким, що не виконує свої обов'язки та призначити позачергові вибори Президента України на 25 травня 2014 року.

На той момент, на підставі постанови № 750-VII, - було відновлено Конституцію, у якій стаття 112 передбачала, що разі дострокового припинення повноважень Президента України, виконання обов'язків Президента України

покладається на Голову Верховної Ради України. А стаття 114 Конституції передбачала, що Прем'єр-міністр України призначається Верховною Радою України за поданням Президента України. Наступного дня постановою № 764-VII від 23.02.14, Верховна Рада України поклала на Турчинова О.В. виконання обов'язків Президента України.

Таким чином, формально покладання 23.02.2014 обов'язків Президента на Голову Верховної Ради України відбулось на підставі статті 112 Конституції України, яка, якщо послуговуватись порядком набуття чинності Законів, набула чинності лише 02.03.2014 року, оскільки за даними порталу Верховної Ради України, цей документ було повернуто з підписом Президента 01.03.2014, а підписав його в.о. Президента Турчинов О.В.

З точки зору положень статті 6 Конституції України, описані вище події явно не можна назвати бездоганними. Водночас, якщо послуговуватись термінологією Джорджо Агамбена, мала місце ізоляція «сили закону» від закону, за якої норма перебуває в дії, але не застосовується (не має «сили»), а з іншого — акти, які не мають значущості закону, знаходять у цьому стані «силу». [49, с. 113-114] Тобто, ми можемо констатувати, що формально-юридичний підхід був вторинним для фіксації факту зміненого правопорядку. Розрив у праві, порушення його безперервності було подолано «за рахунок якогось задовільного для правосвідомості народу правового процесу». [41, с.28-29]

Аналіз подій 2014 року, дає можливість стверджувати, що особливий правовий режим не запроваджувався. Однак, це не змінило факт існування в часі і просторі надзвичайних обставин, як складової дійсності, які змінили правопорядок в країні. Будь-який алгоритм дій, пов'язаний зі зміною Уряду, прийняттям та підписанням Законів, після покидання території України Януковичем В.Ф., не відповідав би статті 6 Конституції України. Його відсутність, при цьому, не підпадає під жодну із підстав дострокового припинення повноважень, а, відповідно, і можливості набуття повноважень виконувача обов'язків Прем'єр-Міністром України. Таким чином, зіткнення права і дійсності сформувало фактично вакуум у якому відносини, що виникли не були урегульовані.

Правопорядок як такий, в силу надзвичайної ситуації було втрачено. Відповідно всі подальші дії, знаходились поза межами правового регулювання, порядок здійснення якого для цієї ситуації був відсутній. Таким чином, з очевидного правового хаосу здійснювалось упорядкування нового правопорядку, з імітацією процедур близьких до законодавчих.

В таких випадках, «рішення позбавляються від будь-якої нормативної обмеженості і стають у власному сенсі слова абсолютними. Не існує норми, яка б могла бути застосована до хаосу. Мусить бути встановлений порядок, для того, щоб мав сенс правопорядок» [41, с.14-15]. У таких випадках, теоретично, можна говорити, що суб'єктом, який реалізував теорію суверенної диктатури виступив сам народ, реалізувавши своє право на перезаснування політичного тіла, як про це писав Руссо. Втім реальність полягає в тому, що народ не протестував проти такого способу приведення відносин влади та громадян до певного нового типу порядку, і в цих умовах юридична чистота, яку, як було встановлено вище, в короткі терміни дотримати було неможливо, набула другорядної ролі.

Революційні події, які встановили новий правопорядок були покликані повернути форму республіканського правління за якої визначальною була роль Парламенту при формуванні виконавчої гілки влади, тим самим вдовольняючи запит народу. Водночас, як зазначав Жорж Ведель, революція не та чарівна паличка, яка миттєво замінює старий лад новим, справедливим і демократичним, це «фаза», що триває певний час, під час якої головним завданням є протистояння внутрішньому і зовнішньому ворогам, під час якої необхідно знищити наслідки поваленого режиму. [4, с.197]

З автором можна погодитись щодо фактичного перебігу подій після революційних подій, водночас, характер і заходи, які вживаються в такому контексті, є перш за все питаннями політичними, а не правовими. Складність ситуації в якій опинилась Україна на той момент полягала в тому, що єдиним органом, який володів мандатом довіри, легальністю та легітимністю був саме Парламент, оскільки, як згадувалось вище, вибори Президента було призначено Постановою № 757-VII на 25 травня 2014 року. Конституція України у редакції на

момент подій 2014 року, передбачала, що вибори до Верховної Ради України (стаття 77) відбуваються в останню неділю жовтня п'ятого року повноважень Верховної Ради України, тобто чергові вибори повинні були відбутись в жовтні 2017 року.

В цей момент ми постаємо перед другим проблемним політичним питанням, з яким зіткнулась «революційна влада», а саме: враховувати обставини дійсності, які вимагають запровадження надзвичайного правового режиму і як наслідок відтермінувати Президентську електоральну кампанію, чи зберегти умовну «нову нормальність», заради обрання Глави держави.

Обставини дійсності полягають в тому, що збройна агресія РФ складалась з декількох етапів, перші три з яких припадають на період проведення виборів Президента: 1) окупація Криму (активна фаза 20 лютого — 18 березня 2014); 2) організація проросійських вуличних акцій (березень — середина квітня 2014); 3) диверсійна терористична діяльність (2-га половина квітня — червень 2014). [113]

У цей період не було запроваджено правового режиму надзвичайного стану, попри те, що існуючі факти відповідали тим загрозам національній безпеці, факторам раптовості та відсутності можливості за звичайних умов відвернути загрозу, які формально вимагали б такого рішення. Попри це політична оцінка дійсності в.о. Президента, відповідну ініціативу перед Парламентом не реалізувала. Однією з причин, за нашим припущенням, було бажання завершити упорядкування нового конституційного правопорядку, який було встановлено після Революційного надзвичайного стану, адже відповідно до ст. 21 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану», а також ст. 19 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», одна із гарантій забезпечення законності в таких умовах полягає у забороні проведення виборів.

Першим етапом упорядкування, відповідно до Постанови № 757-VII від 22.02.2014 року, було проведення позачергових виборів Президента України 25 травня 2014 року. Водночас, варто відзначити, що Постановою Верховної Ради України від 22 лютого 2014 року № 750-VII, якою встановлено новий конституційний правопорядок, одночасно було констатовано, що функціонуюча Верховна Рада України сьомого скликання, здійснює повноваження, до набуття

повноважень Верховною Радою України, обраною на чергових виборах в останню неділю жовтня 2017 року, що було важливою політичною гарантією для політичної структури Парламенту, яка за підсумками чергових виборів 2012 року, виглядала наступним чином [114] : Партія Регіонів отримала 185 мандатів, ВО «Батьківщина» 101, політична партія Удар — 40, Комуністична партія — 32, політична партія ВО Свобода — 37 мандатів.

Конституційна більшість, необхідна для функціонування парламенту досягала переважно у період з 2012 до лютого 2014 за рахунок голосів Партії Регіонів, Комуністичної партії а також депутатів обраних в одномандатних мажоритарних виборчих округах. 27 лютого 2014 року у Верховній раді було зафіксоване переформатування складу більшості та сформовано коаліцію депутатських фракцій і груп «Європейський вибір» у складі 250 народних депутатів, того ж дня Прем'єр міністром України обрано Яценюка А.П та відбулось формування Уряду. [115] Це парламентський стан став елементом політичного компромісу, який символізував відданість результатам волевиявлення народу України у 2012 році, єдність депутатів та народу у питаннях зміни політичної влади, а також гарантією наявності легально обраного органу представницької демократії, який підтримував акти революційної зміни конституційного укладу, а саме законопроект №4163 від 21.02.2014 «Про відновлення дії окремих положень Конституції України», Постанови про відсторонення Януковича В.Ф.. При цьому забезпечувалась безперервність легальної влади. 25 травня 2014 року відбулись позачергові вибори Президента України, на яких перемогу отримав Порошенко П.О. з результатом 54,7% голосів виборців. [116]

Таким чином, після обрання Президента, наявності коаліції, Уряду, Постанови ВРУ 22 лютого 2014 року № 750-VII, яка констатувала політичні зобов'язання щодо функціонування чинного складу Парламенту до 2017 року, питання політичної і правової фіксації революційних змін вбачалось вирішеними. Тим паче, що у цей період тривала збройна агресія РФ. Війна, як відомо, стимулює високу організацію, вимагає значного контролю над суспільством та потребує, пошук ресурсів та водночас при вмілому управлінні забезпечує більшу

згуртованість спільноти. [117 с.22-23, 27] Політичний вибір суб'єктів владних повноважень у цей час знаходився між двома фактичними надзвичайними станами, які існували попри формально-правову відсутність будь-якого. Революційний надзвичайний стан, як писав Ведель, вимагав знищення поваленого режиму, а військове вторгнення РФ, вимагало консолідованої протидії в рамках правового режиму воєнного стану. Власне, Монтеस्क'є зауважував, що коли республіці вдалось знищити тих, хто хотів її повалити, вона повинна поспішити покласти край помсті, покаранню і навіть нагородам. Втім, рекомендації французького філософа XVIII століття впливають із міркувань кращого результату, заснованого на аналізі досвіду, а його французького колеги XX століття із сприйняття дійсності, яка наштовхує на схожі рекомендації.

Результати президентських виборів, з огляду на показники інших кандидатів, демонстрували, що за умови проведення Парламентських у найкоротший термі можна сформувати іншу коаліцію депутатських фракцій, у якій домінуючими силами можуть виступити проекти політиків, який підтримав обраного Президента (адже на виборах президента друге місце зайняла лідерка Батьківщини Тимошенко Ю.В, отримавши 12, 8% , третє Ляшко О.В. — 8,32 %, та ще двоє кандидатів, які долали 5-ти відсотковий бар'єр Тігіпко С.Л. і Гриценко А.С. з 5,23 та 5,48 відповідно). Водночас ухвалення рішення про проведення виборів вимагало врахування і того факту, що при наявності тимчасово окупованих територій частина виборців залишать без можливості реалізувати активне виборче право, що змінило і електоральну мапу України, а з нею і інший розподіл місць в новому парламенті. Так, за даними Державної служби статистики чисельність постійного населення на території України на 2014 рік (на 1 січня) складало 45 245 900 осіб, а на 1 січня 2015 року, без урахування тимчасово-окупованих територій постійне населення становило 42 759 700 осіб, скоротившись на 2 486 200 осіб. У той же час, за даними Центральної виборчої комісії, до списків виборців під час чергових виборів до Верховної Ради України у 2012 році було внесено 36 213 010 особи, а на виборах 2014 року 30 921 218, тобто на 15% менше. Взяли участь у голосуванні у 2012 році 20 797 206, а у 2014 — 16 052 228, тобто на 23% менше. В даному контексті варто

відзначити, що 5% бар'єр проходження у Верховну Раду України потребував голосів 802 тисяч осіб, а партія, яка зайняла перше місце здобувши 22,4% голосів, що відповідало 3 488 114 голосів виборців.

Таким чином, політичне рішення, щодо реалізації можливості отримати контроль над законодавчою гілкою влади (у той період у Президента власної фракції в Парламенті не було), попри відсутності правових підстав, за наявності необхідності відсічі агресії та упорядкування пост-революційних хвилювань, взяли гору. 7 червня 2014 року Порошенко П.О. склав присягу Президента України. 24 липня 2014 року фракції «УДАР» та «Свобода» оголосили про вихід із коаліції, та зі слів народного депутата Ковальчука В.А. зробили це з прагматичною метою: «Сьогодні ми запускаємо конституційний механізм, який дозволить президенту розпустити Верховну Раду і призначити дострокові парламентські вибори».[118]

Указом Президента України №690/2014 від 27 серпня 2014 року було припинено достроково повноваження Верховної Ради України сьомого скликання та призначено позачергові вибори до Верховної Ради України на 26 жовтня 2014 року. За результатами яких, було обрано 423 нар. депутати, у т. ч. 198 — по мажоритарних виборчих округах. Разом з колегами, обраними по мажоритарних округах, до фракції Блоку Петра Порошенка «Солідарність» увійшло 132 депутати, Народного фронту — 82, Самопоміч — 33, Опозиційного блоку — 29, Радикальної партії — 22, Всеукраїнське об'єднання «Батьківщина» — 19 депутатів. 27 листопада 2014 на першому засіданні Верховної Ради 8-го скликання створили коаліцію «Європейська Україна», за рахунок фракції Блок Петра Порошенка, Народний фронт, Самопоміч, Радикальна партія та Батьківщина, до якої увійшло 302 депутати. [119]

В даному випадку суб'єкти владних повноважень обирали яких із надзвичайних станів має більший пріоритет та вплив з точки переслідуваних мотивів. Надзвичайний стан революційного типу став визначальним та, попри наявність загроз військового характеру, зберігав інерцію щодо укріплення становища революційної влади з виключення із політичного життя тих, кого ідентифікували як «опонентів», «чужий», «ворог». При цьому, шляхом проведення позачергових виборів було вирішено питання балансу влади.

З точки зору принципу поділу влади та системи стримувань і противаг, установлений в наслідок революції правопорядок, визначив Україну як республіку з переважною є роль Парламенту, який формує Уряд. Затверджує, відповідно до ст. 11 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», програму діяльності Кабміну, яка заснована на узгоджених політичних позиціях та програмних завданнях коаліції, а наслідком прийняття Парламентом резолюції недовіри, згідно ст. 87 Конституції України, стає відставка Уряду. Водночас, дострокові вибори до Верховної Ради України схилили шальки балансу на користь Президента, навіть за відсутності прямих повноважень з призначення Прем'єр Міністра України. Оскільки вибори Президента та Парламенту, які фактично відбуваються за 6 місяців одні від інших формують взаємну обумовленість результатів других, по відношенню до перших. За цих умов, Президент стає незворотнім учасником функціонування як законодавчої, так і виконавчої гілок влади, оскільки його політична сила має високі шанси стати елементом більшості, довкола якої, чи за участі якої, формуватиметься коаліція, а з нею і виконавча гілка влади. Така закономірність впливає з психологічних та поведінкових патернів виборців, які протягом року фактично знаходиться в режимі триваючої виборчої кампанії, та підтверджена практикою демократичних країн.

До прикладу IV Президент США Джеймс Медісон відзначав, що поряд із поділом повноважень за сферами, порядку обрання та вимог до кандидатів, важливим елементом системи стримувань та противаг, які дозволяли б постійно відчувати зв'язок законодавцям із проблемами та пристрастями громадян розглядали терміни повноважень та принципи формування палат Конгресу. укладачі Конституції США. [16, с.173-175]

Так, розділи 1, 2 статті 1 Конституції США встановлюють, що усі законодавчі повноваження належать Конгресові Сполучених Штатів, який складається з Сенату та Палати представників. Остання обирається кожних два роки. Щодо Сенату, то відповідно до XVII поправки до Конституції США, а також розділу 3 статті 1, він складається з двох сенаторів від кожного Штату, обраних його людом на 6 років, таким чином щоб кожні 2 роки перебиралась третина Сенату. У поєднанні з тим, що Президент США, відповідно до статті 2 Конституції США

обирається раз на 4 роки, це формує додатковий елемент стримувань через безпосередню демократію, за якої фактично кожні два роки можливе оцінювання виконавчої влади, шляхом віддання голосів за президентську партію чи за опонентів. Так, під час виборів президента США відбуваються вибори до палати представників, а також переобирається приблизно третина сенаторів. Після перших двох років повноважень Президента в США відбуваються так звані проміжні вибори за яких повністю переобирається нижня палата Конгресу та знову частина сенаторів. Навіть у випадку, якщо, як у 2024 році сформована «трифекта», тобто представники однієї політичної партії отримали більшість в обох палатах Конгресу та пост Президента, за два роки виборці зможуть повністю переобрати нижню палату та на третину верхньої, тим самим змінивши баланс сил. А враховуючи те, що «доступ до кишені народу» має законодавча гілка влади, нижня палата чи Сенат матимуть можливість блокувати абсолютистські ініціативи виконавчої гілки. Водночас особливістю США, фактично є двопартійність, яка дозволяє цьому механізму бути функціональним.

Як приклад багатопартійної системи, в якій владний баланс залежить від термінів проведення виборів можна розглянути Французьку республіку. Статті 6,8 Конституції Франції встановлюють, що Президент Республіки обирається строком на п'ять років. Президент призначає та припиняє повноваження Прем'єр міністра та на пропозицію останнього призначає інших членів Уряду і припиняє їх повноваження. Така конструкція утвердилась після проведеного у 2000 році референдуму, за результатами якого термін повноважень президента було скорочено з семи до п'яти років, а вибори його та Національних зборів проводились в один рік та з проміжком в межах місяця. Так, другий тур виборів президента Франції 2002 року відбувся 5 травня, за їх результатами Жак Ширак, який представляв політичну партію «Об'єднання на підтримку республіки» здобув перемогу. Водночас об'єднаний довкола його фігури Союз за народний рух, на виборах до національних зборів, другий тур яких відбувся 16 червня 2002 року, здобули 357 із 577 місць. У наступних вибори 2007 року переміг Ніколя Саркозі, а проведений 17 червня 2007 року вибори до Національних зборів, дали його Союзу за народний рух 313

мандатів. На виборах президента 6 травня 2012 року переміг Франсуа Олланд, а на Парламентських його партія здобула 280 місць, за участі інших партій сформувавши Президентську більшість в 331 мандат. У 2017 році перемогу здобуває представник партії Вперед Республіко Емануель Макрон, а його партія 18 червня здобуває 308 мандатів. 24 квітня 2022 року Макрон обирається на другий термін, а блок «Разом», до складу якого входила президентська партія, на виборах 19 червня 2022 року зайняли перше місце та здобуває 245 місць.

Таким чином, строки проведення виборів та терміни повноважень, як демонструє досвід Франції, є невинновими, дозволяючи забезпечити значну представленість в Національних зборах політичної сили президента. На підтвердження цьому свідчать і сучасний політико-правовий розлад у Франції. У 2024 році Президент Макрон, розпустив Національні збори та призначив дострокові вибори, другий тур яких відбувся 7 липня 2024 року. Проведення дострокових виборів до французького парламенту занурили республіку в період невизначеності та хиткості, оскільки перше місце здобув союз лівих сил «Новий народний фронт» у кількості 180 депутатів, їх представника— Люсі Кастерс, президент відмовився призначати Прем'єр міністром. Пропрезидентський блок здобув лише 159 мандатів та не мав можливості формувати більшість. У цій ситуації за рік у Франції змінилось вже три прем'єр-міністри. Першим двом, відповідно до статей 49, 50 Конституції Французької республіки, Національні збори виражали недовіру Уряду, шляхом прийняття резолюції осуду. Запроваджена у Франції форма державного правління, що в науці визначають як змішану республіканську, або ж напівпрезидентську, сконструйована таким чином, що владні можливості і власний розсуд Президента залежать від ступеня його підтримки у Парламенті (від наявності так званої президентської більшості) і від суспільного авторитету особи, що обіймає посаду Президента, який вимушений враховувати розстановку партійних-політичних сил у нижній палаті Парламенту, перед якою Уряд несе політичну відповідальність. [120, с.9-10]

В умовах надзвичайних обставин, якими безперечно можна вважати анексію території країни та окупацію інших її частин, пріоритет складають питання

національної безпеки, які вимагають тієї системи організації суспільства, яка дозволяє використовувати ресурси та здійснювати підготовку, у першу чергу, для досягнення статусу, який існував до виникнення таких обставин, посиленню стану єдності та рівня організації функціонування державних інституцій. Водночас, попри наявність достатніх підстав для запровадження відповідного особливого режиму не відбулось.

Причини цьому ми пропонуємо розглядати з точки зору мотивів революційного надзвичайного стану, який залишався пріоритетним для визначення кроків направлених на установавання нового порядку. Гарантії забезпечення законності, за умови запровадження надзвичайних правових режимів в силу збройної агресії РФ, у частині заборони на проведення виборів, стали б нездоланими для досягнення революційної мети установавання нового суверенного порядку. На рівні взаємовідносин Президент, Парламент, Уряд, з точки зору, визначення нової амплітуди виборів, українська республіка, за аналогією з Францією до 2000-2024 років здобула безпосередню залежність законодавчої та виконавчої гілок влади від Президента. Вже за 5 років, задачу ще більше скоротити дистанцію між виборами Глави держави та Парламентом успішно реалізував 6-й Президент України. Указом «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» від 21 травня 2019 року № 303.

Результат кандидата Зеленського В.О. у другому турі виборів над Порошенком П.О., з перевагою у понад 48 % голосів виборців, з точки зору легітимності, дозволили приймати рішення на межі політичної та правової доцільності, послуговуючись рівнем народної довіри. Деякі ЗМІ результати виборів іменували «електоральною революцією». В даному випадку неможливо чимось іншим, ніж політичними мотивами обумовленими небаченою до цього часу підтримкою, обґрунтувати причини проведення позачергових виборів до Верховної Ради України за три місяці до запланованого конституційного строку, Водночас, перевіряючи конституційність Указу КСУ не зміг встановити юридичний факт відсутності коаліції депутатських фракцій, як підстави, передбаченої п.1 ч.2 ст. 90 Конституції, однак Указ визнав конституційним. [121, с.527] За результатами

Виборів до Верховної Ради України [122], по загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі політична партія Слуга Народу отримала 124 депутатських мандати, а з урахуванням одномандатних виборчих округів кількість народних депутатів цієї партії обраних склала історичний рекорд 254 народних депутати, що дозволило самостійно формувати Уряд та інші органи державної влади, без необхідності пошуку порозуміння.

Таким чином, сучасна історія України, з точки зору теорії надзвичайного стану, у 2014 році зіштовхнулася із суверенною диктатурою революційного характеру, яка сформувала новий конституційний порядок. Це був фактичний надзвичайний стан, за якого упорядкування нового конституційного ладу відбулось шляхом ізоляції правових, чинних на той час, норм, водночас отримало легітимність за рахунок народного схвалення. У цей же період Україна зіштовхнулася із зовнішньою загрозою, яка відобразилась у збройній агресії РФ та призвела до анексії АР Крим та окупації окремих районів Луганської та Донецької областей. Якщо перший надзвичайний стан не вимагав вжиття правових заходів протидії, оскільки відповідав прагненням соціуму, то у випадку з другим, загроза повністю відповідала критеріям для використання норм Закону України «Про правовий режим воєнного стану», які унеможливили б проведення виборів Президента України.

Таким чином політичні владні суб'єкти вимушені були обирати пріоритетну для них ціль у конкретний момент часу. Як зазначив 16 березня 2018 року Президент України Порошенко П.О.: «Де-факто, це була і є справжня війна, хоч і діяв правовий режим під умовною назвою Антитерористична операція. Юридичної форми АТО їй надали, бо саме такий підхід дозволив мінімізувати вплив на суспільство, забезпечити міжнародну легітимність влади шляхом проведення президентських, парламентських і місцевих виборів». [123]

Таким чином, за 4 роки після моменту вибору, який було зроблено революційною владою, було публічно повідомлено, що пріоритет полягав у впорядкуванні революційного надзвичайного стану. Водночас, сам момент заснування нового правопорядку як спосіб подолання розриву у праві, не

обмежується вигнання того, хто свавільно правив. Після обрання Президента, наявності коаліції, Уряду, Постанови ВРУ 22 лютого 2014 року № 750-VII, яка констатувала політичні зобов'язання щодо функціонування чинного складу Парламенту до 2017 року, Однак, після оприлюднення результатів, політичних домовленостей минулого доцільності дотримуватись більше не було. Консолідоване рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України сьомого скликання, закріпило новий період проведення виборів Президента та Парламенту в Україні, які знову обумовили баланс влади на користь Президента, який, за високої вірогідності збереження такого порядку обрання та термінів повноважень, матиме значний вплив і на функціонування законодавчої влади і на виконавчу гілку, а як наслідок і на судову, оскільки саме Парламент встановлює законодавчі правила функціонування судів. У той же час, дуалізм надзвичайних станів починаючи з 2014 року багато в чому визначив майбутні внутрішні правові та політичні процеси, які відповідали революційному прагненню очищення, покарання ворогів, обґрунтовуючи цю необхідність постійною зовнішньою загрозою. Це, у свою чергу, концентрувало владу в межах однієї еліти, з іншої сторони підривало республіканські засади єдності, посягало на власність та порушувало демократичний принцип рівності.

### 3.2 СИСТЕМА СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ГРОМАДЯН У ПОСТРЕВОЛЮЦІЙНИЙ ПЕРІОД

Фактичний революційний надзвичайний стан, такий як у 2014 році мав місце в Україні, на відміну від загроз зовнішнього воєнного характеру, чи катастроф викликаних стихійними явищами природного чи техногенного характеру, має особливість, яка полягає в тому, що загроза ідентифікується всередині країни, серед учасників соціуму. Відповідно, застосування механізмів відступу та обмеження щодо «інших», в такому випадку, є заходами, що застосовуються щодо співгромадян. За таких умов ті, хто приймають рішення про застосування обмежувальних заходів, зобов'язані враховувати, що демократична республіка,

правопорядок якої вони прагнуть встановити, засновується на принципах верховенства права, рівності, співмірності та пропорційності, для того, щоб інші учасники соціуму, не розглядали надзвичайні інструменти як прояв сваволі. Якщо ми говоримо про законодавчі заходи, то така роль відводиться Парламенту та, на стадії підписання закону, у випадку України, Президенту, який володіє правом вето. Більше того, міжнародні стандарти, також наполягають на мінімальних гарантіях – періодичному перегляді законодавчих заходів, недопущення використання таких заходів для вирішення політичних внутрішніх питань, дотриманні принципу виваженості, недопустимості надмірного розширення категорії «очевидних ворогів», чому повинен сприяти конституційний та судовий контроль, реагуючи вчасно та відповідно конституційних засад правосуддя. Як вже зазначалось, роль судової влади постає ключовою в ті моменти, коли законодавча і виконавча влада, а також глава держави реалізують спільний намір, не перешкоджаючи та не стримуючи власну взаємодію.

