

© Михайло Савчин, д.ю.н., проф., директор,
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,
Ужгородський національний університет

ТЕМА 3. ЮРИДИЧНА СИЛА КОНСТИТУЦІЇ

1. Основні теорії у співвідношенні із конституціоналізмом.
2. Поняття конституції: конституція символічна, номінальна та реальна.
3. Установча влада та конституція.
4. Інтерпретація конституції та принципи її тлумачення: загальні засади, автономне, динамічне, оригіналістське (текстуальне).
5. Основні моделі правового захисту конституції.
6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State).

Література:

- Алекси Роберт (2011). Дуальная природа права, 11 *Право України*, 45–58.
- Гамільтон/Медісон/Джей (2002), *Федераліст*, Київ, Вид-во Сфера.
- Гончаров Володимир (2009), До питання про функціональне тлумачення змісту юридичних норм, 50 *Актуальні проблеми держави і права* 270-276.
- Ковлер/Чиркин/Юдин (1996), *Сравнительное конституционное право*, Москва, Манускрипт.
- Лемак Василь (2010), Принцип верховенства права в Україні: основні загрози, 3 *Право України* 44-51
- Роч Кевін (2004) Воинствующая демократия и антитерроризм, 2-3 *Сравнительное конституционное обозрение* <http://polit.ru/article/2004/09/03/roach/>
- Савчин Михайло (2009), Конституціоналізм і природа конституції, Ужгород.
- Шаповал В.М. (2005) Сучасний конституціоналізм: Київ.: Юридична фірма «Салком».
- Шевчук Станіслав (2010), Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза та співвідношення, 3 *Право України* 52-61
- Шевчук Станіслав(2001). *Основи конституційної юриспруденції*, Київ, Центр правничих студій.
- Rosenfeld/Sajo (Eds.) (2003), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.

1. Основні теорії конституції у співвідношенні із конституціоналізмом. Природу конституції можна розкрити у контексті конституціоналізму, що передбачає дієві механізми обмеження влади та належні гарантії прав людини. Йде мова про розрив між юридичною і фактичною конституцією, програмним характером її принципів і норм. Наприклад, це зумовлює інтерпретацію принципу правової державності як певних вимог до організації та діяльності держави, що свідчить про певну ступінь втілення їх положень у життя – ні більше, ні менше. На сьогодні у конституційній доктрині поширеними є наступні школи, які пояснюють природу конституції – юридичний позитивізм та природне право. Однак зазначена проблематика конкретизується через співвідношення природних прав та конституційного судочинства, а також синтетизм (правовий плюралізм).

1.1. Юридичний позитивізм та теорія конституції. Позитивістська теорія трактує конституцію як систему правових норм, що мають вищу юридичну силу і регулюють основи відносин між людиною і суспільством, з одного боку, і державою – з другого, а також засади організації самої держави та її відносин зі світовим співтовариством. Зокрема, конституцію розкривають як «установчий правовий акт, основний закон держави, що приймається в ускладненому порядку, володіє у сучасних умовах особливим об'єктом регулювання, вищою юридичною силою і є юридичною базою для правотворчості, правозастосування і правосвідомості»¹.

Як нормативно-правовий акт конституцію розкривають через її властивості: а) установчий характер; б) основний закон; в) найвища юридична сила; г) верховенство конституції щодо міжнародних договорів, які вносяться у парламент для проходження процедури ратифікації; д) пряма дія конституційних норм; е) особлива процедура прийняття – внесення змін до конституції здійснюється у відмінному від законодавчої процедури порядку.

Загалом основними ознаками позитивістського трактування конституції є такі:

- Традиція *Corpus iuris civilis* – розуміння права як замкнутої системи понять, в рамках якої шукають відповідь на розв'язок проблеми;
- Сакралізація тексту – традиція інтерпретації священних текстів, що зумовлює перенесення відповідних технік інтерпретації конституції як тексту;
- Відокремлення права від моралі, оскільки позитивістами воно трактується як невизначене і занадто спекулятивне (Джон Остін, Ганс Кельзен);
- Право є командою суверена, адресованої політичним підлеглим, а тому значна увага приділяється відповідальності (Томас Гобс, Джеремі Бентам);
- Заперечення ідеї об'єктивних і моральних цінностей у праві;
- Механіцизм – право забезпечується державою як механізм примусу, а держава розглядається як апарат;
- Волюнтаризм – право виражає волю народу/класу/стану

¹ Хабриєва Т.Я., Чиркин В.Е. *Теория современной конституции*. Москва: НОРМА, 2005. С. 39.

Загалом юридичний позитивізм апелює до носія суверенітету, який визначає характер і зміст конституції, про що Лон Фуллер писав так:

«Правовий позитивізм починається з пошуку певної єдиної сили, яка дає логічну завершеність правничій системі та пропонує чітке визначення права. Він знаходить цю єдину силу в універсальній владі суверена. Але сьогодні ми більше не можемо вірити у персонального суверена»

1.2. Природне право та теорія конституції. Ця теорія трактує конституцію як результат еволюції публічно-владних форм життя, накопичення народом досвіду управління та його оформлення у певні інститути. Зокрема, Шарль Луї Монтеск'є звертав увагу на демографічні, економічні, географічні фактори, які впливають на «дух народу», на основі якого й побудована конституція². Разом з тим накопичення народом практики управління зумовлює необхідність обмеження правління, встановлення балансу між центрами влади, тобто поділу влади, забезпечення основних (природних) прав людини.

До природно-правової теорії також дотична теорія суспільного договору. Конституція є актом установчої влади, яка виражає компроміс між політичними силами у суспільстві та за природою є суспільним договором, що виражає визнання публічної влади зв'язаною основними правами і свободами. Згідно із Жан Жак Руссо в основі суспільного договору лежить ідея наділення владними повноваженнями органів влади з метою забезпечення безпеки за рахунок обмеження прав людини на засадах народного суверенітету³. Основні права і свободи визначають організаційні та процедурні основи функціонування публічної влади.

Природно-правові теорії наголошують насамперед на розумних засадах як результатах людської діяльності, які дозволяють формулювати задовільні для широкого загалу правила та процедури. На думку Цицерона:

«Справжнє право – це розумність, праведність та природа, це право, яке накладає на людей обов'язки, забороняє й утримує їх від поганих вчинків. Його чинність є універсальною, незмінною та вічною. Будь-яка спроба заперечити це право є гріх; скасувати його неможливо. Ні сенат, ні асамблея не можуть звільнити нас від його приписів. Тут не може бути одного права в Римі, а іншого в Атенах; або одне зараз, а інше – потім; всі народи мають керуватися цим незмінним та універсальним правом».

Якщо узагальнити, то основні постулати природної школи конституції зводяться до наступного: 1) право як продукт природного розвитку суспільства; 2) розумність права, в основі якого лежать фундаментальні цінності; 3) діяльність конституційної юстиції щодо захисту фундаментальних цінностей від свавільних дій більшості; 4) природне право як критерій розумності і практичної придатності позитивного права.

² Монтеск'є Ш.-Л. *О духе законов*. Москва: Мысль, 1999.

³ Руссо Ж.-Ж. *Об общественном договоре, или Принципы политического права* / Пер. с фр. А.Д. Хяютина и В.С. Алексеева-Попова // *Об общественном договоре. Трактаты* / Пер. с фр. – М.: КАНОН-пресс, 1998.

Окрім розумності природно-правове розуміння конституції також ґрунтується на засадах справедливості. Згідно із тестом Радбруха позитивне право має відповідати таким засадам моральності: 1) відповідність закону основоположних принципам системи позитивного права; 2) відповідність закону моральним засадам добросовісності, справедливості. Такі висновки стали реакцією на формальну нацистську законність та на сумнозвісні Нюрнберзькі закони, які передбачали можливість переслідувати за ознакою приналежності до певної меншини за расовою, національною, політичною ознакою та статевою/гендерною ознаками.

1.3. Природні права та конституційне судочинство. У період Просвітництва, виходячи із визнання права на самозахист особи від свавільного втручання держави у приватну автономію особи, утвердилася ідея, що межами діяльності держави є права людини. Визначення меж діяльності держави можливе за умови належного судового контролю над діями законодавця і виконавчої влади. Виходячи із цього важливим є судовий конституційний контроль над законодавством та правозастосуванням. Судовий контроль ідентифікує англо-американську правову систему. Така ідея у континентальній традиції права була обґрунтована у працях австрійського правознавця Ганса Кельзена як необхідність застосування спеціалізованого суду, який покликаний забезпечувати верховенство конституції у національній правовій системі. Взаємні зв'язки між природними правами та конституційним судочинством зводиться до наступних моментів:

- Права людини виражають межі діяльності держави та їх моральні орієнтири.
- Конституційне судочинство виступає охоронцем людської свободи від свавільного втручання та утисків.
- Конституційне судочинство поєднує позитивістський та природно-правовий підходи у регулюванні прав людини.
- Конституційне судочинство виступає як інституція, що запобігає довільним діям парламенту, визнаючи неконституційними закони чи їх положення у разі порушення ними прав людини.
- В умовах конституційної демократії конституційне судочинство є інститутом захисту прав меншості від довільних та свавільних рішень більшості.
- Це вимагає належне обґрунтування рішень, щоб забезпечити авторитетність та демократичну легітимність конституційної юстиції.
- Захист прав людини у діяльності конституційної юстиції забезпечується шляхом розгляду конституційних скарг, *amparo*, *habeas corpus* чи за допомогою аналогічних інститутів.

