

УДК 342.4

doi.org/10.30970/jcl.4.2021.2



## Олександр Водянніков

кандидат юридичних наук, LL.M.,  
Національний радник з юридичних питань  
Координатора проєктів ОБСЄ в Україні,  
Київ, Україна  
*oleksandr.vodyannikov@osce.org*

### КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ В ЕКСТРЕМАЛЬНИХ УМОВАХ: УСТАНОВЧА І ВСТАНОВЛЕНА ВЛАДА В КРИЗОВІ ПЕРІОДИ

### CONSTITUTIONALISM UNDER EXTREME CONDITIONS: CONSTITUENT AND CONSTITUTED POWER IN TIMES OF CRISIS

#### Oleksandr Vodiannikov

Ph. D., LL.M., National Legal Advisor of the OSCE Project Co-ordinator in Ukraine,  
Kyiv, Ukraine

**Abstract** | The present article discusses constitutionalism under extreme conditions and its reactions thereto via the prism of constituent and constituted power interaction in critical periods. Modern constitutionalism is premised on the idea of limiting the government to protect human rights. Therefore, the use of extraordinary powers under normal conditions poses a direct threat to constitutionalism. Hence the inquiry into the dichotomy of normal/extreme conditions leads in essence into an inquiry into the conditions of constitutionalism as such, into conditions of the legitimacy of public power in a democratic society. This raises a number of specific questions, namely what instruments the constitutional order has to react in extreme conditions; what safeguards exist against amending the constitution in times of moral panic; what can trigger original constituent power back into reality to destroy the current constitutional order and constitute a new one; are exceptions or emergencies part of the constitutional order or should they be conceptualized as separate legal order suspending the ordinary one?

The legal discussions of extreme conditions have been largely limited to a state of exception or specific cases of revolutions. The article purports to overcome the normative conceptions of states of exception/state of war as formal regimes whereas the extreme conditions are much broader and more complex. Extreme conditions inherently relate to the notion of normality as they are considered as being outside the ordinary course of events and expected actions. On the paradigmatic level, ordinary or normal conditions are a rule while extreme conditions are an exception. From this standpoint, normality serves as a rebuttable presumption. Ontologically extreme conditions operate as a rebuttal of this general and strong presumption. Epistemologically this means that a formal decision to introduce a state of exception is not sufficient – there actual circumstances of ‘extraordinary’, ‘eminent danger’ and ‘urgency’ should be proved.

The article attempts to conceptualize the instruments and models of reaction by the constitutional order and polity to extreme conditions. Instruments at the disposal either actual or potential of the constitutional

order fall under the category of instruments of accommodation. If they fail, the polity can avail itself of ever-present constituent power to ensure self-preservation. Instruments of such self-preservation – instruments of transformation – range from constitutional amendments to the constitution of a new constitutional order in place of the previous one torn apart by extreme conditions. The existential ratio of the polity's self-preservation, therefore, should be considered an important analytical category in research of reactions to extreme conditions, as it draws a rather delicate line separating instruments of accommodation and transformation.

Instruments of accommodation can be grouped into (1) *leges ex-ante*, i.e. rules and procedures prescribed in advance (e.g. specific exceptions in general rules, a legal framework for state of exception/state of war set by the Constitution or statutes); (2) *leges latae*, i.e. rules and enactments adopted during the extreme conditions taking into account the nature, intensity, and risks, but such enactment follows ordinary procedures and within the ordinary framework (e.g. special sunset legislation, special sectoral regimes); (3) *leges ex-post*, i.e. legislation enacted under extreme conditions but outside the constitutional framework with subsequent legitimation or condemnation when normal conditions have been restored (e.g. special sectoral regimes).

Based on the combinations of instruments of accommodation, four models of accommodation of the constitutional order to extreme conditions can be distinguished: (1) business as a usual model; (2) legislative accommodation; (3) a Neo-Roman model; and (4) *ex-post-facto* legitimation.

Instruments of transformation in response to extreme conditions fall into three groups: (1) derivative constituent power to amend the Constitution under the procedure established in the Constitution itself; (2) prerogative powers to amend the constitutional order outside the ordinary constitutional amendment procedure; and (3) original constituent power to annihilate the current constitutional order and constitute a new one. The latter two instruments are specific, as they exist beyond the legal framework of the constitutional order in the polity's existential ratio.

**Keywords:** constitutional order, constituent power, constituted power, extreme conditions, models of accommodation, models of transformation, prerogative power, monism and dualism of exception regimes.

**Анотація** | Стаття присвячена проблематиці функціонування конституціоналізму в екстремальних умовах і реагування на такі умови крізь призму співвідношення установчої і установленої влади в кризові періоди. Сучасний конституціоналізм ґрунтується на засаді обмеження публічної влади задля захисту людських прав, а використання надзвичайних повноважень за нормальних умов становить пряму загрозу конституційним засадам. Тому дослідження дихотомії нормальних та екстремальних умов по суті є дослідженням умов існування конституціоналізму, умов легітимності публічної влади в демократичному суспільстві. Тому постають питання – які інструменти має конституційний лад для захисту за екстремальних умов; які запобіжники існують проти внесення змін до конституції в умовах моральної паніки; за яких умов можливі вади конституційного ладу можуть вести до реалізації первинної установчої влади; коли настає акт знищення з точки зору теорії установчої влади; чи становлять надзвичайні режими частину конституційного ладу чи окремий надзвичайний правовий порядок, із запровадженням якого зупиняється дія звичайного правового порядку?

В юридичному дискурсі дослідження екстремальних умов зводилося до розгляду правових режимів надзвичайних станів або особливих випадків революції. В статті пропонується відійти від нормативної концепції воєнного і надзвичайного стану як формалізованих режимів, адже питання екстремальних умов є набагато ширшим і складнішим. Поняття екстремальних умов нерозривно пов'язане з розумінням «нормальності» в тому сенсі, що ці умови розглядаються як явища, що лежать поза рамками звичайного ходу подій чи очікуваних дій. Загальна парадигма співвідношення екстремальних і звичайних умов полягає в тому, що звичайні умови є правилом, а екстремальні умови – винятком. В такому сенсі категорія нормальності виступає спростовною презумпцією (*rebuttable presumption*). В онтологічному сенсі екстремальні умови є підставами для спростування загальної і сильної презумпції нормальності. Тобто в епістемологічному сенсі це означає, що формального рішення про запровадження надзвичайних режимів недостатньо – мають бути доведені фактичні обставини «ненормальності», «нагальної небезпеки», «ургентності».

В статті робиться спроба концептуалізації інструментів і моделей реагування конституційного правопорядку та політичної спільноти на виникнення екстремальних умов. Інструменти, що є в наявному чи потенційному розпорядженні в рамках конституційного ладу можна охарактеризувати як ін-

струменти пристосування. Однак коли вони не спрацьовують, виникають умови для реалізації установчої влади задля самозбереження політичної спільноти. Інструменти такого самозбереження - інструменти перетворення – включають як зміни чинного конституційного ладу, так і встановлення на місці зруйнованого екстремальними умовами конституційного ладу нового конституційного правопорядку. Екзистенціальне *ratio*, що полягає у самозбереженні політичної спільноти, є важливою категорією аналізу реакцій на екстремальні умови, адже воно визначає досить тонку межу, що відділяє інструменти пристосування від інструментів перетворення.

Інструменти пристосування можна поділити на три типи: (1) *leges ex ante*, тобто визначені заздалегідь (передбачені законами винятки, передбачені Конституцією і законами режими надзвичайного і воєнного стану), (2) *leges latae*, тобто інструменти, що приймаються під час дії екстремальних умов, виходячи з їх інтенсивності, характеру і загроз, але у встановлених Конституцією і законодавством рамках (тимчасове спеціальне законодавство, спеціальні секторальні режими) та (3) *leges ex post*, тобто законодавчі інструменти, що приймаються за екстремальних умов поза заздалегідь встановлених конституційних чи законодавчих рамок, і які легітимізуються чи визнаються неконституційними після нормалізації ситуації (спеціальні секторальні режими).

Виходячи з комбінації інструментів пристосування можна виділити чотири моделі пристосування конституційного ладу до екстремальних умов: (1) модель *business as usual*, тобто звичайного порядку функціонування; (2) модель законодавчого пристосування, коли прийняття заходів реагування відбувається в рамках звичайного конституційного правопорядку відповідно до звичайної процедури; (3) неоримська модель, за якою глава держави чи уряду набуває надзвичайних повноважень для відновлення нормальності; (4) модель *ex post facto* легітимації, коли не передбачені законом чи конституцією повноваження набуваються на підставі конституційного обов'язку збереження держави і організованого суспільства (прерогативні повноваження).

Інструменти перетворення як форми відповіді на екстремальні умови включають (1) повноваження похідної установчої влади, тобто повноваження щодо внесення змін до Конституції відповідно до процедури і в порядку, передбаченому самою Конституцією; (2) прерогативні повноваження щодо зміни конституційного ладу поза процедурою і порядком, передбаченим Конституцією та (3) установчі повноваження щодо знищення чинного ладу і започаткування нового. Особливістю двох останніх інструментів перетворення є те, що вони існують поза юридичними рамками чинного правопорядку, в так би мовити, в метаправопорядку, в сфері екзистенціального *ratio* політичної спільноти.

**Ключові слова:** конституційний лад, установча влада, установлена влада, екстремальні умови, моделі пристосування, моделі перетворення, прерогативні повноваження, презумпція нормальності, монізм і дуалізм надзвичайних режимів.

Між конституціоналізмом і кризою існує чіткий і нерозривний зв'язок. Цей постулат виглядає парадоксальним на перший погляд, однак якщо поглянути на історію становлення конституційного ладу в кожній демократичній країні світу, то невідворотним стає висновок, що в переважній більшості країни конституції приймалися, скасовувались чи зазнавали суттєвих змін саме за наявності в суспільстві екстремальних умов. Як зазначають Янів Рознай та Річард Альберт, за останні 40 років понад 200 конституцій були прийняті в кризових умовах<sup>1</sup>. Сучасний постмодерний конституціоналізм безпосередньо став наслідком глобальної соціальної катастрофи II світової війни, що призвела до переосмислення ідеї конституції і конституціоналізму в повоєнний період. На місце суїцидальної конституції, тобто конституції як тексту, приходять ідея конституційних цінностей і принципів, а замість концепції прав людини як політичного проекту Французької революції<sup>2</sup>, що пов'язував такі права з громадянством, з приналежністю до політичної спільноти,

<sup>1</sup> Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism, in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 1.

<sup>2</sup> Як підсумував Самуель Мойн, «права революційної епохи були революційними: вони становили засади утворення чи відновлення простору громадянства, а не захист “людяності”» (Moyn S. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, Massachusetts, and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010. P. 26).

постає концепція людських прав як невід’ємних (притаманних людині в силу самої людської природи), рівних (тотожних для всіх без винятку) та загальних (повсюдна дія)<sup>3</sup>.

Нові конституції, зазвичай, приймаються і розглядаються як акти з невизначеним терміном дії. Вони спрямовані бути стабільними основами конституційного ладу, що мають витримувати періоди криз і політичної нестабільності. З цією метою конституційні тексти передбачають екстраординарні механізми реагування на надзвичайні ситуації, зокрема умови і процедури введення режимів воєнного і надзвичайного стану. Українська Конституція не є винятком. Народжена в умовах політичної кризи 1995-1996 років, вона витримала випробування дійсно революційними ситуаціями 2004 та 2014 років. Нею передбачена можливість запровадження особливих правових режимів воєнного і надзвичайного стану, надзвичайної екологічної ситуації.

Досить очевидним є те, що в періоди кризи конституційний лад, конституційні права і свободи стають досить уразливими. Кризи, екстремальні умови – це періоди «моральної паніки»<sup>4</sup>, адже в цей час зростає небезпека ірраціональних рішень. Як зазначають Ерік Познер та Адріан Вермюле, «в періоди надзвичайної ситуації, люди піддаються паніці, а коли вони панікують, вони схильні підтримувати політику, що є нерозумною і надмірною»<sup>5</sup>. Тому постає нагальне і досить практичне питання, яке Янів Рознай та Річард Альберт сформулювали таким чином: «що може конституційна демократія легітимно робити для захисту себе в часи надзвичайної ситуації чи кризи, що потенційно може підірвати самі основи демократії чи конституційного ладу?»<sup>6</sup>

Ця стаття має за мету розглянути питання функціонування конституційного ладу в умовах криз і його реагування на екстремальні умови крізь призму співвідношення установчої і установленої влади в такі кризові періоди. Актуальність цього питання обумовлена, в першу чергу, тим фактом, що в багатьох випадках руйнування конституційного ладу і встановлення нового конституційного ладу відбувається саме в кризові періоди, коли акту творіння передують акти знищення. Такі кризові періоди не завжди характеризуються революційною ситуацією, але органи установленої влади і конституційні механізми реагування на надзвичайні ситуації можуть виявитися просто неефективними чи нездатними подолати кризові явища (політичні, економічні, соціальні, екологічні тощо). Тому постають питання – які запобіжники має конституційний лад проти внесення змін до конституції в умовах моральної паніки; за яких умов можливі вади конституційного ладу можуть вести до реалізації первинної установчої влади; коли настає акт знищення з точки зору теорії установчої влади; чи становлять надзвичайні режими частину конституційного ладу чи окремий надзвичайний правовий порядок, із запровадженням якого зупиняється дія звичайного правового порядку?

Для відповіді на це питання слід відійти від інституційних рамок правових режимів воєнного і надзвичайного стану, адже існування надзвичайних (екстремальних) умов – є питанням факту, а не права. Вказані режими є лише одним з інструментів реагування на виникнення таких умов (тобто не є єдиним способом реагування), а його використання залежить від прийняття відповідного рішення посадовою особою чи органом в порядку, передбаченому Конституцією та відповідним законодавством, тобто від раціонального вибору, що не завжди можливий за екстремальних умов. Ці режими ґрунтуються на презумпції раціональності посадової особи чи органу, що приймає рішення, але ця презумпція є дуже слабкою на практиці. По-друге, цей інструмент, подекуди, є обмеженим щодо умов свого використання, не охоплюючи всі можливі екстремальні ситуації, що можуть виникнути в сучасній державі. По-третє, все ще залишається не визначеним питання, як кваліфікувати надзвичайні режими – як частину правового ладу держави, чи як надзвичайний і тимчасовий правовий лад, що встановлюється через зупинення звичайного правового ладу.