Прикладом того, як система стримувань і противаг при функціональному поділі влади проявляє свою неефективність в умовах революційного надзвичайного стану по відношенню до обмежувальних заходів, які застосовуються до тих кого ідентифікують «ворогами» можна прослідкувати на прикладі законопроєкту №4359а «Про очищення влади» [124], зареєстрованого 24 липня 2014 року. Спрямування зусиль щодо прийняття документу за будь-яку ціну вбачається з перебігу голосування.

Спікер Олександр Турчинов ультимативно звертався до депутатів: «Не вийдемо з зали, поки не проголосуємо, закрийте двері». Документ двічі не приймався в другому читанні та вцілому, після цього двічі ставилось питання про повернення до його розгляду та теж не знаходило підтримки 226 голосів, однак не знімався з розгляду до того часу доки 231 депутат проголосував «за». Метою запровадження обмежень визначалось (стаття 1) недопущення до управління державними справами осіб (через рішення суду, чи на підставі закону, крім виборних посад), чії рішення, дії або бездіяльність сприяли узурпації влади

Президентом В. Януковичем, підривали основи національної безпеки й оборони або призвели до протиправного порушення прав і свобод людини.

Категорії осіб, до яких застосовувались обмеження визначені за періодами перебування на посадах: (а) не менше одного року у період з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року (далі - однорічний період) або (б) у будь-який період часу з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року (далі - період «Євромайдану»). Та за посадами, які обіймали у цей час посади керівників, заступників керівників самостійних структурних підрозділів центральних або обласних правоохоронних органів; голів та заступників голів обласної державної адміністрації, голови районної державної адміністрації; членів Вищої ради юстиції, членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови ДСА України та заступників; Президента України, Прем'єр-міністра України, членів Уряду та керівників центральних органів виконавчої влади; Секретаря РНБОУ, глави Адміністрації Президента; начальників штабів ЗСУ та їхніх заступників; членів незалежних національних комісій; керівників державних підприємств. Таким особам, до 16 жовтня 2024 року (10 років), заборонялось обіймати позиції посадових і службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування або керівників державних підприємств.

Зазначене дозволило вивільнити всі керівні посади в межах системи державного управління, створивши можливість перерозподілу ключових сфер впливу, для нової політичної більшості.

Для інших категорій підставою застосування обмежень (тривалістю п'ять років) встановлювались рішенням суду, з огляду на особисті дії державного службовця. Серед них зокрема: працівники правоохоронних органів, прокурори та судді, які брали участь у провадженнях щодо протестувальників «Євромайдану»; колишніх високопосадовці КППС або її філії в Українській РСР); будь-які посадові та службові особи, які (а) співпрацювали із спецслужбами інших держав; (б) підривали основи національної безпеки, оборони чи територіальної цілісності України; (с) закликали публічно до порушення територіальної цілісності та суверенітету України; (d) розпалювали міжнаціональну ворожнечу; або (e) призвели

до порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду з прав людини — п'ятирічна заборона та інші.

За даними міністерства юстиції України, станом на літо 2023 року люстрацією було охоплено понад 492 000 осіб, саме щодо такої кількості осіб було зареєстровано повідомлення про початок проходження перевірок. Водночас, за період з 16 жовтня 2014 року до 21 червня 2023 року, було вилучено записи щодо 466 осіб на підставі рішень суду. [125]

Закон «Про очищення влади» став засобом люстрації, необхідним в умовах революційного надзвичайного стану направлено проти тих, кого ідентифікували як внутрішніх ворогів. Водночас, обираючи засіб, демократичній країні варто враховувати, що історія людських політико-правових вчинків не є унікальною, тому попри те, що проведення таких заходів, дійсно допускаються на рівні європейських демократичних країн, водночас існує певний перелік рекомендацій, який покликаний убезпечити настання негативних наслідків, з якими зіштовхувались історично інші країни, для того, щоб в боротьбі за демократію країна не уподобилась тим, кого намагається викоринити.

27 червня 1996 року, Парламентська Асамблея Ради Європи затвердила Резолюцією 1096 [126] керівні рекомендації для забезпечення відповідності законів про люстрацію та аналогічних адміністративних заходів вимогам держави, заснованої на принципі верховенства права.

Документ, узгоджений, у тому числі Україною, у п.74 вказує, що демократична держава повинна, демонтуючи спадщину колишніх комуністичних тоталітарних систем, застосовувати процесуальні засоби, засновані на верховенстві права. Вона не може застосувати жодних інших засобів, оскільки тоді вона буде не кращою за попередній тоталітарний режим, який має бути демонтований. При цьому, демократична Rechtsstaat (правова держава) не може і не повинен задовольняти бажання помститися, замість справедливості, повинна поважати права людини та основні свободи, такі як право на належний судовий процес і право бути почутим. У п.46 зазначається, що метою люстрації є не покарання людей, а захист новонародженої демократії, а демонтажу комуністичних структур повинен

відбуватись таким чином, щоб уникнути розколу суспільства, який у свою чергу можливий, якщо колишня політична еліта матиме підстави побоюватися помсти чи неприйняття з боку нового суспільства (п.9). Попри те, що Резолюція 1096 є спеціалізованою, тобто у ядрі рекомендацій знаходяться прецеденти щодо очищення від комуністичного минулого, то сам механізм та принципи його застосування з точки зору цінностей для організації життя в країні, є універсальними. Саме тому сумісність люстрації з демократичною правовою державою допускається за умови дотримання кількох критеріїв (п.12,30): по-перше, провина, яка є індивідуальною, а не колективною, має бути доведена у кожному окремому випадку; по-друге, повинні гарантуватися право на захист, презумпція невинуватості, і право на судовий перегляд ухваленого рішення. До інших принципів віднесено: люстрацію має здійснювати спеціально створена незалежна комісія з видатних громадян, призначена главою держави та затверджена парламентом; люстрацію слід обмежувати посадами, на яких є вагомі підстави вважати, що суб'єкт може становити значну небезпеку для прав людини чи демократії; люстрація не поширюється на виборні посади; дискваліфікація на посаді на підставі люстрації не повинна тривати довше п'яти років, оскільки не можна недооцінювати здатність до позитивних змін у ставленні та звичках особи, тощо. З точки зору критеріїв визначених законом «Про очищення влади», важливими є ще два обов'язкових критерії, які повинні дотримуватись. Перший — жодна особа не може бути піддана люстрації виключно через асоціацію з будь-якою організацією або діяльністю для будь-якої організації, яка була легальною на час такої асоціації чи діяльності, або через особисті думки чи переконання. Друга — у жодному разі особа не може бути люстрована, якщо їй не буде надано повний належний процесуальний захист, включаючи, але не обмежуючись правом на захисника, на надання та оскарження доказів, використаних проти неї, на доступ до всіх наявних обвинувальних і виправдувальних доказів, надавати власні докази, мати відкрите слухання, якщо він цього вимагає, і право подати апеляцію до незалежного судового суду.

Свої висновки щодо закону «Про очищення влади» у 2014 році надавала Венеціанська комісія. [127]

Нею констатовано (п.22), що Закони про люстрацію завжди є сумішшю правового акту й політичного документу. Необхідно знайти належний баланс між цими двома елементами. Щодо обраного люстраційного періоду, Комісія зазначає (пунктах 33-34), що Янукович переміг у лютому 2010 року на виборах, які відповідали міжнародним стандартам однак не отримав повну політичну, ідеологічну та економічну монополію по всій країні. На той момент, реалізовувались за рекомендаціями ГРЕКО заходи, спрямовані на боротьбу з корупцією, нове законодавство щодо боротьби з корупцією, вже було ухвалено. Крім цього, нагадали, що Україна є державою-членом Ради Європи з 1995 року і як така пройшла моніторинг на предмет своєї демократичності та відповідності європейським стандартам. А тому, — «звернутися до широкомасштабних заходів люстрації щодо цього конкретного періоду означатиме поставити під сумнів фактичне функціонування правової та нормативно-правової бази України як демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права». У пункті 31 висновку констатується, що злочини, вчинені представниками влади, є предметом кримінального переслідування, а кожна демократична держава може зажадати мінімальної лояльності від своїх службовців і може звільнити їх з посад іншим чином, не вдаючись до спеціального інструменту люстрації, яка має бути інструментом останньої інстанції. Крім цього, було розкритиковано широке визначення посад, які підлягають очищенню, не обґрунтовані законодавчими органами, як такі, що становлять значну небезпеку для прав людини і демократії. Аналогічні критичні судження висловлено щодо туманних і неясних таких як «сприяла узурпації влади ... Віктором Януковичем». Вказано що закон не відповідає принципу індивідуальної (не колективної) відповідальності, адже форми колективного та дискримінаційного покарання, несумісні з нормами в галузі прав людини. Окремим проблемним положенням Закону Венеціанська комісія визначила процедуру публікації імен осіб до ухвалення рішення суду, що має негативний вплив для репутації особи.

Тобто, очищення як таке, є допустимим засобом, водночас не є свавільним. Побудова демократичного суспільства напротивагу поваленому, має демонструвати

високі стандарти поваги до принципу верховенства права, що у свою чергу повинне було знайти відображення в тексті Закону «Про очищення влади», або ж бути виправленим на рівні перевірки на предмет конституційності, чи судовою гілкою влади при розгляді конкретних справ. Тим не менше через 6 років після набуття чинності Законом «Про очищення влади» Європейським суд з прав людини було винесено остаточне рішення у справі «Полях та інші проти України» [128], заява № 58812/15. Одного із позивачів було люстровано за критерієм, що апелювало до комуністичного минулого. Суд, задовольняючи позов зазначив, що люстраційні заходи були застосовані через більше ніж двадцять три роки після переходу України від тоталітарного комунізму до демократії та були спрямовані на колишню посадову особу Комуністичної партії Української РСР за відсутності будь-яких вказівок на те, що його діяльність була пов'язана з якими-небудь порушеннями прав людини. Крім того, до порушень було віднесено те, що відомості про застосування до заявників заходів було одразу оприлюднено, ще до того, як було розглянуто їхні позови; Закон не вимагав будь-якого доведення індивідуальної вини, що у сукупності ймовірно було тісно пов'язано із соціальною та професійною стигматизацією. Не було наведено жодного серйозного аргументу, що заявник, посадова особа органу місцевого самоврядування, яка працювала у сфері сільського господарства, могла потенційно становити загрозу новоствореному демократичному режиму. Національні органи влади продемонстрували повне нехтування його правами.

Фактично всі обставини, які у 2014-му році вказувались Комісією та були відомі з Резолюції ПАРЄ 1096, у подальшому використовувались ЄСПЛ для винесення рішень проти України. У згаданій вище справі «Полях та інші проти України». Їх не дотримання має наслідком формування сприйняття демократичної держави як такої, яка порушує права своїх же громадян, зловживаючи наданими правовими можливостями.

В аспекті досліджуваної теми, ми повинні визначити, чи спрацювали механізми стримувань, закладені в основу принципу поділу влади, в умовах застосування обмежувальних заходів, що виникли у наслідок революційного надзвичайного стану. За умов коли законодавча влада та виконавча діють як одне

ціле, в питаннях які стосуються правозастосування визначальну роль відіграють суди. Водночас при такій кількості справ, з огляду на кількість осіб яких торкнувся закон, а також резонансу і уваги зі сторони міжнародних консультативних органів, відповідний закон міг бути розглянутим у Конституційному Суді.

47 народних депутатів України 20 січня 2015 року звернулись до КСУ з клопотанням визнати неконституційними окремих положень Закону. 23 березня 2015 року до КСУ надійшло конституційне подання Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону. Ухвалою від 31 березня 2015 року Перша колегія суддів Конституційного Суду України відкрила конституційне провадження у справі. 22 березня 2016 року Конституційний Суд України перейшов до закритої частини пленарного засідання для прийняття рішення у справі. [129] Станом на 2025 рік, тобто через більше ніж 10 років після прийняття, набрання чинності та запровадження Закону, висновків, на предмет його відповідності Конституції Судом не ухвалено.

Таким чином, національна система стримувань і противаг, попри наявні правові підстави, наявність суспільної необхідності, усвідомлення важливості цього питання, як для громадян, так і для міжнародної репутації, самоусунулася від прийняття рішення, тим самим зайнявши одну позицію із іншими гілками влади. Поруч із шкодою, яка у таких випадках безпосередньо відносинам держави-особи, довгострокові наслідки полягають у тому, що такий захід контролю не розглядається як ефективний для інших гілок влади, а застосований одного разу механізм, може бути застосований і вдруге. Наприклад, 11 липня 2019 році шостий Президент України Володимир Зеленський, повідомив що за підсумками спілкуюся з чиновниками різних рівнів зрозумів, що найменше, що можна зробити зараз, – назавжди позбавити їх усіх можливості брати участь в управлінні державою. [130] Того ж дня команда Президента напрацювала законопроект про посилення люстрації, за рахунок осіб, які у період з 23 лютого 2014-го до 19 травня 2019 року обіймали певні посади, в тому числі і ті, які займають за результатами виборів, зокрема Президента, Голови Верховної Ради, народних депутатів та було зареєстровано відповідний Проект Закону. [131] 12 липня 2019 року щодо цієї

ініціативи критично висловились послы країн G7, зазначивши, що: «Виборчі зміни і політична ротація є нормою в демократичних країнах, на відміну від невибіркового накладання заборон на всіх учасників виконавчого та законодавчого процесів управління». [132] 29 серпня 2019 року законопроект було відкликано.

З урахуванням того, що революція є надзвичайними станами за природою правових зв'язків та наслідків, ті, хто покликаний відновлювати порядок, а за ним і правопорядок, завжди мають вибір. Він складний, з однієї сторони спокуса політичного характеру, вилучити із політичного та державного життя всіх, хто асоціюється з минулим, такі дії можуть навіть емоційно бути схвальними, при інформаційному супроводі, який покладатиме вину за все на визначених ворогів минулого. Другий шлях, оцінка майбутнього ефекту від тотального очищення, як з точки зору єдності, так і з точки зору більш практичних аспектів: структури економіки та наслідків від перерозподілу власності; можливостей уряду виконати свої зобов'язання за відсутності чи зниження рівня сплати податків; системи державного управління, яка за відсутності кадрів в середній ланці та нижній, знизить свою ефективність; навантаження на судову систему та в подальшому на бюджет у випадку, якщо рішення про звільнення чи обмеження будуть визнані незаконними. Людський капітал не виробляється, його не можна імпортувати, так само як і не можливо в умовах демократичної країни ліквідувати довгостроковий ефект з урахуванням викликів після надзвичайного стану, може обернутись проти ініціаторів, що потребує врахування, виваженості та співмірності для системи органів державної влади, яка формує і відповідає за відновлення правопорядку.

Невибіркові масові люстрації ризикують перетворитися на політичний інструмент, бо життя під тоталітаризмом відбувалося під «завісою моральної неоднозначності». [108, с.747-751, 912] Порівняння проведені Тоні Джадтом, показують різні підходи і наслідки: Німеччина обрала індивідуалізоване, процедурно захищене відкриття архівів, через особисте звернення щодо доступу до власної справи (модель Гаука) й деполітизацію використання даних, які фактично не використовувались в політичній боротьбі. Польща — періодичну політизацію обвинувачень у «співпраці» зі спецслужбами, в тому числі Л. Валенси, попри

заклики «підвести ризику» і уникнути ретроспективної помсти. Латвія — обмежені часові заборони для экс-співробітників КДБ, однак з умовою публічності за умови висунення на посаду. Чехія — «ефект надмірної прозорості» (витоки списків, медіатизація) і довготривалий «післямак» цинізму за невеликої фактичної кількості дискваліфікацій.

Ефективна політика очищення має бути вузько націленою, індивідуалізованою, із сильними процесуальними гарантіями та захистом приватності — щоб не стати інструментом швидкої зміни еліт, а справді забезпечити цілі, які полягають у вибудовуванні демократії на інших відмінних і якісних засадах верховенства права. Водночас, національна система стримувань і противаг, попри наявні правові підстави, наявність суспільної необхідності, усвідомлення важливості цього питання, як для громадян, так і для міжнародної репутації, виступила єдиним цілим у прагненні здійснити колективне обмеження прав, забуваючи про своє завдання згідно функціонального поділу влади. Найгірше, серед іншого, це укорінення недовіри громадян до сприйняття спроможності самостійної судової влади стати тим засобом захисту, яким вона покликана бути. В той же час, самоусунулася Конституційного Суду України від вирішення питання, стало проявом інституційної слабкості, безвідповідальності та зайняття комфортної позиції, в певний політичний період.

Досвід революційного надзвичайного стану 2014 року в Україні демонструє специфіку «внутрішньої кризи». У цей час, суб'єктами щодо яких було застосовано обмежувальні заходи стали співгромадяни. Легальні критерії тимчасового звуження прав в демократичній країні, яка визнає принцип верховенства права, повинен оператись на принципи індивідуальної відповідальності, пропорційності, необхідності, рівності перед законом і процесуальних гарантій. Будь-який зсув акценту у бік колективної стигматизації або «автоматичних» заборон перетворює надзвичайні заходи з механізму захисту демократії на джерело делегітимації самої демократичної влади.

Закону «Про очищення влади» є показовим з двох причин. По-перше, цільова мотивація (захист новонародженої демократії) була зрозумілою та визнаною

міжнародними стандартами як потенційно виправдана. По-друге, вибраний нормативний дизайн (надто широкі часові та посадові критерії, презумпція «колективної» причетності, публічність списків до судового перегляду, довгі строки заборон) відхилився від ключових європейських орієнтирів. Саме ця невідповідність і була надалі перевірена зовнішнім судовим контролем (ЄСПЛ), що засвідчило: інструментально правильна мета не легітимуює матеріально і процесуально хибні засоби.

Принцип поділу влади в цьому контексті виявив функціональний збій. Законодавча і виконавча влада, володіючи «спільним наміром» та можливістю, забезпечили прийняття закону. В той же час, судова влада будучи останнім редутом для індивідуального захисту та справедливості, шляхом затяжної бездіяльності сформували дефіцит інституційної відповідальності всередині країни, який не можна назвати компенсованим рішеннями міжнародних судів уже *ex post*. Така динаміка не лише поглибила правову невизначеність для тисяч осіб, а й підточила довіру до здатності національної системи стримувань і противаг самостійно коригувати надмірності у сфері прав людини під час кризи.

Наслідки революційного надзвичайного стану повинні були підвищити планку правових стандартів, однак механізми, покликані відсіяти реальні загрози, перетворились на інструменти ротації еліт і масової стигматизації, а як наслідок довгострокову ерозію суспільної єдності.

### 3.3 ПАРЛАМЕНТСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ЯК ПРАКТИЧНИЙ ЗАПОБІЖНИК ПРИ ЗАПРОВАДЖЕННІ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ: РЕСПУБЛІКА КОРЕЯ, УКРАЇНА, США

В попередніх розділах нами було досліджено витoki легітимності та легальності надзвичайного стану як інструменту конституційної демократії, які можна звести до сукупності матеріальних і процедурних критеріїв. До матеріальних критеріїв віднесено: (1) існування реальної і безпосередньої загрози «життю нації»; (2) необхідність та достатність — наявний для звичних часів інструментарій не

здатен впоратись із загрозою, відповідно надзвичайні заходи застосовуються виключно в межах необхідних для відвернення загрози; (3) пропорційність — інтенсивність обмежень співмірна масштабові небезпеки; (4) тимчасовість — чіткий часовий горизонт і вбудована реверсивність; (5) недискримінаційність та узгодженість з іншими зобов'язаннями держави. Процедурні критерії включають: (1) офіційне оголошення та належне повідомлення; (2) парламентський мандат/ратифікацію, чи нагляд і право скасування; (3) судовий контроль і доступ громадян до ефективних засобів захисту; (4) публічну підзвітність.

На стадії запровадження надзвичайного стану, одна з ключових позицій належить процедурі ратифікації/надання згоди Парламентом, чи відповідно можливість перегляду рішення. На цьому етапі є можливість відмежувати необхідне від зручного, а надзвичайний режим — від політичної інструменталізації. Парламентський контроль та рішення про надання згоди на запровадження, пролонгацію є тими елементами системи стримувань і противаг в умовах надзвичайних станів, які забезпечують соціум від конверсії у постійне безправ'я. Не випадково О. Гросс попереджає: коли надзвичайна логіка закріплюється, вона самовідтворюється — посадовці, “сп'янілі” повноваженнями, апелюють до “тривалості” або “нових горизонтів загрози” і таким чином увічнюють кризовий менталітет. [39, с.1117] Дійсно, теорія та історія права і держави застерігають від намагань утримувати надзвичайний стан протягом тривалого часу, використовувати його для досягнення цілей відмінних ніж відвернення загрози, не послуговуватись партикулярними інтересами, в силу того, що завдаються незворотні шкода та руйнування засад організації соціального життя, однак зручність управління, прийняття рішень та інші мотиви, попри такі перестороги змушують ігнорувати. Як тільки верховенство права перестає сприйматись як непорушний принцип, порушення закону державцями, це може призвести до аналогічної поведінки приватних осіб, що ризикує увінчатись атмосфери беззаконня. Попри те, що такі зловживання в аспекті надзвичайних станів зазвичай мають місце в період його існування, однак сучасна історія знає приклади коли схожого характеру спроби були

вчасно стримані Парламентами в рамках конституційних механізмів контролю та надання згоди.

До прикладу, 3 грудня 2024 року Президент Республіки Корея звернувся до народу із посланням про оголошення воєнного стану, обґрунтовуючи його тим, що Національна асамблея паралізує роботу судової системи, залякує суддів та висуває імпічмент прокурорам та іншим чиновникам (за його словами законодавці ініціювали імпічмент щодо 22-х осіб з моменту створення уряду); під час ухвалення національного бюджету урізали всі ключові статті, які стосуються забезпечення функцій держави, боротьби з наркотиками, громадської безпеки, що на його думку підриває основні функції держави, перетворюючи Республіку на «наркотичний рай». Як наслідок, метою запровадження воєнного стану визначив: «знищення безсовісних пропівнічнокорейських антидержавних елементів, які позбавляють наш народ свободи й щастя, а також для захисту порядку свободи й Конституції». [133]

Конституція Республіки Корея (ст. 66–67, 76) [134], у випадку введення надзвичайного стану (викликаного внутрішніх заворушень, зовнішньої загрози, стихійного лиха або серйозної фінансової, економічної криз, воєнних дій) делегує Президентові повноваження видавати накази, які мають силу закону, вживати необхідних фінансових та економічних заходів, коли це необхідно для вжиття термінових заходів і немає часу на скликання Національних асамблеї. Водночас Президент зобов'язаний без затримки інформувати про це Парламент та отримати схвалення, за його відсутності ці заходи або накази втрачають свою силу негайно. [135]

На момент оголошення воєнного стану Президент та водночас глава Уряду Юн Сок Йоль, обраний навесні 2022 року, не мав підтримки більшості в законодавчій гілці влади. Проблема, яку він намагався вирішити носила внутрішньо-політичний міжінституційний характер, а не надзвичайний. В даному випадку, запобіжником від зловживання став процедурний елемент системи стримувань і противаг, передбачений у ст. 77, який вимагав від Президента негайно повідомити Національну асамблею, яка може ухвалити запит про скасування воєнного стану за одночасної згоди більшості від загальної кількості її членів, а Президент

зобов'язаний виконати цю вимогу. Власне, це і було зроблено, з подальшим повідомленням Президентів про підозру у державній зраді.

Більш складний приклад щодо ролі Парламенту як інституційного захисника в системі поділу владу від використання надзвичайного стану не за призначенням можна простежити на прикладі вітчизняних подій України кінця 2018 року.

Попри триваючу з 2014 року російську агресію в Україні, правовий режим воєнного стану вперше було застосовано лише в 2018 році на території 10 областей та внутрішніх водах України Азово-Керченської акваторії з 24 години 00 хвилин 28 листопада 2018 року і до 14 години 00 хвилин 26 грудня 2018 року. Водночас, перебіг подій пов'язаний із прийняттям вказаного рішення свідчить про те, що його істинні мотиви знаходились за межами матеріальних критеріїв, які легітимують запровадження надзвичайного стану.

Хронологію подій у своїй статті доволі вичерпно відобразив Олександр Марусяк. [136] Після акту агресії прикордонних кораблів Російської Федерації у Керченській протоці проти кораблів ВМС України (25 листопада 2018 року), у ніч на 26 листопада 2018 року була оприлюднена інформація про засідання Ради національної безпеки і оборони України, на якому було ухвалене рішення «Щодо надзвичайних заходів із забезпечення державного суверенітету і незалежності України та введення воєнного стану в Україні». [137] РНБО запропонувала Президентів України ввести воєнний стан в Україні строком на 60 діб з 14 години 00 хвилин 26 листопада 2018 року і до 14 години 00 хвилин 25 січня 2019 року. Президент України затвердив відповідне рішення РНБО Указом № 390/2018, що означало б неможливість призначення виборів Президента України (які попередньо мали б відбутися 31 березня 2019 року) [136, с.85] та відтермінування початку виборчого процесу (який мав би розпочатися 1 січня 2019 року за 90 днів до дня голосування).

Засідання Верховної Ради України на якому мало розглядатись це питання було заплановане на 16:00 26 листопада 2018 року, що робило неможливим впровадження правового режиму в терміни визначені в Указом № 390/2018.