Таким чином, конституційне судочинство забезпечує захист прав людини шляхом перевірки щодо конституційності правових актів та розгляду конституційних скарг чи за допомогою аналогічних процедур.

1.4. Синтетизм (правовий плюралізм). Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі. Це є

класична формула ліберального конституціоналізму⁴, яка впливає з природи універсальних конституційних цінностей. Згідно з ліберально-демократичним трактуванням конституція також покликана забезпечити право людини на вільний розвиток та ефективно демократичне правління. Правовий плюралізм наголошує не лише на державних формах творення права, а також на можливості приватноправових механізмах творення права. Також значну роль у процесі творення права відіграє *opinion juris doctorum* та конституційна юриспруденція.

Згідно з теорією ігор джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації, або правового захисту конституції не завжди можна досягти максимально корисного результату, оскільки конструювання положень конституції є результатом консенсусу, компромісу, а такі конструкції не завжди є ідеальними. Тому, до речі, складно говорити, що конституція закладає якийсь суспільний ідеал. Водночас ці речі не слід плутати із програмно-перспективною функцією конституції.

Основні положення синтетичної підходу у розумінні конституції зводяться до наступних моментів:

- Розуміння конституції як втілення ідей конституціоналізму, які виражають національну конституційну традицію;
- Конституція є інструментом забезпечення участі держави у прийнятті владних рішень і реалізації народного суверенітету, як на національному, так і на наднаціональному рівні публічної влади;
- Система цінностей і принципів (людська гідність, свобода, рівність, верховенство права), які забезпечуються правовим захистом, складають сутнісне ядро розуміння конституції;
- Механізм чинності конституції, який включає:
 - мікрорівень через реалізацію конституційних норм у формі використання, виконання, додержання і застосування ;
 - мезорівень – суспільно-політичні дебати щодо її реалізації, інтерпретація конституції та
 - макрорівень через її установчий характер, верховенство і пряму дію та правовий захист.

За своїм змістом конституція виражає: а) суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються правовим захистом; б) способи здійснення демократичних процедур та контролю народу над публічною владою; в) легітимацію публічної влади; г) межі втручання публічної влади у приватну автономію особи; д) правовий механізм міжнародного співробітництва держави. Таким чином, конституція за змістом є певним типом соціального порядку, заснованого на визначенні легітимних рамок правління з метою забезпечення суспільного блага (балансу публічних і приватних інтересів).

⁴ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер с англ. – М., 2001.

2. Конституція реальна, номінальна, символічна

2.1. Дуалістична природа конституції. Конституція поєднує в собі формальний та матеріальний аспект; інколи формальний аспект конституції розглядають як ідеальний, хоча саму конституцію як явище навряд чи можна зводити до писаного тексту – ідеї обмеження влади та гарантій прав людини все одно були обґрунтовані до їх формалізації у вигляді тексту. Водночас дуалізм конституції виражається у практиці втілення її положень в життя.

i) нормативне розуміння конституції пов'язується із юридичними характеристиками правового акту чи їх сукупності, який у національній правовій системі відіграє роль основоположного закону. У такому сенсі конституція закладає структуру джерел національного права, основоположні правила і вимоги юридичної техніки у правотворенні і правозастосуванні, аргументації юридичних рішень.

ii) конституція як правопорядок певного типу. У цьому сенсі конституція є певною сукупністю інститутів, правил і процедур, спрямованих на захист прав людини та обмеження свавілля влади. Таким чином, зміст зазначених інститутів і процедур має певне спрямування, хоча сама конституція не може розглядатися як певний конструкт соціальних інститутів. Трактуювання конституції як правопорядку доречно у контексті певного зводу правил гри, які динамічно розвиваються разом зі зміною соціальної структури, тобто як реально діючий ефективний порядок, заснований на повазі гідності особи та її захистові.

Тепер згідно усталеної конституційної доктрини⁵, розглянемо коротко символічні, номінальні та реальні конституції.

2.2. Конституція символічна (фальшива) є набором символів, знаків, яка фактично не відображає реальний процес здійснення влади, а остання насправді є необмеженою (*fake constitution*). Прикладом таких «конституцій» є статусні документи Радянського Союзу, КНДР, КНР, Куби.

i) фетишизація тексту та конституційний дискурс. Як правило, символічна конституція полягає у фетишизації тексту як сукупності знаків і символів, за допомогою чого влада прикриває практику зневаги людської гідності та порушення прав людини й основоположних свобод. Відомий міф про доволі досконалий характер сталінської конституції Радянського Союзу 1936 р. яка нібито містила широкий каталог прав людини, абсолютно нівелюється практикою застосування нелегітимного так званого закону про п'ять колосків, функціонування мережі концтаборів у системі ГУЛАГ та різноманітних форм надзвичайного правосуддя.

ii) конституція як інструмент політики. Традиційно у радянській юридичній доктрині конституція розглядалася як інструмент впровадження в життя політики Комуністичної партії згідно тоталітарних засад демократичного централізму та керівної і

⁵ Giovanni Sartori. Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), pp. 853-864.

спрямовуючої ролі Компартії, що було офіційно закріплено у Конституції Радянського Союзу 1977 р.

iii) конституція як інструмент диктатури. Сталінська, як і всі інші радянські «конституції» була побудована на засадах концентрації влади та зрощення державного і партійного апарату, тотального втручання держави і сферу приватної автономії індивіда.

2.2. Конституція номінальна – це така конституція, яка реально не обмежує владу і містить лише декларований “каталог” прав людини, що не є її справжніми цілями. Насправді її положення лише частково реалізовано, оскільки вона виконує насамперед функцію легалізації влади, а не настільки захист основоположних правових цінностей і принципів. Такий стан конституцій є притаманний переважній більшості пострадянських держав, які виникли в результаті розпаду СРСР, а також у багатьох країнах Азії, Африки і Латинської Америки.

i) розрив між юридичною і фактичною конституцією. Такий розрив зумовлений тим, що конституція не настільки забезпечує функцію обмеження влади; насправді номінальна конституція описує, як функціонує політична влада загалом, відносячись нейтрально до її телосу. При цьому акцентується увага на прерогативах держави, ефективному здійсненню нею своїх повноважень безвідносно до правових цінностей і принципів.

ii) фрагментарність конституції. Безвідносність політичних акторів, зокрема, органів публічної влади до конституційних цінностей і принципів зумовлюють переважання методів адміністрування. За таких умов права людини насправді реалізуються фрагментарно, оскільки їх здійснення цілком залежить від реалізації владних прерогатив та розгляду владців своїх посад як засобу доступу до обмежених ресурсів.

2.3. Конституція реальна. Конституція розглядається як реально діючий правопорядок, яка видозмінюється у ході суспільно-політичних процесів, виконує реальну функцію обмеження влади і гарантує права людини.

i) динамізм конституції. Конституційний текст за таких умов розглядається суто у руслі правової визначеності, як певний відкритий каталог прав людини та критеріїв для ухвалення владних рішень та інших актів влади. Тому конституція як документ трактується динамічно, оскільки суспільно-політичні обставини застосування її положень є мінливим, вони змінюються, що зумовлює поступову еволюцію положень конституції як правового акту. Конституція власне розглядається не настільки як текст, як сукупність певних цінностей і принципів, які застосовуються у певному соціальному контексті і їхній зміст динамічно змінюється.

ii) конституція як правопорядок у гетерархічному суспільстві. Конституція не зводиться до встановлення правил гри у політичному суспільстві, за схемою «підданий – урядник». Основою людської гідності є самоідентичність індивіда, що передбачає вільний, суверенний його вибір, тобто конституція передбачає і координацію зусиль, спрямовані на реалізацію конституційних цінностей і принципів, які зумовлюють зміст конституційних інститутів, процедур і правил, які динамічно розвиваються.

iii) завдання конституції щодо обмеження влади. Конституція як дійсне вираження політичної волі народу виражає функцію обмеження влади, критерієм якої є права людини й основоположні свободи. Ступінь реалізації таких конституційних цілей свідчить про реальність конституції.

2.4. Конституція формальна і матеріальна. З формальної точки зору конституцію розглядають в якості закону, що «виникає в особливій формі, який може бути змінений тільки певним прописаним шляхом і... наперед встановленій формі» (Теодор Маунц). Найчастіше у формальному розумінні конституцію характеризують як джерело права. На думку Філіпа Ардана «конституція є синонімом організації влади, тому навіть при відсутності письмового документу держава має конституцію, а якщо такий документ є, то його положення не охоплюють всієї конституції».

i) соціальна обумовленість конституції. Конституцію не можна зводити до лассалівської формули про «співвідношення політичних сил». Таке твердження є не завжди вірним навіть на момент прийняття конституції, оскільки навіть на цьому етапі складно забезпечити реальне політичне представництво (принцип мажоритарності може мати наслідком втрати представництва навіть до третини виборців). Радше конституцію можна розглядати як звід правил політичної гри, які вводять політичний процес відповідно до правових цінностей і принципів, які динамічно розвиваються.

ii) рівень правової культури та втілення положень конституції. Певне розходження між юридичною і фактичною конституціями має місце і в країнах з демократичними режимами, хоч ступінь такого розходження, як і чинники, що його обумовлюють (причини), у різних країнах мають істотні відмінності. Суттєво впливають на розходження між юридичною і фактичною конституціями, зокрема, такі чинники, як «вік» юридичної конституції (чим вона «старша», тим вірогідність розходження з фактичною конституцією у неї більша внаслідок змін у суспільних відносинах, які відбулися після прийняття юридичної конституції); співвідношення політичних сил; стан юридичних механізмів реалізації конституції; тип суспільної політичної і правової культури тощо.

iii) юридична техніка та конституція. Юридична техніка має подвійне значення для конституції. По-перше, формулювання тексту конституції має бути чітким, лаконічним, викладене доступною мовою. Бажано також уникати дефініцій, оскільки певні терміни підлягають конкретизації у законодавстві чи конституційною юстицією. Також юридична техніка визначає структуру конституції. По-друге, процес конкретизації конституції у законодавстві та її інтерпретації конституційним судом впливає на характер та динаміку розвитку змісту конституції.