<sup>3</sup> Докл. див. Водянніков О. *Гендерна рівність Теорія і практика в порівняльному конституційному праві*. К.: ВАІТЕ, 2021. С. 12-17.

<sup>4</sup> Cohen S. *Folks Devils and Moral Panics*. London and New York: Routledge, 2011.

<sup>5</sup> Posner E., Vermeule A. *Accommodating Emergencies*. *Stanford Law Review*. 2003. Vol. 56. P. 609.

<sup>6</sup> Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism, in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 4.

В цій роботі робиться спроба концептуалізації інструментів і моделей реагування конституційного правопорядку на виникнення екстремальних умов та визначення співвідношення і взаємодії установчої і установленної влади в екстремальних умовах. Інструменти, що є в наявному чи потенційному розпорядженні в рамках конституційного ладу можна охарактеризувати як *інструменти пристосування*. Однак коли вони не спрацьовують, виникають умови для реалізації установчої влади задля самозбереження політичної спільноти. Інструменти такого самозбереження - *інструменти перетворення* – включають як зміни чинного конституційного ладу, так і встановлення на місці зруйнованого екстремальними умовами конституційного ладу нового конституційного правопорядку.

### 1. «Екстремальні умови» і конституційний лад

Концепція екстремальних умов в теорії сучасного конституціоналізму не залежить від нормативної концепції воєнного і надзвичайного стану (далі – надзвичайні стани) як формалізованих режимів. Адже за загальним визначенням, надзвичайні режими – є ситуаціями, що спричиняють серйозне порушення функціонування політичної системи чи правопорядку, що загрожує їх самому існуванню<sup>7</sup>. Тому слід дещо зупинитися на понятті екстремальних умов, їх класифікації, на відмінностях між звичайним та екстраординарним, між реформою та революцією, між нормальністю та кризою чи катастрофою.

Ці питання не є новими, однак вони довгий час залишалися в тенетах якобінської традиції протиставлення реформи і революції, що наочно простежується в працях прихильників марксизму<sup>8</sup>. В юридичному дискурсі дослідження екстремальних умов зводилося до розгляду правових режимів надзвичайних станів або особливих випадків революції. Іншими словами, наукова дискусія зазвичай точиться навколо окремого випадку екстремальних умов, коли запроваджуються, застосовуються і припиняються режими воєнного та надзвичайного станів або надзвичайної ситуації. Однак питання екстремальних умов є набагато ширшим і складнішим.

Сучасне розуміння права, що склалося в часи Просвітництва, виходить з імпліцитної дихотомії між владними повноваженнями за звичайних чи нормальних умов і владними повноваженнями в період існування екстремальних умов. Сучасний конституціоналізм ґрунтується на засаді обмеження публічної влади задля захисту людських прав<sup>9</sup>, а використання надзвичайних повноважень за нормальних умов становить пряму загрозу конституційним засадам. Тому дослідження цієї дихотомії<sup>10</sup> - нормальних та екстремальних умов – по суті є дослідженням умов існування конституціоналізму, умов легітимності публічної влади в демократичному суспільстві.

<sup>7</sup> Див. Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 231. Це розуміння закладено в статті 15 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якій статті 15 дозволяє «під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації» вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за Конвенцією. Як пояснив Європейський Суд з прав людини у справі *Lawless v. Ireland* (no. 3),

«... звичайне і звичаєве значення формулювання «інша суспільна небезпека, яка загрожує життю нації» є достатньо ясним, адже воно стосується виняткової ситуації кризи чи надзвичайних умов, які торкаються всього населення і становлять загрозу організованому життю громади, з якої складається держава»

European Court of Human Rights. *Lawless v. Ireland* (no. 3) (1961), para. 28. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>

<sup>8</sup> Так Роза Люксембург, критикуючи реформістські і еволюційні підходи соціал-демократів, зазначала:

«Виробничі відносини капіталістичного суспільства все більше наближаються до виробничих відносин соціалістичного суспільства. Однак, з іншого боку, його політичні і юридичні відносини встановлюють між капіталістичним і соціалістичним суспільством стрімко зростаючу стіну. Ця стіна не тільки не руйнується, а навпаки міцнішає в силу поступу соціальних реформ і функціонуванням демократії. Тільки Лише удар молота революції, тобто завоювання політичної влади пролетаріатом, може зруйнувати цю стіну».

Luxemburg R. *Reform or Revolution*. in Helen Scott ed. *The Essential Rosa Luxemburg*. Chicago: Heymarket Books, 2008. P. 65-66.

<sup>9</sup> Van Caenegem R. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. P. 79.

<sup>10</sup> Як зазначає Орен Грос, «Поняття «надзвичайної ситуації» нерозривно пов'язане з концепцією «нормальності» в тому сенсі, що перше розглядається як таке, що лежить поза рамками звичайного ходу подій чи очікуваних дій». Gross O. *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1071.

Саме поняття екстремальних умов є досить «еластичною концепцією»<sup>11</sup>, що уникає чіткої дефініції<sup>12</sup>. В теорії зазвичай виділяють три типи екстремальних умов: (1) пов'язані з насильством чи застосуванням сили (воєнний стан, війна, збройне повстання, терористичні атаки тощо), (2) природні і техногенні катастрофи та (3) політичні або економічні кризи<sup>13</sup>. Однак така класифікація не відповідає на практичне питання щодо того, за яких обставин ці умови стають екстремальними для цілей застосування відповідних надзвичайних механізмів реагування, як передбачених конституцією і законодавством, так і спеціальних, що можуть бути запропоновані для повернення до нормальних умов?

Щоб надати концептуальне значення цьому поняттю, слід визначити певні критерії, які в даному випадку полягатимуть у відокремленні нормального або звичайного, рутинного чи передбачуваного від екстремального, надзвичайного і непередбачуваного. Концепція екстремальних умов, тому, охоплює всі обставини, що відрізняють ситуацію «нормальності» від можливих девіацій. Як зазначає Елі Зальцбергер,

«Власне, за яких обставин стихійне лихо або економічна криза чи, дійсно, військові дії становлять екстремальні умови, що обґрунтовують спеціальні заходи чи винятки з принципу правовладдя? У кожній з цих категорій ми можемо провести дихотомічну лінію (а не чітку дихотомію) між значною кризою ... і незначними порушенням нормального життя ... У філософському сенсі нормальність може бути визначена як саме рутинне чи подібне повторення подій – що власне не відбувається у реальності, адже кожна життєва ситуація і кожний період часу є певною мірою відмінними. Тому межа, що відділяє екстремальні умови не є очевидною чи природною»<sup>14</sup>.

Межа між нормальними і екстремальними умовами є досить відносною, адже сприйняття нормальності знаходиться в постійній динаміці. Девіації від нормальності можуть як зникати, так і еволюціонувати у сприйнятті як нормальність<sup>15</sup>. Однак незважаючи на таку невизначеність, поняття екстремальних умов нерозривно пов'язане з розумінням «нормальності» саме в тому сенсі, що ці умови розглядаються як явища, що лежать поза рамками звичайного ходу подій чи очікуваних дій. Як зазначає Орен Грос, «для визначення надзвичайної ситуації нам потрібно мати розуміння нормальності»<sup>16</sup>. Так, на думку Елі Зальцбергера, можна виділити три можливі режими функціонування правовладдя за критерієм наявності і інтенсивності екстремальних умов<sup>17</sup>:

<sup>11</sup> Lee H. *Emergency Powers*. Sydney: Law Book Co., 1984, p. 4.

<sup>12</sup> Див.: Gross O., Aolain F. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P. 5; Gross O. 'Once More unto the Breach': The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies. *Yale Journal of International Law*. 1998. Vol. 23. P. 438--439; Whittington K. Yet Another Constitutional Crisis? *William and Mary Law Review*. 2001-2002. Vol. 43, No.5. P. 2096—2098.

<sup>13</sup> Salzberger E. 'The Rule of Law Under Extreme Conditions and International Law: A Law and Economics Perspective', in Thomas Eger, Stefan Oeter, Stefan Voigt eds., *The International Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2017. P. 23.

<sup>14</sup> Ibid. P. 24.

<sup>15</sup> Цей феномен «нормалізації» екстремального, коли надзвичайні заходи, що обмежують людські права чи впливають на демократичний процес набувають ознак постійності і «нормальності» є окремим і не менш важливим аспектом питання нормальних/екстремальних умов. Як зазначає Алан Грін:

«Багато критики парадигми надзвичайних повноважень походить з розуміння того, що ті явища, що спричиняють виникнення надзвичайного стану, є подекуди такими, що не можуть бути відділені від нормальності. В результаті виникає укорінений, повторюваний і, в кінцевому підсумку, постійний надзвичайний стан. Цей аргумент виходить з того, що дихотомія нормальні – екстремальні умови є неможливою, адже ті відмінні «рівні» відокремлення, що закладені в її основі – індивідуальний, часовий та географічний – вже застарілі».

Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018. P. 35.

<sup>16</sup> Gross O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1071.

<sup>17</sup> Salzberger E. 'The Rule of Law Under Extreme Conditions and International Law: A Law and Economics Perspective', in Thomas Eger, Stefan Oeter, Stefan Voigt eds., *The International Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2017. P. 27.

- 1) *період нормальності*, коли матеріальні норми, а також процедури і державні інституції, встановлені для прийняття законодавства і його виконання, розроблені і функціонують в звичайному чи нормальному режимі;
- 2) *період надзвичайної ситуації*, коли застосовуються спеціальні норми, процедури і інституції, спеціально розроблені і встановлені *ex ante*, тобто заздалегідь для врегулювання надзвичайних ситуацій і подолання їхніх наслідків;
- 3) *період надзвичайного стану*, коли настає непередбачувана криза, а правові рамки, передбачені для періоду надзвичайної ситуації є недостатніми для вжиття ефективних заходів.

На думку Елі Зальцбергера відмінність між першим і другим режимами полягає у інтенсивності, поширеності і географічному охопленні, а між другим і третім – у передбачуваності динаміки ситуації і нагальності<sup>18</sup>.

З цього випливає загальна парадигма співвідношення екстремальних і звичайних умов, за якою звичайні умови є правилом, а екстремальні умови – винятком. І як виняток такі умови в силу такої природи є обмеженими у часі і становлять особливу загрозу «нормальному» процесу функціонування суспільства. В певному сенсі категорія нормальності виступає спростовною презумпцією (*rebuttable presumption*):

«Правова система пронизана правилами, які діють як презумпції і які можуть бути спростовані доводом певного роду та ступеня. Межа між презумпціями і нормами, що містять виняток щодо надзвичайних ситуацій, може бути тонкою. Норма, що містить винятки для ситуацій необхідності чи надзвичайних умов, може бути означена, досить схематично, як сильна презумпція. У випадку презумпцій слід знати, що може становити підставу для спростування та чи є така презумпція і спростування конкретними чи загальними, широкими чи вузькими»<sup>19</sup>.

Концептуалізація нормальних умов як презумпції означає, що в онтологічному сенсі екстремальні умови є підставами для спростування загальної і сильної презумпції нормальності, що в юридичному сенсі покладає високий тягар доведення, який не зв'язаний формальними ознаками. Тобто в епістемологічному сенсі це означає, що формального рішення про запровадження надзвичайних режимів недостатньо – мають бути доведені фактичні обставини «ненормальності», «нагальної небезпеки», «ургентності».

Другий важливий аспект такої концептуалізації полягає у тому, що поняття екстремальних умов охоплює не тільки кризові ситуації, позначені заворушеннями, насильницькими діями, суспільним конфліктом і подібними подіями. Це поняття включає також економічні і соціальні кризи, що також можуть набувати ознак екстремального, надзвичайного і непередбачуваного<sup>20</sup>. Як показує історія, і насильницькі і ненасильницькі екстремальні умови однаково чиним можуть становити нагальну загрозу засадничим принципам конституційному ладу. В найгостріших ситуаціях те, що Брюс Акерман означив як «екзистенціальні міркування» (англ. – «the existential rationale»)<sup>21</sup>, можуть вимагати надання уряду практично необмеженої влади задля захисту політичної спільноти, незалежно від характеру екстремальних умов, що настали. Так екзистенціальне *ratio*, що по-

<sup>18</sup> Ibid., 27-28: «Оскільки надзвичайні екстремальні умови є непередбачуваними, їх юридичне визначення має бути широким, однак включати параметри нагальності і непередбачуваності. Обґрунтування [запровадження надзвичайного стану] має полягати у забезпеченні виживання держави і її громадян та відновлення нормальності шляхом тимчасової зміни структури функцій держави задля дієвості і ефективності».

<sup>19</sup> Sunstein C. Problems with Rules. *California Law Review*. 1995. Vol. 83, No. 4. P. 963

<sup>20</sup> Див. Scheuerman W. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. 2000. Vol. 21, No. 5-6. P. 1869; Kahan R. Constitutional Stretch, Snap-Back, and Sag: Why Blaisdell was a Harsher Blow to Liberty than Korematsu. *Northwestern University Law Review*. 2005. Vol. 99, No.3. P. 1279; Belknap M. The New Deal and the Emergency Powers Doctrine. *Texas Law Review*. 1983. Vol. 62, No.1. P. 67; Hulsebosch D. The New Deal Court: Emergence of a New Reason. *Columbia Law Review*. 1990. Vol. 90, No. 7. P. 1973; Levy D. A Legal History of Irrational Exuberance. *Case Western Reserve Law Review*. 1998. Vol. 48, No.4. P. 799; Perrine A. The First Amendment Versus the World Trade Organization: Emergency Powers and the Battle in Seattle. *Washington Law Review*. 2001. Vol. 76, No.2. P. 654.

<sup>21</sup> Ackerman B. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 113, No.5. P. 1037-1038.

лягає у самозбереженні політичної спільноти є важливою категорією аналізу реакцій на екстремальні умови, адже воно визначає той досить прозорий і флюктуаційний водорозділ, що відділяє інструменти пристосування від інструментів перетворення.

В класичній теорії екстремальних умов відокремлення нормального і екстремального концептуалізується за трьома вимірами: часовим, просторовим і груповим<sup>22</sup>. Сучасні екстремальні умови не завжди вкладаються у ці три виміри.