О 16 годині 38 хвилин Голова Верховної Ради України відкрив позачергове пленарне засідання Верховної Ради України щодо розгляду проекту Закону (реєстр. № 9338) «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні». При цьому, Президія Парламенту була заблокована, окремі народні депутати вимагали проведення консультацій з Президентом України. Голова Верховної Ради оголосив перерву у засіданні на 10 хвилин. Після цього, ЗМІ опублікували відеозвернення Президента України, в якому він заявив, що згідно рішення РНБО, ним було запроваджено воєнний стан на всій території України з 9 години ранку 28 листопада. При цьому він наголосив, що в указі не передбачено жодних заходів, пов'язаних з обмеженням прав і свобод громадян. При цьому, він зазначив, що вирішив пропонувати Парламенту запровадити воєнний стан на 30 днів. Для того, щоб воєнний стан жодним днем не накладався на початок виборчої кампанії.

Доопрацьована версія законопроекту містила положення про те, що воєнний стан вводиться в 10 областях та внутрішніх водах України Азово-Керченської акваторії» та про можливість оголошення Президентом України часткової мобілізації у строки і в обсягах відповідно до загроз безпеці. О 21 годині 32 хвилини рішення було ухвалене Парламентом, а о 21 годині 38 хвилин Верховна Рада України ухвалила Постанову «Про призначення чергових виборів Президента України» (на 31 березня 2019 року).

В системі прерогативи, яка функціонує в США, питання контролю законодавчої гілки влади за діями виконавчої є ключовим в системі стримувань і противаг та убезпечення від неправомірних зловживань надзвичайними повноваженнями Президентом. Однак, сучасна практика, з урахуванням особливостей політичної системи двох партій, демонструє, що надзвичайні повноваження Президент може отримати і без згоди на це Конгресу, тим самим відповідний запобіжник демонструє неефективність. Такий приклад мав місце під час першого президентського терміну Дональда Трампа.

Передумови виникли під час бюджетної кризи 2018–2019 рр., коли через розбіжності між Білим домом і Конгресом щодо фінансування «стіни» федеральний

уряд частково припинив роботу на 35 днів — найдовший «шатдаун» в історії США. Конгрес у результаті виділив лише 1,375 млрд доларів, тоді як адміністрація вимагала понад 5,6 млрд доларів. Використавши положення Закону про надзвичайні ситуації 1976 року (National Emergencies Act, 1976) [138], Президент 15 лютого 2019 року оголосив надзвичайний стан на південному кордоні США (Proclamation 9844) з метою будівництва стіни вздовж кордону з Мексикою. Це рішення дозволило застосувати положення 10 U.S.C. § 2808 [139], яке надає міністру оборони повноваження реалізовувати військові будівельні проекти, необхідні для підтримки використання збройних сил, навіть якщо такі проекти прямо не санкціоновані законом.

Законодавство про надзвичайний стан передбачає, що Конгрес може скасувати президентську прокламацію. Для цього після ухвалення резолюції Палатою представників, Сенат має розглянути її протягом 18 днів. Обидві палати дійсно проголосували за скасування надзвичайного стану — 27 лютого 2019 року Палата представників ухвалила резолюцію (245 голосів «за»), а 14 березня Сенат також підтримав її (59 голосів «за»). Проте 15 березня президент Трамп наклав вето на спільну резолюцію. Спроба Конгресу подолати вето не набрала конституційно необхідних двох третин голосів (26 березня 2019 року — 248 голосів замість 286). Згодом дію прокламації було продовжено ще на рік. Судові позови, ініційовані штатами (зокрема Каліфорнією), мали обмежений ефект: рішення нижчих судів про блокування фінансування будівництва стіни були скасовані Верховним Судом США, який погодився розглянути справу по суті у 2021 році (Trump v. Sierra Club, cert. granted 2020). Проте фактично спір було знято з порядку денного після того, як наступний президент Джо Байден 20 січня 2021 року скасував дію прокламації №9844 та зупинив будівництво стіни. [140]

Нормативні критерії надзвичайності у дослідженому прикладі Республіки Корея, були щонайменше дискусійними, якщо не сказати відсутніми. Інструменти надзвичайного стану, так як їх планував використати Президент, були направлені на політичних опонентів, тобто на досягнення власних політичних цілей у поза конкурентний демократичний спосіб. Закладений в Конституцію Республіки Корея

законодавчий механізм реагування (за класифікацією Росітера) виявився ефективним та повернув ситуацію в русло конституційної нормальності, запобігши спробі воєнного перевороту. Жорстким *ex post* контролем і правом скасування, політично мотивована спроба запровадження надзвичайного правового режиму була інституційно зупинена. На користь цього результату зіграло, в тому числі, і те, що військовослужбовці виконали рішення Національної асамблеї, підкорившись правопорядку заснованому на принципі верховенства права, законності та поділу влади.

Випадок України значно складніший. Говорячи про мотиви зловживань в умовах надзвичайних режимів, ми іноді можемо обґрунтовувати їх недостатність правових засобів необхідних для досягнення мети припинення загрози. Однак, частіше ми звертаємо увагу на прискорену ерозію функціонального поділу влади, інструменталізацію самостійних інституцій в інтересах ієрархізованої влади тих, хто реалізує надзвичайні повноваження з витікаючими наслідками у вигляді порушення принципу верховенства права, законності, рівності, тощо. Тобто, мова про політичні мотиви, які досягаються іноді правовими, а іноді безпосередньо позаправовими методами. В цьому випадку, виключно правовий аналіз дозволяє констатувати відсутність щонайменше декількох матеріальних критеріїв необхідних для запровадження надзвичайного правового режиму: (1) існування реальною і безпосередньої загрози «життю нації»; (2) необхідність та достатність, (3) пропорційність. Запропонований та запроваджений правовий режим воєнного стану не передбачав жодних заходів. Особливим місцем в цьому випадку є фактор часу, загроза не розглядалась як нагальна та невідкладна, про що свідчить зміна термінів запровадження, а також блокування трибуни, переговори про проведення виборів тощо.

Чи може загроза всеосяжного характеру вважатись такою в силу досягнуто політичним компромісом, якому було надано легальної форми, а не в силу характеру загрози? З точки зору нормативістської процедури, саме це й відбулось. В даному випадку політичного компромісу було досягнуто і в частині, яка стосувалась «збереження обличчя Гаранта». Парламент, проголосував за порожнечу з точки зору

правових наслідків. При цьому, обираючи між відхиленням пропозиції щодо ухвалення Закону та його ухваленням із внесенням змін, які знівелювали його значення, Парламент обрав другий варіант. При цьому, ціною компромісу зі «збереження обличчя Президента» стала постанова про призначення чергових Президентських виборів, якої у порядку денному позачергової сесії не було. Як стримуючий інститут, покликаний недопустити зловживань при запровадженні надзвичайного стану для досягнення цілей не пов'язаних із ліквідацією загрози, Парламент вчинив ті дії, які формально до обмежень не привели, тому, можна сказати, що механізм спрацював. Водночас, при розгляді питання, Верховна Рада повинна оцінити чи наявна загроза, і якщо так, то підтримувати відповідний документ та запровадити обмеження необхідні для припинення загрози. Таким чином, Верховна Рада визнала, що загроза наявна, водночас не потрібно вживати жодних заходів, що є нонсенсом, з точки зору правової теорії надзвичайних станів.

Розмежування легітимної надзвичайності і політичної доцільності можливе лише за додержання матеріальних та процедурних критеріїв. Порушення будь-якої ланки, яке призвело до успіху та прийняття відповідного рішення, може призвести до підриву принципів функціонування держави, розповзання винятку. Водночас, перелічені випадки засвідчують і те, що парламентський контроль — не є номінальним, за умови наявності суб'єктності, а є абсолютно ефективним елементом в системі стримувань і противаг функціонального поділу влади в умовах надзвичайних правових режимів.

Щодо США ситуація дещо відмінна, в силу «популярності» надзвичайного стану для вирішення різноманітних проблем. Однак, в даному випадку ми можемо оцінити окремі критерії, за якими оцінюють надзвичайні загрози. Чи виникли обставини, які стали підставою для запровадження надзвичайного стану несподівано? Утримання в безпеці кордонів, будівництво загороджень різної ступені безпеки є постійним завданням держави та внутрішньої політики, видатки на будівництво, які були надані проголосовані Конгресом просто були меншими ніж запит Адміністрації. Міграція - це постійне явище, яке існує з моменту заснування США. Загроза суспільному благу від цього явища стала предметом інтерпретації

виконавчої гілки влади, яка дотримуючись принципу поділу влади повинна була, консолідувати спільну позицію із законодавчою гілкою влади, досягти політичної згоди в питаннях спільної оцінки загрози. В рамках принципів публічності та дискусії з використанням аргументів. Втім цього порозуміння не було досягнуто. Тим самим надзвичайний стан став інструментом вирішення питань внутрішньої політики. Запобіжники у вигляді узгодження Конгресом прокламації Президента, її скасування не спрацювали. Верховний Суд США, переніс розгляд справи на рік наступний після виборів, тим самим залишивши вирішення юридичного питання волевиявленню, і це не може бути виправданням, а є реалізованим самоусуненням від вирішення інституційного спору про надзвичайний стан та про відносини між гілками влади. Наявність права вето у Президента, за відсутності судового прецеденту, робить його фактично одноособовим «розпорядником надзвичайних повноважень» в США, та єдиним хто наділений можливістю приймати рішення про надзвичайний стан.

### 3.4 ПОЗАСУДОВІ ЗАСОБИ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ГРОМАДЯН В УМОВАХ ЗАГРОЗ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ.

Одним із інструментів, яким послуговуються як на міжнародному, так національному рівнях для захисту національних інтересів в особливих умовах, як виклик на загрозу національній безпеці, є спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (далі — санкції). Відповідний Закон в Україні прийнято у 2014 році, саме як реакція на надзвичайні обставини зовнішнього характеру, викликані збройною агресією РФ. Практика використання зазначеного інструменту еволюціонує, посягаючи на конституційні принципи.

Логіка використання відповідних заходів, передбачала їх застосування до осіб, які знаходяться за межами правової системи України, контролю та впливу національних регуляторів чи правоохоронних органів. Якщо б особи, перебуваючи у

межах правової системи України, діяли на шкоду національній безпеці чи були причетні до терористичної діяльності, закономірно очікувати, що щодо них мали використовуватись засоби притягнення до відповідальності. Водночас, станом на весну 2025 року санкції було застосовано до 1529 громадян України, в тому числі, у 2025 році Указом Президента №38/2025 від 19.01.25 щодо народного депутата Шуфрича Н.І. та, на підставі Указу Президента № 81/2025 від 12.02.25, щодо п'ятого Президента України, нардепа Порошенка П.О. Крім цього, спеціальні економічні та обмежувальні заходи стали порівнюваними з позбавленням права власності, оскільки щодо 231 особи їх було застосовано безстроково.

В межах досліджуваної теми, важливо з'ясувати на скільки послідовно діяла судова гілка влади при розгляді справ, які безпосередньо стосувались обмеження прав громадян, запроваджених з огляду на оцінку загрози, яку вони становлять для національної безпеки, особливо в умовах правового режиму воєнного стану. Враховуючи те, що відповідно до ст.22 КАСУ Верховний Суд є судом першої інстанції при оскарженні актів Президента, а також те, що відповідно до ст. 5, 6, 13, ч. 1 ст. 36 Закону «Про судоустрій і статус суддів» саме перед Верховним Судом поставлено завдання щодо забезпечення сталості та єдності судової практики, у таких справах та на такому рівні, можна найнаочніше оцінити наскільки судова гілка влади здатна протиставляти у своїй діяльності цінності правосуддя та конформізм надзвичайного стану, не йдучи у розріз з виконавчою владою. Крім того, дозволяє співвіднести практику Верховного Суду з досвідом ЄСПЛ, що є практичною потреба уніфікації правозастосування у країнах, які ратифікували Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Особливо, якщо, як зазначав свого часу Карл Шмітт, розглядати міжнародний суд, як незалежний, не пов'язаний політичними інституціями, а лише правовими принципами та безпосередньо близького до ідеї справедливості. [41, с.107—109]

27 серпня 2024 року Великою Палатою Верховного Суду винесено постанову у справі №800/162/16 [141], у якій робиться висновок, що обсяг і результат оцінки Президентом України істотності ризиків, які стали підставою для застосування обмежувальних заходів, знаходиться поза межами судового контролю, оскільки

Суд, не може підмінити Президента й здійснити власну оцінку реальності загроз, наявності і достатності підстав для ведення санкцій у межах дискреції (що означало б порушення принципу розподілу влади) (п.87). Водночас, Суд може перевірити дотримання меж такої дискреції та процедури введення санкцій. Як відомо, «вільне, безпідставне ототожнення права з результатом якоїсь формальної процедури було б сліпим підкоренням чистим рішенням тих інстанцій, яким ввірене законодавство, що позбавлене усілякого зв'язку з правом і справедливістю. [7, с. 20-21] Фактично Верховний Суд формує принцип правильності рішення Президента, за умови дотримання процедури його прийняття, без дослідження законності, обґрунтованості та співмірності.

Крім цього, ВП ВС щодо природи санкцій зазначає, що вони не є видом відповідальності, оскільки суб'єкт не вчиняє протиправного діяння (п.97). Однак характер цих дій становить для України загрозу посягання на національні інтереси та безпеку (п.98), тому однією з підстав застосування є «об'єктивні підозри» для відповідних органів влади, які й надають РНБО пропозиції.

«Об'єктивізація підозр» попри відсутність протиправних дій, є категоріями, які взаємно заперечують одна одну. Відмовляючись досліджувати ті підстави, які формують підозри, Суд навпаки легітимовує суб'єктивну оцінку компетентними органами поведінки осіб, що має для таких осіб негативні правові наслідки. Таким чином саме суб'єктивне, а не об'єктивне рішення лежить в основі санкцій. Крім того, суд ігнорує факти, за яких, спеціальні обмеження, які запроваджуються, носять безстроковий характер. Зазначаючи (п.148), що втручання у право володіння майном має легітимну мету забезпечити контроль за власністю особи, яка може нести потенційну загрозу національним інтересам України. Принцип пропорційності щодо втручання у право власності, буде розглядатися як порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції, якщо не було дотримано справедливої рівноваги, проявом якої (п.149), щоб запобігти загрозам державному свавіллю чи авторитаризму, повинна бути винятковість, тимчасовість, використання як крайній захід.

Однак, надважливе питанням в даному випадку, чи справді Суд не має повної юрисдикції щодо Указів Президента про запровадження санкцій? Висновок Верховного Суду суперечить його ж власним аргументам, з наступних причин.

У п.73, 74 зазначається, що під дискреційними повноваженнями (згідно Рекомендацій № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно реалізації адміністративними органами дискреційних повноважень від 11 березня 1980 року), розуміють повноваження, які орган може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, обираючи з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за певних обставин. Змістовними гарантіями справедливого рішення є: переслідування легітимної мети, дотримання об'єктивності й безсторонності, враховування лише тих чинників, які стосуються конкретної справи; дотримання принципу рівності перед законом, не допущення дискримінації; забезпечення належної рівноваги між несприятливими наслідками та переслідуваною метою, тощо.

Перелічене вище засвідчує, що дискреційні повноваження не є такими, що не підлягають сутнісній перевірці. Більше того, з посиланням на практику ЄСПЛ (п.80) Суд, зазначає, що надання правової дискреції органам влади у виді необмежених повноважень є несумісним з принципом верховенства права. Далі (п.83) у судовому рішенні вказується, що у спірних правовідносинах дискреційними є повноваження Президента України щодо введення або не введення в дію рішень РНБО.

На нашу думку, це є свідомим хибним способом тлумачення поняття дискреційних повноважень, відмовою судом від виконання завдань адміністративного судочинства, передбачених ч.2 ст. 2 КАС, зокрема в частині законності, пропорційності, обґрунтованості. Що протирічить практиці Верховного Суду попередніх періодів та рішенням ЄСПЛ. Суд власною позицією фіксує необмежену легальність рішення Президента, що є практичним втіленням того, як судова гілка влади, прикриваючись захистом принципу поділу влади, своїми діями фактично сама підриває існуючу систему стримувань та противаг.

На користь цього свідчить наступне. Відповідно до Постанови Верховного Суду від 30 січня 2020 року у справі №599/1422/16-а [142], зазначається, що,

перевіряючи рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень на відповідність закріпленим частиною другою статті 2 КАС України критеріям, суд не може втручатися у дискрецію суб'єкта владних повноважень поза межами перевірки за названими критеріями, оскільки завдання адміністративного судочинства полягає в гарантуванні дотримання прав та вимог законодавства, інакше було б порушено принцип розподілу влади. Як зазначає Суд, принцип обґрунтованості рішення вимагає від суб'єкта владних повноважень ретельно збирати і досліджувати матеріали, що мають доказове значення у справі, уникати прийняття невмотивованих висновків, обґрунтованих припущеннями, а не конкретними обставинами.

Крім цього, відповідно до Постанови Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 15 грудня 2021 року у справі № 1840/2970/18, зазначається (п.49), що дискрецію не слід ототожнювати лише з формалізованими повноваженнями, вона характеризується відсутністю однозначного нормативного регулювання дій суб'єкта, коли у межах, які визначені законом, адміністративний орган має можливість самостійно (на власний розсуд) вибирати один з кількох варіантів конкретного правомірного рішення. Тобто, дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти, чи не діяти, а якщо діяти, то у виборі варіанту рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанту вибору будь-ким (п.50).[143]

Таким чином, як вбачається викладеного, дискреція при прийнятті рішення про санкції може проявлятися або у прийнятті рішення щодо їх запровадження, або ж не запровадження, однак якщо прийнято рішення застосовувати, то наступний дискреційний етап полягає у виборі того, які обмежувальні заходи застосовувати в конкретних умовах, з урахування ступеню ризиків, обставин, фактів, задля досягнення мети.

Водночас, враховуючи те, що заходи які застосовуються стосуються прав людини і несуть для них негативні наслідки, суд не має права відмовлятися від своїх виключних повноважень щодо перевірки відповідних рішень на відповідність

критеріям визначених ч.2 ст. 2 КАС. Перевірка процедури, є виключно функціональним, алгоритмічним відображенням процесу набуття законної сили рішенням, тобто наявність пропозиції, розгляд питання, голосування, оформлення, підписання, оприлюднення. У цьому роботизованому наборі дій перевірка Судом втрачає будь який сенс на встановлення справедливості.

Водночас, практика ЄСПЛ сформована шляхом який відрізняється від того, яким пішла ВП ВС. Як приклад можна навести справу «Аль-Дулімі та компанія Монтана Менеджмент Інк. проти Швейцарії» [144]. Рішення у ній стосується резолюції Ради Безпеки ООН 1483 від 22 травня 2003 року, пунктом 23, якої було запроваджено обмежувальні заходи на кошти та інші фінансові активи колишнього Іракського уряду Саддама Хусейна. Суд розглядав зазначену справу на предмет дотримання гарантованих Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод права на справедливий суд та ефективний засіб правового захисту.

У п.64 ЄСПЛ вказує, що ефективність судового контролю вимагає, щоб у межах перевірки законності підстав, за якими було ухвалено рішення про внесення тієї чи іншої особи до списку, суди забезпечували, що це рішення ухвалюється на достатній міцній основі з погляду фактів. Судовий контроль не може обмежуватися визначенням переконливості наведених підстав у загальному плані.

ЄСПЛ нагадує (п.126-128), що право на справедливий судовий розгляд, потрібно тлумачити з урахуванням принципу верховенства права, який вимагає, щоб усі учасники спору мали ефективний засіб судового захисту, який надає їм змогу обстоювати свої громадянські права. Якби держава могла без обмежень або контролю з боку конвенційних органів вилучити з-під юрисдикції судів цілу категорію справ, це суперечило б верховенству права в демократичному суспільстві. Крім цього зазначає, що пункт 1 статті 6 Конвенції вимагає, щоб скарга була «повністю підсудною» суду, це зокрема, означає, що у суду має бути можливість детально вивчити доводи кожного учасника розгляду по суті справи та обговорювати ті факти, які посідають центральне місце в міркуваннях учасника. В тому числі, отримувати в порядку, який на належному рівні забезпечує дотримання конфіденційності, досить точні відомості, щоб здійснювати необхідний контроль.

Оскільки, відсутність можливості ознайомитися з цими відомостями може бути вагомою вказівкою на довільність оскаржуваного заходу (п.146-147).

У справі Єврокомісія проти Каді (European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi) [145], оцінюючи доводи Комісії (п.141, 151-162), Суд вказав, що щодо Каді не було надано жодної інформації чи доказів на підтримку твердження про те, що в приміщенні Depositna Banka могли відбуватися планування терористичних актів у зв'язку з Аль-Каїдою чи Усамою бен Ладеном, ознаки, що стосуються зв'язку пана Каді з цим банком, є недостатніми для підтримки прийняття на рівні Європейського Союзу обмежувальних заходів проти нього.

З цих проміжних висновків вбачається, що перевірка обґрунтованості вимагає вивчення тих матеріалів, на підставі яких відповідне рішення приймається, саме задля упередження свавілля, яке б базувалось на домислах і могло б потягнути за собою необґрунтоване обмеження особистих свобод, адже це є суттю та змістом судового контролю.

Крім цього, позиція ВП Верховного Суду демонструє свою нефункціональну природу при розгляді конкретних справ, коли факти настільки кричущі, що незаконність Указу неможливо приховувати, що простежити за рішенням Верховного Суду від 10 лютого 2025 року у справі №990/176/23. [146]

Так, у серпні 2023 року громадянин Французької Республіки оскаржив Указ Президента України від 19 лютого 2023 року №82/2023, яким щодо нього на підставі пропозиції НБУ було запроваджено санкції, як щодо члена Ради директорів російського банку ТОВ «Сетелембанк», що входить до групи ПАТ «Сбербанк Росії». Позивач надав докази, що майже за 3 роки до прийняття оскарженого Указу звільнився з посади. 23 жовтня 2023 року в судовому засіданні було поставлено на обговорення питання щодо примирення сторін та надано час у 2 місяці. Однак, через 6 місяців поновлено розгляд, через те, що НБУ безпідставно не вносить на розгляд пропозиції щодо скасування санкцій.

З викладеного вбачається, що раніше представлена концепція Великої Палати Верховного суду щодо формалістично-функціоналістичного розгляду справ про законність Указів Президента України про запровадження санкцій не є

дієздатною, оскільки за умови її застосування у справі №990/176/23 колегія суддів Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду повинна була б відмовити позивачу у задоволенні позову, оскільки формальностей було дотримано. Більше того, ця справа продемонструвала, що попри встановлення відсутності підстав для Указу, гаранті прав та свобод за понад 16 місяців не вжили заходів до його перегляду.

Колегія суддів Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду відійшла від висновків ВП Верховного Суду, зазначивши, що дії (п.56,58), які створюють загрозу мають вчинятися на час внесення пропозиції про застосування санкцій, не у минулому чи майбутньому. Крім цього, рішення було підкріплене практикою ЄСПЛ у справі «Ал-Нашіф та інші проти Болгарії» [147], яке передбачає, що концепції законності та верховенства права в демократичному суспільстві вимагають, щоб заходи, які зачіпають основні права людини, підлягали певній формі змагального провадження перед незалежним органом уповноваженим перевіряти причини рішення та відповідні докази, якщо необхідно, з використання секретної інформації. Особа повинна мати можливість оскаржити твердження виконавчої влади про те, що на карту поставлена національна безпека, а незалежний орган мати можливість реагувати, коли посилення на цю концепцію не має розумного підґрунтя у фактах, або суперечить здоровому глузду та є свавільним (п.123, 124).

Таким чином, Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, приходить до повністю протилежного висновку (п.71), зазначаючи, що Суду та учасникам справи повинно бути розкрито усю інформацію, включно з тією, що становить державну таємницю, що узгоджується із завданням адміністративного судочинства та є ефективним засобом захисту від свавільного використання «санкційного» механізму.

Система взаємних залежностей гілок влади, перевірок та сукупності узгоджень, які супроводжують рішень, не лише урівноважує можливості суб'єктів владних повноважень, але є й тим запобіжником, який формує впевненість громадянина у тому, що владні повноваження реалізуються «в країні людей, для

людей». Навіть за умов, коли законодавча та виконавча гілки влади знаходяться в руках однієї політичної групи, громадяни, в тому числі і ті, які не є їх прихильниками, схильні приймати цей результат волевиявлення. Вони покладаються, на те, що за умови дотримання принципу поділу влади, у них залишається право на оскарження та захист, які забезпечує судова гілка влади, позбавлена політичного забарвлення. Крім цього, демократія, як система «рівних шансів», залишає можливість прийняти участь у реалізації політики за результатами наступного електорального циклу. Готовність підкоритись владі більшості нерозривне із вірою в те, що свого часу ти зможеш стати частиною цієї більшості. При цьому, сьогоднішня більшість повинна керуватись переконанням у тому, що право на оскарження, яке можливо є перешкодою, в майбутньому буде їх засобом захисту. Авторитет, довіра та повага громадян до державних інституцій в історичній контексті формується не на основі задекларованого, а на основі втіленої у практиці поведінки, яка обумовлена суспільним благом, а не тимчасовою політичною доцільністю.