Табл. Співвідношення формальної і реальної конституції.

конституція як нормативний акт	конституція як правопорядок
i) конституція як основоположний закон;	i) конституція як певний тип правопорядку;
ii) верховенство конституції;	ii) конституювання владних відносин та легітимація публічної влади;
iii) стабільність конституції	iii) завдання по обмеженню владної сваволі та захисту основних прав і свобод.

3. Установча влада

3.1. Поняття установчої влади. Владу, що встановлює конституцію, можна визначити як організаційний та процедурний порядок вираження у формі основного закону правових засад державного та суспільного ладу, правових форм взаємодії публічної влади, суспільства та індивіда.

Оскільки публічна влада є похідною від влади народу, то необхідно розмежовувати установчу владу та організаційно-правову, що втілюється через систему організаційних та правових форм діяльності учасників конституційних правовідносин. Згідно із французькою концепцією установчої влади сама ідея надконституційності іманентна характеристика конституції, оскільки її формальному ухваленню передують утворення засад конституційного ладу (утворення “протоконституційних” норм). Це зв’язує учасників політичного процесу та накладає обмеження у політичній діяльності (Ж.-П. Жакке, Ф. Ардан, Р. Ріал). На думку інших (Ф. Люшер, Ж. Ведель), які виражають переважно позитивістські погляди, перегляд певних надконституційних принципів та ідей (до прикладу, республіканізм) можливий шляхом перегляду положень, які закріплюють ці принципи. Зокрема, французька Конституційна рада у справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз (1992) визначила, що установча влада є суверенною і “їй дозволено скасовувати, змінювати та доповнювати положення конституційного значення при додержанні, зрозуміло, правил стосовно способу, встановленого Конституцією”.

3.2. Критерії легітимності процесу прийняття конституції. Конституційні норми володіють верховенством у національній системі права, що і визначає особливий порядок їх прийняття, зміни та відміни. Тому це є якісним критерієм розмежування понять установчого та законодавчого процесу. У відповідності до загальних принципів права установчі процедури повинні відповідати таким вимогам.

i) Існування легітимних органів влади, які уповноважені від імені народу призначати та забезпечити прийняття або внесення змін до конституції. У Конституції та законах визначається організація та порядок діяльності вищих органів держави, які компетентні приймати рішення з питань встановлення чи внесення змін до основного закону. Якщо в державі немає конституції, то діяльність таких органів влади повинна здійснюватися згідно демократичних засад суспільства. Процедури по встановленню чи внесенню змін до конституції повинні здійснюватися у легітимних формах, тобто на основі повноважень державних органів, визначених законом.

ii) У разі відсутності конституції важливу роль відіграють інститути політичної системи суспільства, національні традиції демократії, що служать основою так званих “передконституційних норм”. На перший план у даному випадку виходить політична активність народу, різного роду політичних організацій. У відповідності до цих вимог проект конституції повинен бути підготовлений із залученням спеціалістів у галузі конституційного права; цей проект повинен стати предметом широкої громадської дискусії, у якій важливу роль по формуванню політичної волі громадян повинні відігравати політичні партії.

Проблемним питанням є розгляд установчих процедур у випадку революції чи кардинальних змін суспільного та державного ладу. Революція як суспільне явище означає якісні зміни у правовому регулюванні суспільних процесів, що веде до порушення засади старого порядку і засновує якісно новий. Тому у таких випадках на перший план виходить забезпечення процедур безпосередньої демократії.

iii) Процедурне забезпечення установчого процесу. На законодавчому рівні повинно бути врегульовано порядок прийняття або внесення змін до конституції. У випадку відсутності законодавчого забезпечення існує проблема гарантій представництва основних політичних сил суспільства. Незабезпеченість юридичними процедурами прийняття конституції веде до порушення її юридичної форми, порушення прав основних суб'єктів конституційних правовідносин.

3.3. Форми прояву установчої влади та світова практика. До основних способів ухвалення конституцію відносять: i) конституанта (установчі збори/конституційний конвент/асамблея); ii) референдум; iii) парламентська процедура; iv) октроювання; v) змішані способи.

У цілому такі механізми прийняття чи внесення змін до конституції у світовій практиці поєднуються певним чином, що відображає національні традиції та певні конкретно-історичні обставини. Зокрема, найпоширенішою практикою є розробка проекту конституції спеціальною комісією або її попереднє схвалення парламентом із остаточним затвердженням Основного закону на всенародному референдумі.

Плебіцитарна модель з елементами авторитаризму (Франція). Французька модель прийняття конституції полягає у частому прояві дисконтинуїтету. Зокрема, конституція 1958 р. приймалася у неоднозначній політико-правовій ситуації і здійснювалася у декілька стадій. Перша стадія була пов'язана із забезпеченням самої можливості такої зміни, оскільки конституція 1946 р. наділяла парламент монополією щодо прийняття нової конституції. Ш. де Голль добився перегляду ст. 90 Конституції IV Республіки шляхом голосування за вотум довіри урядові готувати відповідний проект конституції. Також було переглянуто конституційний закон № 58-7233, яким ініціатива на перегляд конституції належала урядові, обговорювалася у Раді міністрів після слухання висновку Державної ради. Поправки до конституційного закону містили принципи, які визначали параметри майбутнього проекту конституції. Остаточо питання про порядок перегляду конституції було вирішено передати французькому народові на референдум.

Континуїтет був збережений щодо інституту прав людини та концепції співдружності. Проект конституції був схвалений Радою міністрів, промудована Президентом Коті та схвалена на референдумі 17 668 790 голосів (72%) проти 4 624 511 голосів (20,8%) виборців. Легітимність прийняття конституції посилюється й тим, що Шарль де Голль на президентських виборах здобув 77,5% голосів електоральної колегії. Таким шляхом також була прийнята за результатами референдуму від 12 грудня 1993 р. Конституція Російської Федерації, розроблена Конституційною комісією під головуванням Президента Бориса Єльцина. Цей механізм продемонстрував тяглість авторитарної традиції в Росії, яка була посилена згоранням під час каденції Президента Владіміра

Путіна основних засад федералізму (ліквідація виборності вищих посадових осіб суб'єктів федерації, створення федеральних округів), делібералізацією політичної системи (законодавство про екстремізм, підвищення виборчого бар'єра до семи відсотків, посилення адміністрування окремих секторів громадянського суспільства) тощо.

Парламентська модель із елементами електоральної легітимації (Королівство Нідерланди). Згідно з нідерландською моделлю нова конституція приймається парламентом у два етапи. На першому етапі Генеральні штати обома палатами приймають рішення про необхідність прийняття поправок до Конституції у запропонованій їм редакції. Після схвалення цього рішення обидві палати парламенту підлягають розпускові. Конституція схвалюється остаточно двома палатами новосформованих Генеральних штатів (ст. 137 Конституції Королівства Нідерландів). Така система передбачає недопущення випадків зловживання повноваженнями з боку парламенту для того, щоб попередити можливість прийняття конституції, в якій було б виголошено повноваження органів публічної влади на користь парламенту або на угоду політичних сил, представлених у парламенті.

Модель конституційної асамблеї. Досить поширеною є практика прийняття конституції через установчі збори, конституційну асамблею. Ідея конституанти полягає в тому, що конституцію приймає конституційна асамблея (установчі збори), яка скликається у разі необхідності прийняття конституції чи її ревізії. Така практика була реалізована на основі ідей Емануеля Жозефа С'єеса шляхом ухвалення Конституції Франції 1791 р. Установчими зборами, якими були проголошені Генеральні штати, скликані королем Людовиком XVI для вирішення питання щодо встановлення нових податків.

За своєю сутністю формування конституанти шляхом виборів є потрібним для звільнення положень конституції від політичної кон'юнктури та встановлення правил функціонування публічної влади, побудованої на повазі гідності людини, належних гарантіях прав людини й основоположних свобод, поділі влади як механізму недопущення концентрації та зловживання нею.

Модель консоціативної демократичної легітимації. Прийняття Конституції Іспанії 1978 р. було результатом компромісу між різними соціальними, політичними, владними інститутами; зокрема, їх учасниками були екстремістські політичні рухи. Компроміс іспанської моделі також полягав у поступовій еволюції конституційної моделі державного устрою від унітаризму та регіоналізму, що передбачав надання широких самоврядних прав автономіям, які були створені на договірній основі провінціями.

Парламентська модель із елементами субсидіарної консоціативної легітимації. За німецькою моделлю внесення змін до Основного закону є прерогативою парламенту – Бундестагу та органу участі земель у законодавстві та управлінні федерацією – Бундесрату, які ухвалюють відповідне рішення не менш як двома третинами голосів їх членів. При цьому не можуть бути предметом перегляду положення Основного закону, що стосуються поділу федерації на землі, засад участі земель у законодавстві, а також принципи поваги гідності людини, визнання прав людини як непорушних і невідчужуваних, їх прямої дії, засад демократичної соціальної федеративної держави, зв'язаності законодавства

конституційним ладом, управління й правосуддя – законом і правом, визнання суверенної влади народу та права народу на опір правлінню, що посягає на конституційний лад.