**Часовий вимір.** Концептуалізації в конституційному праві екстремальних умов як винятку, а нормальних – як правила, означає кваліфікацію екстремальних умов як таких, що можуть бути нейтралізовані чи усунуті, задля чого є допустимими певні заходи, що за нормальних умов є нелегітимними чи незаконними<sup>23</sup>. Як зазначає Орен Грос, «Нормальність і надзвичайна ситуація вважаються такими, що посідають альтернативні і взаємовиключні часові рамки. Нормальність існує до кризи і відновлюється після усунення надзвичайної ситуації. Кризи є короткими інтервалами, що переривають тяглість нормальності»<sup>24</sup>. Однак екстремальні умови можуть тривати протягом невизначеного часу. ЄСПЛ у справі *A. and Others v. the United Kingdom* прямо вказав<sup>25</sup>:

«Хоча Комітет ООН з прав людини зазначив, що заходи на відступ від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права повинні мати «винятковий і тимчасовий характер»..., практика Суду до сьогодні ніколи не встановлювала вимоги, згідно якої надзвичайна ситуація повинна мати тимчасовий характер, хоча питання пропорційності заходів на її подолання може бути пов'язане з тривалістю такої ситуації. Дійсно, наведені вище справи, які стосувалися безпекової ситуації в Північній Ірландії, вказують, що «суспільна небезпека» в сенсі статті 15 Конвенції може тривати багато років. Суд не вважає, що заходи, що відступають від зобов'язань, запровадженні безпосередньо після нападу Аль-Каеди на Сполучені Штати Америки і які щорічно переглядаються Парламентом, можуть вважатися недійсними на тій підставі, що вони не є «тимчасовими».

**Просторовий вимір.** Екстремальні умови мають просторову складову. Вони можуть стосуватися всієї території держави або окремих її частин. Виникнення таких умов на окремих територіях дає підстави для запровадження там спеціального режиму надзвичайного стану, географічно обмеженого такими територіями. У такому випадку в державі виникає ситуація існування двох (або більше) одночасних правопорядків – надзвичайного, що має обмежене територіальне застосування, і нормального, що продовжує застосовуватись на решті території держави. Відповідно право надзвичайних ситуацій виходить з презумпції можливості одночасного і автономного застосування таких двох правопорядків, що в ідеалі не повинні перетинатися. Але екстремальні умови можуть виникати або існувати поза кордонами держави (наприклад, терористичні загрози), що ставить під питання розуміння просторового виміру. Іншими словами, сучасні екстремальні умови можуть бути не тільки ендегенного або екзогенного характеру.

**Груповий вимір.** Контури екстремальних умов завжди пов'язані з когнітивним протиставленням громади з «іншим»<sup>26</sup>. Суспільство схильне сприймати загрози, «анормальності» ситуації як зовнішні по відношенню до нього. Екстремальні умови, і тим більше заходи, що запроваджуються

<sup>22</sup> Див., напр, The United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 August 2001. para. 4. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/451555?ln=en>.

<sup>23</sup> Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018. P. 45-46.

<sup>24</sup> Gross O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1073.

<sup>25</sup> European Court of Human Rights. *A. and Others v. the United Kingdom* [GC] (2009), para. 178. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>

<sup>26</sup> Цей вимір має набагато більше нюансів, ніж здається на перший погляд. Він торкається певних сакральних аспектів права як сучасного цивілізаційного явища, його «темної сторони». Тому досить доречно навести зауваження Одрі Макклін: «Хоча багато хто дивиться на кримінальне право як на захист нас проти внутрішніх ворогів, я закликаю звернутися до ролі права у створенні чужорідного всередині [в суспільстві]». Macklin A. *Borderline Security*. In Ronald J. Daniels et al. eds. *The Security of Freedom: Essays on Canada's Antiterrorism Bill*. Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press, 2001. P.398.



для їх подолання, можуть власне створювати і конструювати спільноти, як це мало місце під час запровадження антитерористичних заходів після подій 11 вересня 2001 року або боротьби з Ірландською республіканською армією в 80-і – 90-і роки<sup>27</sup>.

Таким чином виникає делікатне питання визначення, відокремлення «нормального» від «надзвичайного». З точки зору теорії конституціоналізму визначальною особливістю екстремальних умов є нагальна, тобто реальна і безпосередня, загроза конституційному ладу. Тому логіка надзвичайних режимів як механізму реагування на такі загрози полягає в охороні та збереженні. Однак саме тут постає парадокс конституціоналізму в екстремальних умовах: за таких умов короткострокові міркування подолання кризових явищ спонукають органи державної влади нехтувати довгостроковими інтересами щодо збереження конституційного ладу<sup>28</sup>. Моральна паніка, що супроводжує екстремальні ситуації, спонукає до прийняття нерозумних чи надмірних рішень і заходів, що самі по собі можуть становити загрозу конституційному ладу. Цей парадокс, власне, і визначив декілька поширених моделей пристосування конституційного ладу до екстремальних умов.

## 2. Інструментарій пристосування

Якщо поглянути на інструментарій, що застосовується конституційними демократіями за екстремальних умов для відновлення нормальності, то наочно стає розмитість меж між режимами функціонування уряду за нормальних і екстремальних умов. Як свідчить практика держав, у відповідь на виникнення екстремальних умов держава може застосувати декілька інструментів:

*застосування передбачених законами винятків*, встановлених на випадок виникнення незвичайних обставин. Законодавством зазвичай передбачаються особливі положення на випадок настання нетипових чи незвичайних обставин;

*тимчасове спеціальне законодавство (sunset legislation)*. Цей тип законодавства є, майбуть, найдавнішою формою реалізації повноважень представницького органу з часів народження європейського парламентаризму, функція якого історично полягала у наданні згоди на надзвичайні податки і закони, пропоновані монархом для подолання певної небезпеки. З часів становлення законодавчої держави у формі *res publica* тимчасове законодавство поступається постійному законодавству. Лише в 1970-і роки воно повертається як інструмент парламентського контролю за виконавчою владою<sup>29</sup>. Ця законодавча техніка ґрунтується на двох важливих засадах: (1) обмежена дія у часі та (2) оцінка *ex post*. Іншими словами це законодавство з визначеним терміном дії, що втрачає чинність у дату, визначену законодавцем, якщо законодавець не прийме рішення про продовження його дії. Це, в свою чергу означає необхідність оцінки дії і наслідків такого законодавчого регулювання при прийнятті рішення про продовження чи неперодовження його дії<sup>30</sup>. До цієї категорії, зокрема, належить Закон України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» від 16 вересня 2014 року № 1680-VII, дія якого щорічно продовжується;

<sup>27</sup> Див. Hillyard P. *Suspect Community*. London: Pluto Press, 1993. P. 257; Gross O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1082.

<sup>28</sup> Див. Lurie G. Introduction: Emergency, Exception and Normalcy. in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 18.

<sup>29</sup> Як зазначає Марк Янг, «Sunset – поширений термін для означення законодавчого методу, що вимагає від законодавця робити періодичні висновки щодо продовження чи припинення конкретної урядової програми чи агенції». Young M. A Test of Federal Sunset: Congressional Reauthorization of the Commodity Futures Trading Commission. *Emory Law Journal*. 1978. Vol. 27, No.4. P. 854. Див. також Finn J. Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2010. Vol. 48, No.3. P. 442.

<sup>30</sup> Див. Molloy S. Approach with Caution. Sunset Clauses as Safeguards of Democracy? *European Journal of Law Reform*. 2021. Vol. 23, No.2. P. 150; Ranchordás S. Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty? *Statute Law Review*. 2015, Vol. 36, No.1. P. 30.

запровадження спеціальних (секторальних) режимів, що приймаються, виходячи з характеру надзвичайної ситуації. Ці режими не є режимами надзвичайного чи воєнного стану, але встановлюють окремі системи реагування на конкретні екстремальні умови<sup>31</sup>. Цим шляхом, до речі, пішло багато країн у відповідь на пандемію COVID-19<sup>32</sup>. Іншим прикладом є Закон України «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року № 141-VIII;

запровадження режимів надзвичайного чи воєнного стану, передбачених Конституцією і законодавством. Це, власне ті режими, про які йдеться, зокрема, в частині другій статті 64, пункті 31 частини першої статті 85, пункті 19 частини першої статті 92, пункті 21 частини першої статті 106, частині другій статті 157 Конституції України.

За своїм характером ці інструменти можна поділити на три типи: (1) *leges ex ante*, тобто визначені заздалегідь (передбачені законами винятки, передбачені Конституцією і законами режими надзвичайного і воєнного стану), (2) *leges latae*, тобто інструменти, що приймаються під час дії екстремальних умов, виходячи з їх інтенсивності, характеру і загроз, але у встановлених Конституцією і законодавством рамках (тимчасове спеціальне законодавство, спеціальні секторальні режими) та (3) *leges ex post*, тобто законодавчі інструменти, що приймаються за екстремальних умов поза заздалегідь встановлених конституційних чи законодавчих рамок, і які легітимізуються чи визнаються неконституційними після нормалізації ситуації (спеціальні секторальні режими).

Ці чотири типи інструментів реагування на екстремальні умови в залежності від особливостей конституційного правопорядку визначають наступні моделі пристосування конституційного ладу до екстремальних умов<sup>33</sup>:

модель *business as usual*, тобто звичайного порядку функціонування. Ця модель заперечує будь-яку можливість відступу від нормального режиму функціонування конституційного ладу, адже матеріальні норми і процедури прийняття рішень можуть застосовуватись за будь-яких умов, включаючи екстремальні. Вона виходить з презумпції повноти і цілісності правової системи, що означає її здатність врегульовувати будь-які питання за будь-яких умов, включаючи екстремальні;

модель *законодавчого пристосування* виходить з того, що подолання екстремальних умов може і повинно відбуватися в рамках звичайного конституційного правопорядку шляхом прийняття відповідних законодавчих актів відповідно до звичайної процедури. Іншими словами, запровадження тимчасового законодавства чи спеціальних режимів у відповідь на виникнення екстремальних умов є частиною загального і звичайного законодавчого процесу. Ця модель наразі є найбільш поширеною серед сучасних демократій<sup>34</sup>

*неоримська модель*, що слідує республіканській моделі воєнної диктатури стародавнього Риму, коли за умов загрози існування республіки Сенат доручав консулам призначити на визначений термін диктатора зі всією повнотою влади. Іншими словами римська модель будувалася на чіткому поділі між звичайним урядуванням і надзвичайним урядуванням. За неоримською моделлю, що була реалізована в Веймарській Конституції та Конституції Франції 1958 року, за настання екстремальних умов глава держави набуває надзвичайних повноважень для подолання надзвичайної ситуації;

модель *ex post facto легітимації*. Ця модель виходить з припущення щодо неможливості визначення заздалегідь конкретних норм на випадок настання екстремальних умов, зважаючи на не-

<sup>31</sup> Цей підхід «секторальних» надзвичайних режимів, зокрема, був рекомендований Комісією з права Нової Зеландії. Див. New Zealand Law Commission. *Final Report on Emergencies*. Report No 22. Wellington: Law Commission, 1991.

<sup>32</sup> Див. напр., Walker C., Blick A. Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism, *Just Security* (12 May 2020). URL: <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>

<sup>33</sup> Див. Salzberger E. 'The Rule of Law Under Extreme Conditions and International Law: A Law and Economics Perspective', in Thomas Eger, Stefan Oeter, Stefan Voigt eds., *The International Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2017. P. 32-41; Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 211-221.

<sup>34</sup> Див. *ibid.* P. 216-217.

передбачуваність таких умов. Згідно цієї моделі конституційний лад може не передбачати спеціальних положень щодо надання виконавчій владі чи Президенту додаткових повноважень у випадку настання екстремальних умов, однак такі (прерогативні) повноваження виникають на підставі конституційного обов'язку збереження держави і організованого суспільства. Ці повноваження є прерогативними, тобто повноваженнями щодо забезпечення загального блага за відсутності закону чи дискрецією, коли закон не дає чіткої відповіді<sup>35</sup>. Тобто прерогативні повноваження існують поза законом. Їх теоретичні основи були розроблені ще Джоном Локом, який визначав прерогативу як «владу робити добро без норми»<sup>36</sup>, а подекуди і всупереч нормі праву<sup>37</sup>. Наявність прерогативних повноважень ставить цікаве питання співвідношення між державною владою і правопорядком саме в екстремальних умовах<sup>38</sup>. Однак на відміну від концепції Джона Лока, сучасні прерогативні повноваження не є вилученими з-під судового чи конституційного контролю, а самі ці повноваження можуть бути обмежені законом. Тому, як вказує Томас Пул, класичне протиставлення права і прерогативи є застарілим<sup>39</sup>. Використання таких прерогативних повноважень може бути переглянуто, оскаржене, скасовано після відновлення нормальних умов. Для цієї моделі розрізнення між екстремальними і нормальними умовами має парадигматичний характер.

Ці моделі не є взаємовиключними. Конституційний лад держави може поєднувати елементи цих моделей або уможлиблювати звернення до будь-якої з них. Наприклад в конституційній історії України певні рішення лютого 2014 року слід аналізувати крізь призму моделі *ex post facto* легітимації, а заходи у відповідь на збройну агресію Російської Федерації проти України на сході України - моделі *законодавчого пристосування*.

Чотири інструменти пристосування є, по суті, екзогенними, адже не пов'язані зі зміною конституційного ладу. Їхня мета – повернення до нормальності, до нормального функціонування конституційного ладу. Якщо вони не спрацьовують, відновлення нормальності може вимагати ендогенних інструментів, тобто внесення змін до конституції.

Наведені моделі пристосування конституційного ладу порушують окреме питання співвідношення надзвичайних режимів і звичайного правопорядку. Моделі *business as usual* та *законодавчого пристосування* виходять з концепції єдності правопорядку, в той час як *неоримська* модель і *ex post facto* легітимації ґрунтуються на концептуальній відмінності між нормальним і надзвичайним.

### 3. Надзвичайні режими: монізм чи дуалізм

Правовладдя в теорії розглядається як ідеальна модель урядування, що визначає рамки реалізації державної влади за звичайних умов. Однак в екстремальних умовах ця парадигматична концепція не спрацьовує. Конституціодавець, передбачаючи підстави, механізми і процедури запровадження надзвичайного чи воєнного стану, визнає і допускає можливість виникнення ситуацій, що не можуть чи не повинні врегульовуватись загальними конституційними принципами, положеннями чи нормами<sup>40</sup>.