В умовах надзвичайних обставин, досягнення вищого блага є завданням складним: на одній шальці терезів — безпека, на іншій, — необхідність збереження при прийнятті рішень «ядра», згідно якого люди у сучасній державі це суб'єкти рівні, володіють гідність та убезпечені правовими кордонами від державного втручання. Надзвичайні обставини є випробуванням волі та переконань перед спокусою використати їх для досягнення кон'юнктурних політичних цілей. Загрози та існуючий при її існуванні психоемоційний стан соціуму дозволяють подолати формальні перешкоди, які існували б за звичних обставин (у вигляді недостатності доказів, змагальності). В умовах відсутності, повноцінного плюралістичного політичного життя, інформаційної багатоманітності та прозорості, протиставлення себе (індивіда) державному апарату, який оголошує тебе загрозою безпеці країни, традиційні інструменти захисту звужуються. Останнім бастіоном до якого апелює за захистом громадянин, в умовах надзвичайних обставин це судова гілка влади, яка володіє достатнім ступенем інституційної автономії та декларує збереження політичної неупередженості. Гарантією цього виступає те, що положення, статті 125

Конституції не допускає створення надзвичайних чи особливих судів. Давати відсіч спробам обернення можливостей, які виникають за умови надзвичайних обставин щодо зловживань іншими інституціями, є історичним завданням судової гілки влади з моменту її відділення від повноважень монарха. Людська психологія, перебуваючи між вибором суспільно-політичної доцільності сьогодні (вчинивши вибір на користь схвального рішення), і тим, яке є правовим та справедливим, не завжди схиляється на користь останнього. У такі моменти часто трапляється підміна понять, коли інтерес держави хибно сприймають через інтерес осіб, які представляють державну владу, а не інтерес суверену у розумінні сталого державного майбутнього. Судова система є організаційно убезпеченою ланкою, яка покликана мінімізувати будь-які посягання тимчасової політичної більшості на ядро демократичної держави.

Збройна агресія, носить значну, якщо не найвищу із можливих загроз для існування країни, попри це влада законів (верховенство права) не підмінється беззаконням у надзвичайних правових режимах. Ця модель є теж еволюційним надбанням історичного досвіду, оскільки якщо існує зовнішня загроза можна об'єднатись для боротьби з нею, розуміючи цінність того укладу, який ти захищаєш, однак, якщо загроза твоїм свободам походить із середини, то об'єднання і повстання нестимуть наслідком демонтаж системи управління, та можливо, і державного утворення. Таким чином, у моменти, коли система стримувань не спрацьовує, а висока правова та моральна культури можуть виявитись не достатніми для самокоригування політичних суб'єктів, особа апелює до суду.

Закріплення у статті 55 Конституції України положення про те, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом, а також того, що кожному гарантується право на оскарження, є тією аксіомою, яка цивілізує відносини в держав. У поєднанні з положеннями статті 64 Конституції України, яка закріплює неможливість, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану обмежити права на судовий захист, значення справедливого судового розгляду піднімається на більш високий рівень, адже демонструє те, що не існує обставин, навіть надзвичайного характеру, які б змусили суд відступити.

Втім, гарантії сформовані нормативно-правовими актами, потребують усвідомлення значення тих процесів, які можуть підірвати основи легітимності держави. Як не виправдовуй відступ, чи поняттями войовничої демократії, чи поняттям «моделі пристосування», це лише вербальне оформлення факту, який незручно визнавати прямо, що задеклароване, не може бути забезпечене, а відповідно не діє. При цьому з точки зору суб'єкта який зазнає зазіхання, категорії «не діє у повній мірі», «не діє частково», «поставлено на паузу», «виправданий частковий відступ», — не є чимось таким, що пом'якшує наслідки.

### 3.5 ВОЙОВНИЧА ДЕМОКРАТІЯ В УМОВАХ НАДЛЕГАЛЬНОСТІ. ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗШИРЕННЯ МЕЖ ЗАСТОСУВАННЯ.

Конституційні демократичні цінності, які покликана захищати войовнича демократія, є універсальними та всеохоплюючими. Надзвичайно широке коло діянь може бути політично інтерпретоване як таке, що становить для них загрозу. Відповідно, законодавче втручання, направлене на відвернення загрози, завжди комунікується та обґрунтовується з позиції необхідності заради втілення в життя відповідного рівня стану дійсності та конституційного ідеалу. Просте рішення знаходить відгук серед людей за рахунок популістичних загравань і з емоціями, коли серед кола «винних осіб», з'являються ті, до кого частина соціуму не завжди має позитивне ставлення. В таких випадках народна підтримка ідеї формує легітимність для реалізації рішення, при тому, що ефект від рішення не має прямого причинного зв'язку із анонсованим для мас результатом. В таких випадках, інструмент войовничої демократії використовується вже не як інструмент захисту, а як засіб для легендування досягнення результатів, обумовлених іншими мотивами. Зловживання щодо обґрунтування та щодо механізмів, які використовуються при застосуванні концепту войовничої демократії, можна прослідкувати на прикладі процесу, який в Україні отримав назву деолігархізація.

15 квітня 2021 року Президент України вперше публічно озвучив ініціативу пов'язану зі прийняттям закону щодо олігархів. [148] Рамку для формування

суспільної думку щодо необхідності впровадження відповідного закону задав на конференції у рамках Всеукраїнського Форуму «Україна 30. Економіка без олігархів» секретар РНБО України Олексій Данілов, зазначивши, що олігархи і те як вони діють не дають можливості нашій країні розвиватися; та є ключовою перешкодою на шляху до євроатлантичної інтеграції України. [149] В даному випадку, слід відзначити, що Преамбула Конституції України констатує незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, визначає в статті 102 те, що Президент України є гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору, покладали у статтях 85 та 116 такі ж завдання на Верховну Раду та Кабмін.

Згодом, секретар РНБО пояснюючи те, що Законом передбачаються за Президентом та РНБО невластиві та не передбачені ст. 106 Конституції повноваження, зазначив, що завдання РНБО «знаходити можливості, шукати шпаринки, «ходити між краплями», а санкції не дають нам можливості посадити людину або забрати її власність. Ми не підміняємо суди, але хотіли б, щоб вони й правоохоронна система рухалися швидше. Можливо, після прийняття закону про деолігархізацію ми не включимо в реєстр олігархів жодного прізвища, бо вони самі відмовляться від активів та повернуть частину державі». [150] Таким чином, крім мети захисту цінності євроатлантичного майбутнього України, пролунало і те, що механізм ставить на меті виключити осіб, які відповідають критеріям не лише з політичного життя, але водночас створити умови для їх добровільної відмови від власності, у позасудовий спосіб. [150] В даному випадку, обидві мети, які переслідував Закон, як засіб войовничої демократії, демонструють конфлікт цінностей, чи допустимим є досягнення однієї, шляхом вибіркового інгорування інших, зокрема верховенства права, принципу поділу влади.

Внесений 2 червня 2021 року законопроект №5599 [151] було обгрунтовано як необхідний через загрози національній безпеці, які пов'язані із надмірним впливом осіб, які мають значну економічну та політичну вагу в суспільному житті

(олігархів). Відповідно до положень статті 2 прийнятого Закону, олігархом вважається особа, яка одночасно відповідає щонайменше трьом з чотирьох ознак:

— бере участь у політичному житті (критерії статті 3, до такої категорії відносяться: а) Президентом України, представників Уряду, керівництво Верховної Ради України народних депутатів, керівників центральних органів виконавчої влади, керівництво СБУ, ГПУ, НБУ, тощо; б) та/або їх близькі особи; в) особи, що обіймають посади у керівних органах політичної партії; г) та/або особа, яка фінансувала діяльність політичної партії, політичну агітацію або проведення мітингів чи демонстрацій з політичними вимогами;

— має значний вплив на засоби масової інформації — є власником (засновником), або бенефіціаром власника (засновника), та/або є контролером власника (засновника); та/або була такою, але на день набрання чинності Законом втратила такий статус;

— є кінцевим бенефіціарним власником суб'єкта господарювання, який після дня введення в дію цього Закону є суб'єктом природних монополій або займає монополічне (домінуюче) становище на ринку;

— підтверджена вартість активів особи та суб'єктів господарювання, бенефіціаром яких вона є, перевищує 1 мільйон прожиткових мінімумів.

Рішення про визнання особи такою, яка має значну економічну та політичну вагу в суспільному житті, приймається РНБО та набирає чинності з дня опублікування указу Президента України, а для олігарха настають правовими наслідками у вигляді заборон на (статті 7): 1) здійснювати внески на підтримку політичних партій чи виборчих фондів кандидатів; 2) бути покупцем (бенефіціаром покупця) у процесі приватизації об'єктів великої приватизації; 3) фінансувати будь-яку політичну агітацію або проведення мітингів чи демонстрацій з політичними вимогами. Крім цього, з моменту включення до Реєстру така особа зобов'язана подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Додатковий наслідок передбачено зобов'язання держслужбовців (близько 20 тисяч осіб) повідомляти про зустріч, розмову (в тому числі телефонну) з такою особою.

Перед голосування за законопроект Головне науково-експертне управління застерігало парламентарів, що ті заборони, які передбачались для застосування щодо олігархів, можуть бути встановлені законом у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо особи за вчинення нею окремих видів злочинів, притягнення особи до відповідальності за порушення законодавства про лобізм, антикорупційного, антимонопольного, виборчого законодавства тощо, а не внаслідок внесення такої особи до певного реєстру. Також, чітко зазначалось, що ст. 106 чи інші приписи Конституції, не уповноважують Президента України приймати, затверджувати чи «вводити в дію» своїми указами рішення, якими певні громадяни України відноситимуться до категорії тих, для кого передбачені спеціальні правові обмеження і додаткові обов'язки. Крім того, було підкреслено що повноваження, які надаються РНБО законом, повинні стосуватись саме координації і контролю діяльності органів виконавчої влади і стосуватись лише сфери національної безпеки, і що цей орган не може наділятися повноваженнями, якими сам Президент не наділений. Попри все, закон прийнято у вересні, а набув чинності у листопаді 2021 року.

У червні 2023 року свою оцінку Закону надала Венеціанська комісія [152], висновки якої, співпадаючи з із застереженнями ГНЕУ Апарату ВРУ, містили додаткові застереження, щодо подібних практик у правовій державі. Вони розглядають два підходи до вирішення проблеми впливу олігархів. Перший (системний, з довготривалим та профілактичним ефектом), передбачає прийняття та посилення правових інструментів, що стосується ЗМІ, антимонопольного законодавства, політичних партій, виборів, оподаткування, протидії корупції та відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом. Другий підхід, комісія називає «особистісним», спрямований на визначення критеріїв (багатство, володіння засобами масової інформації тощо), яким відповідають конкретні особи, називає його таким, що має каральний характер та саме він був прийнятий в Україні.

Венеціанська Комісія вказує, що у виняткових, надзвичайно критичних ситуаціях, наприклад, у ситуації захоплення держави, ефективне впровадження «системного» підходу може бути ускладненим, тоді особистий підхід, може

здаватися виправданими, як крайній, тимчасовий та винятковий захід. Однак потребує чітких юридичних критеріїв, надійних гарантій незалежного органу прийняття рішень, визначеної процесуальної процедури і, як наслідок підлягати судовому контролю. За інших умов, особистісний підхід є несумісним з демократією, не розглядається як демократична відповідь на це лихо, а навпаки підриває демократію та верховенство права». Парадокс законів, на думку комісії, полягає в тому, що якщо адміністрація та судова влада «захоплені» інтересами, з якими мають намір боротися, то такі заходи або неефективні, або оскільки вони приймаються через виконавчі акти, які не повністю підлягають ефективному судовому контролю, — дуже небезпечні для забезпечення прав людини, демократії та верховенства права». Також комісія зазначає, що існує ризик вибіркового застосування закону через визнання політичних конкурентів «олігархами», що не дозволяє узгодити Закон з принципами політичного плюралізму та верховенства права. Крім того, заборона фінансувати політичні партії, виборчі та інші політичні кампанії, мітинги «з політичними вимогами», може порушити права передбачені статтями 10 і 11 ЄКПЛ.

Надлегальність як стан разом з можливостями політичної премії, формує те середовище, за якого застереження Основного Закону, принципи і процедури виступають перешкодами на шляху до результату. Цей результат, який видається пріоритетним та необхідним, здатен руйнувати стратегічний баланс відносин громадянина і держави, заснований на принципі верховенства права та гарантіям захисту від неправомірних посягань. Розмивання ролі і значення антикорупційних, антимонопольних структур, правоохоронних органів та судового контролю за законністю рішень, охоплення їх функцій політичним рішенням осіб, які входять до складу координаційного органу при Президенті, перетворює цей орган на політичне бюро односторонніх дій.

В цьому контексті, говорячи про те, що основним завданням принципу поділу влади та системи стримувань і противаг, є упередження концентрації повноважень в одного суб'єкта, що неминуче веде до сваволі та зловживань, ми повинні акцентувати увагу на активних діях осіб, які наділяються правовими

можливостями з недопущення схожих негативних тенденцій. Правові інструменти балансування є ефективними лише тоді, коли використовуються. Самого тексту недостатньо, тому надважливим є усвідомлення суб'єктами їх ролі в системі державних механізмів для забезпечення суспільних інтересів. Пасивна поведінка позбавляє сенсу будь-яку юридичну техніку чи норму не активуючи її вольовим діям. Напрацювання практики та традиції утримання від шкідливих дій можливе лише тоді, коли існує усвідомлення, що їх вчинення не допускалось у минулому, зустрічало супротив на одній зі стадій контролю. Це процес формування інституційної самостійності, поваги та авторитету. Однак, як зазначав Карл Шміта, якщо більшість може довільно вирішувати, що легально, а що нелегально, вона може перш за все оголошувати *hors-la-loi* (поза законом) своїх внутрішньополітичних конкурентів. Цьому протистояти повинні саме ті конкуренти, які ризикують опинитись поза законом, робити це активно та усіма доступними засобами. В контексті згаданого закону, стаття 150 Конституції надає можливість, за поданнями 45 нардепів, перевірити його на предмет конституційності. Однак, це право не було реалізоване, попри те, що 54 нардепи голосували проти. Конституційна роль відійшла на другорядну роль у порівнянні з можливим публічним обвинувачення в підігруванні тим, «хто стоїть на шляху до нашого європейського майбутнього».

Концепт войовничої демократії, дійсно дозволяє захищати конституційні цінності законними методами, не підміняючи при цьому правоохоронні чи контролюючі органи в частині їх функціонального призначення. В країні, яка визнає принцип верховенства права, повинна існувати незалежна процедурно визначена структура, яка здатна оцінити наявність загрози, її характер та здатність деструктивно впливати на демократичні засади суспільства. Якщо цей вплив має причиною невиконання інституціями власних повноважень, то концентрація цих же повноважень в колективному органі, який приймає політичні рішення, не є способом захисту євроінтеграційного спрямування держави, оскільки протирічить принципам за якими має діяти держава, яка прагне до членства в ЄС. Волонтаризм при вилученні певних осіб з політичного життя, накладання на них обов'язків, а

також цькування через поміщення в публічні реєстри, не є методами захисту демократії.

### 3.6 ВОЙОВНИЧА ДЕМОКРАТІЯ ТА ФОРМАЛІЗОВАНЕ СВАВІЛЛЯ. ВИКЛЮЧЕННЯ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ.

Концепт войовничої демократії є цілком практичним механізмом, яким послуговуються сучасні демократії, при цьому намагаючись, задля мінімізації випадків свавільного використання, напрацювати критерії, які повинні бути б бути універсальними для національних Урядів та Судів.

Європейський суд з прав людини від 30 червня 2009 року виніс рішення у справі Еррі Батасуна та Батасуна проти Іспанії. [153] Верховний Суд Іспанії 27 березня 2003 року розпустив партію Батасуна на тій підставі, що вони були частиною стратегії терористичної організації ЕТА. Суд дійшов висновку, що насправді існувала «єдина юридична особа, а саме терористична організація ЕТА, прихована за певною кількістю юридичних осіб. Суд постановив, що терористична організація ЕТА та її організація *Koordinadora Abertzale Sozialista (KAS)* керували *Herri Batasuna*, з моменту створення та брали участь у процесі призначення керівництва. Створення партії відповідало бажанню ЕТА розділити збройну і публічну діяльність, «організаційно та структурно», що призвело до «чіткого ієрархічного підпорядкування». Партія систематично не висловлювалась, щодо терористичної діяльності, що було розтлумачено як явна ознака «прийняття шляхом замовчування» цих злочинних дій, насильства як засобу досягнення поставлених цілей.

Прецедентна практика Європейського суду (*Refah Partisi* та інші проти Туреччини, номери 41340/98, 41342/98, 41343/98 і 41344/98, 31 липня 2001 р) встановлювала, що для того, щоб відповідати Європейській Конвенції з прав людини, розпуск партії мусить відбуватись з дотриманням критеріям, а саме: (а) національний закон повинен включати обставини та причини розпуску; (б)

переслідувана мета має бути легітимною; (с) розпуск повинен бути «необхідним у демократичному суспільстві».

Національне законодавство Іспанії, зокрема, прийнятий у червні 2002 року Органічний закон 6/2002 Про політичні партії (*Ley Organica 6/2002 de Partidos Políticos*, далі — LOPP), передбачав, що партія може бути розпущена лише у разі неодноразових чи накопичених дій, які однозначно свідчать про наявність недемократичної поведінки, що порушує конституційні цінності, демократію та права громадян. Стаття 9 закону визначала дії політичних партій які не допускаються та можуть бути підставами для припинення існування: (а) систематичне порушення основоположних свобод і прав шляхом сприяння або виправдання посягань на життя чи недоторканість особи, чи переслідування особи через ідеологію, релігію, переконання, національність, расу, стать чи сексуальну орієнтацію; (б) розпалювання, заохочення або узаконення насильства для використання як засобу досягнення політичних цілей або як засобу підриву умов, які роблять можливим здійснення демократії, плюралізму та політичних свобод; (с) надання допомоги та політичної підтримки діям терористичних організацій з метою повалення конституційного ладу або серйозного порушення громадського спокою, нараження державних органів влади, певних осіб або певних груп у суспільстві чи населення в цілому атмосфері терору або сприяння посиленню наслідків терористичного насильства та викликаного ними страху та залякування.

ЄСПЛ у своєму рішенні зазначає, що політична партія може сприяти змінам закону або правової, чи конституційної структур держави за двох умов: по-перше, засоби, що використовуються з цією метою, мають бути законними та демократичними; по-друге, зміни мають бути сумісними з фундаментальними демократичними принципами.

Суд визнав прийнятним превентивне реагування, зазначивши, що від держави не можна вимагати, перш ніж втручатися, зачекати, доки політична партія не захопить владу. Та найважливішим є визначення судом категорії «нагальної суспільної потреби», який полягає у з'ясуванні наступного:

— чи існували правдоподібні докази того, що ризик для демократії, був достатнім і розумно неминучим;

— чи становили дії та виступи єдине ціле, яке дає чітке уявлення про модель суспільства пропаговану партією, яка була несумісною з концепцією «демократичного суспільства».

Крім цього, суд зазначив, що поведінка політика зазвичай включає не тільки дії, чи виступи, але, за деяких обставин, і бездіяльність або відсутність реакції, вказують на позицію цього політика, і бути такими ж показовими, як і будь-яка відверто підтримуюча дія.

Таким чином, дане рішення надало змогу поєднати концепт войовничої демократії та засади державного ладу визначивши критерії обставини, за сукупності наявності яких, можливе виключення політичного суб'єкту із участі у боротьбі за владу. Суд вчергове наголосив на недопустимості поширення принципу індивідуальної відповідальності на всіх учасників об'єднання, звернув увагу на статус лідерів, як соціально-відповідальних осіб, оцінювати поведінку яких важливо не лише з точки зору дій чи висловів, однак іноді і з точки зору утримання від дій. Крім цього, зазначив в рамках демократії недопустимо нав'язування більшості певних поглядів шляхом додання примушуванням, залякуванням та підкоренням, через подавлення свободи волі, що у сукупності формує нагальну суспільну потребу щодо припинення існування такої сили.

Якщо у справі *Batasuna*, загроза, яку виділяє та описує суд носить насильницько-терористичний характер (зв'язок із ЕТА, толерування насильства, «мовчазне» прийняття), за якого судом фактично обґрунтовується певний поведінковий стандарт на який повинні орієнтуватись національну уряди та суди приймаючи рішення про виключення, то рішення у справі Партія «Рефах» (Партія добробуту) проти Туреччини [154] обґрунтовують ідеологічно-конституційну загрозу, яка виходить від політичного суб'єкту. Керівники і члени *Refah* під час публічної комунікації виступали за носіння ісламських хусток у державних школах і будівлях; голова *Refah* пропонував скасування секуляризму в Туреччині, висував публічну ініціативу розглянути питання про спосіб зміни суспільного ладу «мирним

чи насильницьким» шляхом, «гармонійно чи шляхом кровопролиття»; закликали мусульман приєднатися до Refah, запевняючи що тільки вони можуть встановити верховенство Корану. При цьому стаття 68 Конституції Туреччини, встановлює, що статuti, програми та діяльність партій не можуть суперечити незалежності держави, її територіально-національній цілісності, правам людини, принципам рівності та верховенства права, суверенітету нації, принципам демократичної та світської республіки; заборонені цілі/дії на встановлення диктатури чи підбурення до злочину.

Таким чином в обох випадках судом оцінювались з точки зору послідовності, повторюваності висловлювання представників партій і очікувані цілі, яких вони прагнули досягти. Суд окремо відзначив, що політичний досвід Договірних Держав показав, що в минулому політичні партії, які мають цілі, що суперечать фундаментальним принципам демократії, не виявляли таких цілей у своїх офіційних виданнях. Ось чому офіційні документи можуть приховувати істинні цілі та наміри. І як наслідок, якщо лідери чи органи управління партією посилаються на те, що це окрема думка представника партії, їх дії потрібно оцінювати з точки зору того, чи продемонстрували вони осуд, чи дистанціюватись від таких осіб та чи приймали організаційні заходи щодо виключення таких осіб.

Водночас, важливим новим критерієм який оцінював суд, став електоральний потенціал, який важливо враховувати при визначенні реальної можливості партії досягти своїх цілей. Таким чином, суд встановив, що фактором який підсилює ризик є рівень підтримки політичного суб'єкту. Зокрема, на загальних виборах 1995 року Рефах став найбільшою політичною партією в Туреччині із 158 місцями у Великій національній асамблеї (яка на той час налічувала 450 членів), що дозволило сформувати коаліційний уряд із правоцентристською Партією правдивого шляху (Doğru Yol Partisi). Згідно з опитуванням громадської думки у січні 1997 року Рефах отримав 38% голосів. Інше опитування продемонструвало, що вони можуть отримати 67% голосів на загальних виборах, які відбудуться приблизно через чотири роки.

Слід відзначити, що попри те, що кожен випадок є індивідуальним, однак оцінка співмірності втручання у внутрішнє політичне життя у вигляді заборони функціонування партії, заради захисту інтересів держави, має певний практичний алгоритм: оцінювання ідей, поведінки у комплексному вимірі, а також спроможності такої політичної структури завдати шкоди правопорядку шляхом здобуття влади. Загрози оцінюються не як гіпотетичні, а як реальні з урахуванням критерію розумності.

Український досвід застосування концепту войовничої демократії перебуває в стадії формування та відбувається цей процес з певними особливостями, адже рішення приймаються в умовах надзвичайного правового режиму воєнного стану. За таких умов суб'єкти, щодо яких цей підхід застосовується з позиції обґрунтування рішення в публічному середовищі, чітко ідентифікуються як пособники ворога, такі позиції озвучуються як офіційними особами, так і представниками ЗМІ, більше того, деякі науковці зазначають, що «саме незастосування доктрини войовничої демократії стало визначальним для подальших подій, дозволило поширитися й отримати прихильників об'єднанням, програма і дії яких були спрямовані одночасно як проти демократії, так і проти незалежності, суверенітету і територіальної цілісності України». [155, с.64] За таких умов, на рівні виконавчої влади рішення приймаються швидко, з дотриманням режиму обмеженого доступу до інформації, яка обґрунтовує схожого характеру звинувачення та, слід відмітити, створює для суду обмежене поле для прийняття рішень, відмінних ніж підтвердження правомірності.

У 2015 році, після революційних подій та оновлення складу Парламенту, було прийнято Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів...» [156], який став тим актом який вмонтував в національне законодавства ідею войовничої демократії. При цьому, він не був спрямований проти конкретної партії, а засуджував саме ідеологію, несумісну із плюралістичним конституційним ладом. У рішенні щодо перевірки на конституційність відповідного Закону, Конституційний Суд України [157] наголосив, що комуністичний режим ліквідував українську державність,

установив однопартійність і цензуру, знищив опозицію та системно порушував права людини; комуністичний і нацистський режими, попри привабливі утопічні гасла, призвели до масових репресій і знищення людей. При цьому Суд визначив легітимну мету Закону, а саме недопущення повернення до тоталітарного минулого.

У цьому Рішенні Конституційний Суд України сформував правило, яке відфіксувало принцип войовничої демократії для подальшого правозастосування: «політична партія, в установчих, програмних та інших офіційних документах якої міститься заперечення засад конституційного ладу України, права Українського народу на власну незалежну державу, заклики до ліквідації української незалежної держави, порушення її територіальної цілісності або ж до іншої мети, що не відповідає демократичній сутності змісту Конституції України, не може бути легітимною, а для її легалізації в Україні немає юридичного підґрунтя».

Використання категорії «або ж до іншої мети, що не відповідає демократичній сутності змісту Конституції України», є достатньо широким з точки зору тлумачення. Водночас, Суд, посилаючись виключно на те, що така мета має бути відображена в «офіційних документах», свідомо звужив поле застосування інструменту войовничої демократії, вписавши його в контекст положень статті 37 Конституції та існуючого законодавства про політичні партії, яке організаціям з такими статутними цілями не передбачало реєстрацію. Судді Конституційного Суду України, які очевидно вивчають практику ЄСПЛ, в тому числі, у справах про заборону політичних партій, свідомо діяли на користь збереження від надмірної дискреції правозастосування, відмовою від розширення критеріїв оцінки такими як «систематичні діянь членів партії, публічні заклики, які свідчать про реальне спрямування організації тощо».