ФКС Німеччини не здійснює попереднього конституційного контролю за проектами законів про внесення змін до Основного закону. Хоча існує можливість остаточного конституційного контролю за такими законами, однак таке питання не було актуальним у практиці німецького конституціоналізму. Водночас ФКС відіграє важливу роль при здійсненні конституційного контролю над міжнародними договорами, до яких приєднується Німеччина, і вони стосуються засад конституційного ладу, що також визначає засади участі земель у виробленні політики на рівні федерації та ЄС у контексті забезпечення конституційного ладу Німеччини. Зокрема, необхідно виділити роль ФКС у забезпеченні легітимності приєднання Німеччини до установчих договорів Європейського Союзу та процесу ратифікації Бундестагом Лісабонського договору (BvE 2/08 (Lisbon Case)).

Парламентська модель з елементами попереднього конституційного контролю. В Угорщині Національні збори вносять зміни до Конституції двома третинами голосів депутатів. Водночас Президент на свій розсуд до його промудрації може або накласти вето, або звернутися до Конституційного суду для вирішення питання про конституційність цього закону. За таких умов Конституційний суд Угорщини фактично здійснює остаточний конституційний контроль за конституційними законами.

Подібною є процедура перегляду румунської Конституції. Однак для її перегляду обов'язковою є попередня перевірка Конституційним судом конституційності ініціативи про перегляд Конституції. При позитивному рішенні Конституційного Суду Палата депутатів і Сенат схвалюють законопроект двома третинами від їх загального складу, а якщо рішення приймається на спільному засіданні палат – трьома чвертями від числа депутатів і сенаторів. Остаточні зміни схвалюються за рішенням національного референдуму. Не підлягають переглядові положення Конституції, які встановлюють національний, незалежний, єдиний і неподільний характер румунської держави, республіканську форму правління, територіальну цілісність, незалежність правосуддя, політичний плюралізм та офіційну мову.

Парламентська модель перегляду конституції. Згідно з Конституцією Чеської Республіки конституційний закон приймається трьома п'ятими голосів від загального числа депутатів і трьома п'ятими голосів присутніх сенаторів; палати чеського парламенту правомочні приймати рішення, якщо на їх засіданні присутні принаймні третина їх членів. На конституційний закон не накладається вето Президента. Конституційний суд Чеської республіки не здійснює конституційного контролю над конституційними законами.

Таким чином, можна визнати, що установча влада характеризується такими ознаками: а) легітимність конституюнти на основі вільних і демократичних виборів; б) легітимність конституюнти, наділеної повноваженнями приймати/ревізувати/вносити зміни до конституції; в) законодавче регулювання установчої процедури; г) зв'язаність конституюнти соціальними цінностями, які не можуть бути предметом її ревізії (власне кажучи, зв'язаність конституюнти конституційним ладом); г) установча легітимність конституюнти, заснованої на зворотних зв'язках між населенням та процедурами

ухвалення рішень (наприклад, елементи нідерландської моделі, яка передбачає розпуск парламенту, який ініціював зміни; залучення мережі *think tanks*; круглі столи між політичними силами тощо).

4. Тлумачення Конституції

4.1. Інтерпретація конституції: необхідність, межі та види. У процесі застосування конституційних норм виникає необхідність їх інтерпретації у контексті конкретної історичної ситуації. У цьому процесі провідна роль належить парламентові та органам конституційної юстиції, що у цілому впливає на ефективність механізму правового захисту конституції. Якщо процедура внесення змін до конституції складна, то роль органів конституційної юстиції в інтерпретації конституційних норм може набувати характер монополії по вирішенню відповідних конституційно-правових спорів.

Згідно концепції належної правової процедури застосування права органами правосуддя відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування основних прав і свобод здійснюється на засадах рівності і пропорційності (С. Шевчук). Конституційні положення, як правило, встановлюють гарантії прав і свобод, які носять процесуальний характер. Зміст належної правової процедури втілюється у процесуальному режимі. Процесуальний режим виражає процесуальні права та обов'язки учасників, способи та засоби їх реалізації, порядок їх набуття та вступу у процесуальні відносини, юридичні наслідки вирішення конкретної юридичної справи шляхом винесення обґрунтованого рішення у відповідності до вимог процесуальної форми.

Необхідність тлумачення конституції зумовлена такими чинниками:

- загальний і абстрактний характер конституційних норм;
- принцип самообмеження конституційного суду;
- доктрина “політичного питання”.

Конституція є актом установчої влади, розрахований на тривале використання та реалізацію. Однак, суспільний розвиток та зміни в організації діяльності інститутів публічної влади зумовлюють необхідність модернізації конституційної матерії, тобто пристосування конституції до нових умов життя. Причому таке пристосування інколи складно проводити шляхом внесення змін до конституції з різних обставин. У німецькій конституційній доктрині виділяють традиційні та динамічний способи тлумачення конституції⁶. Слід відзначити про особливості розуміння окремих традиційних способів тлумачення. Зокрема, німецька конституційна доктрина розглядає історичний спосіб тлумачення не лише через призму з'ясування волі конституцієдавця, а також у світлі визначення особливостей конкретної історичної ситуації в момент прийняття Основного Закону та через динаміку практики держави⁷. У якості традиційного тлумачення також

⁶ Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger. *Deutsches Staatsrecht*. 31. Auflage des von Theodor Maunz begruendete Werkes. Muenchen: Verlag C.H. Beck Muenchen, 2005. S. 53–63.

⁷ Idem. - S. 55–56.

розглядається конформний до європейської юриспруденції (Європейського суду з прав людини та Європейського суду справедливості).

Динамічне тлумачення ґрунтується на розумінні природи конституції як відкритої та рухливої правової матерії, яка змінюється відповідно до конкретної історичної ситуації. За таких умов конституція вже розглядається «не лише як правосвідомість, але й як правотворчість», як «керівні ідеї розподілу свободи», «оптимізації» та «практичного узгодження» конституційних положень і цілей. Тому зростає роль конституційного суду у забезпеченні розвитку конституції шляхом її конкретизації при вирішенні конституційно-правових спорів⁸, що виключає неправомірність прогалин у законодавстві, оскільки це не відповідає конституційним цілям та «керівної ідеї розподілу свободу» як засад німецького конституціоналізму⁹.

Як свідчить досвід конституційних судів більшості країн Центральної та Східної Європи, які запозичили германську модель конституційної юстиції, вони також схильні до здійснення динамічного тлумачення конституції¹⁰. Згідно з американською правовою доктриною застосовують різноманітні методики при тлумаченні конституції, які є мінливими, що часто залежить від складу Верховного суду США, поглядів суддів на форми та обсяг судової активності, структури конституціоналізму у конкретно-історичній обстановці. Ф. Боббіт визначає, що тлумачення конституції зумовлено модальностями у діяльності Верховного суду (історичної, текстуальної, розсудливості (*prudential*), доктринальної, етичної)¹¹. Тлумачення конституції розглядається через призму концепції інтерпретивізму¹², нейтральних засад тлумачення¹³, з'ясування волі конституцієдавця (*original understanding, originalism*)¹⁴, винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*¹⁵, розвитку конституційного права¹⁶, концепції зважування (*balancing*)¹⁷. Аналіз американських доктрин тлумачення конституції свідчить про різні підходи, які полягають у поєднанні методів формальної юридичної логіки (текстуалізм, оригіналізм), техніки винесення судових рішень (зокрема, *stare decisis*) чи зважування конституційних цінностей або принципів (*balancing*), визнання судової активності чи її обмеження в ході тлумачення. Емпіричний досвід діяльності Верховного суду США свідчить, що такі підходи інтерпретації Конституції змінюються в залежності від конкретно-історичної обстановки, складу суду, суспільних дебатів щодо подальшого розвитку конституційної доктрини і судової практики.

⁸ Хессе, К. *Основы конституционного права ФРГ* (пер. с нем). Москва, 1982. С. 59.

⁹ Deutsches Staatsrecht. – S. 58 – 63.

¹⁰ Гарлицкий, Л.Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права, *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1. С. 157–161; Шеппель, К.Л. Новый венгерский Конституционный суд, *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1. С. 21–25.

¹¹ Bobbitt, Phillip. *Constitutional Interpretation*. 1991. P. 12 – 22.

¹² Grey, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? 27 *Stanford Law Review* (1975). P. 703–717.

¹³ Bork, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems, *Indiana Law Journal* (1971). P.1–11; Wechsler, Herbert. Toward neutral principles of Constitutional law, 73 *Harvard Law Review* (1959). P. 9–35.

¹⁴ Brest, Paul. The misconceived quest for the original understanding, 60 *B.U.L. Review* (1980). P. 204–234.

¹⁵ Monaghan, Henry P. Stare decisis and constitutional adjudication, 88 *Columbia Law Review* (1988). P. 723–753.

¹⁶ Tushnet, Mark V. Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles, 96 *Harvard Law Review* (1983). P. 781–824.

¹⁷ Aleinikoff, Alexander T. Constitutional law in the age of balancing, 96 *Yale Law Review* (1987). P. 943–992.

4.2. Основні правила тлумачення конституції. Тлумачення конституції ґрунтується на юридичному силогізмі, згідно правил якого суд має надати інтерпретацію фактичному та юридичному складу конкретної справи. Це істотно впливає на аргументацію та демократичну легітимність рішень конституційних судів. У цьому контексті існують наступні основні правила тлумачення конституції: 1) тлумачення конституційного тексту як цілісного; 2) урахування взаємних зв'язків між конституційними положеннями та зворотних відсилань; 3) практична значущість у контексті ефективності захисту прав людини; 4) забезпечення ефективності виконання рішень та обмеження влади.