За цим узагальненням, яке може виглядати самоочевидним, постають важливі концептуальні питання, що ставлять під сумнів його валідність. Чи дійсно правовладдя непридатне врегу-

<sup>35</sup> Frankenberg G. *Political Theology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. P. 25

<sup>36</sup> Locke J. *The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*. In *John Locke, Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (ed. and with an Introduction by Ian Shapiro, with essays by John Dunn, Ruth W. Grant and Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 172

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Див. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publ., 2018. P. 175

<sup>39</sup> Poole T. *Constitutional Exceptionalism and the Common Law. International Journal of Constitutional Law*. 2009. Vol. 7, No. 2. P. 252-258.

<sup>40</sup> Див. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018. P. 34.

льовувати ситуації екстремальних умов? Чи становлять надзвичайні режими окремих правопорядок, що запроваджується на заміну звичайного правопорядку, або вони є лише винятком, що передбачається і врегульовується звичайним правопорядком? Чи є екстремальні умови питанням факту, що автоматично дає підстави для запровадження надзвичайного режиму, або для цілей правового регулювання їх існування має бути визнане особливим рішенням чи актом компетентного органу державної влади?

З історичної перспективи ці питання розглядалися з точки зору принципів канонічного права - в Західній Європі *necessitas non habet legem* (лат. – необхідність не знає закону)<sup>41</sup>, а в візантійському праві X-XI ст. та канонічному праві православної церкви – *oikonomia* (гр. – відступ від букви закону)<sup>42</sup>. В західному канонічному праві цей принцип обговорювався ще Бедою Преподобним у VIII ст.<sup>43</sup>, пізніше він був відображений в псевдо-декреталіях, датованих серединою IX ст., а згодом в Декреті Граціана<sup>44</sup>. Згідно думки Фоми Аквінського необхідність все одно залишається в юридичних рамках, адже ті, хто звертається до надзвичайних повноважень, підпорядковуються божественному і природному праву, навіть коли вони тимчасово відступають від законів людських<sup>45</sup>.

Ці доктрини *necessitas* були в XVII-XVIII ст. були інкорпоровані до багатьох сфер права. Так Самуель фон Пуфендорф в своєму трактаті 1668 року сформулював доктрину необхідності для цілей кримінального права: «самозбереження має настільки високу цінність, що вважається таким, що звільняє у багатьох випадках особу від обов'язків за загальними законами, якщо це є єдиною можливістю його забезпечити. З цієї причини 'необхідність', як кажуть, 'не знає законів'»<sup>46</sup>. Іншими словами, Пуфендорф вважав, що право на застосовується у таких випадках, тобто необхідність не регулюється правом – в умовах, коли постає необхідність самозбереження, право не діє<sup>47</sup>. Сучасне кримінальне право оперує дещо іншими концепціями необхідності, однак інтелектуальна традиція, започаткована секуляризацією концепцій канонічного права в наробках фон Пуфендорфа, Канта, Фіхте позначилася і в доктрині конституційного права<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Див. Kamga G. The Origin and Development of Emergency Regimes in Cameroon. *Fundamina*. 2015. Vol. 21, No. 2. P. 290; de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 26-59.

<sup>42</sup> Jégou L. Norme et autorité ; autorité de la norme. En guise de conclusion. *Hypothèses*. 2010. Vol. I (13). P. 230.

<sup>43</sup> de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 27. Як вказувалося в глосі до Декрету Граціана, «Якщо щось було зроблено, виходячи з необхідності, воно було вчинено законно, оскільки необхідність робить законним те, що незаконно з точки зору права», *Ibid*.

<sup>44</sup> Jégou L. Norme et autorité ; autorité de la norme. En guise de conclusion. *Hypothèses*. 2010. Vol. I (13). P. 230.

Марк де Вільде звертає увагу, що саме «нормалізація» надзвичайних повноважень правителів пізнього Середньовіччя уможливила поступове становлення і розвиток законодавчої і фіскальної компетенції в домодерній державі, а юридична концепція необхідності еволюціонувала з фактичної необхідності до звичайної адміністративної діяльності. de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 28; de Wilde M. Just Trust Us: A Short History of Emergency Powers and Constitutional Change. *Comparative Legal History*. 2015. Vol. 3, No. 1. P. 110-130.

<sup>45</sup> de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 30.

<sup>46</sup> von Pufendorf S. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. ed. by James Tully; transl. by Michael Silverthorne. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 1991. P. 53.

<sup>47</sup> Див. Ghanayim K. Excused Necessity in Western Legal Philosophy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2006. Vol. 19, No. 1. P. 38.

<sup>48</sup> Ця трансформація відбулася через поєднання концепції необхідності з домодерною ідеологією *arcana imperii*, в рамках якої постали доктрини прерогативних повноважень, суверенітету, а в часи Французької і Американської революцій – установчої влади і народного суверенітету. Як зазначав Кард Фрідріх,

«Якщо політичний порядок вважається основоположною умовою вільного морального існування, збереження такого порядку стає критичним. Теоретики минулого вважали, що те, що необхідно для безпеки держави, є не тільки таким, що може бути пізнано, але й вже є частиною знання. Вони напевно вважали в своїй доктрині *arcana imperii*, таємниці імперії, урядування чи правління, що це знання є складним для пізнання і схованим від пересічних осіб»

В конституційній доктрині можна виділити два основоположні підходи до концепції надзвичайних режимів, що можуть бути означені як *монізм* і *дуалізм*. Представники першого підходу вважають, що немає суттєвої різниці між конституційним ладом, що функціонує за звичайних умов і урядуванням за екстремальних умов. Правовладдя вимагає запровадження таких механізмів на випадок виникнення екстремальних умов, які б, з одного боку, забезпечували охорону конституційного ладу, а з іншого – ефективно повернення до нормальності<sup>49</sup>. Така концептуалізація надзвичайних ситуацій як таких, що мають врегульовуватись чинним конституційним ладом, а надзвичайні режими розглядаються як тимчасовий виняток, що застосовується при настанні заздалегідь передбачених умов, походить від гоббсівської ідеї<sup>50</sup> про найфундаментальнішу функцію суверена – забезпечення *salus populi* (безпеки народу)<sup>51</sup>. І оскільки безпека є основоположним принципом урядування, то конституційний лад повинен містити інструментарій реагування на екстремальні умови. Настання екстремальних умов, тому, не змінює правопорядок, а лише є підставою для застосування спеціальних винятків, передбачених в ньому.

Представники другої групи виходять з того, що конституційний лад за нормальних умов ґрунтується на безумовному гарантуванні індивідуальних прав і свобод та поліархічною структурою урядування відповідно до принципу поділу влади. За екстремальних умов відбувається тимчасове призупинення конституційного ладу, зокрема індивідуальних прав і свобод, а поліархічність республіканської системи урядування змінюється на монархічність. Іншими словами за екстремальних умов відбувається зупинка звичайного конституційного ладу, на місце якого приходить, хоча і тимчасово, надзвичайний правовий лад. Така концептуалізація надзвичайних режимів, згідно якої за екстремальних умов звичайний конституційний правопорядок зупиняється і на його місце приходить надзвичайний правовий лад, походить з римського права<sup>52</sup> та його переосмислення в республіканській теорії<sup>53</sup> через нарбок Макіавеллі та праці Жан-Жака Руссо, Джеймса Гаррінгтона та Джона Локка<sup>54</sup>.

Friedrich C. *Constitutional Reason of State. The Survival of the Constitutional Order*. Providence: Brown University Press, 1957. P. 6-7.

<sup>49</sup> Див. Weingast B. The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. *American Political Science Review*. 1997. Vol. 91, No. 2. P. 245-263.

<sup>50</sup> Див. Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 223-224

<sup>51</sup> «Обов'язки суверена (будь-то монарх чи асамблея) визначаються тією метою, заради якої він наділений суверенною владою, а саме забезпеченням безпеки народу». Hobbes T. *Leviathan* (ed. with Introduction and Notes J. C. A. Gaskin). Oxford, New York: Oxford University Press, 1998. P. 222

<sup>52</sup> Мається на увазі інститут диктатури в системі римського урядування. Див. Forsythe G. *A Critical History of Early Rome. From Prehistory to the First Punic War*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2005. P. 150-151; Wilson M. Dictator. *The Evolution of the Roman Dictatorship*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2021. P.3:

«Коли виникала надзвичайна ситуація – будь-то внутрішня, військова чи релігійна – з якою не могли впоратися маґістрати, наділені владою, римський народ або сенат могли призвати консулів поступитися вищою виконавчою владою окремому індивіду, чий досвід та характер підходили для розв'язання кризи і відновлення в Римі минулої безпеки і стабільності. По суті це означало призначення альтернативної виконавчої посади на період кризи – повновладдя окремої необхідної особи. Після вирішення нагальної проблеми, її останньою дією було складання повноважень і відновлення звичайного урядування.»

Ефективність інституту диктатора в історії Стародавнього Риму ілюструється тим фактом, що за три століття від заснування Риму і до перемоги над Ганнібалом римляни 85 разів встановлювали режим диктатури. Див. *Ibid.* P. 4.

<sup>53</sup> Див. Hamilton A. The Federalist No. 70. in Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay. *The Federalist with The Letters of "Brutus"*. Cambridge: Cambridge University press, 2003. P. 341

<sup>54</sup> Мається на увазі доктрина королівської прерогативи (*paerogativa regia*), тобто монархічної влади *contra et extra legem* (всупереч та над законом) задля захисту безпеки народу і конституційного ладу: «Ця влада діяти на власний розсуд задля успішного блага, не зважаючи на обмеження, встановлені законом, а подекуди і всупереч закону, і є прерогативою». Locke J. The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government. In *John Locke, Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (ed. and with an Introduction by Ian Shapiro, with essays by John Dunn, Ruth W. Grant and Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 172.

Ця неоримська традиція в силу спадщини Французької революції (зокрема досвіду революційної диктатури Комітету громадського порятунку)<sup>55</sup> виявилась досить укоріненою в континентальному конституціоналізмі, що простежується не тільки в статті 48 Веймарської Конституції, але й в положеннях статті 16 Конституції Франції 1958 року<sup>56</sup>.

З онтологічної точки зору дуалістичний підхід ґрунтується на чіткому відокремленні нормальності, тобто нормальних умов, за яких функціонує загальний правопорядок, та винятку, тобто ситуації настання екстремальних умов. Однак з точки зору епістемології дуалістичні підходи можуть бути поділені на дві групи<sup>57</sup>. Перша група виходить з того, що наявність екстремальних умов є самоочевидною, тому правопорядок може передбачити об'єктивні і визначені механізми визначення наявності чи відсутності екстремальних умов як об'єктивної реальності. Друга група дотримується позиції, що наявність чи відсутність екстремальних умов не є самоочевидною, а тому має існувати певний орган чи посадова особа, що матимуть компетенцію встановлювати факт виникнення екстремальних умов для запровадження надзвичайного правового ладу.

Ці два класичні підходи, однак, не є адекватними для сьогодення. Сучасні екстремальні умови не завжди обмежені у часі та просторі. Сучасні загрози, наприклад тероризм, гібридні війни, кіберзагрози тощо, вимагають запровадження надзвичайних заходів, що можуть потребувати одночасного співіснування з нормальним правопорядком. По-друге, технологічний і індустріальний розвиток, соціальні зміни та економічні фактори спростовують можливість встановлення заздалегідь визначених правових режимів для ефективного подолання загроз, що можуть бути ними спричинені.

Але фундаментальна проблема цих двох підходів полягає в тому, що вони стосуються ситуацій, що за термінологією Карла Шмітта стосуються «комісарської диктатури»:

«На практиці комісарська диктатура призупиняє дію конституції з метою її захисту – саме її – у її конкретній формі. Цей аргумент вже давно відомий – переважно завдяки Аврааму Лінкольному: коли тіло конституції під загрозою, вона повинна бути захищеною шляхом її тимчасового призупинення. ... Дії диктатора повинні створити умови, в яких реалізується право, оскільки кожна правова норма передбачає нормальні умови як однорідне середовище, в якому вона є чинною. Тому диктатура є проблемою конкретної реальності, що не позбавляє її характеру правової проблеми. Конституція може бути зупинена без втрати чинності, оскільки зупинення становить лише конкретний виняток»<sup>58</sup>.

«Комісарська диктатура» - це, власне надзвичайні режими, що запроваджуються для захисту конституційного ладу, адже надзвичайні повноваження надаються (лат – *committere*) органу чи посадовій особі держави з метою вжиття заходів, що можуть вимагатися конкретними екстремальними умовами<sup>59</sup>. Однак «комісарську диктатуру» слід відрізнити від «суверенної диктатури»<sup>60</sup>:

«З перспективи суверенної диктатури весь чинний лад становить ситуацію, яку диктатура має вирішити своїми власними діями. Ця диктатура не зупиняє чинну конституцію в силу прийняття закону – конституційного закону - відповідно до неї; вона радше намагається створити умови, за яких конституція (яку вона вважає справжньою) стає можливою. Тому ця диктатура покладається не на існуючу конституцію, а на конституцію, що прийде на її заміну. Можна вважати, що ця вправа уникає всіх юридичних міркувань, адже держава може бути уявлена в юридичному сенсі лише через її конституцію, а повне заперечення існуючої конституції, як правило, не може мати будь-якого правового виправдання – оскільки, за визначенням, конституції, яка має статися,

<sup>55</sup> Див. Jennings J. *Revolution and the Republic. A History of Political Thought in France since the Eighteenth Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 114.

<sup>56</sup> Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 225.

<sup>57</sup> Див. *ibid.* P. 226.

<sup>58</sup> Schmitt C. *Dictatorship. From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*. Transl. by Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014. P. 118.

<sup>59</sup> Див. *ibid.* P. 119.

<sup>60</sup> *Ibid.*

ще не існує. Отже, ми матимемо справу з чистою силою. Але це не так, якщо набута влада є такою, яка, не будучи сама конституційно встановленою, тим не менш пов'язана з будь-якою існуючою конституцією таким чином, що виступає по відношенню до неї основоположною, навіть якщо сама вона ніколи не підпадає під дію конституції, щоб її можна було б заперечувати (оскільки існуюча конституція її заперечує). В цьому полягає сенс *pouvoir constituant*».

