

СЕКЦІЯ 7

ЗАГРОЗИ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНИЙ ВИМІР

Керівник секції: завідувач кафедри конституційного права,
кандидат юридичних наук, доцент Д. С. Терлецький

Секретар секції: асистент кафедри конституційного права,
кандидат юридичних наук Ю. Д. Батан

ТЕРЛЕЦЬКИЙ ДМИТРО СЕРГІЙОВИЧ

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри конституційного права,
кандидат юридичних наук, доцент

КОНСТИТУЦІЙНА БЕЗПЕКА ЗА НАДЗВИЧАЙНИХ УМОВ

Конституційна безпека є невід'ємним складником національної безпеки [1]. Це резонне і раціональне твердження, яке серед іншого отримало й нормативне втілення у Законі України «Про національну безпеку України» [2], разом з тим не виключає їхньої конкуренції та протиставлення. Іншими словами, конституційна безпека, яка може бути визначена як декларована мета і очікуваний результат реалізації об'єктивованих (у низці випадків – імпліцитно) Конституцією України цінностей й принципів, які визначають конституційний лад держави, може і насправді часто оцінюється як чинник, який ускладнює здійснення і захист національних інтересів.

Таке сприйняття системного взаємозв'язку конституційної та національної безпеки має місце і за звичайних умов, але найбільш виразно проявляється саме за надзвичайної ситуації. Хрестоматійною у цьому контексті є позиція Дж. Локка, який звеличуючи чесноти «обмеженого та законного правління» [3], тим не менш був переконаний у тому, що виконавча влада має і повинна мати за надзвичайної ситуації прерогативу «діяти на власний розсуд заради суспільного блага, не спираючись на приписи закону, а іноді навіть всупереч їм» [3, с. 256–257].

Вирішальним аргументом на користь такого підходу, що визначає відступ від звичайних процедур організації та здійснення державної влади як неодмінну умову та складник реагування держави на надзвичайну ситуацію, є ідея про існування основоположної онтологічної різниці між звичайним та надзвичайним станом. Саме цей постулат

закладав від початку і дотепер закладає основу аналізу при визначення ролі і значення права за надзвичайної ситуації.

Після терористичної атаки 2001 року на США значну увагу привернули теоретичні позиції К. Шмітта часів Веймарської республіки, який, серед іншого, є чи найбільш відомим прихильником заперечення в умовах надзвичайної ситуації права як такого. Абсолютизуючи відмінність між нормальним та виключним, К. Шмітт стверджував, що право передбачає загальні правила, призначені для вирішення нормальної ситуації, яка є повсякденною та передбачуваною. Однак надзвичайні події, які неминуче настають, неможливо передбачити і, отже, вони не можуть бути заздалегідь передбачені правом. «Винятковий випадок, випадок, який не визначений у чинному праві, згодом можна охарактеризувати як випадок надзвичайної небезпеки, загрози існуванню держави тощо, але не можна описати за фактичним складом» [4, с. 16]. Оскільки надзвичайна ситуація за визначенням не є нормальною ситуацією, норми права не є застосованими. Неможливість передбачити будь-яку ситуацію, яка може виникнути, означає, що верховенство права повинно поступатися застосуванню позаправових заходів *ad hoc* або 'рішень' суверена. Єдиним суб'єктом, здатним ефективно та оперативно реагувати на таку загрозу, на переконання К. Шмітта, є сама лише виконавча влада, яка заздалегідь не поставлена у залежність від жодної юридичної норми. Неухильне дотримання юридичних обмежень, включно з вимогою попереднього юридичного дозволу на будь-які дії, є не лише наївним, але й небезпечним, і тому перешкоджатиме здатності уряду реагувати на надзвичайні обставини, що вимагають максимальної гнучкості [5, с. 28–32].

Постановка та вирішення К. Шміттом цього питання, яке, до слова, було складовою його загальної критики ліберальної демократії, з усією очевидністю заперечує обмежувальне призначення права і абсолютизує політичне 'рішення' в умовах антагоністичного протистояння, яке виключає саму можливість дискусії та компромісу. Проте навіть безумовні противники такого підходу, неодностайні у своєму прагненні узгодити дихотомію нормального-виключного із тими цінностями, які визначають зміст обмеженого правління, передусім – верховенством права.