У цьому відношенні має значення механізм формування офіційної конституційної доктрини. У країнах *англо-американської системи права* тут головну роль відіграє доктрина *stare decisis* (букв. слідувати попередньо встановленому), яка лежить в основу судового прецеденту. У *континентальній Європі* формування офіційної доктрини конституційних судів має таку логіку: 1) формулювання у конкретній справі юридичної позиції; 2) відтворення такої позиції у наступних рішеннях, якщо у справах подібний предмет та обставини; 3) відображення основних положень цих рішень у правилах правових актів, які ухвалюються органами публічної влади.

Також має місце можливість зміни юридичних позицій, яке ще йменують *overruling*, тобто зміни підходів конституційної юстиції з метою: 1) забезпечення ефективного та дієвого захисту прав людини; 2) наявність більш якісних механізму захисту прав людини, які впливають із рішень міжнародних юрисдикційних установ; 3) істотної зміни обставин застосування конституційних положень у світлі структурних змін у суспільстві (досягнення науково-технічного прогресу, особливості економічного розвитку, зміни соціальної та демографічної динаміки тощо); 4) істотної зміни у правовому регулюванні; 5) наявності певної інституційної проблеми, яка заподіює істотної шкоди правам людини та конституційному порядку.

У цьому контексті значення інтерпретації конституції полягає у забезпеченні: а) конкретизації конституційних норм; б) деталізації конституційних норм; в) єдності розуміння і застосування конституційних норм.

4.3. Основні форми інтерпретації конституції: Аналіз вітчизняних та зарубіжних доктрин дає змогу зробити висновок, що посилюється роль конституційних судів у розвитку конституційної матерії шляхом динамічного тлумачення конституції. Це жодним чином не відкидає традиційні способи тлумачення правових норм, оскільки їх інтенсивно застосовують відповідно до конкретно історичної обстановки. Такі питання також досліджуються навіть у країнах, де немає сталих інститутів конституційної юстиції, однак уже ставиться питання щодо необхідності їх запровадження виходячи із стратегії компенсації.

Догматична методика тлумачення має формально-юридичний характер. Застосовуються при ній переважно граматичний, системний способи тлумачення, деякою мірою історичний метод, а також зрідка – телеологічний та функціональний. Сутністю догматичної методики тлумачення є використання «золотого правила» тлумачення, широке застосування правил формальної юридичної логіки, взаємозв'язків між

правовими нормами, структурними частинами певного правового акта/правових актів. Застосування історичного способу тлумачення традиційно пов'язується із з'ясуванням волі органу, що прийняв правовий акт, хоча це не відповідає природі речей (зокрема, явищу «переживання» закону, зміни конкретно-історичної обстановки його застосування). Ця методика тлумачення має значення для роз'яснення змісту юридичної термінології, пошуку логічних зв'язків між правовими нормами. Іншими словами, догматична методика тлумачення стосується статички права.

Динамічне тлумачення конституції застосовується у ситуації правової невизначеності, коли правове регулювання відстає від соціальної реальності. Це може бути пов'язано із застарілістю законодавства, конфліктом/колізією правових норм, динамічним розвитком суспільних відносин і нездатністю політичних інститутів адекватно вирішувати ці своєрідні правові виклики. Це також може бути пов'язано із обструкцією у парламенті необхідності деяких соціальних реформ, внаслідок чого поточне законодавство не надає адекватної відповіді на питання щодо захисту прав людини й основоположних свобод. Динамічне тлумачення може застосовуватися судовими установами та у доктрині. Таким чином, його сутністю є подолання розриву між положеннями правових актів та практикою його застосування шляхом тлумачення неоднозначних положень законодавства, звертаючись до соціальних цінностей, принципів права, закладених у конституції. Досить часто динамічне тлумачення застосовується Європейським Судом з прав людини з метою забезпечення гнучкого застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

При застосуванні методики динамічного тлумачення граматичний та системний спосіб тлумачення має значення для виявлення існуючих проблем, зокрема прогалин у позитивному законодавстві. Тому при його застосуванні насамперед акцентується увага переважно на телеологічний та функціональний способи тлумачення. У такому разі інтенсивно застосовується науковий апарат і доробок конституційної доктрини, принципи конституційного права, які не завжди є позитивно закріплені (наприклад, принцип пропорційності, довірливості, правової визначеності, недопущення владної сваволі, субсидіарності тощо). Досить часто при динамічному тлумаченні використовується історичний спосіб тлумачення для того, щоб з'ясувати особливості еволюції певного конституційного інституту, принципу, норми у контексті розвитку соціальних, політичних чи владних інститутів.

Конституційно узгоджене (конформне) тлумачення (verfassungskonforme Interpretation/Auslegung, consistent interpretation, la sentence interpretative, reserves d'interpretation) полягає в обранні компромісного варіанта інтерпретації конституційних норм, за яким навіть у разі виявлення неконституційності положень правового акта, що є предметом конституційного контролю, він визнається чинним у частині, в якій він відповідає конституційним принципам і нормам¹⁸. Така практика є широко розповсюдженою у країнах Європи та Північної Америки. Це трапляється у випадках, коли

¹⁸ Reinhold Zippelius und Thomas Wuertenberger. *Deutsches Staatsrecht*. 31. Auflage des von Theodor Maunz begründeten Werkes. München: Verlag C.H. Beck München, 2005; Klima K. *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen: Ales Cenek, 2008.

інтерпретоване положення правового акта викликає неоднозначне тлумачення і виходячи із конкретної юридичної ситуації йому надається тлумачення виключно у контексті конституційних принципів і норм. Надалі орган конституційної юстиції не бере до уваги положення правового акта, які є сумнівними з точки зору його конституційності.

Конституційний суд Чеської республіки у своєму рішенні Pl. US 48/95 від 26.03.1996 р. визнав правомірним «принцип пріоритету конституційного конформного тлумачення перед визнанням нечинним закону». На основі цього Суд зазначив, що «у ситуації, коли конкретне положення правового акта (pravního predpisu) уможливує два різних тлумачення, причому одне з них відповідає конституційному закону та міжнародним договорам відповідно до статті 10 Конституції Чеської республіки, а інше – суперечить, не надається висновок про нечинність цього положення. При його вирішенні завданням суду є тлумачення цього положення у конституційно конформний спосіб»¹⁹.

Конституційно конформне тлумачення є дискусійним з точки зору легітимності судового активізму²⁰, оскільки виражає правотворчу функцію конституційної юстиції у випадках правової невизначеності. Згідно із засадами конституційності у діяльності органів конституційної юстиції конформне тлумачення має базуватися на засадах поділу влади і не може містити потенціальне втручання у сферу законодавця.

Відповідно до засад конституційно-конформного тлумачення, закон не можна визнавати нечинним (неконституційним), якщо його можна тлумачити як такий, що відповідає конституції. Конформне тлумачення є доволі поширеним у німецькій конституційній юриспруденції²¹. Конституційний суд, вирішуючи конституційний конфлікт, має будувати свою інтерпретаційну діяльність у тому числі на основі конформного тлумачення оспорюваних норм, базуючись на таких засадах тлумачення конституційних норм, як: єдність (цілісність) конституції; принцип практичного узгодження (конкордації) та правової визначеності.

З урахуванням іноземного та вітчизняного досвіду конституційної юрисдикції можна виділити наступні форми конституційно конформного тлумачення: а) тлумачення конституції у взаємозв'язку із міжнародними договорами; б) тлумачення конституції у контексті установчих актів ЄС та правових актів органів ЄС; в) тлумачення конституції у контексті Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод та прецедентного права Європейського суду з прав людини; г) тлумачення конституції у взаємозв'язку із положеннями нормативно-правових актів, які є предметом конституційного контролю і

¹⁹ Nales Pl. US 48/95 26.03.1996 roku o interpretace zákona v souladu s ústavními zákony a mezinárodními smlouvami dle čl. 10 Ústavy <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=27983&pos=4&cnt=12&typ=result>

²⁰ Вей С. Принципи конституційної інтерпретації і самообмеження конституційного судді, *Вісник Конституційного Суду України*. 2002. № 2. С. 57-59; Кляйн Ханс Х. Юрисдикция конституционного суда и структура конституции. От правового государства к конституционному государству, *Государство и право*. 1999. № 8. С. 111-112; Шевчук С. *Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні*. Київ: Реферат, 2006.

²¹ Геберле П. Загальні проблеми конституційного права та юрисдикції конституційного суду на матеріалі «німецької моделі» і з погляду на Україну, *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. № 6. С.59-72; Рижков Г. *Принцип правової держави в Основному Законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального Конституційного суду ФРН*. Київ: Книги для бізнесу, 2008.

викликають неоднозначне застосування чи практичну необхідність в офіційній інтерпретації.

Сьогодні існує необхідність розвитку конституційних положень у поточному законодавстві, оскільки це веде до стану законодавчого упущення (недогляду) та можливості виконавчої влади зловживати своїми повноваженнями в умовах правової невизначеності. У даному разі зусилля конституційної юрисдикції з інтерпретації Конституції далеко не завжди дають можливість забезпечити реальний захист основних прав і свобод. У цьому сенсі конституційні положення накладають позитивні обов'язки на законодавця з приводу належного правового регулювання. Постає питання самоконтролю законодавця, що, на думку Г. Г'осепата, може бути досягнуто через конституційний суд, який здійснював би контроль щодо поточного законодавства на предмет ефективного забезпечення основних прав²².