Іншими словами суверенна диктатура в сенсі теорії Карда Шмітта, є тими екстремальними умовами, коли реалізується установча влада народу як суверена. І в цьому сенсі відмінність між комісарською і суверенною диктатурами визначає відмінність між інструментами пристосування і інструментами перетворення. Якщо перші є формою реагування конституційного ладу на екстремальні умови з метою його охорони і збереження, то суверенна диктатура (в сенсі Карла Шмітта) або інструменти перетворення є формою реагування політичної спільноти на екстремальні умови, за яких інструменти пристосування виявилися неефективними, з метою самозбереження.

Революція і конституція, таким чином, описують дві сторони ліберальної політичної трансформації, в якій закладена фундаментальна соціальна парадигма сучасної демократичної держави, що полягає в тому, що народ може за власною волею порвати з минулим і вибудувати для себе нову політичну ідентичність<sup>61</sup>. Однак якщо у випадку комісарської диктатури конституційні положення можуть передбачати як моністичний, так і дуалістичний підходи, то у випадку суверенної диктатури, тобто настання умов для реалізації установчої влади, відбувається повна зупинка конституційного ладу, його скасування і постановлення нового конституційного правопорядку. Однак нюанс полягає в тому, що у випадку реалізації первинної установчої влади навіть тимчасово не існує надзвичайного правового ладу. Це ставить окреме питання щодо екстремальних умов, що уможливають реалізацію первинної установчої влади. Іншими словами йдеться про те, за яких умов і яким чином виникає установчий момент чи конституційна революція, тобто коли запускаються інструменти перетворення.

#### 4. Екстремальні умови і установча влада: інструменти перетворення

Інструменти перетворення як форми відповіді на екстремальні умови можна умовно поділити на три групи (1) повноваження похідної установчої влади, тобто повноваження щодо внесення змін до Конституції відповідно до процедури і в порядку, передбаченому самою Конституцією; (2) прерогативні повноваження щодо зміни конституційного ладу поза процедурою і порядком, передбаченим Конституцією та (3) установчі повноваження щодо знищення чинного ладу і започаткування нового. Особливістю двох останніх інструментів перетворення є те, що вони існують поза юридичними рамками чинного правопорядку, в так би мовити, в метаправопорядку, в сфері екзистенціального *ratio* політичної спільноти.

Всі три інструменти є формами реалізації установчої влади, тому розгляд їх слід розпочати зі стислого викладу теорії установчої влади і співвідношення установленої і установчої влади.

##### 4.1. Первинна установча влада в екстремальних умовах

Проблематика співвідношення установчої і установленої влади все ще залишається в тенетах *arcana imperii*, що досить важко концептуалізується в системі координат сучасного конституціоналізму. Як писав Жорж Бурдо,

«Причиною цього є те, що для того, аби насправді визначити дійсний зміст відмінності між установчою і установленою владою, необхідно вивести установчу і установлену владу на різні рівні. Установлена влада існує виключно в рамках держави – невіддільна від встановленого конституційного ладу; їй потрібні рамки держави, реальність якої вона уособлює. Установча влада, з іншого боку, існує поза державою; вона не залежить від держави, вона існує без неї; вона є джерелом, потік якого жодне використання не може вичерпати»<sup>62</sup>

Тому, як зазначає Джорджо Агамбен, «Влада, що породила конституцію, все частіше відкидається як забобони або як виключно питання факту, і установча влада все більше зводиться до

<sup>61</sup> Див. Ackerman B. *We the People: Foundations*. New Haven: Yale University Press, 1991. P. 204.

<sup>62</sup> Burdeau, G. *Traiti de science politique*. Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'État. Paris: Librairie generale du droit et de jurisprudence, 1984. P. 173

передбачених конституцією повноважень вносити зміни до конституції»<sup>63</sup>. В тенетах класичного ліберального конституціоналізму установча влада розглядається як повноваження щодо внесення змін до конституції, а акт конституцієтворення набуває ознак «міфу про творіння», що не може бути повторений, окрім як через апокаліпсис. Для розмежування акту конституцієтворення і повноважень щодо конституційних змін в конституційному праві з 1940-х років розрізняють первинну і похідну установчу владу. Рожер Боннар в 1942 році вперше провів розрізнення між *pouvoir constituant originaire* (первинна установча влада) та *pouvoir constituant derivé* (похідна установча влада): «...інституціоналізована установча влада – це влада, що існує згідно конституції і встановлена на майбутнє у разі потреби змінити таку конституцію. Таким чином ця влада передбачає наявність чинної конституції, на відміну від первинної установчої влади, яка існує поза будь-якими конституційними рамками»<sup>64</sup>. Таким же чином Олів'є Бо звертаючись до парадоксу установчої влади вказував, що первинна установча влада є владою безумовною і абсолютною, тобто позаконституційною, в той час як похідна установча влада підпорядкована чинній конституції, є санкціонованою і тому обмеженою»<sup>65</sup>.

В цьому полягає концептуалізація установчої влади в сучасному конституціоналізмі: установча влада вичерпує свою функцію і концептуалізується у новій конституційній формі після акту конституцієтворіння»<sup>66</sup>. Тобто установча влада, реалізована у формі прийняття конституції, наділяє легітимністю новий політико-правовий порядок, після чого вона вичерпується і на її місце приходить встановлена влада, здійснювана призначеними/обраними посадовцями та представницькими органами. З такої точки зору саме поняття установчої влади є зайвим за умов конституційного урядування, адже містить «зародки його власного руйнування»<sup>67</sup>. Тому установча влада розглядається як історичний міф, сакральний акт творіння, що не може бути повторений»<sup>68</sup>.

Однак практика конституцієтворення спростовує універсальність таких теоретичних підходів»<sup>69</sup>. Встановлення нового конституційного порядку в результаті реалізації первинної установчої влади, незалежно від конкретних екстремальних умов (революція, військовий переворот, іно-

<sup>63</sup> Agamben G. *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998. P. 40

<sup>64</sup> Bonnard R. *Les Actes constitutionnels de 1940*. Paris: LGDJ, 1942. P. 17.

<sup>65</sup> Beaud O. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994. P. 314

<sup>66</sup> Colon Rios J. De-constitutionalizing Democracy. *California Western Law Review*. 2010. Vol. 47, No.1. P. 41-90.

<sup>67</sup> Dyzenhaus D. The Politics of the Question of the Pouvoir Constituant. In M. Loughlin, N. Walker (Eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 129.

<sup>68</sup> Так Венеціанська Комісія у питаннях прийняття нової конституції чи конституційних змін, вважає, що якщо існує конституційна процедура часткової чи повної зміни конституційного ладу, вона має бути реалізована враховуючи базовий принцип конституційної техніки, згідно якого перегляд відбувається в межах демократії та правовладдя. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). CDLPI(2017)004-e. *Venezuela – Preliminary Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly*, para. 15. Цей «базовий принцип конституційної техніки» по суті заперечує саму сутність первинної установчої влади, руйнівна та одночасно творча потужність якої не може бути обмежена. Така упередженість на користь «вічної конституції» прямо індоктринує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції:

«Венеціанська комісія раніше неодноразово вказувала, що процедура прийняття конституційних змін або, наскільки можливо, навіть нових конституцій, повинна відповідати положенням чинної Конституції. Комісія насправді цілком підтримує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції – таким чином забезпечуючи стабільність, законність та легітимність нової системи».

*Ibid.*, para. 17.

<sup>69</sup> Реалізація первинної установчої влади – це завжди непрогнозована подія (серія подій), яка ретроспективно легітимізується через визнання факту реалізації первинної установчої влади, адже (1) вона є аномальною, оскільки ніщо раніше не вказувало на ймовірність її реалізації; (2) має величезну силу впливу, продукуючи значні наслідки; та (3) після настання, в ретроспективі, ця подія отримує раціональне пояснення, визнання і легітимацію.



земна окупація чи звільнення від іноземної окупації, деколонізація чи війна за незалежність, громадянська війна чи військовий заколот, мирна чи насильницька передача влади), супроводжується перериванням конституційного континуїтету, розпадом попереднього правопорядку<sup>70</sup>.

Як вказував Жорж Бурдо, «Дослідження установчої влади з перспективи права становить особливу складність, з огляду на гібридний характер цієї влади... Сила, прихована в установчій владі протриває бути повністю інтегрованою у ієрархічну систему норм і компетенцій, установча влада завжди залишається чужою по відношенню до права»<sup>71</sup>. Таким же чином Антоніо Негрі розглядає установчу владу як революційну за характером, що не може бути «вмонтована» в конституційну форму<sup>72</sup>. Адаже як зазначала Ганна Арендт, «право може дійсно стабілізувати і легалізувати зміни після того, як вони відбулися, але самі такі зміни завжди є результатом позаправової дії»<sup>73</sup>.

Другий парадокс полягає в тому, що немає чіткої межі між первинною і похідною установчою владою. Ганна Арендт та Адам Ліндсей, аналізуючи парадокс установчої влади, вказують на те, що відмінність між установчою і установленою владою не є чіткою чи однозначною<sup>74</sup>: вони діють у тандемі – органи установленої влади минулого конституційного ладу часто сприяють реалізації установчої влади нового ладу. Йанів Рознай кваліфікує повноваження щодо внесення змін до Конституції як такі, що не відносяться ані до установчої влади, ані до установленої. Він обґрунтовує думку, що такі повноваження є *sui generis*<sup>75</sup>. Тобто повноваження щодо зміни Конституції не є в чистому вигляді установчою владою. Однак чим більше реалізація цих повноважень, зважаючи на політичний і конституційний контекст, нагадує за функціями, змістом і наслідками реалізацію первинної установчої влади, тим більше підстав розглядати її як реалізацію саме установчої влади, і тим менше є підстав для здійснення конституційного контролю за такою реалізацією.

Це концептуальне розрізнення первинної і похідної установчої влади має важливе значення, адже дозволяє концептуально відокремити «вищу правотворчість», яка відбувається згідно заздалегідь встановлених процедур внесення змін до конституції (тобто установчу владу в рамках Конституції), і «первинну правотворчість» як форму реалізації первинної установчої влади, одночасно руйнівної і творчої (тобто установчу владу поза конституційних приписів).

Якщо установча влада є дійсно необмеженою, позаправовою силою, то що може перешкодити її здійсненню поза рамок процедури внесення змін до Конституції? Конституційний суд, як орган, утворений Конституцією, має не більше повноважень чи легітимності визнавати неконституційними і скасовувати конституційні зміни, ніж інший утворений Конституцією орган – Парламент, який їх схвалив. І якщо Конституційний Суд наділений повноваженнями щодо наступного контролю за реалізацією похідної установчої влади<sup>76</sup>, то як орган установленої влади він не може підміняти собою носія первинної установчої влади.

Послугуючись термінологією Брюса Акермана, первинна установча влада пробуджується у конституційні моменти, коли відбувається «вища» правотворчість на відміну від «звичайного»

<sup>70</sup> Див.: Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*. 2006. Vol.56, No.3. P. 198.

<sup>71</sup> Burdeau, G. *Traiti de science politique*. Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'État. Paris: Librairie generale du droit et de jurisprudence, 1984. P. 171.

<sup>72</sup> Див.: Negri A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1999.

<sup>73</sup> Arendt H. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt, 1969. P. 65.

<sup>74</sup> Arendt H. *On Revolution*. New York: Viking, 1963. Див. також Lindsay A. The Problem of the Absolute and the Paradox of Constitutionalism, or: 'How to Restart Time with an Inexorable Time continuum'. *Philosophy and Social Criticism*. 2017. Vol. 43, No.10. P. 1022.

<sup>75</sup> Roznai Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. P.110-113.

<sup>76</sup> Див. щодо меж і умов здійснення таких повноважень Різник С. *Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні*. Львів: ЛНУ, 2020. С. 354-357.

законотворення<sup>77</sup>. Ця вища правотворчість не обов'язково втілюється у формальних змінах до конституції чи прийнятті нової конституції. Конституційний момент з точки зору теорії Акермана має місце, коли соціальна енергія поглинає політичну систему, яка або зазнає руйнування і нового відтворення, або витримує цей тиск. В останньому випадку має місце невдалий конституційний момент<sup>78</sup>. Драматичні зміни можуть відбуватися у різних формах – прийнятті нової конституції, внесення змін до чинної конституції, прийняття звичайного закону, іншого акту, рішення органу конституційної юрисдикції або навіть законодавчого упущення. Що має значення, так це контекст та зміст змін, а не їх формальна реалізація<sup>79</sup>.

Такі конституційні моменти виникають за екстремальних умов і викликані нездатністю конституційного ладу ефективно повернути ситуацію до умов нормальності. Установча влада у періоди між конституційними моментами існує як вірогідність чи можливість, але стає реальністю власне у момент відновлення політичної єдності поза конституційними формами представницької демократії. Вона знову стає реальністю і існує у співвідношенні між конституційною уявою (конституційним міфом про заснування) та діяльністю органів установленої влади. Установча влада, тому не може бути дорівняна до влади певної спільноти, навіть численної, – такий підхід низводить установчу владу до питання факту. Поняття установчої влади зв'язує символічне і реальне у конституційному дискурсі.

Ця дискусія веде до логічного висновку про те, що як конституційні зміни, так і скасування конституційного ладу і здійснення нового акту конституцієтворення також слід розглядати як форми реагування на екстремальні умови, що загрожують існуванню політичної нації. Однак на відміну від інструментів пристосування, що є в арсеналі конституційного ладу, реалізація установчої влади в екстремальних умовах є інструментом перетворення, що може сягати засад конституційного ладу або навіть скасовувати такий лад і конституювати новий.

#### 4.2. Похідна установча влада в екстремальних умовах

Внесення змін до Конституції за певних обставин може бути ефективним засобом усунення можливих дисфункцій конституційного ладу, що за екстремальних умов загрожують організованому життю політичної спільноти. Разом з тим в цьому контексті постає питання наявності певних запобіжників проти зміни Конституції в умовах моральної паніки.

Конституція України в частині другій статті 157 передбачає такий запобіжник, передбачаючи, що Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану. Однак це не єдиний запобіжник. За настання певних екстремальних умов, що унеможливають проведення всеукраїнського референдуму, стає практично неможливим внесення змін до розділу I «Загальні засади», розділу III «Вибори. Референдум» і розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» згідно порядку, передбаченого статтею 156 Конституції. Третій і найбільш вагомий запобіжник проти зміни Конституції в умовах моральної паніки – конституційний контроль з боку Конституційного Суду України в порядку статті 159 Конституції.