На думку деяких вчених, саме не застосування положень ст.37 Основного Закону призводило до створення досить радикальних політичних рухів як правого, так і лівого спрямування, причому ставилися під сумнів як демократичні принципи, так і власна незалежна державність. [155, с.65] Автори цієї думки інтерпретують тезу Гюнтера Франкенберга про демократичного суверена, який навчається на помилках. Однак з цим судженням погодитись складно. Застосування механізмів

войовничої демократії, потребує політичним рішенням, яке базується на повноті оцінки інформації, доступної у певний конкретний період часу. Комуністична партія, яка хоч, як і зазначається у програмі, має одним із ключових завдань «створення Союзу вільних народів та відновлення повновладдя рад трудящих», декларуючи це, насправді була комформіською для інших політичних сил. Свою «ідеологічну позицію» вони вдало обмінювали під час голосувань на преференції кадрового чи іншого характеру. Тому у кожен окремий період, суб'єкти прийняття рішення сприймали комуністів не те, що не як загрозу демократії, а як тих, з ким можна домовитись про голосування.

Важливою обставиною, яку варто враховувати при аналізі, є механізми оцінки, які впливають з рішення ЄСПЛ у справі Партія «Рефах» (Партія добробуту) проти Туреччини. У ньому судді послуговувалися оцінкою ступеню суспільної підтримки, як критерієм ризиковості. Перші десятиліття незалежності України Компартія демонструвала інертний високий рівень підтримки громадян, на виборах 1994 року, — 85 зі 450 мандатів, на парламентських виборах 1998 року, — 123 мандати. І навіть при таких результатах та їй не вдалось реалізувати статутні цілі, підірвати демократичний процес. У подальшому, за підсумками виборів 2002 року вони отримали 65 депутатських мандатів. На виборах 2006-го року результат склав 21 мандат. На позачергових виборах 2007 року у КПУ 27 місць. На виборах у 2012 році 32 місця. Власне, ці результати були вкрай далекими від можливості самостійно завдати шкоди демократії. Водночас, соціологічні дослідження 2014 року, після подій Революції гідності, демонстрували, що КПУ знаходиться нижче межі потрапляння до Парламенту, зокрема, за даними КМІС станом на липень 2014 року, рейтинги партії знаходились на рівні 3-4%.

За таких умов, теоретичний концепт войовничої демократії, міг би бути застосований до КПУ, однак в період відразу після проголошення Незалежності України 1991 року, чи після голосування за Основний Закон України у 1996 році, тобто тоді, коли ця політична сила, принаймні номінально, відповідала тій, яка може визначати державну політику. Водночас, через 23 роки після здобуття незалежності,

коли рівень підтримки знаходиться в межах статистичної похибки, про загрозу демократії вбачаються як неспівмірні із дійсністю.

Спроба оцінити загрози конкретної партії з точки зору подій 2022 року, які настали через не застосування войовничої демократії означало б запропонувати нічим необґрунтовану версію, вигідну в конкретний час, в момент необхідності підтримки рішення про заборону, а не науково-добросовісний підхід позбавлений емоцій, а сповнений раціонального осмислення. Важко уявити, що злочинний замисел країна-агресор координувала з партією комуністів, яка навіть у парламенті у цей час представлена не була. Не говорячи про недостатній рівень їх підтримки, та упускаючи з аналізу 8 років, протягом яких функціонували оновлені та очищені, після Революції Гідності правоохоронні органи.

Остаточні рішення щодо заборону КПУ було прийнято 3 травня 2022 року Шостим апеляційним адміністративним судом який залишив без змін постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 16 грудня 2015 року. [158] При цьому, рішення приймалось шляхом оцінки символіки, найменування, як таких, що не відповідали Закону від 09.04.2015 № 317-VIII. Тому в даному випадку мало місце не стільки застосування концепту войовничої демократії, шляхом оцінки загрози підриву демократії партією, скільки заборона діяльності партії, як такої символіка та статутні документи не відповідають чинним вимогам щодо діяльності на території України. При цьому, варто відзначити, що це рішення було прийнято через 7 років після рішення суду першої інстанції та, водночас, через декілька місяців після початку вторгнення РФ.

Вже за два місяці Комуністичну партію заборонили вдруге, тепер рішенням Восьмого апеляційного адміністративного суду від 5 липня 2022 року, [159] на підставі Закону, прийнятого після початку повномасштабного вторгнення РФ на територію України, яким було внесено зміни до Закону «Про політичні партії в Україні». Попри посилання у тексті на практику ЄСПЛ у справах про заборону політичних партій, оцінка загроз в межах концепту войовничої демократії була односторонньою та стосувалась подій 2014 року, тобто подій 8-ми річної, на момент винесення рішення, давнини. Крім цього, складно вписати в контекст статті 80

Конституції України аргументи позивача, про те, що «відмова представників КПУ взяти участь у голосуванні (прим. за Постанову «Про Заяву Верховної Ради України у зв'язку з зупиненням дії рішення Верховної Ради Автономної Республіки Крим від 06.03.2014 про проведення 16.03.2014 загальнокримського референдуму» № 4388.) свідчить про підтримку партією політики РФ, спрямованої на захоплення Криму». За відсутності відзиву від відповідача, суд поважав позицію позивача обгрунтованою.

В умовах надзвичайних викликів такого масштабу, як війна, судовій гілці влади, так само як і науковій спільноті складно зберегти холодний розум та послуговуватись не політичною доцільністю, а духом і нормою права. Тому, навіть застосування практики ЄСПЛ та науково-теоретичного надбання концепту войовничої демократії сповнене дискреції і для самих суддів. Чи можна події 8-ми річної давнини, за які щодо певних осіб навіть розпочинали кримінальні провадження вважати загрозу державності? Чи можна обгрунтовувати в якості вини те, за що відповідальності для депутата виключає Конституція? Чи можна говорити про загрозу від тих, хто не має підтримки на рівні 1-2 % серед громадян?

В даному випадку Суд ухвалив, що так, зайнявши позицію у відповідності до Указу Президента України від 19.03.2022 № 153/2022 введено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 18.03.2022 «Щодо призупинення діяльності окремих політичних партій», «об'єднавшись довкола прапора». Водночас, якщо заборона Компартії мала підґрунтя, яке все ж своїм обґрунтуванням відсилало нас до ідеологічних символів, які не відповідали Закону 2015 року, то подальше втілення в життя «політичного очищення», що носило характер суспільно-політичної солідарності з настроями у суспільстві та рішеннями Президента.

В контексті вітчизняного досвіду застосування войовничої демократії, яке відбувається як в умовах пост революційних, так і в умовах безпосередньо правового режиму воєнного стану, важливими є напрацьовані юридичною наукою підстави для відступу обумовлені критерієм «загрози територіальній цілісності». Сіракузькі принципи розділяють підходи до таких загроз за критерієм стану правопорядку в якому вони виникають. Так, у п. 29 уточнено виправданість

обмежень в умовах «звичного» правопорядку лише для захисту існування держави, її територіальної цілісності чи політичної незалежності «проти сили або загрози застосування сили», і не може використовуватись щодо локальних, ізольованих загроз. У п.39 виправдовує відступ від зобов'язань у разі «надзвичайного стану, що загрожує життю нації», але кожен захід має бути «суворо необхідним» — якщо ж звичайних інструментів достатньо, відступ є непропорційним (п. 53). [61]

З огляду на те, що войовнича демократія є інструментом в першу чергу для «звичайних часів» ми повинні досліджувати практику, абстрагуючись від умов надзвичайності та не намагатись їх поєднати. Інакше матиме місце випадок ретроспективного застосування Закону щодо подій, які мали місце в умовах нормальності, однак у той час не призвели до наслідків, а в умовах надзвичайності відбувається їх застосування за іншого режиму правового регулювання, як підстав для застосування обмежувальних заходів, в іншому стані соціуму, що з точки зору верховенства права є недопустимим, це вбачається у випадку із рішенням щодо заборони КПУ від 05.07.2022 № 826/9751/14. У практиці ЄСПЛ у справі «Станков та Об'єднана македонська організація «Ілнден» проти Болгарії» [160] 2001 року, приймаючи рішення на користь Ілнден, суд зазначив, що оцінюючи пам'ятні заходи, проведення яких було заборонено місцевою владою, слід брати до уваги, чи мав місце заклик до застосування насильства, повстання або будь-якої іншої форми відмови від демократичних принципів. При цьому, суд констатував, що у рішеннях міських голів та місцевих судів йшлося лише «про гіпотетичну небезпеку для громадського порядку без надання подальших подробиць».

Таким чином, ризик незначних інцидентів не вимагав заборони зустрічей Ілндена. Крім цього, у п.97 Суд визначив, що той факт, що група осіб закликає до автономії або навіть вимагає відокремлення частини території країни — не може автоматично виправдати заборону її зібрань. Вимога територіальних змін у промовах і демонстраціях не означає автоматичної загрози територіальній цілісності та національній безпеці країни. Широкомасштабні заходи превентивного характеру, спрямовані на придушення свободи зібрань і вираження поглядів, за винятком випадків підбурювання до насильства або відмови від демократичних принципів —

якими б шокуючими і неприйнятними для влади не здавалися певні погляди або слова, що використовуються, і якими б нелегітимними не були висунуті вимоги, — роблять погану послугу демократії. Аналогічне положення відображене і у п. 81 Спільних керівних принципів Венеційської комісії та ОБСЄ/БДПЛ, яке фіксує, що у захисті свобод об'єднань і вираження поглядів може бути відмовлено, коли ними зловживають для «підбурювання до насильства, ненависті до меншин або заперечення Голокосту» — тобто зловживаючи політичними свободами, прагнуть підірвати той державний лад, який забезпечує йому можливість на об'єднання, для знищення інших захищених прав. [161] Крім того, у п. 110 рішення Суд вказує, що асоціація-заявника мала лише близько 3 000 прихильників (у регіоні з населенням близько 360 000), не всі з яких були активними. У сукупності всього переліченого, суд дійшов висновку, що органи влади перевищили свободу розсуду і що заходи, які забороняли заявникам проводити пам'ятні зібрання, не були необхідними .

Це рішення розмиває характер абсолютного табу на обговорення питання зміни територіального устрою в державі. Якщо ці заклики не передбачають насильство як засіб, дотримуються правового підходу на основі поваги до принципу верховенства права, то є цілком правовими. При визначеності загрози суд оцінює і масштаб організації та прихильників. Проводить розмежування між гіпотетичною загрозою та обґрунтованими припущеннями про її наявність.

Як відомо, 24 лютого 2022 року Указом Президента України від № 64/2022, запроваджено правовий режим воєнного стану, затверджений Законом України від 24 лютого 2022 року № 2102-ІХ. Відповідно до положень статті 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», військове командування в межах тимчасових обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб, передбачених указом Президента України про введення воєнного стану, такі заходи правового режиму воєнного стану як порушувати питання про заборону діяльності політичних партій, громадських об'єднань, якщо вона спрямована на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення

державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на стійкість критичної інфраструктури, права і свободи людини, здоров'я населення.

Таким чином, в умовах нормальності в Україні постійно діє стаття 5 Закону України «Про політичні партії в Україні», яка встановлювала заборону функціонування та утворення політичних сил, які ставлять за мету змінити конституційний лад насильницьким шляхом та посягають на територіальну цілісність. У той же час в умовах надзвичайного правового режиму, військово командування отримує можливість ініціювати питання про заборону діяльності політичних партій за цими та додатковими критеріями. Така відмінність обумовлена саме правовим середовищем, яке визначає відповідальних за прийняття рішень щодо ініціювання заборони на функціонування політичної партії. В звичних умовах, це завдання виконавчої влади, яка реалізує саме концепт войовничої демократії. В умовах правового режиму воєнного стану, додаткові повноваження, які надаються військовому командуванню, обумовлені саме тим, надзвичайним правовим режимом та можуть стосуватись діяльності партії щодо якої ініціюється заборона, вчиненої під час правового режиму воєнного стану. Тобто, контроль за дотриманням законодавства про об'єднання громадян та політичні партії в умовах нормальності, прерогатива виконавчої влади, і лише в умовах воєнного стану, суб'єкти відповідальні за безпеку та оборону є уповноваженими розглядати таку діяльність як елемент загальнодержавної безпеки, і в даному випадку мова вже не йде про концепт войовничої демократії, мова йде про самостійний характер повноважень щодо обмеження права на політичну участь в умовах загрози безпеки нації. Логіка розмежування знаходиться у науковому обґрунтуванні концепту войовничої демократії, який передбачає використання законних засобів досягнення цілей, для політичної діяльності, цими заходами є мітинги, акції, демонстрації, вибори, політична агітація, тобто все те, що використовується для роботи з виборцем з метою набуття влади законним способом і, з огляду на специфіку надзвичайного правового режиму воєнного стану, може бути здійснене лише після його скасування. Тобто, якщо законні засоби обмежені в силу правового режиму воєнного стану, то

концепт войовничої демократії не може бути обґрунтуванням для вчинення дій пов'язаних із припиненням функціонування політичних партій.

У подальшому Президент України Указом від 19 березня 2022 року № 153/2022 введено в дію Рішення РНБО від 18 березня 2022 року, яким призупинено на період дії воєнного стану будь-яку діяльність в Україні 11 політичних партій та доручено Міністерству юстиції України невідкладно вжити вичерпних заходів щодо заборони їх діяльності політичних партій. При цьому, відзначимо, що таке поняття як «призупинення діяльності політичних партій» не передбачене законодавством. З огляду на те, що рішення про заборону діяльності партії відповідно до ч.4 статті 37 Конституції України здійснюється лише в судовому порядку, а спір у суді передбачає певне правового підґрунтя та доказову бази для обстоювання позиції, 3 травня 2022 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони політичних партій». [162] Цим законом статтю 5-ту доповнено підставами для недопущення утворення та функціонування партій, які здійснюють відповідно до статутних цілей чи дій: виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії проти України; глорифікацію, виправдання дій та/або бездіяльності осіб, які здійснювали або здійснюють збройну агресію проти України, представників збройних формувань Російської Федерації, незаконних збройних формувань, банд, найманців, створених та/або підпорядкованих, та/або керованих, та/або фінансованих Російською Федерацією, а також представників окупаційної адміністрації Російської Федерації, яку складають її державні органи та інші структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних Російській Федерації самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України, у тому числі шляхом їх визначення як «повстанці», «ополченці», «ввічливі люди» тощо».

22 травня 2022 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну» [163], яким

внесено додаткові зміни до Закону України «Про політичні партії в Україні» шляхом доповнення статті 5 пунктом 9-1), яким передбачено заборону на функціонування партій, якщо їх програмні цілі або дії спрямовані на пропаганду російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну.

З аналізу постанов Верховного Суду у справах, щодо заборони діяльності партій, можна зробити висновок, що критеріями для визначення відповідності підстав для заборони були саме положення, внесені до статті 5 Закону «Про Політичні партії в Україні» протягом весни 2022 року, шляхом оцінки висловлювань представників партій зроблених в період задовго до їх прийняття. При застосуванні цих критеріїв, у суду була відсутня необхідність досліджувати співмірність загрози безпеці сьогодні від слів виголошених 6-7 років тому, так само як і оцінювати рівень підтримки чи активності політичних сил. Як зазначали суди: «заборона діяльності партії в умовах воєнного стану має на меті завадити зусиллям, спрямованим на розкол українського суспільства та підштовхування до співпраці з ворогом. Це рішення унеможливить дії тих політиків-колабораціоністів, які протягом всієї своєї діяльності сповідують проросійську позицію і поділяють фашистську ідеологію «руського мира». [164] Останнє речення, за збігом обставин, дослівно повторює текст першого речення другого абзацу повідомлення на сайті РНБО України від 20.03.22 року, хоч і є висновком суду. [165]

Така мотивація судів не може сприйматись як така, що відповідає принципу верховенства права, навпаки, вона є скоріше підтвердженням тези про те, що суди здатні пожертвувати цим принципом в умовах надзвичайного правового режиму, заради суб'єктивного розуміння суспільної доцільності. Соціальне середовище та суспільні настрої в час прийняття рішень не вимагали юридичної чистоти та обґрунтованості, тому судді «внесли свою частку в спільну перемогу над ворогом», шляхом прийняття рішень якими підтвердили позицію ініціаторів відповідних позовів та не виконавши свого функціонального призначення в країні де існує принцип поділу влади.

Вітчизняні науковці даючи оцінку рішенням судів у цій категорії справ зазначають, що на початку війни ні українське законодавство, ні інституційна система не були готові оперативно реагувати на наявні виклики у сфері політичної свободи, що спонукало органи влади гнучко реагувати та ухвалювати рішення. [166, с.20] Така форма поблажливості, властива середовищу надзвичайної загрози, яка покликана знайти виправдання для протиправності, яка йде у розріз з принципами рівності, верховенства права та доступу до справедливого, неупередженого судочинства, на противагу суспільно-політичній доцільності. Як ілюстрацію такого підходу, який не відповідає вимогам, які пред'являються для відступу ні за умов войовничої демократії, ні згідно міжнародному праву в умовах надзвичайних правових режимів, наведемо рішення Верховного Суду від 23 вересня 2022 року про заборону діяльність політичної партії «Соціалісти». [167]

Верховний Суд розглянув докази на підставі яких попередні інстанції задовольнили позов Мінюсту про заборону партії Соціалісти та цілком справедливо визнав, що доказів у процесуальному розумінні цього поняття представлено не було. Зокрема, щодо листа СБУ від 26.03.2022 № 5/1-229 у якому містились витяги з інтернет публікацій про те, що «лідер проросійської політичної партії «Соціалісти» Анопрієнко Є. Я. здійснює діяльність в інтересах экс-глави Адміністрації Президента України А. Ключова та існування вірогідності використання останнім партії для проведення підривної діяльності», Верховний Суд зауважив, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях. Колегії судів Верховного Суду констатувала, що Восьмий апеляційний адміністративний суд як суд першої інстанції у цій справі, порушив вимоги процесуального закону, приймаючи оскаржуване рішення за відсутності доказів та на підставі припущень і непідтверджених фактах.

У подальшому Суд справедливо відкинув доводи СБУ, викладені у листі від 29.07.2022 № 5/1/4-11456, у якому повідомлялось, що політичну партію «Соціалісти» було засновано 28.01.2015 та обрано її головою громадянина України Сушка Василя Петровича, а раз останній у 2010 році, перебуваючи на посаді Міністра економіки України погоджував проєкт «Харківських угод», то це підстава

для заборони партії. В цьому контексті, Верховний Суд зазначив, що ці обставини, не може слугувати самостійною підставою в розумінні статей 5 та 21 Закону України «Про політичні партії в Україні».

Проявляючи щодо одних доказів правовий підхід суд у кінцевому результаті знайшов не менш сумнівні, із нашої точки зору, підстави для прийняття рішення про заборону політичної партії, такими для Верховного Суду стали висловлювання Кожари Л.О., якого 03 квітня 2018 року було обрано головою партії «Соціалісти». Так, у листі СБУ від 29.07.2022 № 5/1/4-11456 зазначалось, що Кожара Л.О. на телеканалах, підконтрольних колишньому голові політради забороненої проросійської політичної партії «Опозиційна платформа — За життя» В. Медведчуку, неодноразово публічно критично висловлювався щодо подій Революції Гідності, що на думку СБУ фактично ретранслявало антиукраїнський вектор російської інформаційної пропаганди. Зокрема, проведено огляд публікації від 05.08.2020 року та 24.09.2015 року. Суд оцінив ці висловлювання як такі, що протирічать Постанові Верховної Ради України від 27.01.2015 № 129-VIII, у якій РФ визнана державою-агресором, зазначив, що вони «могли вплинути на загальну суспільно-політичну думку членів політичної партії, що в майбутньому могло призвести до збільшення кількості колабораціоністських настроїв серед населення України в рамках загарбницької агресії РФ. Вказане слід розцінювати як підриив безпеки держави». Крім цього, суд відмітив пасивність інших керівних членів Партії стосовно висловлюваної позиції, що могло свідчити про мовчазну згоду.

Як і інші листи СБУ, такі докази повинні були бути відхилені Судом з наступних причин. Станом на 2015-й рік Кожара Л.О. членом політичної партії «Соціалісти» не був. Крім того, 27 листопада 2019 р він звернувся з заявою до з'їзду партії, про складення своїх повноважень та вихід із партії, це рішення було прийняте того ж дня. Відповідно, на момент виголошення, слів на які посилається Верховний Суд згадана особа не мала відношення до партії. У пунктах 67-77 Рішення Верховним судом перераховано низку вимог, визначених Венеціанська Комісія на рівні «Керівних принципи заборон і розпуску політичних партій» (10-11 грудня 1999 року), [168] а також «Керівних принципів щодо свободи об'єднань»

(13-14 грудня 2014 року), [169] яким повинні відповідати такі рішення, зокрема відповідно до принципу 10, Суд констатує, що «необхідність обмежень повинна бути ретельно зважена і ґрунтуватися на беззаперечних доказах».

При цьому, Суд виніс рішення за відсутності доказів, що партія задіяна у діяльність, що загрожує демократії, без встановлення факту вчинення серйозного правопорушення проти конституційного ладу. Про діяльність партії у судовому рішенні мови не йшло, крім того, що вона критикує владу, що на момент діяльності знаходилось в межах дозволених демократією. Серйозність порушення приписується, у момент його вчинення, не членові партії. Порушення визначене ретроспективно, тобто на підставі закону, який не існував на момент дій. Серйозність наслідків розглянуто через гіпотетичний вплив на збільшення кількості колабораціоністських настроїв серед населення. Для того, щоб оціни масштаб загрози, у таких випадках доречно визначити роль партії для суспільно-політичного життя. Опитування, проведене 20-21 січня 2022 року Київський міжнародний інститут соціології [170], соціологічною службою Центру Разумкова з 28 по 31 січня 2022 року [171], Соціологічної групи «Рейтинг» 11-18 лютого 2022 року [172], демонструють, що ця партія навіть не згадується як так, що має хоча б більше 1-го % виборців готових віддати їй голоси. Таким чином, Верховний Суд, як і суд першої інстанції, у цій справі виконали роль інструменту підтвердження рішення ініційованого Президентом та Міністерства юстиції України, опираючись на відомості органу безпеки, які робили щонайменше три спроби «підібрати» доказову базу протягом судового розгляду. Тим самим, замість перевірки законності та виконання функції захисту від сваволі, абстрагування від суспільного тиску, Верховний Суд не продемонстрував інституційної стійкості, високих індивідуальних якостей суддів, добровільно відмовився від покладеної на нього функції відправлення правосуддя.

Концепт войовничої демократії зберігає практичну релевантність, однак його слід чітко відмежовувати з обмеженнями, що застосовуються під час воєнного стану.

Стандарти ЄСПЛ формують операційний алгоритм для «звичайних» справ: окрім формальних документів береться до уваги реальна поведінка й публічні висловлювання керівництва партії, а також її фактична політична спроможність (електоральна вага) завдати шкоди конституційному ладу. Мирні заклики до територіальних змін без насильницької складової самі по собі не виправдовують заборон. Влада повинна відрізнити гіпотетичні ризики від обґрунтованих і доведених.

Українська практика примусового виключення суб'єктів з політичного життя демонструє дві фази. Перша — імплементація ідеї ідеологічної несумісності, легітимною метою якої стало недопущення повернення до тоталітарного минулого. Тим самим, на рівні законодавчого закріплення було розширено ціннісну демократичну складову, поруч із конституційними положеннями, яких повинні дотримуватись та якими повинні відповідати політичні сили, які прагнуть участі у боротьбі за владу в Україні. Одна із двох заборон на діяльність КПУ формально відбулась через невідповідність статутних документів Закону, а не через загрозу демократії з використанням законних методів, тому не вважаємо за доречне називати це рішення втіленням войовничої демократії в дійсність. Друга — воєнний час, коли суди змішують режими, спираються на давні висловлювання без доведення системності й актуальної спроможності завдати шкоди. Така практика підвищує ризики ретроспективності та підміни стандартів доказування політичною доцільністю.

Остаточна роль судової влади в справах про обмеження політичної участі — гарантувати, що захист демократії не перетворюється на її самозаперечення. Суд має чітко розрізнити «звичайний» конституційний режим (у якому застосовується доктрина войовничої демократії як превентивний, але винятковий інструмент) і надзвичайні правові режими (дерогацію під час війни або надзвичайного стану). Навіть за умов війни неприпустимі ретроспективність і колективна відповідальність. Доказування мусить спиратися на конкретні, перевірені дані (а не припущення або загальні довідки), із забезпеченням змагальності

Саме довільний підхід до тлумачення виключних обставин, вільний підхід до тлумачення поняття загрози, зводить демократії до нісенітничі та абсурду. За відсутності визначеності, проблема завжди знаходитиметься у можливості маскуванню репресивних практик в погоні за досягненням спільного майбутнього, водночас, поглиблюючи соціальні конфлікти. [173, с.490-494]

Небезпека концепту «войовничої демократії», як відомо, полягає саме в можливості тлумачити доволі широкі терміни та категорії дискреційно, тим самим, в силу факту триваючої на момент винесення рішень збройної агресії, очікувати навіть від Верховного Суду рішення, яким були б відхилені позови міністерства юстиції, не доводиться. Тому втілення пересторог щодо концепту войовничої демократії, якщо прийняти те, що саме такі принципи були застосовані, хоч ми і відстоюємо іншу думку, є не теоретичним, а практичним ризиком.

### 3.7 КОНЦЕПТ ВОЙОВНИЧОЇ ДЕМОКРАТІЇ, ЯК ПІДГРУНТЯ ДЛЯ СКАСУВАННЯ НАРОДНОГО ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ.