5. Основні моделі правового захисту конституції

5.1. Правовий захист та правова охорона конституції. Якщо розглядати проблему забезпечення чинності конституції з точки зору її різних аспектів (установлення, реалізація та інтерпретація), то доцільніше говорити не про термін «правова охорона конституції». Постановка питання про охорону конституції має етатистський характер і припускає соціальну активність щодо його забезпечення залежно від волі держави. Проте це суперечить природі конституціоналізму як системи обмеження публічної влади і дієвих гарантій прав і свобод. За таких умов держава розглядається як потенційний порушник конституційного ладу, що емпірично доведено практикою діяльності властей в нацистській Німеччині, фашистській Італії, тоталітарному Радянському Союзі та за інших авторитарних і тоталітарних режимів. Тому правомірніше говорити про термін «правовий захист конституції», який передбачає соціальну активність учасників конституційних правовідносин з приводу забезпечення чинності конституції.

Правовий захист конституції – це система правових засобів і способів забезпечення непорушності правових цінностей і принципів, які складають сутність змісту забезпечення легітимності втручання публічної влади в приватну автономію індивіда з метою забезпечення суспільного блага.

5.2. Система правового захисту конституції. Специфіка системи правового захисту конституції полягає в тому, що її ядром є організація та діяльність конституційної юстиції, оскільки будь-яка дія чи правовий акт учасника конституційних правовідносин може стати предметом розгляду у цих органах влади. У науці конституційного права в якості правових засобів захисту основного закону виділяють: а) особливий порядок внесення змін до конституції; б) відповідальність вищих посадових осіб за порушення конституції та в) здійснення конституційного правосуддя (юстицію). Німецький вчений К. Гессе виділяє

²² Ш. Г'осепат та Г. Ломанн (ред.). *Філософія прав людини* (пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої). Київ: Ніка-Центр, 2008. С. 188-189.

також превентивні і репресивні гарантії (позбавлення основних політичних прав, можливість заборони політичних партій, інститут надзвичайного стану)²³.

До основних засобів правового захисту конституції належать: а) право на опір тиранії; б) арбітраж глав держави; в) визнання неконституційними та розпуск політичних партій; г) парламентський контроль; д) встановлення факту зловживання конституційними правами та їх позбавлення; е) діяльність конституційної юстиції; ж) імпічмент вищих посадовців; з) надзвичайні засоби (інститути надзвичайного, воєнного стану, пряме президентське правління, федеральне втручання тощо).

5.3. Конституційна юстиція у системі захисту прав людини. Конституційна держава ґрунтується на правовій традиції, засадами якої є гарантії прав людини й основоположних свобод та правові механізми обмеження влади. З інституційної точки зору, конституційна державність забезпечується через режим парламентаризму, судовий конституційний контроль (*judicial review*). Звідси виникає дилема легітимності конституційних судів, оскільки правові засади їх діяльності регулюються законами, які приймаються парламентом. З другого боку, акти парламенту є об'єктом конституційного контролю, що визначає власне конституційні рамки свободи політичного розсуду парламенту при прийнятті законів. Конституційна юстиція виникає як альтернатива права народу на повстання проти несправедливих законів. Тобто основним покликанням конституційної юстиції є контроль за відповідності законів та інших актів публічної влади конституційним цінностям і принципам.

Роль конституційної юстиції у правовому захисті конституції характеризується рядом переваг, серед яких можна виділити: 1) інцидентний характер, тобто на відміну від глави держави органи конституційної юстиції здійснюють ці функції лише за зверненням уповноваженої особи; 2) заснованість дій конституційної юстиції на конституційних положеннях (конституційна юриспруденція, тобто інтерпретація конституції конституційними судами дає змогу забезпечити повноту конституційного регулювання, оскільки в «конституції немає прогалин та суперечностей; 3) правова визначеність, яка виражається у закріпленій компетенції розглядати конституційні спори за встановленою процедурою; 4) наявність формальних вимог до владних дій, які мають чітко визначений процесуальний характер і повинні відповідати стандартам належної правової процедури; 5) передбачуваний характер владних дій конституційної юстиції у вигляді формально визначених судових рішень; 6) виключно правовий характер діяльності, тобто конституційна юстиція обґрунтовує свої рішення виключно на основі конституційних норм і право розсуду в застосуванні цих норм є істотно обмеженим порівняно із здійсненням арбітражних функцій глави держави; 7) за своїм змістом діяльність конституційної юстиції полягає в тлумаченні конституції, доповненні та конкретизації змісту конституційних норм.

Головним у діяльності органів конституційної юстиції виступає вирішення конституційно-правових спорів. Оскільки органи конституційної юстиції здійснюють функцію правосуддя, то така їх функція є органічною. Відповідно до європейської правової традиції судова установа при вирішенні спору про право вирішує такі основні завдання:

²³ Хессе К. *Основи конституційного права ФРГ* (пер. с нем.) Москва: Прогресс, 1981. С. 54.

а) тлумачення правових норм; б) долає прогалини у законодавстві; в) судовий контроль правових норм та г) захищає права та інтереси, які забезпечуються правовим захистом. Отже, таке повноваження є ніби стрижнем діяльності органів конституційної юстиції. Однак конституційне правосуддя, тобто вирішення конституційно-правових спорів, у цілому зводиться не лише до перевірки конституційності нормативних актів, а також покликано забезпечити верховенство конституції як основи національної правової системи, захищати основні права і свободи, дотримання принципу поділу влад у всіх його елементах.

З точки зору прав людини конституційна юстиція відіграє важливу роль у забезпеченні захисту приватної автономії від довільного та необґрунтованого втручання держави. Однак, зважаючи на специфіку правової системи, доволі часто засоби конституційної юстиції є субсидіарним механізмом захисту прав людини. Це передбачає вичерпання інших засобів правового захисту, на що у свою чергу впливає система оскаржень судових рішень (не всі судові рішення можна оскаржити у касаційну інстанцію). Зазвичай формами захисту прав людини у конституційному суді чи аналогічному інституті виступають конституційна скарга, *amparo*, *habeas corpus*, *mandamus*/

5.4. Дилема верховенства парламенту та судового конституційного контролю.

Певний спосіб подолання цієї дилеми є критично важливим для перехідних демократій. Це підтверджується досвідом конституційного переходу країн Центральної та Східної Європи. Зокрема, Ондраш Шайо застерігає від захоплення доктриною суверенітету парламенту²⁴, який має витоків в ідеях загальної волі Жан Жака Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'язуванням волі більшості меншості. Це прямо суперечить засадам демократичної конституційної державності. Так, наявність кваліфікованої більшості голосів в угорському парламенті у партій ФІДЕС та Йоббик за результатами парламентських виборів 2009 року мало наслідком прийняття Конституції Угорщини, яка передбачає низку інструментів концентрації влади урядом, послаблюючи Конституційний суд Угорщини²⁵.

Доктрина суверенітету парламенту має за поважний аргумент високий ступінь легітимності і репрезентативності волі народу, який уособлює саме парламент. Натомість інститут конституційного контролю виступає таким собі своєрідним клубом консерваторів від права. Парламент є представницьким інститутом і репрезентує певний спектр політичних сил, який склався у суспільстві. На перший погляд, конституційний суд ніяким чином не пов'язаний із ідеєю репрезентації – однак це так лише на перший погляд; насправді – ситуація вельми подібна до парламенту. Мало ймовірно вважати, що голосування у парламенті йде ідентично до того, як до питання суспільного значення ставиться громадськість, що, до прикладу, може засвідчуватися даними соціологічних опитувань. Тут має вплив конституційний дискурс і перебіг політичних процесів, результатом чого є певні закони як відображення компромісу.

²⁴ Шайо А. *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*. Москва, 2001.

²⁵ Jakab A., Sonnevend P. Kontinuität mit Mängeln: das neue Ungarische Grundgesetz, *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012. № 72. P. 81 – 85.

5.5. Моделі конституційної юстиції. Серед основних моделей конституційного правосуддя розглядають: американську (децентралізовану), європейську (централізовану), дифузні моделі.

В основі *американської моделі* конституційної юстиції лежить вирішення конституційно-правових спорів тільки у формі розгляду судом загальної юрисдикції вищої інстанції конкретного спору про право. Завдання загального суду полягає насамперед у розв'язанні конкретного спору між сторонами і якщо при цьому виникає питання про конституційність правового акту, суд повинен також вирішити його. З іншого боку, як засоби забезпечення основних прав розглядаються процедури *writ of habeas corpus, mandamus* тощо.

У *континентальній Європі* створення спеціалізованих органів конституційної юстиції насамперед спрямовано на усунення політизації судів загальної юрисдикції. Політика й конституція не можуть бути чітко відділені, оскільки “сучасні конституції трактують суспільство як відкриту для всіх унікальну політичну інституцію, яка створює максимально широкі можливості для реалізації не колективних, а індивідуальних стратегій”²⁶. Конституція створює правове поле для вільної політичної діяльності, законодавчої політики та відповідальної діяльності уряду. Орган конституційної юстиції як інструмент стримувань і противаг самостійно “не бере участі у політичній боротьбі за владу, а приймає рішення відносно її конституційно-правових аспектів”²⁷.