В практиці Конституційного Суду питання тлумачення цих запобіжників, передбачених частиною другою статті 157, постало в 2015 році на тлі подій в окремих районах Донецької і Луганської областей та Автономній республіці Крим. У своєму Висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України Конституційний Суд України встановив формальний критерій оцінки відповідності проекту закону про внесення змін до Конституції України на відповідність вимогам частини другої статті 157:

«Конституційний Суд України констатує, що на момент надання ним цього висновку рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного або надзвичайного стану за

<sup>77</sup> Див.: Ackerman B. *The Lost Opportunity. Tel Aviv University Studies in Law*. 1990. Vol. 10. P. 54.

<sup>78</sup> Див.: Ackerman B. *A Generation of Betrayal? Fordham Law Review*. 1996-97. Vol. 65, No.4. P. 1520.

<sup>79</sup> Реалізація установчої влади через певні старі чи нові інституції (парламент, установчі збори, референдум тощо) зовсім не означає, що установча влада може бути врегульованою правом, хоча ніщо в процесі формування та реалізації такої влади не заперечує можливості її реалізації через заздалегідь встановлені процедури.

процедурою, визначеною Конституцією України, не прийнято, тому правових підстав, які унеможливають внесення змін до Конституції України, немає»<sup>80</sup>.

Іншим словами Конституційний Суд сформулював епістемологічний підхід до розуміння «умов воєнного або надзвичайного стану»: наявність чи відсутність екстремальних умов не є самоочевидною, а тому в силу принципу поділу влади Конституційний Суд має поважати рішення Президента України щодо оцінки наявності чи відсутності таких умов в державі для запровадження надзвичайного правового ладу<sup>81</sup>.

Цей підхід викликав справедливу критику з боку деяких суддів Конституційного Суду України. Так суддя Віктор Шишкін в своїй окремій думці до Висновку вказував<sup>82</sup>:

«Конституційному Суду України для визнання існування умов воєнного або надзвичайного стану не обов'язково орієнтуватися на наявність акта про його введення. Умови воєнного або надзвичайного стану існують об'єктивно, породжуючи притаманні такому стану правові відносини, і не залежать від суб'єктивної позиції тих, хто відповідно до своїх конституційних повноважень має на них реагувати введенням цього стану, однак не вдається до таких дій. Саме умови воєнного стану визначені нормативно-правовими актами і є підставами для його оголошення. Такі явища, як умови воєнного стану і введення воєнного стану, пов'язані між собою, але не є тотожними. Прийняття або неприйняття акта про введення воєнного стану є лише питанням політичної доцільності, що не може підмінювати об'єктивну наявність правових умов. Виходячи зі змісту положень частини другої статті 157 Основного Закону України саме до компетенції єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні - Конституційний Суд України - належить визначення існування умов воєнного або надзвичайного стану під час аналізу законопроекту про внесення змін до Конституції України, а не за інших обставин».

Іншими словами, на думку судді В. Шишкіна, Конституція, говорячи про «умови воєнного або надзвичайного стану» не пов'язує їх існування з актом їх формального визнання і наділяє Конституційний Суд імпліцитним повноваженням визначити їх наявність для цілей процедури внесення змін до Конституції України. У випадку визначення Конституційним Судом існування таких умов, внесення будь-яких змін до Конституції є неможливим. Тобто в епістемологічному сенсі підхід, запропонований суддею В. Шишкіним полягає у тому, що наявність екстремальних умов може бути самоочевидною, а повноваження Конституційного Суду є об'єктивним і визначеним механізмом визнання такої наявності як об'єктивної реальності.

Проблема з цим підходом полягає в тому, що він не враховує можливість тих ситуацій, за яких внесення змін до Конституції може становити єдиний ефективний інструмент подолання екстремальних умов і повернення до нормальності. Це може вести до руйнації конституційного ладу в силу певної дисфункції, що призвела до виникнення екстремальних умов або виявила себе після їх настання. Другий важливий момент полягає в тому, що критерій об'єктивного існування умов воєнного або надзвичайного стану, містить вагомий елемент суб'єктивізму. Хоча логіка, закладена в окремій думці судді В. Шишкіна, слідує концепції презумпції нормальності, а настання екстремальних умов по суті розглядається як спростування цієї презумпції, тим не менш постає правомірне питання щодо того, хто має спростовувати презумпцію нормальності. Інакше це питання залишається у цілковитій дискреції Конституційного Суду, який не є судом факту і також не може приймати рішення замість визначених Конституцією органів державної влади.

<sup>80</sup> Абзац третій підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 16 червня 2015 року № 1-в/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-15#Text>

<sup>81</sup> Див. там само, абзац другий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини.

<sup>82</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-15#n2>

Суддя Станіслав Шевчук в своїй окремій думці до цього Висновку також розкритикував позицію більшості, яка на його думку, формально підійшла до оцінки запропонованих конституційних змін щодо їх відповідності статті 157 Конституції України і, як наслідок, припустилася ряду концептуальних помилок.

Позиція судді С. Шевчука полягає в тому, що положення частини другої статті 157 Конституції України спрямовані на «збереження стабільності конституційного ладу та недопущення ухвалення поспішних, необґрунтованих і свавільних рішень, зумовлених різними обставинами, які мають місце під час воєнного або надзвичайного стану»<sup>83</sup>. Адже за екстремальних умов «збільшується кількість фрустраційних ситуацій, внаслідок чого багато людей перестають критично мислити, а тому підтримують авторитарні способи та методи управління державними справами»<sup>84</sup>.

Суддя С. Шевчук погоджується, що Конституційний Суд України має імпліцитні повноваження згідно частини другої статті 157 Конституції оцінити наявність кризової ситуації в суспільстві і тому має виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки, на що вказує частина друга статті 157 Конституції України. Щодо таких критеріїв суддя С. Шевчук вважає, що відповідно до розширеного тлумачення частини другої статті 157 Конституції України, не можна вносити зміни, які<sup>85</sup>:

затверджуються всеукраїнським референдумом, оскільки держава тимчасово не може встановити свій контроль та поширити державний суверенітет на всі конституційно визначені адміністративно-територіальні одиниці;

передбачають суттєву зміну системи конституційних прав і свобод людини і громадянина, їх гарантій, змісту й обсягу, у тому числі обов'язків, критеріїв обмеження, або введення обмежень щодо конституційних прав і свобод, які не охоплюються переліком, що міститься у частині другій статті 64 Конституції України, але обумовлені фактичним воєнним станом, адже ці питання потребують детального вивчення та публічного обговорення в режимі мирного часу (наприклад, запровадження смертної кари як виду кримінального покарання);

передбачають зміну конституційного ладу держави через істотний перерозподіл повноважень між гілками влади, визначених у тих розділах Конституції України, які не потребують затвердження на всеукраїнському референдумі, але впливають на конституційний механізм стримувань і противаг та, як наслідок, на надмірну концентрацію влади, що призводить до її узурпації і знищення свободи під гаслами боротьби з ворогами.

Підхід, запропонований суддею С. Шевчуком, вбачається таким, що найбільш відповідає цілям частини другої статті 157 Конституції. Конституція України не є суїцидальним пактом - якщо конституційний лад виявляється нездатним в силу певних дисфункцій дати ефективну відповідь на екстремальні умови, то належним інструментом реагування на такі умови можуть бути конституційні зміни, спрямовані на відновлення умов нормальності. Відмова від цього інструменту може мати фатальні наслідки для конституційного ладу в цілому. Однак Конституційний Суд України має забезпечити від зловживання цим інструментом в умовах моральної паніки, що власне закладено в формулюванні частини другої статті 157.

#### 4.3. Прерогативні повноваження Верховної Ради України

Оскільки положення Розділу XIII Конституції врегульовують порядок і процедуру реалізації похідної установчої влади, первинна установча влада, залишаючись явищем позаправовим, яке консолідується і, так би мовити, матеріалізується за виняткових обставин конституційного моменту, не може за своєю природою бути вмонтована у жорсткі процедурні положення щодо порядку внесення змін до Конституції України. У конституційні моменти авторами рішення не є органи

<sup>83</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С.В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15#n2>

<sup>84</sup> Там само.

<sup>85</sup> Там само.

установленої влади, що їх санкціонують. У період пробудження політичної спільноти, чия установча влада є невідчужуваною, Парламент може набувати якості медіатора первинної установчої влади тільки якщо є уповноваженим залученою політичною нацією (народом) і тільки якщо діє як продовження колективної спільноти політичної нації. У такому випадку парламент діє як установчі збори, а його члени виступають як «екстраординарні», а не «звичайні» представники носія первинної установчої влади<sup>86</sup>. Саму у такі моменти «екстраординарного» представництва парламент отримує прерогативні повноваження – повноваження реалізувати первинну установчу владу з метою захисту і збереження політичної спільноти шляхом зміни конституційного ладу.

З точки зору теорії установчої влади у конституційні моменти, що постають за особливих екстремальних умов, коли втрачається відмінність між буденною владою, носієм якої є установлені органи держави (парламент, органи виконавчої влади, суди), та сакральною владою (первинною установчою владою народу) і на незначний час матеріалізується трансцендентна спільнота «народ», включаються інші чинники, що закладені в колективному несвідомому, в суспільних архетипах. Знову виникає найбільший фантом політичної спільноти – безсмертне тіло народу, що трансформується з гоббсенівських Бегемота на Левіафана<sup>87</sup>. І така трансформація не може бути обмежена будь-якими конституційними текстами, правилами чи процедурами<sup>88</sup>.

Сучасний постмодерний конституціоналізм, як і його попередник – ліберальний конституціоналізм XIX – першої половини XX ст., перебуває під дією цих протилежних сил – відцентрової сили первинної установчої влади і доцентрової сили конституційної форми. За звичайних умов між двома силами зберігається рівновага: демократичні процедури забезпечують баланс і легітимність конституційного ладу. Однак в екстремальних умовах такий баланс може бути втрачений, що може вести до знищення старого конституційного ладу і постановлення нового.

Другий важливий момент, який слід мати на увазі, полягає в тому, що формою реалізації первинної установчої влади може бути не тільки нова конституція чи внесення змін до чинного конституційного тексту. Первинна установча влада не зв'язана жодною формою щодо своєї реалізації.

Цей постулат підтверджується конституційною історією України. Реалізація установчої влади в конституційній історії України не обмежувалася прийняттям нової Конституції в 1996 році чи законів про внесення змін до неї в порядку Розділу XIII Конституції. До актів реалізації установчої влади також належать<sup>89</sup>: (1) Декларація про державний суверенітет України 1990 року<sup>90</sup>; (2) Акт проголошення незалежності України 1991 року<sup>91</sup> і Постанова Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України»<sup>92</sup>; (3) Постанова Верховної Ради України «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 1 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня

<sup>86</sup> Див. Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*. 2006. Vol. 56, No. 3. P. 201.

<sup>87</sup> Щодо символізму Томаса Гоббса і алюзій щодо Бегемота і Левіафана див. Водянніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну. *Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи*. К.: ВАІТЕ, 2015. с. 7-24

<sup>88</sup> Водянніков О. Конституція і революція: анатомія установчої влади. *Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі*. К.: ВАІТЕ, 2016. С. 69

<sup>89</sup> До цього переліку можливо додати з певними застереженнями Конституційний Договір 1995 року. Див. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80>.

<sup>90</sup> Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року № 55-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.

<sup>91</sup> Акт проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.

<sup>92</sup> Постанова Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України» від 24 серпня 1991 року № 1427-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.

2013 року № 586-VII»; (4) Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року № 742-VII. При цьому ані Конституція 1978 року, ані Конституція 1996 року не передбачали такі форми реалізації установчої влади.

Конституційна історія і практика вимагають аналізу і концептуалізації цих форм реалізації установчої влади Парламенту. Розділ XIII Конституції 1996 року врегульовує підстави, порядок і межі реалізації Парламентом похідної установчої влади, однак ці акти не відносяться до категорії законів про внесення змін. Вони є, власне, актами реалізації прерогативних чи залишкових позастатусуальних установчих повноважень українського Парламенту. І якщо послуговуватися категоріями Й. Розная і кваліфікувати установчі повноваження ВРУ через концепцію *sui generis*, то цей континуум включає як похідні установчі повноваження, врегульовані Розділом XIII, так і інші, прерогативні, яких вона набуває в конституційні моменти.

На підтримку прерогативних установчих повноважень українського парламенту існують (1) контекстуальний і (2) нормативний аргументи. Контекстуальним аргументом на користь збереження за Верховною Радою України таких установчих повноважень є принцип конституційного континуїтету. Преамбула Конституції проголошує, що Верховна Рада України приймає Конституцію «від імені Українського народу» і таким чином виражає «суверенну волю народу», (хоча юридично прийняття Конституції України відбулося відповідно до положень Конституції 1978 року<sup>93</sup>). За ідеологією Конституції 1978 року Верховна Рада зберігала установчі повноваження і навіть формально могла виступати в якості як законодавця, так і конституцієдавця<sup>94</sup>.

Ця парадигма народовладдя, що трансформувалася з теорії «влади рад» на парламентаризм, наочно простежується в першому установчому акті України – Декларації про державний суверенітет України 1990 року - який був проголошений «основою для нової Конституції, законів України»<sup>95</sup>. Згідно абзацу третього Розділу II, «Повновладдя народу України реалізується на основі Конституції Республіки як безпосередньо, так і через народних депутатів, обраних до Верховної і місцевих Рад Української РСР». А абзац четвертий цього ж Розділу прямо проголошує, що «Від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада Української РСР».

Нерозривно з цим актом пов'язаний інший засадничий акт, що має супраконституційне значення – Акт проголошення незалежності України, прийнятий 24 серпня 1991 Верховною Радою УРСР і схвалений 1 грудня 1991 року всенародним референдумом. Четвертий абзац преамбули Акта безпосередньо посилається на Декларацію про державний суверенітет України.