Науковці, які з пересторогами осмислюють концепт войовничої демократії, звертають увагу на те, що принципи закладені в ній дозволяють поширити виключення в принципі на буд-який демократичний процес. Войовнича демократія захищає основоположні цінності щодо яких у суспільства існує безапеляційних консенсус та абсолютний конституційний захист. Таким чином, дискреція суду, чи виконавчої влади, щодо обґрунтування власного рішення про виключення, послуговуючись вищою метою, може не завжди очікувати тих проявів загрози про які писав Левенштайн: як мілітаризація, заклики до насильства, екстремізм, тощо. У якості небезпечного прецеденту, із захисту конституційного ладу, який посягнув на основні права громадян в демократичних республіках, а саме усвідомленню того, що за громадянами завжди є вирішальне слово у питаннях політичного вибору, доречно простежити на прикладі президентських виборів у Румунії, проведення яких розтягнулося на 2024-2025 роки. Після того, як стали відомі результати першого туру, який відбувся 24 листопада 2024 року, 6 грудня 2024 року Конституційним

судом Румунії ухвалено рішення №32 [174], на підставі якого відбулося скасування всього виборчого процесу.

У пункті 4 Рішення №32 судом зазначається, що мета конституційного контролю передбачає забезпечення безперервного дотримання принципу верховенства Конституцій в ході президентських виборів, а також конституційних цінностей, які характеризують румунську державу і які Президент Румунії зобов'язаний поважати і захищати. Такий підхід збігається із концептом войовничої демократії. Конституційний Суд ухвалював рішення посилаючись на дані, отримані після розсекречення інформації спеціальних служб, які нібито встановили маніпуляції у виборчому процесі на всіх стадіях. Вказані дані були надані такими структурами, як Міністерство внутрішніх справ, Служба зовнішньої розвідки, Румунська служба розвідки та Спеціальна служба телекомунікацій. Їх конкретний зміст у тексті не наводиться, хоч і згадуються маніпуляції голосами виборців через непрозоре використання цифрових технологій та штучного інтелекту, нерозкриті джерела фінансування, агресивну політичну рекламу без належної ідентифікації спонсорів, порушення принципу рівних можливостей для кандидатів через переваги одного з них на цифрових платформах.

27 січня 2025 року Венеціанська комісія оприлюднила терміновий звіт [175] у якому надала відповідь на питання за яких умов, правових стандартів конституційні суди можуть скасувати результати виборів, зокрема на основі недавнього румунського прецеденту. Венеціанська комісія зазначила, що анулювання фактично означає, що суддя скасовує вираження думки народу на підставі того, що вибори суперечили правилам. Комісія зазначає, що як правило, виборці повинні вірити, що їхній голос є остаточним. Скасування частини виборів або виборів у цілому є виправданим лише за дуже виняткових обставин (принцип *ultima ratio*). Якщо ж це відбувається через незначні порушення, то може призвести до недовіри судовим засобам захисту, або зниженням інтересу до циклів повторних виборів. Венеціанська комісія чітко констатує, що наслідки визнання результатів виборів недійсними мають бути менш шкідливими, ніж визнання результатів виборів, незважаючи на їх недоліки. Винятковість такого рішення, обумовлює

вимоги до процедури його прийняття. Звісно мусить бути виключеним будь-яке свавілля, повинні бути забезпечені права подання доказів, справедливого, публічного, прозорого слухання, задля забезпечення довіри. Тим паче враховуючи те, що фактично скасовується воля народу. А самі рішення мають бути добре обґрунтованими і оприлюдненими. Центральним критерієм, як основи для скасування виборів, є питання наявності порушення, що могло вплинути на результат голосування. Рішення та описані в ньому порушення, повинні базуватись на встановлених доказах незаконності, нечесності, несправедливості, службових зловживань чи інших неправомірних дій, і коли така неналежна поведінка спотворила результати виборів. А у пункті 77 чітко зазначено, що інформація про порушення і докази не повинні ґрунтуватися виключно на секретних розвідданих (які можуть використовуватися лише як контекстна інформація), оскільки це не гарантує необхідної прозорості та можливості перевірки.

На думку Комісії, онлайн-кампанії, у тому числі за допомогою штучного інтелекту, дійсно можуть посилити занепокоєння щодо дезінформації та маніпуляцій. Водночас, вони зазначили, що агітації, на виборчих кампанії, по суті, є інформаційними кампаніями кандидатів, спрямованими на переконання виборців. Заяви про політику, зроблені кандидатами в контексті виборів, часто можуть розглядатися їхніми опонентами як дезінформація або неправдива інформація. При цьому, в пункті 57 Висновку зазначається, що контент, який створюється в соціальних медіа створюють користувачі, що ускладнює можливість віднести онлайн-підтримку кандидата до кампанії цього кандидата. Той простий факт, що кандидат досяг успіху в онлайн-кампанії не означає, що кандидат порушив правила щодо витрат на кампанію та прозорості та таким чином отримав несправедливу перевагу.

18 травня 2025 року у виборах переміг Нікушор Дан. Щодо Келін Георгеску, який був лідером за підсумками першого туру 24 листопада 2024 року, то 26.02.2025 проти нього прокуратура відкрила кримінальне провадження інкримінуючи пропаганду фашистських організацій, антисемітизм і порушення фінансування кампанії. Це відбулось менше ніж за два тижні до подачі документів для реєстрації у

якості кандидата. 9 березня 2025 року Biroul Electoral Central (Центральне виборче бюро Румунії) відхило реєстрацію, вказавши, що претендент на президентство має «поважати Конституцію та захищати демократію», а Георгеску цим вимогам не відповідає, оскільки попередні вибори 2024 р. були анульовані саме через його поведінку. Відповідне рішення підтвердив і Конституційний Суд Румунії, наголосивши, що така відмова не є «вічною заборонаю» — вона оцінюється від виборів до виборів з огляду на факти. 16 вересня 2025 року Генпрокуратура направила до суду обвинувальний акт проти Келіна Георгеску та ще 21 особи, яким інкримінують, зокрема, співучасть у замаху на вчинення дій проти конституційного ладу (справа стосується подій одразу після анулювання президентських виборів-2024). [176]

Таким чином, рішення Конституційного Суду Румунії від 6 грудня 2024 року, не було таким, що відповідає критеріям, які визначає Венеціанська комісія, зокрема: обґрунтованості, переконливості та прозорості, не засновувалось на переконливих доказах, якими б можна було обґрунтувати громадянам, чому їх вирішальне право визначати скерування республіки було понівечене та переглянуте інституцією. Конституційний Суд захищав демократію, в даному випадку, від введеного в оману суверену, тобто народу, який мав повірити, що його вибір, був насправді контрольованим та сучасними технологіями змодельованим. Напрацьовані міжнародними структурами, науковцями, здоровим глуздом критерії, вимоги та принципи щодо застосування тих, чи інших обмежувальних заходів, виключень і відступів, не відіграють ролі директив, не впливають на перегляд прийнятих рішень та не скасовують правових наслідків. Історичний аналіз розвитку подій демонструє, що це рішення, у подальшому стало підставою для відмови у реєстрації Центральним виборчим бюро Румунії кандидата Георгеску. При тому, що на момент цього рішення, згідно презумпції невинуватості, останній не був визнаний винним у вчиненні будь-якого із кримінальних правопорушень. Тобто, неповага до конституції, як черговий дискреційний інтерпретаційний термін, який перешкодив особі реалізувати пасивне виборче право, обґрунтоване іншим дискреційним рішенням, щодо якого не розвіяно сумні беззаперечності в аргументації. Фактично в

такому прочитанні войовнича демократія - це суцільна правова невизначеність, яка базується на дискреційних повноваженнях у актах направлених проти конкретного кандидата, які інтерпретують події виключно з однією метою. Аксіологічна конкуренція конституційних принципів, які захищав суд та якими знехтував у конкретному випадку можуть мати наслідком сумніви у легітимності переможця, а у довгостроковій підірвати довіру до організації публічної влади. Втім варто відмітити і синхронну діяльність у даному питанні різних владних інституцій, як на стадії надання інформації Конституційному Суду, так і самим Судом, у подальшому Генеральною прокуратурою, яка повідомляла про звинувачення і Центрального Виборчого Бюро, які забезпечили єдність правової інтерпретації подій в потрібному для спільної мети тенденції.

### **Висновки до Розділу 3**

Даний розділ присвячено функціональній придатності теоретичних напрацювань у сучасній дійсності на прикладі України та окремих демократичних країни. Мета було вивчення поведінки та рішень суб'єктів владних повноважень на предмет керування критеріям та вимогам напрацьованим міжнародним досвідом правозастосування, здатності зберегти інституційну самостійність гілок влади в умовах криз, а також ефективності конкретних механізмів стримування, які конституційно закріплені та не скасовуються за умови запровадження надзвичайних правових режимів. Проведено чітке розмежування між заходами, власне, надзвичайного стану та оборонними механізмами без оформлення у відповідні режими.

В оцінці українського досвіду відправними для аналізу взято події 2014 року, які розглянуто не через право на повстання, а через призму надзвичайного стану, який носить суверенний характер, шляхом утвердження нового правопорядку. Зроблено висновок, що у фазі революційної кризи легальність поступається легітимності як джерелу установчої влади. Народ виступив носієм суверенної прерогативи, а парламент — органом її нормативної фіксації. Завдяки суверенному

схваленню, тимчасовий розрив у праві долається будь-яким типом оформлення, який не підлягає оцінці з точки зору правопорядку минулого.

Подальше утвердження революційних наслідків, попри формальне закріплення провідної ролі парламенту в системі поділу влади, шляхом використання такого елементу балансування, як періодичність виборів, фактично повернуло Президентів до вирішального впливу на законодавчу та, як наслідок, і виконавчу гілки влади, через природну кореляцію результатів близьких у часі виборів. Такого ж ефекту, як у Франції 2000-х років, в Україні досягнуто позачерговими виборами Верховної Ради 2014 та 2019 року. При цьому, ця мета взяла гору над фактичним надзвичайним станом, обумовленим зовнішньою військовою агресією. Правовий режим воєнного стану був заміщений альтернативним правовим режимом, щодо якого конституційні обмеження на проведення виборів були відсутні, попри те, що фактичні обставини відповідали воєнній загрози та супроводжувались анексією території.

Специфіка надзвичайного стану революційного характеру в частині трикутника взаємовідносин «держава-влада-індивід» в цей період характеризувалась застосуванням обмежень прав та свобод громадян, які не відповідали міжнародним принципам верховенства права, індивідуальної відповідальності та процесуальних гарантій. Розглянутий в такому контексті механізм очищення влади, як інструмент постреволуційної самоідентифікації держави, легітимував широкі, як з точки зору часового критерію, так і суб'єктного, обмеження, що перетворювали інструмент селективного захисту демократії на засіб групової дискваліфікації. Втілення таких практик стало можливим у наслідок консолідованих дій законодавчої та виконавчої влад, а судова, покликана запобігти інструменталізації обмежень, шляхом самоусунення в сформувала «інституційний вакуум» щодо власної основної функції. У постреволуційний період система стримувань і противаг мала б виконати роль захисного фільтра для захисту індивідуальних прав, але на практиці інструменти «очищення влади» були сконструйовані так, що їх базова логіка сприяла ротації еліт і стигматизації «внутрішнього іншого». Це засвідчило інституційну слабкість судової ланки, а

також знецінило її вагу та роль. З точки зору цінностей свободи та захисту, такі практики призвели до тривалої ерозії єдності.

Ефективність механізмів стримувань законодавчою владою виконавчої проаналізовано на прикладах запровадження надзвичайних правових режимів. Парламентський контроль є первинним запобіжником, який дозволяє упередити політично мотивовані спроби узурпації (Республіка Корея). У той же час, в США, попри розвинену систему стримувань, президентське вето здатне нейтралізувати резолюцію Конгресу про припинення надзвичайного стану, що виявляє вразливість суто процедурних бар'єрів. Додатковим фактором ризику стала відстрочка судового вирішення міжвладного спору щодо надзвичайних повноважень, що фактично посилило роль президентського вето. Досвід України із запровадженням правового режиму воєнного стану у 2018 році з однієї сторони продемонстрував ефективність парламентського контролю, оскільки не дав можливості змістити чергові вибори президента. Однак, з іншої сторони, продемонстрував і можливість зловживання правом ініціювання такого рішення. Не говорячи про те, що це був правовий режим, який не передбачав жодних наслідків та став не засобом захисту держави, а способом врятувати обличчя її Глави. У підсумку розділ переконливо демонструє, що парламент як представницький орган спроможний від імені політичного цілого забезпечує дотримання меж прерогатив виконавчої влади.

В ході дослідження окрему увагу приділено питанню санкції, як позасудовому засібу захисту. Відзначено, що такий інструмент має інституційний сенс щодо зовнішніх адресатів, не підконтрольних національній юрисдикції. Розширення сфери застосування до внутрішніх суб'єктів без процедурної «рамки» (індивідуалізація, ефективних механізмів захисту до запровадження, судового перегляду у розумні строки та зі всією повнотою дослідження причин запровадження) генерує конфлікт із принципами пропорційності та верховенства права і створює прецедент обхідного обмеження прав поза традиційним судовим процесом. Санкції допустимі лише як виняток із жорстко визначеною метою, адресатами і часовим горизонтом. Водночас, сам факт їх запровадження безстроково, характер обмежень, який виключає можливість використання власності

демонструє їх каральний характер, за відсутності правопорушення, а якщо цитувати Верховний Суд, то за дії які правомірного характеру, що несумісно з гідністю особи та підриває необхідні умови стійкості демократичної держави у війні.

Окремим інструментом протидії загрозам без запровадження надзвичайних правових режимів, інструментом повсякденного права, на рубежі XX та XXI століть, став концепт войовничої демократія, як умовна «протиотрута» проти акторів, які використовують свободи для знищення демократії. Однак відсутність правової визначеності та вільне тлумачення такої загрози в питаннях, які стосуються політичних свобод, гласності, дискусії, багатоманітності та плюралізму, дозволяє їй набути ролі зовсім іншого характеру, — стати інструментом політичної доцільності, під легітимним прикриттям захисту нації. Войовнича демократія у порівняльній практиці працює прийнятно тоді, коли критерії загрози вузькі, передбачають доказування й супроводжуються насильницькими діями, закликами до них (якщо мова йде про політичні рухи). При застосуванні такого інструменту центр ваги зсувається на суд який покликаний відмежовувати превенцію від менеджменту політичної конкуренції. Розвинуті демократії здатні застосовувати такий інструмент оцінюючи легітимну мету та прогножуючи наслідки. Демократії, які знаходяться в стадії становлення, вбачають в ній можливість, яку можна використати на службу партикулярним інтересам ситуативної більшості.

Виключення політичних партій, шляхом застосування цього концепту можливе лише за умов суворих критеріїв доказування, інакше руйнує довіру до держави як арбітра і позбавляє членів соціуму можливості покладатись на засоби мирної трансформації та захисту власних переконань і реалізації політики. Демократія обороняє себе правовими засобами настільки, наскільки ці засоби зберігають роль громадянина та його права у центрі державних завдань. Вилучення виборця з ролі носія первинного рішення делегітимує механізми представницької демократії, а з ними і тих, хто здобуває з їх допомогою можливості управління. Приклад скасування виборчого процесу під гаслами захисту конституційного ладу демонструє розширення меж припустимого використання войовничої демократії.

Досвід України починаючи з 2014 року і на даний час можна назвати досвідом триваючих надзвичайних станів, які взаємодоповнюють та взаємонакладаються, що ускладнює вичленення тих правових теорій в рамках яких відбувається застосування механізмів обмеження свобод. Революційний надзвичайний стан спробував породити новий кращий правопорядок, однак усі його досягнення було нівельовано революційною владою, яка змінивши Основний закони, зберегла вплив Глави держави та можливість його втручання в діяльність законодавчої та виконавчої гілок. Вимога легітимації революційного порядку, взяла гору над фактичним обставинами загрози, які вимагали запровадження правового режиму воєнного стану. Постреволюційний порядок у поєднанні із зовнішньою загрозою, дозволили оперувати категоріями «ворогів» щодо дуже широкого кола громадян, права яких зазнавали обмежень з використанням різноманітних інструментів, як таких, що мають відношення до обмежень в силу надзвичайних правових режимів, так і інструментів, які відверто були позаправовими, хоч і законними. З моменту повномасштабного вторгнення, очевидно, такі тенденції лише посилились і судова гілка влади, яка і до цього була поблажливою до рішень парламенту та виконавчої гілки влади, зберігаючи мовчання, в цей період стала тим хто на рівні національних владних інституцій закріплював оформлення вичерпання інструментів захисту. Залишаючи тим самим теоретичні ціннісні надбання попередніх поколінь та їх застереження, разом із міжнародними принципами за межами правових кордонів України. Реальна спроможність системи стримувань і противаг в умовах надзвичайності залежить від факторів не лише об'єктивно правових, але й суб'єктивних якостей осіб уповноважених на виконання функцій держави. Судова гілка влади вразлива всеохоплюючому характеру влади виконавчої та законодавчої гілок влади, а в силу того, що правовий режим надзвичайного стану, обумовлений війною не має термінів завершення, а відповідно і переконфігурування інших гілок влади стає моментом невизначеності, судді відкладають рішення на потім. Крім цього, суспільний тиск, іноді на прийняття незаконних рішень, є наслідком низької правової культури та відсутності усвідомлення широкими народними масами цінності права, як захисника та

обмежувача для суб'єктів владних повноважень. Злиття гілок влади в єдиному намірі вдоволення емоційно-мотивованого натопу, не є простором для розуму, а відповідно і простором для права. Триваючий з 2014 року мультикаспектний надзвичайний стан в Україні розхитує стандарти індивідуальної свободи, віддаляє від конституційних догматів ті засади поділу влади, які властиві демократичним суспільствам. Протягом вказаного періоду прагнення поєднати законодавчу та виконавчу під керівництвом одного політичного центру, а судову владу підкорити власній волі, шляхом законодавчих змін, скасування указів про призначення суддів, ліквідації судів, лише посилюється в умовах надзвичайних загроз, оскільки провідну роль відводить щодо захисту верховному головнокомандувачу та консультативно-дородчому органу при ньому. За таких умов інституційний баланс здатен бути продемонстрованим, як і у випадку з 2018 роком, тоді коли інші суб'єкти усвідомлюють незворотність проведення виборів, а соціопитування демонструють, перспективу не обрання діючого Президента на новий термін. Але це не інституційна стійкість, а кон'юнктурне пристосування. В умовах надзвичайних правових режимів такі передумови відсутні, а з ними і мінімізується ефективність роль поділу влади. Стійкість правопорядку в умовах довготривалої кризи залежить не тільки від здатності держави діяти швидко, а й від здатності повертатися у нормальність, якій властиві верховенство права, поділ влади, забезпечені свободи громадян. Триваючі надзвичайні стани в яких рішення приймаються без огляду на таке розуміння, в свою чергу втрачають для громадян привабливість і цінність з точки зору первинної єдності закладеної в фундамент державного об'єднання.

### **ВИСНОВКИ:**

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення механізмів стримувань і противаг як засобів забезпечення свободи та рівності громадян, при одночасному їх значенні для збереження єдності політичної спільноти. Запропоновано дослідження принципу поділу влади та механізми його забезпечення в умовах надзвичайних обставин та встановлено тенденції щодо трансформацій, які підривають цінність та значення функціонального поділу при ліквідації загроз, з неможливістю відновлення правопорядку властивого нормі.

У результаті проведеного дослідження виявлено низку теоретичних та практичних проблем щодо предмета дослідження та підготовлено відповідні висновки, пропозиції, до основних з яких належать такі.

1. Влада, як серцевина політичної конкуренції, є інституційним механізмом ухвалення обов'язкових рішень та управління для впорядкування відносин, задоволення спільних потреб. Демократизм держави виявляється у реальному плюралізмі, дотриманні прав і свобод, участі громадян у владарюванні та їх зрілій політико-правовій культурі. Всеохоплюючою категорією демократичного ідеалу є свобода, однак вона балансує з правопорядком, який узгоджує індивідуальні права й колективні інтереси, при цьому, ефективність влади вимірюється здатністю примирювати й задовольняти багатоманітність складного суспільства. Репрезентативна модель із принципом рівних шансів, за допомогою інститутів, дозволяє узгоджувати волю народу. Саме тому, демократичний устрій потребує чеснот терпимості, примирення та компромісу, що у сукупності із правовими та організаційними засобами дозволяє досягати єдності в у мовах багатоманітності. У відносинах влади й опозиції, більшості та меншості, первинними є розум (закон як його об'єктивація) і відсутність прагнення до пригноблення. Свобода неможлива, якщо один із представницьких органів привласнює повноту суверенітету, що належить народові. Саме тому принцип поділу влади став способом розв'язання конфліктів у складному політичному середовищі. Деконцентрація спирається на взаємний вплив, стримування й співробітництво органів, об'єднаних за функціональною спрямованістю та гарантує сталість держави, правонаступництво між електоральними циклами, можливість стратегічного планування й відсутність внутрішньої дестабілізації.

2. Поділ влади — не номінальний атрибут. Кожна гілка має усвідомлювати власну вагу, поєднувати честолюбство з орієнтацією на спільне благо. Альтернативні конструкції публічної влади ведуть до трансформації представницької республіки й позбавлення народу ролі суверена. Система стримувань і противаг виступає сукупністю запобіжників проти недоброчесних намірів. Однак, дієвість механізмів оцінюється лише у суспільно-політичному контексті, тому за стан виконання законів найбільшу відповідальність несе судова влада. На відміну від політичних посад, до суддів висувають суворі професійні вимоги, адже вони застосовують закон до конкретного випадку за літерою і духом

права. Суд — останній редут республіканського ладу; занепад демократії починається, коли громадянин не відчуває захисту від внутрішньої сваволі чи зовнішньої загрози, тому, за тимчасової консолідації політичної влади незалежні суди забезпечували дух свободи та рівності, ухвалюючи сміливі, неупереджені рішення.

Кожен випадок потурання судом політичній доцільності породжує відчуття підпорядкування судової гілки виконавчій, що підриває свободу й рівність. Сила держави може стати насильством над власним народом. Поєднання судової влади з виконавчою перетворює суддів на пригноблювачів; із законодавчою — підміняє розумність закону свавіллям судді-законодавця. Стабільність правопорядку — умова тривалого існування держави й зростання добробуту; вона вимагає такої організації, що мінімізує негативні риси людської природи (прагнення підкоряти, зловживати), які руйнують свободу, рівність і верховенство права та позбавляють державу статусу охоронця;

3. Тривалий історичний період без війн сформував уявлення про контрольованість простору й нормальність стану безпеки, свободи, що спонукало до зосередженості на підвищенні репрезентативності, рівності, прозорості та підзвітності. Однак, середовище людського існування не є статичним: соціальні й техногенні суперечності, природні й воєнні конфлікти, стихійні лиха та промислові аварії не лише загрожують життю і майну, а й дестабілізують соціальні системи. Держави тримаються завдяки вірі у здатність інститутів передбачити катастрофи, зупинити їх і відновити стабільність. Водночас, кризи оголюють крихкість або стійкість порядків. Особливістю таких викликів є те, що вони не долаються індивідуально — реагує вся держава, як організована спільнота, що акцентує важливість відчуття спільності та єдності. У демократичних країнах, де правопорядок засновується на принципі верховенства права, таке реагування потребує правової форми — надзвичайного правового режиму.

4. Критерії надзвичайності є засобами контролю обґрунтованості рішень і пропорційності заходів, аби не допустити розмивання гарантій прав і політичної інструменталізації криз. Матеріальні критерії надзвичайності: (1) актуальність і

неминучість загрози (превентивний відступ без безпосередньої небезпеки — неприйнятний); (2) недостатність звичайних правових засобів; (3) загальнонаціональний масштаб; (4) тимчасовість відступу з обов'язком відновлення попереднього стану. Як наслідок, надзвичайна ситуація є фактичним якісним станом суспільства, який виникає в силу дії раптових та непередбачуваних обставин, за яких засоби, доступні владі, не дозволяють забезпечувати безпеку держави (громадян), обумовлюючи необхідність негайної зміни стану правового регулювання та відносин влади з громадянами, на користь часткового та тимчасового відступу від гарантії забезпечення прав, із зобов'язанням їх відновлення у момент припинення негативного впливу таких обставин.

Відповідно, надзвичайний правовий режим є формою дотримання принципів верховенства права та законності при юридичному оформленні меж відступу від норми, шляхом спроби поміщення дій влади в певні правові рамки, попри те, що ці дії є реакцією на обставини дійсності, які таких рамок не мають. Через неможливість наперед визначити повний перелік допустимих відступів ці режими залишаються «оптимістичним очікуванням» правомірної поведінки влади. Якщо надзвичайні заходи застосовують усупереч меті та тривало — вони інтегруються в порядок, і відступ перестає бути винятком. Оскільки в надзвичайних адміністративно-правових режимах публічний інтерес домінує, до влади висувається вимога суворості необхідності й пропорційності, з оцінкою пріоритетів та ризиків.