Така самостійність та незалежність органу конституційної юстиції визначається кількома параметрами його конституційно-правового статусу. Як указує Л. Гарліцкі, по-перше, їх організація та функціонування достатньо широко закріплюються у конституції, що створює стійку основу для їх діяльності та ускладнює внесення змін, що диктуються поточними політичними мотивами. По-друге, незалежна, самостійна позиція виражається у особливому способі формування суддівського складу цих органів та в особливому правовому статусі їх суддів. По-третє, спеціалізовані органи конституційного контролю володіють виключним правом компетентно розглядати та вирішувати питання про конституційну перевірку законності дій усіх інших державних органів. По-четверте, рішення, що приймаються ними (за винятком консультативних рішень), мають остаточний і обов'язковий характер. По-п'яте, спеціалізовані судові органи володіють більшим ступенем самостійності (зокрема, самостійно приймати регламент своєї роботи або вирішувати питання про звільнення з посади суддів із свого складу).

Змішані моделі конституційної юстиції засновані на ідеї поєднання кращих характеристик американської та континентальної моделей. Наприклад, в Естонії функції конституційної юстиції виконує спеціалізована палата у складі Верховного суду, а головним контролером у сфері прав людини виконує Канцлер юстиції, який може ініціювати перевірку конституційності правових актів щодо забезпечення сутнісного змісту конституційних прав і свобод.

²⁶ Речицкий В. Свобода и государство. Харьков, С. 73.

²⁷ Государственное право Германии. – Т. 1. – С. 311.

6. Тероризм та екстраординарні засоби захисту конституції (Emergency State)

6.1. Поняття екстраординарного захисту конституції. Система надзвичайних засобів захисту конституції – сукупність заходів, які застосовують у разі реальної і невідвортної загрози правам і свободам людини, суверенітету, територіальної цілісності та економічного добробуту держави відповідно до засад верховенства права та вимог належної процедури, які потребують невідкладного та негайного втручання.

Англо-американська система надзвичайного захисту конституції. Країни класичної ліберальної демократії знають порівняно мало надзвичайних елементів захисту конституції, чому сприяє їхнє географічне положення. Система заснована на ідеї парламентського контролю за використанням збройних сил та спецслужб при здійсненні необхідних і невідкладних заходів, спрямованих на захист конституції.

Такий порядок донедавна базувався на фундаментальній максимі, сформульованій англійським конституціоналістом Дайсі, згідно з яким правовому стилю цієї країни не притаманний «воєнний стан» у тому значенні, згідно з яким припиняється чинність загального права та починає діяти воєнне право (martial law), а країна чи її частина підпорядковується військовим судам. І на відміну від Франції, де на момент написання праці Дайсі була можливість перехід влади від поліції та адміністрації до військових, правова система Англії не знала таких підходів, з чого робиться висновок про «безсумнівне верховенство права у нашій [англійській] конституції» [15, с. 314].

Ця система зазнала своєї трансформації після терористичної атаки 9 вересня 2001 р., внаслідок чого був ухвалений Патріотичний акт, спрямований на попередження і боротьбу із тероризмом. Патріотичний акт регулює низку оперативних заходів, спрямованих на попередження і виявлення актів тероризму, зокрема, електронне спостереження, оперативне спостереження в Інтернеті, визначення телефонних номерів, надання інформації про клієнта, виїмка повідомлення на автовідповідачеві, негласні огляди і обшуки, надання інформації Великого журі розвідці тощо.

Однак при цьому базові гарантії прав людини habeas corpus діють і вони стримують від спецслужби від зловживань. Наприклад, при проведенні економічного стеження (найбільш поширений оперативний захід) оперативному працівникові регіонального управління ФБР, який проводить операцію, необхідно спочатку узгодити питання з ієрархією власних начальників, аж до центрального апарату. Потім необхідно заручитися підтримкою федерального окружного прокурора, який в свою чергу повинен отримати схвалення генерального прокурора або його заступників або уповноважених ним вищих посадових осіб міністерства юстиції. Тільки після цього працівник може постати перед федеральним суддею свого округу з клопотанням на видачу ордера (аффідевітом). Вивчивши клопотання та опитавши працівника, суддя повинен переконатися, що дійсно є наявності достатні підстави для проведення прослуховування, що слідству дійсно недостатньо всіх інших, вже використаних, оперативних слідчих методів для отримання доказів злочинної діяльності об'єкта розслідування, що вже наявні необхідні внутрішньовідомчі узгодження. Однак розширення практики стеження за допомогою

електронних засобів піддаються неодноразовій критиці, які порушують систему конституційних гарантій в рамках habeas corpus.

Європейська система надзвичайного захисту конституції є результатом тривалої еволюції діяльності суспільно-політичних інституцій, в основі якої лежать дорадчі процедури та судовий контроль за діями монарха. Зокрема, ця система склалася у Священній римській імперії німецької нації ще всередині XVI століття, коли повнокровно почали функціонувати Імперський камеральний суд (Reichskammergericht) та Імперський палац радників (Reichshofrat), між якими доволі швидко склалися конкурентні відносини, що було пов'язано із уявленнями імператора про власні прерогативи та судовий контроль його дій, оскільки в силу німецького звичаєвого права легітимність влади короля (імператора) була зумовлена результатами наради зі своїми підданими.

Сьогодні в Німеччині діє спеціальне відомство у цій сфері – Федеральна служба захисту конституції (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), яка заснована у 1950 р. Ця спецслужба контролюється Парламентським Контрольним Комітетом (*Parlamentarisches Kontrollgremium*) і здійснює в ФРН контррозвідувальну діяльність.

Основне завдання ФСЗК - спостереження за організаціями, які, з точки зору влади, загрожують «вільному і демократичному конституційному порядку» Німеччини. Спецслужба публікує щорічні річні звіти. У зоні уваги служби перебувають ультраправі, в тому числі неонацистські партії, ультраліві, ісламістські і інші екстремістські організації іноземних громадян, розвідки іноземних держав і саєнтологи. До компетенції служби відносяться також захист від саботажу і запобігання доступу до конфіденційної інформації.

Щорічно на основі зібраної інформації подається звіт уряду про стан справ в області дотримання Конституції, в якому робляться висновки і рекомендації. Уряд, в свою чергу, приймає рішення про необхідність здійснення конкретних заходів. Більше половини інформації спецслужба збирає з відкритих джерел: публікації в засобах масової інформації, Інтернеті, відвідування зборів і мітингів. Частина інформації надходить від приватних осіб і з інших відомств. За діяльністю відомства здійснюється досить жорсткий парламентський контроль. Це пов'язано перш за все з тим, що в умовах такої демократії, як німецька, сам факт існування служби внутрішньої безпеки розцінюється як загроза громадянським свободам і свободі особистості. Тому спеціальна комісія парламенту здійснює контроль за діяльністю всіх трьох секретних служб. Члени цієї комісії мають доступ до самим секретних матеріалів відомства з охорони Конституції, мають право вето, коли мова йде про прослуховування телефонних розмов та інших конспіративних операціях. Бюджет відомства розглядається і затверджується спеціальною комісією в парламенті. На практиці завжди є можливість обійти контроль, але в загальному і цілому ця система досить жорстка. На сьогодні основну мету в спецслужбі бачать в посиленні боротьби проти радикалізму і неонацизму, вважаючи їх реальною загрозою Конституції Німеччини. Зокрема, підкреслюється про місію відомства у боротьбі проти політичних партій та рухів, програмні цілі та діяльність яких несуть загрозу «вільному демократичному конституційному порядку». Критичні вислови та радикальні погляди не є предметом переслідування ФСЗК у сенсі конституційних цілей її діяльності.

6.2. Поняття і типологія тероризму. Як правило, при вчиненні терористичних атак та у разі військової агресії виникає питання про застосування невідкладних заходів щодо реагування на потенційні загрози конституційному порядку. За таких обставин виникає питання щодо допустимих меж обмеження прав людини та життя відповідних заходів щодо забезпечення суверенітету і територіальної цілісності країни.

Політичний тероризм – політично вмотивований та обґрунтований метод використання радикального насилля, головна мета якого – досягнення певного психічного ефекту, що своєю досяжністю виразно переходить межі прямих жертв чи свідків насильницького акту, ефекту, безпосередній нищівний фізичний вчинок насильницького акту якого є другорядним, з погляду на початкове політичне значення²⁸.

Слід підкреслити, що сьогодні тероризм використовується як засіб вчинення тиску на державу та суспільство для досягнення певних політичних цілей чи нагнітання атмосфери страху та безвиходдя у суспільстві. Таким чином тероризм підриває політичну єдність у суспільстві, що потенційно підриває засади конституційного ладу.

Обстоюючи доктрину обороноздатної (войовничої) демократії, угорський конституціоналіст А. Шайо говорить про небезпеку діяльності партій популістського типу, надмірне захоплення позачерговими виборами, на яких найбільш потенційно можливе маніпулювання думкою виборця, а також проведенням референдумів національного масштабу. Він апелює до цілком легального способу приходу до влади нацистів та формулювання через інститут референдуму. При цьому обороноздатна демократія має мати ефективні механізми попередження зловживання владою та недопущення надмірного обмеження конституційних прав і свобод²⁹.

К. Роч хоч не визнає повною мірою доктрину обороноздатної демократії наголошує на тому, що боротьба із тероризмом може здійснюватися за допомогою кримінальної юстиції, однак такої недостатньо в умовах використання тероризму як засобу саме політичної боротьби. Зокрема, у багатьох країнах Заходу після подій 11 вересня 2001 р. було ухвалено законодавство, яке передбачило значні строки превентивного ув'язнення осіб, підозрюваних у терористичній діяльності, та забороняло діяльність терористичних організацій³⁰.