Принцип конституційного континуїтету, тому, визначає контекст тлумачення: Верховна Рада як представницький орган, що приймав Конституцію 1996 року, досі існує як єдиний законодавчий орган<sup>96</sup>, однак у конституційні моменти він може набувати ознак інституту, через який народ як носій первинної установчої влади реалізує цю владу безпосередньо. Іншими словами Вер-

<sup>93</sup> Зокрема пункт перший частини третьої ст. 97 Конституції 1978 року визначав виключне повноваження Верховної Ради щодо прийняття Конституції, внесення до неї змін, а останнім положенням Конституції 1978 року було встановлено, що «зміна Конституції» здійснюється рішенням Верховної Ради, прийнятим більшістю не менш як дві третини від загальної кількості народних депутатів України. Конституція (Основний Закон) УРСР від 20 квітня 1978 року № 888-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/888-09>.

<sup>94</sup> Ця ідеологія поєднання законодавчої і конституцієдачої функцій походить від теорії радянської влади (влади рад), згідно якої ради розглядалися як повноважні органи самоорганізації населення, що поєднували законодавчі, розпорядчі, контрольні функції, тобто «всю повноту влади».

<sup>95</sup> Заключний абзац Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року № 55-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.

<sup>96</sup> У рішенні № 3-зп/1997 КСУ визнав, що «... прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу», однак зауважив, що народи «тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття».

Абзац перший пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп/1997. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-97>.

Однак КСУ не роз'яснив, на підставі чого він зробив висновок про «одноразове уповноваження», адже підставою прийняття Конституції 1996 року були положення пункту першого частини третьої ст. 97 Конституції 1978 року.

ховна Рада України залишається *locus imperii* – органом, що в конституційні моменти може набувати ознак «екстраординарного» представника носія первинної установчої влади, про що йдеться в Декларації про державний суверенітет.

Нормативний аргумент має два компоненти. Перший закладений в самій Конституції, а саме у Розділі I, принципи якого «визначають український конституційний лад»<sup>97</sup>, а також внутрішню ієрархію конституційних положень. Конституційні положення мають розглядатися виключно у цілісності, що, тим не менш, не позбавляє важливості і питомої ваги окремі положення Конституції. Якщо положення Конституції витлумачуються у спосіб, що заперечує, спотворює чи зневажає принципи конституційного ладу (наприклад, веде до безкарності посадових осіб, виправдовує свавільні рішення чи являють собою спробу повалення конституційного ладу), таке тлумачення є недійсним<sup>98</sup>. Це означає, що у випадку настання екстремальних умов, що спричиняють дисфункцію політичної системи, коли система стримувань і противаг не спрацьовує, а стабільність конституційного ладу опиняється під загрозою, має існувати легітимна інституція, безпосередньо пов'язана з народом, яка є здатною запобігти узурпації державної влади та узурпації виключного права народу визначати і змінювати конституційний лад в Україні. Ця вимога впливає зі статті 1 Конституції, яка встановлює принцип демократичної держави та статті 5, якою носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні визначений народ.

Другий компонент пов'язаний з самою природою конституційних моментів. Концептуалізація прерогативної установчої влади має дати відповідь на основоположне питання сучасного конституціоналізму: що може конституційна демократія легітимно зробити, щоб захистити себе за екстремальних умов, які несуть нагальну загрозу демократії або самому конституційному ладу<sup>99</sup>? Наприклад, коли орган, відповідальний за захист Конституції або найвища посадова особа держави, яка є гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, вчиняють дії, що підривають основи конституційного ладу і демократії. Якщо ці конституційні органи не здатні захистити конституційну демократію або навіть спричиняють екстремальні умови, які несуть їй нагальну загрозу, саме Верховна Рада залишається тим *locus imperii*, що потенційно і легітимно може виступити як медіатор творчої сторони первинної установчої влади, аби протистояти спробам повалення конституційного ладу.

З точки зору теорії установчої влади зміни 2014 року відбулися в драматичний період конституційного моменту. І Верховна Рада, приймаючи ці зміни, реалізувала свої прерогативні повноваження і діяла як інструмент первинної установчої влади. Оскільки вимоги Розділу XIII Конституції врегульовують порядок і процедуру реалізації похідної установчої влади, первинна установча влада, залишаючись явищем позаправовим, яке консолідується і, так би мовити, матеріалізується за виняткових обставин конституційного моменту, не може за своєю природою бути вмонтована у жорсткі процедурні положення щодо порядку внесення змін до Конституції України. Український парламент зберігає потенційність «екстраординарного» представника носія первинної установчої влади і при настанні конституційного моменту ці повноваження первинної установчої влади стають реальними.

<sup>97</sup> Див. абзац перший підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) від 18 червня 2020 року № 5-п(II)/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20>.

<sup>98</sup> Див. Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany. *Virginia Law Review*. 1956. Vol. 42, No. 1. P. 18-19.

У цьому аспекті я свідомо уникаю питання неконституційності окремих положень Конституції. Лише наведу позицію Конституційного Суду Баварії: «Нікчемність положення Конституції не заперечується тільки на підставі того факту, що таке положення є частиною Конституції. Адже існують настільки фундаментальні конституційні норми, що становлять прояв надконституційного права і вони зобов'язують безпосередньо конституцієдавця; інші конституційні положення, що не мають такого високого статусу, і суперечать таким нормам, можуть бути скасовані». Цит. за Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44, No.3. P. 329.

<sup>99</sup> Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism, in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 4.

## Висновки

Поняття екстремальних умов нерозривно пов'язане з розумінням «нормальності» саме в тому сенсі, що вони розглядаються як явища, що лежать поза рамками звичайного ходу подій чи очікуваних дій. Звичайні умови «нормальності» є правилом, а екстремальні умови – винятком. З такої точки зору категорія нормальності виступає спростовною презумпцією (*rebuttable presumption*). В онтологічному сенсі це перетворює екстремальні умови на підставу для спростування загальної і сильної презумпції нормальності, а в юридичному сенсі це встановлює високий тягар доведення, який не зв'язаний формальними ознаками наявності чи відсутності формального рішення про запровадження надзвичайних режимів.

З точки зору теорії конституціоналізму визначальною особливістю екстремальних умов є нагальна, тобто реальна і безпосередня, загроза конституційному ладу та політичній спільноті. Тому логіка реагування на такі умови полягає в охороні та збереженні. Однак в залежності від того, що є предметом загрози – конституційний лад чи політична спільнота – інструменти реагування на екстремальні умови можна поділити на дві групи: (1) інструменти пристосування, що існують в рамках конституційного ладу та (2) інструменти перетворення, предметом яких є безпосередньо конституційний лад.

В сучасній практиці можна виділити три типи інструментів пристосування до екстремальних умов: 1) *leges ex ante*, тобто визначені заздалегідь (передбачені законами винятки, передбачені Конституцією і законами режимами надзвичайного і воєнного стану), (2) *leges latae*, тобто інструменти, що приймаються під час дії екстремальних умов, виходячи з їх інтенсивності, характеру і загроз, але у встановлених Конституцією і законодавством рамках (тимчасове спеціальне законодавство, спеціальні секторальні режими) та (3) *leges ex post*, тобто законодавчі інструменти, що приймаються за екстремальних умов поза заздалегідь встановлених конституційних чи законодавчих рамок, і які легітимізуються чи визнаються неконституційними після нормалізації ситуації (спеціальні секторальні режими).

Інструменти перетворення як форми відповіді на екстремальні умови можна поділити на три групи (1) повноваження похідної установчої влади, тобто повноваження щодо внесення змін до Конституції відповідно до процедури і в порядку, передбаченому самою Конституцією; (2) прерогативні повноваження щодо зміни конституційного ладу поза процедурою і порядком, передбаченим Конституцією та (3) установчі повноваження щодо знищення чинного ладу і започаткування нового. Особливістю двох останніх інструментів перетворення є те, що вони існують поза юридичними рамками чинного правопорядку, в так би мовити, в метаправопорядку, в сфері екзистенціального *ratio* політичної спільноти.

Карл Шмітт в «Політичній теології» вказував:

«Всі значимі концепції сучасної теорії держави є секуляризованими теологічними концепціями не тільки в силу історичного становлення, в ході якого вони були перенесені з теології до теорії держави, в силу чого, наприклад, всемогутній Бог став всемогутнім законодавцем, але й в силу їх системної структури, визнання чого необхідне для соціологічного розуміння цих концепцій. Надзвичайність в праві аналогічна чуду в теології. Тільки зважаючи на цю аналогію, ми можемо оцінити той спосіб, в який філософські ідеї держави розвивалися протягом останніх століть»<sup>100</sup>

Ця аналогія з теологічною концепцією чуда є досить релевантною для концептуалізації екстремальних умов в конституційному праві. Так само як теологія чуда лежить в основі християнської віри<sup>101</sup>, теорія екстремальних умов визначає засади існування конституціоналізму, умови легітимності публічної влади в демократичному суспільстві. Екстремальні умови є відхиленням, девіацією від «нормальності», що виникає поза встановленими чи заздалегідь передбаченими рамками конституційного ладу. Такі девіації можуть бути різної інтенсивності, мати різні

<sup>100</sup> Schmitt C. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Transl. by George Schwab. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2005. P. 36.

<sup>101</sup> Див. Fortin J.-P. *Christ Risen, Wonder Arising: A Christian Theology of Miracles*. *Toronto Journal of Theology*. 2017. Vol. 33, No. 1. P. 25-38.



ступені загрози і ризиків, мати різний характер небезпек. Тому наскільки конституційний лад здатен надати інструментарій для відновлення умов нормальності і зберегти свої засадничі цінності і принципи залежить його самозбереження і сталість.

### Список використаних джерел

#### Бібліографія:

1. Водянніков О. Гендерна рівність: Теорія і практика в порівняльному конституційному праві. К.: ВАІТЕ, 2021
2. Водянніков О. Конституція і революція: анатомія установчої влади. Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі. К.: ВАІТЕ, 2016. С. 15-69.
3. Водянніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну. Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. К.: ВАІТЕ, 2015. с. 7-24
4. Різник С. Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні. Львів: ЛНУ, 2020.
5. Ackerman B. A Generation of Betrayal? *Fordham Law Review*. 1996-97. Vol. 65, No.4. P. 1519-1536.
6. Ackerman B. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 113, No.5. P. 1029-1091.
7. Ackerman B. The Lost Opportunity. *Tel Aviv University Studies in Law*. 1990. Vol. 10. P. 53-68.
8. Ackerman B. *We the People: Foundations*. New Haven: Yale University Press, 1991.
9. Agamben G. *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
10. Arendt H. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt, 1969.
11. Arendt H. *On Revolution*. New York: Viking, 1963.
12. Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44, No.3. P. 321-341.
13. Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*. 2006. Vol.56, No.3. P. 185-222.
14. Beaud O. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.
15. Belknap M. The New Deal and the Emergency Powers Doctrine. *Texas Law Review*. 1983. Vol. 62, No.1. P. 67-109
16. Bonnard R. *Les Actes constitutionnels de 1940*. Paris: LGDJ, 1942.
17. Burdeau, G. *Traité de science politique. Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'État*. Paris: Librairie generale du droit et de jurisprudence, 1984.
18. Cohen S. *Folks Devils and Moral Panics*. London and New York: Routledge, 2011.
19. Colon Rios J. De-constitutionalizing Democracy. *California Western Law Review*. 2010. Vol. 47, No.1. P. 41-90.
20. de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 26-59.
21. de Wilde M. Just Trust Us: A Short History of Emergency Powers and Constitutional Change. *Comparative Legal History*. 2015. Vol. 3, No. 1. P. 110-130.
22. Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms? *Constitutional Development in Postwar Germany*. *Virginia Law Review*. 1956. Vol. 42, No. 1. P. 1-22.
23. Dyzenhaus D. The Politics of the Question of the Pouvoir Constituant. In M. Loughlin, N. Walker (Eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 129-145.
24. Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 210-239
25. Finn J. Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2010. Vol. 48, No.3. P. 442-502.
26. Forsythe G. *A Critical History of Early Rome. From Prehistory to the First Punic War*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2005.
27. Fortin J.-P. Christ Risen, Wonder Arising: A Christian Theology of Miracles. *Toronto Journal of Theology*. 2017. Vol. 33, No. 1. P. 25-38.
28. Frankenberg G. *Political Theology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
29. Friedrich C. *Constitutional Reason of State. The Survival of the Constitutional Order*. Providence: Brown University Press, 1957.
30. Ghanayim K. Excused Necessity in Western Legal Philosophy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2006. Vol. 19, No. 1. P. 31-65.
31. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018.

32. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018.
33. Gross O. 'Once More unto the Breach': The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies. *Yale Journal of International Law*. 1998. Vol. 23. P. 437--501
34. Gross O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1011-1134
35. Gross O., Aolain F. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
36. Hamilton A. The Federalist No. 70. in Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay. *The Federalist with The Letters of «Brutus»*. Cambridge: Cambridge University press, 2003. P. 341-348.
37. Hillyard P. *Suspect Community*. London: Pluto Press, 1993.
38. Hobbes T. *Leviathan* (ed. with Introduction and Notes J. C. A. Gaskin). Oxford, New York: Oxford University Press, 1998.
39. Hulsebosch D. The New Deal Court: Emergence of a New Reason. *Columbia Law Review*. 1990. Vol. 90, No. 7. P. 1973-2016
40. Jégou L. Norme et autorité; autorité de la norme. En guise de conclusion. *Hypothèses*. 2010. Vol. I (13). P. 221-235.
41. Jennings J. *Revolution and the Republic. A History of Political Thought in France since the Eighteenth Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
42. Kahan R. Constitutional Stretch, Snap-Back, and Sag: Why Blaisdell was a Harsher Blow to Liberty than Korematsu. *Northwestern University Law Review*. 2005. Vol. 99, No.3. P. 1279-1314
43. Kanga G. The Origin and Development of Emergency Regimes in Cameroon. *Fundamina*. 2015. Vol. 21, No. 2. P. 289-312
44. Levy D. A Legal History of Irrational Exuberance. *Case Western Reserve Law Review*. 1998. Vol. 48, No.4. P. 799-863
45. Lindsay A. The Problem of the Absolute and the Paradox of Constitutionalism, or: 'How to Restart Time with an Inexorable Time continuum'. *Philosophy and Social Criticism*. 2017. Vol. 43, No.10. P. 1022-1044.
46. Locke J. *The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*. In John Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (ed. and with an Introduction by Ian Shapiro, with essays by John Dunn, Ruth W. Grant and Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 100-210.
47. Lurie G. Introduction: Emergency, Exception and Normalcy. in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 17-20.
48. Luxemburg R. Reform or Revolution. in Helen Scott ed. *The Essential Rosa Luxemburg*. Chicago: Heymarket Books, 2008. P. 41-104
49. Macklin A. Borderline Security. In Ronald J. Daniels et al. eds. *The Security of Freedom: Essays on Canada's Antiterrorism Bill*. Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press, 2001. P. 383-404.
50. Molloy S. Approach with Caution. Sunset Clauses as Safeguards of Democracy? *European Journal of Law Reform*. 2021. Vol. 23, No.2. P. 147-166.
51. Moyn S. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, Massachusetts, and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
52. Negri A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1999.
53. New Zealand Law Commission. *Final Report on Emergencies*. Report No 22. Wellington: Law Commission, 1991.
54. Perrine A. The First Amendment Versus the World Trade Organization: Emergency Powers and the Battle in Seattle. *Washington Law Review*. 2001. Vol. 76, No.2. P. 635-668
55. Poole T. Constitutional Exceptionalism and the Common Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2009. Vol. 7, No. 2. P. 247-274.
56. Posner E., Vermeule A. Accommodating Emergencies. *Stanford Law Review*. 2003. Vol. 56. P. 605-644
57. Ranchordás S. Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty? *Statute Law Review*. 2015, Vol. 36, No. 1. P. 28-45.
58. Roznai Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
59. Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism, in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020. P. 1-13.
60. Salzberger E. 'The Rule of Law Under Extreme Conditions and International Law: A Law and Economics Perspective', in Thomas Eger, Stefan Oeter, Stefan Voigt eds., *The International Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. P. 1-48
61. Scheuerman W. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. 2000. Vol. 21, No. 5-6. P. 1869-1894
62. Schmitt C. *Dictatorship. From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*. Transl. by Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014.
63. Schmitt C. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Transl. by George Schwab. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2005.
64. Sunstein C. Problems with Rules. *California Law Review*. 1995. Vol. 83, No. 4. P. 953-1026

65. Van Caenegem R. An Historical Introduction to Western Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
66. von Pufendorf S. On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law. ed. by James Tully; transl. by Michael Silverthorne. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 1991.
67. Walker C., Blick A. Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism, Just Security (12 May 2020). URL: <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>
68. Weingast B. The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. American Political Science Review. 1997. Vol. 91, No. 2. P. 245-263.
69. Whittington K. Yet Another Constitutional Crisis? William and Mary Law Review. 2001-2002. Vol. 43, No.5. P. 2093—2149
70. Wilson M. Dictator. The Evolution of the Roman Dictatorship. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2021.
71. Young M. A Test of Federal Sunset: Congressional Reauthorization of the Commodity Futures Trading Commission. Emory Law Journal. 1978. Vol. 27, No.4. P. 853-908.

#### Перелік юридичних документів:

72. Акт проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.
73. Висновок Конституційного Суду України від 16 червня 2015 року № 1-в/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-15#Text>
74. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року № 55-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.
75. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80>.
76. Конституція (Основний Закон) УРСР від 20 квітня 1978 року № 888-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/888-09>.
77. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С.В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15#n2>
78. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-15#n2>
79. Постанова Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України» від 24 серпня 1991 року № 1427-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>
80. Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20>.
81. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп/1997. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-97>.
82. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Venezuela – Preliminary Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly. CDLPI(2017)004-e.
83. European Court of Human Rights. A. and Others v. the United Kingdom [GC] (2009). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>
84. European Court of Human Rights. Lawless v. Ireland (no. 3) (1961). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>
85. The United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 August 2001. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/451555?ln=en>.

#### References

#### Bibliography:

1. Vodiannikov O. Genderna rivnist Teorii i praktyka v porivnialnomu konstytutsiinomu pravi. K.: VAITE, 2021
2. Vodiannikov O. Konstytutsiia i revoliutsiia: anatomiia ustanovchoi vlady. Konstytutsiinyi poliloh. 20 rokov Konstytutsii Ukrainy: suspilstvo i vlada v konstytutsiinomu protsesi. K.: VAITE, 2016. С. 15-69.

3. Vodiannikov O. Mizh Leviafanom i Behemotom: Konstytutsiia-dyskurs i kryminalne pravo v umovakh postmodernu. Kryminalna yustytysiia v Ukraini: vyklyky ta perspektyvy v svitli konstytutsiinoi reformy. K.: VAITE, 2015. s. 7-24
4. Riznyk S. Konstytutsiiniist normatyvnykh aktiv: sutnist, metodolohiia otsiniuvannia ta systema zabezpechennia v Ukraini. Lviv: LNU, 2020.
5. Ackerman B. A Generation of Betrayal? *Fordham Law Review*. 1996-97. Vol. 65, No.4. P. 1519-1536.
6. Ackerman B. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 113, No.5. P. 1029-1091.
7. Ackerman B. The Lost Opportunity. *Tel Aviv University Studies in Law*. 1990. Vol. 10. R. 53-68.
8. Ackerman B. *We the People: Foundations*. New Haven: Yale University Press, 1991.
9. Agamben G. *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
10. Arendt H. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt, 1969.
11. Arendt H. *On Revolution*. New York: Viking, 1963.
12. Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44, No.3. R. 321-341.
13. Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*. 2006. Vol.56, No.3. P. 185-222.
14. Beaud O. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.
15. Belknap M. The New Deal and the Emergency Powers Doctrine. *Texas Law Review*. 1983. Vol. 62, No.1. P. 67-109
16. Bonnard R. *Les Actes constitutionnels de 1940*. Paris: LGDJ, 1942.
17. Burdeau, G. *Traité de science politique. Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'État*. Paris: Librairie generale du droit et de jurisprudence, 1984.
18. Cohen S. *Folks Devils and Moral Panics*. London and New York: Routledge, 2011.
19. Colon Rios J. De-constitutionalizing Democracy. *California Western Law Review*. 2010. Vol. 47, No.1. P. 41-90.
20. de Wilde M. Emergency Powers and Constitutional Change in the Late Middle Ages. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. 2015. Vol. 83, No. 1-2. P. 26-59.
21. de Wilde M. Just Trust Us: A Short History of Emergency Powers and Constitutional Change. *Comparative Legal History*. 2015. Vol. 3, No. 1. P. 110-130.
22. Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms? *Constitutional Development in Postwar Germany*. *Virginia Law Review*. 1956. Vol. 42, No. 1. P. 1-22.
23. Dyzenhaus D. The Politics of the Question of the Pouvoir Constituant. In M. Loughlin, N. Walker (Eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 129-145.
24. Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional law*. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 210-239
25. Finn J. Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2010. Vol. 48, No.3. P. 442-502.
26. Forsythe G. *A Critical History of Early Rome. From Prehistory to the First Punic War*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2005.
27. Fortin J.-P. Christ Risen, Wonder Arising: A Christian Theology of Miracles. *Toronto Journal of Theology*. 2017. Vol. 33, No. 1. P. 25-38.
28. Frankenberg G. *Political Theology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
29. Friedrich C. *Constitutional Reason of State. The Survival of the Constitutional Order*. Providence: Brown University Press, 1957.
30. Ghanayim K. Excused Necessity in Western Legal Philosophy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2006. Vol. 19, No. 1. P. 31-65.
31. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018.
32. Greene A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford, London, New York, et al.: Hart, 2018.
33. Gross O. 'Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies. *Yale Journal of International Law*. 1998. Vol. 23. P. 437--501
34. Gross O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, No. 5. P. 1011-1134
35. Gross O., Aolain F. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
36. Hamilton A. The Federalist No. 70. in Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay. *The Federalist with The Letters of «Brutus»*. Cambridge: Cambridge University press, 2003. P. 341-348.
37. Hillyard P. *Suspect Community*. London: Pluto Press, 1993.
38. Hobbes T. *Leviathan* (ed. with Introduction and Notes J. C. A. Gaskin). Oxford, New York: Oxford University Press, 1998.
39. Hulsebosch D. The New Deal Court: Emergence of a New Reason. *Columbia Law Review*. 1990. Vol. 90, No. 7. P. 1973-2016
40. Jégou L. Norme et autorité; autorité de la norme. En guise de conclusion. *Hypothèses*. 2010. Vol. I (13). P. 221-235.

41. Jennings J. *Revolution and the Republic. A History of Political Thought in France since the Eighteenth Century.* Oxford: Oxford University Press, 2013.
42. Kahan R. Constitutional Stretch, Snap-Back, and Sag: Why Blaisdell was a Harsher Blow to Liberty than Korematsu. *Northwestern University Law Review.* 2005. Vol. 99, No.3. P. 1279-1314
43. Kamga G. The Origin and Development of Emergency Regimes in Cameroon. *Fundamina.* 2015. Vol. 21, No. 2. R. 289–312
44. Levy D. A Legal History of Irrational Exuberance. *Case Western Reserve Law Review.* 1998. Vol. 48, No.4. P. 799-863
45. Lindsay A. The Problem of the Absolute and the Paradox of Constitutionalism, or: 'How to Restart Time with an Inexorable Time continuum. *Philosophy and Social Criticism.* 2017. Vol. 43, No.10. P. 1022-1044.
46. Locke J. *The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government.* In John Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (ed. and with an Introduction by Ian Shapiro, with essays by John Dunn, Ruth W. Grant and Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 100-210.
47. Lurie G. Introduction: Emergency, Exception and Normalcy. in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception.* Cham: Springer, 2020. P. 17-20.
48. Luxemburg R. Reform or Revolution. in Helen Scott ed. *The Essential Rosa Luxemburg.* Chicago: Heymarket Books, 2008. P. 41-104
49. Macklin A. Borderline Security. In Ronald J. Daniels et al. eds. *The Security of Freedom: Essays on Canadas Antiterrorism Bill.* Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press, 2001. P. 383-404.
50. Molloy S. Approach with Caution. Sunset Clauses as Safeguards of Democracy? *European Journal of Law Reform.* 2021. Vol. 23, No.2. P. 147-166.
51. Moyn S. *The Last Utopia: Human Rights in History.* Cambridge, Massachusetts, and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
52. Negri A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State.* Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1999.
53. New Zealand Law Commission. *Final Report on Emergencies. Report No 22.* Wellington: Law Commission, 1991.
54. Perrine A. The First Amendment Versus the World Trade Organization: Emergency Powers and the Battle in Seattle. *Washington Law Review.* 2001. Vol. 76, No.2. P. 635-668
55. Poole T. Constitutional Exceptionalism and the Common Law. *International Journal of Constitutional Law.* 2009. Vol. 7, No. 2. P. 247–274.
56. Posner E., Vermeule A. Accommodating Emergencies. *Stanford Law Review.* 2003. Vol. 56. P. 605-644
57. Ranchordás S. Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty? *Statute Law Review.* 2015, Vol. 36, No. 1. P. 28–45.
58. Roznai Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers.* Oxford: Oxford University Press, 2017.
59. Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism, in Richard Albert, Yaniv Roznai ed. *Constitutionalism Under Extreme Conditions Law, Emergency, Exception.* Cham: Springer, 2020. P. 1-13.
60. Salzberger E. 'The Rule of Law Under Extreme Conditions and International Law: A Law and Economics Perspective, in Thomas Eger, Stefan Oeter, Stefan Voigt eds., *The International Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. P. 1-48
61. Scheuerman W. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review.* 2000. Vol. 21, No. 5-6. P. 1869–1894
62. Schmitt C. *Dictatorship. From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle.* Transl. by Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014.
63. Schmitt C. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty.* Transl. by George Schwab. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2005.
64. Sunstein C. Problems with Rules. *California Law Review.* 1995. Vol. 83, No. 4. R. 953-1026
65. Van Caenegem R. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
66. von Pufendorf S. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law.* ed. by James Tully; transl. by Michael Silverthorne. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 1991.
67. Walker C., Blick A. Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism, *Just Security* (12 May 2020). URL: <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>
68. Weingast B. The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. *American Political Science Review.* 1997. Vol. 91, No. 2. P. 245-263.
69. Whittington K. Yet Another Constitutional Crisis? *William and Mary Law Review.* 2001-2002. Vol. 43, No.5. P. 2093—2149
70. Wilson M. *Dictator. The Evolution of the Roman Dictatorship.* Ann Arbor: University of Michigan Press, 2021.
71. Young M. A Test of Federal Sunset: Congressional Reauthorization of the Commodity Futures Trading Commission. *Emory Law Journal.* 1978. Vol. 27, No.4. P. 853-908.

**List of legal documents:**

72. Akt proholoshennia nezalezhnosti Ukrainy 24 serpnia 1991 roku.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>.
73. Vysnovok Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 16 chervnia 2015 roku № 1-v/2015.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-15#Text>
74. Deklaratsiia pro derzhavnyi suverenitet Ukrainy vid 16 lypnia 1990 roku № 55-XII.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.
75. Konstytutsiinyi Dohovir mizh Verkhovnoiu Radoiu Ukrainy ta Prezydentom Ukrainy pro osnovni zasady orhanizatsii ta funktsionuvannia derzhavnoi vlady i mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini na period do pryiniattia novoi Konstytutsii Ukrainy vid 8 chervnia 1995 roku.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80>.
76. Konstytutsiia (Osnovnyi Zakon) URSR vid 20 kvitnia 1978 roku № 888-IX.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/888-09>.
77. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Shevchuka S.V. stosovno Vysnovku Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti zakonoproektu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy shchodo nedotorkannosti narodnykh deputativ Ukrainy ta suddiv vymoham statei 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15#n2>
78. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Shyshkina V.I. stosovno Vysnovku Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti zakonoproektu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy shchodo nedotorkannosti narodnykh deputativ Ukrainy ta suddiv vymoham statei 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-15#n2>
79. Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy RSR «Pro proholoshennia nezalezhnosti Ukrainy» vid 24 serpnia 1991 roku № 1427-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>
80. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy (Druhyi senat) vid 18 chervnia 2020 roku № 5-r(II)/2020.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20>.
81. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 11 lypnia 1997 roku № 3-zp/1997.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-97>.
82. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Venezuela – Preliminary Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly. CDLPI(2017)004-e.
83. European Court of Human Rights. A. and Others v. the United Kingdom [GC] (2009).  
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>
84. European Court of Human Rights. Lawless v. Ireland (no. 3) (1961). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>
85. The United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 August 2001. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/451555?ln=en>.