Дискурс надзвичайності коливається між двома полюсами. З одного боку — пошук оптимальної інституційної моделі реагування й збереження конституційного ядра. З іншого — твердження, що у «справжній» надзвичайності право стає лише символом порядку, а систематичні відступи стають нормою. Реалісти підкреслюють: у нормі держава гарантує свободу, у винятку поступається нею заради безпеки та існування держави. Ліберально-ціннісний підхід наполягає на «стінах» повноважень, по досягненні яких відступ недопустимий. Проте досягнувши межі, відбувається усвідомлення, що буквальне дотримання процедури не може коштувати загибелі держави. Ключовою пересторогою демократій охоплених

кризою постає ризик інтерпретації досягнутої межі, як легітимної можливості для вирішення політичних завдань. Якщо носій влади, покликаний відвернути загрозу, використовує обмеження прав для свавілля, він підриває довіру, загострює внутрішню напругу і може спровокувати повстання або громадянський конфлікт. На відміну від Риму, сучасні репрезентативні демократії не обирають «диктатора-захисника», — суб'єкт реагування визначено заздалегідь, а його звичні повноваження зберігаються і після кризи. Відсутність стримуючої обставини, такої як складання повноважень, породжує спокусу консервації надзвичайних можливостей. Прагнення використати легальність моменту дозволяє іменем конституції перемогти внутрішніх опонентів та підкорити будь-який опір;

5. Дослідження надзвичайного стану спирається на його подвійність: це інструмент захисту правопорядку від критичних загроз і форма тимчасового виходу за межі права. Тракткування реагування на загрозу як на форму крайньої необхідності, яка не знає меж закону (*necessitas legem non habet*), звільняє від необхідності дотримання правил. При цьому, закон не скасовується, випадок виводиться з буквального застосування закону. Інший підхід засвідчує, що рішення про запровадження надзвичайного стану є частиною правопорядку, якщо ухвалене процедурно. Останнє теж не є абсолютним правилом, оскільки надзвичайною ситуацією поза правом до прикладу є революції, за яких існує розрив між правом і порядком, хоч інколи етично чи історично виправданий. Оскільки сучасний конституціоналізм іде шляхом нормативної формалізації надзвичайного стану, аналіз неминуче зіставляє зобов'язання норми з фактичними обставинами. За загальним правилом передбачається процедура узгодження дерогації, але в окремих ситуаціях допускаються дії без її дотримання.

Проблема співвідношення правової форми та факту, полягає в здатності дотримання державою конституційних гарантій прав громадян, в умовах вжиття заходів колективної безпеки. Відступ, який здійснюється не є необмеженим. Сучасні конституції й міжнародне право фіксують мінімум непорушних прав. ЄКПЛ забороняє дерогації від: права на життя, заборони катувань, рабства та від зворотної дії кримінального закону (ст. 2, 3, 4 §1, 7; ст. 15 §2) . МПГПП додає право на

визнання правосуб'єктності та свободу думки, совісті й релігії (ст. 6–8, 15–16, 18; ст. 4 §2). Сіракузькі принципи уточнюють матеріальні ознаки «загрози життю нації» та одразу виключають з переліку підстав для відступу зловживання: внутрішні заворушення, що не створюють серйозної негайної загрози і економічні труднощі, визначаючи, що потреба має бути суворою необхідністю та періодичний парламентський перегляд.

Міжнародні суди самі формують правомірні можливості для недотримання цих меж. ЄСПЛ демонструє значну поступливість урядам, до прикладу, у справі *Lawless v. Ireland* (1961) адміністративні затримання без суду визнано «суворо необхідними» в умовах діяльності ІРА; у *Brannigan and McBride v. UK* (1993) дозволено тримання без негайного судового контролю з огляду на терористичну загрозу, підкреслено широку «межу розсуду» держави.

Так звана, доктрина *margin of appreciation*, закладена ще у справі «Греція проти Сполученого Королівства» (1956), стала інструментом розмежування національної оцінки ризиків і міжнародного нагляду. Вона демонструє неабсолютність прав і структурну перевагу національних органів при оцінці заходів обмеження. Додатковим фактором який знижує роль і значення міжнародного контролю є фактор часу, адже тривалі затримки розгляду знижують суспільну чутливість до масштабу відступів. Як наслідок впливає амбівалентність: міжнародні стандарти фіксують «червоні лінії», але водночас легітимують широкий простір урядового розсуду.

Легітимність у кризу вимагає збереження інституційної рівноваги гілок влади. При цьому, у кризові часи суди, як ніколи, мають не лише можливість, але й обов'язок утвердити як суспільне сприйняття, так і факт власної незалежності. Сучасні прерогативи підлягають судовому й конституційному контролю. На практиці ж суди нерідко демонструють деферентність (об'єднання довкола прапора, моральну паніку), що сутнісно спустошує принцип верховенство права, залишаючи його у формі тотему. Це призводить до неконтрольованого розширення кола тих, щодо кого застосовуються заходи обмеження, груп «винуватців», у супереччя пропорційності та співмірності. Наслідком такого неконтрольованого розширення

формуєть модель так званої подвійної держави, з однієї сторони нормативної, з іншої прерогативної.

6. У науковій літературі вирізняють три базові підходи реагування на надзвичайні ситуації, які по-різному поєднують право, державу та загрози політико-правовому порядку:

1) Підхід *Business as Usual* (конституційний абсолютизм) виходить із самодостатності Основного Закону, здатного витримати будь-яку кризу без надзвичайних інструментів. При цьому, розрив між нормою і практикою, маскується формальною незмінністю, що підриває довіру до права.

2) Адаптивний підхід займає проміжне місце: зберігається звичайний правопорядок, але допускаються гнучкі корективи. 2.1 Перший різновид — еластичне тлумачення чинних норм. 2.2) Другий — ухвалення спеціального «надзвичайного законодавства» (модифікація або нові норми під конкретну кризу). Показовою є практика США з сотнями безстрокових актів, що делегують значну дискрецію виконавчій владі.

3) Позаправовий підхід — з'являється, коли адаптації бракує. На відміну від грубого політичного реалізму «*inter arma silent leges*», тут передбачено постфактум-підзвітність: суспільна ратифікація рішень (пряма чи опосередкована) після завершення кризи. Сильна стороною цієї моделі є відвертість щодо політичної необхідності; слабка — небезпека перетворення ратифікації на формальність.

Дослідження ООН фіксує широке визначення *states of emergency* і вказує, що юридичні наслідки кризи постають (а) у внутрішньому праві — після офіційного оголошення; (б) у міжнародному — після належної нотифікації. За фактом дотримання чи недотримання цих вимог, виділяють п'ять відхилень: 1) надзвичайні стани про які не повідомлено міжнародним органам; 2) фактичні» стани — продовження режиму після формального скасування; 3) перманентні стани — через систематичні пролонгації або відсутність строків у Конституції; 4) складені, нашаровані режими (паралельні надзвичайні правила плюс репресивні «звичайні» закони; приклади Туреччини й Бразилії 1970-х); 5) інституціоналізація винятку —

побудова обмеженої демократії на основі ухвалених надзвичайних практик, з наступним референдумним схваленням.

Правова, тимчасова концентрація влади для збереження ладу, якщо використовувати поняття «конституційну диктатуру», за типом реагування класифікується на: 1) законодавчу — парламент сам ухвалює основні засоби або делегує їх у чітких межах та на визначений строк; 2) виконавчий — розширення військового управління на цивільну сферу в разі вторгнення чи повстання.

Ще одним типом реагування на надзвичайні ситуації, є модель прерогативи, описана Джоном Локом та втілена в практиці США. За такого підходу, прерогатива це - можливість влади діяти на власний розсуд задля суспільного блага без припису закону, а деколи навіть проти нього. Якщо вона застосовується толерантно для блага народу, то людина ніколи не буде прискіпуватись. Наділяючи саме виконавчу владу такими повноваженнями, законодавці не спроможні передбачити й забезпечити законами все, що може виявитися потрібним для спільноти. Акцент на чеснотах лідерів, відсилає до римської традиції, за якою найкращих правителів пам'ятає історія, їх дії посилюють довіру народу до влади, а той, хто використовує прерогативу на шкоду іншому є тираном. Порушення закону виконавчою владою робить її в очах громадян владою поза законом, то діяти щодо неї можна як щодо особи, яка втручається в права іншого. Останнє судження варто розглядати як вузькому тотальному розумінні права на повстання.

За будь-якої моделі реагування, «варваризація» суспільства не може бути ціною порятунку, жодна етика наперед не встановлює, коли «добра» мета освячує сумнівні засоби, тому тягар персональної відповідальності має працювати як запобіжник.

7. Войовнича демократія, подібно до надзвичайного стану, реагує на загрозу існуванню держави, але переважно внутрішньої природи, без спеціальної процедури дерогації. Вона не потребує окремого «надзвичайного» режиму та міжнародної нотифікації: інструменти або прямо закріплені, або втілюються судовою практикою. Центральна роль зміщується на суди, що мають співвідносити легітимну мету із засобами та зберігати правову визначеність. Дискусійність концепту впирається у

розуміння свободи й принцип рівних шансів. Повний ціннісний нейтралітет може обернутися «самогубством системи», тоді як селективний захист ладу, — ризикує підмінити свободу процедурним самозахистом. Загрози еволюціонують разом із суспільством, отже й арсенал протидії розширюється, випробовуючи межі правової визначеності. За таких умов необхідні інституційно спроможні суди та дієві механізми стримування й противаги між гілками влади, аби уникнути інерції, політичного свавілля та руйнування демократію в процесі її порятунку.

Загалом, порівнюваний масив свідчить, що чисті моделі реагування вкрай рідко зустрічаються у практиці. Конституційні системи комбінують адаптивні та позаправові елементи, а також інструменти войовничої демократії. Тому вирішальними для збереження підкорення процесу відвернення загрози є: (1) процесуальна дисципліна; (2) матеріальні межі; (3) професійні чесноти та морально-етичні якості тих, хто управляє протидією кризи. Лише за таких умов захист республіки дозволить зберегти соціальну єдність, свободу і рівність та дозволити повернутись до норми, з мінімальними ризиками внутрішніх конфліктів.

8. Коли правові засоби неспроможні врятувати соціум, постає «рятувальне діяння державної влади». За класифікацією Шмітта, розмежування між комісарською та суверенною диктатурою ґрунтується на цілі яка переслідується: перша — спрямована на відновлення попереднього правопорядку, друга — на встановлення нового. Події 2014 року в Україні відбувалися без запровадження надзвичайних правових режимів, але фактично відповідали стану надзвичайності й завершилися установам нового правопорядку, з формальним утвердженням парламентсько-республіканської форми з провідною роллю Парламенту. Однак революція як триваюча фаза протистояння внутрішнім і зовнішнім ворогам, породила для політичних лідерів дилему: оголосити правовий режим воєнного стану і відтермінувати вибори Президента, чи формалізувати нову нормальність, без правового режиму воєнного стану і легітимувати владу через вибори. Поспіх у проведенні виборів до Парламенту, дозволив повернути шальки ваг у системі поділу влади на користь Президента через близькість електоральних циклів, знову зробивши главу держави ключовим актором і законодавчої, і виконавчої політики.

Попри анексію та окупацію частини територій, правового режиму воєнного стану не запроваджували: пріоритет отримала політична, революційна логіка упорядкування нового суверенного порядку.

Подвійна природа фактичних надзвичайних станів 2014 року (суверенна (революційна) трансформація правопорядку, поряд із зовнішньою воєнною загрозою) не супроводжувалась запровадженням надзвичайних правових режимів, визначили подальші внутрішні процеси пов'язані із обмеженням прав громадян шляхом сегрегації на «своїх» та «ворогів». Під гаслом протидії агресії посилювалися практики «очищення» та виключення, що концентрувало владу в межах однієї групи еліт, підривало республіканську єдність, посягало на власність і розмивало принцип рівності. У теоретико-правовій оптиці йдеться про суверенну диктатуру революційного типу, легітимовану народним схваленням, яка, на тлі триваючої війни, підмінила тимчасовість винятку тенденцією до його нормалізації.

9. Неефективність системи стримувань і противаг у революційному надзвичайному контексті досліджено на прикладі законопроекту №4359а «Про очищення влади». Сумісність люстрації з принципом верховенства права можлива лише за умов індивідуалізації відповідальності, презумпції невинуватості, права на захист і повного судового перегляду. Ці критерії мали бути або закладені в сам закон, або забезпечені конституційним і судовим контролем під час застосування. Однак, надмірно широкі та неселективні критерії, колективний підхід, недостатні процесуальні гарантії, зупинена перевірка конституційності на національному рівні призвели до порушень прав сотень тисяч українців. Таким чином, за умов політичної єдності законодавчої та виконавчої гілок, саме суд мав стати «останнім редутом» персоніфікованого захисту, але інституційно самоусунувся від своєї функції у випадку який не можна назвати малозначним для єдності політичного тіла, яке переживало в цей час ще й зовнішню воєнну загрозу. Вибір між емоційно привабливою «повною чисткою» та стратегічно зваженим підходом, що враховує цілісність системи публічної служби, спроможність економіки, збереження компетенцій середньої ланки, було зроблено не на користь людського капіталу, який не відтворюється миттєво і не імпортується, а наслідки підриву і єдності, і

функціональності держави, було визначено як прийнятні, в ім'я партикулярних інтересів.

10. На стадії запровадження надзвичайного правового режиму вирішальною є процедура згоди парламентом та можливості перегляду рішення, саме на цьому етапі відмежовується необхідне від зручного, а надзвичайний режим від політичної інструменту. Коли верховенство права перестає сприйматися як непорушний принцип, порушення закону державцями провокує аналогічну поведінку приватних осіб і формує ризик атмосфери беззаконня. Правові режими, які обмежують права громадян потребують дотримання цього принципу, оскільки це є проявом спільної волі, джерелом легітимності та єднання у протидії загрозі. Законодавчий механізм реагування упередив спробу свавільного використання повноважень з політичних мотивів та повернув ситуацію в конституційну нормальність, у випадку спроби запровадження Президентом Республіки Корея воєнного стану у грудні 2024 року.

Правова оцінка процесу запровадження воєнного стану в Україні у кінця 2018 року демонструє, що правовий режим може бути політично компромісним без правових наслідків. Загроза не розглядалась як нагальна та невідкладна, про що свідчить зміна термінів запровадження, а також блокування трибуни, переговори про проведення виборів тощо. Парламент, «задля збереження обличчя Президента», проголосував за порожнечу з точки зору правових наслідків, визнавши, що загроза наявна, водночас не потрібно вживати жодних заходів, що є нонсенсом, з точки зору правової теорії надзвичайних станів.

У системі прерогативи США контроль Конгресу за діями Президента є центральним запобіжником, але практика демонструє слабкість законодавчої гілки у порівнянні із можливостями виконавчої влади. Президент має право накласти вето на схвалену двома палатами Конгресу резолюцію про припинення надзвичайного стану. Подолання вето, шляхом збору двох третин голосів у кожній з палат, в умовах американської політичної системи є складним завданням. У свою чергу, Верховний Суд, послуговуючись політичними мотивами, має можливість відтермінувати розгляд справи в очікуванні визначеності після виборів.

Надзвичайна ситуація в США стає інструментом внутрішньої політики, а комбінація вето та процесуальних затримок знецінює запобіжники від зловживань.

11. Еволюції інструментів захисту національної безпеки в останні десятиліття характеризується активним використанням спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкції). Цей засіб замислювався як орієнтований на осіб, які знаходяться поза вітчизняною юрисдикцією, поза сферою контролю національних регуляторів і правоохоронних органів. Втім за час правового режиму воєнного стану та збройної агресії санкції почали активно використовуватись щодо громадян України, в тому числі, щодо учасників політичного життя. Перевірка правомірності таких заходів покладена на Верховний Суд, який дійшов висновку, що оцінка Президентом істотності ризиків, які слугують підставою для санкцій, перебуває поза межами судового контролю. Суд визначив, що він наділений правом перевіряти лише дотримання меж дискреції та процедури. Фактично відбулось вільне, безпідставне ототожнення права з результатом формальної процедури, тобто сліпим підкоренням чистим рішенням, що позбавлене усілякого зв'язку з правом і справедливістю. Такий підхід суперечить завданням адміністративного судочинства, відступає від попередньої практики ВС та йде у супереч із практикою ЄСПЛ. Система стримувань і противаг не змогла гарантувати громадянам, що влада діє «в країні людей, для людей», суду не вдалось залишатися нейтральним та автономним інститутом захисту.

12. Конституційні демократичні цінності, які покликана захищати войовнича демократія, універсальні, тож дуже широке коло дій може бути політично інтерпретоване як загроза. Апелюючи до емоцій та популістичних очікувань інструменти войовничої демократії можуть перетворитись з механізму захисту на інструмент «легендування» досягнення політично обумовлених цілей. У випадку «антиолігархічного» закону 2021 року, рамку конституційних цінностей, яку слід захистити окреслено через захист євроатлантичної інтеграції, шляхом усунення «олігархів» від політики та їх добровільної відмови від активів у позасудовий спосіб. Закон зафіксував особистісний підхід, який передбачав індивідуальне таврування осіб за критеріями (багатство, медіавласність тощо) та мав каральний

характер, несумісний із демократією. При цьому, функції антикорупційних, антимонопольних і правоохоронних інституцій та судового контролю де-факто поглинав координаційний орган при Президентові. Правові інструменти балансу визнаються ефективними лише за умови активного використання, не даючи більшості довільно визначає, що легально та не допускаючи оголошення поза законом своїх внутрішньополітичних конкурентів. Однак, у цьому випадку, навіть не було ініційовано подання народних депутатів до Конституційного Суду України, в силу загрози публічної стигматизації в якості «пособників олігархів».

13. Дотримання визначеності при використанні концепту войовничої демократії вирішується лише практикою, яка служить емпіричним джерелом знань і водночас дозволяє напрацьовувати критерії для застосування урядами та судами. У такий спосіб було визначено, що розпуск партії є правовим за наявності: (а) національної правової підстави; (б) легітимної мети; (с) необхідності в демократичному суспільстві. Партія може домагатися конституційних змін лише законними й демократичними засобами та у межах фундаментальних принципів. Держава може діяти превентивно, вирішальними є: наявність правдоподібних доказів протиправних цілей, достатніх і розумно неминучих ризиків, обґрунтування єдності між діями та висловлюваннями, чи навіть бездіяльності як моделі, несумісної з демократією. Крім цього, важливим є критерій електорального потенціалу, шляхом оцінювання результати виборів та соціологічних опитувань. Практика ЄСПЛ та досвід правозастосування інших країн свідчать про те, що природа загрози може бути різною, в кожному випадку вона посягає на права, свободи, суспільний уклад, але вона повинна бути такою, що справді може настати, або супроводжується терором як засобом досягнення цілей.

14. Українська практика застосування войовничої демократії формується під час фактичного надзвичайного стану та, з новим імпульсом, вже при формалізації правового режиму воєнного стану. Публічна ідентифікація суб'єктів у цей час як пособників ворога звужувала простір судового контролю, визначала очікувані суспільством результати й схиляла суд до підтвердження рішень, ніж до його оцінки з точки зору напрацьованих практикою правозастосування критеріїв. Закон 2015 р.

про засудження тоталітарних режимів був спрямований не проти конкретної партії, а проти ідеології, несумісної з плюралістичним ладом. Будучи застосованим до Комуністичної партії України, він опирався передусім на нормативно-формальні підстави, а не на доведення актуальної спроможності підірвати лад. Остаточне рішення щодо заборони партії відбулось за фактично невідповідність символіки та статуту, Закону 2015 року. Однак, вже в липні 2022 року Восьмий апеляційний адміністративний суд вдруге заборонив КПУ, уже на підставі критеріїв, які з'явилися після повномасштабного вторгнення. Попри посилення у тексті на практику ЄСПЛ, оцінка загроз в межах концепту войовничої демократії була односторонньою, ретроспективною, суперечила положенням статті 80 Конституції України. Застосування критеріїв войовничої демократії завжди потребує політичного рішення, яке базується на повноті оцінки інформації, доступної у певний конкретний період часу. Станом на 2022 рік оцінити загрози конкретної партії означало запропонувати необґрунтовану версію, вигідну в конкретний час, для підтримки рішення про заборону. Здатність завдати шкоду, як основна передумова використання механізмів войовничої демократії, не продемонстровано, що з точки зору мети дослідження свідчить про те, що в момент правового режиму воєнного стану суди значно знижують поріг доказування та демонструють власну поблажливість до дій виконавчої гілки влади. Аналогічну тенденцію, за якої Суд, замість стримування й перевірки пропорційності, необхідності, виконав ратифікаційну функцію щодо вже політично ухваленого курсу, підмінивши стандарти доказування доцільністю воєнного часу, виявлено і у інших справах цього історичного періоду.

Крім цього, необхідно розрізняти заборону діяльності партій як інструменту войовничої демократії та додаткові повноваження, які надаються військовому командуванню щодо ініціювання питання про заборону, в умовах правового режиму воєнного стану. Такі кроки можуть стосуватись дій партії, вчинених під час правового режиму воєнного стану, що є справедливим, оскільки суб'єкти відповідальні за безпеку та оборону є уповноваженими розглядати таку діяльність як елемент загальнодержавної безпеки. В даному випадку мова вже не йде про

концепт войовничої демократії, мова йде про самостійний характер повноважень щодо обмеження права на політичну участь в умовах загрози безпеки нації, яка виникли не виключно від діяльності партії, а в силу факторів воєнного характеру. Така відмінність обумовлена саме правовим середовищем, яке визначає відповідальних за прийняття рішень щодо ініціювання заборони на функціонування політичної партії. В звичних умовах, це завдання виконавчої влади, яка реалізує саме концепт войовничої демократії. Водночас, правові можливості повинні стосуватись діяльності партії, у період існування особливого правового режиму. Однак, з аналізу постанов Верховного Суду у таких справах, можна зробити висновок, що критеріями для визначення відповідності підстав для заборони були саме положення, внесені до статті 5 Закону «Про Політичні партії в Україні» протягом весни 2022 року, шляхом оцінки висловлювань представників партій зроблених у період задовго до їх прийняття. Таким чином, законодавство було пристосоване під політичне рішення, а не рішення базувалось на законодавстві. В системі стримувань та противаг такий підхід до правозастосування продемонстрував, що суди здатні пожертвувати принципом верховенства права в умовах надзвичайного правового режиму, заради суб'єктивного розуміння суспільної доцільності. Соціальне середовище та суспільні настрої в час прийняття рішень не вимагали юридичної чистоти та обґрунтованості, тому судді «внесли свою частку в спільну перемогу над ворогом» та не виконавши свого функціонального призначення в країні де існує принцип поділу влади.

15. Застосування концепту войовничої демократії має небезпечну тенденцію розширення на будь-який процес у демократичній країні, оскільки вони всі опираються на ядро конституційних цінностей, вищу мету, що засвідчено прецедентом з президентськими виборами в Румунії 2024–2025 років. Конституційний суд Румунії скасував увесь виборчий процес після першого туру, посилаючись на звіти спецслужб, без наведення конкретного змісту доказів. Таке рішення не відповідало стандартам анулювання виборів, підірвало засадничу цінність будь-якої демократії, а саме впевненість громадян у вирішальності свого голосу, було винесене без дотримання публічності та прозорості, без встановлені

доказів незаконності та ґрунтувалось виключно на секретних розвідданих, які допустимо враховувати лише як контекст. При ухваленні рішення, міжнародні стандарти й наукові критерії не стали дієвими запобіжниками. У подальшому, це рішення, стало підставою для відмови у реєстрації Центральним виборчим бюро Румунії кандидата Георгеску. Тобто, неповага до конституції, як дискреційний інтерпретаційний термін, який перешкодив особі реалізувати пасивне виборче право, обґрунтоване іншим дискреційним рішенням, щодо якого не розвіяно сумніви беззаперечності в аргументації. У такому прочитанні войовнича демократія — це суцільна правова невизначеність, яка базується на дискреційних повноваженнях та політичних рішеннях, направлених проти конкретного кандидата та інтерпретують події з певною метою.

## **СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ**

1. Калиновський Б. В. Феномен публічної влади як суспільної управлінської діяльності державних та самоврядних органів. Київ. Ваіте, 2020. 100 с.
2. Баумейстер А. О. Філософія права: навчальний посібник. Київ. Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет». 2010. 311 с.
3. Tilly Charles. Democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. 234 p.
4. Vedel Georges. Manuel élémentaire de droit constitutionnel. Paris. 1949. 626 p. URL: <https://archive.org/details/dli.ernet.475436/page/43/mode/2up>
5. Севрюков Д. Г. Суверенітет. Генеалогія ідеї в контексті політичної та правової історії: монографія. Київ. Талком. 2018. 234 с.
6. Інавгураційні промови президентів США. Харків. Фоліо. 2009. 335 с.
7. Schmitt Carl. Legality and Legitimacy. Durham: Duke University Press. 2004. 216 p.
8. Тацій В.Я., Цвік М.В. Конституція України. Науково-практичний коментар. Харків. Право. 2011. 1128 с.
9. Bowie Jon D., Renan Daphna. The Separation-of-Powers Counterrevolution. Yale Law Journal 131, no. 7. 2022. P. 2020–2148. URL: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/131.7\\_BowieRenan\\_wjmbxh9c.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/131.7_BowieRenan_wjmbxh9c.pdf)
10. Лок Джон. Два трактати про правління. Київ. Наш формат. 2023. 312 с.
11. Blackstone William. Commentaries on the Laws of England. Vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1765. Reprint: University of Chicago Press. The Founders' Constitution, Vol. 1, Ch. 10, Doc. 6. URL: <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>
12. Montesquieu Charles de Secondat. De l'Esprit des lois. Kessinger Publishing. 2010. 672 p.
13. Руссо Жан-Жак. Про суспільну угоду, або принципи політичного права. Київ. Port-Royal. 2001. 349 с.
14. Calabresi Steven G. The Rise and Fall of the Separation of Powers. Northwestern University Law Review 106, no. 3. 2015. P. 1061–1155.