6.3. Моделі забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних інститутів. У доктрині виділяють виконавчу, парламентську та дерогаційну моделі. Виконавча модель передбачає тягар відповідальності виконавчої влади за запровадження надзвичайних заходів, а в разі домінування у цьому процесі парламенту, має місце парламентська модель, якщо ж процес ухвалення рішень здійснюється під судовим контролем – це судова модель. Водночас, запровадження екстраординарних правових режимів повинно мати місце у доволі стислі строки, оскільки

²⁸ Стрімська Максиміліан. Субверзивний політичний тероризм у сучасних демократичних державах: вступні студії, *Журнал і*, 25/2002.

²⁹ Шайо А. Самозащита конституционного государства, *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 2 (47). С. 2-3.

³⁰ Роч К. Антитероризм и воинствующая демократия, *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 2 (47). С. 27.

підстави для його запровадження можуть становити незворотну і пряму загрозу життєздатності нації. Тому в більшості країн схиляються переважно до виконавчої, а дещо рідше до парламентської моделі забезпечення конституційного порядку в рамках екстраординарних режимів його захисту³¹. Слід зазначити, що в Україні діє парламентська модель запровадження надзвичайних заходів захисту Конституції.

Виконавча модель заснована на наділенні носіїв виконавчої влади широкої свободи розсуду забезпечення конституційного порядку за допомогою екстраординарних заходів із наступним парламентським і судовим контролем за запроваджуваними заходами. Зокрема, специфічною є система запровадження надзвичайних заходів захисту конституції у Франції. Згідно зі ст. 16 Конституції Французької республіки, у разі, «коли інститути Республіки, незалежність нації, цілісність її території чи виконання її міжнародних зобов'язань виявляються під серйозною і безпосередньою загрозою, а нормальне функціонування конституційних органів публічної влади перервано, Президент республіки вживає всіх заходів, які диктуються цими обставинами, після офіційної консультації з Прем'єр-міністром, з головами палат, а також з Конституційною радою». Після спливу принаймні 30 днів з моменту ухвалення такого рішення Президентом Голова Національних зборів, Голова Сенату, 60 депутатів, 60 сенаторів здійснюють остаточну перевірку щодо додержання правових вимог Президентом при здійсненні надзвичайних повноважень. За такої системи Президент має лише провести консультації із високопосадовцями та взяти до уваги висновки Конституційної ради. Наприклад, через вчинення терактів у Парижі 15 листопада 2015 р. оголошений Президентом Франції надзвичайний стан діє принаймні до другої половини 2018 р.

Прикладом *парламентської моделі* застосування надзвичайних заходів захисту є Німеччина. Так, згідно зі ст. 37 Основного Закону ФРН, якщо земля не виконує федеральні зобов'язання, покладені на неї Основним законом або іншим федеральним законом, Федеральний уряд може з дозволу Бундесрату вжити необхідних заходів шляхом примусу, з боку Федерації спонукати землю до виконання цих зобов'язань. З метою запровадження цих заходів Федеральний уряд або його уповноважений має право давати розпорядження всім землям та їх органам влади. Також у разі настання загрози засадам вільного демократичного порядку внаслідок акту агресії і неможливості зібрання Бундестагу, скликається Об'єднаний комітет, який складається на дві третини з числа депутатів Бундестагу та третини членів з числа представників федеральних земель у Бундесраті. Основні функції із захисту конституційного порядку покладаються на Федеральний уряд, який підзвітний і підконтрольний Об'єднаному комітету та Бундестагу, а його правові акти є об'єктом контролю з боку Федерального конституційного суду.

Дерогативна модель забезпечення конституційного порядку ґрунтується на ідеї встановлення тимчасових обмежень дії прав людини в умовах, коли існує реальна загроза життєздатності нації. У цих цілях мають значення положення статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які встановлюють такі правила дерогації у разі настання надзвичайних обставин у країнах-членах Ради Європи, які визнають юридичну

³¹ Dawood J.M. *The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan*. Karachi: Royal Book Company, 1994. С. 442-443.

силу Конвенції та юрисдикції Європейського суду з прав людини³². Слід підкреслити, що зазначені положення Конвенції встановлюють мінімальні стандарти забезпечення прав людини і передбачають доволі широку свободу розсуду національних держав у застосуванні необхідних заходів, що і було використано Україною при запровадженні певних обмежувальних заходів у зоні проведення антитерористичної операції.

Ідея судового контролю у ході застосування заходів із забезпечення конституційного порядку при надзвичайній ситуації отримала свою підтримку на практиці, зокрема у ході переслідування у США організаторів теракту 11 вересня 2001 р. Зокрема, таку позицію зайняла більшість суддів Верховного суду у справі *Hamdi v. Rumsfeld*. Верховний суд постановив, що резолюція Конгресу США у відповідь на теракт 11 вересня з дозволом на використання військової сили санкціонувала затримання ворожих комбатантів. Суд також постановив, що затримані мають право оскаржити розпорядження про затримання перед незалежним судом. Відповідний військовий трибунал має бути змагальним форумом із додержанням вимог процедур, у ході яких мають зважуватися обтяження і вигоди з точки зору безпеки і прав загалом; доречним було для затриманого доводити спростування презумпції, сформульованої в процесі первісного військового рішення про взяття під варту, що він є ворожим комбатантом (категорія, розроблена адміністрацією Буша, щоб вести війну з терором). У своїй окремій думці суддя Скаліа, до якої приєднався суддя Стівенс, зазначили, що Хамді як громадянин США має право на гарантії *habeas corpus*.

У якості конституційних заходів щодо попередження конфліктів у доктрині розглядають: а) забезпечення прав меншин; б) подолання посттоталітарного синдрому в умовах перехідних демократій та захист прав людини (мовне питання, доступ до культурних цінностей, права на розвиток); в) гарантії належної судової практики, зокрема додержання стандартів по забороні дискримінації та стандартів *habeas corpus*; г) диференціація правового регулювання різних адміністративних режимів (воєнного стану, надзвичайного стану та інших гібридних режимів).

6.5. Система надзвичайних засобів захисту конституції. *Воєнний стан* запроваджують при воєнній загрозі чи акті агресії. В американській конституційній доктрині визнається, що конституційні питання про військову владу (*war power*) найчастіше виникають, коли Президент ухвалює військові заходи без схвалення Конгресу. Це має на увазі поділ повноважень між політичними гілками і, за відсутності додаткових обставини, не викликає жодних суперечок у сфері індивідуальних прав. Тому прями скарги членів

³² Згідно із положеннями статті 15 ЄКПЛ:

«1. Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом.

2. Наведене вище положення не може бути підставою для відступу від статті 2, крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій і від статей 3, 4(пункт 1) і 7.

3. Будь-яка Висока Договірна Сторона, використовуючи це право на відступ від своїх зобов'язань, у повному обсязі інформує Генерального секретаря Ради Європи про вжиті нею заходи і причини їх вжиття. Вона також повинна повідомити Генерального секретаря Ради Європи про час, коли такі заходи припинили застосовувати, а положення Конвенції знову застосовуються повною мірою».

Конгресу або громадськості в цілому на те, що виконавча влада направила свої війська за кордон без законодавчого схвалення, не є підсудні. Стосовно застосування судового контролю у військовій сфері, то американська судова практика виходить з того, що політичні рішення у царині залучення військовослужбовців США до військових дій належать до галузі політичної влади, а не правосуддя. Верховний суд постановив, що, через їх «комплексний, делікатний та професійний» характер, рішення щодо «складу, підготовки, оснащення і контролю над військовою силою» є предметом контролю політичних влад. Не будучи підзвітною виборцям у порівнянні із двома іншими гілками, судова гілка влади найбільш непридатна для ухвалення рішень щодо застосування військової сили. Навіть один суд зазначив у цьому відношенні таке: «стратегії і тактики, застосовувані на полі бою явно не підлягають розгляду в судовому порядку»³³.

Специфіка надзвичайного характеру заходів у рамках *стану економічної необхідності* полягає в тому, що вони (1) застосовуються тимчасово, (2) здійснюються на основі закону, (3) переслідують легітимну мету – забезпечення економічного добробуту держави, (4) мають відповідати вимогам належної конституційної процедури, (5) не можуть посягати на сутнісний зміст економічних свобод, (6) бути доречними і достатніми для досягнення легітимної мети та (7) бути невідкладними і відповідати критерію процесуальної економії. Стан економічної необхідності є системою застосування невідкладних заходів щодо забезпечення економічного добробуту держави відповідно до вимог належної правової процедури та засад правової визначеності, правомірних очікувань, поваги до прав людини та пропорційності. З цією метою може запроваджуватися бюджетний секвестр – спеціальний механізм, який запроваджується у випадках, коли при виконанні бюджету виникає перевищення встановленого рівня бюджетного дефіциту або скорочується надходження від джерел доходів, а також у випадках, коли в процесі виконання бюджету дефіцит не зменшується, у результаті чого стає неможливим фінансування передбачених бюджетом заходів.

Змішані правові режими (режим антитерористичної операції, стан оборони тощо). При їх застосуванні доволі складно визначитися із ступенем того, в яких межах влада буде обмежувати права людини при особливих правових режимах. Адаже при їх запровадженні у відповідних правових актах необхідно визначати, які права людини підлягають обмеженню та в яких межах. Змішані правові режими по забезпеченню конституційного порядку полягають у поєднанні конституційних та адміністративно-правових засобів здійснення обмежувальних заходів щодо реалізації деяких прав і свобод людини з міркувань забезпечення життєздатності нації на засадах верховенства права, вимог належної правової процедури та пропорційності.

³³ Carter C.C. Halliburton Hears a Who? Political Question Doctrine Developments in Global War on Terror and Their Impact on Government Contingency Contracting. *Military Law Review*. 2009, Fall. Vol. 201. P. 99-100.