Дж. Уолдрон, узагальнюючи наявні позиції, вказує у цьому зв'язку на три можливі підходи. Згідно з першим підходом, заради верховенства права наявні юридичні, насамперед, конституційні гарантії беззастережно мають залишатися чинними. Альтернативою до такого підходу є покладання на загальний дух гнучкості та ситуативної чутливості, який властивий діяльності державі навіть у звичайний час. У такому разі верховенство права не є головним обмеженням гнучкості діяльності держави в умовах небезпеки. Нарешті, згідно з третім підходом, можна заздалегідь встановити конкретні правові норми, які мають регулювати надзвичайні ситуації – норми, які, наприклад, зупиняють звичайні гарантії громадянських свобод або уможливають широкий

розсуд при здійсненні дій, які б за звичайної ситуації регулювалися б загальними нормами права [6].

Аналізуючи наведені підходи варто вказати, що дихотомія нормального-виключного не враховує того, що звичайна ситуація як така вже передбачає виняткові повноваження, а також заперечує те, що способи реагування на виняткові обставини, насправді насичені правовим змістом. Між звичайним та надзвичайним станом, існує суттєва спадковість, яка визначає не вибір між об'єктивним у праві порядком та тототжним свавіллям розсудом, а вибір між різною мірою правовладдя та різною мірою розсуду [7, с. 4]. Навіть у найспокійніші періоди нормальності завжди наявний простір для розсуду та прийняття рішень, і у найбільш виняткових надзвичайних ситуаціях норми права продовжують упорядковувати життя. Принаймні, право продовжує формувати уявлення про те, що є дозволим в надзвичайних ситуаціях. Разом з тим право структурує визначення надзвичайних ситуацій, випадки, коли вони можуть бути оголошені; те, які повноваження може використовувати держава та коли вони закінчуються [7, с. 44–45].

Як засвідчує порівняльний аналіз конституційних порядків різних держав, вказує Д. Дайзенгаус, вони обирають між закріпленням правил реагування на надзвичайну ситуацію у конституції та визначенням таких правил якщо і тоді, коли надзвичайна ситуація виникла [8, с. 442–443].

У першому випадку відбувається вибір між двома моделями: «виконавчою моделлю», за якої саме виконавча влада наділяється повноваженнями визначати наявність надзвичайної ситуації та вживати належні заходи реагування; та «законодавчою моделлю», яка вимагає, аби законодавча влада визначила юридичний режим вирішення цих завдань. Незважаючи на зроблений вибір, також мають бути встановлені межі судового контролю під час режиму організації та здійснення публічної влади за умов надзвичайної ситуації. Якщо судовий контроль відіграватиме дуже велику роль, то є підстави виділяти третю конституційну модель – «судову модель». Ці завдання мають бути розв'язані навіть у тому разі, коли правовий порядок не має конституційно закріпленого надзвичайного режиму, чи тому, що рівень конституційного визначення є мінімальним або взагалі відсутній, чи тому, що відсутня писана конституція [8, с. 442–443].

Підтримуючи висновки Д. Дайзенгауса про вторинність форми конституції для ідентифікації правового порядку як конституційного та спроможність судів конституювати принципи регулювання надзвичайних ситуацій через контроль та тлумачення, попри їх експліцитну невизначеність, погоджусь і з твердженням, що вибір моделі визначає «дійсна прихильність до конституціоналізму» і тому конституційне регулювання надзвичайних ситуацій набуватиме певної форми, що б не було закріплено чинною писаною конституцією [8, с. 443].

Йдеться, звісно, не про суто формальний аспект розподілу надзвичайних повноважень, а про слідування держави навіть за умов надзви-

чайної ситуації тим принципом, які уможлиблюють та забезпечують обмежене і тому – ефективно правління.

Заперечення такого висновку, значення якого виходить далеко за межі вибору конституційного дизайну надзвичайних повноважень, неминуче означає заперечення сутності конституціоналізму як такого і, отже, «прихильності» до нього певної держави. Надзвичайна ситуація з цієї точки зору є випробовуванням не тільки спроможності держави своєчасно та належно визначати та здійснювати заходи, спрямовані на подолання та усунення обставин, які зумовили таку ситуацію, перевіряючи на міцність наявну соціально-економічну інфраструктуру та систему надання соціальних послуг, а також здатність забезпечувати правовий порядок через монопольне та легітимне застосування примусу.