15. Цвік М. В., Дашковська Є. Р. Про сучасне трактування теорії поділу влади. Харків. 1993. Вип. 28. С. 10–16.
16. Hamilton Alexander, Madison James, Jay John. The Federalist Papers. 1787–1788. URL: [https://www.files.ethz.ch/isn/125481/5008\\_Federalist%20Papers.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/125481/5008_Federalist%20Papers.pdf)
17. U.S. Supreme Court. Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/>
18. Процюк І. В. Головні компоненти поділу державної влади. Право 19 (2012). С. 5–11.
19. Duverger Maurice. La monarchie républicaine, ou comment les démocraties se donnent des rois. Paris. 1974. 377 p.
20. Шаповал В. М. Виконавча влада (теоретичний і конституційний аспекти). Київ. 2016. 82 с.
21. Тодика Ю. М. Конституція України: проблеми теорії і практики. Харків. Факт. 2000. 608 с.
22. Тодика Ю. М., Яворський В. Д. Президент України: конституційно-правовий статус: монографія. Харків. Факт. 1999. 256 с.
23. Schmitt Carl. The Guardian of the Constitution. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. 296 p.
24. Процюк І. В. Окремі аспекти діяльності судової гілки влади в механізмі поділу влади. Право і безпека. 2 (2015). С.32–38.
25. Москвич Л. М. Незалежна судова влада як фундаментальна цінність правової держави. Доктринальні підходи в діяльності Конституційного Суду України: збірник матеріалів і тез наук.-практ. конф. Київ. Ваіте. 2020. 100 с.
26. Процюк І. В. Поділ державної влади у розрізі його головних аспектів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право 34, т. 1 (2015). С. 36–40.
27. Ковальчук В. Б. Конституціоналізм чи популізм: про ціннісний вибір в умовах демократичної трансформації. У Конституційна реформа в Україні: досвід країн Центральної і Східної Європи: збірник матеріалів Другої міжнар. конф. Львів. 2020. 278 с.

28. Городовенко В. В. Інституційна незалежність судової гілки влади в системі стримувань і противаг. Доктринальні підходи в діяльності Конституційного Суду України: збірник матеріалів конференції. Київ. 2020. 100 с.

29. Jhering Rudolf von. Law as a Means to an End. Boston: The Boston Book Company. 1913. 483 p.

30. Schmitt Carl. Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. Berlin. Duncker & Humblot. 2015. 261 p.

31. Zuckerman Ian. The Politics of Emergencies: War, Security and the Boundaries of the Exception in Modern Emergency Powers. Columbia University. 2012. DOI: 10.7916/D8CZ3F5V.

32. Битяк Ю. П. Адміністративне право України: підручник. Київ. Юрінком Інтер. 2007. 544 с.

33. Лотюк О. С. Конституційні засади обмеження прав та свобод людини і громадянина у повоєнний період. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2023. № 2. Дніпровський національний університет ім. Олеся Гончара. Дніпро. 2023. С.9-15

34. Фергюсон Ніл. Приреченість: політика і катастрофи. Київ. Наш формат. 2022. 496 с.

35. Славко А. С. Типологія адміністративно-правових режимів: дисертація. Харків. ХНУ імені В. Н. Каразіна. 2019. 265 с.

36. Кузніченко С. О. Становлення та розвиток інститутів надзвичайних адміністративно-правових режимів в Україні: дисертація. Сімферополь. 2010. 464 с.

37. Тетерятник Г. К. Кримінальне провадження в умовах надзвичайних правових режимів: теоретико-методологічні та праксеологічні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика». 2021. 500 с.

38. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рим: Рада Європи, 1950. ETS № 005. Офіційний український текст. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/go/995_004)

39. Gross Oren. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional. *Yale Law Journal* 112 (2003): P. 1011–1072. URL: [https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/895](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/895)
40. Dyzenhaus David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. 316 p.
41. Schmitt Carl. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago. University of Chicago Press. 2010. 116 p.
42. *Collected Works of Abraham Lincoln*. Vol. 4. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1953.
43. Ackerman Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven. Yale University Press. 2006. 240 p.
44. Арістотель. Політика. Пер. з давньогр. та передм. О. Кислюка. Київ. Основи. 2000. 239 с.
45. Jellinek Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag von Haring, 1914. 880 p. URL: <https://archive.org/details/allgemeinestaats00jelliala/page/xvi/mode/2up>
46. Schmitt Carl. *Staatsethik und pluralistischer Staat. Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar–Genf–Versailles, 1923–1939*. Berlin. Duncker & Humblot. 2014. 364 p.
47. Machiavelli Niccolò. *Discourses on Livy*. Chicago: The University of Chicago Press. 1996. 367 p.
48. Schupmann Benjamin A. *Leviathan Run Aground: Carl Schmitt's State Theory and Militant Democracy*. Columbia University. 2014.
49. Agamben Giorgio. *The Omnibus Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press, 2017. 1336 p.
50. Тит Лівій. Від заснування міста. Книга I–V. Київ. Laurus. 2022. 384 с.
51. Tumultus. Oxford Classical Dictionary. URL: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.6603>
52. Iustitium. Oxford Classical Dictionary. URL: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.3470>

53. U.S. Supreme Court. Prize Cases, 67 U.S. (2 Black) 635 (1862). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/>
54. Гоббс Томас. Левіафан, або Суть, будова і повноваження держави церковної та цивільної. Київ. Дух і Літера. 2000. 606 с.
55. Eisfeld Rainer. Traditions in Pluralist Thought. International Political Science Review 17, no. 3 (1996): P.267–279.
56. Clarke Richard A., Eddy R. P. Warnings: Finding Cassandras to Stop Catastrophes. New York: Harper Collins. 2018. 416 p.
57. Laski Harold J. The Pluralistic State. The Philosophical Review 28, no. 6 (1919). P. 562–575. URL: <https://www.jstor.org/stable/2178306?origin=crossref&seq=1>
58. Frankenberg Günter. Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology – Toward a Layered Narrative. International Journal of Constitutional Law 4, no. 3 (2006). P. 439–459.
59. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Нью-Йорк: Генеральна Асамблея ООН, 1966. Резолюція 2200А (XXI). URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
60. Американська конвенція про права людини (Pact of San José, Costa Rica). Організація Американських Держав, 1969. URL: [https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)
61. United Nations, Economic and Social Council. Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985). URL: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>
62. European Court of Human Rights. Lawless v. Ireland (No. 3), Application no. 332/57, Judgment of 1 July 1961. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>
63. European Court of Human Rights. Case of Ireland v. the United Kingdom, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>

64. European Court of Human Rights. *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Applications nos. 14553/89, 14554/89, Judgment of 25 May 1993. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57884>

65. European Court of Human Rights. *A. and Others v. the United Kingdom*, Application no. 3455/05, Judgment of 19 February 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>

66. European Court of Human Rights. Case by the Government of the Kingdom of Greece lodged against the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Application no. 176/56. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%22176/56%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%22176/56%22]})

67. Letsas George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2007. 137 p.

68. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: монографія. Київ. Реферат. 2007. 627 с.

69. Городовенко В. В. Доктрина «margin of appreciation» (простір обдумування) у практиці Конституційного Суду України. Збірник матеріалів і тез науково-практичних заходів конституційного тижня. 2021. С. 82–88.

70. Савостьянова Н. Проблемні аспекти практичного застосування доктрини свободи розсуду у практиці Європейського суду з прав людини. *European Political and Law Discourse* 2, no. 3 (2015). С. 8–15. URL: <http://eppd13.cz/wp-content/uploads/2015/2015-2-3/03.pdf>

71. Ackerman Bruce. *The New Separation of Powers*. *Harvard Law Review* 113, no. 3 (2000). P. 633–729. URL: <https://doi.org/10.2307/1342286>

72. U.S. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/>

73. Водянніков О. Ю. Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди. *Український часопис конституційного права* 4 (2021). С. 8–37. DOI: 10.30970/jcl.4.2021.2

74. Gross Oren. Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies. *Yale Journal of International Law* 23 (1998). С. 438–501.

75. Corwin Edward S. *Total War and the Constitution*. New York: Alfred A. Knopf. 1947. 207 p.

76. Кіссінджер Генрі. *Лідерство. Шість стратегів світової політики*. Київ. Наш формат. 2025. 528 с.

77. De Gaulle Charles. *Memoirs of Hope: Renewal and Endeavor*. New York: Simon & Schuster. 1972. 392 p.

78. Supreme Court of South Africa. *Rossouw v. Sachs* 1964 (2) SA 551 (A), Judgment of 24 March 1964.  
URL: <https://www.scribd.com/document/901043940/Rossouw-v-Sachs-1964-3-All-Sa-84-a>

79. Union of South Africa. *General Laws Amendment Act No. 37 of 1963*. O'Malley Archives: Nelson Mandela Centre of Memory.  
URL: <https://omalley.nelsonmandela.org/index.php/site/q/03lv01538/04lv01828/05lv01829/06lv01910.htm>

80. Cohen Stanley. *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*. London & New York: Routledge. 2011. 320 p.

81. Kalyvas Stathis N. *The Logic of Violence in Civil War*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. 488 p.

82. Вігірінський А. В. Окремі аспекти функціонування принципу поділу влади в умовах правового режиму воєнного стану. *Право.ua* 2 (2023). С. 20–26. DOI: 10.32782/LAW.UA.2023.2.4

83. Fraenkel Ernst. *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. New York. Oxford University Press. 1941. 246 p.

84. United Nations Economic and Social Council. *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*. Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of

- Minorities. Thirty-fifth Session, 27 July 1982.  
URL: [https://digitallibrary.un.org/record/36782/files/E\\_CN.4\\_Sub.2\\_1982\\_15-EN.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/36782/files/E_CN.4_Sub.2_1982_15-EN.pdf)
85. Rossiter Clinton L. Constitutional Dictatorship. Princeton. Princeton University Press. 1948. 314 p.
86. U.S. Supreme Court. Block v. Hirsch, 256 U.S. 135 (1921).  
URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/135/>
87. U.S. Supreme Court. Chastleton Corp. v. Sinclair, 264 U.S. 543 (1924).  
URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/264/543/>
88. U.S. Supreme Court. Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/398/>
89. Ackerman Bruce. The Emergency Constitution. Journal of Constitutional Law. Special Edition. Emergency Framework 1 (2020). C.162.
90. U.S. Supreme Court. Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).  
URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/388/>
91. United States Congress. National Industrial Recovery Act. June 16, 1933. Public, No. 67. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-48/pdf/STATUTE-48-Pg195.pdf>
92. Jefferson Thomas. Letter to John B. Colvin. September 20, 1810. In Thomas Jefferson, Writings. 1984.
93. Schönegger Philipp. The Lockean Prerogative, Natural Law, and Political Power. Locke Studies 20 (2020): P.1–22. DOI: 10.5206/ls.2020.8056
94. Poole Thomas. The Law of Emergency and Reason of State. LSE Legal Studies Working Paper No. 18/2016. 25 p.
95. Heymann Philip B. Terrorism and America: A Commonsense Strategy for a Democratic Society. Cambridge. MIT Press, 1998. 203 p.
96. De Gaulle Charles. Charles de Gaulle: A Brief Biography with Documents. Bedford Series in History and Culture. Boston. Bedford/St. Martin's. 1995. 246 p.
97. Вебер Макс. Соціологія. Загальноісторичні аналізи. Політика. Пер. з нім. О. Погорілий. Київ. Основи. 1998. 534 с.

98. Müller Jan-Werner. Rethinking Militant Democracy: An Introduction. *Constellations* 19, no. 4 (2012). P. 536–539.
99. Maddox Graham. Karl Loewenstein, Max Lerner, and Militant Democracy: An Appeal to Strong Democracy. *Australian Journal of Political Science* (2019). DOI: 10.1080/10361146.2019.1604943
100. Левенштайн Карл. Войовнича демократія та фундаментальні права. *Український часопис конституційного права* 2 (2024): С. 76–98. URL: <https://www.constjournal.com/pub/2-2024/voiovnycha-demokratiia-fundamentalni-prava/>
101. Malkopoulou Anthoula, Norman Ludvig. Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives. *Political Studies* (2017): P. 1–17.
102. Kelsen Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1929. 104 p.
103. Santos José-Antonio. Constitutionalism, Resistance and Militant Democracy. *Ratio Juris* 28, no. 3 (2015). С. 392–407. DOI: 10.1111/raju.12089
104. Invernizzi Accetti Carlo, Zuckerman Ian. What's Wrong with Militant Democracy. *Political Studies* (2015). С. 1–18. DOI: 10.1177/0032321715614849
105. Schmitt Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge. MIT Press. 1988. 184 p.
106. Müller Jan-Werner. Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy. *Annual Review of Political Science* 19 (2016). DOI: 10.1146/annurev-polisci-043014-124054
107. Frankenberg Günter. The Learning Sovereign. *Annual of German & European Law II/III*. Edited by R. A. Miller and P. Zumbansen. New York and Oxford: Berghahn, 2006. P. 45–59.
108. Джадт Тоні. Після війни. Історія Європи від 1945 року. Київ. Наш формат, 2023. 912 с.
109. Верховна Рада України. Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/742-18#Text>

110. Конституційний Суд України. Рішення від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10#Text>

111. Бориславська О. М. Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України. Вісник Конституційного Суду України 6 (2015). С. 48–57.

112. Верховна Рада України. Постанова «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 року...» від 22 лютого 2014 року № 750-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/750-18>

113. Енциклопедія історії України. Додатковий том. Кн. 1: А–Я. Київ: Наукова думка, 2021. 773 с. URL: [http://www.history.org.ua/?termin=zbrojna\\_agresija\\_rosijskoji\\_federatsiji\\_proty\\_ukrajiny](http://www.history.org.ua/?termin=zbrojna_agresija_rosijskoji_federatsiji_proty_ukrajiny)

114. Інформаційне управління Апарату Верховної Ради України. Пленарне засідання 27 лютого 2014 року. URL: <https://www.rada.gov.ua/print/88666.html>

115. Верховна Рада України. Про призначення Яценюка А. П. Прем'єр-міністром України. Постанова від 27 лютого 2014 року № 800-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/800-18>

116. Центральна виборча комісія. Протокол про результати виборів Президента України 25 травня 2014 року (01 червня 2014 р.). URL: [https://www.cvk.gov.ua/wp-content/uploads/2018/10/protokol\\_cvk\\_25052014.pdf](https://www.cvk.gov.ua/wp-content/uploads/2018/10/protokol_cvk_25052014.pdf)

117. Макміллан Маргарет. Війна. Як конфлікти формували нас. Пер. з англ. Н. Старовойт. Київ. Лабораторія. 2024. 304 с.

118. Українська правда. УДАР і Свобода вийшли з коаліції. 24 липня 2014 р. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2014/07/24/7032845/>

119. BBC News Україна. Перше засідання Верховної Ради України VIII скликання. 27 листопада 2014 р. URL: [https://www.bbc.com/ukrainian/politics/2014/11/141127\\_rada\\_first\\_day\\_v](https://www.bbc.com/ukrainian/politics/2014/11/141127_rada_first_day_v)

120. Шаповал В. М. Конституція Французької Республіки. Київ. Москаленко О. М. 2018. 56 с.

121. Вігірінський А. В. Практичні аспекти децизіонізму сучасних в умовах. У Збірник матеріалів учасників Міжнародної науково-практичної конференції. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2024. С. 526–528.

122. Центральна виборча комісія. Протокол про результати виборів народних депутатів України у загальнодержавному багатомандатному окрузі (Позачергові вибори 21 липня 2019 р.). URL: [https://www.cvk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/09/protokol\\_zbvo\\_03082019.pdf](https://www.cvk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/09/protokol_zbvo_03082019.pdf)

123. 5 канал. Порошенко представив командувача Об'єднаних сил Сергія Наєва. Відеозвернення 16 березня 2018. URL: [https://www.youtube.com/watch?v=T1lit\\_d1dc&t=560s](https://www.youtube.com/watch?v=T1lit_d1dc&t=560s)

124. Верховна Рада України. Картка законопроекту № 4359а «Про очищення влади». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=4359a&skl=8](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4359a&skl=8)

125. Лабораторія законодавчих ініціатив. Як суди впливають на кадрове очищення у владі. Дзеркало тижня (ZN.UA), рубрика «Право». 20 вересня 2023. URL: <https://zn.ua/ukr/LAW/jak-sudi-vplivajut-na-kadrove-ochishchennja-u-vladi.html>

126. Рада Європи. Парламентська асамблея. Resolution 1096 (1996) Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems. 27 червня 1996 р. URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en>

127. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Interim Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine, Opinion No. 788/2014, CDL-AD(2014)044-e. Venice, 12–13 December 2014. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)044-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)044-e)

128. European Court of Human Rights. Polyakh and Others v. Ukraine, Applications nos. 58812/15 and 4 others, Judgment of 17 October 2019. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_e71#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e71#Text)

129. Конституційний Суд України. Повідомлення про завершення усного слухання справи щодо конституційності окремих положень Закону України «Про очищення влади». URL: <https://ccu.gov.ua/novyna/konstytuciynyy-sud-ukrayiny-zavershyv-usne-sluhannya-spravy-shchodo-konstytuciynosti-okremyh>

130. Офіційне інтернет-представництво Президента України. Президент України пропонує посилити люстрацію. 11 липня 2019.  
URL: <https://www.president.gov.ua/news/prezident-ukrayini-proponuye-posiliti-lyustraciyu-56345>

131. Верховна Рада України. Картка законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо очищення влади». 11 липня 2019.  
URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=66202](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66202)

132. Українська правда. Посли країн G7 розкритикували ідеї Зеленського про нову люстрацію. 12 липня 2019.  
URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2019/07/12/7220729/>

133. YTN Korea. President Yoon Announces Urgent Public Statement on Pending Issues. 3 December 2024.  
URL: [https://www.ytn.co.kr/en/news/news\\_view.php?key=20241203222518136](https://www.ytn.co.kr/en/news/news_view.php?key=20241203222518136)

134. Republic of Korea. Constitution of the Republic of Korea.  
URL: [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=1](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=1)

135. Вігірінський А. В. Законодавча влада як гарант захисту прав людини при запровадженні воєнного стану. У Матеріали міжнародної наукової конференції до Міжнародного дня прав людини «Життя людини як конституційна цінність в сучасних умовах». Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2024. С. 117.

136. Марусьяк О. В. Проблеми імплементації особливих правових режимів в Україні на прикладі введення воєнного стану в 2018 році. 2022.  
URL: [https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/2022/01/Marusyak.-Problemy-  
implementatsiyi-osoblyvyh-pravovyh-rezhymiv.pdf](https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/2022/01/Marusyak.-Problemy-implementatsiyi-osoblyvyh-pravovyh-rezhymiv.pdf)

137. Президент України. Указ № 390/2018 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 26 листопада 2018 р. Щодо надзвичайних заходів із забезпечення державного суверенітету і незалежності України та введення воєнного стану в Україні». URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3902018-25574>

138. United States. National Emergencies Act (1976).  
URL: <https://law.justia.com/codes/us/title-50/chapter-34/>

139. United States Code. 10 U.S. Code § 2808 — Construction Authority in the Event of a Declaration of War or National Emergency. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/2808>

140. United States. Executive Order 10142, January 20, 2021. URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/25/2021-01761/preventing-and-combating-discrimination-on-the-basis-of-gender-identity-or-sexual-orientation>

141. Верховний Суд України. Постанова у справі № 800/162/16 (провадження № 11-6зai23) від 27 серпня 2024 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/122434173>

142. Верховний Суд України. Постанова у справі № 599/1422/16-а від 30 січня 2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87297407>

143. Верховний Суд України. Постанова у справі № 1840/2970/18 від 15 грудня 2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101923134>

144. European Court of Human Rights. Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, Judgment of 21 June 2016. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164515>

145. Court of Justice of the European Union. Commission and Others v. Yassin Abdullah Kadi (Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P), Judgment of 18 July 2013. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0584>

146. Верховний Суд України. Постанова у справі № 990/176/23 від 10 лютого 2025 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/125710216>

147. European Court of Human Rights. Al-Nashif v. Bulgaria, Judgment of 20 June 2002. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60522>

148. Радіо Свобода. Зеленський розповів про перебіг засідання РНБО і формат зустрічей з Макроном і Меркель у Парижі. 15 квітня 2021. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-zelenskyi-rnbo-donbas/31205800.html>

149. Рада національної безпеки і оборони України. О. Данілов: Боротьба з олігархами — ключовий елемент на шляху України до вступу в НАТО. 15 червня 2021. URL: <https://www.rnbo.gov.ua/ua/Dialnist/4911.html>

150. Виговська Л. Нова гілка влади. Як працює РНБО, яке вводить санкції проти громадян України. Forbes Ukraine. 6 липня 2021. URL: <https://forbes.ua/company/novaya-vetv-vlasti-kak-rabotaet-snbo-kotoroe-vvodit-sanktsii-protiv-grazhdan-ukrainy-intervyu-s-alekseem-danilovym-06072021-1969>

151. Верховна Рада України. Картка законопроекту № 5599 «Про запобігання загрозам національній безпеці, пов'язаним із надмірним впливом осіб, які мають значну економічну або політичну вагу в суспільному житті (олігархів)». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=72105](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72105)

152. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Ukraine — Opinion on the Law on the prevention of threats to national security, associated with excessive influence of persons having significant economic or political weight in public life (oligarchs), CDL-AD(2023)018-e. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2023\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)018-e)

153. The European Court of Human Rights (Fifth Section). Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Nos. 25803/04, 25817/04, 30 June 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475>

154. Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13 February 2003. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60936%22%7D>

155. Барабаш Ю.Г., Берченко Г.В. Чи здатна захистити себе демократія в умовах війни? Право України 1 (2023): С.54–75. DOI: 10.33498/loou-2023-01-054

156. Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» від 09.04.2015 № 317-VIII. Відомості Верховної Ради України 26 (2015): ст. 219.

157. Рішення у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів...» від 16.07.2019 № 9-р/2019.

158. Шостий апеляційний адміністративний суд. Постанова у справі № 826/15408/15 (провадження № А/855/250/19) від 03.05.2022. Ідентифікатор: 104242119. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104242119>

159. Рішення про задоволення адміністративного позову Міністерства юстиції України щодо заборони діяльності Комуністичної партії України, 05.07.2022 № 826/9751/14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/vb751705-22>

160. Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Applications nos. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 October 2001, European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689>

161. Venice Commission; OSCE/ODIHR. Joint Guidelines on Political Party Regulation (revised). Adopted at the 125th Plenary Session, 11–12 December 2020. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/1/2/233076.pdf>

162. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони політичних партій» від 03.05.2022 № 2243-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2243-20#Tex>

163. Закон України «Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки...» від 22.05.2022 № 2265-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2265-20>

164. Рішення про задоволення адміністративного позову Міністерства юстиції України про заборону діяльності Політичної партії «Ліва опозиція» від 16.06.2022 № П/857/6/22. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/go/va6\\_2705-22](https://zakon.rada.gov.ua/go/va6_2705-22)

165. Рада національної безпеки і оборони України. Рішення про зупинку на час воєнного стану діяльності ряду політичних партій. URL: <https://www.rnbo.gov.ua/ua/Dialnist/5297.html>

166. Чорненький В. І. Заборона політичних партій в умовах воєнного стану та її відповідність конституційним та європейським стандартам. Український часопис конституційного права (UJCL) 1 (2023). С.10–23. DOI: 10.30970/jcl.1.2023.2. URL: <https://www.constjournal.com/pub/1-2023/zaborona-politychnykh-partii-umovakh-voiennoho-stanu-yii-vidpovidnist-konstytutsiinym/>

167. Верховний Суд. Постанова про апеляційну скаргу політичної партії «Соціалісти» від 23.09.2022 № П/857/3/22.  
URL: [https://zakon.rada.gov.ua/go/vc3\\_2780-22](https://zakon.rada.gov.ua/go/vc3_2780-22)

168. Venice Commission. Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures. 41st Plenary Session, 10–11 December 1999. Venice.  
URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e)

169. Venice Commission. Guidelines on Freedom of Association. 101st Plenary Session, 13–14 December 2014. Venice.  
URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/1/2/233076.pdf>

170. Київський міжнародний інститут соціології (КМІС). Соціально-політичні настрої українців: результати всеукраїнського опитування 20–21 січня 2022 року. Прес-реліз, 24.01.2022.  
URL: <https://www.kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=1090&page=1>

171. Центр Разумкова. Електоральні орієнтації громадян України (січень 2022 р.). 01.02.2022. URL: <https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/elektoralni-orientatsii-gromadian-ukrainy-sichen-2022r>

172. Соціологічна група «Рейтинг». Електоральні настроєння населення: 11–18 лютого 2022 року. 18.03.2022.  
URL: [https://ratinggroup.ua/research/ukraine/elektoralnye\\_nastroeniya\\_naseleniya\\_11-18\\_febralya\\_2022\\_goda.html](https://ratinggroup.ua/research/ukraine/elektoralnye_nastroeniya_naseleniya_11-18_febralya_2022_goda.html)

173. Macklem Patrick. Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination. International Journal of Constitutional Law 4, no. 3 (2006). P. 488–516. <https://doi.org/10.1093/icon/mol017>

174. Curtea Constituțională a României. Hotărârea nr. 32 din 6 decembrie 2024 privind anularea procesului electoral cu privire la alegerea Președintelui României din anul 2024. URL: [https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2024/12/Hotarare\\_32\\_2024.pdf](https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2024/12/Hotarare_32_2024.pdf)

175. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Urgent Report on the cancellation of election results by Constitutional Courts (CDL-AD(2025)003-e). Endorsed at the 142nd Plenary Session (Venice, 14–15 March 2025);

issued

27

January

2025.

URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2025\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2025)003-e)

176. Romanian prosecutors indict pro-Russian former presidential candidate. Reuters. 16 September 2025. URL: <https://www.reuters.com/world/romanian-prosecutors-indict-pro-russian-former-presidential-candidate-2025-09-16/>