Рівнюю мірою на практиці випробовується офіційно декларована система організації та здійснення публічної влади. Зауважу, що будь-яка надзвичайна ситуація виступає не стільки першопричиною, скільки каталізатором вже наявних тенденцій. Тому, якщо зумовлені надзвичайною ситуацією заходи засвідчують відступ від звичайних процедур організації та здійснення державної влади, то вихідною тезою є припущення про відповідність таких звичайних процедур засадам демократії, верховенства права та правам людини. В іншому разі має місце не відступ, а посилення недоліків та деформацій здійснюваного публічного владарювання.

Підкреслю, що обмежене правління не є наперед даним, являючи натомість виборюваний результат розвитку політичної організації суспільства та взаємодії між людьми, які мають політичну владу, і людьми, які цій владі коряться. І лише, якщо запровадження обмеженого на засадах демократії, верховенства права та прав людини правління є вирішальним для збереження і визнання влади, таке обмеження буде втілюватися в життя. Інакше виявиться, що «установити стовп демократичності... значно легше, ніж створити сучасну державу, ніж запровадити справжнє верховенство права» [9, с. 9].

Дотримуючись позиції, за якою дискреція, незалежно від нормальності-виключності фактичних обставин, являє іманентну властивість здійснюваного правом регулювання, підкреслю, що резонним є не заперечення дискреційних повноважень як таких, а гарантування того, що будь-яке здійснюване владним суб'єктом дискреційне повноваження формально і змістовно обмежене правом і тому не є свавільним. При цьому переконаний, справжню загрозу конституційній безпеці становить не відступ від звичайних процедур організації та здійснення державної влади, а перетворення виключного та тимчасового на нормальне та постійне як один з результатів подолання надзвичайної ситуації.

Список використаних джерел:

1. Єзеров А. Конституційна безпека як складник національної безпеки України. *Український часопис конституційного права*. 2017. № 2. С. 60–67.
2. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII (зі змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text> (дата звернення: дата звернення: 03.06.2022).
3. Лок Джон. Два трактати про правління / пер. з англ. Павло Содомора. К. : Наш Формат, 2020. 312 с.
4. Шмитт К. Политическая теология. М. : Канон-пресс-Ц, 2000. 336 с.
5. Шмитт К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб. : Наука, 2005. 329 с.
6. Waldron Jeremy, *The Rule of Law*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law>
7. Lazar N. C. States of emergency in liberal democracies (Cambridge University Press, 2009).
8. Dyzenhaus David, “States of Emergency” in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó (Oxford University Press, 2012), P. 442–462.
9. Фукуяма Ф. Політичний порядок і політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії / пер. з англ. К. : Наш формат, 2019. 608 с.

Ключові слова: конституційна безпека, надзвичайні стани, конституціоналізм.
Key words: constitutional security, state of emergency, constitutionalism.

АФАНАСЬВА МАР'ЯНА ВОЛОДИМИРІВНА

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри конституційного права, доктор юридичних наук, професор*

ГРОМАДСЬКА ДОВІРА ДО ЕЛЕКТРОННОГО ГОЛОСУВАННЯ: СОЦІАЛЬНО-ПОЛІТИЧНИЙ КОНТЕКСТ

Вже друге десятиліття в світі традиційні паперові бюлетені на виборчій дільниці змагаються з інтернет-голосуванням за лідерство. І якщо до пандемії перевага була на боці паперу та ручки, то COVID-19 надав друге дихання цьому процесу. Для України питання запровадження голосування через Інтернет додатково актуалізували війна, окупація великих територій, евакуація за межі країни 6,8 млн громадян [1] та 8 млн внутрішньо переміщених громадян в країні [2]. Після закінчення воєнного стану на порядку денному, серед іншого, буде питання: як забезпечити участь виборців за кордоном, переміщених осіб та виборців, які перебувають під окупацією, а також як провести вибори із